

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สถานะทางกฎหมายและการจัดการข้อพิพาท ของสถาบัน นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน คำสั่งทางปกครอง แนวคิดและ ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาหลายแห่ง

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution-ADR) ที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางทั้งในประเทศและต่างประเทศ<sup>1</sup> รวมถึงประเทศไทย ซึ่งการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้น คู่สัญญาสามารถดำเนินการได้ทั้งกรณีที่คุณสัญญาดำเนินการเองหรือดำเนินการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้ โดยอำนาจจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญา มีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญหลายประการ ดังนั้น เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตอำนาจและการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการในส่วนตัวไป จึงสมควรให้มีการทบทวนวรรณกรรมว่าด้วยวิวัฒนาการแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- 2.1) แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ
- 2.2) แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ
- 2.3) แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์และอำนาจของอนุญาโตตุลาการ
- 2.4) แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน
- 2.5) แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง
- 2.6) แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาหลายแห่ง
- 2.7) แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่ใช้ในการจัดการกรณีที่น่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาหลายแห่ง

---

<sup>1</sup> เชมจุฑา สุวรรณจินดา. (2563). *การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 101.

## 2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกซึ่งมีบทบาทมาพร้อมกับการเกิดขึ้นของสังคมมนุษย์และได้รับการพัฒนารูปแบบแนวคิดจากกลไกในการควบคุมสังคมมาสู่เครื่องมือการระงับข้อพิพาททางการค้าและพาณิชย์ ไปจนถึงการเป็นหลักประกันความมั่นคงทางการลงทุนในระดับรัฐ สำหรับแนวคิดของอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายของประเทศไทยแต่เดิมมีหลักฐานปรากฏอยู่ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งต่อมาได้รับอิทธิพลและแนวคิดจากต่างประเทศรวมถึงพันธกรณีอันเกิดจากอนุสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ ทำให้อนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายไทยได้รับการปรับปรุงให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับนานาชาติมากขึ้น และนำเข้าสู่การเป็นอนุญาโตตุลาการตามความหมายสากลดังปรากฏอยู่ในปัจจุบัน การทบทวนวรรณกรรมเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการ มีวัตถุประสงค์เพื่อเข้าใจหลักการพื้นฐานของแนวคิดและความมุ่งหมาย ตลอดจนมุมมอง บทบาทและทิศทางของอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน

### 2.1.1 ความหมายและแนวคิดของอนุญาโตตุลาการ

#### 2.1.1.1 ความหมายของอนุญาโตตุลาการ

นอกจากบทนิยามตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การทำความเข้าใจต่อนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” จึงต้องอาศัยความเห็น บทนิยามหรือบทจำกัดความซึ่งนักกฎหมายและนักวิชาการหลายท่านได้แสดงไว้ในหลายกรณี เช่น

ศาสตราจารย์อนันต์ จันทโรภากร อธิบายว่า “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นคนเดียวหรือหลายคน บุคคลที่สามดังกล่าวนี้ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องพิจารณาคดีและทำคำวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิด ฝ่ายใดถูก การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงต่างกับการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทในแง่มุมนี้”<sup>2</sup>

ศาสตราจารย์เสาวนีย์ อัสวโรจน์ อธิบายว่า “อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลซึ่งเป็นคนกลางภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมาย ตั้งขึ้นเพื่อให้

<sup>2</sup> อนันต์ จันทโรภากร. (2558). *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 75.

เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี จากคำนิยามดังกล่าว อนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นบุคคลที่ไม่ใช่คู่กรณีพิพาทและไม่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณีพิพาท ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียย่อมทำให้การอนุญาโตตุลาการใช้ไม่ได้ อนุญาโตตุลาการอาจมีเพียงคนเดียวหรือมีจำนวนมากกกว่านั้น และต้องตั้งขึ้น โดยคู่กรณีหรือคนอื่น ๆ ที่มีอำนาจแต่งตั้ง เพื่อให้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี หากไม่ทำหน้าที่ที่เป็นกลาง การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทย่อมใช้บังคับไม่ได้<sup>3</sup>

ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร อธิบายว่า “ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมนั้น อนุญาโตตุลาการ หมายถึง ทั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาตให้บุคคลหรือคณะบุคคล นอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น และตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ตัดสินข้อพิพาทนั้น ๆ เอง”<sup>4</sup>

คัมภีร์ แก้วเจริญ ได้อธิบายความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ว่า “อนุญาโตตุลาการ” คือ คนกลางซึ่งได้รับแต่งตั้งจากคู่กรณีพิพาททางแพ่งให้มาทำหน้าที่พิจารณาไปตัดสิน และวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยอาจเป็นบุคคลเดี่ยวที่คู่กรณีตกลงร่วมกันแต่งตั้ง หรือเป็นคณะบุคคลซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน อนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตั้งขึ้นจะร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกอีกหนึ่งคน ร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย อนุญาโตตุลาการที่เข้าร่วมนี้ในทางปฏิบัติจะทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยเสียงข้างมากได้ก็จะต้องตกลงร่วมกันแต่งตั้งบุคคลคนหนึ่งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้นต่อไป<sup>5</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร อธิบายว่า “อนุญาโตตุลาการมีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ “อนุญาโตตุลาการ” (arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งได้รับการคัดเลือกจากคู่พิพาทเพื่อให้ระงับข้อพิพาทระหว่างตนโดยคู่พิพาทตกลงยินยอมที่จะผูกพันตามคำชี้ขาด (award) ของบุคคลที่สามเช่นว่านั้นและถึงแม้คู่พิพาทจะสามารถ

<sup>3</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 118.

<sup>4</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2540). การอนุญาโตตุลาการ ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 (แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2)*. หน้า 21-38. กรุงเทพฯ: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. หน้า 23.

<sup>5</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2540). การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานภาครัฐ. ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 (แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2)*. หน้า 63-118. กรุงเทพฯ: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. หน้า 65-66.

เลือกบุคคลที่สามคนหนึ่งหรือหลายคนเพื่อทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (arbitrator) ก็ตามแต่ คู่พิพาทก็ไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ แก่อนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้นและอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังคำสั่งใดๆ ของคู่พิพาทฝ่ายที่เลือกตนด้วย”<sup>6</sup>

ดร.เชมจุฑา สุวรรณจินดา อธิบายว่า “...ความหมายของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” มีความหมายตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไป กล่าวคือ เป็นการระงับข้อพิพาทที่มีไต่ศาลแต่เป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นเป็นจำนวนเลขที่เรียกว่า “คณะอนุญาโตตุลาการ” ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาททางสัญญาหรือทางแพ่งอื่น ๆ โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่พิพาทตามหลัก res judicata เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดอย่างไรก็ดี เนื่องด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็เป็นการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการเช่นเดียวกับศาล ดังนั้น จึงมีลักษณะของการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางตุลาการ...”<sup>7</sup>

หอการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ได้ให้นิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ว่า “อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันทำสัญญาที่เรียกว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) โดยคู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะคดีแพ่งและคดีทางพาณิชย์ ที่เกี่ยวกับธุรกิจและการค้า โดยที่คู่สัญญาสามารถแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ [Arbitrator(s)] ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งในประเทศไทยและประเทศที่เป็นสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ค (New York Convention) ทุกประเทศในอาเซียนรวม 156 ประเทศทั่วโลก การระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนี้เป็นที่นิยมแพร่หลายกันทั่วโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการลงทุนและธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ (Investment and International Business Transaction) ตลอดจนการขนส่งระหว่างประเทศ (Logistic) เป็นต้น”<sup>8</sup>

ดังนั้น จากการศึกษาความเห็น บทนิยามหรือบทจำกัดความของนักกฎหมายและนักวิชาการต่าง ๆ ผู้เขียนจึงอาจให้บทจำกัดความของ “อนุญาโตตุลาการ” ว่าหมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลที่คู่สัญญาร่วมกันแต่งตั้งขึ้นเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา โดยได้รับผลตอบแทนเพื่อการปฏิบัติหน้าที่เช่นว่านั้น เมื่อได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีดุลพินิจอิสระภายใต้หลักความสุจริตและเป็นกลางและคู่สัญญาไม่มีอำนาจ

<sup>6</sup> จุมพต สายสุนทร. (2564). *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 437.

<sup>7</sup> เชมจุฑา สุวรรณจินดา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 102.

<sup>8</sup> หอการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *อนุญาโตตุลาการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thaichamber.org/service/อนุญาโตตุลาการ>. [2565, 22 มีนาคม].

เหนืออนุญาโตตุลาการฝ่ายตนหรือคณะอนุญาโตตุลาการ และหากอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ผลของการชี้ขาดตัดสินจะเรียกว่า “คำชี้ขาด” (Award) ซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจตามสัญญาที่คู่สัญญามอบหมายและอำนาจกึ่งตุลาการของอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันคู่สัญญา

นอกจากความหมายของอนุญาโตตุลาการที่หมายถึงบุคคลหรือคณะบุคคลที่คู่สัญญาร่วมกันตั้งขึ้นเพื่อชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว ในบางประเทศคำว่า “คณะอนุญาโตตุลาการ” ยังให้หมายรวมถึง สถาบันอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินด้วย เช่น Arbitration Act 2001 ของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 2 ได้กำหนดนิยามของ “คณะอนุญาโตตุลาการ” ว่า “อนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือคณะของอนุญาโตตุลาการ หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ, และหมายรวมถึงอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ตกลงหรือยอมรับโดยคู่สัญญา รวมถึงข้อบังคับของสถาบันหรือหน่วยงาน”<sup>9</sup> เป็นต้น อันเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของสถาบันอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินโดยถือเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งยังมีบทบัญญัติกำหนดความคุ้มกันของสถาบันอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดชอบอันเกิดจากการดำเนินการโดยสุจริตอีกประการหนึ่งด้วย<sup>10</sup>

#### 2.1.1.2 แนวคิดของอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ไม่มีหลักฐานปรากฏชัดเจนว่ากำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรก ณ เวลาใด โดยทฤษฎีทางศาสนามีความเชื่อว่า กษัตริย์โซโลมอนเป็นอนุญาโตตุลาการคนแรกจากการระงับข้อพิพาทระหว่างหญิงสองคนที่ต่างอ้างตนว่าเป็นมารดาที่แท้จริงของทารกโดยกษัตริย์โซโลมอนได้วินิจฉัยให้แยกทารกออกเป็นสองส่วนเพื่อแบ่งให้แก่หญิงทั้งสอง ซึ่งหญิงคนหนึ่งยินยอมสละทารกให้แก่หญิงอีกคนเนื่องจากไม่ต้องการให้ทารกต้องถูกแบ่งครึ่ง กษัตริย์โซโลมอนจึงตัดสินว่าหญิงดังกล่าวเป็นมารดาที่แท้จริงของทารก<sup>11</sup>

หลักฐานเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรย้อนไปถึงสมัยของกฎหมายสุเมเรียน โดยประมวลกฎหมายฮัมมูราบีได้กำหนดให้ผู้ปกครองอำนาจ

<sup>9</sup> “arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or an arbitral institution, and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organisation;

<sup>10</sup> ตัวอย่างบทบัญญัติความคุ้มกันของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น Arbitration Act 1996 มาตรา 74 ของสหราชอาณาจักร และ Arbitration Act 2001 มาตรา 59 ของประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

<sup>11</sup> Grace XAVIER. (2010). *Evolution of Arbitration as A Legal Institutional And The Inherent Powers of the Court: Putrajaya Holdings Sdn. Bhd. v. Digital Green Sdn. Bhd.* (Online). Available: <https://law1.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS009.pdf>. [2022, February 6].

ความยุติธรรมผ่านทางอนุญาโตตุลาการ และยังปรากฏหลักฐานยืนยันถึงการใช้อุญาโตตุลาการในดินแดนเมโสโปเตเมียเพื่อระงับข้อพิพาททางเขตแดนอีกด้วย<sup>12</sup> นอกจากนั้นแล้ว อนุญาโตตุลาการยังปรากฏอยู่ในยุคสมัยของอาณาจักรต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นยุคสมัยของอาณาจักรกรีกซึ่งมีการใช้อุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเองและระหว่างนครรัฐ หรือยุคสมัยของสมัยอาณาจักรโรมัน โดยมีการบทบัญญัติของกฎหมายสิบสองโต๊ะที่เกี่ยวข้องกับการใช้อุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเรื่องแนวเขตที่ดินข้างเคียง รวมถึงการใช้อุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้าอีกด้วย<sup>13</sup> ซึ่งต่อมาได้มีอิทธิพลอย่างกว้างขวางต่อประเทศที่ทำการค้ากับโรมัน และแม้กระทั่งประเทศอังกฤษก็ปรากฏหลักฐานว่าสมาคมการค้าในเมืองต่าง ๆ ได้มีการใช้อุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างสมาชิกของสมาคมอย่างแพร่หลาย โดยอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกที่พัฒนาสำหรับการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์ซึ่งพ่อค้าพาณิชย์จะใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อเลี่ยงการนำคดีขึ้นสู่ศาล รวมถึงได้มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขึ้นตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1698 อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมนานาประเทศนับตั้งแต่เกิดข้อพิพาท United States v. Great Britain หรือ The Alabama (1872)<sup>14</sup>

ในสังคมธุรกิจการค้าสมัยใหม่ อนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีบทบาทสำคัญทั้งในระดับภายในประเทศและต่างประเทศ โดยเป็นเครื่องมือในการจัดการข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาซึ่งไม่จำกัดแต่เพียงในภาคเอกชนเท่านั้น แต่ยังสามารถใช้กับสัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐหรือสัญญาทางปกครองได้อีกด้วย ในบริบทของการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศคงมีสถานะเป็นเพียง soft law ซึ่งไม่อาจบังคับกับคู่สัญญาที่ฝ่าฝืนความตกลงระหว่างประเทศได้ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ อนุญาโตตุลาการจึงถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของกลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนทั้งในระดับรัฐ-รัฐ และระดับ รัฐ-นักลงทุนต่างชาติ<sup>15</sup> นอกจากการเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทแล้ว อนุญาโตตุลาการยังมีบทบาทในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากการแทรกแซงของรัฐที่รับการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศเพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงในการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ตัวอย่างเช่นแนวคำ

<sup>12</sup> สุริรัตน์ ประจันปัจฉิม. (2558). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง*. คุญฉินพนธ์นิติศาสตร์คุญฉินพนธ์ คุญฉินพนธ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 106.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

<sup>14</sup> จุมพต สายสุนทร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 438.

<sup>15</sup> อำนาจ ตั้งศิริพิมาน. (2565). *การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 17.

ตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (Legitimate Expectation) ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair And Equitable Treatment) ซึ่งเป็นพันธกรณีสำคัญของรัฐที่รับการลงทุนที่ปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน และนักลงทุนมักจะหยิบยกการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวเป็นข้ออ้างว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามความตกลง<sup>16</sup> นอกจากนี้ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) ยังสามารถบังคับได้ในระหว่างประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ไม่จำกัดแต่เพียงภายในอาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงเป็นสภาพบังคับที่เป็นประโยชน์ต่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศยิ่งกว่าการใช้สิทธิทางศาลที่มีข้อจำกัดเรื่องอาณาเขตของประเทศที่ตัดสินเท่านั้น

นอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการยังมีบทบาทสำคัญในบริบทด้านการลงทุนระหว่างประเทศ นักลงทุนต่างชาติย่อมต้องการความมั่นใจสำหรับการลงทุนของตนว่าจะได้รับการคุ้มครองจากการแทรกแซงของรัฐที่รับการลงทุน และการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับนักลงทุนที่เป็นคนชาติ ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้เป็นหลักประกันให้แก่ นักลงทุนต่างชาติเกี่ยวกับความมั่นคงและคาดหมายได้ว่า จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ<sup>17</sup> หรือ การปฏิบัติที่เป็นธรรมหรือเท่าเทียม หรือคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุนจากการออกมาตรการโดยรัฐที่ส่งผลต่อการลงทุน โดยเฉพาะกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (Investor-State Dispute Settlement ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า ISDS) ซึ่งเป็นกลไกภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ที่ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องร้องรัฐที่รับการลงทุนในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ระหว่างประเทศ<sup>18</sup> ซึ่งประเทศไทยได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของ

<sup>16</sup> โชติการ วิทยาวารกุล. (2559). การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate expectation) ของนักลงทุน ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 45 (1). หน้า 115.

<sup>17</sup> หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ซึ่งเป็นหลักประกันที่รัฐผู้รับการลงทุนให้แก่ นักลงทุนต่างชาติเพื่อเสริมสร้างความเชื่อมั่นว่า นักลงทุนต่างชาติ จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐนั้น ไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐได้ให้การปฏิบัติแก่คนในชาติ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือสถานการณ์เดียวกัน อ้างถึงใน กฤตยา วุฒิสันต์. (2557). *การตีความและการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 5.

<sup>18</sup> วิลาวรรณ มังคละชนะกุล. (ม.ป.ป.). *หลักนิติธรรมกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ*. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 7 วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 2.

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อเป็นการส่งเสริมและดึงดูดนักลงทุนต่างชาติเข้ามาในประเทศไทย ในขณะที่เดียวกันยังเป็นกลไกการคุ้มครองนักลงทุนไทยในการลงทุนระหว่างประเทศด้วยอีกประการ จึงได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหลายฉบับ แม้ความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้จะส่งเสริมให้เกิดแรงจูงใจกับนักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาภายใต้การทำความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวคือนโยบายของภาครัฐบางประการกลับทำให้เกิดการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับประเทศไทย นักลงทุนจึงอาศัยกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS) ตัวอย่างเช่น คดีระหว่าง Kingsgate Consolidated Ltd, v. The Kingdom of Thailand (2017), PCA Case No. 2017-36<sup>19</sup> ซึ่งบริษัท คิงส์เกต ได้ใช้สิทธิตามกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐ (ISDS) ภายใต้ความตกลง AUSTRALIA-THAILAND FREE TRADE AGREEMENT (TAFTA) ฟ้องร้องประเทศไทยต่อคณะอนุญาโตตุลาการ สืบเนื่องจากกรณีที่ว่าหน้ารักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ใช้อำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีคำสั่งให้บริษัท คิงส์เกต ที่ได้รับประทานบัตรและใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ ต้องระงับการประกอบกิจการไว้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2560 เป็นต้นไป<sup>20</sup> เป็นต้น

แม้อนุญาโตตุลาการจะเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เป็นการเบี่ยงเบนคดีออกจากการดำเนินคดีทางศาล แต่หลักการอนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจปฏิเสธความเกี่ยวพันกับศาลได้อย่างเด็ดขาด โดยศาลยังคงมีหน้าที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อ 2 (3) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards หรือ New York Convention 1958 ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958)<sup>21</sup> ซึ่งกำหนดว่า

<sup>19</sup> คดีระหว่าง Kingsgate Consolidated Ltd, v. The Kingdom of Thailand (2017).

<sup>20</sup> คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 72/2559 เรื่อง การแก้ไขปัญหาค่าผลกระทบบจากการประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำ โดยคำสั่งนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา (ประกาศ ณ วันที่ 13 ธันวาคม 2559) เป็นต้นไป

<sup>21</sup> เคนดิภูมิ มายสกุล และฐิติรัตน์ นรินทรางกูร ณ อยุธยา. (2555). คำสั่งห้ามฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ: คำถาม 5 ข้อ ที่ศาลในสหรัฐอเมริกาถาม. *วารสารอนุญาโตตุลาการ*. หน้า 112.



“(1) แต่ละรัฐภาคจะยอมรับสัญญาเป็นหนังสือที่คู่พิพาทได้เสนอข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างคู่พิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะทางสัญญาหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ

(2) คำว่า “สัญญาเป็นหนังสือ” ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาหรือรวมอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมายหรือโทรเลข

(3) ในกรณีที่ต้องพิจารณาในประเด็นว่าคู่พิพาททำสัญญาที่อยู่ในความหมายของมาตรานี้หรือไม่ โดยมีคำร้องของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ก็ให้ศาลของรัฐภาคีสั่งให้คู่พิพาทไปใช้การอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่พบว่าสัญญาเช่นนั้นเป็นโมฆะ ไม่มีผลใช้บังคับหรือไม่สามารถปฏิบัติได้<sup>22 23</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่า การที่ อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 ข้อ 2 (3) ดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลของรัฐภาคีต้องปฏิเสธไม่รับข้อพิพาทนั้นและสั่งให้คู่พิพาทดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หากปรากฏว่าสาระสำคัญของข้อเรียกร้องดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ศาลเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะหรือไม่สามารถบังคับได้<sup>24</sup> ถือเป็นกำหนัดหน้าที

<sup>22</sup> สภานานาชาติเพื่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์. (2019). *คำแนะนำของ ICCA ในการตีความอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958: คู่มือสำหรับผู้พิพากษา*. กรุงเทพฯ: สภานานาชาติเพื่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์. หน้า 92.

<sup>23</sup> Article II

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

2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

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

<sup>24</sup> Irene Welser. (2007). *Pitfalls of Competence*. (Online). Available: [https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag\\_Welser\\_2007.pdf](https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag_Welser_2007.pdf). [2022, May 4].

ให้ศาลต้องยอมรับและสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยศาลจะไม่เข้าแทรกแซงจนกว่าอนุญาโตตุลาการจะได้พิจารณาวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวแล้ว สอดคล้องกับหลักวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ<sup>25</sup>

### 2.1.1.3 อนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายไทย

อนุญาโตตุลาการมีชื่อเรื่องใหม่สำหรับระบบกฎหมายไทย หากมีอยู่ในระบบกฎหมายไทยมาตั้งแต่ในอดีตแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้อนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยในอดีตจะมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันอยู่บ้าง แต่ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นอนุญาโตตุลาการตามความหมายสากล โดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศไทย ปรากฏอยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา คือพระไอยการลักษณะตระลาการจุลศักราช 1068 ซึ่งต่อมาได้มีการชำระใหม่โดยรวบรวมเป็นกฎหมายตราสามดวง<sup>26</sup> นอกจากนั้นในหลักอินทภาษซึ่งเป็นหลักกฎหมายสำคัญในกฎหมายตราสามดวง ที่ว่าด้วยหลักกรรมเกี่ยวกับการดำรงตนและปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ ได้กำหนดตระลาการประเภทหนึ่งคือ “อนุญาโต” ซึ่งเป็นตระลาการที่คู่ความยอมรับตั้งขึ้นให้เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทได้เหมือนกับกรณีที่ผู้พิพากษาตัดสินคดี<sup>27</sup> แต่เมื่ออนุญาโตมีคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทไม่อาจอุทธรณ์คำชี้ขาดดังกล่าวได้

ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการปฏิรูปกฎหมายให้ทัดเทียมนานาอารยประเทศ โดยให้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 ซึ่งในกฎหมายฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติให้คู่กรณีสามารถตกลงใช้อนุญาโตตุลาการในคดีที่อยู่ในศาลได้<sup>28</sup> ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้น แม้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 จะไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง แต่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 242 ปี ร.ศ. 118 พิพากษาว่าราษฎรสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ เนื่องจากไม่มีข้อห้ามและไม่จำเป็นต้องให้ศาลตั้ง และอำนาจของคู่กรณีที่ตกลงกันตั้งอนุญาโตตุลาการระหว่างกันนั้นมีมาแต่ก่อน

<sup>25</sup> หลักวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Principle of Competence-Competence) เป็นแนวคิดที่ว่าศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ที่จะสามารถวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้ โดยเป็นหลักการทั่วไปที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.3.2

<sup>26</sup> หลวงสุทธี วาทนฤพติ. (2495). *ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 147. อ้างถึงใน ลำพลอย บันธินวน. (2550). *จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้า*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 8.

<sup>27</sup> นพพร โพธิ์รังสิยากร. (2563). ที่มาของการระงับข้อพิพาทนอกศาล. *ตุลาการ*, 67(2). หน้า 6.

<sup>28</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 2(3). หน้า 111.

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 เมื่อพระราชบัญญัตินี้ไม่มีข้อความยกเลิกอำนาจ เช่นนั้น ราษฎรย่อมมีอำนาจตกลงกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้<sup>29</sup>

นอกจากการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันแล้ว อนุญาโตตุลาการยังถูกนำมาใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนด้วยในกรณี The Embargo (1893) หรือข้อพิพาท Cheek v. Siam (1898)<sup>30</sup> ระหว่างรัฐบาลสยามกับ ดร.มาเรียน ชีค (Dr. Marion Cheek) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ดร.ชีค ได้ร้องขอให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นผู้แทนเรียกร้องว่ารัฐบาลสยามฝ่าฝืนสนธิสัญญา ระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัฐบาลสยาม ค.ศ. 1856 กรณีที่ ดร.ชีค ถูกรัฐบาลสยามออกคำสั่งให้ยึดไม่ชงอันเนื่องมาจากการทำผิดได้รับประกาศพระราชโองการที่ให้รายงานทรัพย์สินต่อข้าหลวงเมือง เชียงใหม่ ต่อมาเมื่อพิรุธว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐบาลสยามกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกามีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1897 จึงได้มีการแต่งตั้งเซอร์ นิโคลัส จอห์น ฮันเนน (Sir Nicolas John Hannen) และคณะ เป็นอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีและมีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1898 ว่าการยึดทรัพย์ของรัฐบาลสยามขัดต่อสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัฐบาลสยาม ค.ศ. 1856 และให้รัฐบาลสยามชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ ดร.ชีค<sup>31</sup>

ต่อมาเมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในลักษณะ 2 วิธีพิจารณาสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 3 อนุญาโตตุลาการ มาตรา 210 ถึงมาตรา 222 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทั้งในศาลและนอกศาล แต่ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลเพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 221 ซึ่งไม่ชัดเจนและรัดกุมเพียงพอที่จะใช้บังคับได้ ทั้งยังไม่สอดคล้องต่อสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น ประกอบกับต่อมาประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ ต่อมาจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530<sup>32</sup> โดยในพระราชบัญญัตินี้ ยังได้มีบทบัญญัติรองรับการบังคับตามคำชี้ขาดของ

<sup>29</sup> สุริรัตน์ ประจวบจันทึก. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 110.

<sup>30</sup> Prabhakar SINGH. (2018). *Of International Law, Semi-colonial Thailand, and Imperial Ghosts*. (Online). Available:<https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-international-law/article/of-international-law-semicolonial-thailand-and-imperial-ghosts/5490C9E55B554B142CEFAAEED953966A>. [2022, February 3].

<sup>31</sup> ชนพงษ์ กุลนพฤกษ์. (2545). *อนุญาโตตุลาการในศาล*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหามงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 74.

<sup>32</sup> หมายท้ายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530. หมายเหตุ:- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันนี้ความนิยมของประชาชนในการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยทางอนุญาโตตุลาการนอกศาลมีมากขึ้น เพราะเป็นวิธีที่สามารถแก้ไขปัญหาคือข้อขัดแย้งได้โดยสะดวกรวดเร็วไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะประนีประนอม อันจะช่วยลดจำนวนคดีความที่จะขึ้นสู่ศาลอีกด้วย แต่

อนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ด้วย แนวคิดเรื่องอนุญาโตตุลาการจึงมิใช่เรื่องใหม่ที่ประเทศไทยเพิ่งได้รับมาจากต่างประเทศ แต่เป็นเรื่องที่ประเทศไทยมีรากฐานอยู่ก่อนแล้วตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งต่อมาได้รับแนวคิดจากต่างประเทศในการปรับปรุงให้เท่าทันต่อกระแสของนานาชาติอารยประเทศ

แม้กฎหมายแต่ละยุคสมัยจะมีการบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเหมือนกัน แต่ยังมี ความแตกต่างในส่วนของคำตัดสินหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายแต่ละฉบับ กล่าวคือ อนุญาโตตามกฎหมายตราสามดวง คู่ความไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ แต่ อนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่ความสามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ ตามที่กฎหมายกำหนด<sup>33</sup> ส่วนอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คู่ ความสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เมื่อต้องด้วย หลักเกณฑ์ที่กำหนด<sup>34</sup> และคำสั่งของศาลนี้คู่ความก็ยังสามารถอุทธรณ์ต่อไปได้<sup>35 36</sup>

ต่อเมื่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศเปิดกว้างมากขึ้น การที่ประเทศไทยเข้าเป็น ภาคิหรือมอบสตัยบ้านในกฎหมายระหว่างประเทศ พิธิสารหรือความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ย่อมส่งผลให้เกิดความร่วมมือและส่งเสริมให้เกิดการกระตุ้นความก้าวหน้าทั้งทางเศรษฐกิจและ สังคมหลายประการ ในขณะที่เดียวกันประเทศไทยก็มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องตาม กฎหมายระหว่างประเทศ พิธิสารหรือความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวด้วย ดังนั้น การ ดำเนินการใด ๆ ที่มีเกี่ยวข้องหรืออาจกระทบต่อพันธกรณีดังกล่าว ย่อมต้องพิจารณาถึงความผูกพัน ที่ประเทศไทยมีอยู่ในฐานะที่เป็นภาคิหรือมอบสตัยบ้านในกฎหมายระหว่างประเทศ พิธิสารหรือ ความตกลงระหว่างประเทศประกอบด้วย

---

เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีเพียงมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตราเดียวเท่านั้น ซึ่งยังไม่ชัดเจนและรัดกุมพอ โดยเฉพาะเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ อันเป็นผลให้ประชาชนผู้ประสงค์จะใช้วิธีการระงับ ข้อพิพาททางแพ่ง โดยทางอนุญาโตตุลาการนอกศาลต้องประสบกับปัญหาข้อขัดข้องอยู่เสมอ ประกอบกับ ประเทศไทยได้เป็นภาคิในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอยู่หลายฉบับ แต่ยังมี ได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในรองรับไว้อย่างเป็นระบบ สมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเรื่องนี้ให้ละเอียด ชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 221.

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 40.

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 45.

<sup>36</sup> นพพร โพธิ์รังสิยากร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 6.

2.1.1.4 กฎหมายระหว่างประเทศ พิธีสารหรือความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีหรือผูกพัน

กฎหมายระหว่างประเทศ พิธีสารหรือความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีหรือผูกพันให้สัตยาบันที่สำคัญ มีดังนี้

1) พิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ค.ศ. 1923 (The Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923)

สืบเนื่องมาจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน จึงมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดให้มีการจัดทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน อันเป็นเหตุให้เกิดการจัดทำพิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ค.ศ. 1923 โดยมีสาระสำคัญที่กำหนดให้ รัฐภาคีมีพันธกรณีที่ต้องยอมรับและปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทเกี่ยวกับการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ซึ่งประเทศไทยได้มอบสัตยาบันต่อพิธีสารดังกล่าว เมื่อวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2473 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ. 2473 และต่อมาได้มีการอนุวัติการโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด พ.ศ. 2473<sup>37</sup>

2) อนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 (The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927)

แม้ได้มีการจัดทำพิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ค.ศ. 1923 แต่การปฏิบัติตามพิธีสารยังคงมีปัญหาจากการที่รัฐภาคีไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพิธีสารดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องจัดทำอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 ขึ้นอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งมีสาระสำคัญที่กำหนดให้ เมื่อคู่พิพาทร้องขอให้รัฐภาคีบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยสามารถพิสูจน์ได้ตามหลักเกณฑ์ที่อนุสัญญากำหนดไว้แล้ว รัฐภาคีย่อมมีพันธกรณีที่ต้องยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้น ประเทศไทยได้มอบสัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2474 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2474

3) อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards หรือ New York Convention 1958)

<sup>37</sup> อนันต์ จันทโรภากร. (ม.ป.ป.). *กฎหมายไทยกับการส่งเสริมอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://tai.coj.go.th/file/get/file/20190507d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e104904.pdf>. [2565, 2 เมษายน].

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งได้ริเริ่มโดยสหภาพการค้านานาชาติ (ICC) เนื่องจากเงื่อนไขข้อจำกัดการใช้บังคับของพิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. 1923 (The Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923) และอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 (The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927) ที่ทำให้ไม่สามารถใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้อย่างกว้างขวาง ต่อมาคณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ (The Economic and Social Council หรือ ECOSOC) จึงได้จัดให้มีการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (Conference on International Commercial Arbitration) ณ กรุงนิวยอร์ก เมื่อปี ค.ศ. 1958 จนเกิดการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958)<sup>38</sup> โดยเป็นอนุสัญญาสำคัญที่กำหนดพันธกรณีให้แก่อุทธรณ์ที่ต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ โดยการใช้บังคับของพิธีสารเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. 1923 และอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 จะเป็นอันสิ้นไปเมื่อรัฐผู้เข้าทำสัญญาได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นี้ สำหรับประเทศไทยได้มอบสัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2502 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2503 และโดยการให้สัตยาบันนั้น ประเทศไทยจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2530<sup>39</sup>

4) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the settlement of investment disputes between States and Nationals of other State, Washington, 18 March 1965)

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 จัดทำขึ้นโดยการสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการฟื้นฟูบูรณะและ

<sup>38</sup> รุ่งระวี โสขมา. (2560). *แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม*. คุยฎีนิพนธ์ปรัชญาคณะนิติศาสตร์ สาขาวิชากฎหมายบริหารกระบวนการยุติธรรม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 38-39.

<sup>39</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530. มาตรา 2. กำหนดว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ. 2530 (ร.ก.2530/156/1พ./12 สิงหาคม 2530)

พัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development)<sup>40</sup> มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่เป็นภาคีอนุสัญญานี้ ด้วยวิธีการประนีประนอม (Conciliation) และอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) โดยรัฐที่เป็นภาคีจะต้องยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันเกี่ยวกับหนี้เงินในอาณาเขตของตนโดยเสมือนเป็นคำพิพากษาอันถึงที่สุดของรัฐนั้น และโดยผลของอนุสัญญานี้ทำให้มีการจัดตั้งศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ขึ้น

5) สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT)

เป็นกลไกสำคัญสำหรับรัฐในการคุ้มครองและสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนต่างชาติที่จะเข้าไปลงทุนในรัฐอื่น ซึ่งโดยปกตินักลงทุนต่างชาติย่อมมีความกังวลต่อการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนที่มีแนวโน้มจะเลือกปฏิบัติหรือให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติดีกว่านักลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน ในการนี้รัฐผู้รับการลงทุนจะอาศัยกลไกหรือมาตรการภายในรัฐจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น เพื่อป้องกันหรือจำกัดมิให้เกิดการแทรกแซงของรัฐผู้รับการลงทุน โดยส่วนใหญ่ BIT เป็นเครื่องมือของรัฐที่พัฒนาแล้วเพื่อการคุ้มครองนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน ส่วนรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งโดยส่วนใหญ่จะใช้ BIT เป็นเครื่องมือในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติโดยการเสนอมาตรการส่งเสริมการลงทุนต่าง ๆ รวมถึงข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางเลือก (Dispute Settlement) ด้วย

ข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางเลือก (Dispute Settlement) ที่ปรากฏอยู่ใน BIT มักเป็นข้อบทอย่างกว้างที่มีได้กำหนดสถานที่ดำเนินการและข้อบังคับสำหรับการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนย่อมสามารถใช้เข้าถึงการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการได้แม้ว่านักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนจะไม่เคยมีสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อกัน และในขณะเดียวกัน รัฐผู้รับการลงทุนย่อมอยู่ตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจจำกัดสิทธิหรือความคุ้มครองของนักลงทุนที่จะเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นการเฉพาะได้

6) กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL Model Law)

<sup>40</sup> รุ่งระวี โสขุมมา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 48.

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL) เกิดจากความพยายามในการพัฒนาและจัดทำหลักเกณฑ์ทาง กฎหมายเพื่อความเป็นเอกภาพของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง สหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ซึ่ง เป็นองค์กระระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้น โดยมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (the General Assembly) เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1966<sup>41</sup>

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL เป็นรูปแบบของการกำหนดแนวทางให้ ประเทศต่าง ๆ นำไปอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศโดยปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับบริบทของ แต่ละประเทศได้ แต่ไม่มีสภาพบังคับดังเช่นอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอื่น<sup>42</sup> จึงมี ความยืดหยุ่นสูงกว่า ในการนี้ประเทศไทยก็ได้นำเอากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นแนว ทางการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ<sup>43</sup> ด้วย และต่อมาประเทศไทยยังได้รับการคัดเลือก จากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติให้เป็นสมาชิก UNCITRAL มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553

การจัดทำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางการ กำหนดหลักการปฏิบัติในการอนุญาโตตุลาการเพื่อความเป็นอิสระและความเป็นธรรม รวมถึง กรอบวินัยของการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ รวมถึงการจำกัดห้ามศาลภายในประเทศใช้อำนาจ แทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย<sup>44</sup>

#### 2.1.1.5 ความหมายและลักษณะของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่จะกำหนดให้สัญญาของตนสามารถระงับปัญหาอันเกิดแต่ สัญญานั้นลงได้ด้วยบุคคลที่มีความเป็นกลาง โดยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้คู่สัญญาอาจกำหนด ลงไว้ในสัญญาหลักหรืออาจตกลงแยกไว้เป็นอีกส่วนหนึ่งก็ได้ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดจาก ความตกลงกันระหว่างคู่สัญญา โดยคู่สัญญาอาจกำหนดให้นำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมาบังคับ

<sup>41</sup> UNCITRAL. (n.d.). **Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL.** (Online). Available: [https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate\\_composition](https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition). [2022, August 4].

<sup>42</sup> กองกฎหมายไทย สำนักงานกฤษฎีกา. (2560). UNCITRAL กับการสร้างกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศให้ เป็นเอกภาพ. *กฤษฎีกา โฟกัส*, 13(140). หน้า 4.

<sup>43</sup> กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

<sup>44</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC. (2021). *UNCITRAL คืออะไร ทำไมต้องเป็น UNCITRAL.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thac.or.th/th/uncitral/>. [2022, August 2].



กับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ รวมถึงสามารถตกลงกันในรายละเอียดต่าง ๆ เช่น คู่สัญญาอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ หรือกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ได้ เป็นต้น

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ได้ให้นิยามของ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ<sup>45</sup>

นอกจากนั้น มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังได้กำหนดว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา ซึ่งเป็นเพียงการกำหนดแบบแห่งหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่หาได้มีการกำหนดรูปแบบข้อสัญญาที่แน่นอน เพียงแต่คู่สัญญามีเจตจำนงที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการก็ถือเป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับได้แล้ว

สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งได้กำหนดตัวอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อความสะดวกแก่การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญา ดังนี้

1) ตัวอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม<sup>46</sup>

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2546 ได้กำหนดแบบอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทอาจจะระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังต่อไปนี้ในสัญญา หรือทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกฉบับหนึ่งก็ได้ โดยอาจกำหนดดังนี้

“ข้อพิพาท ข้อขัดแย้ง หรือข้อเรียกร้องใด ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับสัญญานี้ รวมทั้งปัญหาการผิดสัญญา การเลิกสัญญา หรือความสมบูรณ์ของสัญญานี้ ให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยการอนุญาโตตุลาการ ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการเสนอข้อพิพาทเพื่อการอนุญาโตตุลาการและให้อยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันดังกล่าว”<sup>47</sup>

2) ตัวอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ<sup>48</sup>

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 11.

<sup>46</sup> หมายถึง สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ซึ่งจะได้อีกกล่าวต่อไปในข้อ 2.2.2.1

<sup>47</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2546. ข้อ 5.

<sup>48</sup> หมายถึง สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ซึ่งจะได้อีกกล่าวต่อไปในข้อ 2.2.2.2

ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558<sup>49</sup> ได้กำหนดตัวอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทอาจจะระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไว้ในสัญญา หรือทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกฉบับหนึ่งก็ได้ ดังนี้

“ข้อพิพาท ข้อขัดแย้ง หรือข้อเรียกร้องใด ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับสัญญานี้ รวมทั้งข้อพิพาทเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามสัญญา การเลิกสัญญา หรือความสมบูรณ์ของสัญญานี้ ให้ได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุด โดยการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการเสนอข้อพิพาทเพื่อการอนุญาโตตุลาการ โดยให้อยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ”

“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract or the breach, termination or invalidity thereof, shall be referred to and finally resolved by arbitration in accordance with the Arbitration Rules of The Thailand Arbitration Center (“THAC Rules”) for the time being in force and the conduct of the arbitration thereof shall be under the administration of the Thailand Arbitration Center.”

3) ตัวอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการของสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย<sup>50</sup>

สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยได้กำหนดตัวอย่างข้อสัญญาที่มอบข้อพิพาทให้สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย เป็นผู้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

“คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยอมรับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยเป็นมาตรฐานในการระงับข้อพิพาท หากมีปัญหาโต้แย้ง หรือมีข้อพิพาทเกี่ยวกับหรือสืบเนื่องจากสัญญานี้ และคู่สัญญาไม่อาจทำความตกลงกันเองได้ ก็ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้นตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558. ภาคผนวก 2.

<sup>50</sup> หมายถึง สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ซึ่งจะได้อ้างต่อไปในข้อ 2.2.2.3

<sup>51</sup> หอการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *ข้อกำหนดในสัญญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thaichamber.org/service/อนุญาโตตุลาการ>. [2565, 22 มีนาคม].

แม้ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการจะไม่มีรูปแบบข้อสัญญาที่แน่นอน<sup>52</sup> โดยคู่สัญญาอาจตกลงกำหนดให้มีสาระสำคัญที่จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทก็ถือว่าเป็นข้อสัญญาอนุญาตตุลาการที่ใช้บังคับได้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวควรต้องมีความชัดเจนเพียงพอให้เกิดข้อโต้แย้งในการใช้บังคับในอนาคต ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีการกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาของภาครัฐ โดยเฉพาะแบบสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด โดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด<sup>53</sup>

<sup>52</sup> รูปแบบข้อสัญญาในที่นี้ หมายความว่าโดยเจาะจงถึง ข้อความที่ปรากฏในความตกลงระหว่างคู่สัญญาเพื่อมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งต่างจากแบบแห่งหลักฐานของสัญญาอนุญาตตุลาการที่ถูกกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

<sup>53</sup> พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. มาตรา 93.

หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย

การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งโดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดให้ความเห็นชอบก่อน

ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามสัญญาตามวรรคหนึ่งได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบแล้ว ก็ให้กระทำได้

ในกรณีจำเป็นต้องทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ทำเป็นภาษาอังกฤษและต้องจัดทำข้อสรุปสาระสำคัญแห่งสัญญาเป็นภาษาไทยตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่การทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา 97 วรรคหนึ่งแล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็น

คณะกรรมการนโยบายได้กำหนดรูปแบบสัญญามาตรฐานที่ใช้เป็นการทั่วไปในสัญญาของภาครัฐ เพื่อให้ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถนำไปใช้ได้เป็นการทั่วไป หรืออาจเรียกว่าเป็นแบบสัญญามาตรฐานของภาครัฐ ทำให้รูปแบบข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาของภาครัฐส่วนใหญ่มีรูปแบบที่คล้ายคลึงกัน โดยสัญญามาตรฐานดังกล่าวได้กำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

“กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

1) ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญานี้ หรือเกี่ยวกับการปฏิบัติสัญญานี้ และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด

2) เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเห็นพ้องกันในอนุญาโตตุลาการคนเดียวเป็นผู้ชี้ขาด การระงับ ข้อพิพาทให้กระทำโดยอนุญาโตตุลาการ 2 คน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะทำหนังสือแสดงเจตนาจะให้มืออนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทและระบุชื่ออนุญาโตตุลาการคนที่แต่งตั้งส่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากนั้นภายในระยะเวลา 30 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับแจ้งดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับแจ้งจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สอง ถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนดังกล่าวไม่สามารถประนีประนอมระงับข้อพิพาทนั้นได้ ให้อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับจากวันที่ไม่สามารถตกลงกัน ผู้ชี้ขาดดังกล่าวจะพิจารณาระงับข้อพิพาทต่อไป กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้ถือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรมโดยอนุ โลม หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ และให้กระทำในกรุงเทพมหานคร โดยใช้ภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษในการดำเนินการกระบวนการพิจารณา

3) ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนหรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิร้องขอต่อศาลแพ่งเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้แล้วแต่กรณี

4) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือของอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี ให้ถือเป็นเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่สัญญา

5) คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้รับภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาฝ่ายละครั้ง ในกรณีที่มีการแต่งตั้ง

---

ของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ

อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาด ให้อนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาด เป็นผู้กำหนดภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดคนเดียว แล้วแต่กรณี”

หากพิจารณาแบบอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ แล้ว ย่อมแสดงให้เห็นลักษณะสำคัญของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยสถาบันต้องประกอบด้วย

1) คู่สัญญาตกลงกันมอบข้อพิพาท ข้อขัดแย้ง หรือข้อเรียกร้องใด ๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับสัญญา รวมทั้งปัญหาการผิดสัญญา การเลิกสัญญา หรือความสมบูรณ์ของสัญญา ให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยการอนุญาโตตุลาการ

2) คู่สัญญาตกลงดำเนินการตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

3) คู่สัญญาตกลงยินยอมให้การจัดการข้อพิพาทอยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

### 2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

การศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญ เนื่องจากแต่ละทฤษฎีได้มีการให้นิยามหรือขอบเขตของอำนาจของอนุญาโตตุลาการและผลทางกฎหมายของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน ดังนั้น การทบทวนวรรณกรรมในส่วนนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ทราบถึงทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ทราบถึงลักษณะและขอบเขตของอำนาจของอนุญาโตตุลาการ โดยทฤษฎีที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการอาจจำแนกได้ 4 ทฤษฎีดังนี้

#### 2.1.2.1 ทฤษฎีอำนาจเป็นของรัฐหรือเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีอำนาจเป็นของรัฐหรือเขตอำนาจ ถูกกล่าวอ้างโดยศาสตราจารย์เฟรดเดอริก อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann)<sup>54</sup> ซึ่งมีแนวความคิดว่าอำนาจในการอำนวยความสะดวกหรือการระงับข้อพิพาทเป็นภารกิจสำคัญของรัฐ โดยมีศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย ส่วนเอกชนจะมีอำนาจในการระงับพิพาทเพียงเท่าที่รัฐมอบหมายอำนาจให้ดำเนินการเท่านั้น<sup>55</sup>

แม้ทฤษฎีนี้จะมีได้โต้แย้งเรื่องที่มาจากอนุญาโตตุลาการจากสัญญาระหว่างคู่สัญญา แต่การมีผลใช้บังคับได้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะต้อง

<sup>54</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 3. หน้า 34.

<sup>55</sup> ชวัชชัย สุวรรณพานิช. (2558). *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 16.

เป็นไปตามที่กฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณานั้นกำหนดไว้<sup>56</sup> การที่อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจระงับข้อพิพาทจึงเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น โดยเป็นกรณีที่มีได้พิพาทกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและเป็นเรื่องของเอกชนด้วยกันโดยตรง รัฐก็อาจยกเว้นให้เอกชนสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้<sup>57</sup> ทฤษฎีนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจกึ่งตุลาการที่ได้รับมาจากรัฐ<sup>58</sup> คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการจึงมีผลบังคับได้เสมือนเป็นคำพิพากษาของศาล ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงให้ความสำคัญกับความแน่ชัดของผลทางกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่กระทำการอนุญาโตตุลาการนั้น<sup>59</sup>

ทฤษฎีนี้มองว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ แม้จะยอมรับว่าเอกชนสามารถริเริ่มการอนุญาโตตุลาการได้โดยความสมัครใจ แต่อำนาจของอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการต่าง ๆ รวมถึงการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หากปราศจากกฎหมายหรืออำนาจของรัฐที่เอกชนสามารถริเริ่มได้เช่นนั้น อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>60</sup>

#### 2.1.2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีสัญญา ได้รับการสนับสนุนโดยศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martian Domke) เจ พี นิบอยต์ (J.P. Niboyet)<sup>61</sup> ซึ่งทฤษฎีนี้อธิบายว่าอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญาหรือความตกลงของคู่สัญญา ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาอยู่ในลักษณะของการเป็นตัวการและตัวแทน<sup>62</sup> คู่สัญญาจะเป็นผู้กำหนดตัวอนุญาโตตุลาการ ขั้นตอนวิธีการพิจารณาระยะเวลา และสถานที่ที่ใช้พิจารณา ทั้งยังตกลงยอมรับให้คำชี้ขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการมีผล

<sup>56</sup> Hong Lin Yu. (2008). "A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration". *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 1 (2). P.258.

<sup>57</sup> วิทวัฒน์ สะลาม. (2557). *ปัญหาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาสัมปทานกิจการโทรคมนาคม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 14.

<sup>58</sup> ธวัชชัย สุวรรณพานิช. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 55*. หน้า 17.

<sup>59</sup> สถาพร มีสะอาด. (2540). *การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 54.

<sup>60</sup> วิทวัฒน์ สะลาม. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 57*. หน้า 14-15.

<sup>61</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 3*. หน้า 35.

<sup>62</sup> ธวัชชัย สุวรรณพานิช. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 55*. หน้า 17.

ผูกพันคู่สัญญาด้วย การใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นความผูกพันในลักษณะสัญญา โดยเป็นเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญา (Pacta Sunt Servanda) ไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐแต่อย่างใด<sup>63</sup> และถือเสมือนว่าอนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนของคู่สัญญา การกระทำหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงผูกพันคู่สัญญาในฐานะที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญา แต่ทฤษฎีก็มีได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง แต่ยอมรับว่าศาลอาจไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากปรากฏว่าคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

### 2.1.2.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีผสม ถูกพัฒนาขึ้นโดย ศาสตราจารย์จอร์จ ซอสเซอร์-ฮอลล์ (Professor Georges Sauser-Hall)<sup>64</sup> ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เห็นว่า ทฤษฎีอำนาจเป็นของรัฐหรือเขตอำนาจและทฤษฎีสัญญา ต่างยังมีข้อบกพร่อง และไม่สามารถอธิบายลักษณะของอนุญาโตตุลาการและกระบวนการเกี่ยวข้องได้โดยครบถ้วนสมบูรณ์ โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับทั้งเรื่องอำนาจรัฐและเรื่องสัญญาด้วยกัน กล่าวคือ สัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงระหว่างคู่สัญญา จึงเป็นเรื่องของสัญญา แต่ความสมบูรณ์ของสัญญารวมถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายของประเทศนั้น ๆ กำหนดไว้<sup>65</sup> ซึ่งแนวคิดของทฤษฎีผสมนี้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน<sup>66</sup>

### 2.1.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory หรือ SUI GENERIS THEORY)

ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ ถูกเสนอขึ้นโดยมาดาม รูเบลลิน เดอวิช (Madame Rubellin Devichi) ซึ่งทฤษฎีนี้มองว่าอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่มิได้อยู่โดยตัวของมันเอง โดยเกิดขึ้นจากความต้องการของฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะภาคธุรกิจ<sup>67</sup> กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเครื่องมือที่พัฒนาขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการสำเร็จเป็นไปด้วยดี อนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศ แต่ควรมีความเป็นอิสระและเป็นเอกเทศเพื่อสามารถตอบสนองต่อความต้องการของกลุ่มพิพาท อนุญาโตตุลาการย่อมสามารถใช้หลักการ กฎหมาย หรือแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องซึ่งตนเห็นว่าเหมาะสมได้<sup>68</sup> อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับที่มา

<sup>63</sup> วิวัฒน์ สละม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 16.

<sup>64</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 36.

<sup>65</sup> วิวัฒน์ สละม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 17.

<sup>66</sup> ชัชชัย สุวรรณพานิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 18.

<sup>67</sup> ชัชชัย สุวรรณพานิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 19.

<sup>68</sup> วิวัฒน์ สละม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 18.

ของอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เมื่ออนุญาโตตุลาการไม่ขัดแย้งกับกฎหมายของประเทศหรือสัญญา จึงไม่สามารถอธิบายได้ว่าสิ่งใดคือฐานที่รองรับอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ แนวคิดของทฤษฎีนี้จึงเป็นเพียงแนวคิดทางการศึกษามากกว่าการเป็นแนวคิดทางปฏิบัติ<sup>69</sup>

### 2.1.3 ประเภทของอนุญาโตตุลาการ

ประเภทของอนุญาโตตุลาการ อาจแบ่งได้ดังนี้

#### 1) อนุญาโตตุลาการในศาล

อนุญาโตตุลาการในศาล เป็นกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลชั้นต้นที่คู่ความตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด โดยยื่นคำขอร่วมกันต่อศาล ชั้นตอนและวิธีการเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น ลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 3 อนุญาโตตุลาการ มาตรา 210-222 โดยเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในศาลซึ่งได้กำหนดไว้อย่างกว้าง และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลเพียงบทเดียวคือมาตรา 221 ซึ่งกำหนดให้การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาล ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในขณะนี้คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

อนุญาโตตุลาการในศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน โดยกำหนดแต่เพียงว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินตามวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ เว้นแต่ในข้อตกลงจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>70</sup>

<sup>69</sup> ชวิชัย สุวรรณพานิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 19.

<sup>70</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 216.

ก่อนที่จะทำคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการฟังคู่ความทั้งปวงและอาจทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรในข้อพิพาทอันเสนอมาให้พิจารณานั้น

อนุญาโตตุลาการ อาจตรวจเอกสารทั้งปวงที่ยื่นขึ้นมาและฟังพยาน หรือผู้เชี่ยวชาญซึ่งเต็มใจมาให้การ ถ้าอนุญาโตตุลาการขอให้ศาลส่งคำคู่ความ หรือบรรดาเอกสารอื่น ๆ ในสำนวนเช่นว่านี้มาให้ตรวจดู ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องขอนั้น

ถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไร ที่ต้องดำเนินทางศาล (เช่น หมายเรียกพยาน หรือให้พยานสาบานตน หรือให้ส่งเอกสาร) อนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นว่านั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นอยู่ในอำนาจศาลและพึงรับทำให้ได้แล้ว ให้ศาลจัดการให้ตามคำขอเช่นว่านี้ โดยเรียกค่าธรรมเนียมศาลตามอัตราที่กำหนดไว้สำหรับกระบวนการพิจารณาที่ขอให้จัดการนั้นจากอนุญาโตตุลาการ

ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 215 และมาตรานี้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินตามวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ เว้นแต่ในข้อตกลงจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น



และให้นำบทบัญญัติมาตรา 140, 141 และ 142 ว่าด้วยคำพิพากษาและคำสั่งของศาลมาใช้บังคับแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม<sup>71</sup>

การตั้งอนุญาโตตุลาการในศาลนี้ คู่ความต้องเสนอตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ศาลพิจารณาเห็นชอบ ซึ่งศาลอาจเห็นชอบตั้งบุคคลที่คู่ความเสนอเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่หากศาลไม่เห็นชอบด้วย ศาลอาจสั่งให้คู่ความตั้งบุคคลอื่นหรือเสนอบุคคลอื่นตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่ความมิได้ตั้งหรือเสนอบุคคลใด ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร โดยอนุญาโตตุลาการในศาลมีหน้าที่ต้องฟังคู่ความทั้งปวงและอาจทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควร และหากเห็นว่ามีความจำเป็นต้องดำเนินการทางศาล อนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลได้ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจที่จะดำเนินการตามวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรได้ เว้นแต่ในข้อตกลงจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ส่วนการทำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำชี้ขาดของตนต่อศาล หากเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย ศาลจะพิพากษาไปตามคำชี้ขาดนั้น แต่หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อกฎหมาย ศาลชอบที่จะปฏิเสธไม่ยอมพิพากษตามคำชี้ขาดนั้น หรืออาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ ดังนั้น คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในศาลจึงอยู่ในรูปแบบของคำพิพากษาของศาลตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่ความอาจอุทธรณ์ได้โดยเหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222<sup>72</sup>

<sup>71</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 218.

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 140, 141 และ 142 ว่าด้วยคำพิพากษาและคำสั่งของศาลมาใช้บังคับแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม

ให้อนุญาโตตุลาการยื่นคำชี้ขาดของตนต่อศาล และให้ศาลพิพากษตามคำชี้ขาดนั้น

แต่ถ้าศาลเห็นว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมายประการใดประการหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่ยอมพิพากษตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าคำชี้ขาดนั้นอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ ศาลอาจให้อนุญาโตตุลาการหรือคู่ความที่เกี่ยวข้องแก้ไขเสียก่อนภายในเวลาอันสมควรที่ศาลจะกำหนดไว้

<sup>72</sup> โดยหลักคำสั่งศาลซึ่งปฏิเสธไม่ยอมพิพากษตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือคำพิพากษาของศาลตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ เว้นแต่มีเหตุดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีข้ออ้างแสดงว่าอนุญาโตตุลาการหรือประธานมิได้กระทำการโดยสุจริตหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้กลฉ้อฉล

(2) เมื่อคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(3) เมื่อคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

## 2) อนุญาโตตุลาการนอกศาล

อนุญาโตตุลาการนอกศาล หมายถึง กรณีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการซึ่งมิได้เกิดขึ้นหรือกระทำในศาล โดยอาจเกิดจากการที่คู่สัญญาตกลงดำเนินการกันเองหรือตกลงมอบข้อพิพาทให้อยู่ภายใต้การจัดการของหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการก็ได้ จึงอาจจำแนกประเภทของการอนุญาโตตุลาการ (Form of Arbitration) ได้เป็น 2 ประเภท<sup>73</sup> ดังนี้

### 2.1) อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)

อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ โดยคู่สัญญาจะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการกันเอง ตั้งแต่ขั้นตอนการตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดแนวทางการดำเนินการคดีด้วยตนเองภายใต้กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการและการใดซึ่งคู่สัญญามีได้กำหนดกันไว้เป็นการเฉพาะยอมเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้น<sup>74</sup> ทำให้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจมีความยืดหยุ่นสูงและคู่พิพาทสามารถกำหนดวิธีการได้ค่อนข้างกว้างขวาง<sup>75</sup> แต่ในขณะเดียวกัน การที่คู่สัญญาต้องตกลงกันเองก็อาจเป็นข้อด้อยของการอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ได้เช่นกัน โดยหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบิดพลิ้วหรือไม่ยินยอมให้ความร่วมมือ การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจย่อมไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้<sup>76</sup>

### 2.2) อนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (Institutional Arbitration)

อนุญาโตตุลาการโดยสถาบันเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสำนักงานหรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเรียกว่า “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” หรือ “ศูนย์อนุญาโตตุลาการ” หรือชื่ออื่นใด แล้วแต่กรณี โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้มีการจัดตั้งขึ้นในหลายประเทศ การดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) เป็นของตนเองเพื่อเป็นหลักเกณฑ์สำหรับการจัดการข้อพิพาทของแต่ละสถาบันฯ ตั้งแต่ขั้นตอนเริ่มต้นข้อพิพาท การตั้งอนุญาโตตุลาการ การกำหนดหลักเกณฑ์ดำเนินการต่าง ๆ จนถึงอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด สถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงมิได้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยตรง แต่จะทำหน้าที่สนับสนุนให้แก่ฝ่ายต่าง ๆ เพื่ออำนวยความสะดวก

<sup>73</sup> รุ่งระวี โสขมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 68-70.

<sup>74</sup> สุรรัตน์ ประจวบจันทน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 104.

<sup>75</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2562). *รวมคำพิพากษาของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ: สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 9.

<sup>76</sup> สุรรัตน์ ประจวบจันทน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 104.

ความสะดวกให้แก่การอนุญาโตตุลาการเท่านั้น<sup>77</sup> ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้อาจเป็นสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยภาครัฐหรือเอกชนก็ได้ โดยปรากฏว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศส่วนใหญ่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยองค์กรเอกชน ส่วนสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยภาครัฐและมีสถานะเป็นส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของแต่ละสถาบัน ซึ่งแต่ละสถาบันจะจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขางานด้านต่าง ๆ<sup>78</sup> เพื่อให้คู่พิพาทสามารถเลือกบุคคลที่เหมาะสมเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนหรือเพื่อให้สถาบันอนุญาโตตุลาการดำเนินการตามข้อบังคับเพื่อเลือกสรรอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดหรือประธานอนุญาโตตุลาการต่อไป

#### 2.1.4 การระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาภาครัฐของประเทศไทย

การระงับข้อพิพาททางเลือกในสัญญาภาครัฐของประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคมหลายครั้งนับตั้งแต่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของ อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว โดยการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2530<sup>79</sup> ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งรับหลักการมาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL

การกำหนดให้สามารถใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้ ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) โดยคณะรัฐมนตรีลงมติว่า สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

<sup>77</sup> สุรรัตน์ ประจวบจันทน์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12, หน้า 105.

<sup>78</sup> บุคคลผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่จะได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่แต่ละสถาบันกำหนดไว้ โดยอาจใช้วิธีการพิจารณาความเหมาะสมหรือการประเมินผลทดสอบวัดความรู้ แล้วแต่กรณี

<sup>79</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530, มาตรา 2, บัญญัติว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ (รก.2530/156/1พ./12 สิงหาคม 2530)

ต่อมากระทรวงยุติธรรมได้เสนอขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558 โดยมีมติแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) ดังกล่าว โดยได้ลงมติว่า

1) เห็นชอบตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ โดยให้แก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ในส่วนของข้อ 1 จากเดิม “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอกณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็กรณีดังต่อไปนี้

(1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

(2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอกณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

2) สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอกณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และสัญญามีข้อระบุให้ใช้ออนุญาตตุลาการโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอกณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย<sup>80</sup>

มุมมองการดำเนินคดีของภาครัฐมิได้มุ่งเน้นถึงการต่อสู้คดีจนถึงที่สุดเสมอไป หากแต่หน่วยงานของรัฐสามารถจากประโยชน์สาธารณะและความเสียหายของรัฐและให้เกิดความเป็นธรรมแก่ราษฎรได้ โดยหลักการนี้ได้ปรากฏตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2561 เรื่อง แนวทางเกี่ยวกับข้อพิพาทของหน่วยงานของรัฐ ให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐในกำกับดูแล ถือปฏิบัติว่า เพื่อบรรเทาความสูญเสียและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่รัฐและเพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของทางราชการ กรณีหน่วยงานของรัฐมีข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการหรือถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็คดีเดียวหรือหลายคดีในประเด็นเดียวกันหรือเกี่ยวเนื่องกัน เช่น กรณีคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงคมนาคม (การทางพิเศษแห่ง

<sup>80</sup> หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว 228 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน)

ประเทศไทย) แล้วมีคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนำไปสู่การฟ้องคดีในศาลปกครองสูงสุด โดยผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ให้หน่วยงานของรัฐต้องชดใช้ค่าเสียหายหรืออื่นใด จึงมีมติให้หน่วยงานของรัฐนั้นอาจดำเนินการเจรจาต่อรองกับคู่พิพาทเพื่อบรรเทาความเสียหายของรัฐและให้เกิดความเป็นธรรมแก่ราษฎรได้ ทั้งนี้ ให้ดำเนินการอย่างไร่งใส ชอบด้วยกฎหมาย และคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติเป็นสำคัญ<sup>81</sup>

ต่อมาเพื่อให้การยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเพื่อวางระเบียบปฏิบัติราชการในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน นายกรัฐมนตรีจึงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีประกาศเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561 โดยมีฐานะเป็นกฎที่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม (เทียบแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.90/2563)

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561 ได้วางระเบียบปฏิบัติราชการในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ และกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

#### 2.1.4.1 ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561 ได้วางระเบียบปฏิบัติราชการกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “การพิจารณาข้อพิพาทเพื่อยุติการดำเนินคดีระหว่างหน่วยงานของรัฐ” โดยมีขั้นตอนดังนี้

1) เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงาน ให้ฝ่ายที่เรียกร้องแจ้งข้อเรียกร้องหรือข้อโต้แย้งสิทธิไปยังฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง หากฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเห็นว่าไม่ถูกต้องหรือเห็นว่ามีหลักฐานว่าตนต้องรับผิดชอบและไม่คิดใจโต้แย้งเรื่องจำนวนค่าเสียหาย ให้ดำเนินการตามข้อเรียกร้องหรือชำระค่าเสียหาย (ข้อ 11)

2) กรณีข้อพิพาทยุติได้ภายในเวลาอันสมควร ให้ฝ่ายที่เรียกร้องเสนอข้อพิพาทไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดภายในอายุความหรือกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี (ข้อ 12)

3) เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้รับหนังสือเสนอข้อพิพาทแล้ว ให้พิจารณามีหนังสือแจ้งข้อเรียกร้องไปยังฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเพื่อให้ชี้แจงแก้ข้อเรียกร้องภายในระยะเวลาที่

<sup>81</sup> หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0503/ว 479 ลงวันที่ 8 ตุลาคม 2561 เรื่อง แนวทางดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทของหน่วยงานของรัฐ

สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด หากฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ชี้แจงให้ถือว่าสละสิทธิในการชี้แจงข้อเท็จจริงและเหตุผลเกี่ยวกับข้อพิพาท และให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการต่อไป (ข้อ 13)

4) ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท ให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการ ดังนี้

4.1) เปิดโอกาสให้คู่กรณีรับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอรวมทั้งชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบตามควรแก่กรณี (ข้อ 14)

4.2) มีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท (ข้อ 15)

5) เมื่ออัยการสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามข้อเรียกร้องในข้อพิพาทเรื่องใดแล้ว ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยให้คู่กรณีทราบ เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสเจรจาตกลงกันหรือแสดงเหตุผลโต้แย้งคำวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด (ข้อ 16)

5.1) กรณีที่คู่กรณีทุกฝ่ายเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด ให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นอันยุติและผูกพันคู่กรณี และให้คู่กรณีถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุดต่อไป (ข้อ 16 วรรคสอง)

5.2) กรณีไม่ปรากฏว่าคู่กรณีทุกฝ่ายเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุดภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแสดงเหตุผลโต้แย้งคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด ให้สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอข้อพิพาทต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาชี้ขาดต่อไป (ข้อ 16 วรรคสาม)

6) เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาข้อพิพาทของคู่กรณีและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นประการใดแล้ว ให้คำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุด

6.1) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาดให้คู่กรณีทราบภายใน 30 วันนับแต่วันที่คณะกรรมการได้รับรองมติเกี่ยวกับข้อพิพาท เพื่อให้คู่กรณีถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด (ข้อ 17)

6.2) เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้แจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาดให้คู่กรณีทราบแล้ว หากปรากฏว่าฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการภายในเวลา 60 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาด ให้คู่กรณีอีกฝ่ายมีหนังสือแจ้งให้สำนักงานอัยการสูงสุดทราบ (ข้อ 17 วรรคสอง)

6.3) เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดได้รับแจ้งแล้ว ให้มีหนังสือแจ้งเตือนคู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด หากฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม ให้มีหนังสือเสนอให้ประธานกรรมการมีหนังสือถึงรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือผู้มีอำนาจกำกับหรือควบคุมดูแล

หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นเพื่อแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด และหากยังคงเพิกเฉยอยู่ให้ประธานกรรมการเสนอเรื่องต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการตามความเห็นสมควรต่อไป (ข้อ 17 วรรคสาม)

#### 2.1.4.2 ข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน

การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่จำกัดแต่เพียงในสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาใช้ระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐก็ได้ หลักการดังกล่าวปรากฏโดยชัดแจ้งตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งในการยอมรับเอากระบวนการทางอนุญาโตตุลาการมาใช้ในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐนี้ ฝ่ายบริหารยังได้ออกระเบียบต่าง ๆ เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางการดำเนินการให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม

กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอย่างแพร่หลายทั้งในสัญญาภาคเอกชน และสัญญาทางปกครองก็สามารถระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน<sup>82</sup> ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเป็นอย่างใดย่อมผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม สัญญาภาคเอกชนกับสัญญาทางปกครองมีหลักการที่แตกต่างกัน สัญญาภาคเอกชนตั้งอยู่บนหลักความเสมอภาคแห่งการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญา ดังนั้น การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงอยู่บนหลักความเสมอภาคทางแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ<sup>83</sup> ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ประการแรกฐานะของคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และประการที่สอง ลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สาระสำคัญดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของมหาชน จึงทำให้การพิจารณาตีความสัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาภาคเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะมีเอกสิทธิ์

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545. มาตรา 15.

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ.2542. มาตรา 3. ให้นิยาม “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น บุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองจึงควรมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี จึงจะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องเป็นธรรมและปกป้องประโยชน์สาธารณะได้อย่างเหมาะสม<sup>84</sup>

ด้วยความแตกต่างระหว่างสัญญาภาคเอกชนกับสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงมีผลอย่างสำคัญต่อการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองที่จะต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทไปตามลักษณะของสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งประเด็นความเหมาะสมในการนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองได้มีถกเถียงมาเป็นเวลานาน ซึ่งต่อมาได้มีข้อพิจารณาสืบเนื่องจากการที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นอนุญาโตตุลาการหลายกรณีและมีมูลค่าที่รัฐต้องชดใช้เงินจากการแพ้คดีเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมของการนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการสัญญาของหน่วยงานของรัฐ อันนำไปสู่ความพยายามที่จะแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อปี พ.ศ. 2553 โดยกระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับร่างพระราชบัญญัติไปพิจารณาร่วมกับหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย กระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย โดยการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เกิดจากปัญหาการจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหารสัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้เกิดจากตัวระบบของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารงานของหน่วยงานต่าง ๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามร่างกฎหมายที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแก้ไข<sup>85</sup>

ด้วยเหตุที่การพิจารณาแก้ไขกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่กระทรวงยุติธรรมเสนอดังกล่าวนี้อาจมีผลกระทบต่อการลงทุนของภาคเอกชน ตลอดจนความเชื่อมั่นของนักลงทุนที่มีต่อประเทศไทย รวมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ คณะรัฐมนตรีได้ประชุมและมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปพิจารณาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อหาความเหมาะสมที่จะแก้ไขกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ได้ข้อยุติเสียก่อน ซึ่ง

<sup>84</sup> สุวีรัตน์ ประจวบจันทน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12, หน้า 234.

<sup>85</sup> หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ส่วนที่ 50 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2553 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่...) พ.ศ. ....



การศึกษาดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบคำชี้แจงของผู้แทนหน่วยงานต่าง ๆ ได้แก่ ผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยแล้ว ได้ข้อสรุปความเห็น ว่า สาเหตุที่หน่วยงานของรัฐตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เกิดจากปัญหาการจัดทำสัญญา ปัญหาการบริหารสัญญา และปัญหาการตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้เกิดจากตัวระบบของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสามารถแก้ไขได้โดยทางการบริหารงานของหน่วยงานต่าง ๆ นั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่กระทรวงยุติธรรมเสนอแต่อย่างใด<sup>86</sup>

แม้ในมุมมองของฝ่ายภาครัฐจะไม่พึงพอใจต่อผลลัพธ์ที่ได้จากการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานของรัฐต้องตกเป็นฝ่ายแพ้ในชั้นอนุญาโตตุลาการ หลายกรณีก็ตาม แต่รัฐยอมไม่อาจปฏิเสธข้อดีของอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการลงทุนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนที่เป็นคนชาติซึ่งได้ไปลงทุนในต่างประเทศและเป็นหลักประกันความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศ รวมถึงพันธกรณีที่มีต่ออนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ทำให้แนวทางการใช้ออนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐจึงเป็นการยอมรับให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาภาครัฐได้แต่โดยจำกัดการใช้ให้น้อยที่สุด

ความพยายามแก้ไขการใช้ออนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาภาครัฐ โดยฝ่ายภาครัฐยังคงปรากฏอยู่โดยตลอด โดยในปี พ.ศ. 2564 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... แล้วมีมติเห็นชอบให้คณะรัฐมนตรีรับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปพิจารณาก่อนรับหลักการ โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด และในการพิจารณาคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาได้ส่วน พิจารณาพิพากษาได้ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีข้อพิพาท โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ และกำหนดให้คดีที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณา

<sup>86</sup> หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่ สุด ที่ นร 0503/ว162 ลงวันที่ 9 กันยายน 2553 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

พิพากษาโดยไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัตินี้ คู่พิพาทอาจขอให้ศาลปกครองสูงสุดได้สวน พิจารณา พิพากษาใหม่ได้ภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ<sup>87</sup> ซึ่งสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อพิจารณาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นสอดคล้องกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่า ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ยังไม่มีความชัดเจนและไม่สอดคล้องกับหลักการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แนวทางปฏิบัติของสากล และอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือในการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยและกระทบต่อภาคเอกชนในการเข้ามาลงทุนในประเทศ รวมทั้งยังไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติในการกำหนดให้กฎหมายต้องมีความเป็นสากล โดยมุ่งใช้เป็นเครื่องมือในการสนับสนุนการพัฒนาและการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศอันจะเอื้อต่อการขับเคลื่อนยุทธศาสตร์ชาติ ประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติกระบวนการคัดค้านและการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองไว้แล้ว โดยศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้หากมีกรณีตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งได้สร้างความเป็นธรรมและคุ้มครองประโยชน์ให้แก่คู่พิพาท โดยมีกระบวนการที่ชัดเจนและสอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญานิวยอร์ค ค.ศ. 1958 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยแล้ว กรณีจึงยังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเสนอกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 21 (2) แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562<sup>88</sup>

<sup>87</sup> บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... แนบท้ายหนังสือสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ค่วนที่สุด ที่ สส 0014/14100 ลงวันที่ 23 ธันวาคม 2564 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีขอรับไปพิจารณาก่อนรับหลักการ

<sup>88</sup> หนังสือสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ค่วนที่สุด ที่ นร 0905/3 ลงวันที่ 19 มกราคม 2565 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีขอรับมาพิจารณาก่อนรับหลักการ (ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....)

## 2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับความหมาย การจัดตั้ง สถานะทางกฎหมายของสถาบัน อนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการภายใต้ การจัดการของสถาบัน

การศึกษาทบทวนวรรณกรรมเกี่ยวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ มีวัตถุประสงค์เพื่อทราบ ถึงแนวคิดและความหมาย ภาพรวมของรูปแบบการจัดตั้งและสถานะทางกฎหมาย รวมถึงบทบาท และความสามารถในการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศและ ประเทศไทย โดยเฉพาะภาพรวมของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยโดยทบทวนถึงความ เป็นมาและขอบเขตอำนาจของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่ง ตลอดจนประเภทและรูปแบบ การจัดการกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในประเทศ ไทย เพื่อให้เห็นถึงรูปแบบและระบบการจัดการข้อพิพาทที่มีความแตกต่างกันซึ่งอาจเป็นปัจจัยที่มี ผลต่อความได้เปรียบหรือประ โยชน์ของกลุ่มสัญญาในการตัดสินใจเลือกใช้บริการของสถาบัน อนุญาโตตุลาการ

### 2.2.1 ความหมายและแนวคิดของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

คำว่า “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” ไม่มีการนิยามความหมายไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การค้นหานิยามความหมายจึงอาจกระทำโดยการเทียบเคียงกับบริบทที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ หากพิจารณา บทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้กล่าวถึงการเริ่มต้นการดำเนินการ ทางอนุญาโตตุลาการ โดยการเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ อันหมายถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการ จึงอาจนิยามความหมายของคำว่า “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” ว่าหมายถึง หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธี อนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้รับความนิยมในทางธุรกิจ การค้าระหว่างประเทศอย่างมาก โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการลงไว้ในสัญญาหลักหรืออาจตกลงแยกไว้เป็นอีกส่วนหนึ่งก็ได้<sup>89</sup> เพื่อกำหนดให้สัญญาของตนสามารถ ระงับปัญหาอันเกิดแต่สัญญานั้นลงได้ด้วยบุคคลที่มีความเป็นกลางเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดข้อ พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้เมื่อเปรียบเทียบกับ การดำเนินคดีทางศาล อนุญาโตตุลาการ จึงเป็นวิธีการที่สะดวก รวดเร็ว และประหยัดยิ่งกว่า

<sup>89</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 11 วรรคหนึ่ง.

เมื่อรูปแบบการจัดการทางอนุญาโตตุลาการมีความซับซ้อนมากขึ้นจากเดิมที่เป็นการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยคู่สัญญากันเอง โดยได้เปลี่ยนแปลงไปสู่รูปแบบการบริหารจัดการโดยองค์กรหรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการด้านการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอันมีลักษณะเป็นการดำเนินการเชิงเศรษฐกิจ ซึ่งเรียกว่า “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” (Arbitration Institution) ซึ่งการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการนี้อาจเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน” (Institutional Arbitration) อันเป็นรูปแบบการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยขอบเขตอำนาจหรือความสามารถในการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการนี้มีได้ผูกพันอยู่กับอาณาเขตทางภูมิศาสตร์เช่นเดียวกับเขตอำนาจศาล แต่ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตกลงกัน กล่าวคือ หากคู่สัญญากำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าให้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใด สถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมมีความสามารถในการจัดการข้อพิพาทได้

ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นในหลายประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยภาคเอกชน ทั้งโดยองค์กรเอกชนนานาชาติ ได้แก่ ICC โดยทางศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ICC International Court of Arbitration) และสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยองค์กรเอกชนในประเทศต่าง ๆ เช่น LCIA, SCC, SIAC และ HKIAC เป็นต้น สถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการจัดการข้อพิพาทและการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ รวมถึงประเทศไทยก็ได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการหลายแห่งด้วยกัน โดยมีทั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐและที่จัดตั้งขึ้นโดยภาคเอกชน ทั้งนี้ ตามหลักสากลไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการดำเนินการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐกับสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยภาคเอกชน ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการทั้งสองภาคส่วนต่างสามารถจัดการข้อพิพาทได้ทั้งสิ้น โดยมีข้อสำคัญคือ สถาบันอนุญาโตตุลาการควรมีความเป็นอิสระ (Independence) และความเป็นกลาง (Impartiality) เพื่อเป็นหลักประกันการดำเนินการและความน่าเชื่อถือของสถาบันอนุญาโตตุลาการ<sup>90</sup>

การจัดการกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของประเทศที่สถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นตั้งอยู่นอกจากนั้นแล้ว

<sup>90</sup> ไชยวัฒน์ บุนนาค. (2554). *อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ* (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไข). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 27.

วิธีการจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการยังต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับของแต่ละสถาบัน<sup>91</sup> (Arbitration Rules) ซึ่งเป็นเสมือนธรรมเนียมของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งอีกประการหนึ่งด้วย ดังนั้น ด้วยความแตกต่างของการดำเนินการตามข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนความสะดวกรวดเร็วของบริการและความได้เปรียบเชิงคดีที่เกิดจากปัจจัยต่าง ๆ ของแต่ละสถาบัน จึงมีนัยยะสำคัญต่อการตัดสินใจเสนอข้อพิพาทของกลุ่มสัญญา กล่าวคือ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีข้อตกลงให้ดำเนินการระบวนพิจารณาภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่งไว้โดยชัดแจ้งหรือกลุ่มสัญญาสามารถตกลงร่วมกันได้ย่อมเป็นผลให้กลุ่มสัญญาสามารถร่วมกันนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้อย่างรวดเร็ว แต่หากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งหรือข้อตกลงให้ดำเนินการระบวนพิจารณาภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ชัดเจนเพียงพอ ย่อมเป็นช่องทางทำให้กลุ่มสัญญาสามารถตีความข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทของตนต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันได้ โดยมีสมมติฐานอยู่ที่กลุ่มสัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมุ่งหวังและกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ข้อพิพาทของฝ่ายตน จึงเลือกที่จะเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดก็ได้<sup>92</sup> ที่เห็นว่าตนจะได้รับประโยชน์สูงสุด กรณีเช่นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดจะมีความชอบธรรมที่จะบริหารจัดการข้อพิพาทนั้น

### 2.2.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

อนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (Institutional Arbitration) เป็นรูปแบบหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมในประเทศไทย เนื่องจากมีรูปแบบการดำเนินการระบวนพิจารณาที่มีความชัดเจนภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่ง ทำให้เกิดความสะดวกและง่ายต่อการดำเนินการ ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งได้จัดทำข้อบังคับของสถาบันขึ้นและประกาศต่อสาธารณชนเพื่อใช้ในการพิจารณาทำความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน ที่รวมถึงการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองหรือสัญญาของหน่วยงานของรัฐ<sup>93</sup> และในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่กับเอกชนในคดีแพ่งหรือคดีปกครองที่

<sup>91</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. (ม.ป.ป.). *คู่มือการอนุญาโตตุลาการ แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ: สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 3.

<sup>92</sup> รูปแบบพฤติกรรมการเลือกใช้สิทธิต่อศาลที่มีแนวโน้มการประเมินความได้เปรียบแก่โจทก์หรือผู้ฟ้องคดี ได้รับการอธิบายโดยหลัก Forum Shopping ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 2.6.1

<sup>93</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 15.

ต้องใช้อำนาจตุลาการในการระงับข้อพิพาทก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลนั้น ให้ส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการดำเนินการ<sup>94</sup> ซึ่งการดำเนินคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการดังกล่าวส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการภายใต้การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ

ขอบเขตการศึกษาในส่วนนี้จึงศึกษาเฉพาะส่วนของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ โดยในปัจจุบัน ประเทศไทยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐหลายแห่ง ซึ่งส่วนใหญ่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร ประกอบด้วย

#### 2.2.2.1 สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute หรือ TAI)

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ในขณะนี้ตั้งอยู่ที่ อาคารศาลอาญา ชั้น 5 ถนนรัชดาภิเษก แขวงจอมพล เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร เดิมก่อตั้งขึ้นตามคำสั่งกระทรวงยุติธรรม ที่ 302/2532 ลงวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2532 ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรม ภายใต้สังกัดสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม โดยมีนโยบายส่งเสริมและสนับสนุนให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ในส่วนของการบริหารจัดการข้อพิพาทของสถาบัน ได้มีการออกข้อบังคับกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2533 เพื่อใช้เป็นข้อบังคับในการบริหารจัดการคดีของสถาบัน ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ เป็นผลให้มีการจัดตั้งเป็นสำนักงานศาลยุติธรรมแยกเป็นหน่วยงานอิสระจากกระทรวงยุติธรรม ทำให้ภารกิจงานด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาท สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ได้แยกออกจากกระทรวงยุติธรรมมาอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งมีภารกิจดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกทั้งการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ ต่อมาในปี พ.ศ. 2559 สำนักงานศาลยุติธรรมได้ปรับปรุงการแบ่งส่วนราชการ

---

ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

<sup>94</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพิจารณาชี้ขาดการยุติข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐและการดำเนินคดี พ.ศ. 2561. ข้อ 26. กำหนดว่า กรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่กับเอกชนในคดีแพ่งหรือคดีปกครองที่ต้องใช้อำนาจตุลาการในการระงับข้อพิพาทก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาล ให้ส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการซึ่งมีหน้าที่และอำนาจดำเนินคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการโดยตรงดำเนินการ

ภายในสำนักงาน การกิจการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ จึงอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2559<sup>95</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ และได้รับความนิยมนอย่างมากแห่งหนึ่งของประเทศไทย มีบทบาทในการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยมีการจัดทำบันทึกความร่วมมือกับหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนเพื่อ สนับสนุนและส่งเสริมงานด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาท

ประเภทของข้อพิพาทที่อยู่ในการบริหารจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม มีทั้งข้อพิพาททางพาณิชย์ ข้อพิพาทระหว่างประเทศ ข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครอง โดยการบริหารจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาล ยุติธรรม ได้มีการออกข้อบังคับเพื่อใช้ในการจัดการข้อพิพาท ดังนี้

1) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบัน อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2546

ข้อบังคับนี้มีสาระสำคัญเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร ประกอบกับพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ได้จัดตั้งสำนักงานศาลยุติธรรมขึ้น โดยมีสถาบัน อนุญาโตตุลาการเป็นหน่วยงานในสังกัด ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้ปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้ประกาศ ณ วันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2546 โดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดข้อบังคับและกระบวนการ อนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อบังคับมีจำนวนทั้งสิ้น 38 ข้อ และมีบทเฉพาะกาล กำหนดว่า เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ข้อสัญญาหรือสัญญา อนุญาโตตุลาการการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือการอ้างอิงใด ๆ ที่ กำหนดให้ใช้ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กับข้อ พิพาทที่เกิดขึ้น อาจเกิดขึ้น หรืออยู่ในระหว่างการดำเนินการก่อนหรือในขณะที่ข้อบังคับนี้มีผลใช้ บังคับให้ถือว่าข้อสัญญาหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือการอ้างอิง นั้น กำหนดให้ใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนี้<sup>96</sup> ต่อมาเมื่อได้มีการปรับปรุงข้อบังคับนี้ โดยการ ประกาศข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560 ลงในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2560

<sup>95</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. (ม.ป.ป.). *เกี่ยวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/56>. [2565, 4 เมษายน].

<sup>96</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2546. ข้อ 38.

2) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560 เป็นข้อบังคับทั่วไปสำหรับการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ประกาศ ณ วันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2559<sup>97</sup> โดยมีคำปรารภการปรับปรุงทำนองเดียวกันกับข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2546 แต่ได้มีการปรับปรุงข้อบังคับให้สอดคล้องกับพัฒนาการของระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น และยังคงเป็นการกำหนดข้อบังคับและกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2546 ในส่วนของโครงสร้างข้อบังคับนี้ประกอบด้วย 7 หมวด รวมข้อบังคับทั้งสิ้นจำนวน 60 ข้อ และมีบทเฉพาะกาลกำหนดรองรับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่ได้เริ่มต้นก่อนวันที่ข้อบังคับนี้มีผลบังคับใช้ ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามข้อบังคับที่มีผลในขณะที่ยื่นคำเสนอข้อพิพาท โดยให้ข้อบังคับนี้มีผลเมื่อครบกำหนด 30 วัน นับแต่วันประกาศอีกด้วย<sup>98</sup>

3) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

4) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563

5) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564

ข้อบังคับนี้ประกาศ ณ วันที่ 14 กันยายน พ.ศ. 2564 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2564<sup>99</sup> โดยมีสาระสำคัญให้ยกเลิกข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการใน

<sup>97</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134/ตอนที่ 11 ก/หน้า 24/25 มกราคม 2560

<sup>98</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560. หมวด 7 บทเฉพาะกาล ข้อ 60. กำหนดว่า เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่ได้เริ่มต้นก่อนวันที่ข้อบังคับนี้มีผลบังคับใช้ ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามข้อบังคับที่มีผลในขณะที่ยื่นคำเสนอข้อพิพาท โดยให้ข้อบังคับนี้มีผลเมื่อครบกำหนด 30 วัน นับแต่วันประกาศ

<sup>99</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564. (2564, 30 กันยายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 138 (ตอนที่ 65 ก), หน้า 21.



ข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2563 และกำหนดให้มีการดำเนินกระบวนการที่เรียกว่า “การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด” นอกจากนี้ ข้อบังคับฉบับนี้ยังมีกรายกเลิกความในข้อ 13 วรรคสอง แห่งข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยให้ใช้ความแทนที่ว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องมีข้อแตกต่างกัน หรือมีปัญหาข้อขัดข้องเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ให้สถาบันเป็นผู้กำหนดกระบวนการพิจารณาตามที่เห็นสมควร” อีกด้วย

#### 2.2.2.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center หรือ THAC)

สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ปัจจุบันตั้งอยู่ที่ เลขที่ 689 อาคารภิรัชทาวเวอร์ ชั้น 26 (ศูนย์การค้าเอ็มควอเทียร์) ซอยพร้อมมิตร แขวงคลองตันเหนือ เขตวัฒนา กรุงเทพมหานคร โดยมีฐานะเป็นนิติบุคคล จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 และดำเนินการมาเมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2558 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมพัฒนากระบวนการระงอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการทั้งในประเทศไทยและระหว่างประเทศและให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการที่มีมาตรฐานเป็นสากล<sup>100</sup> รวมถึงการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการระงอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ซึ่งมีผลใช้บังคับนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2550 พระราชบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการระงอมข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการให้เป็นทางเลือกของคู่พิพาทแทนการระงอมข้อพิพาทในศาลอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาล โดยกำหนดให้มีองค์กรที่มีความอิสระคล่องตัวสูงในการบริหารจัดการมีบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการระงอมข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ในการดำเนินการส่งเสริมและพัฒนากระบวนการระงอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งดำเนินการกิจการเกี่ยวกับการระงอมข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ<sup>101</sup>

การบริหารงานของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 กำหนดให้มี "คณะกรรมการสถาบันอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งประกอบด้วยปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานกรรมการ อัยการสูงสุด เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประธานสมาคมธนาคารไทย นายกสภาทนายความ นายกสภาวิศวกร และนายกสภาสถาปนิกเป็น

<sup>100</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC. (ม.ป.ป.). ความเป็นมาของสถาบันอนุญาโตตุลาการ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://thac.or.th/v1/theme/file\\_system/20](https://thac.or.th/v1/theme/file_system/20). [2565, 6 เมษายน].

<sup>101</sup> หมายเหตุนายกสภาทนายความ นายกสภาวิศวกร และนายกสภาสถาปนิกเป็น

กรรมการโดยตำแหน่ง<sup>102</sup> และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนห้าคนเป็นกรรมการ โดยมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินงานของสถาบัน<sup>103</sup>

สถาบันอนุญาตโตตุลาการ (THAC) ให้บริการด้านการระงับข้อพิพาทที่หลากหลาย โดยมีทั้งการอนุญาตโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่สถาบันอนุญาตโตตุลาการ (THAC) ประกาศกำหนดเพื่อใช้ในการจัดการข้อพิพาท ดังนี้

#### 1) การอนุญาตโตตุลาการ

1.1) ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2558

สถาบันอนุญาตโตตุลาการ (THAC) ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2550 โดยมีหน้าที่ในการส่งเสริมและพัฒนาระบบการอนุญาตโตตุลาการ ตลอดจนดำเนินกิจการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตโตตุลาการ และต่อมาคณะกรรมการสถาบันอนุญาตโตตุลาการได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 18 (5) แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ออกข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้ประกาศ ณ วันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2558 โดยให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป<sup>104</sup> โดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดข้อบังคับเพื่อใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตโตตุลาการโดยการจัดการของสถาบันอนุญาตโตตุลาการ (THAC) ข้อบังคับประกอบด้วย 10 หมวด มีจำนวนข้อบังคับทั้งสิ้น 90 ข้อ

1.2) ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการ ว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

ข้อบังคับนี้ประกาศ ณ วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ. 2562 โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป<sup>105</sup> มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายแห่งข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2558

<sup>102</sup> พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2550. มาตรา 12.

<sup>103</sup> พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2550. มาตรา 18 (5).

<sup>104</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2558. (2558, 29 มิถุนายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 132 (ตอนพิเศษ 149 ง), หน้า 22.

<sup>105</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาตโตตุลาการ ว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562. (2562, 29 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 136 (ตอนพิเศษ 79 ง), หน้า 31.

1.3) ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560

ข้อบังคับนี้ประกาศ ณ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2560 โดยให้ใช้บังคับในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2560 เป็นต้นไป<sup>106</sup> มีสาระสำคัญเพื่อให้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่สั้นลง และค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้อง จึงกำหนดให้มีการดำเนินกระบวนการที่เรียกว่า “การอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม” ในส่วนของโครงสร้างข้อบังคับนี้ประกอบด้วย 8 หมวด รวมข้อบังคับทั้งสิ้นจำนวน 37 ข้อ

1.4) ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

ข้อบังคับนี้ประกาศ ณ วันที่ 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2561 โดยให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป<sup>107</sup> มีสาระสำคัญเพื่อปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 เกี่ยวกับการเพิ่มจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้อง รวมถึงการเพิ่มสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการตามที่อยู่พิพาทได้ตกลงกัน และการปรับปรุงระยะเวลาในการออกคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

1.5) ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางออนไลน์ พ.ศ. 2563

ข้อบังคับนี้ประกาศ ณ วันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2563 โดยให้ใช้บังคับนับแต่วันที่ 1 สิงหาคม 2563 เป็นต้นไป<sup>108</sup> มีสาระสำคัญเพื่อให้การระงับข้อพิพาททางเลือกระงับข้อพิพาททางออนไลน์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว มีประสิทธิภาพและการบริการก้าวทันต่อความเปลี่ยนแปลงของยุคสมัยและพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า โดยการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ ประกอบด้วยวิธีการระงับข้อพิพาท ได้แก่ การเจรจาต่อรอง การประนอมข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการ

<sup>106</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560. (2560, 29 กันยายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 134 (ตอนพิเศษ 242 ง). หน้า 36.

<sup>107</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561. (2561, 4 กรกฎาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 135 (ตอนพิเศษ 157 ง). หน้า 20.

<sup>108</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางออนไลน์ พ.ศ. 2563. (2563, 30 กรกฎาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 137 (ตอนพิเศษ 173 ง). หน้า 70.

## 2) การประนอมข้อพิพาท

2.1) ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557

นอกจากสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) จะมีหน้าที่ในการส่งเสริมพัฒนาและดำเนินกิจการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีหน้าที่ในการส่งเสริมและพัฒนากระบวนการประนอมข้อพิพาท ตลอดจนดำเนินกิจการเกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทด้วย เพื่อเป็นการสนับสนุนและสร้างบรรยากาศการดำเนินการประนอมข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพ คณะกรรมการสถาบันอนุญาโตตุลาการจึงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 18 (5) แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ออกข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ประกาศ ณ วันที่ 29 สิงหาคม พ.ศ. 2557 โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป<sup>109</sup> ข้อบังคับนี้ประกอบด้วย 7 หมวด มีจำนวนข้อบังคับทั้งสิ้น 45 ข้อโดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดข้อบังคับเพื่อใช้เป็นแนวทางการกระบวนการประนอมข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันให้สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) เป็นผู้ดำเนินการ

ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ภาคผนวก 2 ได้กำหนดตัวอย่างข้อสัญญาประนอมข้อพิพาทที่มอบข้อพิพาทให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยการประนอม ดังนี้

“ข้อพิพาทใดที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับสัญญาฉบับนี้ คู่สัญญาตกลงที่จะแก้ไขปัญหาโดยวิธีประนอมข้อพิพาทโดยใช้ข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการและให้อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาตกลงที่จะเข้าร่วมในการประนอมข้อพิพาทโดยมีเจตนาสุจริตและสัญญาว่าจะปฏิบัติตามข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น”

“Any dispute arising out of or in connection with this contract, the parties agree to settle the disputes by conciliation in accordance with the Rules of Thailand Arbitration Center and under management of Thailand Arbitration Center. The parties agree to participate in the conciliation in good faith and undertake to abide by the terms of any settlement reached.”

2.2) ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

<sup>109</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557. (2557, 24 กันยายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 131 (ตอนพิเศษ 188 ง). หน้า 31.

ข้อบังคับนี้ประกาศ ณ วันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561 โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป<sup>110</sup> มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายแห่งข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557

### 2.2.2.3 สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยมีการจัดตั้งสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทยโดยมีสถานะเป็นองค์กรเอกชนที่มีความเป็นอิสระ ไม่ขึ้นกับองค์กรของภาครัฐเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2511 ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย โดยที่ประเทศไทยได้มีพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ คือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (อนุสัญญานิวยอร์ค ค.ศ. 1958)<sup>111</sup> โดยสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการจึงได้ปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยเพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและเหมาะสมกับสถานการณ์เศรษฐกิจและการค้า นอกจากนั้น สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยยังมีบทบาทในการเผยแพร่งานอนุญาโตตุลาการให้เป็นที่รู้จักแพร่หลายตลอดจนส่งเสริมความรู้ ทักษะ และประสบการณ์เกี่ยวกับงานอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

การจัดการข้อพิพาทของสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย มีขั้นตอนตามกำหนดไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย (The Thai Commercial Arbitration Rules หรือ TCC Rules) ของสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย ฉบับปัจจุบันคือ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย ฉบับลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2546<sup>112</sup> ซึ่ง

<sup>110</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561. (2561, 25 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 135 (ตอนพิเศษ 330 ง). หน้า 30.

<sup>111</sup> หอการค้าไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). *อนุญาโตตุลาการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thaichamber.org/service/อนุญาโตตุลาการ>. [2565, 12 เมษายน].

<sup>112</sup> ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย เดิมใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2511 โดยไม่มีการแก้ไขปรับปรุงจนกระทั่งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้าไทยของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงและยกระดับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยให้เข้าสู่มาตรฐานสากล จึงได้ปรับปรุงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยและได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2543 ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้าไทยจึงให้มีการปรับปรุงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีการแก้ไขและสภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น

ข้อบังคับนั้นนอกจากข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังได้กำหนดให้ก่อนเสนอข้อพิพาทให้ คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด ให้นายทะเบียนนัดประชุมคู่พิพาทเพื่อยังให้เกิดข้อตกลงการ ประenomข้อพิพาท<sup>113</sup> อีกด้วย

#### 2.2.2.4 สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ในขณะนี้อยู่ที่ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เลขที่ 333/33 ถนนวิภาวดีรังสิต แขวงจอมพล เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อให้มี กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ต่อมา ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 จึงได้มีการปรับปรุง กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และได้มีการใช้บังคับประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ว่า ด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงาน ลงวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 ตั้งแต่วันที่ 16 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 เป็นต้นมา<sup>114</sup>

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ว่าด้วย กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงาน ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศสำนักงานคณะกรรมการ กำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สค. 39 /2559 เรื่อง กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ สำนักงาน (ฉบับที่ 3) ข้อ 6 กำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ดังนี้

1) เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกร้องไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือไม่ปฏิบัติ ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หรือ กฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า หรือกฎหมายที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว

2) เป็นข้อพิพาทที่ผู้ร้องแต่ละรายเรียกร้องค่าเสียหายไม่เกินห้าล้านบาท

---

โดยข้อบังคับนี้ให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 พฤษภาคม 2546 เป็นต้นมา และให้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ การค้าไทย ฉบับลงวันที่ 15 ธันวาคม 2543

<sup>113</sup> ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการการค้าไทย. ข้อ 6.

<sup>114</sup> ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ว่าด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ของสำนักงาน มีการปรับปรุงแก้ไขอีก 2 ครั้ง ตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์ ที่ สอ. 8 /2556 เรื่อง กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงาน (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2556 และประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สค. 39 /2559 เรื่อง กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงาน (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2559

3) ในกรณีเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการให้บริการทางด้านหลักทรัพย์ หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว ข้อพิพาทที่ผู้ร้องจะเสนอเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ด้วย

(ก) เป็นข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องที่เป็นบุคคลธรรมดาที่ตกลงใช้บริการ หรือเข้าทำสัญญา กับผู้ถูกร้องเกี่ยวกับหลักทรัพย์หรือธุรกิจหลักทรัพย์ หรือเป็นข้อพิพาทระหว่างสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพกับผู้ถูกร้อง โดยผู้ร้องต้องแสดงหลักฐานเป็นหนังสือหรือข้อสัญญาที่แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกร้องตกลงยินยอมให้มีการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(ข) เป็นข้อพิพาทที่ผู้ร้องได้ยื่นข้อเรียกร้องผ่านระบบการรับข้อร้องเรียนตามที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน หรือประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เกี่ยวกับการรับข้อร้องเรียนของลูกค้ำ แล้วแต่กรณี และปรากฏกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ผู้ร้องไม่ได้รับการติดต่อจากผู้ถูกร้องตามที่ประกาศดังกล่าวกำหนดภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ผู้ร้องยื่นข้อร้องเรียน

(5) ผู้ร้องไม่ได้รับการแก้ไขข้อร้องเรียนให้แล้วเสร็จภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ผู้ร้องยื่นข้อร้องเรียน

(6) ผู้ร้องเห็นว่าการแก้ไขข้อร้องเรียนเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม และแสดงได้ว่าได้มีการสงวนสิทธิว่าอาจนำเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(ค) เป็นข้อพิพาทที่เสนอเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในหกเดือนนับแต่กำหนดระยะเวลาในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ ทั้งนี้ ข้อพิพาทดังกล่าวต้องเกิดขึ้นมาแล้วไม่เกินสองปีนับแต่เกิดเหตุที่ใช้เป็นข้ออ้างในการเรียกร้องสิทธิ เว้นแต่สำนักงานเห็นว่ามิเหตุจำเป็นและสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดอายุความฟ้องคดีตามกฎหมาย

(1) เมื่อพ้นกำหนดนับสิบห้าวันนับแต่วันที่ผู้ร้องยื่นข้อร้องเรียน ในกรณีที่ผู้ร้องไม่ได้รับการติดต่อจากผู้ถูกร้อง

(2) เมื่อพ้นกำหนดสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ผู้ร้องยื่นข้อร้องเรียน ในกรณีที่ผู้ร้องไม่ได้รับการแก้ไขข้อร้องเรียนให้แล้วเสร็จ

(3) เมื่อพ้นกำหนดสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ผู้ร้องยื่นข้อร้องเรียน ในกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าการแก้ไขข้อร้องเรียนเป็นไปอย่างไม่เหมาะสม

กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการ

และระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกร้องไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการให้บริการด้านหลักทรัพย์ หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หรือกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า หรือกฎหมายที่ออกจากกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น มิได้ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาทในลักษณะอื่นเหมือนเช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAJ) หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC)

#### 2.2.2.5 สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย

สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยเป็นหน่วยงานของรัฐ ที่จัดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อันเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับสัญญาประกันภัย ระหว่าง ผู้เอาประกันภัย ผู้รับประโยชน์ หรือผู้ได้รับความเสียหายตามสัญญาประกันภัย กับบริษัทประกันภัย ตามที่กำหนดรองรับไว้ในเงื่อนไขกรมธรรม์ประกันภัยทุกฉบับ ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกรวดเร็ว ประหยัด และเป็นธรรมจึงกำหนดให้มีระเบียบสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2551, ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2553 และระเบียบสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทประกันภัยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2553 ภายใต้การดำเนินงานของฝ่ายระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ สายคดี สำนักงาน คปภ.<sup>115</sup>

ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับสัญญาประกันภัย ระหว่าง ผู้เอาประกันภัย ผู้รับประโยชน์ หรือผู้ได้รับความเสียหายตามสัญญาประกันภัย กับบริษัทประกันภัย ตามที่กำหนดรองรับไว้ในเงื่อนไขกรมธรรม์ประกันภัย มิได้ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาทในลักษณะทั่วไป

<sup>115</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.). (ม.ป.ป.). *อนุญาโตตุลาการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.oic.or.th/th/consumer/law/arbitration/193>. [2565, 11 เมษายน].



ข้อมูลจากการศึกษาเห็นว่า เมื่อพิจารณาลักษณะและหลักเกณฑ์เงื่อนไขของข้อพิพาทที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบันแล้ว เห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบด้วย สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย สำนักงานป้องกันและระงับข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา กรมทรัพย์สินทางปัญญา และสำนักงานอนุญาโตตุลาการ สมาคมประกันวินาศภัย ซึ่งเป็นสำนักงานหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จำกัดข้อพิพาทในลักษณะเฉพาะตามแต่อำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานนั้น ๆ ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นการทั่วไปจึงสามารถนำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการได้เพียงสามแห่งเท่านั้น คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAJ) สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) และสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ซึ่งอาจก่อให้เกิดสถานะการแข่งขันระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการจนเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Parallel Proceedings)<sup>116</sup> ได้

### 2.2.3 ประเภทและรูปแบบการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

สถาบันอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการจัดการข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่ง โดยจะมีประเภทและรูปแบบจัดการที่มีรายละเอียดแตกต่างกันตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของสถาบัน การศึกษาในส่วนนี้จะจำแนกประเภทและรูปแบบการจัดการข้อพิพาทที่เกิดจากข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการโดยแบ่งแยกตามสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่ง ดังนี้

#### 2.2.3.1 สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAJ)

การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAJ) อาจแบ่งประเภทและรูปแบบได้ตามข้อบังคับที่ใช้บังคับอยู่ได้ดังนี้

##### 1) กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560 เป็นข้อบังคับที่ใช้ในการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม โดยใช้บังคับกับข้อพิพาทเป็นการทั่วไป ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ข้อบังคับมีความเหมาะสมกับสภาพของข้อพิพาทและเทคโนโลยีที่

<sup>116</sup> การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Parallel Proceedings) หมายความว่า กรณีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องเดียวกันและมีคู่ความเดียวกันต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปในเวลาเดียวกัน ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 2.6.2

เปลี่ยนแปลงไป โดยการแก้ไขปรากฏตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 และข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563

นอกจากนั้น ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560 ยังมีสาระสำคัญประการหนึ่งคือ การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้

(ก) คณะอนุญาโตตุลาการ<sup>117</sup>

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว หากคู่พิพาทประสงค์จะตกลงเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการร่วมกัน ให้เสนอชื่อบุคคลดังกล่าวไปยังสถาบันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้าน หรือในกรณีที่มิขอเรียกร้องแย้งภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้านคำแก้ไขข้อเรียกร้องแย้ง มิฉะนั้น ให้ดำเนินการ ดังนี้

(1) ให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเสนอรายชื่ออนุญาโตตุลาการจำนวน 3 รายชื่อ ไปยังสถาบันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

(2) เมื่อสถาบันได้รับรายชื่ออนุญาโตตุลาการแล้ว สถาบันอาจเสนอรายชื่ออนุญาโตตุลาการอีก 3 รายชื่อ แล้วส่งกลับให้คู่พิพาท

(3) ให้คู่พิพาทคัดเลือกรายชื่ออนุญาโตตุลาการเรียงตามลำดับความพึงพอใจทั้ง 9 รายชื่อส่งกลับไปยังสถาบันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ

(4) ให้สถาบันดำเนินการติดต่อบุคคลที่คู่พิพาทมีความพึงพอใจตรงกันสูงสุดไม่เกินห้าอันดับแรกเพื่อเป็นอนุญาโตตุลาการ กรณีที่มีบุคคลที่ได้รับความพึงพอใจลำดับที่ห้าเท่ากันเกินกว่า 1 คน ให้สถาบันเป็นผู้กำหนดว่าจะให้ติดต่อบุคคลใด เว้นแต่กรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม สถาบันจะกำหนดให้ติดต่อบุคคลลำดับถัดจากนั้นก็ได้อีก

หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ดำเนินการเสนอหรือคัดเลือกรายชื่อเรียงลำดับตามที่กำหนดหรือดำเนินการตามวิธีการข้างต้นแล้วไม่มีบุคคลใดรับเป็นอนุญาโตตุลาการ สถาบันอาจมีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองหรือให้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งใหม่ก็ได้

<sup>117</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560. ข้อ 14-17.

หากคู่พิพาทตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน ให้คู่พิพาทเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เสนอชื่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดสถาบันอาจมีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองก็ได้

ให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการเสนอชื่อและแต่งตั้งตามวรรคหนึ่งร่วมกันเสนอชื่อบุคคลภายนอกอีกคนหนึ่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อนั้นไม่สามารถร่วมกันตกลงเกี่ยวกับบุคคลที่จะเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งให้ดำเนินการคัดเลือกผู้ที่จะเสนอชื่อ ให้นำความในข้อ 15 มาใช้แก่การตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม

ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่า 3 คน ให้คู่พิพาทเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน และให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลมการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการกรณีมีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย

ในกรณีที่มีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ทำดังต่อไปนี้

(1) กรณีมีอนุญาโตตุลาการคนเดียว ให้ฝ่ายผู้เรียกร้องและฝ่ายผู้คัดค้านเสนอรายชื่อและคัดเลือกรายชื่อเรียงตามลำดับความพึงพอใจตามข้อ 15 ร่วมกันในฝ่ายตน

(2) กรณีมีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเสนอรายชื่อตามข้อ 16 ร่วมกันในฝ่ายตน

(3) กรณีที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ว่าคู่พิพาทรายใดควรดำเนินการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการร่วมกับคู่พิพาทฝ่ายใด สถาบันอาจมีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งหมดเองก็ได้

(ข) การตั้งอนุญาโตตุลาการ<sup>118</sup>

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการที่จะได้รับการแต่งตั้งลงลายมือชื่อให้ความยินยอมในหนังสือแต่งตั้ง แล้วให้เสนอต่อสถาบันพิจารณาแต่งตั้ง

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อตามข้อ 16 ให้คู่พิพาทที่เสนอชื่อดำเนินการให้ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อลงลายมือชื่อให้ความยินยอมในหนังสือแต่งตั้งแล้วให้เสนอต่อสถาบันพิจารณาแต่งตั้ง

บุคคลใดยินยอมในการแต่งตั้งให้ตนเป็นอนุญาโตตุลาการถือว่ายอมรับคำป่าวการตามที่สถาบันกำหนดด้วย

2) กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด

<sup>118</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2560. ข้อ 18.

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2564 ได้กำหนดให้มีการดำเนินกระบวนการที่เรียกว่า “กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด” โดยมีกำหนดเงื่อนไขการใช้ข้อบังคับนี้ว่า ก่อนที่มีคณะอนุญาโตตุลาการครบถ้วนคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำขอใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด ซึ่งสถาบันอาจอนุญาตให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัดก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทตกลงกันให้ใช้กระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัด หรือ

(2) จำนวนทุนทรัพย์ในข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งแห่งข้อพิพาทนั้นไม่เกินห้าล้านบาท ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขอใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด ส่งสำเนาคำขอให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งแจ้งว่าตนประสงค์ขอใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัดโดยเร็วภายหลังจากยื่นคำขอ

การที่คู่พิพาทตกลงใช้ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ให้ถือว่าคู่พิพาทยินยอมที่จะผูกพัน และดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด ไม่ว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีข้อความที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามภาคผนวกดังกล่าวหรือไม่<sup>119</sup>

### 2.2.3.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC)

การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ใช้หลักเกณฑ์ของจำนวนทุนทรัพย์ในการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ อาจแบ่งประเภทและรูปแบบได้ตามข้อบังคับที่ใช้บังคับอยู่ได้ดังนี้

#### 1) การอนุญาโตตุลาการ

การจัดการข้อพิพาทที่มีการเสนอต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ก่อนวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2560<sup>120</sup> อยู่ภายใต้แนวทางในการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ

<sup>119</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 3/2 ซึ่งแก้ไขโดยข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2564 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2564

<sup>120</sup> วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2560 เป็นวันที่ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ ทำให้ข้อพิพาทที่มีจำนวนทุนทรัพย์ตามข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งรวมกันไม่เกินกว่า 20 ล้านบาท ซึ่งมีการเสนอต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2560 อยู่ภายใต้การจัดการตามข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 ส่วนข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์เกินกว่าจำนวนดังกล่าว ให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ตามข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นวันที่ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ ทำให้ข้อพิพาทที่มีจำนวนทุนทรัพย์ตามข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งรวมกันไม่เกินกว่า 20 ล้านบาท ซึ่งถือเป็นข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อมตามนัยของข้อบังคับฉบับใหม่นี้ ต้องอยู่ภายใต้การจัดการข้อพิพาทตามแนวทางของข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 โดยถือตามลักษณะของข้อพิพาทเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากข้อพิพาทที่มีจำนวนทุนทรัพย์ตามข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งรวมกันไม่เกินกว่า 20 ล้านบาท ได้เสนอต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สถาบันย่อมสามารถจัดการข้อพิพาทตามแนวทางของข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาทก่อน ภายหลังคณะกรรมการสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ออกข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 เพื่อปรับปรุงจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้องให้เหมาะสมจากจำนวนไม่เกินกว่า 20 ล้านบาท เป็นจำนวนไม่เกินกว่า 35 ล้านบาท

ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

(ก) คณะอนุญาโตตุลาการ<sup>121</sup>

ให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว เว้นแต่

(1) คู่พิพาทตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการสามคน แต่ไม่ว่าในกรณีใดถ้าคู่พิพาทตกลง จำนวนอนุญาโตตุลาการไว้เกินกว่าสามคน ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงสามคน

(2) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอและนายทะเบียนเห็นว่า การตั้งอนุญาโตตุลาการสามคน จะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เมื่อได้คำนึงถึงความยุ่งยาก ผลกระทบแห่งคดีหรือพฤติการณ์อื่นใดแห่งคดีแล้ว

---

ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้น ต่อมาได้มีการเพิ่มจำนวนทุนทรัพย์จากไม่เกินกว่า 20 ล้านบาท เป็นจำนวนไม่เกินกว่า 35 ล้านบาท โดยข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 5 กรกฎาคม 2561 อันเป็นวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

<sup>121</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558. ข้อ 17-19.

ข้อตกลงที่ให้อำนาจแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอก หรือ อนุญาโตตุลาการ ที่ได้รับการตั้งแล้ว เป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่ง ให้ถือว่าข้อตกลงเช่น ว่าเป็นข้อตกลงในการเสนอ ชื่ออนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป ให้ประธานกรรมการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเร็ว ไม่ว่าจะมีการเสนอชื่อ อนุญาโตตุลาการตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือไม่ก็ตาม

ในการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ให้ประธานกรรมการคำนึงถึงคุณสมบัติของ อนุญาโตตุลาการ ตามที่คู่พิพาทตกลงกัน และคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระและเป็น กลาง ตลอดจนความพร้อม ของอนุญาโตตุลาการในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรวดเร็วและมี ประสิทธิภาพด้วย

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับการตั้งแล้วให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

(ข) การตั้งคณะอนุญาโตตุลาการคนเดียว<sup>122</sup>

ในกรณีที่กำหนดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการคนเดียว ให้คู่พิพาทแต่ละฝ่าย เสนอชื่อ บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งพิจารณา ถ้าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลง กัน ได้ให้เสนอชื่อบุคคลคนหนึ่งเพื่อให้ประธานกรรมการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวต่อไป

ถ้าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่อาจตกลงกันได้ภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ นายทะเบียนรับคำขอเริ่มต้นคดีให้ประธานกรรมการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยเร็ว

(ค) การตั้งคณะอนุญาโตตุลาการสามคน<sup>123</sup>

ในกรณีที่กำหนดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการสามคน ให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเสนอ ชื่อ อนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนต่อประธานกรรมการ

ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ๆ ภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่รับชื่ออนุญาโตตุลาการจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือนับแต่ วันที่มีพฤติการณ์อย่างใด อย่างหนึ่งตามที่คู่พิพาทตกลงกัน ให้ประธานกรรมการตั้ง อนุญาโตตุลาการโดยมีพิกัดชื่ออนุญาโตตุลาการ จากคู่พิพาทฝ่ายนั้น

ให้ประธานกรรมการตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามซึ่งเป็นประธานคณะ อนุญาโตตุลาการ เมื่อปรากฏว่า

(1) คู่พิพาทมิได้ตกลงกันเกี่ยวกับวิธีการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการคนที่สาม ไว้ หรือ

<sup>122</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558. ข้อ 20.

<sup>123</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558. ข้อ 21-22.

(2) การเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการคนที่สามตามวิธีการที่คู่พิพาทตกลงกัน ไม่สามารถกระทำได้ ภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่ได้รับชื่ออนุญาโตตุลาการจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือนับแต่วันที่มิ พกติการณ้อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่คู่พิพาทตกลงกัน

(ง) การตั้งคณะอนุญาโตตุลาการกรณีมีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย<sup>124</sup>

ในกรณีที่กำหนดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการคนเดียวและมีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย ให้คู่พิพาททุกฝ่ายตกลงร่วมกันเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการหนึ่งคน

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่อาจตกลงร่วมกันเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการได้ภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่นายทะเบียนรับคำขอเริ่มต้นคดีหรือภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนกำหนด ให้ประธานกรรมการ มีอำนาจตั้งคณะอนุญาโตตุลาการคนเดียว

ในกรณีที่กำหนดให้มีคณะอนุญาโตตุลาการสามคนและมีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย ให้ฝ่ายผู้เรียกร้องร่วมกันเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการหนึ่งคน และฝ่ายผู้คัดค้านร่วมกันเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการหนึ่งคน

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่ตกลงกันได้ หรือไม่อาจร่วมกันเสนอชื่อได้ภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่นายทะเบียนรับคำขอเริ่มต้นคดีหรือภายใน ระยะเวลาที่นายทะเบียนกำหนด ให้ประธานกรรมการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการทั้งสามคนและตั้ง อนุญาโตตุลาการคนหนึ่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ

2) การอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม

การอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม เป็นแนวทางการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ตามข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 ซึ่ง “การอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม” ตามนัยข้อบังคับดังกล่าว ให้หมายถึง ข้อพิพาทที่มีจำนวนทุนทรัพย์ตามข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งรวมกันไม่เกินกว่า 35 ล้านบาท<sup>125</sup> ซึ่งวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อมเพื่อเป็นการพัฒนาข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการให้มีระยะเวลาในการดำเนินการระงับการอนุญาโตตุลาการที่สั้นลง และค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับจำนวนทุนทรัพย์ที่

<sup>124</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558. ข้อ 23-24.

<sup>125</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 หมวด 1 บททั่วไป ข้อ 4 ซึ่งแก้ไขโดยข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561. ข้อ 3.

เรียกร้อย รวมทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้ข้อพิพาทที่เรียกเงินหรือค่าเสียหายเป็นจำนวนไม่สูงมากให้สามารถใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการได้

การอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม เป็นแนวทางการจัดการข้อพิพาทที่สั้นและกระชับ ลดขั้นตอนบางประการให้เหมาะสมกับสภาพของข้อพิพาท เช่นการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอนุญาโตตุลาการคนเดียว<sup>126</sup> และให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาวินิจฉัยคดีจากพยานเอกสาร<sup>127</sup> โดยคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องนำสืบพยานบุคคล<sup>128</sup> เป็นต้น

จากการศึกษาข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สองแห่ง ประกอบด้วย ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAD) และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) เห็นว่ารูปแบบและระบบการจัดการข้อพิพาทมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ตั้งแต่เงื่อนไขการเข้าสู่ระบบการจัดการข้อพิพาทประเภทต่าง ๆ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักนำหลักเกณฑ์เรื่องทุนทรัพย์มาเป็นเงื่อนไขกำหนดประเภทของข้อพิพาท ซึ่งจะมีผลต่อเนื่องถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินการและขั้นตอนกระบวนการพิจารณาที่มีมากน้อยแตกต่างกัน โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เรื่องการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากพิจารณาข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้วย่อมเห็นได้ว่าข้อบังคับสถาบันมักจะทำหน้าที่อำนาจการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นของสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทมีเพียงแต่สิทธิในการเสนอชื่อบุคคลที่ประสงค์ให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการเท่านั้น รวมถึงกรณีที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทไม่สามารถร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการยังได้กำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการแต่งตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการได้ตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงคุณสมบัติ ความเป็นอิสระและความเป็นกลาง ซึ่งการพิจารณาบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะพิจารณาจากบุคคลที่ขึ้นทะเบียนอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้น ๆ ซึ่งคู่สัญญาอาจสังเกตเห็นได้ว่าบุคคลตามทะเบียน

<sup>126</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560. ข้อ 16.

<sup>127</sup> ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560. ข้อ 22.

<sup>128</sup> แม้การอนุญาโตตุลาการคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อมตามข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์ขนาดย่อม พ.ศ. 2560 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทจากเอกสารเป็นหลัก โดยคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องนำสืบพยานบุคคล แต่ทั้งนี้ย่อมไม่เป็นการตัดสิทธิคู่พิพาทหากยังมีความประสงค์จะนำสืบพยานบุคคลอยู่ต่อไป หรือคู่พิพาทอาจตกลงกันให้สถาบันอนุญาโตตุลาการจัดการข้อพิพาทตามแนวทางของข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการให้ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 ก็ได้



อนุญาโตตุลาการของสถาบันแห่งนี้จะมีแนวโน้มหรือทัศนคติที่เป็นคุณประโยชน์แก่รูปคดีของตน และเป็นปัจจัยที่มีผลต่อความได้เปรียบแก่ข้อพิพาทของคู่สัญญาอย่างมีนัยยะสำคัญ

#### 2.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาที่กำหนดให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนให้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสามฝ่ายประกอบด้วย คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผู้เรียกร้อง คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผู้ถูกเรียกร้อง และอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจแบ่งความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ ความสัมพันธ์ตามสัญญาหลักระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน และความสัมพันธ์ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญา นอกจากนั้น หากเป็นการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน กรณียังก่อให้เกิดผู้มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมอีกฝ่ายหนึ่ง คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ทำให้มีความสัมพันธ์เกิดขึ้นใหม่อีก 2 ลักษณะคือ ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญา และความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการกับอนุญาโตตุลาการ

ขอบเขตการศึกษาในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดความสัมพันธ์และการคัดค้านการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จึงจำกัดการศึกษาเฉพาะความสัมพันธ์ที่มีเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาเท่านั้น ประกอบด้วย (2.2.4.1) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการ และ (2.2.4.2) ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

##### 2.2.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการ

ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการถูกกำหนดขึ้นโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการยอมได้สิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ โดยทฤษฎีทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการ สัญญาระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการมักเรียกว่า “Receptum Arbitrii” ซึ่งยังไม่ปรากฏว่ามีการศึกษาตรวจสอบโดยหลักการทางกฎหมายอย่างเป็นระบบ ทำให้ความสัมพันธ์ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการถูกตีความในมุมมองที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการเป็นสัญญาตัวแทน สัญญาจ้างอิสระ สัญญาให้บริการ แต่สถานะที่อาจถือว่าเป็นได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายคือ สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะ (Sui Generis Agreement) สืบเนื่องมาจากลักษณะผสมผสานกันของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นแหล่งที่มาและเขตอำนาจ

ของตนเอง รวมถึงความจำเป็นของความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการ<sup>129</sup>

ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการยังคงมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่า เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะอย่างไร โดยหากพิจารณารูปแบบข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาทำความตกลงกันเพื่อให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการมีสิทธิได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น โดยแนวคิดของฝ่ายทฤษฎีสัญญาเห็นว่าอนุญาโตตุลาการอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาให้บริการ ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาจึงเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญา (Contractual Relationship) ในขณะที่มีความเห็นแย้งจากอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเห็นว่า แม้คู่สัญญาได้ทำความตกลงมอบหมายอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่คู่สัญญาคงมิได้ตระหนักถึงการที่ตนกำลังทำสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกฉบับหนึ่งและการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีลักษณะเหมือนกับการทำสัญญาแต่งตั้งวิชาชีพอย่างอื่นเลย<sup>130</sup> ซึ่งข้อถกเถียงนี้ได้รับการยืนยันโดยศาลอังกฤษที่ได้ให้การยอมรับว่าเมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติเพื่อได้รับค่าตอบแทน

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ถือว่าความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการถูกกำหนดโดยหลักทั่วไปตามหลักความรับผิดชอบทางสัญญา<sup>131</sup> โดยถือความสำคัญของเงื่อนไขการแต่งตั้ง

<sup>129</sup> JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ. (2019). *OBLIGATIONS OF ARBITRATORS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*. (Online). Available: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/2683-443X/2019/2683-443X1901131P.pdf>. [2022, April 28].

<sup>130</sup> Sir Michael J. Mustill and Stewart Boyd QC: To proceed by finding a contract and then applying to it the ordinary principles of the law of contract will not produce a reliable answer unless a contract really exists to be found. Even in the case of a massive reference, employing a professional arbitrator for a substantial remuneration, we doubt whether a businessman would, if he stopped to think, concede that he was making a contract when appointing the arbitrator. Such an appointment is not like appointing an accountant, architect or lawyer. Indeed it is not like anything else at all. อ้างถึงใน Humzah Yazdani. (2015). *Arbitral Institutions, Arbitrators and the Parties: A Complex Relationship*. (Online). Available: <https://courtingthelaw.com/2015/05/28/commentary/arbitral-institutions-arbitrators-and-the-parties-a-complex-relationship/>. [2022, April 30].

<sup>131</sup> ศาลอังกฤษได้ยืนยันว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญาจากการยอมรับว่าเมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบตาม

อนุญาโตตุลาการ สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาให้บริการเพื่อค่าตอบแทนของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาได้รับการยืนยันจากศาลอังกฤษในหลายกรณี เช่น คดี *Compagnie Européenne de Cerelas SA v. Tradax Export SA*, [1986] และคดี *K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd.*, [1991] ที่ตัดสินไว้ในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ยอมรับการแต่งตั้งแล้ว ถือว่าอนุญาโตตุลาการได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาแล้วจึงต้องผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย และศาลอุทธรณ์ยังได้ถือหลักว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาทวิภาคีระหว่างคู่สัญญาในสัญญาหลัก และการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลให้อนุญาโตตุลาการเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย ทำให้เกิดเป็นสัญญาไตรภาคีระหว่างคู่สัญญาในสัญญาหลักและอนุญาโตตุลาการ ในการนี้อนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ชี้ขาดกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Adjudicator)

#### 2.2.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ที่ได้รับการศึกษาตรวจสอบอย่างจำกัด แต่อย่างไรก็ตาม Fouchard Gailard Goldman ได้อธิบายความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญา โดยการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการได้เสนอร่างข้อบังคับและเผยแพร่ต่อสาธารณะและได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการยอมรับข้อบังคับดังกล่าว ข้อเสนอถือได้ว่าได้รับการยอมรับเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงระงับข้อพิพาทผ่านทางสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งได้กำหนดไว้ในสัญญาที่ทำร่วมกัน กล่าวคือ สัญญายังไม่สมบูรณ์จนกว่าสถาบันจะได้รับคำร้องขอให้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจากคู่สัญญา<sup>132</sup> และเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ตอบรับการทำหน้าที่แล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีหน้าที่ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อเงื่อนไขโดยชัดแจ้งหรือโดยนัย (Implied Term) ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามสัญญานั้นได้

---

สัญญาที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น ส่วนศาลสูงสุดสวีเดนและแคนาดาได้ยอมรับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาที่เป็นลักษณะความสัมพันธ์ทางสัญญา โดยปรากฏอยู่ในคำพิพากษาหลายกรณี

<sup>132</sup> Humzah Yazdani. (2015). *Arbitral Institutions, Arbitrators and the Parties: A Complex Relationship*. (Online). Available: <https://courtingthelaw.com/2015/05/28/commentaryF/arbitral-institutions-arbitrators-and-the-parties-a-complex-relationship/>. [2022, April 30].

ศาลฝรั่งเศสได้วินิจฉัยลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาไว้ในคดี Société Cubic Defense Systems Inc. v Chambre de Commerce Internationale, (2001)<sup>133</sup> เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 ซึ่งศาลสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้านานาชาติ (ICC) และคู่สัญญาโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICC มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติการที่จำเป็นในฐานะสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่นการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น สถาบันอนุญาโตตุลาการจึงสามารถผิดสัญญาได้ และศาลยังได้ตั้งข้อสังเกตในคดีดังกล่าวว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICC จะต้องรับผิดชอบในการละเมิดต่อสัญญา แต่ไม่ได้เป็นประกันว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICC จะต้องจัดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์แบบ หากแต่เป็นคำมั่นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICC จะต้องจัดการอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ การคัดเลือกอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมและเป็นกลาง และต้องกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างครอบคลุม

จึงอาจกล่าวได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากับสถาบันอนุญาโตตุลาการตามหลักสากลตั้งอยู่บนความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญาเช่นเดียวกัน ดังนั้น การอธิบายหน้าที่ความรับผิดชอบของคณะอนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการต่อคู่สัญญา จึงถูกกำหนดโดยเงื่อนไขของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ว่าเป็นเงื่อนไขโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยก็ตาม และหากมีการฝ่าฝืนหรือกระทำผิดสัญญา คณะอนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการย่อมมีความรับผิดชอบตามสัญญาได้ นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญาดังกล่าวนี้นี้ยังไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีฐานะเป็นส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐกับสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยภาคเอกชนอีกด้วย

## 2.3 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์และอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

หลักทฤษฎีและแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์และอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่เสริมสร้างความมั่นคงของอนุญาโตตุลาการและเป็นหลักประกันให้แก่อนุญาโตตุลาการที่จะไม่ถูกแทรกแซงการใช้อำนาจจากองค์กรอื่น โดยถูก

<sup>133</sup> Société Cubic Defense Systems Inc. v Chambre de Commerce Internationale, Cour de Cassation, 1st Civil Chamber, 20 February 2001.

กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ข้อ 16 (1) ซึ่งกำหนดว่า “คณะอนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดตัดสินเขตอำนาจของตนเองได้ รวมถึงข้อคัดค้านใด ๆ ที่เกี่ยวกับการมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการนี้ ให้ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อตกลงอิสระแยกต่างหากจากข้อกำหนดอื่นในสัญญาหลัก คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการ”<sup>134</sup> โดยหลักดังกล่าวประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ (2.3.1) หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) และ (2.3.2) หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน (Principle of Competence-Competence)

### 2.3.1 หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability)

คำอธิบายของสำนักเลขาธิการ UNCITRAL เกี่ยวกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศปี 1985 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2006 (Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006) ได้ให้นิยามของ “หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ” (Separability หรือ Severability) หมายถึง สัญญาอนุญาโตตุลาการถือเป็นข้อตกลงอิสระแยกต่างหากจากข้อกำหนดอื่นในสัญญาหลัก คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>135</sup>

หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) มีสาระสำคัญว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากความสมบูรณ์ของสัญญาหลักที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ กล่าวคือ แม้สัญญาหลักจะไม่สมบูรณ์เนื่องจากเหตุใด ๆ ที่ทำให้สัญญาดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับได้หรือเป็นอันเสียไป ความบกพร่องนั้นย่อมไม่

<sup>134</sup> Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

<sup>135</sup> Separability means that an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. As a consequence, a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด อนุญาโตตุลาการสามารถชี้ขาดว่า สัญญาหลักไม่สมบูรณ์หรือตกเป็นอันเสียไปได้โดยไม่กระทบต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์

หลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) จึงเป็นหลักการรับรองความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก กล่าวคือ แม้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะถูกบรรจไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักก็ตาม การที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์นั้น ย่อมไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือทำให้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่โดยสมบูรณ์แล้วต้องเสียไปด้วยแต่อย่างใด

หลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) นี้ทำให้ปัญหาในกรณีที่สัญญาหลักไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่ง Stephen M. Schwebel ได้อธิบายแนวคิดพื้นฐานของหลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) เอาไว้ 4 ประการ<sup>136</sup> ดังนี้

1) เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่สัญญาย่อมมีความประสงค์ให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททั้งปวงอันเกิดจากสัญญา รวมถึงการวินิจฉัยถึงความถูกต้องสมบูรณ์ของสัญญาหลักนั้นด้วย โดยถือเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Term)

2) หากยอมรับให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถกล่าวอ้างเพียงว่าสัญญาหลักไม่สามารถใช้บังคับได้เพื่อสกัดกั้นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่มีตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ กรณีเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดช่องว่างแก่คู่สัญญาที่จะปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการได้ หลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) จึงมีความจำเป็นเพื่ออุดช่องว่างของกรณีดังกล่าว

3) การที่คู่สัญญาเข้าผูกพันในสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ต้องถือว่าคู่สัญญาได้เข้าผูกพันตามสัญญา 2 ฉบับ กล่าวคือ ฉบับแรกหมายถึงสัญญาหลักซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหน้าที่หรือมูลหนี้ระหว่างคู่สัญญา และสัญญาฉบับที่สองย่อมหมายถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหลักดังกล่าว

4) การแยกความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการออกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลักตามหลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) ทำให้

<sup>136</sup> Jack Tsen-Ta LEE. (1995). *Separability, Competence-Competence and the Arbitrator's Jurisdiction in Singapore*. (Online). Available: [https://ink.library.smu.edu.sg/sol\\_research/575](https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/575). P.422-423. [2022, May 15].

ทางปฏิบัติของศาลไม่จำเป็นต้องตรวจสอบถึงความถูกต้องและคงอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการอีก แต่ศาลจะทำการตรวจสอบแต่เพียงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น สำหรับประเทศไทย หลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) ได้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 24<sup>137</sup>

แม้หลักความความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability หรือ Severability) อธิบายว่า การที่สัญญาหลักไม่สมบูรณ์หรือเป็นโมฆะนั้น ไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่หากปรากฏว่าสัญญาหลักตกเป็นโมฆะหรือไม่มีผลผูกพันมาตั้งแต่ต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าผลแห่งการนั้นย่อมกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งมีกรณีศึกษาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552 ระหว่างสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล กับ บริษัท จาโก จำกัด ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าสัญญาโครงการที่มีมูลค่าเกิน 1,000 ล้านบาท เมื่อยังไม่มีกรปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535<sup>138</sup> จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีผลบังคับคู่สัญญา ทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ไม่มีผลบังคับใช้ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลที่รับบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาพิพากษาให้ยกคำร้องของบริษัท

### 2.3.2 หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน (Principle of Competence-Competence)

คำอธิบายของสำนักเลขาธิการ UNCITRAL เกี่ยวกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศปี 1985 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2006 ได้ให้นิยามของคำ

<sup>137</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 24 วรรคหนึ่ง. บัญญัติว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการและประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

<sup>138</sup> ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552 ว่าพระราชบัญญัติร่วมทุนเป็นบทกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ให้การลงทุนในกิจการของรัฐที่มีวงเงินลงทุนสูงไม่ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาของบุคคลคนเดียวหรือหน่วยงานเดียวเพื่อประโยชน์โดยรวมของประเทศ ซึ่งเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน กรณีจึงต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 26 (2) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และมาตรา 45 (2) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขคำที่ อ.424/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ.349/2549 ระหว่าง สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง (ผู้ฟ้องคดี) กับ บริษัท ไอทีวี จำกัด ผู้คัดค้าน (ผู้ถูกฟ้องคดี)

ว่า “หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน (Principle of Competence-Competence)” หมายความว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอิสระที่จะชี้ขาดตัดสินประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของตนเอง รวมถึงข้อคัดค้านใด ๆ ที่เกี่ยวกับการมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล<sup>139</sup>

หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน (Principle of Competence-Competence) เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 (1) ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL โดยเป็นหลักที่เสริมสร้างความมั่นคงให้แก่อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์ได้ยอมรับและยืนยันหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนในข้อพิพาท no.4A\_461/2019 ระหว่าง State of Libya กับ A. \_\_\_\_\_ Anonim Sirketi ซึ่งเผยแพร่เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2563<sup>140</sup> เป็นต้น นอกจากนี้หลายประเทศยังได้ยอมรับเอากฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ โดยรวมเอาหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่แบบดังกล่าวเพื่ออนุวัติการกฎหมายภายในประเทศของตนเอง ซึ่งรวมถึงประเทศไทยก็ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>141</sup> ด้วยเช่นกัน

หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน<sup>142</sup> มีแนวคิดที่ว่าศาลหรืออนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ที่จะสามารถวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้ โดยแนวคิดดังกล่าวเกิดจากการสร้างของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากปราศจากซึ่งหลักการนี้ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้ ซึ่งหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนถือเป็นหลักการทั่วไปที่ได้รับการยอมรับทั้งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และ Civil Law แต่อาจมีความแตกต่างกันในบางประการ โดยประเทศในระบบ Civil Law อย่างประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะวินิจฉัยเขต

<sup>139</sup> “Kompetenz-Kompetenz” means that the arbitral tribunal may independently rule on the question of whether it has jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement, without having to resort to a court.

<sup>140</sup> คดีระหว่าง State of Libya กับ A. \_\_\_\_\_ Anonim Sirketi (2019).

<sup>141</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 24.

<sup>142</sup> หลัก Competence-Competence หรือบางกรณีอาจเรียกว่า หลัก Autonomy เป็นหลักทั่วไปในทางอนุญาโตตุลาการ โดยอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า Compétence de la Compétence ส่วนประเทศเยอรมนีเรียกว่า Kompetenz-Kompetenz



อำนาจของตนได้ ส่วนประเทศในระบบ Common Law ตัวอย่างเช่นประเทศอังกฤษ<sup>143</sup> ซึ่งแม้จะได้มีการตรากฎหมายเพื่อรับรองความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ก็ตาม แต่กฎหมายอังกฤษยังกำหนดให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการได้มากกว่ากฎหมายของประเทศอื่น ๆ<sup>144</sup>

หลักการพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงของคู่สัญญาในรูปแบบของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงมีสมมติฐานว่าหากกรณีมีความสงสัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรืออำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวจะตกเป็นของผู้ใด โดยมีข้อถกเถียงสำคัญว่าสมควรให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวหรือสมควรที่จะให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ได้มีความเห็นแบ่งแยกเป็น 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายแรกมีความเห็นสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้ โดยให้เหตุผลว่าเมื่อคู่สัญญาอบหมายความไว้วางใจให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ก็ไม่ควรนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจหรือไม่ และฝ่ายที่สองมีความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่ควร มีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเอง โดยเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียช่วยในการวินิจฉัยนั้นจึงอาจเกิดการวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ยุติธรรมขึ้นได้<sup>145</sup> อย่างไรก็ตาม ต่อมาประเด็นข้อถกเถียงนี้ได้รับข้อยุติโดยหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง ซึ่งหลักการนี้ถือเป็นหลักการสำคัญในการยืนยันว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้

อำนาจที่จะการวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนนี้ รวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจในการวินิจฉัยความสมบูรณ์ของการตั้งอนุญาโตตุลาการ และอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ในขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ<sup>146</sup>

<sup>143</sup> Jack Tsen-Ta LEE. (1995). *Separability, Competence-Competence and the Arbitrator's Jurisdiction in Singapore*. (Online). Available: [https://ink.library.smu.edu.sg/sol\\_research/575](https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/575). [2022, May 15].

<sup>144</sup> สุริรัตน์ ประจวบจันทน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 107.

<sup>145</sup> ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล. (2544). *อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 15-17.

<sup>146</sup> จิตรดารมย์ รัตนวุฒิ. (2560). *การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสมาชิกอาเซียน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 96.

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยถึงข้อบังคับที่จะนำมาใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ด้วย โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Insigma Technology Co. Ltd v Alstom Technology Ltd, [2008] SGHC 134 ได้วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้ SIAC มีอำนาจจัดการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของ ICC นั้น เป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้อง มีผลใช้บังคับและสามารถดำเนินการได้<sup>147</sup>

คดี Insigma Technology Co. Ltd v Alstom Technology Ltd, [2008] SGHC 134 เป็นกรณีสืบเนื่องจากสัญญาให้ใช้สิทธิ (License Agreement) ระหว่าง Insigma Technology co. ltd กับ Alstom Technology co. ltd โดยในสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งกำหนดให้การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการอยู่ในการจัดการข้อพิพาทของ SIAC ภายใต้ข้อบังคับของ ICC ต่อมาเมื่อเกิดข้อพิพาทจากการที่ Alstom technology co. ltd ได้เสนอข้อพิพาทต่อ SIAC และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน และอนุญาโตตุลาการของทั้งสองฝ่ายได้เสนอชื่อประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการทั้งสามได้รับการรับรองจาก SIAC แล้ว ต่อมา Insigma Technology co. ltd ได้ร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้ SIAC มีอำนาจจัดการข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของ ICC นั้น เป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้องมีผลใช้บังคับและสามารถดำเนินการได้ และได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของ Insigma Technology co. ltd ที่อ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการประกอบขึ้นตามข้อบังคับของ SIAC มากกว่าข้อบังคับของ ICC โดยมีเพียงคำรับรองคณะอนุญาโตตุลาการที่กระทำโดยอ้างถึงข้อบังคับของ SIAC และการนี้หากกระทบต่อการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งศาลสูงแห่งสหพันธรัฐสิงคโปร์ได้ยืนยันตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวนี้ยังไม่อาจถือเป็นบรรทัดฐานที่สถาบันอนุญาโตตุลาการจะสามารถจัดการข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งอื่นได้

หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน มีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก เกี่ยวพันความสามารถของอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินขอบเขตอำนาจของตนเอง และประการที่สอง ศาลระหว่างประเทศจะสามารถตัดสินขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ต่อเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองแล้วเท่านั้น แม้คู่สัญญาจะเป็นผู้ร้องขอให้ศาลระหว่างประเทศให้ตัดสินก็ตาม ตัวอย่างเช่น คดีระหว่าง Duro Felguera S.A. v. Gangavaram Port Ltd. (2017) 9 SCC 729<sup>148</sup> ศาลสูงสุดถือหลักว่าอำนาจการพิจารณาขอบเขตอำนาจของ

<sup>147</sup> คดีระหว่าง Insigma Technology Co. Ltd v Alstom Technology Ltd, (2008).

<sup>148</sup> คดีระหว่าง Duro Felguera S.A. v. Gangavaram Port Ltd. (2017).

อนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แต่หลักการดังกล่าวยังมีข้อยกเว้นดังปรากฏในคดีระหว่าง Chloro Controls (I) P. Ltd. V. Severn Trent Water Purification Inc. (2008) 4 SCC 380<sup>149</sup> กล่าวคือ บนหลักการดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ การโต้แย้งความสมบูรณ์หรือความถูกต้องของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เป็นการขัดขวางคณะอนุญาโตตุลาการจากกระบวนการรับฟังและตัดสินชี้ขาดภายในขอบเขตอำนาจ รวมถึงการจัดทำคำชี้ขาดจะสามารถดำเนินการต่อไปได้โดยไม่ต้องรอผลการวินิจฉัยของศาลในเรื่องเขตอำนาจ นอกจากนี้ หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนยังมีข้อจำกัดที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศต่าง ๆ อีกตัวอย่างเช่น คดีระหว่าง Kurt Pieckenhagen et al. v. Shaw Satellite G.P. (2012) SCC Case Information: 34841<sup>150</sup> ซึ่งศาลสูงสุดของแคนาดาได้ตัดสินว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายใดจะอ้างหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนได้ คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องยอมรับการเป็นคู่สัญญาที่ผูกพันตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเสียก่อน<sup>151</sup>

หลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน เป็นหลักการที่ให้ความมั่นคั่งต่อนิติฐานะของอนุญาโตตุลาการ โดยศาลมีอาจเข้ามาข้องเกี่ยวกับวินิจฉัยถึงความสามารถของอนุญาโตตุลาการและความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ได้จนกว่าอนุญาโตตุลาการจะได้วินิจฉัยชี้ขาดความสามารถของตนแล้ว หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางโดยอาจเรียกได้ว่าเป็นผลกระทบเชิงบวกหรือ Positive Effect ของหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า Positive Effect) ที่เป็นหลักการสำคัญที่คงไว้เพื่ออำนาจของอนุญาโตตุลาการ<sup>152</sup> และได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ข้อ 16 (1) และต่อมาได้มีการคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการต่อศาลแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ยังสามารถดำเนินกระบวนการและมีคำชี้ขาดต่อไปได้ตามข้อ 8 (2) แม้ว่าการคัดค้านดังกล่าวจะยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลก็ตาม ซึ่งในหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ หลายประเทศยังมีแนวทางที่แตกต่างกัน กล่าวคือ บางประเทศกำหนดให้เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินกระบวนการต่อไปได้โดยศาลไม่มีอำนาจออกคำสั่งหยุดหรือชะลอการดำเนินการไว้ก่อน ในทางตรงกันข้ามบางประเทศ ตัวอย่างเช่นประเทศสวิตเซอร์แลนด์และประเทศ

<sup>149</sup> คดีระหว่าง Chloro Controls (I) P. Ltd. V. Severn Trent Water Purification Inc. (2008).

<sup>150</sup> คดีระหว่าง Kurt Pieckenhagen et al. v. Shaw Satellite G.P. (2012).

<sup>151</sup> Thomas G. Heintzman. (2012). *What Are The Limits Of Competence-Competence For Arbitral Tribunals?*. (Online). Available: <https://constructionlawcanada.com/what-are-the-limits-of-competence-competence-for-arbitral-tribunals/>. [2022, March 22].

<sup>152</sup> Stavros Brekoulakis. (2009). *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to Be Negative*. (Online). Available: <https://ssrn.com/abstract=1414325>. [2022, May 5].

อังกฤษ ให้อำนาจศาลอย่างเต็มที่ในการตรวจสอบความถูกต้องและสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>153</sup> แต่ในขณะเดียวกัน ผลแห่งการนี้ย่อมทำให้ศาลยังไม่อาจเข้ามาบีบบทบาทหรือแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ตรงเท่าที่อนุญาโตตุลาการยังไม่มีคำชี้ขาดหรือตัดสินในเรื่องดังกล่าว ซึ่งผลลัพธ์ดังกล่าวถูกเรียกว่า ผลกระทบเชิงลบของหลักการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนหรือ Negative Effect of Competence-Competence<sup>154</sup> (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า Negative Effect) อันหมายถึงสถานการณ์ที่ศาลจะต้องระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของตนเองและส่งให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยในคราวแรกเกี่ยวกับความมีอยู่ ความถูกต้องและขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดเรื่อง Negative Effect จึงมีผลสัมพันธ์กันกับแนวคิดเรื่อง Positive Effect โดยความเข้มแข็งของแนวคิดเรื่อง Negative Effect ย่อมจะส่งผลให้อนุญาโตตุลาการสามารถใช้อำนาจที่เป็น Positive Effect ได้อย่างเต็มความสามารถยิ่งขึ้น<sup>155</sup>

## 2.4 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

ความเป็นนิติบุคคลของรัฐเกิดขึ้นจากหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน หากรัฐไม่เป็นนิติบุคคล รัฐย่อมไม่อาจมีความสามารถที่จะจัดทำกิจกรรมอันจำเป็นต่าง ๆ ให้บรรลุต่อหน้าที่ดังกล่าวได้เลย ความเป็นนิติบุคคลของรัฐจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่เกิดขึ้น และด้วย

<sup>153</sup> Emil Bregensjö. (2013). *Lis Alibi Pendens in International Arbitration Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches*. (Online). Available: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:661930/fulltext01.pdf?msclkid=3a190271be7111ecb84a6f000b99cf87>. P.24. [2022, May 2].

<sup>154</sup> ผลกระทบด้านลบของหลัก Competence-Competence หรือ Negative Effect of Competence-Competence คือ อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องเป็นผู้วินิจฉัยเขตอำนาจของตนเป็นคนแรก และถูกตรวจสอบโดยศาลในภายหลัง หากเมื่อมีการบังคับตามคำชี้ขาดหรือเมื่อข้อพิพาทมิได้พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลจะต้องปฏิเสธการวินิจฉัยเขตอำนาจเช่นนั้น เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ, ไม่สามารถบังคับ หรือไม่สามารถดำเนินการได้ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงให้ความสำคัญอย่างสูงต่อความเป็นอิสระของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สามารถวินิจฉัยชี้ขาดขอบเขตอำนาจของตน ซึ่งไม่เพียงแต่จะทำให้กระบวนการเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว แต่ยังช่วยเสริมสร้างความมั่นใจให้กับคู่สัญญาต่อกลไกการระงับข้อพิพาทอีกด้วย แต่ทฤษฎีนี้ไม่อาจมอบอำนาจอย่างสมบูรณ์ให้แก่อนุญาโตตุลาการได้หากปรากฏว่าการเริ่มต้นของอนุญาโตตุลาการกล่าวคือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ

<sup>155</sup> John James Barcelo. (2017). *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect – A Comparative View*. (Online). Available: <https://ssrn.com/abstract=3035485>. [2022, May 4].

เหตุที่สถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยส่วนใหญ่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐทั้งในรูปแบบของการเป็นส่วนหนึ่งหรือแยกออกเป็นเอกเทศต่างหากจากส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน การทบทวนวรรณกรรมในส่วนนี้มีความประสงค์จะทำการตรวจสอบแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมถึงวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งและสถานะความเป็นนิติบุคคลกฎหมายมหาชนเพื่อทำความเข้าใจความสอดคล้องกันของบทบาทหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการกับความความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของสถาบัน ที่อาจมีผลกระทบต่อการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

#### 2.4.1 แนวคิดว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

สังคมในสมัยบรรพกาลเป็นสังคมที่ยังไร้รัฐ โดยมีลักษณะเป็นสังคมชนเผ่าที่เกิดจากการรวมตัวของกลุ่มคนที่มีสายเลือดเดียวกัน และหัวหน้าเผ่าเป็นผู้นำสังคมชนเผ่า ซึ่งมีวิธีการได้มาจากการยอมรับให้หัวหน้าเผ่ามีอำนาจในการปกครอง โดยช่วงยุคแรกวิธีการได้มาหรือการยอมรับให้เป็นหัวหน้าเผ่าจะไม่มี ความซับซ้อนมาก โดยคุณสมบัติหรือลักษณะของหัวหน้าเผ่าจะต้องเป็นผู้นำที่สามารถปกป้องลูกเผ่าได้ มีความเข้มแข็ง มีความสามารถเชิงรบ อันเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวตรงกันข้ามหากหัวหน้าเผ่าไม่มีคุณสมบัตินี้ ก็จะไม่ได้รับการยอมรับและอาจถูกทำร้ายหรือแย่งชิงอำนาจปกครองจากผู้ที่ยึดมั่นมากกว่า เมื่อหัวหน้าเผ่าได้รับอำนาจทางการปกครอง ซึ่งต่อมาสังคมยุคใหม่ได้แบ่งแยกอำนาจปกครองนี้ออกเป็นอำนาจต่าง ๆ เช่น อำนาจไต่ถามข้อพิพาท อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และสามารถนำหลักเกณฑ์จารีตประเพณีมาใช้ในสังคมได้

อำนาจปกครองในสังคมชนเผ่าดังกล่าวยังมีให้อำนาจอธิปไตยในความหมายของนักกฎหมายสมัยใหม่ โดยความเห็นของฌอง โบแดง (Jean Bodin) เห็นว่าอำนาจของหัวหน้าเผ่าเป็นเพียงอำนาจปกครองเท่านั้น เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (La souveraineté appartient à l'État) ที่ปกครองโดยพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐ (หรือรัฐกษัตริย์)<sup>156</sup> แนวความคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) เป็นที่มาของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยได้อธิบายลักษณะของอำนาจอธิปไตยว่าประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการได้แก่ ประการแรก อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดที่แสดงความเป็นใหญ่ เป็นอิสระ ไม่ขึ้นตรงต่อผู้ใด ประการที่สอง อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเด็ดขาด และประการที่สาม อำนาจอธิปไตยมีความเป็นนิรันดร เป็นองค์ประกอบซึ่งเป็นที่อยู่คู่กับรัฐ ไม่

<sup>156</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2564). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 95.

จำกัดอยู่กับความเฉพาะตัวของบุคคลเท่านั้น<sup>157</sup> ดังนั้น ด้วยลักษณะของอำนาจอธิปไตยดังกล่าวจึงเป็นการอธิบายว่าอำนาจปกครองของผู้นำชนเผ่าที่ยึดติดอยู่กับความสามารถเฉพาะตัวของผู้นำนั้นมิใช่อำนาจอธิปไตย

ต่อมาเมื่อการรวมตัวเกิดปัญหาจากการที่ผู้ปกครองหรือผู้นำใช้อำนาจโดยมิชอบหรือใช้อำนาจเกินส่วน จึงเกิดแนวคิดการแยกอำนาจปกครองออกจากตัวผู้ปกครองหรือผู้นำ อันนำไปสู่แนวคิดว่าด้วยการจัดตั้งสถาบัน ได้รับการเสนอโดยโมริซ ออริยู (Maurice Hauriou) โดยเสนอว่ารัฐเป็นนิติบุคคลที่มีสภาพอยู่ตามความเป็นจริงตามแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ<sup>158</sup> ซึ่งศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสก็ได้วินิจฉัยยอมรับหลักการนี้ไว้ในหลายกรณี<sup>159</sup> และรัฐได้จัดตั้งสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐขึ้น รัฐจึงมีสถานภาพและความเป็นอิสระในการดำเนินการต่าง ๆ

แนวคิดว่าด้วยการจัดตั้งสถาบัน เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นเพื่อแยกอำนาจอธิปไตยออกจากตัวผู้ปกครองมาเป็นขององค์กรหรือรัฐซึ่งเป็นนามธรรม อำนาจอธิปไตยจึงเกิดขึ้นพร้อมกับการมีรัฐหรือการเกิดขึ้นของรัฐ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจำเป็นต้องแปรเปลี่ยนความเป็นนามธรรมของรัฐให้เป็นรูปธรรมเพื่อให้รัฐสามารถใช้อำนาจได้ โดยการตั้งตัวแทนมาใช้อำนาจแทนรัฐ แต่การจะมีตัวแทนได้จะต้องมีสภาพบุคคลก่อน ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงกำหนดให้รัฐมีสภาพนิติบุคคล รัฐจึงจะสามารถไปตั้งตัวแทนดำเนินการแทนได้ โดยรัฐอาจเป็นนิติบุคคลได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1) รัฐเป็นนิติบุคคลโดยผลของกฎหมาย หมายถึงกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยชัดแจ้ง

2) รัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ หมายถึงกรณีที่ไม่มีการกำหนดให้รัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่โดยบริบทที่รัฐมีสิทธิหรือหน้าที่บางประการ ทำให้รัฐจำเป็นต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดว่าทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของให้ตกเป็นของแผ่นดิน แผ่นดินจึงต้องเป็นนิติบุคคลโดยสภาพเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นได้ ส่วนกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการกำหนดให้รัฐเป็นนิติบุคคลโดยผลของกฎหมาย แต่การที่รัฐทำสนธิสัญญากันได้ เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ

ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาเข้าสู่สมัยใหม่ อำนาจรัฐจะไม่ยึดติดกับตัวบุคคลอีกต่อไป อำนาจรัฐถูกใช้โดยกฎหมายซึ่งจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดากระทำการแทนนิติบุคคล<sup>160</sup> ด้วยเหตุผลนี้ กษัตริย์ ขุนนาง ประชาชน คณะบุคคล จึงเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจรัฐได้

<sup>157</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 156. หน้า 95-96.

<sup>158</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 156. หน้า 88.

<sup>159</sup> ชาลชัชย แสงวงศ์. (2561). *รัฐและนิติบุคคลมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 32.

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

ทั้งสิ้น ความเป็นนิติบุคคลของรัฐจึงมีปฐมบททางความคิดมาจากแนวคิดว่าการจัดตั้งสถาบัน กล่าวคือการแยกอำนาจออกจากบุคคลที่มีอำนาจ ด้วยการตั้ง “รัฐ” ที่มีความเป็นนามธรรมขึ้นมา ด้วยเหตุนี้ กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด ซึ่งอยู่ภายใต้โครงสร้างของรัฐตามหลักการบังคับบัญชา จึงไม่จำเป็นต้องมีฐานะนิติบุคคลอีก หากมีการใช้อำนาจหรือการกระทำของกระทรวง ทบวง กรม จังหวัด ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับเอกชน เอกชนนั้นย่อมสามารถฟ้องร้องรัฐให้รับผิดชอบเพื่อการใช้อำนาจหรือการกระทำขององค์กรดังกล่าวได้อยู่แล้ว<sup>161</sup> แต่การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้เป็นผู้ได้บัญชาของรัฐ รัฐเพียงแต่กำกับดูแลการปกครองส่วนท้องถิ่นให้ปฏิบัติตามนโยบายเท่านั้น โดยการปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการดำเนินการเพื่อปกครองตนเองและเลี้ยงชีพได้ จึงมีความจำเป็นต้องให้การปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นนิติบุคคลภายใต้หลักความเป็นอิสระของการปกครองส่วนท้องถิ่น

#### 2.4.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐ

ทฤษฎีเกี่ยวกับสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐ เป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยแนวคิดเรื่องการมีอยู่ของสภาพนิติบุคคลของรัฐซึ่งจะมีผลต่อการเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐ โดยนักนิติศาสตร์ได้เสนอแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐแยกได้เป็น 4 ทฤษฎี ดังนี้

##### 2.4.2.1 ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ

ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ ถูกนำเสนอโดย ซาวิญยี (R. Von Savigny) โดยถือว่า นิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ (Fiction)<sup>162</sup> ที่เกิดขึ้นด้วยกฎหมาย เพื่อให้สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ได้เช่นอย่างบุคคลธรรมดา ขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลจึงมีเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นิติบุคคลย่อมไม่อาจแสดงเจตนาได้ด้วยตนเอง จึงต้องกระทำโดยผู้แทนของนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา เนื่องจากนิติบุคคลไม่อาจแสดงเจตนาได้เอง จึงต้องแสดงออกโดยทางผู้แทนของนิติบุคคล ทฤษฎีนี้ยังมีข้อจำกัดที่ไม่สามารถอธิบายความเป็นนิติบุคคลของรัฐได้ แนวคิดนี้จึงเสื่อมความนิยมลงในเวลาต่อมา

##### 2.4.2.2 ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง

ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง ถูกนำเสนอโดย ซาลีย์ (R. Saleilles) และ โมริซ ออริยู (Maurice Hauriou) เพื่อตอบโต้ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติซึ่งยังมีข้อจำกัดบางประการ โดยทฤษฎีนี้เห็นว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง มิใช่เพียง

<sup>161</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 39.

<sup>162</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 32.

ถึงสมมติขึ้น<sup>163</sup> นิติบุคคลจึงสามารถแสดงเจตนาโดยผู้แทนของนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้ กฎหมายมิได้ทำให้นิติบุคคลเกิดขึ้น แต่เป็นเพียงเครื่องมือรับรองสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคล ซึ่งเกิดมีอยู่แล้ว และกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เท่านั้น แต่ทฤษฎีนี้ยังมีข้อถกเถียงเนื่องจากสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคลมิได้ปรากฏชัดดังเช่นสภาพของบุคคลธรรมดา จึงเป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงความเป็นอยู่ของนิติบุคคล

#### 2.4.2.3 ทฤษฎีที่ปฏิเสธนิติบุคคล

ทฤษฎีที่ปฏิเสธนิติบุคคล ถูกนำเสนอโดย วารีย์-ซ็อมมิแยร์ (Vareilles- Sommières) แบร์เตเลมี (Barthélémy) และก๊าสตง-เจเซ (Gaston Jeze) ซึ่งเห็นว่า เมื่อนิติบุคคลเป็นเพียงสิ่งสมมติขึ้น นิติบุคคลจึงไม่มีอยู่จริง<sup>164</sup>

#### 2.4.2.4 ทฤษฎีที่ยอมรับความมีอยู่จริงทางเทคนิคของนิติบุคคล

ทฤษฎีที่ยอมรับความมีอยู่จริงทางเทคนิคของนิติบุคคล อธิบายว่า ข้อถกเถียงเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่หรือความมีอยู่ของนิติบุคคลได้ยุติลงแล้ว โดยนักนิติศาสตร์ได้ยอมรับเป็นการทั่วไปแล้วว่า นิติบุคคลมีสภาพเป็นอยู่อย่างแท้จริง<sup>165</sup> โดยนิติบุคคลเป็นการรวมกันของบุคคลธรรมดาหรือทรัพย์สิน เพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด การให้สภาพความมีอยู่ของนิติบุคคลจึงเป็นวิธีการหรือเทคนิคของกฎหมายที่ทำให้นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิหน้าที่ได้ตามกฎหมายเพื่อความสะดวกแก่การดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

### 2.4.3 การกำหนดสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ

#### 2.4.3.1 นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของสหราชอาณาจักร

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของสหราชอาณาจักร แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

##### 1) นิติบุคคลประเภทกลุ่มของบุคคล (Corporation aggregate)

นิติบุคคลประเภทกลุ่มของบุคคล อาจประกอบด้วยกลุ่มบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกันเข้าร่วมกันในนามของกลุ่มเฉพาะ สามารถมีอำนาจและสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมายได้อย่างต่อเนื่องกัน

<sup>163</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 32.

<sup>164</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 32.

<sup>165</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 33.



## 2) นิติบุคคลประเภทบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว (Corporation sole)<sup>166</sup>

นิติบุคคลประเภทนี้จะมีความต่อเนื่องในแง่ของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เช่นเดียวกับนิติบุคคลประเภทแรก แต่เนื่องจากนิติบุคคลประเภทนี้มุ่งเน้นไปที่ตำแหน่ง (office) เป็นสำคัญ จึงอาจมีความไม่ต่อเนื่องอยู่บ้าง หากบุคคลธรรมดานั้นไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่หรือ ตำแหน่งว่างลง นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนประเภทนี้ ได้แก่

### 2.1) ราชบัลลังก์ (The Crown)

สหราชอาณาจักรถือว่าราชบัลลังก์เป็นนิติบุคคล จึงไม่ถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคล อีก แต่อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ยังคงมีแนวคิดว่ารัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพอยู่แล้ว แม้ไม่มีการ บัญญัติกฎหมายรับรองก็ตาม<sup>167</sup>

### 2.2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เดิมการตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของสหราชอาณาจักรเป็นไปตาม “Royal Charter” แต่ต่อมาจึงได้มีการตรา “Local Government Act 1972” ขึ้นเพื่อให้มีรูปแบบที่ แน่นอนชัดเจนและมีการกำหนดให้เทศบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคลด้วย<sup>168</sup>

### 2.3) รัฐวิสาหกิจ

กฎหมายของสหราชอาณาจักรได้แบ่งแยกการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ 1. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล 2. รัฐวิสาหกิจ ที่จัดตั้งขึ้นโดยให้เป็นอำนาจของราชการส่วนกลางหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และให้มีฐานะ เป็นนิติบุคคล และ 3. รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดย “Royal Charter” และให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล<sup>169</sup>

#### 2.4.3.2 นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

#### 1) รัฐ

<sup>166</sup> แนวคิดองค์กรทางศาสนาถือเอาผู้นำทางศาสนาเป็นองค์กรนิติบุคคล กรณีของพระสันตปาปาหรือโป๊ปที่เป็น บุคคลธรรมดาในฐานะที่เป็นผู้นำทางศาสนาประการหนึ่ง และในอีกฐานะหนึ่งเป็นองค์กรทางศาสนาที่มีฐานะเป็น นิติบุคคลอีกประการหนึ่ง

<sup>167</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี. อังแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 48.

<sup>168</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี. อังแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 49.

<sup>169</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี. อังแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 49.

ประเทศฝรั่งเศสถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลเดียวที่มีอำนาจดำเนินการทางปกครอง<sup>170</sup> โดยความเป็นนิติบุคคลของรัฐถือสภาพความเป็นจริงทางการเมืองและสังคม การกำหนดให้รัฐเป็นนิติบุคคลถือเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับทั่วไปและเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อแบ่งแยกอำนาจรัฐต่างหากจากตัวบุคคล หลักการนี้ย่อมก่อให้เกิดความต่อเนื่องในการดำรงอยู่ของรัฐและทำให้ข้อผูกพันต่าง ๆ ของรัฐสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง แม้บุคคลที่อยู่ในตำแหน่งดังกล่าวจะได้สิ้นไปหรือว่างลง<sup>171</sup> ก็มิได้กระทบกระเทือนต่อสถานะและข้อผูกพันของรัฐแต่อย่างใด

เมื่อรัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคลแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดให้กระทรวง ทบวง กรม มีฐานะเป็นนิติบุคคลทับซ้อนกันอีก ซึ่งก่อให้เกิดผลดีต่อการปรับเปลี่ยนกระทรวง ทบวง กรม ที่สามารถกระทำได้ทันต่อการเปลี่ยนแปลง<sup>172</sup>

## 2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นนิติบุคคลที่เกิดจากหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง โดยมีอำนาจดำเนินการทางปกครองได้ทุกอย่าง เว้นแต่กรณีที่มีการระบุไว้ชัดเจนว่าอำนาจดังกล่าวเป็นขององค์กรทางปกครองอื่น<sup>173</sup>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก ความเป็นอิสระซึ่งต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคลและมีเขตพื้นที่รับผิดชอบของตนเอง และประการที่สอง ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ โดยอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ เทศบาล (la commune) องค์กรบริหารส่วนจังหวัด (le département) และภาค (la région)<sup>174</sup>

## 3) องค์กรมหาชน

องค์กรมหาชน (établissements publics) เป็นนิติบุคคลที่มีอำนาจดำเนินการทางปกครองเฉพาะด้าน<sup>175</sup> ตามหลักการกระจายอำนาจทางบริการสาธารณะ โดยมีอำนาจหน้าที่ รายได้ และมีองค์กรในการดำเนินการเป็นของตนเอง<sup>176</sup> โดยยังคงมีความสัมพันธ์กับรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในลักษณะของการอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมกำกับของรัฐ<sup>177</sup>

<sup>170</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 46.

<sup>171</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2563). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 83.

<sup>172</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

<sup>173</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 46.

<sup>174</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 171. หน้า 86.

<sup>175</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 46.

<sup>176</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 107.

<sup>177</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 171. หน้า 87.

#### 2.4.4 การกำหนดสถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในบริบทของกฎหมายไทย

การกำหนดสถานะของ “รัฐ” ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยุติแล้วโดยยอมรับว่า “รัฐ” เป็นนิติบุคคล โดยแสดงออกถึงการที่รัฐสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้ รวมถึงการแสดงออกถึงสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ โดยการยอมรับว่าสถานะความเป็นนิติบุคคลของ “รัฐ” เป็นหลักสากลทั่วไป โดยแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อแนวความคิดและบริบทของกฎหมายไทย ดังนี้

##### 2.4.4.1 สถานะของ “รัฐ” ของประเทศไทย ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ

การยอมรับว่าสถานะความเป็นนิติบุคคลของ “รัฐ” เป็นหลักสากลทั่วไป รวมถึงประเทศไทยในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลเช่นกัน โดยสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาในอนุสัญญาต่างๆ รวมถึงการเป็นนิติบุคคลที่อาจถูกฟ้องร้องในบริบทของกฎหมายประเทศได้ ตัวอย่างเช่น กรณีของคดีเขาพระวิหาร ประเทศไทยสามารถขึ้นสู่ศาลโลกได้ หรือกรณีที่ราชอาณาจักรไทยถูกบริษัทคิงส์เกตยื่นข้อเรียกร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Kingsgate Consolidated Ltd, v. The Kingdom of Thailand (2017), PCA Case No. 2017-36.<sup>178</sup> เป็นต้น

##### 2.4.4.2 สถานะของ “รัฐ” ของประเทศไทย ในบริบทของกฎหมายไทย

แม้ประเทศไทยจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลในบริบทกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายภายในประเทศกลับไม่ถือว่าประเทศไทยมีสถานะเป็นนิติบุคคล ดังปรากฏอยู่ในการวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งเคยตัดสินว่าประเทศไทยไม่เป็นนิติบุคคลโดยผลของกฎหมายประชาชนจึงไม่อาจฟ้องประเทศไทยต่อศาลยุติธรรมได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าในบริบทของกฎหมายไทยภายในประเทศ ไม่ถือว่าประเทศไทยมีสถานะเป็นนิติบุคคล ในขณะที่ กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด เดิมสถานะเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งต่อมาได้มีการแยกไปบัญญัติไว้ต่างหากในพระราชบัญญัติ จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ

การที่ประเทศไทยหรือสยามในสมัยนั้นไม่ได้รับอิทธิพลแนวคิดการกำหนดสถานะของ “รัฐ” มากำหนดให้ประเทศไทยหรือสยามมีสถานะเป็นนิติบุคคล เนื่องจากการปฏิรูปกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้นำเอารูปแบบของตะวันตกมาใช้ เพื่อให้ได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตคืนมาจากชาติตะวันตก และนอกจากการปฏิรูปกฎหมายแล้วยังต้องปฏิรูปการเมืองการปกครองด้วย คือต้องการเปลี่ยนแปลงจากรัฐโบราณเป็นรัฐสมัยใหม่ด้วย เพื่อให้ชาติตะวันตกมองว่าสยามเป็นประเทศอารยะหรือ modern state และเพื่อหลบเลี่ยงลัทธิล่าอาณานิคม โดยการร่างกฎหมายในสมัย

<sup>178</sup> คดีระหว่าง Kingsgate Consolidated Ltd, v. The Kingdom of Thailand (2017).

นั้น มิได้กำหนดให้สยามเป็นนิติบุคคล เนื่องจากรัชกาลที่ 5 ทรงเห็นว่ารัฐคือพระองค์ พระองค์เป็นบุคคลอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้สยามเป็นนิติบุคคลอีก

ส่วนการกำหนดให้กระทรวง ทบวง กรม สุขาภิบาล เป็นนิติบุคคล เนื่องจากรัชกาลที่ 5 ทรงเห็นว่าการที่ขุนนางหรือข้าราชการที่ส่งไปปกครองตามต่างจังหวัดได้สร้างความเดือดร้อนให้ประชาชน ทำให้ประชาชนไม่กล้าฟ้องร้องขุนนางหรือข้าราชการเหล่านั้น เพราะเกรงว่าการฟ้องร้องบุคคลซึ่งทำงานต่างพระเนตรต่างพระกรณจะเท่ากับเป็นการฟ้องกษัตริย์ รัชกาลที่ 5 จึงสั่งยกเลิก เวียง วัง คลัง นา และจัดการปกครองแบบตะวันตกทันที โดยให้ขุนนางหรือข้าราชการเหล่านี้ไปสังกัดหน่วยงานต่างๆ และให้ประชาชนไปฟ้องหน่วยงานต้นสังกัดแทน ดังนั้น กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด จึงเป็นนิติบุคคลโดยยึดโยงกับระเบียบการแบ่งส่วนราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น และอาจกล่าวได้ว่าการที่กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด เป็นนิติบุคคลนี้มีที่มาจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ส่วนกรณีของการปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีความจำเป็นต้องกำหนดให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลเนื่องจากการปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีการหารายได้มาใช้ในการดำเนินการในท้องถิ่นของตนอีกประการหนึ่งด้วย

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยได้รับแนวคิดว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันมีอิทธิพลทางความคิดต่อการกำหนดสถานะของ “รัฐ” ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในบริบทของกฎหมายไทยนั้น ประเทศไทยไม่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดดังกล่าวสืบเนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ณ ห้วงเวลาของการปฏิรูปกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 5

การจัดองค์กรของรัฐในระยะแรกเริ่มมีลักษณะเป็นการผูกขาดการใช้อำนาจไว้ที่รัฐ โดยใช้หลักการรวมอำนาจ (Centralization) เพื่อดำเนินการภารกิจของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ซึ่งอาจแบ่งรูปแบบการจัดองค์กรได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ ประการแรก การจัดองค์กรเชิงแบ่งงานในรูปแบบของส่วนราชการ กระทรวง ทบวง กรม และประการที่สอง การจัดองค์กรเชิงแบ่งพื้นที่การปกครองโดยแบ่งออกเป็นจังหวัด<sup>179</sup> ส่วนการจัดองค์กรของรัฐที่ใช้หลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (Decentralization) อาจแบ่งรูปแบบการจัดองค์กรได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การจัดองค์กรในเชิงกระจายอำนาจทางเขตแดนพื้นที่ ซึ่งแบ่งออกเป็นรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และประการที่สอง การจัดองค์กรในเชิงกระจายอำนาจทางกิจการหรืองานบริการ ซึ่งแบ่งออกเป็นรูปแบบของรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน ที่มีความแตกต่างกันคือ รัฐวิสาหกิจจะเป็นองค์กรที่ดำเนินการจัดบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมหรือทางพาณิชย์กรรม

<sup>179</sup> ชาญชัย แสงวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 159. หน้า 107.

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร<sup>180</sup> ในขณะที่องค์กรมหาชนจะเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระจากรัฐบาลส่วนกลางแต่อยู่ภายใต้การควบคุมในลักษณะของการกำกับดูแล และมีความสามารถในการปรับเปลี่ยนการบริหารภายในของตนเอง<sup>181</sup> โดยมีความแตกต่างจากรัฐวิสาหกิจที่องค์กรมหาชนจะดำเนินการจัดบริการสาธารณะโดยไม่แสวงหากำไร<sup>182</sup>

ด้วยรูปแบบการจัดองค์กรของรัฐที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดการใช้อำนาจไว้ที่รัฐ ทำให้ภารกิจของรัฐในด้านการอำนวยความสะดวก ซึ่งรวมถึงภารกิจงานด้านการอนุญาตโตตุลาการ และระงับข้อพิพาท ตกอยู่ในการจัดการขององค์กรของรัฐ ทำให้กระทรวงยุติธรรมได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาตโตตุลาการเมื่อปี พ.ศ. 2532 เพื่อรองรับภารกิจงานดังกล่าว โดยเป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรม ภายใต้สังกัดสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ จึงได้มีการจัดตั้งสำนักงานศาลยุติธรรมแยกออกจากกระทรวงยุติธรรม ทำให้สำนักงานศาลยุติธรรมและกระทรวงยุติธรรมต่างได้จัดตั้งสถาบันอนุญาตโตตุลาการขึ้นเป็นหน่วยงานในสังกัดหรืออยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตน สถานะทางกฎหมายของสถาบันอนุญาตโตตุลาการทั้งสองแห่งจึงมีความเกี่ยวข้องกับการเป็นส่วนราชการหน่วยงานของรัฐหรือความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ไม่ว่าจะทางใดทางหนึ่งมาโดยตลอด ซึ่งจะเป็นปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดความสัมพันธ์ในสัญญาอนุญาตโตตุลาการต่อไป

อย่างไรก็ตาม ความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของสถาบันอนุญาตโตตุลาการนั้น มิได้กระทบต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาตโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาตโตตุลาการ เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการมิได้กำหนดความแตกต่างของการจัดการข้อพิพาทระหว่างสถาบันอนุญาตโตตุลาการที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนกับสถาบันอนุญาตโตตุลาการที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนให้มีความแตกต่างกัน ความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาตโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้การจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาตโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม ความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของสถาบันอนุญาตโตตุลาการอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของสถาบันอนุญาตโตตุลาการ<sup>183</sup> ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหานั้นต่อไป

<sup>180</sup> กฤษดาอุท มังกร. (2560). *สถานะทางกฎหมายและประเภทขององค์กรมหาชนไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 36-37.

<sup>181</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

<sup>182</sup> กฤษดาอุท มังกร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 180. หน้า 36-37.

<sup>183</sup> ปัจจัยการพิจารณาเรื่องความเหมาะสมของความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของสถาบันอนุญาตโตตุลาการในการศึกษานี้ นอกจากจะต้องพิจารณากฎหมายว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการของประเทศที่ทำ

## 2.5 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองกับคำสั่งรับข้อพิพาทไว้ภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

“คำสั่งทางปกครอง” เป็นรูปแบบหนึ่งของ “นิติกรรมทางปกครอง” ที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งคำสั่งทางปกครองถือเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว<sup>184</sup> ที่มีผลต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีนั้นด้วยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนี้จะต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายและมีความถูกต้องเหมาะสมต่อการใช้อำนาจภายใต้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกระบวนการทางปกครองที่เริ่มตั้งแต่การออกนิติกรรมทางปกครองไปจนถึงการบังคับทางปกครอง โดยมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง

คำสั่งทางปกครอง มีหลักเป็นที่ยอมรับทั่วไป ตัวอย่างเช่น หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้แบ่งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวออกเป็น 2 ประเภทคือ (1) กฎ (les règlements) ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป และ (2) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่กฎ (les actes administratifs non réglementaires) ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจง<sup>185</sup> โดยการจำแนกประเภทดังกล่าวมีความหมายคล้ายคลึงกับคำสั่งทางปกครองและกฎตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ กฎ (les règlements) มีความคล้ายคลึงกับ “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่กฎ (les actes administratifs non réglementaires) มีความคล้ายคลึงกับ “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

---

อนุญาโตตุลาการแล้ว ยังอาจมีประเด็นที่ต้องพิจารณาจากวิวัฒนาการ แนวคิดและวัตถุประสงค์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.1.4 และข้อ 2.2.1

<sup>184</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. (2564). *คำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13812.pdf>. [2565, 22 กุมภาพันธ์].

<sup>185</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. (2564). *คำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13812.pdf>. [2565, 22 กุมภาพันธ์].

### 2.5.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

“คำสั่งทางปกครอง” มีนิยามตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยให้ความหมายว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อพิเคราะห์ถึงบทนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” เห็นว่าไม่รวมถึงการออกกฎด้วย ดังนั้น การจะทราบความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ได้นั้น จึงต้องพิเคราะห์ถึงนิยามของ “กฎ” ด้วย ซึ่งมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

ดังนั้น กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ที่มีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ตัวอย่างเช่น คำสั่งถอนสัญชาติมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีจที่ 616/2545) คำสั่งลงโทษทางวินัยขององค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทยเป็นคำสั่งทางปกครอง (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีจที่ 624/2545) กรณีที่คู่กรณียื่นคำขอให้พิจารณาใหม่ให้ถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สั่งในกระบวนการพิจารณาใหม่ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจมีการอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีจที่ 798/2551) ประกาศกรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม เรื่องรายชื่อข้าราชการผู้ได้รับการคัดเลือกให้ส่งผลงานประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน (นักวิชาการสิ่งแวดล้อมระดับเชี่ยวชาญ)๑ เป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือก เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จที่ 1312/2557)

ส่วนความหมายของคำสั่งทางปกครองตาม (2) ว่า การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง นั้น รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นว่า “คำสั่งทางปกครองตามความหมายดังกล่าวเป็นการกำหนดโดยฝ่ายบริหารซึ่งผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าอาจเกิดความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ คำสั่งทางปกครองตามความหมายนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความหมายหลัก”<sup>186</sup> ตัวอย่างเช่น ประธานรัฐสภาออกคำสั่งให้คู่สัญญาของทางราชการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงเป็นผู้ทำงาน โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 13 แห่งระเบียบรัฐสภาว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2555 ประกอบข้อ 145 ทวิ และข้อ 145 จ แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จที่ 1476/2558) ดังนั้น การพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ โดยหลักย่อมต้องพิจารณาจากความหมายตาม (1)

### 2.5.2 ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อได้พิจารณานิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว จึงอาจจำแนกลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ได้ดังนี้

#### 1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ (the official)

เนื่องจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการตั้งแต่การออกนิติกรรมทางปกครองไปจนถึงการบังคับทางปกครอง ซึ่งจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองแทนรัฐ โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น เจ้าหน้าที่จึงอาจเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคลที่ใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองแทนรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่จึงอาจหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐที่เป็นบุคคลธรรมดา (person) คณะบุคคล (college) หรือนิติบุคคล (juristic person)

<sup>186</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 30.



ก็ได้<sup>187</sup> และต้องได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นด้วย ตัวอย่างเช่น อธิการบดีมหาวิทยาลัยอุบลราชธานีอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจทางปกครอง ในการดำเนินการพิจารณาผลการสอบสวนวินัย (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จที่ 101/2559)

นอกจากนั้น ดร.พัชมา จิตรมहीมา มีความเห็นเกี่ยวกับข้อความในตอนท้ายของบทนิยามว่า “ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” หมายความว่า ผู้ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐนั้น อาจเป็นบุคลากรในภาครัฐ ภาครัฐวิสาหกิจ หรือภาคกิจการอื่นของรัฐ หรือจะเป็นภาคเอกชนซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐก็ได้<sup>188</sup>

## 2) มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย (administrative power)

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อใช้อำนาจกระทำการ อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) ซึ่งเป็นการกำหนดว่าหากเกิดข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจกระทำไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และ

อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ซึ่งให้เจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจได้ว่าจะกระทำการอย่างใดภายใต้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่อง ๆ ไป<sup>189</sup>

ทั้งนี้ การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ มีตัวอย่างเช่น คำสั่งกรมสอบสวนคดีพิเศษในส่วนที่เลื่อนข้าราชการจำนวน 19 คนให้ดำรงตำแหน่งพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ระดับ 8 ว เป็นกรณีที่อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับคำสั่ง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองใน

<sup>187</sup> พัชมา จิตรมहीมา. (2564). *คำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13812.pdf>. [2565, 22 กุมภาพันธ์].

<sup>188</sup> พัชมา จิตรมहीมา. (2564). *คำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เปรียบเทียบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13812.pdf>. [2565, 22 กุมภาพันธ์].

<sup>189</sup> พัชมา จิตรมहीมา. (2558). *การปฏิบัติราชการทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13812.pdf>. [2565, 22 กุมภาพันธ์].

เรื่องเสรีที่ 1034/2559) ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจอื่นที่มีใช้อำนาจรัฐ เช่นการที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาว่าจ้างเอกชนดำเนินการก่อสร้างอาคาร แต่เอกชนผิดสัญญาทำงานไม่แล้วเสร็จหรือล่าช้า หน่วยงานของรัฐมีอำนาจตามสัญญาที่จะเรียกเครื่องคำปรับกรณีที่เขาผิดสัญญา มีใช้การใช้อำนาจของรัฐ ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2551) เป็นต้น นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าเจ้าหน้าที่กระทำการโดยใช้อำนาจอื่นเช่นอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารที่ครอบคลุมถึงอำนาจปกครองด้วย การใช้อำนาจนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเช่นกัน ตัวอย่างเช่น คำสั่งของอัยการสูงสุดที่ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์ในเรื่องขอรับเงินค่าตอบแทนหมาจ่ายแทนการจัดหารถประจำตำแหน่ง มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทั่วไปที่ได้เป็นการใช้อำนาจอันมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีที่ 404/2553)

### 3) มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสภาพทางกฎหมาย (legal condition)

ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ก่อตั้งนิติสัมพันธ์หรือสถานะทางกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การที่กองบัญชาการศึกษาระชาชราชชื่อข้าราชการตำรวจชั้นประทวนผู้ได้รับคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเพื่อแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิหรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของข้าราชการตำรวจชั้นประทวนในการได้รับหรือไม่ได้รับคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมเพื่อแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีที่ 1030/2554) แต่หากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมิได้เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล การใช้อำนาจนั้นย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างเช่น การสั่งการของอธิบดีกรมป่าที่อนุมัติจัดตั้งโครงการป่าชุมชน ซึ่งเป็นเพียงการใช้อำนาจเพื่อบำรุงรักษาป่า มิได้มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรในพื้นที่ป่าชุมชน คำสั่งอนุมัติให้จัดตั้งโครงการป่าชุมชนทั้ง 2 โครงการของอธิบดีกรมป่าไม้ จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีที่ 772/2551)

ลักษณะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้มีความเหมือนกับกฎ แต่แตกต่างกับการปฏิบัติราชการทางปกครองที่เป็นการกระทำทางกายภาพโดยไม่มุ่งเน้นถึงการก่อตั้งนิติสัมพันธ์หรือ

สถานะทางกฎหมาย<sup>190</sup> เช่น กวาดถนน คับเพลิง เป็นต้น และหลักการเดียวกันนี้ยังมีผลให้การพิจารณาทางปกครองซึ่งเป็นขั้นตอนที่ยังไม่ก่อให้เกิดการตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย ไม่เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ประกาศรายชื่อผู้สอบผ่านข้อเขียนและให้เข้าทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่ง ในการรับสมัครและคัดเลือกข้าราชการตำรวจชั้นประทวนเข้ารับการฝึกอบรม เพื่อแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตรฯ ยังไม่มีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิหรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของข้าราชการตำรวจชั้นประทวนผู้มีรายชื่อตามประกาศดังกล่าวในการได้รับหรือไม่ได้รับคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรมแต่อย่างใด เพราะข้าราชการตำรวจผู้มีรายชื่อจะต้องเข้าทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่งโดยวิธีสอบสัมภาษณ์ต่อไป หากสอบสัมภาษณ์ผ่านจึงจะได้รับคัดเลือกเข้ารับการฝึกอบรม จึงเป็นเพียงกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเป็นกระบวนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เป็นสาระสำคัญอันจะนำไปสู่การจัดทำคำสั่งทางปกครองในขั้นตอนสุดท้าย (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีที่ 1030/2554)

#### 4) เกิดผลเฉพาะกรณี (particular case)

เนื่องจากนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะตรงกันข้าม กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองจะมีผลเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล โดยบุคคลดังกล่าวนี้อาจหมายถึงบุคคลหลายคนหรือกลุ่มบุคคลในคราวเดียวกัน เรียกว่า Collective Decision<sup>191</sup> แต่หากการใช้อำนาจดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมไม่ใช่ “คำสั่งทางปกครอง” แต่มีลักษณะเป็น “กฎ” ตัวอย่างเช่น ร่างเทศบัญญัติเทศบาลนครสุราษฎร์ธานี เรื่อง กำหนดบริเวณห้ามก่อสร้างฯ เป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ได้ตราขึ้นเพื่อให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไปกับอาคารบางชนิดหรือบางประเภทที่อยู่ในท้องที่เขตเทศบาลนครสุราษฎร์ธานี โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เทศบัญญัติดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “กฎ” ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีที่ 1183/2558)

#### 5) มีผลออกไปภายนอกโดยตรง (direct external effect)

<sup>190</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 186. หน้า 32.

<sup>191</sup> จิตรกร จະตุเทณ. (ม.ป.ป.). *การกระทำทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.ocpb.go.th/download/article/article\\_20180223091318.pdf](https://www.ocpb.go.th/download/article/article_20180223091318.pdf). [2022, 26 กุมภาพันธ์].

ลักษณะสำคัญนี้เป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญต่อการมีผลของคำสั่งทางปกครอง โดยมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป ดังนั้น คำสั่งทางปกครองจึงต้องมีผลออกไปภายนอก หากยังไม่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองออกไป ย่อมเป็นเพียงการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง<sup>192</sup> ตัวอย่างเช่น การที่อธิการบดีมหาวิทยาลัยอุบลราชธานี พิจารณาผลการสอบสวนวินัยเป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นการพิจารณาทางปกครอง (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จที่ 101/2559) หรือการบริหารจัดการภายในหน่วยงานรัฐ การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างเช่น การอนุมัติย้อนหลังให้พนักงานเจ้าหน้าที่ก่อสร้างทำเทียบเรือเป็นการดำเนินการภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (แนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จที่ 5/2553)

### 2.5.3 คำสั่งรับข้อพิพาทไว้ในการจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

คำสั่งรับข้อพิพาทไว้ในการจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นขั้นตอนสำคัญของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบัน เนื่องจากเป็นขั้นตอนของการเริ่มต้นการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการและก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาของคู่สัญญา

เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยระบุให้การจัดการข้อพิพาทอยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่งแล้ว หากเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญาย่อมต้องเสนอข้อพิพาทของตนต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งหากสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ตรวจสอบแล้วว่าสัญญามีข้อกำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการและสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ สถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งรับข้อพิพาทไว้ในการจัดการของสถาบัน โดยอาศัยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญาและข้อบังคับของสถาบัน อันถือว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว สถาบันอนุญาโตตุลาการย่อมเกิดอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบตามความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญา และในขณะเดียวกัน ผลของการมีคำสั่งรับข้อพิพาทไว้ในการจัดการของสถาบันย่อมผูกพันคู่สัญญาในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่อไป

<sup>192</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 186. หน้า 33.

อย่างไรก็ตาม กรณีของคำสั่งรับข้อพิพาทไว้ในการจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีแนวการวินิจฉัยตามคำสั่งที่ 1/2562, 2/2562 และ 3/2562 โดยวินิจฉัยว่า คำสั่งของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่รับคำเสนอข้อพิพาทไว้พิจารณาเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นเพียงการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาทเท่านั้น ซึ่งหากคู่สัญญาประสงค์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวของสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ต่อเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1/2562 ยังได้สร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับสถานะของการใช้อำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาสั่งรับหรือไม่รับคำขอเริ่มต้นคดี เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่งอีกด้วย

## 2.6 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิของผู้เริ่มต้นคดีและการดำเนินกระบวนการพิจารณาหลายแห่ง

การเริ่มต้นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับสิทธิของผู้เริ่มต้นคดี โดยสิทธิของผู้เริ่มต้นคดีย่อมหมายถึงสิทธิในการเข้าถึงศาล อนุญาโตตุลาการหรือระบบกฎหมายการดำเนินคดี ซึ่งหากสิทธิเรียกร้องหรือข้อพิพาทนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลหรือองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดมากกว่าหนึ่งแห่งขึ้นไป ผู้เริ่มต้นคดีย่อมมีสิทธิในการเลือกเข้าถึงศาล อนุญาโตตุลาการหรือระบบกฎหมายการดำเนินคดีที่แตกต่างกัน การทบทวนวรรณกรรมในส่วนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำความเข้าใจพื้นฐานของสิทธิของผู้เริ่มต้นคดีที่จะเลือกการเข้าถึงศาล อนุญาโตตุลาการหรือระบบกฎหมายตามหลัก Forum Shopping ซึ่งมีความสัมพันธ์ในเชิงเหตุที่อาจก่อให้เกิดปัญหาการเริ่มต้นกระบวนการซ้ำซ้อนหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Parallel Proceedings)

### 2.6.1 หลัก Forum Shopping

คำว่า Forum Shopping ใช้อธิบายถึงสภาวะการณ์ที่สิทธิเรียกร้องหรือข้อพิพาทอยู่ขอบเขตอำนาจขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดหลายแห่ง ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถใช้เลือกใช้สิทธิฟ้องต่อองค์กรแห่งใดก็ได้เพื่อประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตน ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบถึงพฤติกรรมการเลือกใช้จ่ายใน “ตลาด” โดยประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดหรือศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยสิทธิเรียกร้องหรือข้อพิพาทจะต้องมีมากกว่าหนึ่งแห่ง และ

ประการที่สอง ระบบกฎหมายจะต้องมีความแตกต่างกันเพื่อเป็นแรงจูงใจให้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต้องตัดสินใจเพื่อแนวโน้มที่จะได้เปรียบทางคดีหรือเพื่อประโยชน์ที่ดีกว่า<sup>193</sup>

กรณีของ Forum Shopping อาจขึ้นได้ทั้งกรณีที่เป็นองค์กรวินิจัยซึ่งขาดที่อยู่ในประเทศเดียวกัน (Domestic Forum Shopping) เช่นกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา การยื่นฟ้องคดีต่อศาลมลรัฐ (State Court) และศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court) มีกฎขึ้นตอนที่แตกต่างกัน และในบางกรณียังอาจใช้กฎหมายที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันด้วย การเลือกใช้สิทธิของโจทก์จึงอาจอาศัยประโยชน์จากความแตกต่างดังกล่าวเพื่อประโยชน์แก่ตนเองได้ หรือกรณีการใช้สิทธิต่อศาลที่อยู่ต่างประเทศกัน (International Forum Shopping) เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องในกลุ่มประเทศ Common Law ซึ่งมีแนวคิดเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) อาจมีแนวโน้มทำให้โจทก์ได้รับค่าสินไหมทดแทนมากกว่าการยื่นฟ้องต่อศาลในกลุ่มประเทศ Civil Law ซึ่งไม่มีแนวคิดค่าเสียหายดังกล่าว เป็นต้น

นอกจากนั้น Forum Shopping ยังอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในการดำเนินคดีทางแพ่ง ทางอาญารวมถึงการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Forum Shopping) ตัวอย่างเช่น อนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้เกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาความสัมพันธ์ แต่เกิดจากกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty-BIT) ซึ่งให้สิทธินักลงทุนที่อ้างว่าได้รับความเสียหายจากการกระทำของประเทศผู้รับการลงทุนสามารถนำข้อพิพาทการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>194</sup> หรือกรณีที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีความชัดเจนหรือไม่มีการระบุสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจจัดการข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า Forum Shopping มีความเกี่ยวข้องกับรูปแบบของพฤติกรรมเชิงกลยุทธ์ (Form of Strategic Behavior) ที่จะประเมินความได้เปรียบในการเข้าถึงศาลและระบบกฎหมายการดำเนินคดี<sup>195</sup> ของโจทก์หรือผู้เริ่มต้นคดี

<sup>193</sup> Christopher A. Whytock. (2011). *THE EVOLVING FORUM SHOPPING SYSTEM*. (Online). Available: [https://www.researchgate.net/publication/228212888\\_The\\_Evolving\\_Forum\\_Shopping\\_System](https://www.researchgate.net/publication/228212888_The_Evolving_Forum_Shopping_System). [16/6/2022].

<sup>194</sup> Richard H. Kreindler. (2005). *Arbitral forum shopping*. (Online). Available: <https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2005/07/Arbitral-ForumShopping/Files/Publikation/FileAttachment/Arbitral-Forum-Shopping--263.pdf?msclkid=47ad0b42be7511ec9413b5647b2ccc25>. [2022, June 9].

<sup>195</sup> Christopher A. Whytock. (2011). *THE EVOLVING FORUM SHOPPING SYSTEM*. (Online). Available: [https://www.researchgate.net/publication/228212888\\_The\\_Evolving\\_Forum\\_Shopping\\_System](https://www.researchgate.net/publication/228212888_The_Evolving_Forum_Shopping_System). [2022, June 16].

## 2.6.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Parallel Proceedings)

การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Parallel Proceedings) ในการศึกษา<sup>196</sup> นี้ มิได้ใช้คำว่า ฟ้องซ้อนหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ ซึ่งเป็นคำที่ใช้อย่างแพร่หลายอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยฟ้องซ้อนหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำแต่อย่างใด ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความสับสน การศึกษานี้จึงได้กำหนดคำว่า “การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน” (Parallel Proceedings) เพื่อให้ความหมายถึงกรณีที่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สองกระบวนการขึ้นไปในเวลาเดียวกัน โดยกระบวนการทั้งสองยังคงอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการต่างคณะด้วยเช่นเดียวกัน

ความหมายของ “การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน” (Parallel Proceedings) ไม่มีบทนิยามหรือคำจำกัดที่ใช้เป็นสากล แต่ได้มีความพยายามให้บทจำกัดความโดยนักนิติศาสตร์และนักวิชาการ เช่น

the International Law Association (ILA) ได้ให้คำอธิบายว่า

“กระบวนการพิจารณาที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลภายในประเทศหรือคณะอนุญาโตตุลาการอื่น ซึ่งมีคู่ความและประเด็นใดประเด็นหนึ่งหรือหลายประเด็นเหมือนหรือคล้ายกับกระบวนการอื่นที่มีอยู่ก่อนกระบวนการพิจารณาปัจจุบัน”<sup>196 197</sup>

หรือ การให้คำจำกัดความเพื่อวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย เช่น

Code of Federal Regulations (CFR) ของสหรัฐอเมริกา US § 12.24 ได้กำหนดให้ “parallel proceeding” หมายถึงกรณีดังนี้

“(ก) บทนิยาม เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนานให้หมายรวมถึง:

(1) กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาทางแพ่งในศาล, ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายเป็นคู่ความ, ซึ่งอยู่ระหว่างดำเนินการในเวลาที่มี

<sup>196</sup> “[P]roceedings pending before a national court or another arbitral tribunal in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones before the arbitral tribunal in the Current Arbitration”

<sup>197</sup> David Isidore Tan. (2021). *Parallel Proceedings*. (Online). Available: <https://jsumundi.com/en/document/wiki/en-parallel-proceedings>. [2020, June 8].

การยื่นข้อเรียกร้องให้ชดเชยและเกี่ยวข้องกับกรเรียกร้องหรือเรียกร้องแย้งที่อยู่บนข้อเท็จจริงซึ่งอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเดียวกันกับการตั้งสิทธิในการเรียกร้องให้ชดเชย, และผลแห่งการนี้:

(1.1) ได้เริ่มดำเนินการไปก่อนแล้วในขณะที่มีการเรียกร้องให้ชดเชย;

หรือ

(1.2) เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องแย้งในการเรียกร้องขอให้ชดเชยในกรณีที่มีการละเมิดต่อ the Commodity Exchange Act หรือระเบียบอื่น ๆ ซึ่งออกภายใต้กฎหมายนั้น; หรือ

(1.3) อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติว่าด้วยการต้องเรียกร้องแย้งตามข้อบังคับของศาลของรัฐบาลกลาง ซึ่งกำหนดว่าข้อเรียกร้องของผู้เรียกร้องจะต้องครอบคลุมไปถึงข้อเรียกร้องทั้งหมด (รวมถึงข้อเรียกร้องซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการละเมิดต่อ the Commodity Exchange Act หรือระเบียบอื่น ๆ ซึ่งออกภายใต้กฎหมายนั้น) และข้อเรียกร้องแย้งดังกล่าวยังคงอยู่ระหว่างการพิจารณา

(ข) การที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เหนือสินทรัพย์ ทรัพย์สินหรือการดำเนินการของผู้ถูกร้องตามคำขอรับชำระหนี้ ซึ่งกำหนดความรับผิดชอบทั้งปวงของกองทรัพย์สิน รวมถึงมติยอมรับคำขอประนอมหนี้ของผู้บริโภค; หรือ

(ค) คำร้องของผู้ร้องที่ยื่นภายใต้บทบัญญัติหมวด 11 แห่ง the Bankruptcy Code ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 301 หรือ 302 ในกระบวนการขอรับชำระหนี้, หรือคำสั่งใด ๆ ของศาลล้มละลายที่มีภายหลังจากมีการยื่นคำขอรับชำระหนี้ในกระบวนการล้มละลายภาคบังคับภายใต้หมวด 11 มาตรา 303<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> (a) Definition. For purposes of this section, a parallel proceeding shall include:

(1) An arbitration proceeding or civil court proceeding, involving one or more of the respondents as a party, which is pending at the time the reparation complaint is filed and involves claims or counterclaims that are based on the same set of facts which serve as a basis for all of the claims in the reparations complaint, and which either:

(i) Was commenced at the instance of the complainant in reparations; or

(ii) Involves counterclaims by the complainant in reparations alleging violations of the Commodity Exchange Act, or any regulation or order issued thereunder; or

(iii) Is governed by a compulsory counterclaim rule of Federal court procedure which required the complainant in reparations to assert all of complainant's claims (including those based on alleged violations of the Commodity Exchange Act, and any regulation or order issued thereunder) as counterclaims in that proceeding;



การดำเนินกระบวนการแบบคู่ขนาน อาจเกิดกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาขององค์กรประเภทเดียวกัน เช่น กรณีที่ศาลต่างประเทศตั้งแต่สองศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สองคณะได้รับดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องเดียวกันในเวลาเดียวกัน หรือกรณีที่เป็นองค์กรต่างประเทศกัน เช่น กรณีที่ศาลและคณะอนุญาโตตุลาการต่างรับดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องเดียวกันในเวลาเดียวกัน เป็นต้น

กรณีศึกษาเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการแบบคู่ขนานของต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลมลรัฐสวิสเซอร์แลนด์ SWISS FEDERAL TRIBUNAL ในคดี 4P.37/2001 เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 กรณีการขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการของ ICC ซึ่งได้กระทำในกรุงเจนีวา ในคดี Fomento de Construcciones y Contratas SA v. Colon Container Terminal (2001). SA / 4P.37/2001 ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่าง Fomento de Construcciones y Contratas SA (FCC) ในกรุงมาดริด (สเปน) ผู้ร้องขอ กับ Colon Container Terminal Sa (CCT) ในเอลโดราโด (สาธารณรัฐปานามา) ซึ่ง ศาลมลรัฐสวิสเซอร์แลนด์ SWISS FEDERAL TRIBUNAL ให้ความเห็นในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า คดีหรือข้อพิพาทเรื่องเดียวกันไม่ควรได้รับการตัดสินถึงสองครั้ง โดยหลักที่ศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดีคือ หลัก Lis Alibi Pendens กับหลัก Res Judicata<sup>199</sup> ซึ่งศาลมลรัฐสวิสเซอร์แลนด์ SWISS FEDERAL TRIBUNAL ได้มีความเห็นว่า แม้อนุญาโตตุลาการจะเป็นองค์กรเอกชน แต่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับใช้ในลักษณะเดียวกับคำตัดสินของศาล จึงมีความจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงการตัดสินที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งในเรื่องหรือคดีเดียวกันเป็นการละเมิดต่อนโยบายสาธารณะ (the contrary to public policy) ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องผูกพันต่อหลัก Lis Alibi Pendens กับหลัก Res Judicata เช่นกัน<sup>200</sup>

---

(2) The appointment by a court of a receivership over the assets, property or proceeds of a respondent named in a reparation complaint where the responsibility of the receivership includes the resolution of claims made by customers; or

(3) A petition filed under any chapter of the Bankruptcy Code, 11 U.S.C. 101 et seq., as amended, commenced pursuant to 11 U.S.C. 301 or 302 by a respondent in a reparation proceeding, or the issuance by a bankruptcy court of an order for relief after the filing against a respondent in a reparation proceeding of an involuntary petition in bankruptcy pursuant to 11 U.S.C. 303.

<sup>199</sup> หลัก Lis Alibi Pendens กับหลัก Res Judicata เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับใช้กับกรณีที่มีการฟ้องร้องหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องหรือเนื้อหาเดียวกันซึ่งได้รับการพิจารณาหรือตัดสินไปแล้ว ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในข้อ 2.7.1 และข้อ 2.7.2

<sup>200</sup> คดีระหว่าง Fomento de Construcciones y Contratas SA v. Colon Container Terminal (2001).

นอกจากนั้น กรณีศึกษาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Paralle Proceedings) ของประเทศสิงคโปร์ ปรากฏอยู่ในคดี PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA (2006). SGCA 41 โดยในคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า ศาลสิงคโปร์ได้ใช้หลัก Estoppel<sup>201</sup> ในการตัดสินว่าคณะอนุญาโตตุลาการคณะที่สองไม่มีอำนาจดำเนินการและให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการคณะที่สอง<sup>202</sup>

ส่วนกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนานในชั้นอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Parallel Proceedings) และไม่มีบทบัญญัติอนุโลมให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยฟ้องซ้อนและดำเนินกระบวนการพิจารณาเข้ามาใช้บังคับ ทำให้กรณีการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนานในชั้นอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Parallel Proceedings) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีความรัดกุมชัดเจนหรือไม่มีการทำข้อตกลงการมอบข้อพิพาทให้อยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดไว้ก่อน

นอกจากนั้น กรณีของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังมีปัจจัยเฉพาะที่อาจก่อให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน (Parallel Proceedings) หากพิจารณาจากที่มาของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยซึ่งมีตัวแปรสำคัญจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่มีผลให้มีการจัดตั้งสำนักงานศาลยุติธรรมแยกเป็นหน่วยงานอิสระจากกระทรวงยุติธรรม ทำให้ทำให้ภารกิจงานด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาท สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอยู่ภายใต้สังกัดสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ในขณะนั้นได้แยกออกจากกระทรวงยุติธรรมมาอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานศาลยุติธรรม กล่าวคือ การจัดตั้งสำนักงานศาลยุติธรรมแยกเป็นหน่วยงานอิสระจากกระทรวงยุติธรรมโดยผลจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทำให้สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ไม่มีอยู่อีกต่อไป โดยสำนักงานศาลยุติธรรมได้มีการจัดตั้งสำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ขึ้นเพื่อรับผิดชอบภารกิจงานด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาท ซึ่งต่อมาภารกิจงานดังกล่าวได้มาอยู่ในความรับผิดชอบของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ส่วนกระทรวงยุติธรรมไม่มีการจัดตั้งส่วนงานขึ้นรับผิดชอบงานด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาท จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 และเมื่อเดือนพฤศจิกายน

<sup>201</sup> หลัก Estoppel เป็นหลักกฎหมายที่กีดกันมิให้บุคคลกล่าวอ้างสิทธิเพื่อเรียกร้องประโยชน์อย่างใด หรือห้ามมิให้พิสูจน์ข้อเท็จจริงแตกต่างไปจากข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ซึ่งภาษาไทยอาจเรียกว่า “หลักกฎหมายปิดปาก”

<sup>202</sup> คดีระหว่าง PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA (2006).

พ.ศ. 2558 จึงได้มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) เพื่อให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการ

กรณีศึกษาตัวอย่างเช่น กระทรวง ก. ได้ให้สัญญาสัมปทานแก่บริษัท ข. จำกัด (มหาชน) โดยสัญญาสัมปทานดังกล่าวมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดว่ากรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญานี้ หรือเกี่ยวกับการปฏิบัติสัญญานี้ และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้ถือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม โดยอนุโลม หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ และให้กระทำในกรุงเทพมหานคร ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลให้มีการจัดตั้งสำนักงานศาลยุติธรรมแยกเป็นหน่วยงานอิสระจากกระทรวงยุติธรรม ซึ่งต่อมาภารกิจงานด้านการอนุญาโตตุลาการและระงับข้อพิพาทของสำนักงานศาลยุติธรรมได้มาอยู่ในความรับผิดชอบของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) และต่อมากระทรวงยุติธรรมได้จัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ขึ้นแล้ว ภายหลังจากจึงได้เกิดข้อพิพาทระหว่างกระทรวง ก. กับบริษัท ข. จำกัด (มหาชน) อันเกี่ยวกับการปฏิบัติสัญญาสัมปทาน กระทรวง ก. จึงเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) เพื่อดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ แต่บริษัท ข. จำกัด (มหาชน) เห็นว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเพียงแต่กำหนดให้ถือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม โดยอนุโลม ซึ่งขณะทำสัญญานั้นย่อมหมายถึงสำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ในขณะนี้ บริษัท ข. จำกัด (มหาชน) จึงเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) และโต้แย้งคัดค้านความสามารถในการจัดการข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ทำให้เกิดกระบวนการอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็น 2 กระบวน ได้แก่

1) กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ระหว่าง กระทรวง ก. ผู้เรียกร้อง กับ บริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ผู้ถูกเรียกร้อง และ

2) กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ระหว่าง บริษัท ข. จำกัด (มหาชน) ผู้เรียกร้อง กับ กระทรวง ก. ผู้ถูกเรียกร้อง

อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ที่มีลักษณะกระบวนการพิจารณาที่ใกล้เคียงกับกระบวนการพิจารณาของศาล โดยอนุญาโตตุลาการจะต้อง

มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เพื่อเป็นหลักประกันการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ให้มีลักษณะเป็นที่สุด เต็มขาด และมีผลผูกพันคู่พิพาท เช่นเดียวกันกับคำพิพากษาของศาล การยอมรับให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนานย่อมจะเป็นการขัดต่อหลักและสภาพของความเป็นที่ สุด เต็มขาด และมีผลผูกพันคู่พิพาทของคำชี้ขาด ดังนั้น แม้จะไม่ปรากฏบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่าด้วยหลักเรื่องการฟ้องร้องหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน แต่หลักดังกล่าวถือเป็นหลักการสากลทั่วไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งปวงซึ่งควรจะได้รับพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดไปโดยองค์กรเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ซึ่งมีได้จำกัดแต่เฉพาะดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองเท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงสภาพของคดีที่อาจระงับได้ด้วยกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการด้วย

## 2.7 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่ใช้ในการจัดการกรณีที่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาหลายแห่ง

ตลอดระยะเวลา นับแต่มนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคม ได้มีการวิวัฒนาการและแนวคิดทางกฎหมายหลายประการเพื่อใช้บังคับจัดการความสงบเรียบร้อยของสังคม อำนาจการระงับข้อพิพาทหรืออำนาจทางตุลาการเป็นอำนาจดั้งเดิมที่ริเริ่มและมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน การกำหนดรูปแบบและเครื่องมือในการใช้สิทธิทางผ่านองค์กรที่มีอำนาจ ซึ่งการใช้สิทธิดังกล่าวอาจเกินเลยไปจากขอบเขตอันพึงมียอมเป็นก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมและประโยชน์ส่วนร่วม แนวคิดการจำกัดการใช้สิทธิที่เกินขอบเขตจึงเกิดขึ้นเพื่อสร้างวิธีการต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับกรณี เช่นว่านั้น โดยแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายที่แพร่หลาย ได้แก่ (2.7.1) หลัก Lis Pendens และ (2.7.2) หลัก Res Judicata

หลัก Lis Pendens และ Res Judicata เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law โดยมีสาระสำคัญเพื่อการป้องกันหรือจัดการฟ้องร้องหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องหรือเนื้อหาที่ได้รับการวินิจฉัยตัดสินไปแล้ว โดยองค์กรที่มีอำนาจพิจารณา หลักดังกล่าวได้ปรากฏทั้งชัดเจนและโดยนัยตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แนวคำวินิจฉัยขององค์กรต่าง ๆ โดยเฉพาะองค์กรศาลทั้งในระดับสากลและภายในประเทศ แต่การนำหลักดังกล่าวมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีพื้นฐานมาจากความตกลงระหว่างคู่สัญญา ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แม้ทางทฤษฎีวิชาการไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนานจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) แต่เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา

ที่จะต้องกำหนดแนวทางการดำเนินการร่วมกันโดยอาศัยความยินยอมของทุกฝ่าย กรณีที่อาจเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนานในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) จึงมีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยกว่าการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (Institutional Arbitration) ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มต้นกระบวนการได้โดยการเสนอข้อพิพาทของตนต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ อันเป็นการอ้างใช้สิทธิตามความตกลงทางอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือก่อนเกิดข้อพิพาทขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องมีความตกลงกันก่อนเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการอีก

### 2.7.1 หลัก Lis Pendens หรือ Lis Alibi Pendens

หลัก Lis Pendens มีรากฐานมาจากคำในภาษาละติน คำว่า lis หมายถึง กระบวนพิจารณา และคำว่า pendens หมายถึง ระหว่าง ดังนั้น คำว่า Lis Pendens จึงหมายถึง อยู่ระหว่างกระบวนการพิจารณา Lis Pendens จึงอาจนำมาใช้ได้ทั้งสองบริบทด้วยกัน กล่าวคือ บริบทแรก ใช้อธิบายถึงกรณีที่เกิดขึ้นระหว่างพิจารณา และบริบทที่สอง ใช้อธิบายถึงวิธีการที่ผู้จัดการต่อกรณีที่เกิดขึ้นดังกล่าว โดยหลัก เป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักทั่วไป กล่าวคือ ศาลซึ่งมีเขตอำนาจและได้รับคดีนั้นไว้พิจารณาแล้ว ไม่จำเป็นต้องจำหน่ายคดีนั้นเพื่อให้ศาลอื่นรับคดีไว้พิจารณาแต่ประการใด<sup>203</sup>

หลัก Lis Pendens เป็นแนวคิดของนักนิติศาสตร์ชาวโรมันที่นำมาใช้ในการแก้ปัญหาการฟ้องร้องคดีในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีนั้นอยู่แล้ว<sup>204</sup> โดยหลัก Lis pendens สมัยใหม่ เกิดขึ้นโดยการวางหลักกฎหมายของ Lord Justice Turner ในคดี Bellamy v. Sabine (1857) 1 De G & J 566 โดยมีสาระสำคัญว่า “ข้าฯ คิดว่า มันเป็นหลักคำสอนทั่วไปทั้งในศาลที่พิจารณาคดีด้วยกฎหมายและความยุติธรรม ย่อมเป็นไปได้โดยชัดเจนที่การกระทำหรือการฟ้องร้องจะสามารถระงับข้อพิพาทได้เป็นผลสำเร็จ ถ้าคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาได้รับความยินยอมให้ถูกเบี่ยงเบนไปเป็นอีกคดีหนึ่ง โจทก์จะต้องมีหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่จะเข้าไปต่อผู้คดีในทุกเรื่อง และจะต้องถูกบังคับให้เริ่มกระบวนการใหม่ไปเรื่อย ๆ”<sup>205</sup> ซึ่งต่อมาหลัก Lis Pendens ได้ถูกนำมาใช้ในวิธีพิจารณาใน

<sup>203</sup> ศิรดา วรสาร. (2558). *การขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลในกลุ่มประเทศอาเซียน : ศึกษากรณีการรับฟ้องคดีที่มีมูลคดีเดียวกันและมีคู่ความเดียวกันในสองศาลต่างรัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 54.

<sup>204</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

<sup>205</sup> Lord Justice Turner ให้ความเห็นในคดีระหว่าง Bellamy v. Sabine (1857) 1 De G & J 566 ว่า It is, as I think, a doctrine common to the Courts both of law and Equity and rests as I apprehend, on the foundation that it would plainly be impossible that any action or suit could be brought to a successful termination, if alienations *pendent*

ระบอบ Brussels เพื่อแก้ปัญหาการรับฟ้องคดีที่มุลคดีเดียวกันและคู่ความเดียวกันในศาลที่อยู่ต่างรัฐ<sup>206</sup> อันสืบเนื่องมาจากการลงนามสนธิสัญญากรุงโรมจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Treaties of Rome Establishing the European Economic Community หรือ TEEC)<sup>207</sup> ของประเทศสมาชิกประกอบด้วย เบลเยียม ฝรั่งเศส อิตาลี เนเธอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์กและเยอรมันตะวันตก รวม 6 ประเทศ เพื่อรวมกลุ่มเป็นประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community หรือ EEC) เมื่อปี ค.ศ. 1957 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1958 โดยการจัดตั้งประชาคมมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการรวมตลาดเดียวสำหรับเศรษฐกิจ แรงงาน สินค้าและบริการในยุโรป (Common Single Market) อันจะก่อให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประชาคม แต่ประเทศสมาชิกกลับพบอุปสรรคจากความแตกต่างของกฎหมายภายในแต่ละประเทศสมาชิกมีความแตกต่างกันในเรื่องการกำหนดเขตอำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาคดีระหว่างประเทศ และการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์<sup>208</sup> ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการทำอนุสัญญาเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1968 ว่าด้วยเขตอำนาจและการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาคดีแพ่งและพาณิชย์ หรืออนุสัญญาบรัสเซลส์ 1968 (Brussels Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968) ซึ่งอนุสัญญาบรัสเซลส์ 1968 ได้มีการบัญญัติหลัก Lis Pendens ไว้ในมาตรา 8 (ข้อ 21-23) โดยกำหนดกระบวนการที่มีมุลคดีเป็นอย่างเดียวกันและโดยระหว่างคู่สัญญาเดียวกันซึ่งอาจเสนอต่อศาลที่แตกต่างจากศาลแห่งรัฐที่สัญญาได้ทำขึ้น ศาลอื่นที่มีไซศาลแห่งแรกที่รับคดีนั้นไว้พิจารณาจะต้องปฏิเสธที่จะรับคดีนั้นไว้พิจารณา

ต่อมาคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้มีมติให้ใช้บังคับ The European Union Council Regulation Number 44/2001 on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in

---

*lite* were permitted to prevail. The plaintiff would be liable in every case to be defeated by the defendants alienating before the judgment or decree, and would be driven to commence his proceedings *de novo*, subject again to be defeated by the same course of proceedings. อ้างถึงใน Urwashi Ahuja. (2019). **Doctrine of Lis Pendens**. (Online). Available: <https://lawtimesjournal.in/doctrine-of-lis-pendens/>. [2022, May 10].

<sup>206</sup> ศิริดา วรสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 45.

<sup>207</sup> ต่อมาชื่อของสนธิสัญญานี้ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง เช่นการแก้ไขในปี ค.ศ. 1992 โดย Maastricht Treaty ได้มีการตัดคำว่า economic ออกจากชื่อทางการของสนธิสัญญาดังกล่าว และในปี ค.ศ. 2009 โดย Treaty of Lisbon ได้มีการเปลี่ยนชื่อสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยหน้าที่ของสหภาพยุโรป “Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU” ซึ่งหลักการร่วมมือในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งยังคงปรากฏอยู่ในข้อบท 81 ของ TFEU

<sup>208</sup> ศิริดา วรสาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 45.

Civil and Commercial Matters หรือ Brussels I Regulation แทนอนุสัญญาบรัสเซลส์ 1968 เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2001 โดย Brussels I Regulation มีเนื้อหาและขอบเขตคล้ายกับอนุสัญญาบรัสเซลส์ 1968 แต่ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลัก Lis Pendens ซึ่งกำหนดให้ศาลที่มีได้รับคดีไว้พิจารณาเป็นแห่งแรกต้องเลื่อนกระบวนการพิจารณาออกไปจนกว่าศาลที่รับคดีไว้พิจารณาเป็นแห่งแรกจะได้ยื่นยันเขตอำนาจของตนแล้ว<sup>209</sup> ซึ่งต่อมารัฐสภายุโรปและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้มีมติใช้บังคับ Regulation (EU) 1215/2012 on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) หรือ Brussels Recast Regulation เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของ Brussels I Regulation รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลัก Lis Pendens ด้วย<sup>210</sup>

### 2.7.2 หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (Res Judicata)

หลัก Res judicata หรือหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับทั้งในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law รวมถึงได้รับการยอมรับจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความมั่นคงแก่นิติฐานะและสิทธิที่คู่ความได้รับจากคำตัดสินหรือคำพิพากษา<sup>211</sup> ซึ่งพัฒนามาจาก the Digest of Justinian ที่มีสาระสำคัญอยู่ที่เรื่องหรือเนื้อหาที่ได้รับการวินิจฉัยและตัดสินถึงที่สุด (Finally) โดยศาลที่มีเขตอำนาจแล้ว ย่อมต้องห้ามมิให้มีการพิจารณาในเรื่องหรือเนื้อหานั้น โดยคู่ความเดียวกันหรือผู้รับช่วงสิทธิจากคู่ความเดียวกันนั้นอีก แต่ไม่เป็นการตัดสิทธิที่จะอุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าวต่อไป โดยความเป็นที่สุดนี้ย่อมผูกพันคู่ความเดียวกันหรือผู้รับช่วงสิทธิจากคู่ความเดียวกันเท่านั้น จึงไม่ต้องห้ามที่คู่ความอื่นจะยกเรื่องดังกล่าวขึ้นพิจารณาหรือต่อสู้คดี<sup>212</sup> แต่การบังคับใช้หลัก Res Judicata ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องเดียวกันหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน (Related Action)<sup>213</sup>

Res Judicata มีที่มาจากคำในภาษาละติน ว่า “a matter asjudged” ซึ่งย่อมาจากหลักคำสอนว่า res judicata pro accipitur ที่มีความหมายว่า “a matter asjudged is taken as truth” หลัก Res Judicata มีต้นกำเนิดและถูกประยุกต์ใช้ในสมัยโบราณอย่างแพร่หลาย ไม่ว่าจะเป็นโดยนักกฎหมายยุคโรมัน ตำราฮินดูโบราณและประเพณีกรีก เป็นต้น และยังเป็นรากฐานที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของระบบ Civil Law และ Common Law รวมถึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองโดย

<sup>209</sup> ศิริดา วรสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 52.

<sup>210</sup> ศิริดา วรสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 53.

<sup>211</sup> ศิริดา วรสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 56.

<sup>212</sup> ศิริดา วรสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 24-25.

<sup>213</sup> ศิริดา วรสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 57.

ICJ Statutes อีกด้วย ซึ่งหลักการสำคัญร่วมกันประการหนึ่งคือ เมื่อเรื่องหรือเนื้อหาใดได้รับการเยียวยาหรือมีการวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว เรื่องหรือเนื้อหานั้นย่อมเป็นที่สุด

หลัก Res Judicata ใช้บังคับกับบริบทที่เกิดการพิจารณาเนื้อหาอย่างหนึ่งอย่างใดซ้ำในบริบททางกฎหมายเดียวกัน

หลัก Res Judicata หรือหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา มีหลักเกณฑ์การพิจารณาสามประการ (triple identity test) เพื่อป้องกันเกิดการฟ้องร้องที่มีลักษณะอันประกอบด้วย<sup>214</sup>

- 1) กรณีที่เป็นคู่ความเดียวกัน
- 2) มีเนื้อหาหรือประเด็นแห่งคดีเป็นอย่างเดียวกัน
- 3) กรณีมีมูลเหตุทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หลัก Res judicata เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในกรณีที่ศาลหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ แล้ว กรณีมิใช่หลักกฎหมายที่นำมาใช้กับเรื่องที่มีข้อเท็จจริงอยู่ระหว่างการพิจารณา จึงมิได้เป็นวิธีการที่ใช้สำหรับการแก้ไขปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการคู่ขนาน (Parallel Proceeding) โดยตรง

Res Judicata มาจากวลี Res Judicata accipitur pro veritate หรือ The final decision is accepted for the truth ซึ่งมีความหมายว่า “คำวินิจฉัยที่ถือเป็นที่สุด คือ การยอมรับความจริง” ส่วน Res Judicata โดยบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏในคดีเขาพระวิหาร ซึ่งศาลตัดสินว่าประเทศไทยได้ยอมรับหลัก Res Judicata ตามความเป็นที่สุดของคำพิพากษาของศาลโลกไปแล้ว ไม่ใช่กรณีของกฎหมายปิดปาก

หลัก Res Judicata ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศไทยด้วย โดยปรากฏในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางแพ่งตามมาตรา 148 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และนอกจากนั้น หลักการดังกล่าวยังได้นำมาใช้กับความผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหลักกฎหมายทั่วไปได้อีกด้วย กล่าวคือ คู่พิพาทยอมอุทกถัดกันให้ไม่สามารถนำข้อพิพาทที่ได้มีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแล้วนั้นมาฟ้องร้องหรือดำเนินการได้อีก โดยเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>215</sup>

<sup>214</sup> Pedro J. Martinez-Fraga and Harout Jack Samra. (2012). *The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration*. (Online). Available: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=njilb>. [2022, June 11].

<sup>215</sup> เขมจุฑา สุวรรณจินดา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 125-126.