

## บทที่ 4.

### การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการโดยชาदनัดภายใต้กฎหมายไทย

#### 4.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชาदनัดภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย

การดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีทางศาลหรือการอนุญาตตุลาการ ต้องการให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปอย่างรวดเร็ว แต่ในทางปฏิบัติยากที่ทำได้เนื่องจากมักมี คู่ความบางคนพยายามที่เตะถ่วงกระบวนการพิจารณาเพื่อให้เกิดความล่าช้าโดยปฏิบัติตามกฎหมาย หรือคำสั่งต่างๆ ฉะนั้นไม่ว่าการดำเนินคดีทางศาลหรือการอนุญาตตุลาการต้องมีมาตรการที่ ป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้กระบวนการพิจารณาเป็นเครื่องมือเพื่อตอบสนองความต้องการ ของตนเอง ในการดำเนินคดีทางศาลมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ ให้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยื่นคำให้การหรือไม่ มาในวันนัดพิจารณาถือว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นขาดนัด

ซึ่งอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมี บทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการในกรณีที่มิคู่กรณีฝ่ายใดหนึ่งไม่ เข้าร่วมกระบวนการพิจารณา เนื่องจากในอดีตช่วงที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 บังคับใช้ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนที่ให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการดำเนิน กระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว ดังนั้นเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการ พิจารณาอนุญาตตุลาการให้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งมาปรับใช้ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะบัญญัติ ให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวแล้วก็ตามแต่ในทาง ปฏิบัติการตัดสินข้อพิพาทตามพยานหลักฐานจากคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณายังอาศัย บทบัญญัติในการขาดนัดในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาเทียบเคียงโดยเฉพาะในการ อนุญาตตุลาการในประเทศไทย และนั่นควรต้องศึกษาถึงบทบัญญัติในเรื่องการขาดนัดของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย

#### 4.1.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในปัจจุบันการพิจารณาคดีล่าช้าเป็นปัญหาของกระบวนการยุติธรรมของทุกประเทศไม่ว่าเป็นการดำเนินคดีทางศาลหรือแม้กระทั่งการดำเนินคดีโดยการอนุญาโตตุลาการที่มีวัตถุประสงค์ให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างรวดเร็วก็ตาม ย่อมประสบปัญหาในการล่าช้าในการพิจารณา เหมือนกัน ซึ่งในการอนุญาโตตุลาการมีบทบัญญัติที่ป้องกันและมีมาตรการลงโทษแก่คู่กรณีที่สร้างความล่าช้าให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 31 ในพระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ในการดำเนินทางศาลจะประสบปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคดีอย่างมาก นอกจากมีสาเหตุมาจากการที่หลักเกณฑ์ต่างๆของวิธีพิจารณากำหนดไว้ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมหรือไม่มีประสิทธิภาพหรือมีขั้นตอนยุ่งยากแล้วยังมีสาเหตุหลักมาจากตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาไม่ว่าเป็นศาลที่ไม่สนใจเร่งรัดคดี โดยให้กระบวนการพิจารณาเป็นเรื่องของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ริเริ่มกระบวนการพิจารณาซึ่งเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่ไม่พยายามให้ความร่วมมือต่อศาลใช้วิธีพิจารณาเป็นเครื่องมือประวิงคดีแต่กลับพยายามใช้วิธีพิจารณาเป็นเครื่องมือเพื่อประวิงคดีหรือแม้กระทั่งเพื่อให้ฝ่ายตนชนะคดีแม้ว่าข้อเท็จจริงของรูปคดีจะเสียเปรียบก็ตามดังนั้นจึงต้องบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาคดีโดยขาดนัดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อให้เป็นมาตรการลงโทษคู่กรณีที่ไม่ได้ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี หรือจงใจประวิงคดี<sup>1</sup>

กฎหมายดังกล่าวได้แยกบทบัญญัติในหมวด 2 การพิจารณาโดยขาดนัดแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 การขาดนัดยื่นคำให้การตามมาตรา 197 - 199 จ และส่วนที่ 2 การขาดนัดพิจารณาตามมาตรา 200-207 เนื่องจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลอาจมีคำพิพากษาไปทันทีเมื่อจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การได้แยกกระบวนการพิจารณาของการขาดนัดยื่นคำให้การและการขาดนัดพิจารณาออกจากกันอย่างชัดเจน กฎหมายดังกล่าวแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ

<sup>1</sup> วรรณชัย บุญบำรุง และ สิริพันธ์ พลรบ, การพิจารณาโดยขาดนัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 3 (กันยายน, 2543): 416

#### 4.1.1.1 กรณีจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ

ส่วนที่หนึ่งในมาตรา 197 บัญญัติว่า "เมื่อจำเลยได้รับหมายเรียกให้ยื่นคำให้การ จำเลยมิได้ยื่นคำให้การภายในระยะเวลาที่กำหนดตามกฎหมายหรือตามคำสั่งศาลให้ถือว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ"

กรณีที่ว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การมีหลักเกณฑ์ทั้งสองประการคือ จำเลยได้รับหมายเรียกให้ยื่นคำให้การ และจำเลยมิได้ยื่นคำให้การภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดหรือคำสั่งศาล ซึ่งคำว่า"จำเลยได้รับหมายเรียกให้ยื่นคำให้การแล้ว" หมายถึงกรณีที่ได้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องให้จำเลยแล้ว ตามมาตรา 177 วรรคหนึ่ง ดังนั้นระยะเวลาที่จำเลยต้องยื่นคำให้การ คือ จำเลยต้องทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องให้จำเลยดังนั้นเมื่อได้ส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้แก่จำเลยตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วไม่ยื่นคำให้การถือว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ และในเมื่อจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ โจทก์มีหน้าที่ต้องยื่นคำร้องให้มีคำพิพากษาโดยขาดนัดยื่นคำให้การตามมาตรา 198 วรรคแรก บัญญัติว่า "ถ้าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ให้โจทก์มีคำขอต่อศาลภายใน 15 วัน นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดให้จำเลยยื่นคำให้การได้สิ้นสุดลงเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดให้ตนเป็นฝ่ายชนะคดีโดยขาดนัดถ้าโจทก์ไม่ยื่นคำขอต่อศาลภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งจำหน่ยคดีนั้นเสียจากสารบบความได้"

ถ้าโจทก์ยื่นคำขอต่อศาลภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีโดยขาดนัดไปตามมาตรา 198 ทวิ แต่ถ้าศาลมีเหตุสงสัยว่าจำเลยจะไม่ทราบหมายเรียกให้ยื่นคำให้การ ก็ให้ศาลมีคำสั่งให้มีการส่งหมายใหม่โดยส่งโดยวิธีธรรมดาหรือโดยวิธีอื่นและจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดตามที่เห็นสมควรเพื่อให้จำเลยได้ทราบหมายเรียกนั้นก็ได้อีก "ถ้าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ให้โจทก์มีหน้าที่ยื่นคำขอต่อศาลภายใน 15 วัน นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดให้จำเลยยื่นคำให้การได้สิ้นสุดลงเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดให้ตนเป็นฝ่ายชนะคดีโดยขาดนัด แม้ว่าบทบัญญัตินี้ให้ศาลมีอำนาจทำคำพิพากษาได้ทันที โจทก์ต้องยื่นขอเมื่อจำเลยขาดนัดไม่ยื่นคำให้การแต่ในวรรคสามได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การส่งหมายเรียกให้ยื่นคำให้การใหม่ เป็นการที่คุ้มครองจำเลยในกรณีศาลสงสัยว่าจำเลยอาจไม่ทราบหมายเรียก ซึ่งศาลมีอำนาจให้ส่งหมายเรียกให้แก่จำเลยใหม่ได้เสมอตราบใดที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาชี้ขาดคดีเป็นไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ว่าศาลต้องมีหน้าที่ดำเนินการและควบคุมดูแล

ให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปตามหลักการโต้แย้งต่อสู้คดีหรือหลักฟังความสองฝ่าย ซึ่งหลักการดังกล่าวอยู่ในหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาบัญญัติให้ส่งหมายเรียกครั้งใหม่ก็ได้กำหนดเพื่อเป็นหลักประกันเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปตามหลักการดังกล่าว<sup>2</sup>

ในกรณีจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำร้องดังกล่าวแล้วศาลย่อมมีอำนาจพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีโดยขาดนัดยื่นคำให้การโดยไม่ให้โจทก์นำพยานหลักฐานมาสืบ แต่ศาลต้องพิจารณาแล้วว่า คำฟ้องของโจทก์มีมูล หมายถึงคำฟ้องของโจทก์มีมูลที่จำเลยต้องรับผิดชอบตามกฎหมายสารบัญญัติว่าตามสภาพแห่งข้อหาและข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาที่โจทก์กล่าวอ้างมาในคำฟ้องนั้นมีมูลนี้ตามกฎหมายสารบัญญัติที่จำเลยต้องรับผิดชอบหรือไม่ ที่สำคัญคือ ศาลต้องพิจารณาตามสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา นั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมูลหนี้ในกฎหมายสารบัญญัติที่จำเลยต้องรับผิดชอบ เช่น โจทก์ฟ้องเรียกเงินตามสัญญาเงินกู้ตามมาตรา 650 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า ความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืม คือ เมื่อผู้ให้ยืมได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมให้แก่ผู้ยืม ดังนั้นเมื่อใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ยืมแก่ผู้ยืม สัญญากู้ยืมเงินย่อมไม่สมบูรณ์ ดังนั้นหากโจทก์ยังไม่ได้ส่งมอบเงินให้แก่จำเลยผู้กู้ สัญญากู้ยืมระหว่างโจทก์และจำเลยย่อมไม่สมบูรณ์ต้องถือว่าคำฟ้องของโจทก์ไม่มีมูล แม้ว่าจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ศาลไม่สามารถตัดสินมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีได้

และนอกจากจะพิจารณาว่าคำฟ้องของโจทก์มีมูลหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าคำฟ้องของโจทก์ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายตามมาตรา 198 ทวิ หากได้ความว่าคำฟ้องของโจทก์ขัดต่อกฎหมาย ศาลต้องยกฟ้องของโจทก์ ศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีโดยจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การไม่ได้ เช่น โจทก์ฟ้องเรียกเงินตามสัญญากู้ยืมเงิน ซึ่งโจทก์ได้ส่งมอบเงินกู้ให้แก่จำเลยเรียบร้อยแล้ว แต่มิได้ทำเป็นหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อจำเลย ต้องถือว่าคำฟ้องของโจทก์มีมูลแต่เมื่อไม่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ยืมเงินเป็นสำคัญก็ถือว่าคำฟ้องของโจทก์ขัดต่อกฎหมาย<sup>3</sup>

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 434

<sup>3</sup> ธานิศ เกศพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการพิจารณาคดีโดยขาดนัด, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ ไดมอนด์ อิน บิสซิเนส เวิร์ล, 2543), หน้า 33-34

แต่อย่างไรก็ตามศาลก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจให้โจทก์นำพยานหลักฐานมาสืบตามคำฟ้องได้ ฝ่ายเดียวตามที่เห็นว่าจำเป็น ซึ่งในมาตรา 198 ทวิ ไม่ได้บังคับให้ศาลต้องมีคำพิพากษาคัดสินให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีโดยที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การเสมอ แต่ศาลต้องตระหนักเสมอว่า ศาลไม่อาจที่นำข้อเท็จจริงที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแต่เพียงอย่างเดียวมาสรุปว่าข้อกล่าวอ้างของโจทก์รับฟังได้เนื่องจากตามหลักการของมาตรา 198 ทวิ วรรค 1 นั้นเท่ากับได้ยอมรับหลักการที่ว่า การที่จำเลยไม่ได้ยื่นคำให้การไม่ได้มีผลเท่ากับเป็นการยอมรับตามคำฟ้องของโจทก์ โดยศาลยังต้องมีการหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบว่าคำฟ้องของโจทก์มีมูลหรือไม่อยู่<sup>4</sup> แต่ในคดีบางประเภทในมาตราดังกล่าวบังคับให้ศาลต้องนำสืบพยานหลักฐานของโจทก์ฝ่ายเดียวโดยไม่สามารถที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดทันทีที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ คดีดังกล่าวได้แก่

คดีเกี่ยวกับสิทธิแห่งสภาพบุคคลหมายถึง สิทธิของบุคคลดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง 1 ลักษณะ 2 หมวด 1 ส่วนที่ 1 เช่นการเริ่มต้นและสิ้นสุดสภาพบุคคล รวมทั้งสิทธิของทารกในครรภ์มารดาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 หรือสิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามตามมาตรา 18 เป็นต้น นอกจากนี้ บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติถึงส่วนประกอบของสภาพบุคคลอันได้แก่เรื่องความสามารถ ภูมิลำเนา และสาบสูญ อันบัญญัติอยู่ใน ลักษณะ 2 หมวด 1 ส่วนที่ 2 ถึงส่วนที่ 4 น่าจะถือว่าเป็นคดีที่เกี่ยวกับสิทธิแห่งสภาพบุคคลด้วยทั้งสิ้น ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานด้วยว่าคดีที่พิพาทกันเรื่องสัญชาติของบุคคลเป็นคดีเกี่ยวกับสิทธิแห่งสภาพบุคคลด้วย ตามคำพิพากษาฎีกา 1463/2496

คดีเกี่ยวกับสิทธิในครอบครัว คือ คดีที่มีข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับสิทธิในครอบครัวตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย ครอบครัว เช่น คดีฟ้องหย่า หรือ คดีฟ้องหย่าและขอแบ่งสินสมรสด้วย คดีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงว่า การสมรสเป็นโมฆะรวมทั้งคดีที่พิพาทกัน เกี่ยวกับเรื่องที่ภริยาฟ้องเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูจากสามี หรือเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น

<sup>4</sup> วรรณชัย บุญบำรุง และ สิริพันธ์ พลรบ, การพิจารณาโดยขาดนัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 3 (กันยายน, 2543): 437

คดีพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ในเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 4 ทวิ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ใช้คำว่า "คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือประโยชน์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์..." แต่ในมาตรา 198 ทวิ วรรค 2 ใช้คำว่า "คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์" นั้น ซึ่งมีความหมายต่างกัน กล่าวคือ คำว่า "คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์" มีความหมายกว้างขวางมาก หากเป็นคำฟ้องที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าจะเกี่ยวกับเหตุใดๆ ย่อมเป็นคำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น ซึ่งรวมทั้งคดีพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 198 ทวิ วรรค 2 ด้วย แต่คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ทั้งหลาย หากมิได้มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ก็ย่อมไม่ใช่คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 198 ทวิ วรรค 2 เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับภาระจำยอม อาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกินและภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ลักษณะ 4,5,6,7 และ 8 เป็นต้น แม้จะเป็นคำฟ้องที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่มิได้มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ดังที่ได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 2 จึงนำมาใช้คดีพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 198 ทวิ วรรคสอง ในกรณีที่บุคคลที่มีคำขอบังคับชำระหนี้เป็นเงิน จำเป็นต้องมีการสืบพยานของโจทก์หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าคำขอบังคับชำระหนี้เป็นเงินของโจทก์สามารถที่กำหนดจำนวนเงินได้แน่นอนหรือไม่ หากคำขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงินที่แน่นอนให้ศาลสามารถให้โจทก์ส่งพยานเอกสารตามที่ศาลเห็นว่าจำเป็นแทนการสืบพยาน หรือหากคำขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงินที่กำหนดจำนวนแน่นอนไม่ได้ ศาลสืบพยานหลักฐานของโจทก์ไปฝ่ายเดียว และศาลอาจเรียกพยานหลักฐานอื่นมาสืบเพิ่มเติมเท่าที่จำเป็นได้

เมื่อศาลใช้ดุลพินิจสั่งให้สืบพยานเกี่ยวกับข้ออ้างของโจทก์หรือพยานหลักฐานอื่นไปฝ่ายเดียวตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีตามมาตรา 198 ทวิ วรรค 1 หรือ ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้ศาลสืบพยานหลักฐานโจทก์ไปฝ่ายเดียวและศาลอาจเรียกพยานหลักฐานอื่นมาสืบได้เองตามที่เห็นว่าจำเป็นดังที่กล่าวไว้ข้างต้น หากจำเลยที่ขาดนัด

---

<sup>5</sup> คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยภาคตะวันออกเฉียงเหนือ, เอกสารประกอบการอบรมกฎหมาย เรื่อง หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีและการพิจารณาคดีโดยขาดนัดที่แก้ไขใหม่ วันเสาร์ที่ 6 พฤษภาคม 2543 ณ ห้องประชุมประภากร 3 ชั้น 7 อาคาร 5, หน้า 41-46

ยื่นคำให้การไม่มาในวันสืบพยานดังกล่าว ไม่ถือว่าจำเลยนั้นขาดนัดพิจารณาด้วย ตามมาตรา 198 ทวิ วรรคสี่ บัญญัติว่า "ถ้าจำเลยที่ขาดนัดยื่นคำให้การไม่มาศาลในวันสืบพยานตามมาตรา นี้ มิให้ถือว่าจำเลยนั้นขาดนัดพิจารณา" แต่ถ้าในวันสืบพยานดังกล่าวโจทก์ไม่นำพยานหลักฐานมา สืบ ตามมาตรา 198 ทวิ วรรค ห้า บัญญัติว่า ถ้าโจทก์ไม่นำพยานหลักฐานมาสืบตามความใน มาตรา นี้ ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคดีของโจทก์ไม่มีมูล และให้ศาลยกฟ้องของ โจทก์" เป็นมาตรการในการลงโทษเพื่อบังคับให้โจทก์ผู้เริ่มคดีต้องนำพยานหลักฐานมาสืบต่อศาล ตามมาตรา 198 ทวิ ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด มิฉะนั้น กฎหมายให้ถือว่าคดีของโจทก์ไม่มี มูล และให้ศาลยกฟ้องของโจทก์<sup>6</sup> ซึ่งคำพิพากษายกฟ้องโจทก์มีผลทำให้โจทก์ไม่สามารถที่จะฟ้อง คดีใหม่ได้เพราะเป็นฟ้องซ้ำ หรือขอให้พิจารณาคดีใหม่ก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน เพราะไม่ใช่กรณีที่ศาล พิพากษาให้โจทก์แพ้คดีโดยเป็นการพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียว โจทก์ทำได้เพียงอุทธรณ์คำพิพากษา ที่ให้ยกฟ้องเท่านั้น และหากเป็นกรณีที่คดีดังกล่าวมีทุนทรัพย์ต้องห้ามอุทธรณ์ตามบทบัญญัติว่า ด้วยอุทธรณ์ด้วยแล้ว ก็เท่ากับว่าโจทก์จะไม่มีทางที่แก้ไขเยียวยาได้แต่อย่างใด<sup>7</sup>

แม้จำเลยจะขาดนัดยื่นคำให้การไปแล้ว แต่จำเลยก็สามารถขออนุญาตยื่นคำให้การใหม่ ได้เพื่อให้เป็นช่องทางที่แก้ไขเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คดีของจำเลยได้ ตามมาตรา 199 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า "ถ้าจำเลยที่ขาดนัดยื่นคำให้การมาศาลก่อนศาลวินิจฉัยชี้ขาดและแจ้ง ต่อศาลโอกาสแรกว่าตนประสงค์จะต่อสู้คดี เมื่อศาลเห็นว่าการขาดนัดยื่นคำให้การนั้นมีได้เป็นไป โดยจงใจหรือมีเหตุอันสมควร ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การภายในกำหนดเวลา ตามที่ศาลเห็นสมควร และดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ตั้งแต่เวลาที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ" โดยจำเลยต้องมาศาลก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาโดยจำเลยมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อศาลในโอกาสแรก ว่าตนประสงค์จะต่อสู้คดีและขออนุญาตยื่นคำให้การหรือขอให้พิจารณาคดีใหม่เพื่อที่ศาลจะได้

<sup>6</sup> ธานีศ เกศพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยการ พิจารณาคดีโดยขาดนัด, หน้า 65-66

<sup>7</sup> วรรณชัย บุญบำรุง และ สิริพันธ์ พลรบ, การพิจารณาโดยขาดนัดกับหลักกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 3 (กันยายน, 2543): 437

พิจารณาว่าการขาดนัดยื่นคำให้การนั้นเป็นไปโดยจงใจหรือมีเหตุอันสมควรหรือไม่ หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตยื่นคำให้การคือ

- 1.) ศาลต้องให้ออกาสโจทก์คัดค้านก่อน มาตรา 199 ไม่ได้บัญญัติว่าคำขออนุญาตยื่นคำให้การนี้จำเลยจะทำได้แต่ฝ่ายเดียวตามมาตรา 21(2) ศาลจึงต้องให้ออกาสโจทก์คัดค้านก่อน
- 2.) ศาลต้องพิจารณาว่าการขาดนัดยื่นคำให้การเป็นไปโดยจงใจหรือมีเหตุอันสมควรหรือไม่ ซึ่งแยกได้ 2 ประการคือการขาดนัดของจำเลยเป็นไปโดยมิได้จงใจหรือไม่ประการหนึ่ง หรือมีเหตุอันสมควรที่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การหรือไม่ประการหนึ่ง<sup>8</sup>

หากศาลเห็นว่าการที่จำเลยไม่ยื่นภายในกำหนดเวลาเป็นการจงใจขาดนัดและไม่มีเหตุอันสมควร ศาลไม่อนุญาตให้จำเลยยื่นคำให้การใหม่ แต่ในกรณีมีประเด็นปัญหาว่าจำเลยยังมีสิทธิที่อ้างตนเองเป็นพยานและถามค้านพยานโจทก์ได้ หรือไม่ เนื่องจากในมาตรา 199 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีตามวรรคหนึ่งถ้าจำเลยมิได้ยื่นคำให้การมิได้แจ้งต่อศาลก็ดีหรือศาลเห็นว่าการขาดนัดยื่นคำให้การนั้นเป็นไปโดยจงใจหรือไม่มีเหตุอันสมควรก็ดีให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ในกรณีเช่นนี้ จำเลยอาจถามค้านพยานโจทก์ที่อยู่ระหว่างการสืบพยานได้ แต่จะนำสืบพยานของตนไม่ได้” การที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ไม่ได้ถือว่าจำเลยให้การรับตามฟ้องโจทก์ โจทก์ยังคงต้องมีหน้าที่นำสืบข้อกล่าวอ้างของตน และจำเลยอาจสาบานตนให้การเป็นพยานเอง และอาจถามค้านพยานโจทก์ได้ แต่ไม่สามารถเรียกพยานของตนมาสืบได้ ในกรณีเช่นนี้ จำเลยต้องเบิกความในทางปฏิเสธข้อนำสืบของโจทก์ หรือเบิกความหักล้างข้อนำสืบของโจทก์

---

<sup>8</sup> คำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่าจำเลยจงใจขาดนัดยื่นคำให้การ เช่น คำพิพากษาฎีกา 268/2506 การหลงลืมเป็นความผิดของจำเลยเองจะอ้างมาเป็นข้อแก้ตัวเพื่อยื่นคำให้การเมื่อพ้นกำหนดที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้และจะถือว่าเมื่อจำเลยยื่นคำให้การแล้วก็แสดงว่ามีได้จงใจขาดนัดยื่นคำให้การก็ไม่ได้ด้วย หรือคำพิพากษาฎีกา 4574/2533 จำเลยอ้างว่าในวันที่มีการส่งหมายเรียกสำเนาคำฟ้องไปให้จำเลยที่บ้านนั้นจำเลยไปติดต่อธุรกิจที่ต่างจังหวัด เมื่อกลับมาถึงบ้านจึงทราบว่าคุณฟ้อง แสดงว่าหลังจากกลับจากต่างจังหวัดมาถึงบ้านก็ทราบเรื่องที่ถูกฟ้องทันที หากจำเลยประสงค์จะยื่นคำให้การโดยไม่จงใจจะประวิงคดีก็น่าจะยื่นคำร้องขออนุญาตยื่นคำให้การภายในเวลาอันสมควร การที่จำเลยเพิกมายื่นในวันนัดสืบพยานโจทก์ซึ่งเป็นเวลาหลังจากทราบว่าคุณฟ้องถึง 2 เดือน ถือว่าจงใจขาดนัดยื่นคำให้การ



ตรงๆโดยไม่ตั้งประเด็นใหม่<sup>9</sup> เช่น เบิกความว่าไม่ได้เช่า ไม่ได้ลงลายมือชื่อ เป็นต้นเท่านั้น จำเลยจะยืนยันข้อเท็จจริงไม่ได้ เพราะไม่ได้ตั้งประเด็นไว้<sup>10</sup>

ในกรณีที่จำเลยที่ขาดนัดยื่นคำให้การมาศาลภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดให้แพคดีแล้ว จำเลยอาจมีคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ ตามมาตรา 199 ตรี บัญญัติว่า "จำเลยซึ่งศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดให้แพคดีโดยขาดนัดยื่นคำให้การ ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น จำเลยนั้นอาจมีคำขอพิจารณาคดีใหม่ได้ เว้นแต่ 1) ศาลเคยมีคำสั่งให้พิจารณาคดีใหม่มาครั้งหนึ่งแล้ว 2) คำขอให้พิจารณาคดีใหม่นั้นต้องห้ามตามกฎหมาย" ในกรณีนี้แตกต่างจากการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดที่เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้ว อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการย่อมสิ้นสุดลงทำให้คู่กรณีฝ่ายที่แพคดีไม่สามารถร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการให้มีการพิจารณาใหม่ได้ แต่ในการดำเนินคดีทางศาลนั้น จำเลยฝ่ายที่แพคดีโดยขาดนัดยื่นคำให้การสามารถร้องพิจารณาคดีใหม่ได้ ถือเป็นข้อแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการกับศาล

#### 4.1.1.2 กรณีคู่ความขาดนัดพิจารณา

มาตรา 200 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 198 ทวิ และมาตรา 198 ตรี ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาศาลในวันสืบพยาน และไม่ได้รับอนุญาตจากศาลให้เลื่อนคดีให้ถือว่าคู่ความฝ่ายนั้นขาดนัดพิจารณา" ในมาตราดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์ที่ถือว่าคู่ความขาดนัดพิจารณา 2 ประการคือ

1.) คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาศาลในวันสืบพยาน และ 2.) คู่ความฝ่ายนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากศาลให้เลื่อนคดี

คำว่า "วันสืบพยาน" มาตรา 1(10) ให้นิยามหมายความว่าเป็น "วันที่ศาลเริ่มต้นทำการสืบพยาน" ซึ่งก็คือวันสืบพยานนัดแรก หากในวันสืบพยานนัดแรกคู่ความฝ่ายใดไม่ว่าจะเป็นคู่ความที่มีหน้าที่นำสืบในนัดนั้นหรือไม่ก็ตาม ไม่มาศาล และหากคู่ความฝ่ายนั้นโดยไม่ได้รับ

<sup>9</sup> เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2547), หน้า 123

<sup>10</sup> วรรณชัย บุญบำรุง และ สิริพันธ์ พลรบ, การพิจารณาโดยขาดนัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 30 ฉบับที่ 3 (กันยายน, 2543): 446

อนุญาตจากศาลให้เลื่อนคดี ต้องถือว่าคู่ความฝ่ายดังกล่าวขาดนัดพิจารณาตามมาตรา 200 วรรคหนึ่งทันที<sup>11</sup>

หากคู่ความทั้งสองฝ่ายขาดนัดพิจารณา มาตรา 201 “ถ้าคู่ความทั้งสองฝ่ายขาดนัดพิจารณาให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสียจากสารบบความ” ฉะนั้นเมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายไม่มาศาลในวันสืบพยานทำให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี ในกรณีโจทก์ขาดนัดพิจารณาเป็นไปตามมาตรา 202 บัญญัติว่า “ถ้าโจทก์ขาดนัดพิจารณา ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสียจากสารบบความ เว้นแต่จำเลยได้แจ้งต่อศาลในวันสืบพยานขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป ก็ให้ศาลพิจารณาและชี้ขาดตัดสินคดีนั้นไปฝ่ายเดียว” ในมาตรานี้ให้สิทธิแก่จำเลยที่จะเลือกดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหากรณีที่โจทก์ขาดนัดพิจารณาไว้ สองทางเลือก คือ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดีหรือให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี จากหลักการดังกล่าว การแสดงความประสงค์ของจำเลยที่จะขอให้ศาลพิจารณาคดีต่อไปเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจของตนเองในการที่จะพิจารณาคดีต่อไปในการที่จะพิจารณาคดีต่อไปโดยเป็นการฝืนใจจำเลย ซึ่งจำเลยต้องมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อศาลว่าตนเองประสงค์ให้ศาลดำเนินกระบวนการต่อไป<sup>12</sup>

ผลของการจำหน่ายคดีตามมาตรา 201 และ 202 นั้นตามมาตรา 203 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้โจทก์อุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีตามมาตรา 201 และมาตรา 202 แต่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยอายุความ คำสั่งเช่นว่านี้ไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะเสนอคำฟ้องใหม่” เนื่องจากคำสั่งจำหน่ายคดี ตามมาตรา 201 และ 202 มิใช่กรณีที่ศาลพิพากษาให้โจทก์ที่ขาดนัดพิจารณาแพ้คดีโดยขาดนัดพิจารณา โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 207 ประกอบมาตรา 199 ตรี และในกรณีที่คดีของโจทก์นั้นต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดี เนื่องจากศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีต้องถือว่าในกรณีเช่นนี้ศาลต้องมีคำสั่งจำหน่ายคดีของโจทก์เท่านั้น

แต่ในกรณีจำเลยขาดนัดพิจารณาต้องมีผลตามมาตรา 204 บัญญัติว่า

<sup>11</sup> คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยภาคตะวันออกเฉียงเหนือ, เอกสารประกอบการอบรมกฎหมาย เรื่อง หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีและการพิจารณาคดีโดยขาดนัดที่แก้ไขใหม่ วันเสาร์ที่ 6 พฤษภาคม 2543 ณ ห้องประชุมประกาย 3 ชั้น 7 อาคาร 5, หน้า 78-79

<sup>12</sup> วรรณชัย บุญบำรุง และ สิริพันธ์ พลรบ, การพิจารณาโดยขาดนัดกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 3 (กันยายน, 2543): 456

“ถ้าจำเลยขาดนัดพิจารณาให้ศาลพิจารณาและชี้ขาดตัดสินคดีไปฝ่ายเดียว”

กรณีจำเลยขาดนัดพิจารณามีปัญหามากกว่ากรณีโจทก์ขาดนัดพิจารณา เพราะนอกจากมีข้อสงสัยอยู่เสมอว่า การที่จำเลยขาดนัดพิจารณามีสาเหตุมาจากการที่จำเลยประสงค์ประวิงคดี อาจเกิดจากการที่จำเลยไม่ตั้งใจขาดนัดพิจารณาก็ได้ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยขาดนัดจึงกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ 1.) เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้การขาดนัดพิจารณาของจำเลยเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการดำเนินการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามปกติ และ 2.) เพื่อมิให้ผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่ขาดนัดพิจารณาได้รับผลกระทบโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 204 กำหนดหลักการว่า ในกรณีจำเลยขาดนัดพิจารณา ศาลยังคงสามารถที่จะมีคำพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดีได้ และแม้ว่าโจทก์ไม่ได้ร้องขอต่อศาล เนื่องจากกรณีที่โจทก์มาศาลยอมสันนิษฐานว่าโจทก์ประสงค์ให้ศาลดำเนินคดีต่อไป ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่โจทก์ขาดนัดพิจารณา ศาลไม่มีอำนาจดังกล่าวหากจำเลยไม่ได้ร้องขอต่อศาล<sup>13</sup>

#### 4.1.2. การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

การดำเนินคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศต้องพิจารณาตามมาตรา 26 ได้บัญญัติว่า “กระบวนการพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และข้อกำหนดตามมาตรา 30 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลม” ดังนั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศต้องพิจารณาทบทบัญญัติพิเศษซึ่งคือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และข้อกำหนดคดีทางทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางโดยอนุมัติประธานศาลฎีกามีอำนาจออกข้อกำหนดใดๆเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการรับฟังพยานหลักฐานใช้บังคับในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรม โดยต้อง

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 458-459

พิจารณาก่อนตั้งแต่เริ่มฟ้องคดีจนเสร็จคดี ถ้ากระบวนการพิจารณาใดที่มีบทบัญญัติพิเศษก็ต้อง  
 บทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ถ้าไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ให้ใช้หลักทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธี  
 พิจารณาความแพ่ง<sup>14</sup>

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาใน  
 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลฯ ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ในข้อกำหนดดังกล่าวได้กำหนดถึงการขาดนัดยื่น  
 คำให้การในข้อ 11 บัญญัติว่า “ถ้าจำเลยหรือโจทก์มิได้ยื่นคำให้การหรือคำให้การแก้ฟ้องแย้ง  
 ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่ง  
 แสดงว่าจำเลยหรือโจทก์ขาดนัดยื่นคำให้การโดยพลัน” การขาดนัดยื่นคำให้การในการดำเนินคดี  
 ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศแตกต่างจากการดำเนินคดีในศาลทั่วไป  
 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามมาตรา 198 ที่เมื่อจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแล้ว  
 โจทก์ต้องมีหน้าที่ในการร้องขอต่อศาลให้พิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดให้โจทก์ชนะคดีโดยขาดนัดยื่น  
 คำให้การ

แต่ในการดำเนินคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หน้าที่ในการ  
 สั่งขาดนัดเป็นหน้าที่ของศาล โจทก์ไม่มีหน้าที่ร้องขอต่อศาลให้สั่งอย่างคดีแพ่งทั่วไป แต่อย่างไรก็  
 ตามอาจมีปัญหาตามมาว่าศาลจะสั่งนัดสืบพยานโจทก์อย่างไรจึงไม่เสียนัด เพราะโจทก์ไม่ได้ขอ  
 วันนัดต่อศาลก่อน ทางแก้ปัญหาคือในขณะที่ส่งรับคำฟ้อง ศาลน่าจะสั่งต่อไปให้โจทก์แถลงขอ  
 สืบพยานโจทก์ เมื่อครบกำหนดยื่นคำให้การแล้วจำเลยไม่ยื่นคำให้การ หรือติดต่อดังโจทก์ก่อน  
 แล้วออกหมายนัดจำเลยต่อไป ในข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับคดีอาญา<sup>15</sup> ส่วนใหญ่ในการ  
 ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าประเทศใน  
 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ และข้อกำหนดคดีทางทรัพย์สินทางปัญญาฯ ไม่ได้  
 บัญญัติครอบคลุมถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยขาดนัดทั้งหมด ฉะนั้นต้องบทบัญญัติใน  
 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งโดยขาดนัดซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาบังคับใช้

<sup>14</sup> สกิตต์ เล็งไธสง, ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ. (กรุงเทพฯ :  
 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 45

<sup>15</sup> เจริญรัตน์ 18 ใน วัช ดิงสมิตร, กฎหมายศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง  
 ประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 41

## 4.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการโดยขาดนัดภายใต้พระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการของประเทศไทย

### 4.2.1 ปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการโดยขาดนัดตาม พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการพ.ศ. 2530

เนื่องจากในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจคณะ  
อนุญาตตุลาการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาเพียงฝ่ายเดียว ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่  
ยอมเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ มีแต่เพียงบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์ในการ  
ดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้กว้างๆเพียงมาตราเดียวโดยไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดใดๆในการ  
ดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ ในมาตรา 17 บัญญัติว่า

“ก่อนจะทำคำชี้ขาด ให้อนุญาตตุลาการฟังคู่กรณี มีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรใน  
ข้อพิพาทที่เสนอมานั้น

ในกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการหรือกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใดๆตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงหลักความยุติธรรม  
เป็นสำคัญ”

ในกรณีเช่นนี้ค่อนข้างเป็นปัญหามากต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ  
อนุญาตตุลาการว่ามีตนเองมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวหรือไม่ และสิ่งที่  
เกิดขึ้นในทางปฏิบัติคือ คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ประสงค์จะให้มีการอนุญาตตุลาการมักจะไม่นิยมเข้าร่วม  
การอนุญาตตุลาการซึ่งอาจไม่เข้าร่วมตั้งแต่ในชั้นแรกและตลอดไปจนถึงการอนุญาตตุลาการ  
เสร็จสิ้น คือ ไม่ยื่นคำคัดค้าน ไม่ตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายของตนและไม่เข้าร่วมในกระบวนการ  
พิจารณาอนุญาตตุลาการ หรืออาจไม่เข้าร่วมในช่วงหลังจากที่เข้าร่วมในช่วงแรกๆ เช่น แต่งตั้ง  
อนุญาตตุลาการ แต่ไม่เข้าร่วมในชั้นพิจารณาการอนุญาตตุลาการหรือถอนตัวจากการพิจารณา  
ในชั้นอนุญาตตุลาการหลังจากที่เข้าร่วมไปแล้ว โดยอ้างเหตุใดๆ เช่น อนุญาตตุลาการไม่ให้  
เลื่อนคดี ในกรณีดังกล่าวเมื่ออนุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดไปแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแพ้คดี  
คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจะนำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไปบังคับคดีให้ฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามคำ  
ชี้ขาดได้หรือไม่ คู่กรณีฝ่ายที่แพ้มักอ้างได้หรือไม่ว่ากระบวนการพิจารณานั้นมิชอบและตนไม่ต้อง

ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530<sup>16</sup>

การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาทั้งที่รู้ถึงกำหนดนัดพิจารณา ย่อมเป็นความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น และก็ไม่มีช่องทางที่ให้บังคับคู่กรณีดังกล่าวเข้าร่วมการ อนุญาโตตุลาการได้ จึงไม่ใช่ความผิดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียวได้หรือไม่ แนวคิดเห็นส่วนใหญ่เห็นว่า อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาไปจนกว่าจะ เสร็จสิ้น จึงสามารถดำเนินคดีต่อไปฝ่ายเดียวได้ ในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการวิธีการสั่งว่า คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านและขาดนัดพิจารณาจึงนำมาใช้โดยอาศัยหลักแห่ง ความยุติธรรมว่าได้มีการส่งหนังสือแจ้งไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องและแจ้งกำหนดวันนัด สืบพยาน เมื่อคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวได้รับแต่เพิกเฉยโดยไม่มีเหตุอันสมควร จึงมีการพิจารณาและชี้ ขาดข้อพิพาทไปฝ่ายเดียว ศาลแพ่งได้ยอมรับหลักการนี้แล้วโดยเทียบเคียงกับบทบัญญัติเรื่องการ ขาดนัดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>17</sup> แต่ตลอดเวลาที่มีการดำเนินกระบวนการ พิจารณานั้นอนุญาโตตุลาการควรกระทำทุกอย่างที่แสดงว่าตนได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาด นัดเข้าร่วมพิจารณาแล้ว เช่นส่งหนังสือบอกกล่าวกำหนดเวลาและสถานที่ที่มีการ อนุญาโตตุลาการเป็นการล่วงหน้าพอสมควรที่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะสามารถเตรียมคดีในการเข้าร่วม กระบวนการพิจารณาได้ และในการพิจารณาทุกครั้งก็ควรให้คำบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้ชี้ขาดนัด นั้นด้วยหากทำได้<sup>18</sup>

<sup>16</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ อนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 143

<sup>17</sup> วิชัย อริยะนันทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศใน รวม บทความ ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ อนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 324

<sup>18</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ อนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า

#### 4.2.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศไทย ได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อแก้ปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดของอนุญาโตตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ดังที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งพระราชบัญญัติในปัจจุบันได้ร่างตามแบบส่วนใหญ่จากกฎหมายต้นแบบ และมีบางส่วนได้รับแบบอย่างจากกฎหมายบางประเทศแต่ในบางส่วนก็เป็นบทบัญญัติที่มีในกฎหมายเดิมซึ่งพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่เฝ้าจับกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลทั้งที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาทภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเป็นระหว่างประเทศด้วย<sup>19</sup> และพระราชบัญญัตินี้ได้ยึดหลักความเป็นอิสระของคู่กรณี (party autonomy) ที่ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถกำหนดและเลือกการดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ด้วยตนเอง และนอกจากนั้นพระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความเป็นธรรมตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (due process) เพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายในการอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัตินี้พยายามที่ให้หลักการสำคัญทั้งสองประการดังกล่าวมีความสมดุลกันระหว่างการทำหน้าที่ให้คู่กรณีมีอิสระในการกำหนดวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการได้ และในเวลาเดียวกันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยให้คู่กรณีได้รับโอกาสอย่างเพียงพอในการเสนอคดีของตนและได้โต้แย้งคดีของแต่ละฝ่าย<sup>20</sup> ดังนั้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดก็ต้องยึดหลักดังกล่าว เช่นเดียวกัน กล่าวคือ บทบัญญัติในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกำหนดวิธีพิจารณาดังกล่าวเพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาทของตนเอง และหากอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาไปฝ่ายเดียวนั้นอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการเปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วม

<sup>19</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ทางแก้ไขของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย?, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2545): 32

<sup>20</sup> Sorawit Limparanngsri, Arbitration and Mediation in ASEAN: Laws and Practice from a Thai Perspective in ASEAN Laws Forum 2<sup>nd</sup> Alternative Dispute Resolution: A Mechanism for Enhancing Commerce in ASEAN Region July 26-28, 2005 Bangkok Thailand, p.4

กระบวนการพิจารณาเข้ามาต่อสู้คดีได้เสมอ

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่ากระบวนการอนุญาตตุลาการโดยชาตินั้น อาจเริ่มตั้งแต่ก่อนที่มีการพิจารณาคดี คือ ในขั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ โดยที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรือ อาจขาดนัดตลอดไปจนถึงการพิจารณาคดี คือไม่เข้าร่วมในขั้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ แต่ส่วนใหญ่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยมักจะขาดนัดตั้งแต่ในขั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ฉะนั้นการอธิบายกระบวนการอนุญาตตุลาการโดยชาตินี้ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 แบ่งได้สองกรณีได้แก่ การขาดนัดก่อนที่มีการพิจารณาคดี และการขาดนัดในขั้นกระบวนการพิจารณา

#### 4.2.2.1 การขาดนัดก่อนการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการ

การขาดนัดก่อนที่มีการพิจารณาคดี คือ ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับแจ้งให้ใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ แต่ไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาตตุลาการภายในเวลาที่กำหนด ต้องถือว่าคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ในกรณีที่มีปัญหาในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นศาลจะเป็นผู้ช่วยเหลือในการตั้งอนุญาตตุลาการถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น เช่นไม่ได้ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ ซึ่งตามปกติหากมีปัญหาในการตั้งอนุญาตตุลาการสถาบันจะดำเนินการตามข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน โดยสถาบันเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้เมื่อมีปัญหาดังกล่าว<sup>21</sup> ในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการสามารถทำได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณีว่าจะนำวิธีการใดมาใช้ตราบเท่าที่วิธีการดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างคู่กรณีแล้วข้อตกลงก็มีผลบังคับใช้ได้ แต่ถ้าข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่ได้ระบุวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการไว้กฎหมายต้องเข้ามามีบทบาทในการกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้แก่คู่กรณี ตามมาตรา 18 วรรคหนึ่งในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติว่า

"ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

<sup>21</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการรับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 113



- 1) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ
- 2) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นเป็นอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานอนุญาโตตุลาการแทน"

ในกรณีที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นผู้พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็อาจกระทำโดยตกลงร่วมกันของคู่กรณีว่าแต่งตั้งให้ผู้ใดมาเป็นอนุญาโตตุลาการแต่วิธีการนี้อาจมีปัญหาถ้าหากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะให้ใครมาเป็นอนุญาโตตุลาการ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเพื่อแก้ปัญหานี้ นอกจากจะอนุমানจากมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนก็ได้ ดังนั้นในกรณีที่ใช้อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ในทางปฏิบัติคู่กรณีจำเป็นที่จะต้องระบุไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยว่าหากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะแต่งตั้งให้ผู้ใดมาเป็นอนุญาโตตุลาการ จะให้บุคคลใดเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่กรณี ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้แก้ปัญหานี้ในมาตรา 18 (1) ที่ในกรณีกำหนดอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน<sup>22</sup>

แต่ในปัญหาดังกล่าวข้างต้น

เป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองร่วมกันตกลงแต่งตั้ง

<sup>22</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 33 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2546): 278-279

อนุญาตตุลาการ แต่ตกลงตั้งอนุญาตตุลาการไม่ได้ แต่ถ้าในกรณีของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมร่วมตกลงแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเลยที่จะถือว่าการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาตตุลาการโดยต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์คือ คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวได้รับการบอกกล่าวให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ และ คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการภายในกำหนดเวลา ซึ่งในมาตราดังกล่าวไม่ได้บัญญัติเรื่องกำหนดเวลาสำหรับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียว ทำให้ยากพิจารณาว่าเมื่อใดจะถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันได้ตามมาตรา 18 (1) ที่ให้ศาลเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ

จากที่ศึกษาในการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามกฎหมายฉบับในมาตรา 11 ที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการพ.ศ. 2545 บัญญัติตามหลักการของมาตราดังกล่าว เห็นว่าเหตุที่ไม่กำหนดเวลาแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียวเนื่องจาก ต้องการให้มีการตกลงร่วมกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียวก่อน ดังนั้นเมื่อใดที่ถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นไม่สามารถตกลงกันโดยพิจารณาจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลให้เข้ามาช่วยเหลือแต่งตั้งยอมถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่สามารถตกลงกันได้<sup>23</sup> ฉะนั้นเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแจ้งให้ร่วมกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว แต่ไม่ได้มีการร่วมกันตกลงแต่งตั้งอนุญาตตุลาการภายในเวลาอันสมควรจนคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมแต่งตั้งอนุญาตตุลาการต้องยื่นคำร้องต่อศาลให้ช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนถือว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันไม่ได้ในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียว

ในกรณีที่มีอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน และมีจำนวนเป็นเลขคี่ เช่น ให้มีอนุญาตตุลาการจำนวนสามคน คู่กรณีมักจะนิยมตกลงกันให้ต่างฝ่ายต่างแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหนึ่งคน และให้อนุญาตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งกันมานั้นตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนที่สาม ซึ่งโดยทั่วไปอนุญาตตุลาการคนที่สามนี้ทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาตตุลาการ<sup>24</sup> แต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายของตนภายในกำหนดเวลาสามสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้อง

<sup>23</sup> โปรดดูหัวข้อ 1.3.1 ของบทที่ 3

<sup>24</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 33 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2546): 279-280

ต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาตตุลาการแทน ตามมาตรา 18 (2) โดยในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการของศาลมีข้อสังเกตดังนี้

- 1.) นัดพร้อมคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อเสนอชื่ออนุญาตตุลาการพร้อมคุณสมบัติและประวัติเพื่อการพิจารณาของศาล โดยอาจให้ทั้งสองฝ่ายเสนอชื่อมาฝ่ายละ 3 คน แล้วศาลอาจพิจารณาจากรายชื่อที่ตรงกัน การไต่สวนคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก่อนถึงคุณสมบัติที่ทั้งสองฝ่าย ประสงค์ในผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการจะทำให้มีโอกาสเสนอรายชื่อที่ตรงกันได้มาก
- 2.) คุณสมบัติที่สำคัญคืออนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ
- 3.) หากศาลเห็นว่ารายชื่อที่เสนอโดยคู่กรณีอาจไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระหรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเสนอชื่ออนุญาตตุลาการ ศาลอาจขอให้สำนักทะเบียนข้อพิพาทของสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งดูแลเรื่องอนุญาตตุลาการจัดส่งรายชื่อในบัญชีของสำนักงานที่มีการแยกความเชี่ยวชาญของอนุญาตตุลาการในสาขาต่างๆไว้ เพื่อประกอบการพิจารณา
- 4.) ศาลควรสอบถามความยินยอมของอนุญาตตุลาการก่อนการแต่งตั้ง<sup>25</sup>

นอกจากศาลมีบทบาทช่วยเหลือแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งแล้ว อาจต้องมีหน้าที่วินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการว่าข้อสัญญาอนุญาตตุลาการมีความสมบูรณ์เพียงพอที่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้หรือไม่ด้วย เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาตตุลาการอาจเห็นว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลบังคับใช้ได้ หากเข้าร่วมกระบวนการแต่งตั้งอาจจะถือว่าเป็นการยอมรับเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการ ดังนั้นแม้ว่าในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบถึงประเด็นในเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจนในชั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการก็ตามแต่จากแนวทางที่ศาลในประเทศที่มีกฎหมายการอนุญาตตุลาการบัญญัติยึดตามหลักการของกฎหมายต้นแบบ เห็นว่า เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาตตุลาการยื่นคำร้องคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการของศาลโดยอ้างว่า

<sup>25</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ, แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ, เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นประมวลจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยและคู่มือการปฏิบัติงานด้านการไกล่เกลี่ย วันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546 ณ โรงแรมเมอร์เชิน คอร์ท, หน้า 9-10

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้<sup>26</sup>

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากในชั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของศาลแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติศาลต้องดำเนินกระบวนการแต่งตั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามมาตรา 21 ที่ถือเป็นอำนาจของศาลทั่วไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในชั้นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ตาม

ในมาตรา 21 มีหลักคือ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าคำร้องหรือคำร้องขอต่างๆให้ทำเป็นคำขอฝ่ายเดียว ศาลไม่อาจจะสั่งในเรื่องนั้นโดยไม่ได้ฟังอีกฝ่ายหนึ่งหรือให้โอกาสอีกฝ่ายคัดค้าน<sup>27</sup> ซึ่งเป็นไปตามข้อสังเกตข้างต้นที่ต้องการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยศาลต้องส่งสำเนาคำร้องขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการแต่งตั้งให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคำร้องดังกล่าวกฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นคำขอฝ่ายเดียว ดังนั้นศาลควรให้โอกาสคู่กรณีอีกฝ่ายโต้แย้งคัดค้าน เมื่อคู่กรณีดังกล่าวโต้แย้งว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ศาลไม่ควรที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตน ฉะนั้นเมื่อมีการโต้แย้งดังกล่าวเกิดขึ้นจนทำให้มีประเด็นในเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่า ศาลควรต้องวินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าวก่อนที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้มีการคัดค้านคำชี้ขาดในภายหลังจนทำให้คู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายและเสียเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ หากศาลยอมให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนในที่สุดก็อาจถูกคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวร้องเพิกถอนคำชี้ขาดเนื่องจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ และยังเป็นไปตามแนวทางศาลในต่างประเทศที่กฎหมายการอนุญาโตตุลาการบัญญัติตามหลักการของกฎหมาย

<sup>26</sup> โปรดดูในหัวข้อ 1.4 ของบทที่ 3

<sup>27</sup> สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 การบรรยาย ครั้งที่ 4 โดยอุดม เฟื่องฟูง, รวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 58 ปีการศึกษา 2548 หน้า 221-222

ต้นแบบเหมือนดังเช่นประเทศไทยซึ่งยอมรับว่าแม้กฎหมายการอนุญาตตุลาการไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนที่ให้ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของอนุญาตตุลาการก็ตาม ต่อเมื่อมีการโต้แย้งโดยคู่กรณีอีกฝ่ายศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวได้

#### 4.2.2.2 การขาดนัดในระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ

ตามมาตรา 31 บัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นให้คณะอนุญาตตุลาการ ดำเนินการดังต่อไปนี้"

- (1) มีคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณา ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง
- (2) ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้าน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้ มิให้ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าวเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น
- (3) ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันสืบพยานหรือนัดพิจารณาหรือไม่เสนอพยานหลักฐานใดๆ และให้มีคำสั่งขาดต่อไป

ให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ทั้งนี้ให้รวมถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านหรือขาดนัดพิจารณาแล้วแต่กรณี"

ตามมาตราดังกล่าวได้บัญญัติเพื่อแก้ปัญหาในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ที่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว โดยมาตรา 31 นี้บัญญัติตามกฎหมายต้นแบบมาตรา 25 จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่ง 4 กรณี ดังนี้

- 1) คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดไม่ยื่นข้อเรียกร้องและไม่ดำเนินการใดๆ ให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจตามมาตรา 31(1) บัญญัติว่า "มีคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณา ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง"

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องว่าจะให้มีการดำเนินการทางการอนุญาตตุลาการแล้ว แต่ไม่ดำเนินการใดๆ ที่จำเป็นสำหรับการเรียกร้องของตนภายในเวลาที่อนุญาตตุลาการกำหนด

กล่าวคือ ไม่ยื่นข้อเรียกร้องที่แสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาทและคำ บังคับของตน ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการทิ้งฟ้องของโจทก์ในการฟ้องร้องต่อศาลนั้น หากคู่กรณี มิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาตตุลาการต้องมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา เพราะไม่เกิด ประโยชน์ที่ดำเนินการใดๆต่อไป เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องซึ่งต้องเป็นผู้แสดงความประสงค์ จะเรียกร้องจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและเสนอพยานหลักฐานตลอดจนพิสูจน์ว่าอีกฝ่ายกระทำการ โต้แย้งสิทธิของตนเอง แต่กลับกระทำการในลักษณะที่ไม่ประสงค์จะดำเนินการอนุญาตตุลาการ อีกต่อไป<sup>28</sup> แต่ในกรณีนี้อาจเกิดปัญหาว่าการยุติกระบวนการพิจารณาในกรณีของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องนั้นต้องมีคำสั่งจากอนุญาตตุลาการเท่านั้น ฉะนั้นถ้ายังไม่มีการแต่งตั้ง อนุญาตตุลาการแล้วคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ดำเนินการใดๆตามข้อเรียกร้องอีกต่อไปจะถือว่าเป็น การยุติกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการโดยปริยายได้หรือไม่

จากที่ศึกษาเห็นได้ว่า ผลของคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ขาดนัดยื่นข้อเรียกร้องหรือไม่ดำเนินการใดๆตามข้อเรียกร้อง ทำให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวสามารถนำ ข้อเรียกร้องนั้นไปดำเนินการอนุญาตตุลาการในองค์คณะใหม่ได้ เนื่องจากอนุญาตตุลาการใน องค์คณะเดิมนั้นถือว่าหมดอำนาจหน้าที่แล้วเมื่อมีคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณา และไม่ถือคำสั่ง ดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในเนื้อหาข้อพิพาทแต่อย่างใด จึงไม่เป็นการฟ้องซ้ำ<sup>29</sup>

2.) คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน ให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจตาม มาตรา 31 (2) บัญญัติว่าดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำ คัดค้าน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้ มิให้ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าว เป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น

ในกรณีที่ฝ่ายที่เรียกร้องกระทำการต่างๆที่ต้องกระทำไปแล้ว แต่ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่น คำคัดค้านที่แสดงถึงข้อต่อสู้ของตนอันเป็นการแสดงว่าตนไม่ประสงค์จะเข้าร่วมในการ อนุญาตตุลาการ หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาตตุลาการดำเนิน

<sup>28</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ อนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 144

<sup>29</sup> โปรดดูหัวข้อ 2.2.1.4 ในบทที่ 3

กระบวนการพิจารณาของตนต่อไป โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยังต้องมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานต่างๆ เข้าสืบเพื่อพิสูจน์ให้เห็นจริงตามที่ตนเรียกร้อง เพราะการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านไม่ถือว่าคู่กรณีดังกล่าวจะยอมรับข้อเรียกร้องว่าตนกระทำการตามคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง กล่าวอ้าง ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจะยุติกระบวนการพิจารณาแล้วชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องชนะคดีโดยได้รับสิทธิต่างๆตามที่เรียกร้องและให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องแพ้คดีไม่ได้ แต่ต้องดำเนินการต่อไปจนเสร็จสิ้นและทำคำชี้ขาดไปตามพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องนำสืบต่ออนุญาโตตุลาการ แม้จะมีคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเข้าร่วมกระบวนการฝ่ายเดียวก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะบอกกล่าวล่วงหน้าไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องถึงกำหนดนัดพิจารณาของตนทุกครั้งเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวเข้าร่วมกระบวนการ<sup>30</sup>

3.) คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่เข้าร่วมในวันนัดสืบพยานหรือนัดพิจารณาให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตามมาตรา 31(3) บัญญัติว่า "ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันสืบพยานหรือนัดพิจารณา...และให้มีคำชี้ขาดต่อไป"

หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการใดๆที่เป็นการเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการไปแล้ว กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องยื่นข้อเรียกร้องและคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยื่นคำคัดค้านไปแล้วหรืออาจมีการสืบพยานไปบ้างแล้ว แต่ต่อมาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ไปร่วมในวันนัดพิจารณาหรือในวันนัดสืบพยาน หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นอนุญาโตตุลาการยังมีหน้าที่ต้องดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดนั้นต่อไปฝ่ายเดียว<sup>31</sup> บทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติแตกต่างจากมาตรา 25 (c) บัญญัติว่า "any party fails to appear at a hearing ..., the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it." ซึ่งตามกฎหมายต้นแบบได้บัญญัติถึงการทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณาว่าให้ทำคำชี้ขาดโดยคำนึงพยานหลักฐานที่มีการนำสืบให้ปรากฏก่อนที่มีการขาดนัดพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยในทุกประเด็นที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นไว้ เว้นแต่ประเด็นนั้นภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด ซึ่งในชั้นร่าง

<sup>30</sup> เสาวนีย์ อัครวจนน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 144

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการของสำนักอนุญาตตุลาการและของสำนักคณะกรรมการ  
กฤษฎีกาได้บัญญัติไว้คล้ายกับกฎหมายต้นแบบดังกล่าวว่า "ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้า  
คู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันนัดสืบพยานหรือนัดพิจารณา...และให้มีคำชี้ขาดหลักฐานเพียงพอที่  
ปรากฏ"

ซึ่งการบัญญัติด้วยคำในมาตราดังกล่าวที่ว่า "ให้มีคำชี้ขาดหลักฐานเพียงพอที่ปรากฏ"  
การบัญญัติไว้เช่นนี้ทำให้อาจเกิดข้อสงสัยว่าในบทบาทของอนุญาตตุลาการในการทำคำชี้ขาด  
กรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณา มีบทบาทในลักษณะที่การวางตัวเป็นกลางไปในเชิง  
รับคือไม่เข้าไปไต่สวนหาความจริงหรือไม่ที่อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาพยานหลักฐาน  
เพิ่มเติมกว่าที่ปรากฏ<sup>32</sup> ซึ่งจากที่กล่าวมาข้างต้นในความเป็นจริงแล้วบทบาทของอนุญาตตุลาการ  
ในการทำคำชี้ขาดโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณาควรต้องเป็นบทบาท  
ในทางไต่สวนหาความจริงไม่เพียงแต่พยานหลักฐานที่คู่กรณีนำสืบต่ออนุญาตตุลาการเท่านั้น  
หากอนุญาตตุลาการยังมีข้อสงสัยในประเด็นข้อเท็จจริงใดที่มีการกล่าวอ้างมา ย่อมร้องขอให้  
คู่กรณีนำสืบพยานเพิ่มเติมได้เพื่อให้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายปรากฏตามข้อกล่าวอ้างโดยต้อง  
พิจารณาถึงพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้มีการนำสืบพยานหลักฐานด้วยและ  
อนุญาตตุลาการต้องชี้แจงนำพยานหลักฐานที่มีการพิจารณาทั้งหมด แต่ต่อมาด้วยคำดังกล่าว  
ถูกตัดไปในชั้นที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร โดยบัญญัติว่า "ให้มีคำชี้ขาดต่อไป"<sup>33</sup> อาจทำให้ข้อ  
สงสัยดังกล่าวในบทบาทของอนุญาตตุลาการหมดไปได้แต่แนวทางที่อนุญาตตุลาการทำคำชี้  
ขาดต่อไปนั้นต้องพิจารณาและตัดสินใจคดีนั้นต้องคำนึงว่าอนุญาตตุลาการต้องวินิจฉัยในทุก  
ประเด็นที่มีการกล่าวอ้างในข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน ข้อเรียกร้องแย้ง และพยานหลักฐานที่คู่กรณี  
ทั้งสองฝ่ายได้เคยนำสืบต่ออนุญาตตุลาการก่อนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณาโดย  
พิจารณาถึงภาระการพิสูจน์ควบคู่ไปด้วย ยกตัวอย่างเช่น

ก่อนที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดพิจารณานั้น ได้นำพยานหลักฐานมาสืบถึงเหตุ

<sup>32</sup> รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ ครั้งที่  
6/2539 วันจันทร์ที่ 19 สิงหาคม 2539 ณ ห้องประชุมสำนักส่งเสริมงานตุลาการ, หน้า 7

<sup>33</sup> รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1 ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป) วัน  
พุธที่ 25 เมษายน 2544, หน้า 9



สุดวิสัยที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้แล้วตามภาวะการพิสูจน์ของตน ซึ่งเป็นหน้าที่ของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องนำหลักฐานมาโต้แย้งหักล้างข้อเท็จจริงที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนำสืบมา หากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องสามารถพิสูจน์หักล้างได้แม้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก็ตามสามารถเป็นฝ่ายแพ้คดีได้

4.) คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน ให้อนุญาตศาลการมีอำนาจตามมาตรา 31(3) บัญญัติว่า "ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่เสนอพยานหลักฐานใดๆ และให้มีคำชี้ขาดต่อไป" หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับคำสั่งจากอนุญาตศาลการให้ยื่นพยานหลักฐานภายในเวลาที่กำหนดแล้ว แต่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาตศาลการดังกล่าว อนุญาตศาลการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปโดยไม่ต้องสนใจพยานหลักฐานดังกล่าวแม้ว่าจะมีการยื่นมาภายหลังเวลาที่กำหนดก็ตามและเมื่อมีการสืบพยานหลักฐานต่างๆที่จำเป็นและเท่าที่สามารถทำได้แล้วให้อนุญาตศาลการต้องทำคำชี้ขาดต่อไปโดยต้องคำนึงถึงพยานหลักฐานที่มีการนำสืบของคู่กรณีแต่ละฝ่ายมาแล้วด้วย

นอกจากมาตราดังกล่าวบัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาตศาลการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวแล้ว จากที่ได้ศึกษาในชั้นร่างของกฎหมายต้นแบบ เห็นว่า อนุญาตศาลการมีอำนาจทำคำสั่งปฏิบัติกรรณการประเดินทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานดังกล่าวเสียเปรียบถึงแม้ว่ากฎหมายต้นแบบไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนก็ตามถือเป็นมาตรการลงโทษคู่กรณีฝ่ายไม่ให้ความร่วมมือที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาตศาลการในการยื่นพยานหลักฐาน ซึ่งในประเทศต่างๆก็ยอมรับอำนาจของอนุญาตศาลการในเขียนคำปฏิบัติ<sup>34</sup> ดังนั้นแม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาตศาลการ พ.ศ. 2545 มาตรา 31(3) จะไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนก็ตาม แต่ถือว่าอนุญาตศาลการอนุญาตศาลการยังมีอำนาจโดยปริยายที่ทำคำปฏิบัติต่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นพยานหลักฐานโดยอาจให้คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวเสียเปรียบในประเด็นที่ต้องใช้พยานหลักฐานดังกล่าวได้

<sup>34</sup> โปรดดูหัวข้อ 2.2.4.1 ในบทที่ 3

#### 4.2.3 ข้อพิจารณาบางประการในเรื่องบทบาทและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

##### 4.2.3.1 บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ดังที่ทราบว่าการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดไม่ยื่นคำคัดค้านหรือไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเรียกร้องของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณา ซึ่งในกรณีเช่นนี้การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีความแตกต่างจากกรณีของการดำเนินคดีทางศาลที่สามารถใช้ดุลพินิจตัดสินข้อพิพาทโดยให้คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาชนะคดีได้โดยไม่ต้องสืบพยาน แต่ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการการทำคำชี้ขาดโดยที่คู่กรณีขาดนัดนั้น กรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยื่นคำคัดค้านนั้นอนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่พิจารณาจากพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องมาพิสูจน์ให้ปรากฏทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามข้อเรียกร้องอย่างชัดเจน หรือในระหว่างพิจารณาคดีกรณีคู่กรณีฝ่ายใดไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาหลังจากที่มีการยื่นคำคู่ความแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาซึ่งนำพยานหลักฐานระหว่างพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้นำสืบพยานหลักฐานตามคำคัดค้านมาแล้ว กับพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณานำมาพิสูจน์ตามข้อเรียกร้องของตนต่อไปจนกว่าเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามข้อเรียกร้อง หรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาได้เคยนำสืบพยานหลักฐานต่ออนุญาโตตุลาการได้ ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาอาจเป็นฝ่ายแพ้คดีได้

ในการพิจารณาตัดสินคดีฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการต้องไต่สวนแสวงหาพยานหลักฐานอย่างรอบคอบในการทำคำชี้ขาด โดยผลของการขาดนัดนั้นอาจส่งผลต่อบทบาทของอนุญาโตตุลาการให้มีบทบาทในเชิงรุก (active) มากขึ้นตามระบบกฎหมาย Civil Law (บทบาทของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นอย่างไรขึ้นอยู่กับผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการที่มีภูมิหลังหรือความคุ้นเคยในระบบกฎหมายใดซึ่งบทบาทในการสืบพยานจะแตกต่างกันขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายด้วย) แต่บทบาทดังกล่าวอาจจะไม่คุ้นเคยกับอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมากนัก เนื่องจากจะค่อนข้างคุ้นเคยกับบทบาทในเชิงรับ (passive) ตามระบบกฎหมาย Common Law

แม้ว่าความเป็นจริงประเทศไทยจะเป็นประเทศระบบ Civil Law ก็ตาม ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับศาลถึงความแตกต่างระหว่างบทบาทในเชิงรุกตามระบบกฎหมาย Civil Law กับบทบาทเชิงรับตามระบบกฎหมาย Common Law คือ ในกลุ่มประเทศระบบกฎหมาย Common Law คู่ความจะมีบทบาทมากในการนำเสนอข้อเท็จจริง โดยทนายความของคู่ความของคู่ความแต่ละฝ่ายจะสามารถซักถามพยานได้โดยตรง ศาลจะทำหน้าที่เป็นเพียงเสมือนกรรมการผู้ตัดสินไม่มีบทบาทในเชิงรุก วิธีการดังกล่าวให้คู่กรณีต่อสู้คดีโดยอิสระในการค้นหาความเป็นจริงจากพยาน ศาลเพียงแค่ควบคุมให้การสืบพยานให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ส่วนในกลุ่มประเทศระบบกฎหมาย Civil Law การซักถามพยานเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของศาลแต่เพียงผู้เดียวโดยคู่ความไม่มีบทบาทมากนักในการสืบพยาน ซึ่งทั้งทนายความ หรือผู้พิพากษาต่างได้รับอิทธิพลหรือได้รับการปลูกฝังแบบหยั่งรากลึกตามแนวความคิดของระบบกฎหมาย Common Law มานานที่ต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด<sup>35</sup>

จากที่ได้ศึกษาเห็นว่าในการตัดสินคดีทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดอนุญาตโตตุลาการและคู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต้องมีหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐานทำให้ประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายปรากฏตามข้อเรียกร้อง หากอนุญาตโตตุลาการยังไม่พอใจกับพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำเสนอมาก็สามารถเรียกร้องพยานหลักฐานมาพิสูจน์เพิ่มเติมได้ ซึ่งเป็นผลของการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาที่อนุญาตโตตุลาการควรมีบทบาทในเชิงรุกในการไต่สวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายใกล้เคียงกับความเป็นจริงให้ได้มากที่สุดตามที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องเสนอมานำ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 31 วรรคท้ายของพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการที่บัญญัติว่า "ให้คณะอนุญาตโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนที่ดำเนินการสั่งให้คู่กรณีขาดนัดพิจารณา และให้อำนาจไต่สวนรวมถึงเหตุที่ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านหรือขาดนัดพิจารณา แล้วแต่กรณี" แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้ไต่สวนในกรณีการใช้อำนาจอนุญาตโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวก็ตาม แต่นำรวมถึงบัญญัติให้บทบาทของอนุญาตโตตุลาการในทางไต่สวนแสวงหาพยานหลักฐานในการตัดสินข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดฝ่ายเดียวได้ด้วย

<sup>35</sup>วรรณชัย บุญบำรุง, การสืบพยานบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส: ตัวอย่างของกระบวนการที่ค่อนข้างแบบไต่สวน, ตุลาการ ปีที่ 47 เล่ม 1 (มกราคม - เมษายน 2543): 75-76

บทบาทในการไต่สวนในการพิจารณาคดีของอาจเริ่มเข้ามามีอิทธิพลต่อบทบาทของ อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมากขึ้น เนื่องจากในปัจจุบันมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นซึ่งการ พิจารณาคดีในศาลปกครองใช้ระบบไต่สวน อาจทำให้อนุญาโตตุลาการเริ่มที่เปลี่ยนจากบทบาท ในเชิงรับตามระบบกฎหมาย Common Law ที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไทยได้รับ อิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศอังกฤษ มาเป็นบทบาทไต่สวน ในเชิงรุกเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้ปรากฏ แต่บทบาทดังกล่าวอาจต้องพิจารณา ถึงภาระการพิสูจน์ด้วยจากที่ได้ศึกษาเห็นว่าเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นคำคู่ความแล้วต่อมาคู่กรณี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากข้อเรียกร้องและคำคัดค้านว่าภาระการ พิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายใด และหากภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัด อนุญาโตตุลาการไม่ มีอำนาจที่จะยกประเด็นที่คู่กรณีดังกล่าวมีภาระการพิสูจน์ขึ้นมาพิจารณาได้เอง เช่นกรณีที่มีการ ไต่แย้งในประเด็นเรื่องค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง ได้ยื่นคำคัดค้านในประเด็นเรื่องเหตุสุดวิสัยที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งประเด็นดังกล่าว ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง และเมื่อคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวขาดนัดพิจารณา อนุญาโตตุลาการไม่สามารถยกประเด็นเรื่องเหตุสุดวิสัยขึ้นมาพิจารณาได้เอง แต่หากก่อนที่คู่กรณี ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดได้นำพยานหลักฐานมาสืบถึงข้อเท็จจริงเบื้องต้นตามประเด็นดังกล่าว แล้ว ต่อมาคู่กรณีดังกล่าวขาดนัดพิจารณาคู่กรณีฝ่ายเรียกร้องต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ หลักฐานพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องถึงประเด็นในเรื่องเหตุสุดวิสัยด้วย มิฉะนั้นคู่กรณี ฝ่ายที่เรียกร้องก็อาจเป็นฝ่ายแพ้คดีได้<sup>36</sup>

หรือในประเด็นเรื่องอายุความที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องยื่นคำคัดค้านถึงประเด็นดังกล่าว และต่อมาคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวขาดนัดพิจารณา ซึ่งภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ที่ต้องนำพยานหลักฐานพิสูจน์ว่าข้อเรียกร้องของตนไม่ขาดอายุความ ซึ่งอนุญาโตตุลาการย่อม สามารถที่ยกประเด็นในเรื่องอายุความมาพิจารณาได้เนื่องจากภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่กรณีฝ่ายที่ เรียกร้องที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องจะขาดนัดพิจารณาก็ตาม

บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดีที่ควรไปในทางไต่สวน แต่  
อนุญาโตตุลาการไม่ควรใช้บทบาทดังกล่าวจนทำให้ความเป็นกลางนั้นเสียไป โดย

<sup>36</sup> โปรดดูหัวข้อ 2.3.2.2 ในบทที่ 2

อนุญาตตุลาการต้องไม่ไต่สวนข้อคัดค้านพยานที่คู่กรณีฝ่ายเรียกร้องนำมาสืบเหมือนเป็นพยาน  
ปรักษซึ่งนั้นเป็นบทบาทของทนายความมากกว่าที่จะเป็นบทบาทของอนุญาตตุลาการ ดังนั้น  
อนุญาตตุลาการไม่ควรทำหน้าที่เป็นทนายความของคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดต้องพยายามวางตัวเป็น  
กลางในการพิจารณาคดีด้วย

#### 4.2.3.2 อำนาจของอนุญาตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่าย เดียวตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

บทบัญญัติมาตรา 31 ได้ยึดหลักการเดียวกันกับมาตรา 25 ของกฎหมายต้นแบบ แต่ใน  
มาตรา 31 ได้บัญญัติเพิ่มเติมจากมาตรา 25 โดยบัญญัติว่า

"ให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนดำเนินการตามวรรคหนึ่ง  
ทั้งนี้ให้รวมถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านหรือขาดนัดพิจารณา  
แล้วแต่กรณี"

ซึ่งในการให้อำนาจอนุญาตตุลาการไต่สวนตามที่เห็นสมควรนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจตัดสิน  
ว่า ก่อนที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด ให้พิจารณาถึงเหตุที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัด  
ยื่นคำคัดค้าน หรือขาดนัดพิจารณาแล้วแต่กรณีว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ หากพิจารณาจาก  
หลักเกณฑ์ในการให้อำนาจของอนุญาตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวใน  
กฎหมายต้นแบบโดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวคือ 1.) คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นได้รับการบอกกล่าว  
ล่วงหน้าโดยชอบและมีเวลาในการเตรียมคดีอย่างเหมาะสม และ 2.) คู่กรณีขาดนัดโดยปราศจาก  
เหตุอันสมควรซึ่งการพิจารณาถึงเหตุแห่งการขาดนัดต้องพิจารณาในทุกกรณีที่มีโอกาสเกิดขึ้นใน  
กระบวนการพิจารณาการอนุญาตตุลาการที่มี 4 กรณี ได้แก่ คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดยื่นข้อ  
เรียกร้อง, คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน, คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูก  
เรียกร้องขาดนัดพิจารณา และ คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องหรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่น  
พยานหลักฐาน

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงอำนาจของอนุญาตตุลาการที่ไต่สวนถึงเหตุที่  
คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้อง หรือในกรณีที่คู่กรณีไม่ว่าฝ่ายที่เรียกร้อง หรือ ฝ่ายที่ถูก  
เรียกร้องขาดนัดยื่นพยานหลักฐาน หรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องขาดนัดพิจารณา ซึ่งการที่  
บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการไต่สวนถึงเหตุที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

จะมีโอกาสขาดนัดไว้ครบทุกกรณีว่าการขาดนัดนั้นมีเหตุอันสมควรหรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าคู่กรณีที่ขาดนัดนั้นมีเหตุอันสมควรหรือไม่ในทุกกรณีที่ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถขาดนัดได้ในช่วงระหว่างกระบวนการพิจารณา ซึ่งการขาดนัดนั้นอาจจะไม่ได้เกิดจากความตั้งใจของคู่กรณีแต่อาจเกิดเหตุสุดวิสัยที่ไม่สามารถมาเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ มิฉะนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าวอนุญาโตตุลาการอาจใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางที่ผิดโดยที่คู่กรณีฝ่ายนั้นไม่จงใจขาดนัดซึ่งอาจเกิดกรณีเหตุสุดวิสัยที่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้ เช่น เจ็บป่วย หรือไม่สามารถเดินทางออกจากสถานที่ใดหรือสถานที่หนึ่งเพราะมีการจลาจล สงคราม แผ่นดินไหว น้ำท่วม หรืออื่นๆ อาจทำให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการอาจถูกเพิกถอนได้

ซึ่งในชั้นร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการได้มีมติเห็นชอบกับร่างมาตราเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดตามที่ฝ่ายเลขานุการเสนอโดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งร่างดังกล่าวได้บัญญัติตามมาตรา 25 ของกฎหมายต้นแบบที่ได้บัญญัติว่า

“เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หากไม่มีเหตุอันสมควร

- (1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 (ปัจจุบันคือ มาตรา 29) ให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา
- (2) คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 (ปัจจุบันคือ มาตรา 29) ให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาต่อไปได้ แต่มิให้ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าวเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้อง
- (3) คู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันนัดพิจารณาหรือนำพยานหลักฐานมาสืบ ให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาต่อไปได้ และมีคำชี้ขาดไปตามพยานหลักฐานเพียงเท่าที่ปรากฏ”<sup>37</sup>

<sup>37</sup> กระทรวงยุติธรรม สำนักอนุญาโตตุลาการ, รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 4/2539 วันจันทร์ที่ 1 กรกฎาคม 2539 ณ ห้องประชุมสำนักงานส่งเสริมงานอนุญาโตตุลาการ, หน้า 5

แต่ต่อมามีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในวรรคท้ายของมาตราในร่างดังกล่าวก่อนที่จะให้ทางสำนักอนุญาโตตุลาการจะส่งร่างกฎหมายให้ทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาอีกครั้งบัญญัติว่า "การใช้อำนาจตามมาตรานี้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ทั้งนี้ ให้รวมถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน หรือขาดนัดพิจารณาแล้วแต่กรณี" และได้ตัดถ้อยคำว่า "หากไม่มีเหตุอันสมควร" ในวรรคแรก ซึ่งทั้งในชั้นร่างของสำนักคณะกรรมการกฤษฎีกาและในชั้นร่างของสภาผู้แทนราษฎร ไม่ได้มีการแก้ไขในวรรคท้ายของมาตราดังกล่าวจนกระทั่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกาศบังคับใช้ในราชกิจจานุเบกษา<sup>38</sup> ดังนั้น เมื่อคู่กรณีขาดนัดอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตราดังกล่าวให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนก่อนนั้น ควรต้องหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวอย่างเหมาะสมด้วยในทุกกรณี มิใช่บัญญัติให้พิจารณาถึงเหตุของการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเท่านั้น ควรบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้อย่างครอบคลุมทุกกรณีในการขาดนัดในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เนื่องจากอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่ นักกฎหมายอาจใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการตัดสิทธิคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดในกรณีอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้ไต่สวนถึงเหตุแห่งการขาดนัดเสียก่อนที่จะใช้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวหรือยุติกระบวนการพิจารณา จากที่ได้ศึกษาเมื่อเปรียบเทียบกับมาตราดังกล่าวของพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กับประเทศอื่นที่ยอมรับหลักการของกฎหมายต้นแบบและมีการบัญญัติมาตราเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัดเช่นกัน เห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวของประเทศไทยได้บัญญัติคล้ายกับกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันที่บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนในการไต่สวนถึงเหตุแห่งการขาดนัดในทุกกรณีที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่างจากกฎหมายต้นแบบ แต่ได้เหมือนกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ในมาตรา 1048 (4) บัญญัติว่า "Any default which has been justified to tribunal's satisfaction will be disregarded. Apart from that, the parties may agree otherwise on the consequences of default." แต่แตกต่างของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คือ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการไต่สวนถึงเหตุแห่งการขาดนัดด้วยว่ามีเหตุสมควรหรือไม่ในทุกกรณีโดยพิจารณาจากถ้อยคำ "Any default"

<sup>38</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 39 ก ลงวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2545

#### 4.3 การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยชาคนัดตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

ในปัจจุบันประเทศไทยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 2 แห่ง คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institution) สำนักกระับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม และสภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าไทย ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) ของตนเองซึ่งจะผูกพันคู่กรณีคู่กรณีที่ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยใช้ข้อบังคับของสถาบันในการกำหนดกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ

การทำข้อตกลงนั้นมักปรากฏในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว โดยการใช้ข้อความมาตรฐาน (Boiler Plate) ซึ่งมีอยู่ในตัวข้อบังคับนั่นเอง และวิธีที่จะนำข้อบังคับมาใช้โดยการใช้ข้อความดังกล่าวในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณี การใช้ข้อความมาตรฐานนับว่าเป็นวิธีการปลอดภัยในการนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการมาใช้<sup>39</sup> ข้อบังคับของสถาบันต่างๆ กำหนดไว้ค่อนข้างละเอียด บทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเสมือนมาตรฐานขั้นต่ำ ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองมิได้กำหนดวิธีพิจารณาให้เป็นพิเศษ<sup>40</sup>

##### 4.3.1 ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักกระับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการได้ร่างตามหลักการของข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL และข้อบังคับของสภาอนุญาโตตุลาการ

<sup>39</sup> พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศข้อพิจารณา ด้านกฎหมาย : ลักษณะทางกฎหมายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ, จุฬาลงกรณ์วารสาร, ปีที่ 17 ฉบับที่ 66 (มกราคม - มีนาคม 2548): 79

<sup>40</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศใน รวมบทความ ข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 323



อเมริกัน (AAA) ซึ่งในการร่างข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นพยายามให้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>41</sup> ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดข้อบังคับอย่างชัดเจนในการแก้ไขเยียวยากรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาตั้งแต่เริ่มแรกในชั้นแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตลอดถึงในกระบวนการพิจารณาคดี หรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมเฉพาะในชั้นกระบวนการพิจารณา จากที่ศึกษาถึงมาตรการแก้ไขในกรณีที่มีการขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและในการขาดนัดระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ เช่นในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ของ UNCITRAL และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งอเมริกัน (AAA) ที่ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการนำข้อบังคับดังกล่าวมาเป็นต้นแบบได้มีการกำหนดถึงมาตรการแก้ไขในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและไม่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา<sup>42</sup> ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อบังคับไม่ได้บัญญัติมาตรการเยียวยาแก้ไขในกรณีดังกล่าวไว้เพียงแต่กำหนดข้อบังคับถึงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งคน หรือสามคนไว้เท่านั้น<sup>43</sup>

มาตรการแก้ไขเยียวยากรณีขาดนัดแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ ส่วนใหญ่เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่ข้อบังคับกำหนดไว้ ทางสถาบันก็จะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวแทน แต่ในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดให้สถาบันเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เมื่อข้อบังคับไม่ได้กำหนดละเอียดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้ต้องใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาอุดช่องว่างหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้นหากคู่กรณีฝ่ายใดไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาก็ต้องมีการ

<sup>41</sup> Voravuthi Dvadasin, Dispute Resolution Mechanisms for International Trade in Thailand, in *Case and Materials on Arbitration Volume II* 2<sup>nd</sup> ed, (Bangkok : The Thai Arbitration Institution), p. 366

<sup>42</sup> โปรดดูในบทที่ 3

<sup>43</sup> ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 10 - 14

ดำเนินการร้องขอให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามมาตรา 18 วรรคหนึ่งของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ทำให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการตาม ข้อบังคับของสถาบันดำเนินการด้วยความล่าช้ามากยิ่งขึ้น

เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามจำนวนที่ตกลงกัน และอนุญาโตตุลาการกำหนดวัน นัดพิจารณา แต่อาจเกิดการขาดนัดระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ในรายละเอียดที่ กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั้น ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้กำหนดไว้เพียงแต่กำหนดวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการไว้กว้างๆ ในข้อที่ 21 กำหนดว่า “เว้น แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการ พิจารณาตามที่เห็นสมควรโดยพิจารณาถึงหลักความยุติธรรมและในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาใดๆ คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องได้รับโอกาสในการเสนอคดีอย่างของตนเหมาะสม” ต้องการให้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเต็มที่ให้สอดคล้องกับ หลักความยุติธรรม ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการอาจอุดช่องว่างโดยนำมาตรา 31 ของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมาใช้ ในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ ได้ กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวได้เมื่อคู่กรณีฝ่ายนั้น ได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าโดยชอบและไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาโดยไม่มีเหตุอันสมควร

#### 4.3.2 ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการการค้าไทย

ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการการค้าไทยได้มีการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ และการค้าในปัจจุบัน โดยข้อบังคับดังกล่าวได้นำกฎการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการของสภา หอการค้านานาชาติ (ICC) มาใช้ยกเว้นข้อบังคับของตน<sup>44</sup> แต่ในข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้กำหนด มาตรการเยียวยาแก้ไขในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนการ พิจารณาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ในชั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จนถึงในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาด้วย หรือในกรณีที่ขาดนัดในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งในข้อ 8 กำหนด เพียงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและทางแก้ไขเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถแต่งตั้งประธาน

<sup>44</sup> นฤมล กิจสินทรัพย์. มาตราคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่าง ประเทศ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 185

อนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดทางแก่ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการภายในกำหนด และในข้อบังคับดังกล่าวยังไม่ได้กำหนดให้อำนาจ อนุญาโตตุลาการแก้ไขในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณา แต่ให้เป็น ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่าง เท่าเทียมกัน และมีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐาน เพื่อสนับสนุนข้ออ้าง หรือข้อต่อสู้ของตนได้ตาม ลักษณะของข้อพิพาท ตามข้อ 25 แต่กำหนดหน้าที่ของคู่กรณีให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่าง รวดเร็วและเป็นธรรมหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามอาจจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ตามข้อ 24 กำหนดว่า "คู่พิพาทจะต้องทำทุกอย่างที่จำเป็น เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถ รับฟังและพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเที่ยงธรรมและเสมอภาค และจะต้องงดเว้นการ กระทำใด ๆ ที่มีเจตนาหน่วงเหนี่ยวให้เกิดความล่าช้าหรือกีดกันมิให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ข้อพิพาทนั้น หากปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีพฤติกรรมดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายนั้นจะต้อง รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามที่คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเห็นสมควร" ซึ่งในข้อบังคับของ สถาบันอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปจะให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาฝ่ายเดียว

#### 4.4 การบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยชาตินัดในประเทศไทย

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันสามารถ นำมาปรับใช้ทั้งคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศหรือในประเทศซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายเดิม ที่แบ่งแยกการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศออกจากการบังคับตามคำ ชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยอยู่คนละหมวด และในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศยังแยกเป็นการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาเจนีวา อนุสัญญานิวยอร์ค และสนธิสัญญาที่ประเทศไทยจะเป็น ภาคีในอนาคต แต่ในปัจจุบันใช้บทบัญญัติเดียวกัน คือ มาตรฐานเดียวกันซึ่งใช้กับคำชี้ขาดทุก ชนิดไม่ว่าจะเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นตามสนธิสัญญาฉบับใด เหมือนกับทางปฏิบัติของหลายประเทศ ที่ใช้หลักการนี้โดยมีหลักเกณฑ์ที่เป็นไปตามอนุสัญญานิวยอร์คที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย แต่ ก็ยังมีหลักเกณฑ์เดิมคงอยู่ที่วางหลักว่าคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือ ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี

และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเขาผูกพันเท่านั้นตามมาตรา 41<sup>45</sup> เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จแล้วคำชี้ขาดนั้นย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีทุกฝ่ายแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจงใจหรือเลือกที่จะไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณา เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาก็สามารถสันนิษฐานไว้ก่อนว่า คู่กรณีดังกล่าวพยายามที่ทำลายหรือยกเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดนั้นต้องถูกปฏิเสธในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด (default award) ดังนั้นคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวยอมไม่ยอมที่จะปฏิบัติตามตามคำชี้ขาดดังกล่าวจะนั้นจึงต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาล มีรายละเอียดอยู่ในหมวดที่ 7 ตั้งแต่มาตรา 41-45 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่จะกล่าวถึงมาตราที่เกี่ยวกับเหตุแห่งการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 และ 44 เฉพาะในกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดในประเทศไทย เนื่องจากการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัดที่สร้างขึ้นในประเทศไทยยึดเหตุแห่งการปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาด เช่นเดียวกับการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด แต่อาจต่างกันที่การตีความเหตุแห่งการปฏิเสธในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ค่อนข้างเคร่งครัดกว่าเหตุแห่งการปฏิเสธในการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในประเทศ

จะนั้นจึงขอกล่าวเฉพาะกรณีการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดที่มักเกิดขึ้นในประเทศไทยเนื่องจากในการระงับข้อพิพาทที่เกิดสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศมักตกลงให้ระงับข้อพิพาทในสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศตะวันตก ซึ่งสถานที่นั่งพิจารณาคดีส่วนใหญ่ถูกกำหนดโดยคู่สัญญาต่างประเทศที่มีอำนาจในการต่อรองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายไทย รูปแบบสัญญาสำเร็จรูปที่คู่สัญญาต่างประเทศเสนอมานั้นจะบรรจุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของสถาบันต่างๆในเมืองลอนดอน ปารีส หรือแม้กระทั่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายไทยจำต้องยอมรับในข้อตกลงดังกล่าวด้วย<sup>46</sup> เมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญาดังกล่าวขึ้นคู่สัญญาฝ่ายไทยจะไม่สามารถเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาได้มิใช่เนื่องจากเจตนาที่ไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายไทย แต่เนื่องจากขาดทุนทรัพย์ที่เดินทางไประงับข้อพิพาทในสถานที่นั่งพิจารณาอัน

<sup>45</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ทางแก้ไขของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย?, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2545):19-20

<sup>46</sup> Voravuthi Dvadasin, Dispute Resolution Mechanisms for International Trade in Thailand, in Case and Materials on Arbitration Volume II 2<sup>nd</sup> ed, p. 365

ห่างไกลและต้องใช้ค่าจ่ายเป็นจำนวนมาก

ดังนั้นเมื่อมีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศส่วนใหญ่คู่กรณีฝ่ายไทยมักขาดนัดตั้งแต่ในชั้นกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจนถึงสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาและอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดโดยขาดนัด ฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายต่างประเทศร้องขอให้ศาลในประเทศไทยที่มีทรัพย์สินหรือเป็นถิ่นที่อยู่ของคู่สัญญาฝ่ายไทยบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยขาดนัด ซึ่งเหตุแห่งการที่ศาลจะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดมิได้เฉพาะกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา 43 (1)-(6) และมาตรา 44 อีกสองกรณีรวม แปร กรณีเท่านั้น ดังนั้น เมื่อศาลทำการชี้สองสถานกำหนดประเด็นข้อพิพาท ประเด็นข้อพิพาทจึงไม่อาจมีนอกเหนือจากเหตุแห่งการคัดค้านทั้ง 8 ประการ ภาระการพิสูจน์นั้นตกแก่ผู้คัดค้าน หรือคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีตามมาตรา 44 ที่ศาลอาจยกขึ้นได้เองเพราะเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย<sup>47</sup>

ซึ่งการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดในประเทศไทยที่คู่สัญญาฝ่ายไทยมักอ้างเหตุที่จะคัดค้านและไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด หรือแม้คู่กรณีไม่ยกเหตุดังกล่าว ศาลก็สามารถอาจยกขึ้นเองในข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยมีสองประการ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด คือ

#### 4.4.1 เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดของผู้คัดค้านต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์

ตามมาตรา 43 (3) บัญญัติว่า "ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงผู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น"

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวถือว่าเป็นการปฏิเสธการบังคับคำชี้

<sup>47</sup> วิชัย อริยะนนทกะ, แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 14

ขาด เนื่องจากที่อนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา การที่คู่กรณีไม่ได้รับการแจ้งถึงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือการพิจารณาอนุญาตตุลาการ ย่อมไม่เป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพราะการที่คู่กรณีไม่ได้รับแจ้งเรื่องต่างๆดังกล่าว ย่อมไม่สามารถมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือไม่ได้เข้าร่วมในการ อนุญาตตุลาการ นอกจากนั้นการแจ้งก็ต้องกำหนดเวลาและรายละเอียดเพียงพอที่จะทำให้ คู่กรณีที่ได้รับแจ้งสามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ หรือสามารถเข้าร่วมในการ อนุญาตตุลาการได้ เช่น ต้องแจ้งโดยมีระยะเวลาพอสมควรกับสถานการณ์นั้นๆ ที่จะทำให้คู่กรณี สามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหรือเข้าร่วมการพิจารณาได้และมีรายละเอียด เช่น บุคคลใดเป็น คู่กรณีพิพาทกับคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับแจ้ง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกล่าวหาอะไรและเรียกร้องอะไร<sup>48</sup> ฉะนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาด มักอ้างว่าตนเองไม่ได้รับการแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการและกระบวนการพิจารณา อนุญาตตุลาการทำให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว ถือว่ากระบวนการพิจารณานั้นมิชอบ แต่ในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดในประเทศไทย ยังไม่มี หลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าควรจะต้องขออนุญาตหรือขออนุญาตในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ อนุญาตตุลาการตามกฎหมายของประเทศในสถานที่พิจารณาคดี หรือยึดความยุติธรรมในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยที่บังคับตามคำชี้ขาด หรือควรมี หลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานตามหลักความยุติธรรมในดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ทุกๆประเทศยอมรับกัน

แม้ประเทศส่วนใหญ่ยึดแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมในประเทศของตนเป็นหลัก แต่แนวบรรทัดฐานส่วนใหญ่ที่ผ่านมาของศาลไทยที่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดที่มีคู่กรณีเข้าร่วม เพียงฝ่ายเดียวยึดถือตามความถูกต้องและหลักยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ ประเทศที่มีการนั่งพิจารณาคดีเป็นหลัก จะเห็นได้จาก ตามคำพิพากษาศาลฎีกา 698/2521 ที่ว่า จำเลยผู้ขายพริกแห้งให้โจทก์ทำสัญญาขายพริกและส่งพริกแห้งไปให้โจทก์ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีสิ่งสกปรกเจือปน จึงไม่ได้รับอนุญาตให้นำเข้าจนกว่าจะทำความสะอาดให้ได้มาตรฐานตามที่ คณะกรรมการควบคุมอาหารและยากำหนด โจทก์จึงไปจ้างบุคคลอื่นทำความสะอาดและเสีย ค่าใช้จ่ายไปแทนและเรียกร้องให้จำเลยชำระจำนวนเงินดังกล่าว จำเลยปฏิเสธ โจทก์จึงเสนอข้อ

<sup>48</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ อนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 175

พิพาทต่ออนุญาโตตุลาการของสมาคมการค้าเครื่องเทศอเมริกันแห่งรัฐนิวยอร์กให้พิจารณาชี้ขาดตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา และแจ้งให้จำเลยรับทราบแล้ว แต่จำเลยไม่ยอมไปร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงทำการพิจารณาไปโดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว และชี้ขาดให้จำเลยชำระค่าใช้จ่ายที่โจทก์เสียไป จำเลยปฏิเสธ โจทก์เสนอคำชี้ขาดต่อศาลชั้นต้นของรัฐนิวยอร์ก ศาลพิพากษายืนตามโจทก์นำคำชี้ขาดนั้นมาฟ้องที่ศาลชั้นต้นของไทยขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยชำระเงินตามคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐนิวยอร์ก จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการขอให้ศาลพิพากษาที่ศาลนิวยอร์กเป็นสิ่งที่เกินความจำเป็น จึงได้หักค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวออกไป จำเลยฎีกา ศาลฎีกาเห็นพ้องกับศาลอุทธรณ์ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาซื้อขายที่เกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีในเรื่องนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยแต่อย่างใด จึงใช้บังคับได้ ไม่ปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยฝ่าฝืนไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งรัฐนั้นอย่างใดแล้วก็บังคับใช้ได้

และคำพิพากษาศาลฎีกา 2602/2533 ที่ว่า เจ้านี้กับลูกหนี้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาให้ใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์มาบังคับแก่กรณี และดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการในประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ เมื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ปรากฏว่ามีข้อผิดพลาด ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงผูกพันลูกหนี้ เจ้านี้นำมาฟ้องบังคับในศาลไทยได้โดยไม่ต้องให้ศาลไทยกลับไปวินิจฉัยอีกว่าลูกหนี้หรือเจ้านี้เป็นฝ่ายผิดสัญญา เจ้านี้จึงอาศัยคำชี้ขาดทางอนุญาโตตุลาการดังกล่าวขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวอาจจะไม่สอดคล้องเจตนารมณ์ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า อนุสัญญานิวยอร์ก) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้นำหลักเกณฑ์ในส่วนการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศของอนุสัญญาฉบับดังกล่าวมาอนุวัติการตามในมาตรา 43 และ 44 เจตนารมณ์ของอนุสัญญานิวยอร์กนั้นต้องการที่จะส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ถือว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมากที่สุด โดยการให้หลักประกันว่า คำชี้ขาดที่สร้างขึ้นในประเทศภาคีประเทศหนึ่งจะสามารถนำไปบังคับใช้ในประเทศภาคีอีกประเทศหนึ่งด้วย โดยศาลของประเทศภาคีจะพิจารณาขอให้บังคับตามคำชี้ขาดโดยอาศัยหลักเกณฑ์เดียวกันตามที่

กำหนดในมาตรา 5 ของอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อต้องการให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอยู่ในมาตรฐานและหลักเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หากปราศจากมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์เดียวกันหรือประเทศภาคีสามารถวางกฎเกณฑ์การบังคับตามคำชี้ขาดได้เองแล้ว ความต้องการที่จะให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีผลบังคับในประเทศภาคีทุกประเทศเหมือนกันก็ไม่มีทางสัมฤทธิ์ผลได้ เพราะคำชี้ขาดที่อาจมีผลบังคับในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดขึ้น อาจไม่สามารถบังคับได้ในอีกประเทศหนึ่งเนื่องจากคำชี้ขาดนั้นไม่ได้ทำตามหลักเกณฑ์ที่ประเทศนั้นกำหนดขึ้นเป็นพิเศษ หากเป็นกรณีเช่นนี้ถ้าคู่กรณีต้องการจะให้คำชี้ขาดมีผลบังคับใช้ในประเทศภาคีทั้งหมด ก็ต้องทำตามหลักเกณฑ์ที่ทุกประเทศที่เป็นภาคีกำหนดขึ้น ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่อาจเป็นไปได้<sup>49</sup>

จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาเห็นว่าหลักเกณฑ์ของศาลในการปฏิเสธคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยอ้างถึงเหตุของการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตาม มาตรา 5 ของอนุสัญญานิวยอร์กที่ถือว่าเป็นที่ยอมรับไปในทิศทางเดียวกัน คือ ศาลต้องตีความหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานตามหลักความยุติธรรมในดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ทุกๆ ประเทศยอมรับกัน หรือที่เรียกว่าหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างประเทศ (international due process) ทำให้การละเมิดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาภายในประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไม่จำเป็นต้องเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการละเมิดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างประเทศคือ หลักการปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน, การบอกกล่าวอย่างเป็นธรรมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินกระบวนการพิจารณา และให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม และให้คู่กรณีทั้งสองได้มีโอกาสที่จะได้แย้งพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายอย่างเป็นธรรม และรวมถึงหากอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวต้องพิจารณาถึงว่าคู่กรณีได้รับการบอกกล่าวเป็นธรรมแล้ว และคู่กรณีได้รับโอกาสในการต่อสู้คดี เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญานิวยอร์กที่ต้องให้ศาลในประเทศภาคีบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

<sup>49</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9658/2542 ในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 12 พ.ศ. 2542, หน้า 262-263



โดยยึดหลักเกณฑ์เดียวกันเพื่อให้สามารถบังคับคำชี้ขาดได้ในทุกประเทศที่เป็นภาคี<sup>50</sup> แต่หากเป็นการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยชาदनัดที่สร้างขึ้นในประเทศไทยและบังคับในประเทศไทยย่อมสามารถที่นำแนวบรรทัดฐานของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาภายในมาปรับใช้ได้

ฉะนั้นในการพิจารณาถึงหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวบรรทัดฐานตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของประเทศใดไม่ว่าเป็นความถูกต้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่มีการนั่งพิจารณา หรือแนวบรรทัดฐานตามหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของประเทศไทยที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลในประเทศไทยต้องยึดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยชาदनัดโดยพิจารณาว่า คือ ถ้ามีการบอกกล่าวล่วงหน้าโดยชอบแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวเลือกหรือละทิ้งสิทธิของตนที่ไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการได้ให้อีกโอกาสแก่คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และพิจารณาถึงเหตุแห่งการชาदनัดแล้วว่าไม่มีเหตุอันสมควร และอนุญาโตตุลาการวางตัวเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว ซึ่งประเด็นดังกล่าวนั้นคู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดต้องมีภาระการพิสูจน์ให้ปรากฏแก่ศาล

หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยชาदनัดดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาศาลฎีกา 2602/2533 การที่ศาลในประเทศไทยยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยชาदनัดเพราะคำชี้ขาดทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์นั้นอาจไม่ถูกต้องเนื่องจาก อนุญาโตตุลาการไม่เปิดโอกาสให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ชาदनัดได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่โดยการไม่มีการแจ้งถึงวันนัดพิจารณาที่มีการกำหนดภายหลังจากการเลื่อนคดีให้ทราบ ในคำเบิกความของนายมูทะทัมบาย คาร์ธเกส ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า "ในการนัดพิจารณาคดีได้แจ้งให้ลูกหนี้ (คู่กรณีฝ่ายที่ชาदनัดในการอนุญาโตตุลาการ)ทราบแล้ว ส่วนในการเลื่อนการพิจารณาไปนั้น การพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของศาล ซึ่ง

<sup>50</sup> โปรดดูหัวข้อ 4.3.1.1 ในบทที่ 3

กฎหมายไม่มีบัญญัติว่าการเลื่อนคดีไปต้องแจ้งคู่กรณีทราบ ทั้งในการพิจารณาคดีลูกหนี้ดังกล่าว ก็มีได้เข้าสู่คดี"<sup>51</sup>

เมื่อพิจารณาจากคำเบิกความดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า การที่นายมูทะทัมบาย คาร์ธเกส ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่แจ้งวันนัดพิจารณาภายหลังจากที่มีการเลื่อนคดีนั้นเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างประเทศที่ต้องการให้เปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้ามาต่อสู้คดีได้โดยต้องมีการแจ้งวันนัดพิจารณาให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบโดยชอบทุกครั้งแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ต้องแจ้งให้ทราบถึงในวันนัดพิจารณาทุกนัดด้วยเพื่อให้เป็นการแสดงว่าได้เปิดโอกาสให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีอย่างเต็มที่แล้ว แม้ว่าอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่นัดพิจารณาคดีอย่างถูกต้อง แต่ถ้าดำเนินการตามกฎหมายนั้นขัดต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างประเทศ ก็อาจจะถูกปฏิเสธในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้

แต่ต่อมาแนวคำพิพากษาของศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดมีแนวโน้มที่จะยึดตามหลักเกณฑ์ของหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างประเทศมากขึ้น โดยถ้าการพิจารณาในชั้นบังคับตามคำชี้ขาดนั้นพบว่า คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดได้รับการแจ้งให้ทราบว่ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว แต่ไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเนื่องจากมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก ถือว่าคู่กรณีดังกล่าวจงใจขาดนัดพิจารณาเป็นการสละสิทธิในการต่อสู้คดีของตน คำชี้ขาดดังกล่าวย่อมสามารถบังคับได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกา 8151/2542 ที่ว่า โจทก์นำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการต่ออนุญาโตตุลาการแห่งเมืองฮัมบูร์ก ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้ชี้ขาดให้จำเลยรับผิดชอบต่อโจทก์ตามฟ้อง แต่จำเลยเพิกเฉย โจทก์จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาล เมื่อปรากฏว่าในการติดต่อซื้อขายสินค้ารายพิพาทจำเลยและบริษัท ว. จำกัดได้ลงชื่อในเอกสารว่าโจทก์เป็นผู้ซื้อ รวมทั้งระบุข้อความให้เสนอข้อพิพาทตามสัญญาให้อนุญาโตตุลาการแห่งเมืองฮัมบูร์กวินิจฉัยไว้ด้วย เมื่อจำเลยได้ร่วมลงชื่อในเอกสารดังกล่าวเพื่อส่งมอบให้แก่โจทก์ จำเลยจึงต้องผูกพันในเนื้อความของ

<sup>51</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2602/2533 ในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 10 พ.ศ. 2533 , หน้า 88-89

เอกสารดังกล่าวต่อโจทก์ อีกทั้งเมื่อโจทก์แจ้งให้จำเลยไปสู้คดี จำเลยมิได้ไปสู้คดีเพราะว่า ค่าใช้จ่ายสูงมาก พฤติการณ์ดังกล่าวฟังได้ว่าจำเลยตกลงให้นำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวฟังได้ว่าจำเลยตกลงให้นำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยจึงใช้บังคับได้ การที่คู่กรณีได้นำข้อพิพาทเสนอให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยถูกต้องตามขั้นตอนและระเบียบ ของสมาคมสินค้าแห่งเมืองฮัมบูร์กและข้อความแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการ บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฟ้องร้อง บังคับกันในศาลไทย ดังนั้น เมื่อศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ ซึ่งได้วินิจฉัยให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ อันเป็นเวลาก่อนที่พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ใช้บังคับ บทกฎหมายว่าด้วยการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลตามคำ ชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222 อุทธรณ์ของจำเลยจึงต้องห้ามอุทธรณ์ การที่จำเลยนำปัญหาข้อห้ามอุทธรณ์มาฎีกาจึงเป็นการ ฎีกาในข้อที่มีได้ยกขึ้นกันมาโดยชอบในศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย"<sup>52</sup>

แต่ถ้าปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายคัดค้านไม่รับแจ้งถึงการบอกกล่าวถึงการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการและการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยชอบและไม่มีการบอก กล่าวถึงรายละเอียดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านทราบด้วย ศาลยอม ที่จะปฏิเสธ ในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดได้ซึ่งสอดคล้อง กับหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการระหว่างประเทศ ตามคำพิพากษาฎีกา 1273/2543 ที่ว่าข้อตกลงให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอันเป็นกรณีพิพาทนี้เป็นข้อ บังคับของ สมาคมค้าขายระหว่างประเทศ ตามข้อบังคับดังกล่าวจะต้องมีการแจ้งชื่อของอนุญาโตตุลาการ วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตลอดจนกำหนดวันเวลาและสถานที่ พิจารณาให้คู่กรณีทราบ สำหรับผู้คัดค้านซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกประเทศอังกฤษ และไม่ปรากฏว่ามี ผู้แทนในกรุงลอนดอนต้องมีการส่งฉบับของหนังสือแจ้ง เอกสาร หรือ หมายต่างๆเกี่ยวกับ อนุญาโตตุลาการโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนไปยังภูมิลำเนาหรือสำนักงานของผู้คัดค้านด้วย ผู้ คัดค้านได้รับแจ้งเพียงว่าได้มีการเสนอข้อพิพาทรายนี้ต่ออนุญาโตตุลาการแล้วเท่านั้น ส่วนหนังสือ

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8151/2542 ในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 12 พ.ศ. 2542, หน้า 120.

ที่มีการแจ้งรายละเอียดครบถ้วนตามข้อบังคับไม่สามารถส่งให้ผู้คัดค้านทางโทรสารได้ และไม่ปรากฏว่ามีการหนังสือฉบับนี้ทางไปรษณีย์ให้แก่ผู้คัดค้านซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ศาลจึงมีอำนาจที่จะปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 34(3)<sup>53</sup>

#### 4.4.2. เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดของศาล

นอกจากศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้เองโดยคู่กรณีไม่จำเป็นต้องอ้างต่อศาล หากศาลเห็นเองว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการหรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 44 บัญญัติว่า "ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดของศาลนั้นที่จะสามารถยกขึ้นได้โดยเหตุที่คำชี้ขาดโดยขาดนัดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเรื่องใดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียด<sup>54</sup> ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีแนวบรรทัดฐานของศาลอย่างชัดเจนที่อธิบายถึงความหมายและหลักเกณฑ์ของคำชี้ขาดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลไทยยังไม่เคยปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด เนื่องจากเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง ซึ่งทาง

<sup>53</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1273/2543 ในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 3 พ.ศ. 2543, หน้า 124.

<sup>54</sup> เสาวนีย์ อัครวิจารณ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 185

Julian D.M. Lew ยอมรับว่าความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่มีความแน่นอนและค่อนข้างคลุมเครือถือเป็นคุณสมบัติของคำดังกล่าว ดังนั้นการให้คำจำกัดความอย่างสมบูรณ์แก่คำดังกล่าวจึงเป็นไปได้ แต่ทาง Julian D.M. Lew พยายามอธิบายว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสะท้อนภาพกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของประเทศแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางเศรษฐศาสตร์ กฎหมาย ศีลธรรม การเมือง ศาสนา หรือสังคม ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของแต่ละประเทศจึงเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา และแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกศาลในแต่ละประเทศปฏิเสธการบังคับโดยอ้างเหตุที่ว่าขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศตนได้<sup>55</sup> เพื่อจัดอุปสรรคที่ศาลยกเหตุขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศ ฉะนั้นเป็นที่ยอมรับว่าควรตีความหลักความสงบเรียบร้อยอย่างเคร่งครัด โดยให้หมายถึงเฉพาะกรณีที่เป็นความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (international public policy) เท่านั้นสามารถยกเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งความแตกต่างของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในกับระหว่างประเทศ คือ กรณีที่ถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศอาจไม่ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ<sup>56</sup>

แต่หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศใดที่สามารถนำมาปรับใช้ต่อการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัด จากที่ศึกษาแล้วเห็นว่าหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศสามารถแบ่งได้ 2 กรณี คือ หลักความสงบเรียบร้อยเกี่ยวกับสารบัญญัติ และหลักความสงบเรียบร้อยเกี่ยวกับ วิธีสบัญญัติ ซึ่งการปฏิเสธที่บังคับคำชี้ขาดโดยขาดนัดเกี่ยวข้องกับหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเกี่ยวกับ วิธีสบัญญัติ คือหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการระหว่างประเทศ เช่นการที่คู่กรณีจะได้รับการพิจารณาโดยชอบ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลักที่คู่กรณีได้รับโอกาสที่จะต่อสู้คดีได้

<sup>55</sup> ธวัชชัย สุวรรณพานิช, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5513/2540 ในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 8 พ.ศ. 2540, หน้า 235

<sup>56</sup> วรวิทย์ ทวาทสิน, อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ: ข้อสังเกตบางประการ, วารสารกฎหมาย, ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 (2540): 145

อย่างเต็มที่และเป็นธรรม รวมถึงความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการและไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ หากได้มีการให้โอกาสผู้คัดค้านในการต่อสู้คดีชั้นอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ผู้คัดค้านไม่เข้าต่อสู้เอง ถือว่าเป็นการสละสิทธิในการต่อสู้คดี<sup>57</sup> เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวนั้นอาจทำให้กระทบกระเทือนต่อหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการได้ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทุกประเทศยอมรับถือเป็นส่วนหนึ่งของ หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ

ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดของศาลไทย คือพิจารณาจากหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิธีสบัญญัติโดยพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดนั้นได้รับการบอกกล่าวในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือไม่และคู่กรณีฝ่ายดังกล่าวขาดนัดโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่ และอนุญาโตตุลาการได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดต่อสู้คดีอย่างเต็มที่หรือไม่ แต่มีปัญหาวนออกจากการที่ศาลนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศมาปรับใช้กับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยขาดนัดแล้ว ศาลสามารถนำแนวทางของหลักความสงบเรียบร้อยอื่น เช่น หลักความสงบเรียบร้อยที่เกี่ยวกับความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของประเทศที่นั่งพิจารณา เป็นต้น มาปรับใช้ได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าศาลอาจจะนำหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักสงบเรียบร้อยของประเทศไทยได้แต่หลักดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศดังกล่าวด้วย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายของประเทศที่นั่งพิจารณาหรือกฎหมายที่ปรับใช้กับสัญญา

<sup>57</sup> โปรดดูหัวข้อ 4.3.2 ในบทที่ 3