

แนวทางการพัฒนากฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและ
การอนุญาโตตุลาการ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2565
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A reform proposal for the development of Alternative Dispute Resolution Law on
Mixed Mode between Mediation and Arbitration.



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2022
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวทางการพัฒนากฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือก ด้วยรูปแบบผสมระหว่างการใช้ไกล่เกลี่ยและการ อนุญาโตตุลาการ
โดย	นายเอเชี่ย หยุนจิตต์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

----- คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

----- ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ พิเศษวิชัย อริยะนันท์ทกะ)

----- อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)

----- กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์)

เอเชีย หยุนจิตต์ : แนวทางการพัฒนากฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ. (A reform proposal for the development of Alternative Dispute Resolution Law on Mixed Mode between Mediation and Arbitration.) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางการพัฒนากฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสม (Mixed Mode / Hybrid Process) โดยการนำเอาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการรวมเข้าด้วยกันซึ่งเป็นทางเลือกใหม่ในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยมุ่งจะศึกษาแนวความคิดของการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสมในแต่ละภูมิภาค ได้แก่ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (Act) ในเขตอำนาจศาลต่าง ๆ (Jurisdiction) หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่อยู่ในกฎของสถาบันการระงับข้อพิพาท (Rules) ตลอดจนแนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ (Professional Practice Guideline) รวมถึงวิเคราะห์การบังคับตามผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) และการบังคับในฐานะข้อตกลงเพื่อการระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019 (Singapore Convention on Mediation 2019) เพื่อเป็นแนวทางในการออกแบบกฎหมายกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสมที่เหมาะสมในบริบทของประเทศไทย

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อนิสิต
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6480184034 : MAJOR LAWS

KEYWORD: mediation, arbitration, alternative dispute resolution

Asia Yunjit : A reform proposal for the development of Alternative Dispute Resolution Law on Mixed Mode between Mediation and Arbitration..

Advisor: Asst. Prof. TIDARAT SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

The purpose of this thesis is to study the development of alternative dispute resolution law with a mixed mode or hybrid process in combining dispute resolution through mediation and arbitration which is alternatives in international commercial disputes. The author aims to study the concept of alternative dispute resolution with an integrated model, namely: Acts in each jurisdiction, the Rules of Dispute Resolution Institutes , professional practice guidelines, and the enforcement of outcomes of mixed dispute resolution in the form of a Consent Award under the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Convention, 1958, and a settlement agreement under the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2019 to provide a guideline for the design of alternative dispute resolution law with a suitable mixed model in the context of Thailand.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงมิได้หากปราศจากกำลังใจ ความรัก ความเมตตากรุณา และความเอื้อเฟื้อจากบุคคลทั้งหลายที่มีพระคุณกับผู้เขียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผศ.ดร.ธิดารัตน์ ศิลปปริมย์สุข ที่ได้ให้ความเมตตาตั้งแต่เริ่มต้นในการตอบรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ทั้งที่ภาระหน้าที่ในงานของอาจารย์ก็มีอยู่มากแต่ด้วยความเมตตากรุณาของอาจารย์ท่านยังได้กรุณาตอบรับเป็นที่ปรึกษา ซึ่งผู้เขียน รู้สึกซาบซึ้งใจในความเมตตาและกรุณาของอาจารย์เป็นอย่างมาก ตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์แม้ท่านจะเหน็ดเหนื่อยจากภาระหน้าที่หลักที่ต้องรับผิดชอบจำนวนมาก แต่ท่านยังคงคอยให้กำลังใจ ให้คำแนะนำ ให้ความรู้ในการเขียนวิทยานิพนธ์ ตลอดจนตรวจทานวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน คอยสอบถามและเอาใจใส่ผู้เขียนด้วยดีเรื่อยมา แม้ผู้เขียนจะมีภารกิจในด้านการทำงานจนบางครั้งเกิดความท้อใจในการเขียนวิทยานิพนธ์เป็นบางครั้ง จนผลักดันให้ผู้เขียนสามารถจบตามหลักสูตรได้ใน ระยะเวลา 2 ปีตามที่ผู้เขียนได้ตั้งใจไว้ตั้งแต่เริ่มเข้าศึกษา ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งในความเมตตา ความรัก และความกรุณา ที่อาจารย์มีให้อย่างสม่าเสมอ พระคุณของอาจารย์นั้นยิ่งใหญ่จนหาที่เปรียบไม่ได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์และ อ.ดร. เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยทั้งสองท่านได้ชี้แนะ ให้คำแนะนำ และให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนนำคำแนะนำดังกล่าวไปวิเคราะห์และขบคิดในประเด็นปัญหา กฎหมายต่าง ๆ ได้อย่างรอบด้านมากขึ้น และเป็นข้อสำคัญที่ส่งผลให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ตามมาตรฐานทางวิชาการ

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณบิดาและมารดา คุณอา พี่ชาย ญาติสนิทมิตรสหาย และเพื่อนร่วมงานของผู้เขียนด้วยความเคารพอย่างสูงสุดที่ได้มอบชีวิต มอบสิ่งดีงาม ให้ความเมตตา ความปรารถนาดีและอบรม สั่งสอนผู้เขียน ตลอดถึงให้การสนับสนุนผู้เขียนตลอดมา ขอขอบคุณนางสาวภาวิณี (กิ๊ก) กำลังใจสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนฝ่าอุปสรรคหลายอย่าง ผู้คอยเป็นกำลังใจอันสำคัญ คอยอยู่เคียงข้างไม่ว่าเป็นวันที่ดีหรือวันที่เลวร้ายและสนับสนุนผู้เขียนตลอด 2 ปีที่ผ่านมา นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณเหล่าผองเพื่อนนิติศาสตรมหาบัณฑิต รุ่นปีการศึกษา 2564 สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ได้แก่ พี่ปอ, พี่ป้าง, พี่เออย, พี่เจ, พี่กิ้ง, พี่แพรว, พี่ศักดา , เพื่อนเก้ , เพื่อนเป้ , เพื่อนพีร์ล , เพื่อนมิน , น้องเนย และน้องปลายฟ้า และอื่น ๆ ที่ คอยเป็นกำลังใจ คอยพูดคุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็น และช่วยเหลือกันในด้าน การเรียนและร่วมกันสังสรรค์ตลอดการเรียนทำให้การเรียนตลอด 2 ปีที่ผ่านมาเป็นความทรงจำที่มีความสุข ทำให้การเรียนหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตมีชีวิตชีวาเป็นอย่างมาก

สุดท้ายนี้ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจหรือผู้ที่เกี่ยวข้องไม่มากก็น้อย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีส่วนหนึ่งส่วนใดผิดพลาด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยและขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

เอเชียว อยู่นิจิตต์



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....ค	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....ง	ง
กิตติกรรมประกาศ.....จ	จ
สารบัญ.....ช	ช
บทที่ 1.....1	1
บทนำ.....1	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....1	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....2	2
1.3 สมมุติฐาน.....3	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....3	3
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....3	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....4	4
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง.....4	4
บทที่ 2.....8	8
ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการ พัฒนาการ.....8	8
เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ.....8	8
2.1 การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution - ADR).....8	8
2.2 ประวัติศาสตร์ แนวคิด ลักษณะทั่วไป ประเภท และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย.....10	10
2.2.1 ลักษณะของการไกล่เกลี่ย.....10	10
2.2.2 ประวัติศาสตร์ของกฎหมายไกล่เกลี่ยในแต่ละภูมิภาค.....14	14

2.2.2.1 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการวิวัฒนาการของกฎหมายไกล่เกลี่ยใน สหรัฐอเมริกา.....	15
2.2.2.2 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการวิวัฒนาการของกฎหมายการไกล่เกลี่ยใน สหภาพยุโรป	16
2.2.2.3 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการวิวัฒนาการของกฎหมายไกล่เกลี่ยภูมิภาค เอเชีย.....	17
2.2.3 ประเภทของการไกล่เกลี่ย	18
2.2.3.1 การไกล่เกลี่ยอำนวยความสะดวก (Facilitative Mediation).....	18
2.2.3.2 การไกล่เกลี่ยแบบประเมินผล (Evaluative Mediation).....	18
2.2.3.3 การไกล่เกลี่ยการเปลี่ยนแปลง (Transformative Mediation).....	19
2.2.3.4 การไกล่เกลี่ยแบบประนีประนอม (Settlement Mediation).....	19
2.2.4 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย	19
2.2.4.1 หลักการรักษาความลับ (Confidential).....	19
2.2.4.2 หลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment)	20
2.2.4.3 หลักความความเป็นกลาง (Neutrality).....	21
2.2.3.4 หลักความสมัครใจ (Voluntariness).....	22
2.3 ลักษณะทั่วไป และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการ อนุญาโตตุลาการ	23
2.3.1 ลักษณะทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ	23
2.3.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ.....	26
2.3.2.1 อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration).....	26
2.3.2.2 อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)	27
2.3.3 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ.....	27
2.3.3.1 หลักการรักษาความลับ (Confidentiality)	27
2.3.3.2 หลักอิสระของคู่สัญญา (Private Autonomy)	27

2.3.3.3	หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ (Due Process)	28
2.4.	แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการ อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ	29
2.4.1	แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโหมดผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการ อนุญาโตตุลาการในอเมริกา	30
2.4.2	แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโหมดผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการ อนุญาโตตุลาการในยุโรป	31
2.4.3	แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโหมดผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการ อนุญาโตตุลาการในภูมิภาคเอเชีย	33
2.5	สถานการณ์การระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมในปัจจุบัน	37
2.5.1	การสำรวจและรายงานของ White & Case, Queen Mary University of London	38
2.5.2	ผลสำรวจของการประชุม Global Pound Conference 2017	40
2.5.3	ผลสำรวจของสถาบันระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ 2022 (Singapore International Dispute Resolution Academy : SIDRA).....	40
2.6	ปัญหาของการระงับข้อพิพาทโหมดผสมในกฎหมายไกล่เกลี่ยและกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ของไทย	42
2.6.1	ปัญหาของกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสม..	42
2.6.2	ปัญหาข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทโหมดผสมกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ.....	44
2.6.3	ปัญหาการทำหน้าที่ของคนกลางคนเดียวกันในการระงับข้อพิพาทโหมดผสมระหว่าง การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ.....	46
2.6.4	ปัญหาของการออกแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คนกลางต้องทำงานร่วมกัน.....	47
บทที่ 3	49
	การระงับข้อพิพาทโหมดผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ	49
3.1	รูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโหมดผสม.....	50
3.1.1	Mediation – Arbitration Model	50

3.1.1.1 Med-Arb pure ในกระบวนการที่ดำเนินการโดยคนกลางที่ทำหน้าที่สองบทบาท (Med-Arb as a process conducted by a dual role neutral)	50
3.1.1.2 Med-Arb-Opt-Out ในกระบวนการที่ดำเนินการโดยคนกลางที่แยกกัน (Med-Arb as a process conducted by a dual role neutral or different neutrals)	51
3.1.2 Arbitration – Mediation	52
3.1.3 Arbitration – Mediation – Arbitration	52
3.1.4 Co-Med-Arb	53
3.1.5 สถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการระงับข้อพิพาทใหม่ผสมตามรายงานของคณะทำงานคณะทำงานเฉพาะกิจใหม่ผสม (IMI Mixed-Mode Task Force)	53
3.2 กระบวนการพิจารณาระงับข้อพิพาทแบบผสม	56
3.2.1 กระบวนการพิจารณาแบบหลายระดับหรือเพิ่มระดับ (Multitier / Escalation Processes)	56
3.2.2 กระบวนการพิจารณาระงับข้อพิพาทพร้อมกันหรือแบบคู่ขนาน (Simultaneous /Parallel Processes)	58
3.3 การระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมตามกฎหมายไทย	58
3.3.1 ข้อพิจารณากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย	58
3.3.1.1 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องและหลังฟ้องคดีตามมาตรา 19,20,20 ทวิ และมาตรา 20 ตริ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	58
3.3.1.2 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562	62
ก. กระบวนการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562	62
ข. การบังคับตามข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562	64

3.3.2. ข้อพิจารณากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ	65
3.4. ข้อพิจารณาในระดับภูมิลำเนาการระงับข้อพิพาทในไทย	67
3.4.1. ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC	67
3.4.1.1. กระบวนการไกล่เกลี่ยภายใต้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการ ประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ..68	
ก. กระบวนการเริ่มต้นกระบวนการประนอม	68
ข. การแต่งตั้งผู้ประนอม จำนวนของผู้ประนอม หน้าที่ของผู้ประนอม	69
ค. การประนอมข้อพิพาท.....	70
ง. การรักษาความลับของกระบวนการ.....	71
3.4.1.2. ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตาม สัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2560	72
3.4.2. สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม TAI	73
บทที่ 4	75
การระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ	75
ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	75
4.1 กฎหมายของประเทศที่ห้ามกระบวนการผสมแบบเด็ดขาด	76
4.1.1 ประเทศบราซิล.....	76
4.1.1.1 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2015 ประเทศบราซิล (The Brazilian Mediation Act 2015)	76
4.1.1.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ประเทศบราซิล (the Brazilian Arbitration Act 1996).....	77
4.1.2 กฎหมายของประเทศที่ควบคุมรูปแบบผสม	77
4.1.2.1 ประเทศสิงคโปร์.....	77
4.1.2.2 เขตปกครองพิเศษฮ่องกง	81

4.1.2.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	83
4.1.2.4 สาธารณรัฐประชาชนจีน.....	85
ก. ระบบกฎหมายจีน.....	85
ข. การตีความกฎหมายอนุญาโตตุลาการ.....	86
ค. กรอบกฎหมายที่สำคัญสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยรูปแบบผสม Med-Arb.....	87
4.2 กฎหมายการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยของต่างประเทศ.....	89
4.2.1 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ UNCITRAL 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018).....	89
4.2.1.1 ขอบเขตของกฎหมาย.....	91
4.2.1.2 ข้อพิจารณาการรื้อทำหน้าที่คนกลางสองบทบาท.....	92
ก. การสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทฝ่ายอื่น ๆ.....	93
ข. การรักษาความลับ.....	93
ค. การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการไกล่เกลี่ย.....	94
4.3 กฎสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ.....	97
4.3.1 กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC) และกฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIMC).....	97
4.3.1.1 กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ 2016 (SIAC Rules 2016).....	98
ก. ศูนย์อนุญาโตตุลาการ SIAC.....	98
ข. การดำเนินกระบวนการภายใต้กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์ SIAC 2016....	102
ค. สัญญาอนุญาโตตุลาการหลายสัญญา (Multiple Contracts).....	110
ง. การเข้าเป็นคู่พิพาทร่วม.....	112
จ. การรวมการพิจารณา.....	116

ข. การแต่งตั้งและคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (Formation and Challenge of the Arbitral Tribunal).....	117
ช. การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (The Conduct of Proceedings).....	122
ฅ. การคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction of the Tribunal).....	128
ญ. คำชี้ขาดตามยอม (Arbitration Consents Awards	130
4.3.2.1 กฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ 2014 (SIMC Mediation Rule 2014)	130
ก. ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Mediation Centre (SIMC))	130
ข. การใช้กฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ 2014 (SIMC Mediation Rule 2014).....	131
4.3.2 พิธีสารเพื่อส่งเสริมการไกล่เกลี่ยภายในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (AMA Protocol)ของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIMC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC).....	139
4.3.2.1 ลักษณะของ AMA Protocol	140
4.3.2.2 การออกแบบของพิธีสาร AMA.....	142
4.3.2.3 หลักการสำคัญของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบไฮบริดภายใต้พิธีสาร AMA	144
4.3.3 กฎ MED-ARB ที่เกิดขึ้นพร้อมกันของสถาบันการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการกรุงปารีส 2007 (the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris : CMAP)	146
4.3.3.1 วัตถุประสงค์ของการออกข้อบังคับ	146
4.3.3.2 ขั้นตอนของข้อบังคับ	147
4.3.3.3. การพิจารณาสั่งรับคำขอการดำเนินการระงับข้อพิพาทแบบ MED - ARB .	148

4.3.3.4. การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ	149
4.3.3.5. ระยะเวลาของขั้นตอน MED-ARB ที่เกิดขึ้นพร้อมกัน.....	150
4.3.3.6. ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ.....	150
ก. ขั้นตอนการไกล่เกลี่ย	150
ข. ขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ.....	153
4.3.4. กฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่าง ประเทศของจีน(China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules 2014 : CIETAC Rule 2014)	154
4.3.4.1. คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศ CIETAC	154
4.3.4.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบ Med – Arb และ Arb – Med ภายใต้กฎ อนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้า ระหว่างประเทศของจีน 2014 (CIETAC Rules 2014)	156
ก. กระบวนการ Med – Arb.....	158
ข. กระบวนการ Arb – Med.....	159
บทที่ 5	164
วิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการผสม.....	164
ระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ.....	164
5.1 วิเคราะห์ประเด็นข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ กับความมีอยู่ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ.....	164
5.1.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3281/2562 (ศาลไทย).....	165
5.1.2 คดีระหว่าง Advanced Bodycare Solutions v. Thione International (United States Court of Appeals, Eleventh Circuit) (USA) 2008	170
5.1.3 คดีระหว่าง NWA and others v NVF and others 2021 (England).....	170
5.1.4 คดีระหว่าง Heartronics Corp v EPI Life (Singapore) 2017	175

5.1.5	แนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการสถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ CIArb 2021	176
5.2	วิเคราะห์ประเด็นรูปแบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทร่วมกัน	178
5.2.1	วิเคราะห์การออกแบบรูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทในการทำงานร่วมกันของผู้ ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ	178
5.2.1.1	ข้อพิจารณาของสถานการณ์ที่ผู้ทำหน้าที่คนกลางเปลี่ยนบทบาท (Switch Hats).....	178
5.2.1.2	ข้อพิจารณาสถานการณ์การทำงานร่วมกันในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยและ อนุญาโตตุลาการเป็นคนละคน (Med – Arb opt-out) ภายใต้กระบวนการ ระงับข้อพิพาทเดียวกัน.....	182
5.3	วิเคราะห์แนวปฏิบัติของการไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ	184
5.3.1	ข้อวิจารณ์ของ IMI Mixed mode Task Force.....	184
5.3.2	แนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ CIArb 2021 (CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021)	185
5.3.2.1	วัตถุประสงค์ของแนวปฏิบัติ	185
5.3.2.2	บททั่วไป	186
5.3.2.3	หน้าที่ละภาระหน้าที่ทางวิชาชีพของอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ย	189
5.3.2.4	ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยเมื่อเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ.....	191
5.3.2.5	กรณีการระงับข้อพิพาทที่ขาดการไกล่เกลี่ยในระหว่างการดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการ	193
5.3.2.5	การพยายามไกล่เกลี่ยในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ.....	195
5.3.2.6	การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสถานการณ์กรณีการ ดำเนินการโดยบุคคลคนเดียว.....	198
5.3.2.7	กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยซึ่งทำให้เกิด การระงับข้อพิพาททั้งหมด	201

5.3.2.8 การเสร็จสิ้นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการโดยที่การไกล่เกลี่ยไม่ส่งผลให้ เกิดการระงับข้อพิพาททั้งหมด	202
5.3.2.9 การไกล่เกลี่ยหลังอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด (Post-award mediation)	203
5.4 วิเคราะห์การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ย	204
5.4.1 การบังคับตามคำชี้ขาดในฐานะคำชี้ขาดตามยอมภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958	205
5.4.1.1 สถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอมภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958	205
5.4.1.2 วิเคราะห์ลักษณะและองค์ประกอบของการเป็น “คำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ” (Arbitration Awards) กับ “คำชี้ขาดตามความยินยอม” (Consent Awards) ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958.....	208
5.4.1.3 วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการยอมรับการบังคับใช้คำชี้ ขาดตามความยินยอมและการดำเนินการบังคับใช้ในภายหลัง.....	210
ก. คดีระหว่าง Albtelcom S.H.A v. UNIFI Communs., Inc. District Court for the Southern District of New York) 2017	210
ข. คดีระหว่าง Transocean Offshore Gulf of Guinea VII v. Erin Energy Corp. ของศาลชั้นต้นสหรัฐในเขตทางตอนใต้ของรัฐเท็กซัส (the U.S. District Court for the Southern District of Texas)...	211
5.4.1.4 สถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอมตามกฎหมายไทย	212
5.4.2 การบังคับตามสัญญาไกล่เกลี่ยที่ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบโหมดผสมภายใต้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจาก การไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019)	214
5.4.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับ	215
5.4.2.2 ข้อพิจารณากระบวนการ Arb – Med , Med - Arb	218
5.4.2.3 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับผลลัพธ์ของกระบวนการแบบผสมในฐานะสัญญาไกล่ เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ในประเทศไทย.....	222

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	227
6.1 บทสรุป.....	227
6.1.1 รูปแบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการใช้และการ อนุญาตตุลาการ.....	227
6.1.2 ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการใช้และการ อนุญาตตุลาการ.....	228
6.1.2.1 ข้อดีของการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการใช้และการ อนุญาตตุลาการ.....	228
6.1.2.2 ข้อเสียของการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการใช้และการ อนุญาตตุลาการ.....	230
6.2. ข้อเสนอแนะ	232
6.2.1 ข้อเสนอแนะในระดับกฎหมายพระราชบัญญัติ.....	233
6.2.2 ข้อเสนอแนะในระดับของกฎสถาบัน.....	238
6.2.3 ข้อเสนอแนะแนวทาง	241
6.2.4 ข้อเสนอการอนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019.....	242
บรรณานุกรม	244
ประวัติผู้เขียน	251

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

จากผลสำรวจของ Queen Mary- White & Case Survey ประเทศปี 2021 หนึ่งในแนวโน้มที่น่าสนใจคือ กว่าร้อยละ 90% ของผู้ตอบแบบสอบถาม พึงพอใจที่ต่อการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และกว่าร้อยละ 59% ของผู้ที่ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เข้าร่วมกับการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีอื่น (ADR) ซึ่งหมายความว่า วิธีการระงับข้อพิพาทที่ต้องการโดย 59% ของผู้ตอบแบบสอบถามนั้นได้ใช้การระงับข้อพิพาทแบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศร่วมกับวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นไม่ใช่วิธีการระงับข้อพิพาทแบบเชิงเดี่ยว (Stand Alone) ผลสำรวจในปี 2021 นี้เผยให้เห็นการเพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัดถึงค่านิยมในการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed mode Dispute Resolution) มากกว่าการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเชิงเดี่ยว (Stand Alone) โดยหนึ่งในผลสำรวจด้านที่เลวร้ายที่สุดของการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเชิงเดี่ยว (Stand Alone) คือ ค่าใช้จ่ายที่สูงเกินไปและไม่มีประสิทธิภาพ รวมถึงการสำรวจครั้งก่อนๆ ย้อนหลังไปถึงปี 2006 ยังแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้บริการการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่พอใจกับ ค่าใช้จ่าย (Cost) ของการอนุญาโตตุลาการมากที่สุด ในผลการสำรวจระดับชาติของอีกเวทีหนึ่งในอย่างเช่น การประชุม Global Pound Conference ที่ เมือง Chandigarh เมื่อวันที่ 12-13 พฤษภาคม 2017 มีการกล่าวถึง กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าที่มีประสิทธิภาพที่สุด (Efficiency is the key priority of Parties in choice of dispute resolution processes) ผลการลงคะแนนพบว่าตัวเลือกอันดับต้น ๆ คือ การรวมกระบวนการตัดสินและการไม่ตัดสิน (Combining adjudicative and non-adjudicative processes) เช่น การอนุญาโตตุลาการโดยร่วมกับไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมเพื่อตอบสนองต่อการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าว สถาบันอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศจึงได้ออกแบบการให้บริการการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสม (Mixed mode / Hybrid process) โดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการร่วมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อเป็นแนวทางเลือกให้กับคู่พิพาทที่ใช้บริการได้ประหยัดต้นทุนและประหยัดเวลา แต่ในอีกมุมหนึ่งการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed mode / Hybrid process) ดังกล่าวก็มีปัญหาให้ต้องพิจารณาถึงหลักการอันเป็นพื้นฐานของกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกของทั้งการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีปรัชญาที่แตกต่างกันและมีทฤษฎีที่เป็นรากฐานต่างกัน และบทบาทของผู้ทำหน้าที่ที่แตกต่างกัน รวมถึงรูปแบบของกระบวนการผสมผสานว่ามีรูปแบบใดบ้าง ในแต่ละรูปแบบมีกระบวนการต่างกันอย่างใด และวัฒนธรรมกฎหมายในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกัน รวมถึงข้อจำกัดของกฎหมาย

ในระดับพระราชบัญญัติที่ควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาไปที่หลักการพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทของทั้งสองกระบวนการ รวมถึงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของต่างประเทศ กฎสถาบันอนุญาโตตุลาการ กฎการไกล่เกลี่ย ตลอดจนแนวปฏิบัติของการทำงานร่วมกันของวิธีการระงับข้อพิพาททั้งสองกระบวนการ เพื่อเป็นแนวทางในพัฒนาการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิด พัฒนาการและรูปแบบการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ

2. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศทั้งที่เป็นกฎหมายภายใน กฎหมายแม่แบบ ตลอดจนทั้งกฎอนุญาโตตุลาการ และกฎการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสถาบันการระงับข้อพิพาทชั้นนำในเขตอำนาจศาลต่าง ๆ รวมถึงแนวปฏิบัติขององค์กรวิชาชีพเพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับของประเทศไทยอันจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้อง

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการผ่านคดีสำคัญที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้การระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศของศาลต่างประเทศ

4. เพื่อวิเคราะห์และทบทวนกฎหมายที่มีอยู่และที่ต้องแก้ไขและเพื่อเป็นข้อเสนอแนะให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาแก้ไขกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันที่มีอยู่ต่อไป

1.3 สมมุติฐาน

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกใหม่ที่มีการใช้อย่างแพร่หลายในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ จึงจะเป็นการดีอย่างยิ่งหากประเทศไทยจะมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้ มุ่งศึกษาถึงลักษณะ รูปแบบ แนวทาง ตลอดจนปัญหาที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยได้ศึกษาถึงกฎหมายและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขปัญหา

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ใช้ภายในของต่างประเทศ เช่น Singapore International Arbitration Act 1994 , Singapore Arbitration Act 2001 รวมถึงในระดับของกฎอนุญาโตตุลาการและกฎการไกล่เกลี่ยของสถาบันระงับข้อพิพาทชั้นนำในเขตอำนาจของศาลต่าง ๆ เช่น กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre : SIAC) กฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Mediation Centre : SIMC) กฎการระงับข้อพิพาทการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน (China International Economic and Trade Arbitration Commission : CIETAC) และกลุ่มประเทศตะวันตก ศูนย์ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการแห่งปารีส (Centre for Mediation and Arbitration of Paris : CMAP) รวมถึงแนวปฏิบัติขององค์กรวิชาชีพอย่าง (Chartered Institute of Arbitrators : CI Arb) และรายงานของคณะทำงานโหมตผสม (IMI Task Force Mix Mode) ซึ่งเป็นคณะทำงานโดยความร่วมมือระหว่าง College of Commercial Arbitrators (CCA), International Mediation Institute (IMI) และ Straus Institute for Dispute Resolution, Pepperdine School of Law ในรายงานของคณะทำงานกลุ่มต่าง ๆ รวมถึงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทยอันได้แก่ สถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute: TAI) และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Centre: THAC) เป็นต้น และรวบรวมข้อมูลที่ได้มาศึกษาและวิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงลักษณะของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการรูปแบบผสมกับหลักการพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นแนวทางการพัฒนา กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของและวัตถุประสงค์การอนุญาโตตุลาการ

2. ทำให้ได้รูปแบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการแบบใหม่ของประเทศไทยที่มีความเป็นมาตรฐานสากล

3. ทำให้สามารถหาแนวทางในการปรับปรุงข้อกำหนดและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการของไทยเป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

1. บทความเรื่อง Med-Arb Opportunity for Thailand to apply the “Med-Arb Process” as an Alternative Dispute Settlement Mechanism วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 พฤษภาคม – 2561 เขียนโดย ดร.ปถวี ศุขกิจ

บทความเรื่องนี้ได้อภิปรายถึงการนำวิธีการทางเลือกของ Med-Arb มาใช้เป็นแนวทางแก้ไขข้อพิพาทในอนาคตเพื่อที่จะสามารถช่วยปรับปรุงประสิทธิภาพของกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ในบริบท ADR ของประเทศไทย พร้อมกับอภิปรายถึงหลักความเป็นกลางทางจริยธรรมของผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยในกระบวนการ Med - Arb รวมถึงการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ผ่านกระบวนการดังกล่าว และข้อสังเกตต่อศูนย์อนุญาโตตุลาการในแบบจำลอง Med - Arb ต่อด้วยการอภิปรายปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดจากการนำ Med-Arb มาประยุกต์ใช้ในบริบทของกฎหมายไทย และแนวทางในการปฏิรูปในอนาคตเพื่อก้าวไปสู่การเป็นศูนย์กลางของอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศในอนาคต

2. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เขียนโดย น.ส.นฤมล มีชูกรณ์

วิทยานิพนธ์นี้มีมุ่งศึกษาถึงปัญหาการใช้บังคับสัญญาไกล่เกลี่ยในข้อพิพาททางพาณิชย์ ระหว่างประเทศที่มาบังคับในประเทศไทยตามระบบกฎหมายไทย โดยได้ศึกษาอนุสัญญา

สิงคโปร์ว่า ด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019 เพื่อเป็นแนวทางนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหา โดยมีการศึกษาเปรียบเทียบกับอนุสัญญาเวียนอร์ค ค.ศ. 1958 อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 และอนุสัญญาการยอมรับและบังคับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019

3. บทความเรื่อง Efficient Arb-Med-Arb Proceedings: Should the Arbitrator Also Be the Mediator? , Journal of International Arbitration Volume 38, Issue 6 (2021) เขียนโดย Dorothee Ruckteschler, Anika Wendelstein

บทความนี้มุ่งจะอภิปรายถึง การใช้กระบวนการพิจารณาแบบไฮบริดแบบพิเศษคือ กระบวนการพิจารณาแบบ Arb-Med-Arb กระบวนการเหล่านี้เกี่ยวข้องกับกรเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมก่อน ก่อนที่การสืบพยานจะเริ่มต้นขึ้นนำไปสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยและหากกระบวนการไกล่เกลี่ยล้มเหลวจะกลับเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้ง กระบวนการนี้แตกต่างจากกระบวนการ Med – Arb และ Arb - Med บทความนี้จะวิเคราะห์กฎข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญทั่วโลกในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย กฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการ และกฎของสถาบันที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา Arb-Med-Arb เท่านั้น จากผลของการวิเคราะห์นี้ ผู้เขียนบทความได้พัฒนาข้อเสนอแนะเชิงปฏิบัติสำหรับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในกระบวนการของ Arb-Med-Arb

4. บทความเรื่อง The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution : Exploring the Interplay Between Mediation, Evaluation, and Arbitration in Commercial Cases เขียนโดย Prof. Thomas Stipanowich และ Veronique Fraser

บทความนี้เกิดขึ้นโดยโครงการของสถาบันไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ (IMI) โดยความร่วมมือกับวิทยาลัยอนุญาโตตุลาการการค้าและสถาบันสเตราส์เพื่อการระงับข้อพิพาท โรงเรียนกฎหมาย Pepperdine University Caruso (สถาบันสเตราส์) ได้จัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจโหมดผสม (Task Force) เพื่อดำเนินการสำรวจและพยายามพัฒนามาตรฐานแบบจำลองและเกณฑ์สำหรับวิธีการรวมกระบวนการระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมระหว่างระบบการตัดสินของภาครัฐและเอกชน (เช่น การดำเนินคดี อนุญาโตตุลาการ หรือการตัดสิน) และระบบการระงับข้อพิพาทโดยคนกลางที่ไม่ใช่ในทางตัดสินซึ่ง เช่น การประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ย) ไม่ว่าจะเป็บบนการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะคู่ขนานกันไปเป็นลำดับ หรือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มี

ลักษณะบูรณาการ โดยเปรียบเทียบความเหมือน และเปรียบเทียบความแตกต่างในกฎหมายรวมถึง แนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์การระงับข้อพิพาทแบบรูปแบบผสมในประเทศและภูมิภาคต่างๆ เพื่อนำไปสู่แนวปฏิบัติที่ดีที่สุดและเป็นเครื่องมือในการให้ข้อมูลอื่นๆ สำหรับคำแนะนำต่อผู้เชี่ยวชาญ ด้านการระงับข้อพิพาท และผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมาย รวมถึงศาล และองค์กรผู้ออกกฎหมายอย่าง สมาชิกสภานิติบัญญัติและผู้กำหนดมาตรฐานของสถาบันระงับข้อพิพาท

5. บทความเรื่อง A Snapshot of National Legislation on Same Neutral Med-Arb and Arb-Med Around the Globe ในหนังสือเรื่อง Multi-Tier Approaches to the Resolution of International Disputes A Global and Comparative Study สำนักพิมพ์ Cambridge University Press เขียนโดย Hiro N. Aragaki

บทความนี้ได้อภิปรายภาพรวมเชิงเปรียบเทียบว่ารัฐต่างๆ ทั่วโลกมีการควบคุม กระบวนการไฮบริด (Mixed mode / Hybrid Process) อย่างไรที่เกี่ยวข้องกับหลักความเป็นอิสระ และความเป็นกลางของผู้ทำหน้าที่ในบทบาทผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ จากฐานข้อมูลของ กฎหมายไกล่เกลี่ยที่ใช้ภายใน (Domestic Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการจากเขตอำนาจศาล 195 แห่ง ผลการวิจัยพบว่าน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของเขตอำนาจศาลทั้งหมดที่สำรวจออกกฎหมาย เกี่ยวกับกระบวนการของรูปแบบผสมโดยคนกลางคนเดียวกัน ส่วนใหญ่กระจุกตัวอยู่ในแอฟริกาและ เอเชีย เขตอำนาจศาลทั่วไปในต่างประเทศค่อนข้างที่จะมีแนวโน้มน้อยที่ในการควบคุมกระบวนการ ดังกล่าวนี้ กระบวนการของรูปแบบผสมการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการโดยผู้ทำหน้าที่คนเดียวกันกลับเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายในวัฒนธรรมยุโรปภาคพื้นทวีปลาตินอเมริกา และเอเชีย ตะวันออก แต่กระบวนการดังกล่าวนี้ก็มีเพียงไม่กี่ประเทศที่ออกกฎหมายระดับภายในมาควบคุม

6. รายงานของคณะทำงานโหมดผสม (Mixed Mode Task Force) ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่าง College of Commercial Arbitrators (CCA), International Mediation Institute (IMI) และ Straus Institute for Dispute Resolution, Pepperdine School of Law ในรายงาน 4 คณะทำงาน (Working Group) จากจำนวน 7 คณะ ได้แก่

6.1. รายงานของคณะทำงานคณะที่ 2 (Working Group 2) บทความเรื่อง Neutrals Facilitating Tailored Process Design (Evaluative And Non-Evaluative Processes, Including Mediation And/Or Arbitration) เขียนโดย Laura Kaster และ Jeremy Lack

6.2. รายงานของคณะทำงานคณะที่ 3 (Working Group 4) บทความเรื่อง Practice Guidelines For Mediators Use Of Non-Binding Evaluations And Settlement Proposals เขียนโดย Veronique Fraser* and Kun Fan

6.3. รายงานของคณะทำงานที่ 5 (Working Group) ในบทความเรื่อง Practice Guidelines For Situations In Which A Mediator Changes Roles To Function As Arbitrator, Or An Arbitrator Performs The Functions Of A Mediator (Single-Neutral Med-Arb, Arb-Med And Arb-Med-Arb), Or Engages In Settlement-Oriented Activities เขียน โดย Thomas J. Stipanowich and Mordehai (Moti) Mironi

6.4. รายงานของคณะทำงานที่ 7 (Working Group) ในบทความเรื่อง Future Directions: Interactions Between Mediators And Arbitrators เขียนโดย Masucci และ Nigmatullina



บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการ พัฒนาการ เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

2.1 การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution - ADR)

การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท (Mediation/ Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของ การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution - ADR) (“ซึ่งต่อไปวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า “ADR”) ADR อาจอธิบายได้ว่าเป็นกระบวนการเจรจาที่มีขึ้นระหว่างที่คู่กรณีในข้อพิพาทโดยได้รับความช่วยเหลือจากบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางและมีจุดมุ่งหมายของกระบวนการเพื่อการทำให้ทั้งสองฝ่ายบรรลุผลโดยความสมัครใจของคู่พิพาท¹ ADR มักถูกมองว่าเป็นวิธีใหม่ในการระงับข้อพิพาท อันที่จริงรากฐานของ ADR หยั่งรากลึกในประวัติศาสตร์ของมนุษย์มาอย่างช้านานและมีบทบาทสำคัญในวัฒนธรรมทั่วโลก ก่อกำเนิดขึ้นในสังคมชนเผ่าก่อนการเกิดขึ้นของระบบกฎหมายที่เป็นทางการ (Legal system) หัวหน้า ผู้เผ่า และกษัตริย์ท้องถิ่นได้ทำการตัดสินข้อพิพาท ในสังคมโรมันราว 63 ปี ก่อนคริสตกาล ชาวโรมันที่ได้ยึดครองดินแดนศักดิ์สิทธิ์และได้ยกเลิกศาลของพวกฮีบรู ชาวฮีบรูจึงได้สร้างศาลของตนเองขึ้นมาอย่างไม่เป็นทางการซึ่งทำหน้าที่คล้ายกับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) รวมถึงอารยธรรมโบราณตั้งแต่บาบิโลนไปจนถึงกรีกไปจนถึงโรมได้ใช้ “นักปราชญ์” เป็นผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยเพื่อชี้ขาดผู้โต้แย้งเพื่อแก้ไขข้อพิพาททางการค้าและข้อพิพาทอื่นๆ ในยุคกรีกโบราณราว 400 ปีก่อนคริสตกาล เมื่อศตวรรษเอเธนส์มีคดีจำนวนมากจนไม่สามารถจัดการได้จึงได้มีการตั้งตำแหน่งอนุญาโตตุลาการสาธารณะขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาททางเลือกถูกพัฒนาเรื่อยมาและก่อร่างสร้างตัวขึ้นอย่างเป็นระบบในช่วงศตวรรษที่ 10 – 11 เมื่อมีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการทางการค้าของพวกพ่อค้าและได้ถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายเมืองของยุโรปภายใต้แนวปฏิบัติ เรียกว่ากฎหมายของพ่อค้า (Merchant Law) แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายของรัฐก็ตามที่เกี่ยวข้อง² ความไม่พอใจต่อการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่มีศาลเป็นศูนย์กลางนั้นเป็นสิ่งที่ชัดเจนมาอย่างยาวนาน นักวิชาการด้านทฤษฎีกฎหมายอย่าง Raymond Wacks ได้วิจารณ์ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาลมีความไม่

¹ Carita Wallgren-Lindholm, ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I (Kluwer Law International 2006), p.3 – 19.

² with Joseph P. Barrett Jerome T. Barrett, A History of Alternative Dispute Resolution the Story (the Association for Conflict Resolution, 2004). P.10 – 17.

ยุติธรรม (unfair) เป็นทางการเกินควร (unduly formal) และมีความเป็นเอกสิทธิ์เหนือสิ่งอื่นใด (exclusive)³ ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ADR ได้กลายเป็นประเด็นเฉพาะที่เพิ่มมากขึ้นในยุโรป ADR และความสนใจที่เพิ่มขึ้นของ ADR ในแวดวงของธุรกิจระหว่างประเทศโดยมีแนวโน้มมาจากการตอบสนองต่อปัจจัยเชิงลบที่เกิดจากการดำเนินคดีในศาล ได้แก่ ความล่าช้าในการวินิจฉัยข้อพิพาท ความซับซ้อนของกระบวนการ ค่าใช้จ่ายในกระบวนการพิจารณาทางศาล ปัญหาข้อพิพาทเชิงเทคนิค การรักษาความลับของคู่พิพาท เป็นต้น⁴ ด้วยกระบวนการที่เป็นอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทางศาลนี้เอง จึงเกิดแนวคิดในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นนอกจากศาล (ADR) ด้วยวัตถุประสงค์ 1. ประหยัด (Fair) 2. รวดเร็ว (Speedy) 3. ประหยัด (Cheap) 4. มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism) 5. รักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาท (Measure Against Bad Publicity) 6. การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท (Preservation of Relationship)⁵

ในปัจจุบันไม่ได้มีเพียงแต่ ADR ที่ใช้แบบเชิงเดี่ยว (Stand Alone Alternative Dispute Resolution) กล่าวคือ คู่พิพาทใช้การระงับข้อพิพาททางใดทางหนึ่งแต่ทางเดียว เช่น การเจรจา (Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ในการระงับข้อพิพาทเชิงพาณิชย์เท่านั้น แต่ยังมีแนวความคิดรูปแบบหนึ่งที่ใช้การอย่างแพร่หลายในปัจจุบันนั้นคือ แนวความคิดว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมหรือระบบไฮบริด (Mixed Mode / Hybrid Process) โดยนำเอาการระงับข้อพิพาทรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมาผสมรวมกันใน เช่น การไกล่เกลี่ย - การอนุญาโตตุลาการ (Med - Arb Model) การอนุญาโตตุลาการ - การไกล่เกลี่ย (Arb - Med Model) การอนุญาโตตุลาการ - การไกล่เกลี่ย - การอนุญาโตตุลาการ (Arb - Med - Arb Model) ทั้งในรูปแบบของกระบวนการพิจารณาแบบหลายระดับหรือเพิ่มระดับ (Multitier / Escalation Processes) และรูปแบบกระบวนการพิจารณาการระงับข้อพิพาทแบบพร้อมกันหรือแบบคู่ขนาน (Simultaneous / Parallel Processes) เพื่อให้สามารถมองเห็นภาพรวมของกลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสมระบบไฮบริด (Mixed Mode / Hybrid Process) รวมทั้งมองเห็นปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ชัดเจนมากขึ้น โดยในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงประวัติ ลักษณะทั่วไป

³ Raymond Wacks , Law: A Very Short Introduction,(Oxford University Press, 2008),. p.105-107.

⁴ สรวิต ลิ้มปริงซี่ , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545) หน้า 2.

⁵ วิชัย อริยานันทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ , วารสารตุลาการ (กรกฎาคม-กันยายน 2540), หน้า 105 - 128.

ประเภท และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทเลือกด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและวิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะนำไปสู่การอธิบายถึงแนวคิดความเป็นมาในการนำรูปแบบการระงับข้อพิพาทผสมรวมเข้าด้วยกัน

2.2 ประวัติศาสตร์ แนวคิด ลักษณะทั่วไป ประเภท และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย

การไกล่เกลี่ยถูกนำมาใช้มากขึ้นในการระงับข้อพิพาทในหลาย ๆ ส่วนของโลก นอกจากนี้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยกำลังกลายเป็นตัวเลือกในการระงับข้อพิพาทที่ศาลและหน่วยงานรัฐบาลต้องการและส่งเสริมเช่นกัน เช่นเดียวกับในแวดวงของการค้าการลงทุน แนวโน้มนี้สะท้อนให้เห็นได้จากการจัดตั้งหน่วยงานภาครัฐและเอกชนหลายแห่งที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการการระงับข้อพิพาทรวมถึงออกแบบมาเพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาทเชิงสมานฉันท์ แนวโน้มนี้เกิดขึ้นในภูมิภาคต่างๆ ของโลกโดยได้ส่งเสริมการไกล่เกลี่ยอย่างแข็งขันในฐานะการระงับข้อพิพาทการพัฒนากฎหมายระดับชาติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยได้ก่อให้เกิดการอภิปรายเรียกร้องให้มีการแก้ปัญหาด้านกฎหมายที่สอดคล้องกันในระดับสากลซึ่งออกแบบมาเพื่ออำนวยความสะดวกในการไกล่เกลี่ย⁶ การไกล่เกลี่ยก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมาก เช่น ลดกรณีข้อพิพาทนำไปสู่การยุติความสัมพันธ์ทางการค้า อำนาจความสะดวกในการบริหารธุรกรรมระหว่างประเทศโดยฝ่ายการค้า และช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายในการบริหารงานยุติธรรมโดยรัฐ⁷ ในวิทยานิพนธ์บทนี้ของผู้เขียนจะกล่าวถึงลักษณะ แนวคิด ประเภท และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยพอสังเขปเพื่อเป็นพื้นฐานในการอธิบายการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมกับวิธีการอนุญาโตตุลาการในลำดับถัดไป

2.2.1 ลักษณะของการไกล่เกลี่ย

คำว่า การไกล่เกลี่ยในภาษาอังกฤษจะมีการใช้อยู่ 2 คำกล่าวคือ Conciliation และ Mediation ซึ่งหากนำมาแปลเป็นภาษาไทยแล้วจะใช้คำว่า การไกล่เกลี่ย หรือ การประนอมข้อพิพาท ซึ่งทั้งการไกล่เกลี่ยกับการประนอมข้อพิพาทต่างเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) รูปแบบหนึ่ง แต่การใช้ยังคงมีการแปลและใช้สลับกันหรือแทนกันบ้าง

⁶ Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , A/CN.9/WG.II/WP.108, para. 15.

⁷ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019, Preamble.

อีกทั้งในทางวิชาการต่างก็มีการใช้ทั้งคำว่าไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทแทนคำว่า Mediation กระบวนการทั้งสองนี้มีลักษณะที่แตกต่างกันเล็กน้อยคือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยที่คนกลางจะไม่เสนอทางออกแก่คู่พิพาท ในขณะที่การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ผู้ประนอมพยายามหาทางออกให้แก่คู่พิพาท⁸ การระงับข้อพิพาททั้งสองรูปแบบนับว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งมีรูปแบบที่ใกล้เคียงกันเป็นอย่างยิ่ง แต่การระงับข้อพิพาททั้งสองรูปแบบนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระบวนการเจรจา (Negotiation) บางตำราในสหรัฐอเมริกาเรียกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และใช้ในความหมายเช่นเดียวกับการประนอมข้อพิพาท (Conciliation)⁹ ในประเทศจีนไม่มีความแตกต่างดังกล่าว เนื่องจากคำศัพท์ภาษาจีนสำหรับการประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยคือ 调解 (tiao jie) คำแปลยอदनียมสำหรับ 'tiao jie' คือ การประนีประนอม (Conciliation)¹⁰

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002) ใช้คำว่า การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) หมายถึง กระบวนการที่คู่พิพาทได้ร้องขอให้บุคคลภายนอกช่วยดำเนินการหาทางให้คู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างฉันทามิตร¹¹ โดยกฎหมายแม่แบบปี 2002 นี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับ “ชื่อ” ของกระบวนการที่คู่พิพาทใช้ในการหาทางระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เนื่องจากชื่อของวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทอาจเลือกได้มีจำนวนมาก และแต่ละชื่อก็มีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ กฎหมายแม่แบบจึงให้ความสำคัญมากกว่ากับการบรรยายลักษณะของกระบวนการที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย โดยตราบไต่ที่

⁸ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2545), หน้า 10.

⁹ สุธาสนี สุภา, ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์, (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า. 8.

¹⁰ Jianlong Yu, Lijun Cao, A Guide to the CIETAC Arbitration Rules 1st Edition,(Oxford University Press; 1st edition ,2021) , p.221.

¹¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)

Article 1. Scope of application and definitions

For the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.

กระบวนการที่คู่พิพาทดำเนินการนั้นมีลักษณะของการร้องขอให้บุคคลภายนอกไม่ว่าจะมีจำนวนคนเดียวหรือหลายคนให้ช่วยคู่พิพาทในการหาข้อยุติสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างฉันทมิตรแล้วก็จะถือว่าเข้าลักษณะเป็น “การประนอมข้อพิพาท” (Conciliation) ตามความหมายของกฎหมายแม่แบบฉบับปี 2002 ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายแม่แบบฉบับปี 2002 จึงใช้บังคับกับทั้ง “การประนอมข้อพิพาท (Conciliation)” “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)” หรือกระบวนการอื่นที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันโดยลักษณะประการสำคัญอีกประการหนึ่งของการประนอมข้อพิพาท คือ ต้องมีลักษณะที่วางอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมและความสมัครใจของคู่พิพาทที่จะเป็นผู้กำหนดวิธีการหรือหนทางในการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้น¹² ทั้งนี้ บุคคลภายนอกที่จะทำหน้าที่ช่วยคู่พิพาทในการหาทางออกให้กับข้อพิพาทนั้น กฎหมายแม่แบบฉบับปี 2002 เรียกว่า “ผู้ประนีประนอม (Conciliator)” โดยในคู่มือสำหรับการบัญญัติกฎหมายตามกฎหมายแม่แบบ (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) ได้อธิบายบทบาทไว้ว่า เป็นการช่วยคู่พิพาทในการเจรจาต่อรองเงื่อนไขการระงับข้อพิพาท ที่สามารถสนองต่อความต้องการและ ผลประโยชน์ของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายโดยบุคคลภายนอกที่จะทำหน้าที่ผู้ประนีประนอมจะไม่มีอำนาจกำหนดหรือบังคับคู่พิพาทให้ต้องยอมรับวิธีการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในแนวทางใดแนวทางหนึ่ง ซึ่งจะต่างจากการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นและคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นจะมีสภาพบังคับเหนือคู่พิพาท¹³

UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง กระบวนการไม่ว่าจะเรียกว่าการประนอมข้อพิพาทการไกล่เกลี่ยหรือคำใด ๆ ที่มีความหมายคล้ายคลึงกัน โดยที่คู่พิพาทร้องขอให้บุคคลที่สาม หรือคณะบุคคล (ผู้ไกล่เกลี่ย) ทำหน้าที่ช่วยคู่พิพาทในความพยายามที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือนิติสัมพันธ์อื่นตามกฎหมาย ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจที่จะกำหนดข้อยุติหรือทางออกของข้อ

¹² Guide To Enactment And Use Of The UNCITRAL Model Law On International Commercial Conciliation (2002), A/CN. 9/514 para. 7.

¹³ Ibid.

พิพาทให้แก่คู่พิพาท¹⁴ ในคู่มือสำหรับการบัญญัติกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL Model Law 2018 (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)) ได้ให้คำอธิบาย คำว่า "การไกล่เกลี่ย" (Mediation) ว่า เป็นคำที่ใช้กันอย่างแพร่หลายสำหรับกระบวนการที่คู่สัญญาร้องขอโดยมีบุคคลที่สามหรือบุคคลที่ให้ความช่วยเหลือคู่สัญญาในการพยายามที่จะบรรลุข้อตกลงเชิงสมานฉันท์ของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือเกี่ยวข้องกับสัญญาหรือกฎหมายอื่น ๆ ความสัมพันธ์ในข้อความที่นำมาใช้ก่อนหน้านี้ กฎหมายแม่แบบฉบับปี 2002 และเอกสารที่เกี่ยวข้องของ UNCITRAL ใช้คำว่า "การประนีประนอม" (Conciliation) โดยเข้าใจว่าคำว่า "การประนีประนอม" (Conciliation) และ "การไกล่เกลี่ย" (Mediation) สามารถใช้แทนกันได้ ในเตรียมการแก้ไขกฎหมายแม่แบบปี 2002 คณะกรรมาธิการตัดสินใจที่จะใช้ คำว่า "การไกล่เกลี่ย" (Mediation) แทนเพื่อพยายามปรับคำศัพท์ให้เข้ากับความเป็นจริงและการใช้ข้อกำหนดในทางปฏิบัติและด้วยความคาดหวังว่าการเปลี่ยนแปลงนี้จะอำนวยความสะดวก การส่งเสริมและเพิ่มการเข้าถึงของกฎหมายแม่แบบปี 2002 การเปลี่ยนแปลงคำศัพท์นี้ไม่มีนัยสำคัญหรือแนวคิดแต่อย่างใด¹⁵

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 (The Singapore Convention 2019) ให้คำอธิบายของคำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) ว่า กระบวนการโดยไม่คำนึงถึงสำนวนที่ใช้หรือพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการ โดยฝ่ายต่าง ๆ พยายามที่จะบรรลุข้อตกลงยุติข้อพิพาทที่เป็นมิตรด้วยความช่วยเหลือจากบุคคลที่สามหรือบุคคล ('ผู้ไกล่เกลี่ย') (the mediator) โดยบุคคลดังกล่าวไม่มีอำนาจในการกำหนดแนวทางแก้ไขแก่คู่กรณีในข้อพิพาท¹⁶

¹⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018.

¹⁵ Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), para 7.

¹⁶ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018

(The Singapore Convention 2019), Article 2.3.

จากความหมายข้างต้นของการไกล่เกลี่ย (Mediation) และการประนอมข้อพิพาท (Conciliation) ผู้เขียนจึงเห็นว่าการ ไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทโดยหลักการแล้ว เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยมีคนกลางเข้ามาช่วยระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกัน มีความหมายไม่แตกต่างกันไม่ว่าจะใช้คำว่าไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงจะใช้คำว่าไกล่เกลี่ยในบริบทที่หมายถึงการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามมาช่วยในการระงับข้อพิพาท ไม่ว่าจะในเอกสารอื่นจะเรียกว่า การไกล่เกลี่ย หรือ การประนอมข้อพิพาท หรือการประนีประนอมยอมความ และผู้เขียนจะใช้คำว่า Mediation ในภาษาอังกฤษเพื่อให้ตรงกับคำย่อในรูปแบบของการระงับข้อพิพาทใหม่ผสม (Mixed Mode / Hybrid Process) ในรูปแบบต่าง ๆ ของคำว่าไกล่เกลี่ยเช่น Med – Arb , Arb – Med , Arb – Med – Arb เป็นต้น

2.2.2 ประวัติศาสตร์ของกฎหมายไกล่เกลี่ยในแต่ละภูมิภาค

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) ไม่ใช่เรื่องใหม่อะไรหากแต่มีการใช้วิธีการดังกล่าวมานับพันปีในสังคมแบบดั้งเดิม (Traditional societies) ที่ขาดระบบรัฐสมัยใหม่ (Modern state systems) และสถาบันทางกฎหมาย (Legal institutions) การระงับข้อพิพาทในยุคสมัยดังกล่าวได้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งภายในกลุ่มชนเผ่าและหมู่บ้าน การไกล่เกลี่ยยังคงเป็นวิธีการที่ต้องการของการแก้ไขข้อพิพาทในสังคมเหล่านี้¹⁷ ทั้งนี้ แนวความคิดของการไกล่เกลี่ยเป็นรูปแบบของการระงับข้อพิพาทย้อนหลังไปหลายพันปีโดยเฉพาะอย่างยิ่งบางส่วนในภูมิภาคเอเชีย การไกล่เกลี่ยมีบทบาทสำคัญในประวัติศาสตร์ของจีนโบราณ โดยเฉพาะตั้งแต่สมัยราชวงศ์ชั่นประมาณกว่า 202 ปีก่อนคริสตกาล ถึง ค.ศ. AD 220 เมื่อการดำเนินคดีถูกมองว่าเป็นการหวังกำไร (Commercializing) และทำให้ไร้คุณค่า (Trivializing) ในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มโนธรรม ชื่อเสียง ศิลธรรม สังคมชาวจีนตระหนักดีว่าข้อพิพาทไม่ได้ส่งผลกระทบต่อเพียงแต่ความขัดแย้งเท่านั้นแต่ยังส่งผลกระทบต่อเรื่องอื่น ๆ ดังนั้น สังคมชาวจีนจึงมองว่าการไกล่เกลี่ยจะนำไปสู่ความสมานฉันท์ การไกล่เกลี่ยจึงเป็นกลไกที่ใช้บ่อยที่สุดในการแก้ไขข้อพิพาทและได้มีประสิทธิภาพมากโดยมาจากการที่คู่พิพาทในเครือข่ายสังคมต่างมีส่วนร่วมในข้อพิพาทของตน รวมถึงเป็น

“Mediation” means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (“the mediator”) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute.

¹⁷ Boulle, Mediation: Principles, Process, Practice (Chatswood, NSW, 3rd ed, LexisNexis, 2011) p. 50.

กระบวนการแก้ไขปัญหามีเป้าหมายหลักในการฟื้นฟูความสัมพันธ์ของคนในสังคม¹⁸ จากการไกล่เกลี่ยที่เป็นเพียงเทคนิคของการระงับข้อพิพาทในยุคโบราณสู่แนวคิดของกฎหมายพ่อค้า (Merchant Law) นำมาสู่การทำให้เกิดแนวคิดของการทำให้การไกล่เกลี่ยที่เป็นอยู่ในสถานะเทคนิคสู่การทำให้เป็นกฎหมายไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นในระบบกฎหมายของภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งมีผู้กล่าวว่า การไกล่เกลี่ยเป็นอนุญาโตตุลาการรูปแบบใหม่ (New Arbitration)¹⁹ ซึ่งในบทความต่อไปนี้จะนิยามนิพนธ์ของผู้เขียนจะกล่าวถึงการทำให้การไกล่เกลี่ยเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งเป็นพื้นฐานของแนวคิดการระงับข้อพิพาทโหมดผสมระหว่าง การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

2.2.2.1 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการวิวัฒนาการของกฎหมายไกล่เกลี่ย ในสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเดิมที่การไกล่เกลี่ยเป็นเพียงเทคนิคในการระงับข้อพิพาท ภายหลังก่อร่างขึ้นทำให้การไกล่เกลี่ยกลายเป็นกฎหมาย โดยกฎหมายการไกล่เกลี่ยของประเทศสหรัฐอเมริกาอาจกล่าวได้ว่าถือกำเนิดขึ้นในช่วง ปี ค.ศ. 1997 โดยความริเริ่มจากองค์กรวิชาชีพในเวลานั้น ซึ่งได้แก่ แผนกการระงับข้อพิพาทแห่งสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกา (American Bar Association Section of Dispute Resolution) และที่ประชุมของคณะกรรมการด้านกฎหมายแม่แบบ (Conference of Commissioners on Uniform State Laws : NCCUSL) ได้มีการในการพิจารณาถึงความจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย โดยประเด็นสำคัญประการหนึ่งคือหน้าที่ในการรักษาความลับของผู้ไกล่เกลี่ย เนื่องจากในขณะนั้นได้มีการตรากฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการรักษาความลับของกระบวนการไกล่เกลี่ยหลายพันฉบับ จึงนำไปสู่การพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย ในปี ค.ศ. 2001 ออกเป็นกฎหมายแม่แบบ the Uniform of Mediation Act 2001 (“UMA”) ซึ่งได้รับการรับรองจากทั้งสององค์กรตลอดจนกลุ่มระงับข้อพิพาทหลายกลุ่ม เพื่อให้มลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกานำไปออกกฎหมายภายในและนำไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในมลรัฐของตน²⁰

¹⁸ J G Mowatt, *Mediation and Chinese Legal Theory*, (South African Law Journal 349), p. 351– 353.

¹⁹ Jacqueline Nolan-Haley, *Mediation: The "New Arbitration"*, (Harvard Negotiation Law Review Vol. 17:61 ,2012). p. 61.

²⁰ Kimberlee K. Kovach, *The Evolution of Mediation in the United States: Issues Ripe for Regulation May Shape the Future of Practice Global Trends in Mediation* ((Alexander Second Edition,2006). p.436 – 437.

2.2.2.2 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของการไกล่เกลี่ยในสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปมีความสนใจวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) มาเป็นเวลานานแล้วนอกเหนือไปจากการดำเนินคดีในศาล (Litigation) ความสนใจของสหภาพยุโรปในแง่นี้มีการพัฒนาไปไกลถึงการไกล่เกลี่ยข้ามพรมแดน (Cross Border) ในช่วงปี ค.ศ. 1998 เมื่อคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปในขณะนั้น มีแนวคิดในการนำทบทบัญญัติของสนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม (Amsterdam Treaty) ไปใช้ในด้านเสรีภาพ ความมั่นคง ความยุติธรรม และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ภายหลังในปี ค.ศ.2000 ในการประชุมที่เมืองลิสบอน กลุ่มประเทศสมาชิกแห่งสหภาพยุโรปยอมรับบทบาทที่เรียกกันว่าการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ในการส่งเสริมความเชื่อมั่นของผู้บริโภคในการอุตสาหกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) นำไปสู่การตีพิมพ์ Green Paper ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางเลือกในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law)²¹ โดยมี การตั้งข้อสังเกตว่าด้วยการสร้างตลาดภายในและการเพิ่มขึ้นของการค้าและการเคลื่อนย้ายของพลเมือง สหภาพยุโรปที่ตามมานั้นมีจำนวนข้อพิพาทข้ามพรมแดนที่นำขึ้นศาลเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งนำไปสู่การตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยออกมาในปี ค.ศ. 2008 the Directive 2008/52/EC on Civil and Commercial Mediation ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการไกล่เกลี่ยและเพื่อบูรณาการการเข้าถึงความยุติธรรม²² โดยกฎหมายฉบับนี้ของสหภาพยุโรปมีความน่าสนใจตรงที่นอกจากจะใช้บังคับกับข้อพิพาทภายในประเทศแล้ว ยังสามารถนำไปใช้บังคับข้ามพรมแดนระหว่างประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปได้อีกด้วย สหภาพยุโรปถือเป็นประเทศแรก ๆ ที่พัฒนาออกกฎหมายรองรับการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ แม้จะจำกัดเพียงแค่นี้สมาชิกของสหภาพยุโรปก็ตาม

²¹ Ann Brady, 'Mediation Developments in Civil and Commercial Matters within the European Union', *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); Kluwer Law International 2009, Volume 75 Issue 3). p.390 – 399.

²² Anna Howard, *The EU's Efforts to Promote Cross-Border Mediation EU Cross-Border Commercial Mediation: Listening to Disputants - Changing the Frame; Framing the Changes* (Howard; Jan 2021). p.12 – 13.

2.2.2.3 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการวิวัฒนาการของกฎหมายไกล่เกลี่ย ภูมิภาคเอเชีย

ในภูมิภาคเอเชียนั้นอาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายของประเทศที่สำคัญในการพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกรด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยที่มีประสิทธิภาพที่สุดประเทศหนึ่งคือ ประเทศสิงคโปร์ โดยประเทศสิงคโปร์ได้เริ่มมีการนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้อย่างเป็นทางการใน พ.ศ.2533 ผ่านทางสถาบันต่าง ๆ ที่ได้จัดขึ้น ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2539 ศาสตราจารย์เอส จายากุมาร์ ซึ่งในขณะนั้นเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกฎหมาย ได้มอบหมายให้คณะกรรมการระหว่างหน่วยงานช่วยส่งเสริมกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution - ADR)²³ ต่อมาเมื่อวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ.2540 ประธานศาลฎีกาสิงคโปร์ได้จัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre) เพื่อจัดการเกี่ยวกับข้อพิพาททางพาณิชย์ (Commercial Dispute) ภายหลังจากในปี พ.ศ. 2541 ประเทศสิงคโปร์ได้มีการออกกฎหมายที่เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาททางเลือก ได้แก่ พระราชบัญญัติศูนย์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชุมชน (Community Mediation Centre Act) โดยในประเทศสิงคโปร์มีศูนย์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งประเทศสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre: SMC) ซึ่งมีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในภูมิภาคเอเชียเริ่มก่อรูปร่างขึ้นอย่างเต็มรูปแบบ โดยในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการริเริ่มก่อตั้ง สมาคมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งเอเชีย (Asian Mediation Association) ขึ้น โดยความคิดริเริ่มของ ศูนย์ไกล่เกลี่ยสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre) ร่วมกับสมาชิกผู้ก่อตั้งอีกสี่แห่ง ได้แก่ ศูนย์ไกล่เกลี่ยฮ่องกง (Hong Kong Mediation Centre) ศูนย์ไกล่เกลี่ยอินโดนีเซีย (Indonesian Mediation Center) ศูนย์ไกล่เกลี่ยมาเลเซีย (Malaysian Mediation Centre) และ ศูนย์ไกล่เกลี่ยฟิลิปปินส์ (Philippine Mediation Center) มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างเวทีสำหรับการแบ่งปันทรัพยากรแนวปฏิบัติและองค์ความรู้ตลอดจนโครงสร้างพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทระดับภูมิภาคซึ่งจะส่งเสริมการลงทุนข้ามพรมแดนและกิจกรรมทางการค้าในภูมิภาคเอเชีย²⁴ แต่อย่างไรก็ดีในภูมิภาคเอเชียนั้นยังไม่มีกฎหมายแม่แบบที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยเหมือนดังเช่น กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (The Uniform of Mediation Act 2001 (“UMA”)) และ

²³ Community Mediation Centre [Online] Accessed: 2 2 October 2022. Available from: <https://cmc.mlaw.gov.sg/about-us/history/>

²⁴ Carol Liew ,Recent Developments in Mediation in East Asia ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II (Ingen-Housz (ed.); Jan 2010). p.516 – 517.

กฎหมายของสภายุโรป (the Directive 2008/52/EC on Civil and Commercial Mediation) ที่มีการตราขึ้นมาเพื่อเป็นต้นแบบในการใช้บังคับในรัฐหรือกลุ่มประเทศสมาชิก

2.2.3 ประเภทของการไกล่เกลี่ย

ในบริบทการระงับข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ (Commercial Dispute Resolution) มีการพัฒนารูปแบบต่างๆ ของการไกล่เกลี่ย ซึ่งสะท้อนถึงการแนวทางปฏิบัติในการไกล่เกลี่ย ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดคือการไกล่เกลี่ยแบบประเมิน (Evaluative Mediation) และการไกล่เกลี่ยเชิงอำนวยความสะดวก (Facilitative Mediation) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ การพิจารณาก่อนการไกล่เกลี่ยมีความสำคัญในการวางรากฐานสำหรับการไกล่เกลี่ยที่เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์รูปแบบของกระบวนการไกล่เกลี่ยก็มีความสำคัญเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาประเด็นต่างๆ เช่น ระยะเวลาจำกัด (imitation periods) การปกป้องความลับ (confidentiality protection) และค่าใช้จ่าย (costs) กระบวนการไกล่เกลี่ยได้พัฒนาผ่านขั้นตอนในระหว่างที่ผู้ไกล่เกลี่ยช่วยคู่กรณีในการแก้ปัญหา โดยการไกล่เกลี่ยอาจแบ่งประเภทได้ 4 ประเภท ดังนี้²⁵

2.2.3.1 การไกล่เกลี่ยอำนวยความสะดวก (Facilitative Mediation)

ในการไกล่เกลี่ยอำนวยความสะดวกหรือการไกล่เกลี่ยแบบดั้งเดิม (Traditional Mediation) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่เพียงแค่พยายามอำนวยความสะดวกในการเจรจาระหว่างคู่สัญญาที่มีความขัดแย้ง จะให้คำแนะนำหรือวางแนวทางรวมถึงตัดสินใจไม่ได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องสนับสนุนให้คู่พิพาทได้หาทางออกโดยสมัครใจโดยในการไกล่เกลี่ยอำนวยความสะดวก การไกล่เกลี่ยแบบอำนวยความสะดวกจึงตั้งพื้นฐานของผลประโยชน์ของคู่พิพาทเพื่อแก้ไขปัญหาเพื่อหลีกเลี่ยงสถานะและเจรจาในรูปของพิพาทกำหนดความต้องการและผลประโยชน์แทนที่จะจำกัดเฉพาะสิทธิทางกฎหมาย ในการไกล่เกลี่ยรูปแบบนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้เชี่ยวชาญในกระบวนการและเทคนิคการไกล่เกลี่ยไม่จำเป็นที่จะเป็นผู้เชี่ยวชาญในเนื้อหาทางกฎหมายของเรื่องที่พิพาท

2.2.3.2 การไกล่เกลี่ยแบบประเมินผล (Evaluative Mediation)

การไกล่เกลี่ยแบบประเมินรูปแบบหนึ่งของการไกล่เกลี่ยที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่เพิ่มเติมที่สามารถให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะและแสดงความคิดเห็น โดยต่างจากการไกล่เกลี่ยแบบอำนวยความสะดวกที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่อาจกระทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยเชิงประเมิน

²⁵ Ronan Feehily, *International Commercial Mediation Law and Regulation in Comparative Context*, (Cambridge University Press, September 2022). p.83- 88.

อาจมีช่วยฝ่ายต่าง ๆ ประเมินข้อดีทางกฎหมายของข้อพิพาทของคู่พิพาทได้และสามารถทำการตัดสินใจ ข้อพิพาทเบื้องต้นโดยได้ผลในระดับที่ใกล้เคียงกับคำพิพากษาของศาล การไกล่เกลี่ยแบบประเมินมัก ใช้ในการไกล่เกลี่ยที่ได้รับคำสั่งจากศาล (Court-Mandated mediation) และผู้ไกล่เกลี่ยแบบ ประเมินมักจะเป็นทนายความที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายในข้อพิพาทนั้น ๆ

2.2.3.3 การไกล่เกลี่ยการเปลี่ยนแปลง (Transformative Mediation)

Robert A. Baruch Bush และ Joseph P. Folger²⁶ ได้อธิบายว่า การไกล่ เกลี่ยเพื่อการเปลี่ยนแปลง ผู้ไกล่เกลี่ยจะมุ่งเน้นไปที่การให้อำนาจแก่คู่พิพาทเพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งและ สนับสนุนให้คู่พิพาทได้รับรู้ถึงความต้องการและความสนใจของกันและกัน ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยเพื่อการ เปลี่ยนแปลงมีรากฐานมาจากประเพณีของการไกล่เกลี่ยเพื่ออำนวยความสะดวก กระบวนการดังนี้มี วัตถุประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลงค่านิยมและความสัมพันธ์ของคู่พิพาทผ่านกระบวนการที่สร้างสรรค์

2.2.3.4 การไกล่เกลี่ยแบบประนีประนอม (Settlement Mediation)

การไกล่เกลี่ยแบบประนีประนอมมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดการ ต่อรองเพื่อนำไปสู่การประนีประนอม ที่จุดกึ่งกลางระหว่างความต้องการของคู่พิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยมี บทบาทในการกำหนดความต้องการขั้นต่ำของคู่พิพาทเข้าแทรกแซงนำจากขั้นของสถานะไปสู่จุดของ การประนีประนอม นำไปใช้ในข้อพิพาททางพาณิชย์ ความเสียหายต่อบุคคลและทางอุตสาหกรรม

2.2.4 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

2.2.4.1 หลักการรักษาความลับ (Confidential)

การรักษาความลับในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกระบวนการไกล่เกลี่ย²⁷ โดยมุ่งเน้นไปที่ความคุ้มครองในทาง กฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานในกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นสามารถเกิดขึ้นได้จาก เอกสิทธิ์ (Privilege) สัญญา (Contractual) และกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณี (Rules of customary law) หากมีการคุ้มครองตามกฎหมายที่ครอบคลุม คู่พิพาทอาจไม่ต้องระบุหรือกำหนดไว้ในข้อสัญญา ของตนเพื่อปกป้องพยานหลักฐานจากการที่คู่พิพาทได้เปิดเผยในกระบวนการไกล่เกลี่ยหรืออาศัยเอก สิทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะมีข้อยกเว้นหลายประการ หลักการรักษาความลับนั้นตั้งอยู่

²⁶ Bush, Robert A. Baruch , The promise of mediation : the transformative approach to conflict ,(San Francisco: Jossey – Bass,2005). p.41.

²⁷ Klaus J. Hopt and Felix Steffek, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective (Oxford, Oxford University Press 2013). p. 228.

บนพื้นฐานที่ว่า การกระทำหรือข้อมูลรวมถึงพยานหลักฐานใดก็ตามที่ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้พูดหรือกระทำลงในการประชุมต่างๆที่เกิดขึ้นระหว่าง กระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลต่างๆ นั้นแก่บุคคลภายนอก และผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรักษาความลับอย่างเคร่งครัด หลักการรักษาความลับจึงถือว่าเป็นหลักประกันและแสดงถึงความซื่อสัตย์สุจริตรวมถึงชื่อเสียงของผู้ไกล่เกลี่ย และผู้ไกล่เกลี่ยได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ ความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับการส่งเสริมจากการรักษาความลับ²⁸ ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยนั้นไม่สำเร็จและคดีได้ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาล หรืออนุญาโตตุลาการ ภายใต้หลักการรักษาความลับผู้ไกล่เกลี่ยก็จะได้รับความคุ้มครองมิให้ศาลหมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยไปให้การในศาลเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับทราบจากการทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นั้นๆ และคู่ความที่เกี่ยวข้องจะต้องให้ความร่วมมือในการรักษาความลับเกี่ยวกับประเด็นหรือข้อเรียกร้องของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย²⁹

2.2.4.2 หลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment)

หลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment) เป็นหลักการที่ให้อำนาจแก่คู่กรณีนั้นสามารถตัดสินใจโดยสมัครใจและไม่ถูกบังคับ โดยแต่ละฝ่ายจะตัดสินใจอย่างอิสระและมีความรู้เกี่ยวกับกระบวนการและผลลัพธ์ของกระบวนการ ทั้งนี้คู่กรณีอาจใช้การตัดสินใจด้วยตนเองในทุกขั้นตอนของกระบวนการไกล่เกลี่ยตั้งแต่ การเลือกผู้ไกล่เกลี่ย การออกแบบกระบวนการการไกล่เกลี่ย การเข้าร่วมหรือถอนตัวจากกระบวนการและกำหนดผลลัพธ์ของกระบวนการไกล่เกลี่ย³⁰ ดังนั้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยไม่อาจให้ข้อเสนอแนะความคิดเห็น และข้อเสนอแนะที่อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการแก่คู่กรณีในการระงับข้อพิพาท หลักการให้อำนาจแก่คู่กรณีจึงถือเป็นคุณลักษณะพิเศษของกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นกระบวนการที่ให้อำนาจแก่คู่กรณียุติข้อพิพาทด้วยตนเอง³¹ ทั้งนี้ เมื่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้รับการออกแบบมาเพื่อให้คู่กรณีมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับข้อพิพาทด้วยตนเอง เช่น เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการไกล่

²⁸ Ronan Feehily, supra note 25, p.246 – 247.

²⁹ David Spencer, *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press; 1st edition (February 12, 2007), p.85 – 87.

³⁰ American Arbitration Association, and the Association for Conflict Resolution, *Model Standards of Conduct for Mediators* (2005) Standard 1 .

³¹ Robert A. Baruch Bush, *Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation*, (University of Florida Law Review. VOLUME 41,1989). p. 267.

เกลี้ยที่คู่กรณีกำหนดขึ้นเองไม่สำเร็จลุล่วงตามที่ได้กำหนด และข้อพิพาทนั้นถูกส่งต่อเพื่อให้ศาลหรือองค์กรระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นๆ ตัดสิน อำนาจที่คู่ความได้รับในการไกล่เกลี่ยนั้นก็จจะระงับไปโดยปริยายและผลลัพธ์ของข้อพิพาทนั้นก็จะมีได้ขึ้นอยู่กับคู่พิพาท สิ่งที่มีการไกล่เกลี่ยสามารถทำได้ซึ่งกระบวนการอื่นไม่สามารถทำได้ก็คือการให้อำนาจแก่ฝ่ายต่างๆ เพื่อก่อให้เกิดการยอมรับระหว่างคู่พิพาทเอง สิ่งเหล่านี้เป็นอำนาจเฉพาะตัวของคู่พิพาทและมีคุณค่า ผู้ไกล่เกลี่ยมีบทบาทในฐานะคนกลาง คือ การทำหน้าที่เพื่อตอบสนองอำนาจของคู่พิพาทเท่านั้นไม่มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท³²

2.2.4.3 หลักความเป็นกลาง (Neutrality)

หลักการพื้นฐานที่โดดเด่นในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยอีกหนึ่งหลัก คือ หลักความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะในบริบทภายใต้การตัดสินใจด้วยตนเองของคู่กรณีตามหลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment) ประเด็นนี้ก่อให้เกิดการอภิปรายในหัวข้อต่างๆ มากมาย เช่น ความเป็นกลางสามารถกำหนดได้อย่างไร มีวิธีการควบคุมความเป็นกลางอย่างไร หน้าที่และวิธีการที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะก่อให้เกิดความเป็นกลางมีอยู่อย่างไร ปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นไปได้หรือไม่ในทางปฏิบัติซึ่งเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากการแทรกแซงของผู้ไกล่เกลี่ยมีผลที่จะก่อให้เกิดการทำลายความเป็นกลางในกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ และยังสามารถกระทบต่อหลักการให้อำนาจแก่คู่กรณี (Empowerment) หลักความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นองค์ประกอบสำคัญของการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม นักวิชาการส่วนใหญ่พยายามที่จะแสวงหาคำนิยามที่เหมาะสมของความเป็นกลางและพัฒนาฉันทามติเกี่ยวกับวิธีการกำหนดความเป็นกลาง

Sara Cobb & Janet Rifkin ได้ให้นิยามของหลักความเป็นกลางในกระบวนการไกล่เกลี่ย ว่าหมายถึง ในรูปแบบทั่วไปแล้วโดยส่วนใหญ่ความเป็นกลางอาจหมายถึงการไม่มีอคติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และการใช้ตำแหน่งของผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อสร้างสมดุลของการกระจายอำนาจระหว่างคู่พิพาทอย่างเหมาะสม³³

³² David Spencer, supra note 29, p 88.

³³ Sara Cobb, Janet Rifkin, *Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation*, (Law & Social Inquiry, Vol. 16, No. 1, Winter, 1991), p. 35-62.

David Spencer อธิบายว่าโดยพื้นฐานแล้วหมายความว่า เป็นหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะแยกความคิดเห็นและความเชื่อส่วนบุคคลออกจากกระบวนการไกล่เกลี่ยในการใช้ความเป็นกลาง ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องช่วยเหลือทั้งสองฝ่ายในการมาถึงผ่านการตัดสินใจด้วยตนเองรวมถึงข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญา³⁴

หลักความเป็นกลางที่มีลักษณะเฉพาะในกระบวนการไกล่เกลี่ยจึงมีความแตกต่างกับการระงับข้อพิพาทในรูปแบบของวิธีการอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาคดีโดยศาล โดยที่หลักความเป็นกลางในกระบวนการไกล่เกลี่ยคู่พิพาทสามารถรับรู้ได้อย่างสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยประพฤติตนในลักษณะที่เหมาะสม ผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องมีหน้าที่ดูแลกระบวนการไกล่เกลี่ยและในขณะเดียวกันผู้ไกล่เกลี่ยต้องอำนวยความสะดวกให้คู่กรณีเจรจากันได้โดยไม่มีการขัดขวางโดยไม่จำเป็น³⁵ ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่โดยการดำเนินการในฐานะผู้อำนวยความสะดวกเท่านั้นและละเว้นการแทรกแซงในการสนับสนุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือพยายามโน้มน้าวให้คู่กรณีตกลงกันโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีก่อน³⁶ ทั้งนี้ มาตรฐานแนวทางปฏิบัติในการไกล่เกลี่ยของอังกฤษยืนยันว่าผู้ไกล่เกลี่ยมีอำนาจในการแทรกแซงกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อเสนอแนวทางแก้ไขที่เป็นไปได้และเพื่อให้แน่ใจว่ามีการให้คำแนะนำที่ถูกต้องแก่คู่สัญญา³⁷ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความเป็นกลางไม่ได้กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจเหนือกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งเห็นได้ชัดว่า ขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการไกล่เกลี่ยจำเป็นต้องมีระดับการแทรกแซงของผู้ไกล่เกลี่ยที่แตกต่างกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการไกล่เกลี่ยซึ่งจำเป็นต้องกล่าวถึงประเด็นต่างๆ ของกฎหมาย³⁸

2.2.3.4 หลักความสมัครใจ (Voluntariness)

การบังคับให้คู่สัญญาเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการขัดต่อหลักความสมัครใจ (Voluntariness) แต่อย่างไรก็ตามมีหลายประเทศที่ใช้ระบบไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ

³⁴ David Spencer, supra note 29, p 92.

³⁵ Nauss-Exon, How Can a Mediator Be Both Impartial and Fair: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators, (Journal of Dispute Resolution, 2006). p. 325.

³⁶ Simon Roberts and Michael Palmer, Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making , (Cambridge University Press; 2nd edition (November 21, 2005). p.15.

³⁷ Julie Macfarlane, The Trusted Mediator: Ethics and Interaction in Mediation in Rethinking Disputes: the Mediation Alternative , (Routledge-Cavendish; 1st edition February 1, 1997). p.325.

³⁸ Bernard Mayer , Dynamics of Power in Mediation and Negotiation ,Mediation Quarterly Issue: 16 Dated: (Summer 1987) p.75-86.

(Mandatory Mediation) ให้ความรู้ความในข้อพิพาทบางประเภทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ เหตุผลที่หลักความสมัครใจของคุณจะเป็นหนึ่งในหลักการของการไกล่เกลี่ยก็เนื่องจากการที่คุณมีความประสงค์ที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยปราศจากการบังคับจากบุคคลภายนอกหรือปัจจัยอื่นใด ย่อมมีความพยายามในการหาทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นหรือให้ความร่วมมือต่อกระบวนการมากกว่า จากเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้นอาจนำไปสู่ปัญหาที่ว่าความสมัครใจของคุณนั้น จะต้องคงมีอยู่ตลอดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือจะต้องมีอยู่ในบางขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยเท่านั้น ในเรื่องนี้จะเห็นว่า ในวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกบางลักษณะเช่น การเจรจาต่อรอง (Negotiation) หรือการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท (Mediation or Conciliation) องค์ประกอบของความสมัครใจหรือความยินยอมนี้จะต้องมีอยู่ตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งการดำเนินการสิ้นสุด หากแม้เมื่อเริ่มดำเนินการคู่พิพาททุกฝ่ายได้สมัครใจยินยอมที่จะใช้วิธีการเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือประนอมข้อพิพาทแล้ว แต่ต่อมาเมื่อมีการดำเนินการไปแล้วบางส่วน คู่พิพาทบางฝ่ายอาจจะไม่สมัครใจที่จะใช้วิธีการดังกล่าวนี้อีกต่อไป การดำเนินการก็จะสิ้นสุดลงทันทีที่ความสมัครใจหรือความยินยอมนี้สิ้นสุดลงด้วย แต่ในบางกรณีหลักเรื่องความสมัครใจนี้อาจจะจำเป็นเฉพาะเพียงในขั้นเริ่มต้นที่ตกลงให้ใช้วิธีการบางวิธีการ เช่น กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และเมื่อมีความตกลงดังกล่าวนี้แล้วต่อมาคู่พิพาทไม่อาจเปลี่ยนใจแต่เพียงฝ่ายเดียวที่จะไม่ใช้วิธีการดังกล่าวได้ เพราะหากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ตกลงเปลี่ยนวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยแล้ว คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งนั้นมีสิทธิที่จะดำเนินการกระบวนการตามที่ได้มีการตกลงกันไว้ตั้งแต่นั้นแรก และหากเมื่อดำเนินการกระบวนการแล้วได้ผลอย่างหนึ่งอย่างใดผลนั้นย่อมผูกพันคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ตกลงให้ใช้วิธีการเหล่านี้ทุกฝ่ายด้วย

2.3 ลักษณะทั่วไป และหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

2.3.1 ลักษณะทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ให้ความหมายว่า อนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด³⁹

³⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 9.

ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ให้ความหมายว่า เป็นกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเหมือน คำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของ กฎหมายประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และ ข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้า⁴⁰

ศาสตราจารย์ Gary b. born ให้ความหมายของอนุญาโตตุลาการ ว่าเป็นกระบวนการที่ฝ่ายต่างๆ ยินยอมส่งข้อพิพาทไปยังผู้มีอำนาจตัดสินใจที่ไม่ใช่รัฐ ซึ่งเลือกโดยหรือสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีผลผูกพันตามคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้นในที่สุด ตามขั้นตอนการพิจารณาตัดสินชี้ขาดที่เป็นกลางซึ่งเปิดโอกาสให้ฝ่ายต่างๆ ได้รับการพิจารณา โดย ศาสตราจารย์ Gary b. born ให้องค์ประกอบของกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญด้วยกัน ได้แก่⁴¹

- 1.) ความยินยอมในการแก้ไขข้อพิพาท (Consensual Means to Resolve Disputes)
- 2.) ผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดจะต้องไม่ใช่รัฐ แต่ถูกเลือกโดยคู่สัญญา (Non-Governmental Decision-Maker Selected by or for Parties)
- 3.) การชี้ขาดตัดสินจะมีผลผูกพันคู่สัญญา (Final and Binding Decision)
- 4.) การใช้กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี (Use of Adjudicatory Procedures)

ศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทโรภากร ได้อธิบายลักษณะสำคัญโดยทั่วที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้⁴²

⁴⁰ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้าที่ 19.

⁴¹ Gary B. Born, Introduction to International Arbitration International Arbitration: Law and Practice (Third Edition) (Kluwer Law International , Jun 2021) p. 3-4.

⁴² อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536) น. 20.

1.) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทใดที่จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ ย่อมเป็นไปตามนโยบายกฎหมายของแต่ละประเทศว่ากิจการใดบ้างที่มีผลต่อความสงบเรียบร้อยที่ต้องการให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในกิจการดังกล่าว

2.) บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องไม่ใช่ ผู้เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทนั่นเอง หากแต่เป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกหรือแต่งตั้งจากคู่กรณี หรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดๆ โดยเฉพาะ

3.) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นไป ตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญามากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้

4.) อนุญาโตตุลาการต้องทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาคความ (judicial way) จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ต้องยึดติดกับกฎหมายวิธีพิจารณาคความโดยเคร่งครัดเหมือนกับศาลเพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล แต่อนุญาโตตุลาการจะต้องยึดถือหลักแห่งความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นต้นว่า ต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีและจะต้องตัดสินโดยอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาเสนอ

5.) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นกระบวนการ พิจารณาที่เอกชนทำกันเอง ดังนั้น กฎหมายในประเทศต่างๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุด เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาคความการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยดีและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น

6.) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุดหมายความว่าผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาด

นั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยุติธรรมให้ทำการบังคับคำชี้ขาดนั้นได้

7.) การพิจารณาและการทำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับเพียงกรณีที่จำเป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย การนำคำชี้ขาดไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับให้จึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับให้

2.3.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจเป็นอนุญาโตตุลาการสถาบัน (Institutional Arbitration) หรือ อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)⁴³ โดยมีความแตกต่างที่สำคัญทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติระหว่างอนุญาโตตุลาการสองรูปแบบนี้ อนุญาโตตุลาการสถาบันดำเนินการตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการสถาบัน (institutional arbitration rules) ซึ่งรวมเข้าด้วยกันโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญา (Arbitration Agreement) อนุญาโตตุลาการสถาบันดำเนินการตามกฎหมายของสถาบันและในทางปฏิบัติมักจะได้รับ การดูแลโดยผู้มีอำนาจแต่งตั้งที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (appointing authority) ในทางตรงกันข้าม อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration) จะดำเนินการโดยไม่ได้รับประโยชน์จากหน่วยงานที่แต่งตั้งโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้จะมีขึ้นอยู่แล้วขึ้นอยู่กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญาและกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศที่บังคับใช้เท่านั้น

2.3.2.1 อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration)

อนุญาโตตุลาการสถาบันดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการเฉพาะองค์กรหลายแห่งให้บริการอนุญาโตตุลาการเชิงสถาบันแก่ผู้ใช้บริการระหว่างประเทศ ซึ่งบางครั้งปรับให้เหมาะสมกับความต้อการเชิงพาณิชย์หรือความต้อการอื่นๆ สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่รู้จักกันดีที่สุดคือหอการค้าระหว่างประเทศ (“ICC”) ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (“SIAC”) สมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา (“AAA”) และศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (“ICDR”) ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของลอนดอน (“LCIA”), ศูนย์

⁴³ Gary B. Born, supra note 41, p. 28 – 29.

ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (“ICSID”) และศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (“PCA”) เป็นต้น

2.3.2.2 อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)

อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจมีลักษณะเฉพาะคือ กระบวนการพิจารณาจะเป็นไปตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ คู่สัญญาจะต้องดำเนินการต่าง ๆ ด้วยตนเอง ตั้งแต่ต้นจนกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการและทำความเข้าใจความตกลงร่วมกันเกี่ยวกับขั้นตอนกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ โดยในข้อสัญญาหรือความตกลงนี้จะมีได้กำหนดให้ใช้กฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดสถาบันหนึ่งโดยเฉพาะ

2.3.3 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ

2.3.3.1 หลักการรักษาความลับ (Confidentiality)

การรักษาความลับถือเป็นหนึ่งหลักการพื้นฐานที่โดดเด่นที่สุดหลักการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหมายความว่า การมีอยู่ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ พยานหลักฐาน เอกสารต่าง ๆ ที่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และผลชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่สามารถเปิดเผยต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกกระบวนการได้ มีเพียงคู่กรณีพิพาทผู้มีอำนาจตามกฎหมายของคู่พิพาท และผู้ที่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษจากแต่ละฝ่ายสามารถเข้าร่วมฟังการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้เท่านั้น⁴⁴

2.3.3.2 หลักอิสระของคู่สัญญา (Private Autonomy)

หลักอิสระของคู่สัญญา (Private Autonomy) เมื่อกล่าวถึงบริบทของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หมายถึง เสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายต่างๆ ที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญาอย่างอิสระโดยไม่มีการควบคุมใด ๆ ดังนี้บรรดากฎหมาย กฎเกณฑ์ นอกจากนี้ คู่สัญญามีอิสระอย่างสมบูรณ์ในการกำหนดเงื่อนไขซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะมีผลบังคับใช้ นอกจากนี้ คู่สัญญาจะมีอิสระในการเลือกสถานที่อนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่ใช้บังคับเนื้อหาของข้อพิพาท และกฎหมายที่ใช้ควบคุมขั้นตอนอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญา หลักการนี้เป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการในเขตอำนาจศาล

⁴⁴ Klaudia Fabian, Confidentiality In International Commercial Arbitration – To Whom Does The Duty Of Confidentiality Extend In Arbitration?, (Central European University, 2011) p.123 – 124.

ต่างๆ และอนุสัญญาระหว่างประเทศเกือบทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ครอบคลุมถึงหลักอิสระของคู่สัญญา เช่น มาตรา 19 ของ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006⁴⁵ มาตรา 46 (1) ของ The United Kingdom Arbitration Act, 1996⁴⁶ และมาตรา 5 (1) (d) ของ United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958⁴⁷ เป็นต้น

2.3.3.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ (Due Process)

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Due process) ถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (The principles of natural justice) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีองค์ประกอบทั่วไปได้แก่ การพิจารณาคดีด้วยความยุติธรรม (fair hearing) การปฏิบัติต่อคู่ความทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน (equal treatment) หลักการให้โอกาสคู่พิพาทในการนำเสนอคดี (opportunity to present the case) ซึ่งถือเป็นหลักการทั่วไปที่ ถูกบัญญัติในกฎหมาย

⁴⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006

Article 19 (1) which provides thus: “Subject to the provision of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings:” see also s 1 (b) of the UK. Arbitration Act 1996.

⁴⁶ The United Kingdom Arbitration Act, 1996

Rules applicable to substance of dispute.

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute—

(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or

(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.

⁴⁷ United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958

Article V 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place;

อนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ รวมถึงกฎอนุญาโตตุลาการสถาบันด้วยเช่นกัน⁴⁸ การละเมิดหลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ (Due Process) อาจส่งผลให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งคัดค้านหรือรัฐที่บังคับตามคำชี้ขาดปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ เช่น มาตรา 18 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)⁴⁹ และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (United Nation Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) มาตรา 5(1) (b)⁵⁰

2.4. แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ

การไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่แตกต่างกันโดยพื้นฐาน รูปแบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยอาจดูเหมือนอนุญาโตตุลาการ และรูปแบบการตัดสินที่ไม่เป็นทางการอาจดูเหมือนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย แต่กระบวนการทั้งสองนั้นต่างกันอย่างชัดเจน ความแตกต่างพื้นฐานคือ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นคู่กรณีจะตัดสินใจว่าการแก้ปัญหาคืออะไร ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการนั้นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทจะเป็นผู้ตัดสิน

⁴⁸ Mohammed Zaheeruddin, Due Process of Law in International Commercial Arbitration with Special Reference to Production of Documents, (Journal of Law and Criminal Justice Vol. 4, No. 1, June 2016). p. 89-96.

⁴⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006

Article 18. The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

⁵⁰ United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958

Article V 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case;

ซึ่ชาติ⁵¹ อนุญาโตตุลาการอาจถูกมองว่าเปรียบเสมือนกับ “ผู้ทรงอำนาจ” (Almighty) กล่าวคือเป็นบุคคลผู้มีอำนาจซึ่งวางกฎขั้นตอนและสาระสำคัญที่มีผลผูกพันการค้นพบข้อเท็จจริงและกฎหมายที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม ในทางกลับกัน ผู้ไกล่เกลี่ยอาจถูกมองว่าเปรียบเสมือนคนที่ไว้ได้รับความไว้วางใจจากคู่สัญญา (Confidant) ซึ่งเป็นบุคคลที่เชื่อถือได้ซึ่งคู่สัญญาเคารพและให้ความเชื่อมั่น ซึ่งอาจมีอำนาจหรือไม่มีอำนาจใดๆ และได้รับคำแนะนำตามหลักการของขั้นตอนที่ถูกกำหนดขึ้น เช่น การรักษาความลับ ความเป็นกลาง และความเป็นอิสระ และหลักการที่สำคัญบางประการ เช่น การไม่ให้การประเมินผล ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีแนวโน้มที่จะมีความยืดหยุ่นมากกว่าและไม่จำเป็นต้องชัดเจนเท่ากับอนุญาโตตุลาการ⁵² การผสมผสานระหว่างการใช้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการที่เรียกว่า Med-Arb เป็นทางเลือกที่น้อยกว่า กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) และอาจกล่าวได้ว่ามีความเหมาะสมกว่าการระงับข้อพิพาทเชิงเดี่ยว (Stand Alone) ซึ่งสามารถทำให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้นเมื่อแก้ไขข้อพิพาท แม้ว่าจะหาได้ยากในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายยุโรป (Europe Legal System) แต่กลับมีการใช้แพร่หลายใช้ในระบบกฎหมายของเขตอำนาจศาลเอเชีย (Asian jurisdictions)

2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทใหม่ผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในอเมริกา

ในปี 1970 ประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดแนวความคิดในการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกทั้งสองผสมรวมเข้าด้วยกันในการแก้ไขข้อพิพาทแรงงานผ่านการอนุญาโตตุลาการแทนการนัดหยุดงานและปิดงานของฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง โดย Prof. Sam Kagel⁵³ บุคคลที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นคนแรกที่พัฒนากระบวนการนี้ภายใต้ชื่อ Med-Arb ใช้ในขั้นต้นเพื่อยุติการประท้วง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵¹ Barry C. Bartel, *Med-Arb As A Distinct Method Of Dispute Resolution: History, Analysis, And Potential*, (Willamette Law Review, 1991). P.1

⁵² WG7 Mixed Mode Paper : Future directions: Interaction between mediators and arbitrators (D. Masucci (US) & D. Nigmatullina (RU)), *Considerations for Allowing Communications between Arbitrators and Mediators Appointed to the Same Dispute*, [Online] Accessed: 10 December 2022. Available from: <https://imimmediation.org/wp-content/uploads/2021/11/WG-7-Interactions-between-Mediators-and-Arbitrators-15-OCT-2021.pdf>

⁵³ Sam Kagel เป็นนักกฎหมายด้านการระงับข้อพิพาททางเลือกในเมืองซานฟรานซิสโก ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการด้านข้อพิพาทแรงงานได้รับการยกย่องว่าเป็น “King of Arbitrators” คาเกลได้รับชื่อเสียงในฐานะตัวแทนสหภาพแรงงานในระหว่างการหยุดงานของคนงานท่าเรือ ซึ่งเกือบจะปิดเมืองซานฟรานซิสโกในปี 1934 และการไกล่เกลี่ยการนัดหยุดงานของผู้เล่นในลีกฟุตบอลแห่งชาติปี 1982 ข่าวมรณกรรมของ Kagel ปรากฏใน New York Times และ San Francisco Chronicle

หยุดงานของพยาบาลในซานฟรานซิสโก⁵⁴ ในแบบจำลอง Kagel ฝ่ายต่างๆ จะสละสิทธิ์ในการนัดหยุดงานหรือปิดงาน และสิทธิ์ในการให้สัตยาบันข้อตกลงขั้นสุดท้าย เพราะคู่กรณีจะนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการ Med-Arb โดยสมัครใจในการให้อำนาจอนุญาตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดในการระงับข้อพิพาทหากกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ไม่ประสบผลสำเร็จ⁵⁵

ลอน ฟูลเลอร์ (Professor Lon Fuller)⁵⁶ ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด อธิบายและอภิปรายต่อไปเกี่ยวกับบทบาทของอนุญาตตุลาการ ฟูลเลอร์ เสนอว่า ที่ใดที่การไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นขั้นตอนที่จำเป็นก่อนอนุญาตตุลาการ ผู้ไกล่เกลี่ยควรเป็นคนอื่นที่ไม่ใช่อนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ ฟูลเลอร์ เห็นว่า การไกล่เกลี่ยและอนุญาตตุลาการมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนต่างกันและด้วยเหตุนี้คุณธรรมของการไกล่เกลี่ยอยู่ในข้อตกลงที่เหมาะสม ซึ่งเป็นข้อตกลงที่แต่ละฝ่ายละทิ้งสิ่งที่เขาให้ความสำคัญน้อยกว่า เพื่อแลกกับสิ่งที่เขาให้ความสำคัญมากกว่า คุณธรรมของอนุญาตตุลาการอยู่ในการตัดสินบนพื้นฐานของกฎหมายและข้อตกลงตามสัญญา ฟูลเลอร์ ชี้ให้เห็นว่าขั้นตอนต่างๆ จำเป็นต้องแตกต่างกัน โดยมีการไกล่เกลี่ยเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ของคู่กรณี และอนุญาตตุลาการควรที่จะพยายามให้โอกาสทั้งสองฝ่ายในการเสนอคดีของตน การปรึกษาหารือส่วนตัวมักจะขาดไม่ได้ในการไกล่เกลี่ย แต่ไม่เหมาะสมโดยสิ้นเชิงในกระบวนการอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้ เขากล่าวด้วยว่า ข้อเท็จจริงจะถูกมองแตกต่างออกไปเมื่อวัตถุประสงค์คือการบรรลุข้อตกลง เช่นเดียวกับการไกล่เกลี่ย มากกว่าเมื่อวัตถุประสงค์คือการให้คำตัดสินเช่นเดียวกับในกระบวนการอนุญาตตุลาการ⁵⁷

2.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโหมดผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาตตุลาการในยุโรป

กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสม Med – Arb ไม่ค่อยมีการใช้แพร่หลายในภาคพื้นทวีปยุโรป แม้ว่าจะพบเจอกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมดังกล่าวในประมวลกฎหมาย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁴ Sam Kagel and Bette J. Roth, *Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, (Westlaw Thomson Reuters), § 37:2

⁵⁵ John T. Blankenship, *DEVELOPING YOUR ADR ATTITUDE Med-Arb, a Template for Adaptive ADR*, (Tennessee Bar Association,), p.5.

⁵⁶ Lon Fuller เป็นนักปรัชญากฎหมายชาวอเมริกัน ผู้ซึ่งวิพากษ์วิจารณ์ แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองและกระบวนการพิจารณาของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ฟูลเลอร์เป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายที่มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด เขาโด่งดังจากการอภิปราย ในปี 2501 กับ HLA Hart นักปรัชญากฎหมายชาวอังกฤษผู้โด่งดังใน Harvard Law Review (ฉบับที่ 71)

⁵⁷ Barry C. Bartel, *Supra* note 51, p.1.

วิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และเยอรมนี⁵⁸ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้ในภาคพื้นยุโรปมีแนวโน้มที่จะจัดการกับการไกล่เกลี่ยในระหว่างการดำเนินคดี ปรากฏให้พบเห็นได้จากบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code Civil (France)) ของฝรั่งเศสในมาตรา 1442 – 1507⁵⁹ ซึ่งไม่ได้กำหนดถึงการไกล่เกลี่ยร่วมกับอนุญาโตตุลาการ แต่กำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยในระหว่างการดำเนินคดี⁶⁰ ในทำนองเดียวกัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสหพันธรัฐสวิส (Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) (Swiss Civil Procedure Code)) ควบคุมเฉพาะการไกล่เกลี่ยระหว่างการทำคดีเท่านั้น แต่ไม่ถือเป็นคดีที่มีข้อพิพาท⁶¹ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนีไม่ได้กล่าวถึง Med-Arb แต่ด้วยภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี (Germany's code) หากคู่สัญญาตกลงที่จะระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยระหว่างการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง โดยคู่ความในคดีร้องขอ⁶² การศึกษาเชิงประจักษ์โดย Bühring-Uhle นักวิชาการทางกฎหมายชาวเยอรมันเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสานที่ใช้ในธุรกิจระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นว่าผู้ปฏิบัติงานชาวเยอรมันสนับสนุนการใช้ความเป็นกลางเดียวกันในการดำเนินการทั้งสองขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ การศึกษาเชิงประจักษ์พบว่า 86% ของผู้ตอบแบบสอบถามคิดว่า การอำนวยความสะดวกในการแก้ปัญหาโดยความยินยอมเป็นหนึ่งในหน้าที่หนึ่งของกระบวนการอนุญาโตตุลาการคดีเกี่ยวกับการแพทย์ส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับผู้ปฏิบัติงานชาวเยอรมันเห็นว่าสมาชิกของศาลอนุญาโตตุลาการที่ประธานคณะอนุญาโตตุลาการ มักจะมีบทบาททำหน้าที่ทั้งเป็นอนุญาโตตุลาการและทำหน้าที่อย่างในการไกล่เกลี่ย การปฏิบัติดังกล่าวสอดคล้องกับกระบวนการของศาลเยอรมัน ซึ่งผู้พิพากษาอาจทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ด้วยเหตุนี้ แนวปฏิบัตินี้ซึ่งเกิดจากการรวมกันของการฟ้องร้องและการไกล่เกลี่ยทำให้

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁸ Weixia Gu, *Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward A New Design of Chinese Arb-Med(-Arb) and Its Global Implications*, (Washington International Law Journal Vol.29, 2019). P.156.

⁵⁹ Article 1442-1507 Code Civil [C. civ.] [Civil Code] (Fr.).

⁶⁰ Article 131-1-131-15 (Code Civil [C. civ.] [Civil Code] (Fr.) (regulating the use of mediation in litigation).

⁶¹ Article 214 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO] [Swiss Civil Procedure Code] Dec. 19, 2008, SR 272, (Switz.).

⁶² Zivilprozessordnung [ZPO] [Code of Civil Procedure], as amended, Article 1053.

ผู้ปฏิบัติงานชาวเยอรมันรู้สึกสบายใจกับการทำหน้าที่คนกลางคนเดียวกันทั้งอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ย⁶³

จากประสบการณ์ของประเทศเยอรมันแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาคดีอาจส่งผลต่อความเต็มใจของผู้ปฏิบัติงานที่จะยอมรับ กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสม Med – Arb ที่บทบาทการไกล่เกลี่ยของผู้พิพากษาศาลเยอรมันเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ของศาลในการระงับข้อพิพาท ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องแปลกที่ผู้พิพากษาจะ "เปลี่ยนหมวก" (Switching Hatting) ในภายหลังและมีบทบาทประนีประนอมมากขึ้น นอกจากนี้ ตามแนวปฏิบัติทั่วไปในศาลเยอรมัน ในการวิจัยเชิงประจักษ์ของ Bühring-Uhle ค่อนข้างคุ้นเคยกับกระบวนการประเภทนี้ และมีข้อโต้แย้งน้อยมากต่อการที่อนุญาโตตุลาการเข้ามาเกี่ยวข้องในฐานะผู้ไกล่เกลี่ย⁶⁴ ในทางตรงกันข้าม อนุญาโตตุลาการในฝรั่งเศสแทบจะไม่มีการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทเดียวกัน แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจะไม่ได้ห้ามการปฏิบัติดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนก็ตาม⁶⁵ แม้ในมาตรา 1460 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้ศาลฝรั่งเศสมีอำนาจในการไกล่เกลี่ยได้ก็ตาม

2.4.3 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโหมดผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในภูมิภาคเอเชีย

ในภูมิภาคเอเชียนั้นอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการนั้นมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ในประเทศจีน กฎหมายและจารีตประเพณีของจีนซึ่งในวัฒนธรรมจีนโบราณสนับสนุนให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยลักษณะเชิงสมานฉันท์ ลักษณะเชิงสมานฉันท์นี้มีรากฐานมาจากงานเขียนของนักปรัชญาโบราณอย่างขงจื้อ ผู้ส่งเสริมคุณค่าของความปรองดองในสังคมและการแก้ปัญหาความขัดแย้งอย่างสันติวิธี แนวคิดขงจื้อ เป็นที่แพร่หลายไปทั่วอารยธรรมมนุษย์ส่วนใหญ่⁶⁶ ตามประเพณีขงจื้อส่งผลต่อวัฒนธรรมจีนที่สนับสนุนคุณงามความดี (li) มากกว่ากฎหรือกฎหมาย (fa) ของจารีต หลักนิติศาสตร์ของแนวคิดขงจื้อจึงมีคุณธรรมที่ไม่เหมือนกับกฎหมาย เนื่องจากจารีตตามแนวคิดของขงจื้อก่อให้เกิดความเมตตากรุณาระหว่างความสัมพันธ์ทางสังคมที่กำหนดไว้ล่วงหน้าซึ่งป้องกันความขัดแย้งระหว่างคนในสังคม⁶⁷ ต่อมาจีนมีการปกครองด้วยระบอบการปกครองแบบสังคมนิยม

⁶³ Weixia Gu, *Supra* note 58, p.157.

⁶⁴ *Ibid.*, p.158.

⁶⁵ Code Civil [C. civ.] [Civil Code] art. 1460 (Fr.).

⁶⁶ Jay Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice," *Mediation Quarterly*, no. 1 (September 1983), p.3.

⁶⁷ Albert H. Y. Chen, *Confucian Legal Culture and Its Modern Fate*, in *The New Legal Order in Hong Kong* (Raymond Wacks ed., 1999). p. 505 – 515.

คอมมิวนิสต์โดยพรรคคอมมิวนิสต์เหตุผลทางระบบการปกครองนี้ แนวคิดของขงจื้อส่งผลให้มีการนำเอาการไกล่เกลี่ยได้มาใช้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทในขณะที่ให้ฝ่ายต่าง ๆ อันเป็นการยอมรับค่านิยมที่สอดคล้องกันของพรรคคอมมิวนิสต์⁶⁸ ด้วยเหตุนี้ การไกล่เกลี่ยจึงได้รับการปฏิบัติอย่างแพร่หลายทั่วประเทศจีนในระดับรากหญ้าของสังคม ในการติดต่อทางการค้ากับต่างประเทศ แนวคิดของการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการได้ก่อรูปขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 20 เพื่อให้บรรลุการพัฒนาเศรษฐกิจจีน จีนได้ประกาศใช้กฎหมายและข้อบังคับที่ควบคุมอนุญาโตตุลาการและการดำเนินคดีอย่างจริงจัง⁶⁹ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีนซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 กันยายน 1995 และกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องของสถาบันอนุญาโตตุลาการของจีนได้กำหนดกรอบทางกฎหมายสำหรับอนุญาโตตุลาการและกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ (Med - Arb)⁷⁰ ด้วยกระบวนการ Med - Arb ฝ่ายต่าง ๆ สามารถได้รับประโยชน์จากทั้งคำชี้ขาดที่บังคับใช้ได้และข้อตกลงระงับข้อพิพาทอย่างสมานฉันท์ ผู้ปฏิบัติงานทางกฎหมายและนักวิชาการหลายคนยืนยันว่าฝ่ายที่มาจากวัฒนธรรมยุโรป ตะวันตกและอเมริกามักจะมองถึงการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการที่เป็นปฏิปักษ์มากกว่า ผู้ปฏิบัติงานทางกฎหมายและนักวิชาการที่มาจากวัฒนธรรมเอเชีย เนื่องจากถือว่าวัฒนธรรมเอเชียให้ความสำคัญการระงับข้อพิพาทแบบสมานฉันท์ในระดับที่สูงกว่าวัฒนธรรมยุโรป ตะวันตกและอเมริกา ซึ่งเกิดจากลัทธิขงจื้อ วัฒนธรรมเอเชียจึงถือว่าเหมาะสมสำหรับกระบวนการ Med-Arb⁷¹ กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบรูปแบบผสมดังกล่าวกำลังเป็นที่นิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ ในประเทศจีน ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาที่มีองค์ประกอบของคู่สัญญาที่มาจากประเทศจีนนั้นกำหนดให้มีการใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศจีน ดูเหมือนว่ากระบวนการ Med - Arb ในการให้สัมภาษณ์ในปี 2554 กับ Global Arbitration Review เลขาธิการ China International Economic และคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้า (CIETAC) อ้างว่า 20 ถึง 30 เปอร์เซ็นต์ของ

⁶⁸ Chuyang Liu, Navigating Med-Arb in China, University of Pennsylvania Journal of Business Law Vol. 17 (2014-2015) L. 1295, 1296, p.7.

⁶⁹ Carlos de Vera, "Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China," Columbia Journal of Asian Law 18 (2004), p.152.

⁷⁰ Sally A. Harpole, 'The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China', (2007), 24, Journal of International Arbitration, Issue 6, pp. 623-633

⁷¹ Tai-Heng Cheng, 'Reflections on Culture in Med-arb' in Arthur W Rovine (ed), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2009) (Brill 2010), p. 422.

CIETAC's caseload ได้รับการแก้ไขโดย Med-Arb⁷² ภายใน 3 ปี มา นี้ กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสม Med – Arb เป็นที่นิยมอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจาก CIETAC สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งของโลก ตามจำนวนอนุญาโตตุลาการในปี 2020 กล่าวร้อยละ 46 ในกลุ่มหลักศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคือการระงับข้อพิพาทแบบ Med – Arb⁷³

อาจกล่าวได้ว่า การรวมกันของอนุญาโตตุลาการกับการไกล่เกลี่ย⁷⁴ เป็นกลไกการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสาน (Hybrid process Mechanism) ที่อนุญาตให้คู่สัญญาใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁷⁵ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในชื่อ ประสบการณ์แบบตะวันออก (oriental experience) หรือ ประสบการณ์แบบจีน (Chinese experience)⁷⁶ กลไกการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสานได้ถูกใช้กันอย่างแพร่หลายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการของจีนเกือบทั้งหมด 235 แห่ง รวมถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)⁷⁷ สถาบันอนุญาโตตุลาการของคณะอนุญาโตตุลาการแห่งเมือง

⁷² ‘An interview with Yu Jianlong’, Global Arbitration Review, 5 September 2011, [Online] Accessed: 20 December 2022. <https://globalarbitrationreview.com/article/1030623/an-interview-with-yu-jianlong>

⁷³ Data taken for 2019 from Global Arbitration News, [Online] Accessed: 20 December 2022. Available from: <https://globalarbitrationnews.com/wp-content/uploads/2020/07/Caseload-statistics-for-2019.pdf>

⁷⁴ การประนีประนอม (Conciliation) ใช้แทนกันได้กับคำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) ทั้งนี้ คำว่า การประนีประนอม (Conciliation) เป็นที่นิยมมากกว่าคำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) ในระบบกฎหมายจีน การใช้คำทั้งสองอาจอาจแตกต่างกันในเขตอำนาจศาลแต่ละเขตอำนาจ สำหรับวิทยานิพนธ์นี้จุดประสงค์ของบทความนี้ การประนีประนอมหมายถึงกระบวนการที่คู่สัญญาพยายามที่จะบรรลุข้อตกลงยุติข้อพิพาทที่เป็นมิตรด้วยความช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม โดยปกติแล้ว บุคคลที่สามหรือบุคคลต่างๆ ไม่มีอำนาจในการกำหนดแนวทางแก้ไขแก่คู่กรณีในข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม มีข้อสงสัยเกี่ยวกับว่า ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการรวมกับการประนีประนอม ตัวอย่างเช่น ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของ CIETAC อนุญาโตตุลาการได้รับอนุญาตให้ประนีประนอมข้อพิพาทได้โดยตรงและมีอำนาจในการชี้ขาดตามข้อพิพาทแห่งคดีในกรณีที่การประนีประนอมยอมความไม่บรรลุผล

⁷⁵ Wang Sheng Chang, *CIETAC’s Perspective on Arbitration and Conciliation Concerning China*, in ICCA CONGRESS SERIES NO. 12: NEW HORIZONS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND BEYOND 27, (Albert Jan van den Berg ed., 2005). p.40

⁷⁶ Song Lianbin, *From Combining Arbitration with Mediation to Professional Mediation*, Journal of Kunming University of Science and Technology Vol.11 (2009). p. 95.

⁷⁷ China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules (Nov. 4, 2014) Article 47.

ปักกิ่ง the Beijing Arbitration Commission (BAC)⁷⁸ และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งเซี่ยงไฮ้ the Shanghai International Arbitration Center (SHIAC)⁷⁹ ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งเซินเจิ้น the Shenzhen Court of International Arbitration (SCIA)⁸⁰ ซึ่งช่วยให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถประนีประนอมข้อพิพาทในมาตรการเชิงรุกในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้และยังกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำการเช่นนั้นหากคู่กรณีสมัครใจในการประนีประนอมข้อพิพาท⁸¹ หากคู่พิพาทบรรลุข้อตกลงระหว่างการประนีประนอมข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (Conciliation statement)⁸² บันทึกข้อเรียกร้องและเงื่อนไขของการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาซึ่งจะลงนามโดยอนุญาโตตุลาการประทับตราโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการคู่สัญญา⁸³ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (the PRC Arbitration Law) ให้สิทธิในคำแถลงการประนีประนอมข้อพิพาทด้วย สถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามประเด็นข้อพิพาทอันเป็นเนื้อหาของคดี⁸⁴ การรวมกันของอนุญาโตตุลาการกับการประนีประนอมได้หยั่งรากลึกในแนวทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการของจีนมานานกว่าครึ่งศตวรรษ ก่อนที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีนจะมีผลบังคับใช้ในปี 1994

⁷⁸ Beijing Arbitration Commission Arbitration Rules (July 9, 2014) Article 42.

⁷⁹ Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules (Jan. 1, 2015) Article 41

⁸⁰ Shenzhen Court of International Arbitration Arbitration Rules (Dec. 1, 2016) Article 45-46.

⁸¹ Arbitration Law of the People's Republic of China [promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Aug. 31, 1994, effective Sept. 1, 1995] Article 51(1) [hereinafter PRC Arbitration Law]

⁸² PRC Arbitration Law

Article 51(2) When a settlement agreement is reached by conciliation, the arbitral tribunal shall prepare the conciliation statement or the award on the basis of the results of the settlement agreement. A conciliation statement shall have the same legal force as that of an award.

⁸³ PRC Arbitration Law

Article 52(1) ("A conciliation statement shall set forth the arbitration claims and the results of the agreement between the parties. The conciliation statement shall be signed by the arbitrators, sealed by the arbitration commission, and served on both parties.").

⁸⁴ PRC Arbitration Law

Article 51(2) "A conciliation statement shall have the same legal effect as that of an award."

CIETAC และ China Maritime Arbitration Commission (“CMAC”) เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการเพียงสองแห่งที่จัดตั้งขึ้นในทศวรรษ 1950 เพื่อจัดการกับคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ⁸⁵ ตามที่ศาสตราจารย์ Tang Houzhi⁸⁶ CIETAC ได้ดำเนินการริเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการ (“Med-Arb”) ในช่วงเริ่มต้นเนื่องจากพยายามทุกวิถีทางเพื่อให้เกิดการประนีประนอมข้อพิพาทก่อนที่จะมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยกฎอนุญาโตตุลาการของ CIETAC ฉบับแรกที่ประกาศใช้ในปี 1988 ได้กำหนดกฎไว้อย่างชัดเจนโดยให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้⁸⁷ ในปี 1994 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีนยอมรับกลไกนี้ซึ่งเป็นการประสบความสำเร็จของ CIETAC ในการรวมอนุญาโตตุลาการเข้ากับการประนีประนอมข้อพิพาท ส่งผลให้สถาบันอนุญาโตตุลาการของจีนที่จัดตั้งขึ้นใหม่หลายแห่งก็นำกลไกที่คล้ายกันมาใช้ในกฎอนุญาโตตุลาการของตนเช่นกัน ดังนั้น การรวมอนุญาโตตุลาการเข้ากับการประนีประนอมข้อพิพาทได้พัฒนามานานกว่าครึ่งศตวรรษในประเทศจีน และได้รับการส่งเสริมอย่างมากจากทั้งกฎหมายจีนและสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของจีน เนื่องจากบทบาทนำของ CIETAC ในการสร้างและส่งเสริมการรวมกันของอนุญาโตตุลาการกับการประนีประนอมข้อพิพาทประสบการณ์แบบตะวันออกจึงถือเป็นลักษณะสำคัญของแนวปฏิบัติอนุญาโตตุลาการของ CIETAC⁸⁸ ในวิทยานิพนธ์บทนี้ของผู้เขียนจึงจะใช้หลักปฏิบัติตามกฎของ CIETAC ในการรวมอนุญาโตตุลาการเข้ากับการประนีประนอมข้อพิพาทเพื่อหารือเกี่ยวกับประเด็นที่เกี่ยวข้องของกลไกนี้ในประเทศจีน

2.5 สถานการณ์การระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมในปัจจุบัน

ปัจจุบันกระแสโลกาภิวัตน์ของธุรกิจ ส่งผลให้เกิดข้อพิพาททางการค้าระหว่างฝ่ายต่างๆ จากเขตอำนาจศาลต่างๆ ที่เพิ่มมากขึ้น มีการเลือกอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมากขึ้นเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างประเทศ ในช่วงสองสามทศวรรษที่ผ่านมา อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความเจริญรุ่งเรืองและพัฒนาในระดับใหญ่ แม้แต่ในประเทศแถบภูมิภาคเอเชียก็มีการพัฒนาที่สำคัญในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งต่างจากในอดีตเมื่อเทียบกับยุโรปหรือสหรัฐอเมริกา ส่วนหนึ่ง

⁸⁵ Song Lianbin, *supra* note 75, p. 95.

⁸⁶ Professor Tang Houzhi was then the Vice Chairman of CIETAC and now the honorary Vice-Chairman of CIETAC, and has worked with CIETAC since the late 1950s.

⁸⁷ CIETAC Arbitration Rules, Article 37.

⁸⁸ Song Lianbin, *New Developments of Arbitration System of China after Implementation of Arbitration Law*, 3 BEIJING ARB.n. 5 (2009). p.34.

เนื่องมาจากความท้าทายที่ต้องเผชิญในทางธุรกิจระหว่างประเทศที่เป็นตัวขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ ในทางกลับกันขณะที่อนุญาโตตุลาการได้กลายเป็นโลกาภิวัตน์และเป็นมาตรฐานมากขึ้นเรื่อย ๆ นั้น ก็เกิดความไม่พึงพอใจที่เพิ่มขึ้นของผู้ใช้การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และกระแสการวิพากษ์วิจารณ์ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁸⁹ ความสนใจในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสม (Mixed Mode / Hybrid process) กำลังเพิ่มขึ้นในแวดวงของผู้ไกล่เกลี่ยที่ให้บริการทั้งการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ยมีการประเมินความเป็นไปได้ของการนำไปสู่เป้าหมายและผลสำเร็จของคู่พิพาทที่สูงขึ้น ส่วนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการกลับมีความคล้ายคลึงกับการดำเนินคดีมากขึ้น รวมถึงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการถูกมองว่ามีค่าใช้จ่ายสูงเกินไปและไม่มีประสิทธิภาพ⁹⁰ จากผลสำรวจขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทในระดับสากลผลสำรวจที่น่าสนใจคือ การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่มีการพูดถึงเป็นอย่างมากนั้น คือ การระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสม (Mixed Mode / Hybrid process)

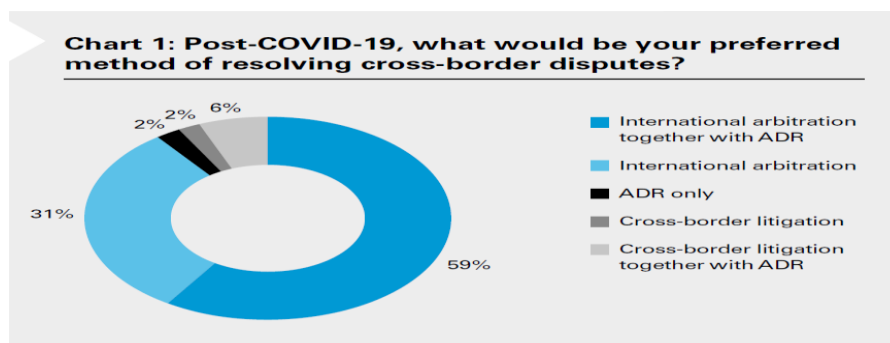
2.5.1 การสำรวจและรายงานของ White & Case, Queen Mary University of London

การสำรวจและรายงานของ White & Case, Queen Mary University of London⁹¹ ผลสำรวจด้านที่เป็นเลวร้ายที่สุดของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ คือ ค่าใช้จ่าย (Cost) รวมถึงการสำรวจครั้งก่อนๆ ย้อนหลังไปถึงปี 2006 ยังแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้ไม่พึงพอใจกับค่าใช้จ่าย (Cost) ของการอนุญาโตตุลาการมากที่สุด เพื่อตอบสนองต่อการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าว การใช้การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการร่วมกันได้กลายเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งสามารถแก้ไขข้อพิพาทของคู่สัญญาในลักษณะที่ประหยัดต้นทุนและประหยัดเวลาได้

⁸⁹ Hiroyuki Tezuka , International Arbitration: When East Meets West – Liber Amicorum Michael Moser , (Kaplan, Pryles and Bao (eds); Oct 2020) p.1.

⁹⁰ Brian A. Pappas, Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 20, No. 1, 2015, p.1.

⁹¹ White & Case, Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (2018).



ที่มา : <https://www.whitecase.com/sites/default/files/2021-06/qmul-international-arbitration-survey-2021-web-single-final-v2.pdf>

และผลสำรวจของ White & Case และ Queen Mary University Survey ในปี 2021⁹² หนึ่งในแนวโน้มที่น่าสนใจคือ กวาร์ร้อยละ 90% ของผู้ตอบแบบสอบถาม พึงพอใจที่ต่อการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และกวาร์ร้อยละ 59% ของผู้ที่ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ใช้ร่วมกับการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีอื่น (ADR) ซึ่งหมายความว่าวิธีการระงับข้อพิพาทที่ต้องการโดย 59% ของผู้ตอบแบบสอบถาม นั้นเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่ใช่วิธีการแบบสแตนด์อโลน (Stand Alone) แต่ควรใช้ร่วมกับการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นร่วมกัน ผลสำรวจในปีล่าสุด 2021 เผยให้เห็นการเพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัดมากกว่า ปีที่ผ่านมาในความนิยมโดยรวมของอนุญาโตตุลาการที่ใช้ร่วมกับการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีอื่น (ADR) ที่สูงถึงร้อยละ 59% ของผู้ตอบแบบสอบถาม แสดงความพึงพอใจกับการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทผสม (Mixed mode Dispute resolution) มากกว่าการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเชิงเดี่ยว (Stand Alone)

⁹² White & Case, Queen Mary University of London, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World (2021).

2.5.2 ผลสำรวจของการประชุม Global Pound Conference 2017



ที่มา : <https://www.pwc.com/gx/en/forensics/gpc-2018-pwc.pdf>

ผลการสำรวจระดับโลกของการประชุมในอีกเวทีหนึ่งคือ การประชุม Global Pound Conference⁹³ ที่ เมือง Chandigarh ประเทศอินเดีย เมื่อวันที่ 12-13 พฤษภาคม 2017 ประเด็นที่ได้รับการพูดถึงประเด็นหนึ่งคือ กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าที่มีประสิทธิภาพที่สุด ผลการลงคะแนนพบว่าตัวเลือกอันดับต้น ๆ คือ การรวมกระบวนการตัดสินและการไม่ตัดสิน เช่น การอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินคดีด้วยการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมเข้าด้วยกัน

2.5.3 ผลสำรวจของสถาบันระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ 2022 (Singapore International Dispute Resolution Academy : SIDRA)

ผลสำรวจของสถาบันระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (Singapore International Dispute Resolution Academy : SIDRA) ในปี 2022 (Final Report) ส่วนที่ 8 ผลสำรวจโหมดการระงับข้อพิพาทผสม (ไฮบริด) (Section 8: Mixed Mode (Hybrid) Dispute Resolution) โดยวัตถุประสงค์ของการสำรวจและรายงานส่วนที่ 8 กลไกการระงับข้อพิพาทแบบผสม (mixed mode dispute resolution mechanisms /hybrid dispute resolution mechanisms) หมายถึง การรวมกันของสองกระบวนการระงับข้อพิพาทอันได้แก่ การไกล่เกลี่ย (Mediation) การประเมินที่ไม่มีผลผูกพัน (Non-binding evaluation) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) หรือการฟ้องร้อง (Litigation) การระงับข้อพิพาทแบบผสมอาจเกี่ยวข้องกับหลายประเด็นโดยผู้เชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาทหรือผู้เชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาทคนเดียวในหลายบทบาท (Professional in multiple roles)

⁹³ การประชุม Global Pound Conference เป็นชุดการประชุมเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกที่จัดขึ้นในหลายเมืองในหลายประเทศในปี 2559/2017 การประชุมเรื่อง "การกำหนดอนาคตของการระงับข้อพิพาทและการปรับปรุงการเข้าถึงความยุติธรรม" จัดเป็นความคิดริเริ่มของสถาบันไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ IMI

Exhibit 8.1

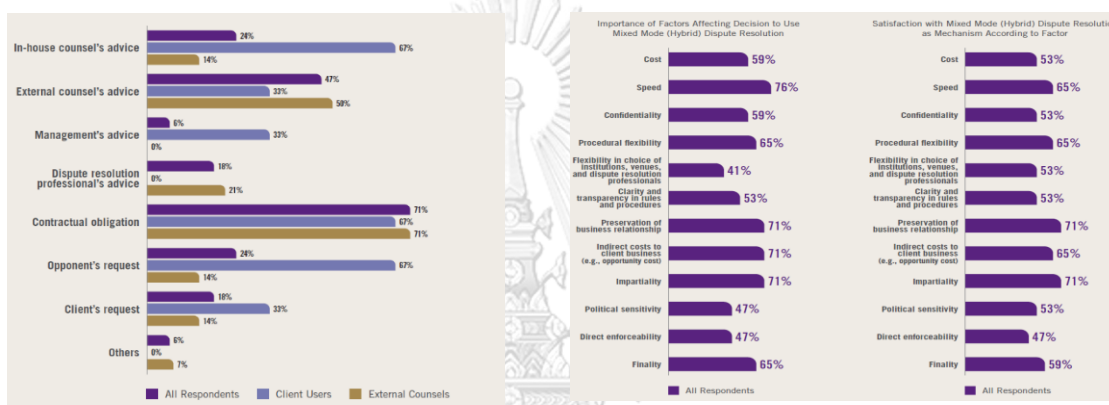
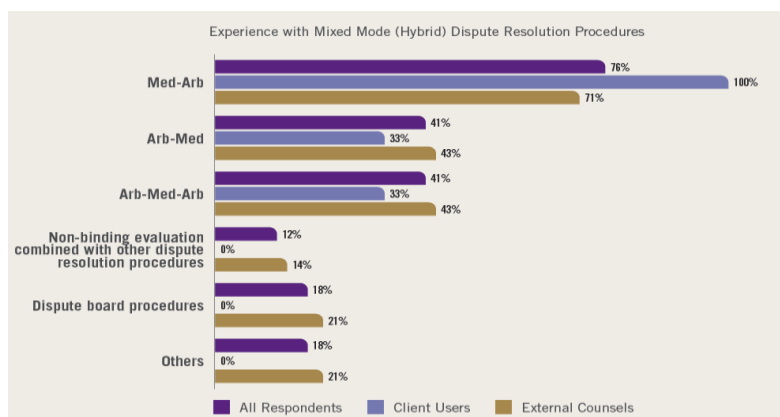


Exhibit 8.2

Exhibit 8.3

ที่มา : <https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/survey-2022/index.html?1>

รายงาน SIDRA Survey 2022 ในด้านประสบการณ์เกี่ยวกับการใช้การระงับข้อพิพาทแบบผสมพบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเคยใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสาน ส่วนใหญ่ประมาณ (76%) เคยมีประสบการณ์ในรูปแบบ Med-Arb และผู้ตอบแบบสอบถามยังใช้เคยใช้รูปแบบ Arb-Med (41%) รวมถึงรูปแบบ Arb-Med-Arb (41%) มีเพียงส่วนน้อยของผู้ตอบแบบสำรวจที่ใช้คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาท (Dispute Bord) (18%) รวมถึงการประเมินแบบไม่มีผลผูกพันร่วมกับขั้นตอนการระงับข้อพิพาทอื่น (12%) ซึ่งปัจจัยที่สนับสนุนให้ผู้ตอบแบบสอบถามเลือกใช้การระงับข้อพิพาทแบบผสมผสาน (ไฮบริด) (Mixed Mode (Hybrid) Dispute Resolution) จากรายงาน SIDRA Survey 2022 คือ ข้อผูกมัดตามสัญญา (Contractual obligation) (71%) ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันตั้งแต่เริ่มต้นก่อนเข้าทำสัญญา ส่วนปัจจัยที่มีผลต่อการตัดสินใจของผู้ตอบแบบสอบถามในการใช้การระงับข้อพิพาทแบบผสมและความพึงพอใจของผู้ตอบแบบสอบถามต่อกลไกการระงับข้อพิพาทแบบผสม คือ ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่ระบุลักษณะเฉพาะของการระงับข้อพิพาทแบบผสมที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการเลือกใช้ ได้แก่ ความเร็ว (speed) (76%) การรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจ (preservation of the business relationship) (71%) ต้นทุนทางอ้อมต่อ

ลูกค้าทางธุรกิจ (indirect cost to client business) เช่น ค่าเสียโอกาส (71%) ความเป็นกลาง (impartiality) (71%) ความยืดหยุ่นของขั้นตอน (procedural flexibility) (65%) และความเป็นที่สุดของกระบวนการ (finality) (65%) เป็นต้น จากรายงานผลสำรวจของ SIDRA Survey 2022 สรุปได้ว่ากลไกโหมตผสมมีศักยภาพในการลดผลเสียที่เกิดจากการอนุญาโตตุลาการแบบสแตนดอลอน (Arbitration Standalone) และการไกล่เกลี่ย (Mediation Standalone) ได้ รวมถึงผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่ระบุการผูกพันตามสัญญาเป็นเหตุผลหลักในการเลือกโหมตผสมกลไกการระงับข้อพิพาท (Contractual obligation) ทั้งนี้การระงับข้อพิพาทแบบผสมสามารถช่วยให้คู่พิพาทรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจของฝ่ายต่าง ๆ ต้นทุนและความเร็วเป็นปัจจัยสำคัญต่อการที่คู่พิพาทเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาท

2.6 ปัญหาของการระงับข้อพิพาทโหมตผสมในกฎหมายไกล่เกลี่ยและกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย

2.6.1 ปัญหาของกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสม

เมื่อพิจารณากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งออกกล่าวได้ว่ามีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ของหลักการดังกล่าวไว้ด้วยกัน 4 ฉบับ ซึ่งได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 17 ว่าด้วย สัญญาประนีประนอมยอมความ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ก็มีได้กำหนดหรือกล่าวถึงกระบวนการร่วมกันของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการไว้ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาถึงการตกลงกันของคู่สัญญาในกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่าง การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงรูปแบบกระบวนการ การก่อให้เกิดกระบวนการรูปแบบผสมดังกล่าวไม่มีกฎหมายรองรับ และไม่ใช่ว่าคู่สัญญาหรือคู่พิพาทได้ระงับข้อพิพาทของตนตามความประสงค์ การทำให้เป็นกฎหมายของกระบวนการที่ไม่เป็นทางการอย่างการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ เป็นตัวอย่างที่ของเป้าหมายในการแก้ปัญหาของการไกล่เกลี่ยกับจุดมุ่งหมายคู่พิพาทของระบบที่เป็นปฏิบัติคือความเป็นที่สุดอันก่อให้เกิดผลผูกพัน (Final and Binding) และความยุติธรรม (Fairness) ดังนั้น ความสนใจที่เพิ่มขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ Med-Arb จึงมีสาเหตุหลักมาจากการทำให้อนุญาโตตุลาการถูกต้องตามกฎหมายและความคล้ายคลึงกันที่เกิดขึ้นกับการดำเนินคดี (Litigation) เพื่อแก้ปัญหาของกฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสม (Mixed Mode / Hybrid Process Dispute Resolution)

ปัจจุบัน อนุญาโตตุลาการได้รวมคุณสมบัติหลายอย่างของศาลพิจารณาคดี รวมถึงกระบวนการพิจารณาไต่สวนคำร้องต่าง ๆ การไต่สวนที่ยาวนาน การพิจารณาคดีอย่างกว้างขวางเพื่อหลีกเลี่ยงการกล่าวอ้างเรื่องความไม่เป็นยุติธรรมของกระบวนการ และการโต้แย้งคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกระบวนการต่างๆเหล่านี้ ตรงกันข้ามกับความคาดหวังในตอนแรกที่ว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีที่จะทำให้ได้ข้อสรุปและมีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการฟ้องร้อง⁹⁴ ในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจ เป็นกลไกที่เป็นทางการ มีค่าใช้จ่ายสูง และใช้เวลานานพัฒนาการแนวคิดของการระงับข้อพิพาทใหม่ผสมให้เป็นการถูกกฎหมาย เนื่องจากการไกล่เกลี่ยกลายเป็นเวทีหลักสำหรับการระงับข้อพิพาท การทำให้ถูกต้องตามกฎหมายของการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นเนื่องจากการไกล่เกลี่ยมีรูปแบบที่ใช้ทักษะของการดำเนินคดีในกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ Professor Jacqueline Nolan-Haley นักวิชาการด้านการระงับข้อพิพาททางเลือก โต้แย้งว่า การไกล่เกลี่ยกำลังกลายเป็นอนุญาโตตุลาการในรูปแบบใหม่ (New Arbitration) เพราะการไกล่เกลี่ยเมื่อพิจารณาทางกฎหมายได้นำคุณสมบัติหลายอย่างที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมมาใช้ เช่น การตั้งข้อรังเกียจต่อผู้ไกล่เกลี่ย การพิจารณาถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ย และการประเมินโดยคนกลาง⁹⁵ ในทางกลับกัน Professor Robert Baruch นักวิชาการด้านการระงับข้อพิพาททางเลือก Hofstra University School of Law, Hempstead, New York เห็นว่า กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยแบบประเมิน (evaluation mediation process) นี้คล้ายกับการไกล่เกลี่ยจนไม่มีอะไรมากไปกว่าเป็นตัวแทนของอนุญาโตตุลาการ⁹⁶ ดังนี้ จึงมีปัญหาว่าเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในกฎหมายไทยทั้ง 4 ฉบับ จึงเกิดคำถามว่าการระงับข้อพิพาทโดยการรวมเอากระบวนการทั้งสองรูปแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการจะมีหลักการทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะกล่าวต่อไปถึงรูปแบบของกฎหมายต่างประเทศในระดับพระราชบัญญัติถึงกฎเกณฑ์ดังกล่าวโดยที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดหลักการ 2 หลักการคือ ประการแรกหลักการที่ กระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการร่วมกันได้หรือไม่อย่างไร และประการที่สองผู้ไกล่เกลี่ยที่ทำหน้าที่

⁹⁴ Brian A. Pappas, *Supra* note 90, p.157 – 162.

⁹⁵ Jacqueline Nolan-Haley, *Mediation: The "New Arbitration"*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 17 Rev 61 (2012), p.61.

⁹⁶ Robert Baruch Bush, *Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation, and What It Means for the ADR Field*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L. J. 111, 115 (2002) p.125.

เป็นอนุญาโตตุลาการในกระบวนการที่ต่อเนื่องกันหรือกระบวนการคู่ขนานรวมถึงกระบวนการแบบพร้อมกันหากเป็นบุคคลคนเดียวกันจะสามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้หรือไม่

2.6.2 ปัญหาข้อสัญญาบังคับข้อพิพาทโหมดมสมกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ (Dispute Resolution Clause) มักปรากฏข้อสัญญาให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่นๆ (Mediation First) เช่น ก่อนการยื่นข้อพิพาทให้ผู้เชี่ยวชาญวินิจฉัย (Expert Determination) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การฟ้องคดีดำเนินในศาล (Court Litigation)⁹⁷ เป็นการกำหนดข้อสัญญาให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนการยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีต่ออนุญาโตตุลาการอันมีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อน (Pre-condition) ในลักษณะของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบแบ่งระดับ (Multi-tier Dispute Resolution Clause) เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้” จึงเกิดปัญหาว่าการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทโหมดมสมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการกำหนดการระงับข้อพิพาทแบบหลายระดับ (Multi-tier dispute resolution clause) จะถือว่ามีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาความมีอยู่ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) นั้น มีผลต่อการพิจารณาอำนาจของศาลที่จะรับคดีไว้พิจารณา (Court of Jurisdiction) ในปัญหาดังกล่าวยังไม่มีข้อสรุปแน่ชัดแม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกา⁹⁸ ที่วินิจฉัยทำนองว่า การพิจารณาความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการอันเป็นไปตามหลักการพิจารณาเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (competence-competence principle) ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 24 ซึ่งกำหนดว่า “คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญา

⁹⁷ the International Institute for Conflict Prevention and Resolution ADR Pledge, [Online] Accessed: 25 December 2022. Available from: www.cpradr.org/AboutCPR/TheCPRADRpledge/tabid/74/Default.aspx

⁹⁸ ตู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12705/2553

อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” แต่คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ (Awards of Arbitration) ของสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทย ไม่ว่าจะเป็น สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม (Thailand Arbitration Center: THAC) และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute : TAI) ก็ไม่มีคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเผยแพร่ออกสู่สาธารณะเนื่องจากเป็นหลักปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรฐานการรักษาความลับของคู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงยังไม่มีข้อสรุปแน่ชัดว่าข้อตกลงการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการจะถือว่ามีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เกิดขึ้นแล้วหรือไม่

ปัญหาดังกล่าวนี้ไม่เพียงแต่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายของไทยแต่ยังเกิดขึ้นในระบบกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ เช่น แนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการสถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ CIArb 2021 (CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021) CIArb ได้ให้คำแนะนำว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการอ้างถึงข้อพิพาทอาจต้องเผชิญกับข้อสัญญาการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) แบบหลายระดับชั้น (Multi - Tier) ซึ่งคาดการณ์ว่าควรพยายามแก้ไขข้อพิพาทอย่างเป็นมิตรก่อนที่จะเริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ นั่นมีประเด็นอย่างยิ่งที่จะก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการที่จะรับผิดชอบพิจารณา ผู้คัดค้านอาจคัดค้านต่อคำร้องของผู้ร้องต่ออนุญาโตตุลาการ โดยขัดแย้งซึ่งผู้คัดค้านได้คัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แม้ในกรณีที่ไม่มี การคัดค้านอย่างชัดเจน เนื้อหาต่อหน้าอนุญาโตตุลาการอาจก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าเป็นไปตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ CIArb ได้ให้ข้อเสนอแนะว่า เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหานี้ ประโยคของข้อตกลงการระงับข้อพิพาทแบบหลายระดับชั้น (Multi - Tier) ควรระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอย่างชัดเจนในการดำเนินการตามข้อตกลงดังกล่าว รวมทั้งกำหนดเวลาสำหรับการปฏิบัติตาม⁹⁹ รวมถึงในเขตอำนาจศาลอื่นๆ ทั่วโลก ซึ่งวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะกล่าวในบทต่อไป

⁹⁹ CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021 para 4.1

2.6.3 ปัญหาการทำหน้าที่ของคนกลางคนเดียวกันในการระงับข้อพิพาทโหมดมสมระหว่าง การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการที่ผู้ทำหน้าที่คน กลางนั้นมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกัน โดยผู้ไกล่เกลี่ย มีหน้าที่เพียงอำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาทใน การแก้ไขปัญหา อำนาจการตัดสินใจในการตกลงระงับข้อพิพาทนั้น เป็นอำนาจของคู่พิพาทโดยแท้ แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการถือเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท บทบาททั้งสองมีการแตกต่างกัน ในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีสมนั้น การระงับข้อพิพาทในหลาย รูปแบบเช่น Med-Arb , Arb-Med , Arb-Med-Arb, Co-Med-Arb อาจมีการระงับข้อพิพาทโดยคน กลางคนเดียวกัน (process conducted by a dual role neutral) หรือที่เรียกโดยทั่วไปว่า สถานการณ์การสวมหมวกสองใบ (Double Hatting) หรือสถานการณ์เปลี่ยนหมวก (Switching Hat) เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบกับพระราชบัญญัติการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 รวมถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 ลักษณะ 2 หมวด 3 ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการสามารถทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการต่างมีหลักการพื้นฐานมาจากหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลาง (Independent and Impartiality Principle) ซึ่งสะท้อนว่าผู้ทำหน้าที่คนกลางไม่ว่าจะเป็นผู้ไกล่ เกลี่ย ซึ่งปรากฏหลักการดังกล่าวในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 ซึ่งกำหนดให้ผู้ ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรม โดยต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง อิสระ ยุติธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ¹⁰⁰ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความ เป็นกลางและความเป็นอิสระของตนในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีทราบ¹⁰¹ ผู้ไกล่เกลี่ย อาจถูกคู่กรณีตั้งข้อรังเกียจที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นกลางหรือไม่เป็น อิสระได้¹⁰² ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงดังกล่าวอันมีผลสืบเนื่องมาจาก ความเป็นอิสระและความเป็นกลาง¹⁰³ และผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19¹⁰⁴ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผย

¹⁰⁰ ดู มาตรา 12 (1) แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562

¹⁰¹ ดู มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562

¹⁰² ดู มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562

¹⁰³ ดู มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562

¹⁰⁴ ดู มาตรา 19 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

ข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน¹⁰⁵ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน¹⁰⁶ การทำหน้าที่ของผู้เป็นกลางในกระบวนการระงับข้อพิพาทโหมดผสมในกรณีที่ไม่มีความหมายกำหนดบทบาทดังกล่าวว่าสามารถทำได้หรือไม่ อาจนำไปสู่การคัดค้านข้อตกลงการระงับข้อพิพาท (Settlement agreement) หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Awards of Arbitration) ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ได้เกิดขึ้นในเขตอำนาจของศาลในต่างประเทศเช่นกัน

2.6.4 ปัญหาของการออกแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คนกลางต้องทำงานร่วมกัน

เนื่องจากในประเทศไทยเมื่อพิจารณาจากอนุญาโตตุลาการในระดับสถาบันยังไม่มีรูปแบบของกระบวนการทำงานร่วมกันของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการอาจสามารถดำเนินการได้โดยการที่คู่กรณีตกลงกันแต่การไม่มีกฎหมายในส่วนสารบัญญัติกำหนดไว้อาจเป็นความเสี่ยงในภายหลังที่จะบังคับเอากับผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการไม่ว่าจะในรูปแบบของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Awards) หรือสัญญาการระงับข้อพิพาทเกิดจากการไกล่เกลี่ย (Settlement Agreement) ปัญหาดังกล่าวนี้ในต่างประเทศจากรายงานของคณะทำงานโหมดผสมซึ่งเกิดจากความพยายามร่วมกันของวิทยาลัยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ (CCA) สถาบันไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ (IMI) และสถาบัน Straus เพื่อการระงับข้อพิพาทโรงเรียนกฎหมาย Pepperdine อธิบาย คำว่า “โหมดผสม” (Mixed Mode) หมายถึงการรวมกันของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน เช่น กระบวนการพิจารณาคดี เช่น การฟ้องร้องและอนุญาโตตุลาการ กับกระบวนการที่ไม่ใช่การพิจารณาคดี เช่น การประนีประนอมหรือการไกล่เกลี่ย โดยคณะทำงานคณะที่ 7 (IMI Mixed Mode Working Group 7) ได้ตีพิมพ์รายงาน Working Group 7 Of “Mixed Mode” Imi/Si/Cca Taskforce Future Directions: Interactions Between Mediators And Arbitrators ได้ศึกษาถึงรูปแบบของกระบวนการการทำงานร่วมกันของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการที่มีพื้นฐานที่แตกต่างกันนั้นจะมีรูปแบบอย่างไร โดยได้นำเสนอรูปแบบสถานการณ์ที่อนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ใช่คนเดียวกันได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่คนกลางในข้อพิพาทเดียวกันและอาจต้องการปรึกษาหารือหรือทำงานร่วมกัน ซึ่งได้กำหนดปัญหาของสถานการณ์ที่อาจจะเกิดขึ้นในการรวมกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งสองเข้าด้วยกันในกรณีที่ไม่มีความ

¹⁰⁵ ดู มาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

¹⁰⁶ ดู มาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

ในระดับสถาบันที่ชัดเจนในการกำหนดการทำงานร่วมกัน เนื่องจากมีข้อกังวลว่าในกรณีที่กระบวนการใดกระบวนการหนึ่งต้องมีผู้ทำหน้าที่คนกลางเป็นผู้นำ (Leader) ในหัวข้อต่างๆ หรือในสถานการณ์ที่แตกต่างกันของขั้นตอนและกระบวนการและกระบวนการใดกระบวนการหนึ่งจะต้องมีการส่งต่อข้อมูลที่โดยพื้นฐานการระงับข้อพิพาทของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และการไกล่เกลี่ย (Mediation) ซึ่งถ้าเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อหลักความเป็นอิสระ (Independent) หรือหลักความชอบด้วยของกระบวนการ (Due process)¹⁰⁷ ดังนั้น เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งสองรูปแบบมีความแตกต่างกันในพื้นฐานก่อนดำเนินการต่อไปของขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง คู่สัญญา ที่ปรึกษา และผู้ทำหน้าที่คนกลางควรพิจารณาว่าผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการที่ทำงานร่วมกันอาจให้ผลประโยชน์ที่ไม่อาจให้ได้ เช่น ข้อมูลของกระบวนการใดกระบวนการหนึ่ง เมื่อทั้งผู้ทำหน้าที่คนกลางทั้งสองทำงานในกระบวนการที่แยกกันหรือตามลำดับ แต่ละบทบาทที่ทักษะเฉพาะอะไรบางอย่างที่อาจช่วยให้คู่สัญญาแก้ไขข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ การพิจารณาและกระบวนการขั้นตอนและที่เป็นสาระสำคัญที่จำเป็นต้องถูกกำหนดขึ้นเพื่อการพัฒนาโครงสร้างของกระบวนการ (Structure Development) ปัญหาทางกฎหมายข้างต้นเมื่อเกิดขึ้นในบริบทระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นในข้อพิพาทประเภทใดก็ตามจะมีความสลับซับซ้อนเป็นพิเศษเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องในแต่ละประเด็นปัญหาอาจมีความแตกต่างกันมากก็ได้ เช่น การทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกันซึ่งประเทศหนึ่งอาจอนุญาตให้ดำเนินการดังกล่าวได้ แต่อีกประเทศหนึ่งไม่อนุญาต อาจเป็นผลทำให้ผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการดังกล่าวเสียไปทั้งหมด ซึ่งในประเด็นเหล่านี้วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะอภิปรายต่อไปในบรรดากฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) และกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rules) ของสถาบันการระงับข้อพิพาทที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล

¹⁰⁷ D. Masucci (US) & D. Nigmatullina (RU) , Working Group 7: Future directions: Interaction between mediators and arbitrators (, Considerations for Allowing Communications between Arbitrators and Mediators Appointed to the Same Dispute, p. 10-11.

บทที่ 3

การระงับข้อพิพาทโหมดผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า หนึ่งในแนวโน้มที่มีความสำคัญมากขึ้นในข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ คือ การรวมและผสมโหมดหรือรูปแบบการระงับข้อพิพาทในแบบต่างๆ โดยเฉพาะโหมดการไกล่เกลี่ย (Mediation Mode) และอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Mode) การผสมระหว่างรูปแบบของการระงับข้อพิพาทแบบไม่ตัดสินและรูปแบบตัดสินสามารถช่วยให้กระบวนการบางอย่างบรรลุผลได้เป้าหมาย เช่น การบังคับใช้ระหว่างประเทศ ความคุ้มค่า และการรักษาความสัมพันธ์ ในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนในบทที่ 3 นี้จะเสนอแนวทางในการอธิบายวิธีการไกล่เกลี่ย และอนุญาโตตุลาการ และสถานการณ์ที่อาจเกิดการรวมกระบวนการทั้งสองเข้าด้วยกันได้ โดยเน้นที่การไกล่เกลี่ยตามด้วยอนุญาโตตุลาการ (Med-Arb) อนุญาโตตุลาการตามด้วยการไกล่เกลี่ย (Arb-Med) และรูปแบบการไกล่เกลี่ยในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arb-Med-Arb) รวมถึงรูปแบบการทำงานร่วมกันของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Co-Med-Arb) จากการศึกษาเรื่องงานของ Stipanowich และ Fraser นั้นได้พยายามที่จะอธิบายถึงวิธีการต่างๆ ที่สามารถรวมการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเข้าด้วยกันได้ Stipanowich และ Fraser พยายามรวมกลุ่มกันผ่านความร่วมมือการจัดตั้งคณะทำงานโหมดผสม (Task Force Mixed mode) และได้วิเคราะห์รูปแบบของกระบวนการที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมถึงสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นทั้งหมด¹⁰⁸ ทั้งนี้ ในวิทยานิพนธ์นี้ของผู้เขียนจึงนำเสนอรูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบผสมที่อาจเกิดขึ้นได้จากรายงานของคณะกรรมการโหมดผสม (IMI Mixed Mode) และจากแหล่งอื่นเช่น คู่มือการระงับข้อพิพาททางเลือก Alternative Dispute Resolution Practice Guide ของ Sam Kagel & Bette J. Roth รวมถึงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในเขตอำนาจของศาลในต่างประเทศทั่วโลกที่อนุญาตและไม่อนุญาตกระบวนการดังกล่าว และกฎการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของกฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule) กฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) ความร่วมมือกันระหว่างสถาบันการระงับข้อพิพาทในกรณีที่สถาบันการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยเสนอการให้บริการการระงับข้อพิพาทแยกต่างหากจากกัน (Protocol)

¹⁰⁸ Thomas Stipanowich and Veronique Fraser, The International Task Force on Mixed Mode Dispute resolution: Exploring the Interplay between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases, Fordham International Law Journal, Vol. 40, 2017 Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2017/4 (2017), p.839-846.

3.1 รูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโหมตผสม

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยโหมตผสม เป็นการนำเอารูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งไม่ว่าจะเป็น การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ รวมเข้าด้วยกันในการแก้ไขข้อพิพาท ทั้งนี้ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยโหมตผสม สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้

3.1.1 Mediation – Arbitration Model

กระบวนการ Med-Arb เป็นการรวมเอาคำว่าการไกล่เกลี่ย (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) รวมเข้าด้วยกัน กระบวนการดังกล่าวจะเริ่มต้นด้วยการแก้ไขข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยเมื่อส่วนการไกล่เกลี่ยเสร็จสิ้น และก่อนที่ส่วนอนุญาโตตุลาการจะเริ่มขึ้น แต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะแต่งตั้งบุคคลที่สามเพื่อแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในส่วนกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่ของการดำเนินคดี ส่วนต่อประสานระหว่างสองส่วนกระบวนการจะต้องถูกกำหนดในลักษณะที่ทำให้ชัดเจนเมื่อส่วนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง หากการไกล่เกลี่ยสำเร็จลุล่วงตามความประสงค์ของคู่พิพาทก็จะบังคับตามสัญญาประนีประนอมของทั้งสองฝ่าย แต่หากการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จลุล่วงก็นำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการของการอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ Med-Arb จึงถือว่าเป็นรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ ในสถานการณ์ดังกล่าวคู่สัญญาสามารถตกลงกันได้เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นอนุญาโตตุลาการและออกคำชี้ขาดที่มีผลผูกพันในคดีที่ค้างพิจารณา ดังนั้น ข้อกำหนดเบื้องต้นที่สำคัญสำหรับ Med-Arb คือข้อตกลงล่วงหน้าภายใต้ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทของคู่สัญญาโดยการตกลงที่จะไกล่เกลี่ยปัญหาใด ๆ ที่ไม่สามารถไกล่เกลี่ยได้สำเร็จ¹⁰⁹ ในกระบวนการดังกล่าวนี้บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ สามารถแบ่งออกได้ อยู่ 2 กระบวนการ

3.1.1.1 Med-Arb pure ในกระบวนการที่ดำเนินการโดยคนกลางที่ทำหน้าที่สองบทบาท (Med-Arb as a process conducted by a dual role neutral)

รูปแบบของ Med – Arb pure โดยผู้ทำหน้าที่คนกลางคนหนึ่งเป็นทั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ ประการแรก การไกล่เกลี่ยจะเกิดขึ้นและหากปัญหาทั้งหมดไม่ได้รับการแก้ไข ข้อพิพาทดังกล่าวจะถูกระงับข้อพิพาทหรือส่งต่อบทบาทจากผู้ไกล่เกลี่ยโดยสวามหวมหรือสวามบาท (Switching Hatting) เริ่มต้นที่ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินปัญหาที่เหลือผ่านทาง

¹⁰⁹ Shivam Goel, “MED – ARB”: A Novel ADR Approach, (June 26, 2016). p.1-5.

อนุญาโตตุลาการ¹¹⁰ โดยสาระสำคัญของ Med-Arb pure คือ บุคคลคนเดียวดำเนินการทั้งการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ คู่มือ ADR กำหนดถึง Med-Arb ตามแบบคำอธิบายของ Sam Kagel & Bette J. Roth ว่า เป็นกระบวนการสองขั้นตอน โดยที่ขั้นตอนแรกเกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยของข้อพิพาทและขั้นตอนที่สองใช้อุญาโตตุลาการที่เป็นทางการ โดยผู้ที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางเป็นคนเดียวกันเพื่อตัดสินปัญหาที่ไม่ได้ถูกระงับข้อพิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ย ผลลัพธ์สุดท้ายคือการตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) ที่มีผลผูกพันซึ่งรวมถึงข้อตกลงที่ได้รับระหว่างการไกล่เกลี่ยและการตัดสินใจที่เกิดจากการอนุญาโตตุลาการคำตัดสินขั้นสุดท้าย (Final Award) มีผลใช้บังคับเหมือนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั่วไปหรือที่เรียกว่าคำชี้ขาดตามยอม (Award Consent) ทั้งนี้คู่มือแนวทางปฏิบัติระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR Guide) ของ Sam Kagel & Bette J. Roth ใช้วิธีการที่เข้มงวดและเน้นย้ำว่าหากแยกบุคคลทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการกระบวนการนี้ไม่ใช่ Med-Arb¹¹¹

3.1.1.2 Med-Arb-Opt-Out ในกระบวนการที่ดำเนินการโดยคนกลางที่แยกกัน (Med-Arb as a process conducted by a dual role neutral or different neutrals)

รูปแบบของ Med-Arb-Opt-Out ผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีผสมของกระบวนการระงับข้อพิพาทจะถูกแยกออกจากกันแต่กระบวนการเท่านั้นที่รวมกันเป็นกระบวนการเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงเสนอข้ออนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันได้เมื่อข้อพิพาทไปถึงขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ¹¹² โดยกระบวนการดังกล่าวได้รับการจัดการโดยคนกลางคนละคนกัน ประโยชน์ที่นี้คือ Med-Arb-Opt-Out ให้การควบคุมแก่ฝ่ายต่าง ๆ เพื่อความเป็นกลางที่ดีขึ้นและการรักษาความลับ ข้อเสียที่สำคัญคือการต่อเวลาพิเศษอาจใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูง¹¹³

¹¹⁰ Ibid, p.6.

¹¹¹ Sam Kagel & Bette J. Roth, MED-ARB (Mediation-Arbitration), in Alternative Dispute Resolution Practice Guide (Sep. 2014). § 37:8 .

¹¹² Emilia Onyema, The Use of Med-Arb in International Commercial Dispute Resolution, 12 Am. Rev. Int'l Arb. (2001). p.411 – 412.

¹¹³ Shivam Goel, supra note 109, p6.

3.1.2 Arbitration – Mediation

กระบวนการนี้สามารถอธิบายย้อนกลับได้จากรูปแบบของกระบวนการ Mediation – Arbitration โดยกระบวนการ Arbitration – Mediation จะเริ่มต้นด้วยขั้นตอนอนุญาโตตุลาการปกติโดยคู่พิพาทนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ นำสืบแสดงพยานหลักฐานในกระบวนการไปจนถึง อนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดตัดสินในสุดท้ายไว้ล่วงหน้า ซึ่งคำชี้ขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการนั้นจะถูกปิดผนึกไว้จนกว่า ให้คู่พิพาทเข้าสู่โหมดของกระบวนการไกล่เกลี่ยระหว่างคู่พิพาท หากการไกล่เกลี่ยสำเร็จลุล่วงคู่พิพาทก็เข้าสู่การประนีประนอมกันระหว่างคู่พิพาท คำชี้ขาดที่มีขึ้นไว้ล่วงหน้าของอนุญาโตตุลาการก็เป็นอันถูกเพิกถอนไปในตัว หากการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จลุล่วงข้อพิพาทดังกล่าวก็เข้าสู่โหมดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้ง คำชี้ขาดที่ถูกปิดผนึกไว้ก็จะบังคับตามผลดังกล่าว ในกระบวนการดังกล่าวนี้บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ¹¹⁴ จะดำเนินการไปตามลำดับที่การไกล่เกลี่ยมาก่อนอนุญาโตตุลาการโดยในกระบวนการดังกล่าวจะถูกเร่งข้อพิพาทโดยคนกลางคนเดียวกันหรือต่างกันได้¹¹⁵

3.1.3 Arbitration – Mediation – Arbitration

กระบวนการ Arb-Med-Arb คือกระบวนการที่คู่พิพาทจะเริ่มต้นด้วย กระบวนการอนุญาโตตุลาการไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการจะทำคำชี้ขาดไว้ล่วงหน้า หลังจากนั้นคู่พิพาทจึงจะเข้าสู่โหมดกระบวนการไกล่เกลี่ยและหากการไกล่เกลี่ยสำเร็จคู่พิพาทก็สามารถนำความตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยมาให้อนุญาโตตุลาการรับรองในฐานะที่เป็นคำชี้ขาดด้วยความยินยอม (A consent arbitral award) แต่หากกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ ก็ จะเข้าสู่โหมดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งโดยดำเนินการตามคำชี้ขาดล่วงหน้าดังกล่าวต่อไป¹¹⁶ ในกระบวนการดังกล่าวนี้บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการจะเป็นบุคคลแยกต่างหากจากกัน เช่น บริการ Arb-med-Arb ของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIAC) โดยความร่วมมือระหว่างศูนย์ไกล่เกลี่ยแห่งประเทศสิงคโปร์ (SIMC)¹¹⁷

¹¹⁴ Gracious Timothy, Conciliation and Mediation in India, (© Kluwer Law International, 2021, p.349 -350.

¹¹⁵ Ibid, p 414.

¹¹⁶ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 101-103.

¹¹⁷ Gracious Timothy, supra note 114, p 349 -350.

3.1.4 Co-Med-Arb

โดยทั่วไปมีแนวคิดว่าเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสองคนที่แตกต่างกันซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ ผู้เป็นกลางทั้งคู่เป็นผู้นำในการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายต่าง ๆ หลังจากนั้นผู้ไกล่เกลี่ยจะทำงานร่วมกับฝ่ายต่าง ๆ รวมถึงในกระบวนการประชุมแยกฝ่ายที่ไม่มีอนุญาโตตุลาการด้วย และหากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้ ข้อพิพาทจะถูกส่งไปยังอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาด¹¹⁸ คู่มือ ADR ของ Sam Kagel & Bette J. Roth เสริมว่าหากข้อพิพาทถูกส่งไปยังขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการโดยลำพัง แม้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีบทบาทต่อเนื่องในการดำเนินการไกล่เกลี่ยที่วางแผนไว้ในภายหลัง หรือดำเนินการโดยธรรมชาติเพื่อไกล่เกลี่ยปัญหาใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการ¹¹⁹

3.1.5 สถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการระงับข้อพิพาทโหมดผสมตามรายงานของคณะกรรมการเฉพาะกิจโหมดผสม (IMI Mixed-Mode Task Force)

สถาบันไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ (IMI) ได้จัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจโหมดผสม (Task Force) โดยความร่วมมือกับวิทยาลัยอนุญาโตตุลาการการค้าและสถาบันสเตรสส์เพื่อการระงับข้อพิพาท โรงเรียนกฎหมาย Pepperdine University Caruso (สถาบันสเตรสส์) คณะกรรมการเฉพาะกิจโหมดผสม (Task Force) ได้ดำเนินการตรวจสอบและพยายามพัฒนามาตรฐานแบบจำลองและเกณฑ์สำหรับวิธีการรวมกระบวนการระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมระหว่างระบบการตัดสินของภาครัฐและเอกชน เช่น การดำเนินคดี อนุญาโตตุลาการ หรือการตัดสิน และระบบการระงับข้อพิพาทโดยคนกลางที่ไม่ใช่ในทางตัดสินชี้ขาด เช่น การประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ย และไม่ว่าจะเป็นแบบการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะคู่ขนานกันไปเป็นลำดับ หรือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะบูรณาการ¹²⁰

คณะกรรมการมีแนวความคิดที่จะทำงานในสองขั้นตอน : ระยะเวลาที่หนึ่งรวมถึงการสำรวจมาตรฐานและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์แบบผสมในประเทศและภูมิภาคต่างๆ ซึ่งจะมีการสำรวจในรายละเอียด เปรียบเทียบความเหมือน และเปรียบเทียบความแตกต่าง ระยะเวลาที่สอง

¹¹⁸ James T. Peter, Med-Arb in International Arbitration, 8 Am. Rev. Int'l Arb. 83,(1997). p.100.

¹¹⁹ Sam Kagel & Bette J. Roth , Supra note 111 , at § 37:12.

¹²⁰ CCA/IMI/ Straus Institute International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution, Memo on the Task Force and Project , International Mediation Institute [Online] Accessed: 10 January 2023. Available from: www.imimmediation.org/about-imi/who-are-imi/mixed-mode-task-force/#about

พัฒนาแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดและเครื่องมือให้ข้อมูลอื่นๆ สำหรับคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาทและผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมาย ศาล สมาชิกสภานิติบัญญัติและผู้กำหนดมาตรฐาน เพื่อให้บรรลุเป้าหมาย คณะทำงานประกอบด้วยคณะทำงาน 7 กลุ่ม (WG) โดยมีหัวข้อเฉพาะและสมาชิกภาพระหว่างประเทศจากวัฒนธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ผลผลิตสุดท้ายของ Task Force จะให้รายงานเป็นลายลักษณ์อักษรที่ครอบคลุม ถึงคำจำกัดความการทำงานของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่หลากหลาย และแนวทางการจัดการความขัดแย้งที่ใช้อยู่ทั่วโลก การปฏิบัติในเชิงลึกของแนวทางปัจจุบันต่อสถานการณ์แบบผสมที่หลากหลาย การเปรียบเทียบและความแตกต่างของแนวทางที่พัฒนาขึ้นในวัฒนธรรมและระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน และแนวปฏิบัติหรือแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดที่มุ่งเป้าไปที่ผู้ปฏิบัติงาน ผู้เชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาท ผู้ประกอบการทางธุรกิจ และอื่นๆ

Mixed-Mode Task Force มีลักษณะเฉพาะคือ กำลังสำรวจและวิเคราะห์การผสมผสานของโหมดต่างๆ อย่างเป็นระบบมากขึ้น มากกว่าแค่แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับกลไกทั่วไป เช่น Arb-Med, Med-Arb และอื่นๆ ทกสถานการณ์ที่อธิบายขอบเขตของ Task Force ซึ่งเป็นฐานที่ Task Force มีความคืบหน้าอย่างมาก Prof. Thomas Stipanowich และ Veronique Fraser ได้รวบรวมผลงานของ Task Force ในบทความชื่อ “The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay Between Mediation, Evaluation, and Arbitration in Commercial Cases,” สถานการณ์ของการระงับข้อพิพาทโหมดผสมที่ IMI’s Mixed Mode Taskforce ได้เสนอสถานการณ์ในรูปแบบต่างๆ ดังนี้ เช่น¹²¹

1.) สถานการณ์ที่ 1 (Scenario 1) ผู้ไกล่เกลี่ยที่ใช้การประเมินแบบไม่มีข้อผูกมัดหรือข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อส่งเสริมการยุติข้อพิพาท ในสถานการณ์นี้จะผู้ไกล่เกลี่ยมีส่วนร่วมในการประเมินผลของข้อพิพาทนอกเหนือจากการใช้เทคนิคและแนวทางการไกล่เกลี่ยเพื่อสนับสนุนทางออกให้กับคู่พิพาท เช่น ผู้ไกล่เกลี่ยมีการคาดการณ์ถึงผลการดำเนินคดีหรือการอนุญาตตุลาการที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดในกระบวนการโหมดผสมในอนาคต และการประเมินข้อโต้แย้งข้อเท็จจริงหรือข้อโต้แย้งทางกฎหมายของคู่กรณีต่างๆ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเสนอข้อเสนอของตนเองสำหรับการระงับข้อพิพาทดังกล่าว

¹²¹ Thomas J. Stipanowich & Véronique Fraser, The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases, (Fordham International Law Journal Volume 40, Issue 3 2017 Article 6) , P.846 – 865.

2.) สถานการณ์ที่ 2 (Scenario 2) ผู้ไกล่เกลี่ยกำหนดช่วงระยะเวลาของกระบวนการสำหรับการระงับข้อพิพาทและตัวเลือกการระงับข้อพิพาทอื่นๆ ให้กับคู่พิพาท ในสถานการณ์นี้ผู้ไกล่เกลี่ยมีบทบาทในการมุ่งเน้นไปที่การแก้ปัญหาข้อพิพาทที่มีสาระสำคัญ ผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยกำหนดช่วงระยะเวลาของกระบวนการสำหรับการตัดสินข้อพิพาทได้ด้วยเช่นกัน โดยทำงานร่วมกับฝ่ายต่างๆ เพื่อปรับรูปแบบของขั้นตอนสำหรับการอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินคดีทางศาลที่จะมีขึ้นในอนาคตในกรณีที่การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ

3.) สถานการณ์ที่ 3 (Scenario 3) สถานการณ์เปลี่ยนหมวก (Switching hats) ผู้ไกล่เกลี่ยเปลี่ยนบทบาทเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือการเปลี่ยนบทบาทของอนุญาโตตุลาการไปสู่บทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย สถานการณ์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นในกระบวนการที่ผู้ไกล่เกลี่ยเดิมรับบทบาททำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ภายหลังผู้ไกล่เกลี่ยได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทเป็นอนุญาโตตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว หรือเดิมที่เป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทภายหลังได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในการช่วยเหลือคู่พิพาทแก้ไขข้อพิพาทดังกล่าว

4.) สถานการณ์ที่ 4 (Scenario 4) อนุญาโตตุลาการกำหนดช่วงระยะเวลาของกระบวนการเพื่อการระงับข้อพิพาทเพียงอย่างเดียว ในสถานการณ์ดังกล่าวอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นส่วนในการช่วยกำหนดขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทผ่านการเจรจาหรือการไกล่เกลี่ย รวมถึงการดำเนินการอื่นๆ อาจไปไกลถึงขั้นแนะนำ ส่งเสริม หรือแม้แต่สั่งให้คู่พิพาทเข้าสู่ขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยหรือกระบวนการอื่นที่ไม่ใช่การพิจารณาตัดสินเพื่อส่งเสริมการยุติข้อพิพาทก็ได้ ในสถานการณ์ที่ 4 นี้ IMI's Mixed Mode Taskforce ได้เสนอเมื่ออนุญาโตตุลาการมีบทบาทในการกำหนดช่วงระยะเวลาของกระบวนการเพื่อการระงับข้อพิพาทได้ และสามารถเกิดสถานการณ์แยกย่อยอื่นๆ ได้อีก 3 รูปแบบด้วยกันดังนี้

4.1.) สถานการณ์ที่ 4.1 (Scenario 4.1) อนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทที่มีสาระสำคัญโดยจัดการปัญหาขั้นตอนสำคัญ เช่น กำหนดรูปแบบของการไกล่เกลี่ยเป็นขั้นตอนสำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

4.2.) สถานการณ์ที่ 4.2. (Scenario 4.2) อนุญาโตตุลาการกำหนดการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่มีสาระสำคัญโดยการส่งเสริมการใช้การไกล่เกลี่ย เช่น การส่งเสริมให้มีการไกล่เกลี่ยระหว่างการอนุญาโตตุลาการ

4.3.) สถานการณ์ที่ 4.3. (Scenario 4.3) อนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทที่มีสาระสำคัญโดยการออกข้อเสนอเบื้องต้นอื่นๆ เช่น การเสนอมุมมองเบื้องต้นเกี่ยวกับประเด็นที่เป็นข้อพิพาทแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับพยานหลักฐานเพิ่มเติมใดที่อนุญาโตตุลาการเชื่อว่าอาจจำเป็นสำหรับฝ่ายต่างๆ ในการพิจารณาคดี เพื่อช่วยกระตุ้นการระงับข้อพิพาท คู่พิพาทควรเปิดเผยข้อเท็จจริงเบื้องต้นและผลทางกฎหมายด้วยจุดมุ่งหมายเดียวกันหรือแม้แต่เสนอข้อเสนอมุ่งเพื่อการระงับข้อพิพาทหรือไม่

5. สถานการณ์ที่ 5 (Scenario 5) อนุญาโตตุลาการตัดสินตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทอันมีผลเป็นการชี้ขาดตามยอม (Consent Award) กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการได้รับคำขอจากคู่พิพาทที่บรรลุข้อตกลงยุติข้อพิพาท (Settlement Agreement) เพื่อรวมหรือแปลงเงื่อนไขของการระงับข้อพิพาทเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในลักษณะของคำชี้ขาดตามความยินยอม สถานการณ์ที่ 5 นี้ อาจทำให้ฝ่ายต่างๆ มีโอกาสที่จะใช้ประโยชน์จากกลไกการบังคับใช้ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ดีขึ้นอยู่กับนโยบาย (Legal policy) ของประเทศนั้นๆ ด้วย

6. สถานการณ์ที่ 6 (Scenario 6) การมีปฏิสัมพันธ์ร่วมกับกระบวนการอื่นๆ เช่น การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยกับการดำเนินคดีในศาล และอื่นๆ ฯลฯ เป็นต้น

3.2 กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทแบบผสม

3.2.1 กระบวนการพิจารณาแบบหลายระดับหรือเพิ่มระดับ (Multitier / Escalation Processes)

กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทแบบหลายชั้น (Multi-tier) คือการที่ฝ่ายต่างๆ กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนอนุญาโตตุลาการหนึ่งขั้นตอนหรือมากกว่า ขั้นตอนดังกล่าวนี้ อาจเรียกว่าขั้นตอนก่อนการอนุญาโตตุลาการ (Pre-Arbitration)¹²² ขั้นตอนดังกล่าวอาจรวมถึงกระบวนการประนีประนอมหรือการพิจารณาพิพากษา ไม่ว่าจะเป็ขั้นตอนเดียวหรือเป็นขั้นตอนต่อเนื่องในระดับที่สูงกว่า กระบวนการแก้ไขข้อพิพาทแบบหลายระดับหรือการยกระดับความคล้ายคลึงกันของ Med-Arb เว้นแต่ว่าจะไม่พิจารณาถึงการเปลี่ยนบทบาทผู้บุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางในการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท บุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางถูกแยกจากกันในการมีบทบาทใน

¹²² Hamish Lal, Brendan Casey, et al., 'Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration – The Need for Coherence', in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 38, Issue 4), p. 796 – 820.

กระบวนการไกล่เกลี่ยและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้ จึงช่วยลดความเสี่ยงต่อมาตรฐานทางจริยธรรมของคนกลางที่ทำหน้าที่กระบวนการพิจารณาแบบหลายระดับหรือการเพิ่มระดับ ควรได้รับการส่งเสริมเนื่องจากอาจทำหน้าที่เป็นทางเลือกต่อข้อกังวลในเรื่องของ ค่าใช้จ่ายและเวลา ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีการเกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ต่อข้อกังวลดังกล่าวของผู้ใช้บริการ กระบวนการพิจารณาแบบหลายชั้นโดยทั่วไปเริ่มต้นด้วยการเจรจาหรือการปรึกษาหารือ จากนั้นจึงเพิ่มระดับเพื่ออำนวยความสะดวกในการเจรจา (การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอม) และสุดท้ายดำเนินการตามกระบวนการของอนุญาโตตุลาการ เช่น ตัวอย่างของข้อตกลงระงับข้อพิพาทในสัญญาธุรกิจ (Dispute Resolution Clause) ในการกำหนดการระงับข้อพิพาทแบบหลายระดับหรือเพิ่มระดับ ซึ่งพบได้ทั่วไป ดังต่อไปนี้ เช่น¹²³

ก. ตัวอย่างที่ 1 “ข้อพิพาท ข้อโต้แย้ง หรือการเรียกร้องใด ๆ (เรียกรวมกันว่า "ข้อพิพาท") ที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับสัญญานี้ คู่พิพาทจะต้องแจ้งข้อพิพาทดังกล่าวโดยกำหนดรายละเอียดของข้อพิพาทนั้นให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ ข้อพิพาทดังกล่าวจะยุติโดยสุจริตโดยคู่พิพาทเจรจากันภายในระยะเวลา 30 วันนับจากวันที่ได้รับหนังสือแจ้งข้อพิพาทดังกล่าว”

ข. ตัวอย่างที่ 2 “หากการเจรจาระหว่างคู่สัญญาล้มเหลว ให้ระงับข้อพิพาทโดยสุจริตโดยการไกล่เกลี่ยภายในระยะเวลา 60 วัน หรือจนกว่าจะถึงเวลาดังกล่าวที่คู่กรณีตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงให้.....เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าว ฝ่ายที่เริ่มต้นการไกล่เกลี่ยจะต้องส่งคำบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้ไกล่เกลี่ยที่ระบุในสัญญานี้และอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อไกล่เกลี่ย และอีกฝ่ายจะต้องยอมรับคำเชิญดังกล่าว ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีชื่อไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือด้วยเหตุผลอื่นที่ไม่สามารถดำเนินการได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับการแต่งตั้งโดย [การกำหนดองค์กรหรือบุคคล] ภายใน 21 วันนับจากวันที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ”

ค. ตัวอย่างที่ 3 “หากการไกล่เกลี่ยล้มเหลว ข้อพิพาทจะถูกส่งต่อและตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการใน [เขตอำนาจศาล] ซึ่งเป็นสถานที่ที่นั้งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายที่เรียกร้องให้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (“ผู้ร้อง”) จะต้องแจ้งให้อนุญาโตตุลาการที่มีชื่อและอีกฝ่ายหนึ่ง (“ผู้รับคำบอกกล่าว”) ทราบถึงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องมีรายละเอียดถึง :

ง. ตัวอย่างที่ 4 “เมื่อข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวจะต้องเรียกประชุมกับคู่กรณีหรือตัวแทนของคู่กรณีเพื่อกำหนด

¹²³ Gracious Timothy, Supra note 114, p.352-353.

ขั้นตอนที่จะปฏิบัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการระบุปัญหาที่เกี่ยวข้องและการระงับข้อพิพาทที่เป็นไปได้ของปัญหาดังกล่าว เรื่องขั้นตอนต่อไปนี้จะต้องดำเนินการตามที่ตกลงกันไว้”

3.2.2 กระบวนการพิจารณาการระงับข้อพิพาทพร้อมกันหรือแบบคู่ขนาน (Simultaneous /Parallel Processes)

กระบวนการพิจารณาการระงับข้อพิพาทแบบคู่ขนาน (Parallel Processes)¹²⁴ คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทที่การไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นควบคู่ไปกับการดำเนินคดีหรือการอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่อง สถานการณ์มักเรียกว่ากระบวนการคู่ขนาน สิ่งที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยรวมทั้งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย จะไม่ถูกนำเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกับทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น กฎหมออนุญาโตตุลาการของเขตปกครองพิเศษฮ่องกง (Hong Kong Arbitration Ordinance) มาตรา 33 (2) กำหนดว่า หากอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องถูกระงับไว้เพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ย ส่วนกระบวนการพร้อมกัน (Simultaneous process) คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการไปพร้อมกัน ตัวอย่างเช่น กฎข้อบังคับเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย-อนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการกรุงปารีส (Simultaneous Med-Arb Rules the Centre for Mediation and Arbitration of Paris (CMAP)) เสนอการไกล่เกลี่ยพร้อมกับการอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นโดยอิสระแยกต่างหากจากกัน และ CMAP ไม่อนุญาตให้ผู้ไกล่เกลี่ยรู้ชื่อของผู้ตัดสินชี้ขาดและในทางกลับกัน ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับอนุญาตให้พูดคุยเรื่องระหว่างกันหากพวกเขารู้จักกัน

3.3 การระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมตามกฎหมายไทย

3.3.1 ข้อพิจารณากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

3.3.1.1 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องและหลังฟ้องคดีตามมาตรา 19,20,20 ทวิ และมาตรา 20 ทรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

สำนักงานศาลยุติธรรมได้มีนโยบายสนับสนุนและพัฒนาระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ควบคู่ไปกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเพื่อเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่คู่ความและประชาชนในการยุติข้อพิพาทด้วยหลักสมานฉันท์และสันติวิธีโดยวิธีการที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัด และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ไม่มีฝ่ายใดแพ้ฝ่ายใดชนะและช่วยลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และยังสามารถ

¹²⁴ Gracious Timothy , Supra note , P.356-358.

ยุทธศาสตร์ในโครงการส่งเสริมพัฒนา และเผยแพร่การระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการนำระบบไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องไปใช้ก่อนคดีเข้าสู่ศาลเพื่อช่วยลด และแบ่งเบาภาระคดีของศาลอีกทางหนึ่ง อีกทั้งประธานศาลฎีกายังมีนโยบายในการที่จะพัฒนาระบบ และกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีไกล่เกลี่ยให้มีความต่อเนื่อง รวมทั้งส่งเสริมให้มีความร่วมมือกันระหว่างองค์กรเพื่อพัฒนาวิธีการไกล่เกลี่ยให้เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย ในการนี้ สำนักงานศาลยุติธรรม ได้ยกร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติม การไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดี) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการทำให้คดียุติได้อย่างรวดเร็ว ด้วยการใช้การไกล่เกลี่ย เป็นหลักก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยมีเจ้าพนักงานศาลคอยไกล่เกลี่ยให้โดยที่ในปัจจุบันนี้มีกฎหมายหลายฉบับที่มีการกำหนดให้อำนาจหน่วยงานต่าง ๆ ดำเนินการไกล่เกลี่ย เช่น พระราชบัญญัติจัดระเบียบ บริหารหมู่บ้านอาสาพัฒนาและป้องกันตนเอง พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2544 เป็นต้น ซึ่งกฎหมายทุกฉบับล้วนแล้วแต่กำหนดขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการดูแลทุกข์สุขของ ประชาชน หากมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นในชุมชนก็ต้องให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทได้¹²⁵ ภายหลังเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2563 ได้การประกาศประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในมาตรา 20 ตรี ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งแตกต่างจากเดิมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงกระบวนการไกล่เกลี่ยในระหว่างการศึกษาคดีของศาลเท่านั้นตาม 19¹²⁶ มาตรา 20¹²⁷ และ 20 ตรี¹²⁸ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จากบทบัญญัติข้างต้น การจะไกล่เกลี่ย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²⁵ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ครั้งที่ 2007-28/2561 วันพุธ ที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2561

¹²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 19 “ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้น ๆ จะได้มีทนายความที่ต่างแยกต่างอยู่แล้วก็ดี อนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตนเอง อาจยังให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง”

¹²⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 20 “ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาทนั้น”

¹²⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

และทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลต้องปรากฏว่าคุณฟ้องร้องคดีต่อศาลแล้วและ
 คุณตกลงที่จะไกล่เกลี่ย ซึ่งสามารถทำได้ไม่ว่าการไกล่เกลี่ยนั้น คดีอยู่ในขั้นตอนใด ทั้งในระหว่าง
 ยื่นคำฟ้อง คำให้การ หรือการสืบพยาน หรือแม้แต่มีการอุทธรณ์ฎีกาแล้ว หากคุณร้องขอหรือเมื่อ
 ศาลเห็นสมควร สามารถให้คุณเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 20 และ
 มาตรา 20 ทวิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การไกล่เกลี่ยนั้นจะทำโดยศาลเองหรือศาลจะ
 มอบหมายให้บุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ เช่น การส่งคดีไปยังศูนย์ไกล่เกลี่ยที่อยู่ตามศาล
 ยุติธรรมต่างๆ¹²⁹ ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 20 ตรี¹³⁰ ซึ่งเป็น

มาตรา 20 ทวิ “ เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคุณฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ
 ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยจะให้มีความอยู่ด้วย
 หรือไม่ก็ได้

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคุณฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้
 ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คุณความได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้
 ประนีประนอม ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของ
 ศาลฎีกา

ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาตามวรรคสาม เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

¹²⁹ สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือระเบียบข้อพิพาททางเลือกสำหรับประชาชน, พิมพ์ครั้งที่
 5, บรรณาธิการ, (กรุงเทพฯ: บริษัทพิมพ์ อิมเมจจิง จำกัด, 2560), หน้า 9-10

¹³⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 20 ตรี ก่อนยื่นฟ้องคดี บุคคลที่จะเป็นคู่ความอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจหากมีการฟ้อง
 คดีนั้น เพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงหรือประนีประนอมยอม
 ความกันในข้อพิพาท โดยคำร้องนั้นให้ระบุชื่อและภูมิลำเนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรายละเอียดของข้อ
 พิพาท เมื่อศาลเห็นสมควร ให้ศาลรับคำร้องนั้นไว้แล้วดำเนินการสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งใน
 การเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ให้ศาลมีอำนาจเรียกคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง
 มาศาลด้วยตนเองโดยคู่กรณีจะมีทนายความมาด้วยหรือไม่ก็ได้ และแต่งตั้งผู้ประนีประนอมดำเนินการไกล่เกลี่ย
 ต่อไปโดยให้นำความในมาตรา 20 ทวิมาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องสามารถตกลงหรือประนีประนอม
 ยอมความกันได้ให้ผู้ประนีประนอมเสนอข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้ว
 เห็นว่าข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี หลักแห่งความสุจริต เป็นธรรม
 และไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ก็ให้คู่กรณีลงลายมือชื่อในข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น

ในวันทำข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความตามวรรคหนึ่งคู่สัญญาอาจร้องขอให้ศาลมี
 คำพิพากษาตามยอม พร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นต่อศาล หากศาลเห็นว่ากรณีมีความจำเป็นที่สมควรจะมีคำ

หลักการใหม่ของการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดี ดังนั้น การไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง จึงหมายความว่า เป็นกระบวนการที่ยังไม่มีการเสนอคำฟ้องต่อศาลนั่นเอง ซึ่งถือเป็นระบบการไกล่เกลี่ยเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่ผู้ที่มีกรณีพิพาททางแพ่งเพื่อเป็นช่องทางในการยุติข้อพิพาท เห็นได้ว่าหากใครมีปัญหาเรื่องการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่หรือข้อพิพาททางแพ่งใดเกิดขึ้น โดยปกติแล้วย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาล ยื่นฟ้องบังคับคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลเป็นผู้ตัดสินและระงับข้อพิพาทเหล่านั้น และศาลก็จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นแห่งคดี ตามคำขอของคู่ความ แต่เมื่อมีกฎหมายอันเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งมีผลบังคับใช้เรียบร้อยแล้ว ผู้ที่จะเป็นคู่ความเมื่อมีการโต้แย้งสิทธิ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 จึงไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลก่อน โดยสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้มีการไกล่เกลี่ย โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องนี้ได้ เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกให้คู่กรณีสามารถตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันก่อนจะมีการฟ้องต่อศาล ซึ่งยังไม่ต้องเสียค่าขึ้นศาลตามบทบัญญัติมาตรา 20 ตรี วรรคสาม อันเป็นหลักการใหม่ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และหากสามารถตกลงหรือประนีประนอมกันได้ สามารถร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอมได้ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเปรียบเสมือนการให้ศาลมีคำพิพากษาในประเด็นแห่งคดีตามที่คู่ความตกลงกันนั่นเองอย่างคดีแพ่งปกติ แต่คดีใดจะเข้าสู่กระบวนการการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องได้หรือไม่ ได้มีข้อบังคับข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง พ.ศ. 2563 ข้อ 5 และ ข้อ 9 กำหนดไว้ว่า คดีใดบ้างจะสามารถไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องได้ ทั้ง ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง พ.ศ. 2563 กำหนดว่า

ข้อ 5 การไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องตามข้อกำหนดนี้ ให้ใช้ได้กับข้อพิพาททางแพ่งทุกลักษณะ เว้นแต่เป็นกรณีต้องห้าตามข้อ 9

ข้อ 9 กรณีดังต่อไปนี้ มิให้รับคำร้องไว้ไกล่เกลี่ย

พิพากษาไปในเวลานั้น ก็ให้ศาลมีคำพิพากษาไปตามข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวได้โดยให้นำความในมาตรา 138 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การขอและการดำเนินการตามมาตรานี้ ไม่ต้องเสียค่าขึ้นศาล

คำสั่งของศาลที่ออกตามความในมาตรานี้ให้เป็นที่สุด

เมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ประนีประนอมแล้วแต่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วหลังจากยื่นคำร้องหรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง”

- (1) เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าการยื่นคำร้องเป็นไปโดยไม่สุจริตหรือมีเจตนาเอาเปรียบคู่กรณี หรือบุคคลอื่น
- (2) เมื่อปรากฏว่ามีการนำข้อพิพาทตามคำร้องไปยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อศาลใดศาลหนึ่งไว้แล้วโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคู่ความในคดีนั้น
- (3) เมื่อปรากฏว่าข้อพิพาทตามคำร้องเคยได้รับการดำเนินการไกล่เกลี่ยตามข้อกำหนดนี้แล้ว แต่ไม่เป็นผล เว้นแต่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป โดยระบุพฤติการณ์เช่นว่านั้นมาในคำร้อง
- (4) เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์หรือลักษณะของข้อพิพาทแล้วไม่เป็นสาระที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ย

3.3.1.2 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ใช้บังคับกับข้อพิพาททางพาณิชย์ภายในประเทศโดยเฉพาะ พระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยถูกบัญญัติขึ้นมา สืบเนื่องสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (สคก.) เป็นหน่วยงานหลักในการตรากฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทเพื่อให้เป็นกฎหมายกลาง ใช้สำหรับเป็นกฎหมายหลักเพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาท คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2562 ที่ผ่านมา และมีผลบังคับใช้แล้วนับแต่วันที่ 23 พฤษภาคม 2562

ก. กระบวนการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐซึ่งได้แก่ ราชการ ส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด หรือหน่วยงานของรัฐ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹³¹ และกำหนดให้กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนรวมตัวกันเป็นศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน เพื่อดำเนินงานเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

¹³¹ ดู มาตรา 3 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

ภาคประชาชน¹³² อีกทั้งยังกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการขึ้นทะเบียนของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท¹³³ ข้อพิพาทที่จะไกล่เกลี่ยพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จะต้องมีจำนวนทุนทรัพย์ไม่เกิน 5,00,000 บาท หรือไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา¹³⁴ นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติหลักการความเป็นอิสระและความเป็นกลาง (Independent and Impartiality) ของผู้ไกล่เกลี่ยอย่างชัดเจนในบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ไกล่เกลี่ยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีทราบ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีไม่ว่าฝ่ายใดในเรื่องดังต่อไปนี้¹³⁵ (1) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรส (2) เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น (3) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทน (4) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้หรือเป็นนายจ้างหรือลูกจ้าง และผู้ไกล่เกลี่ยต้องถือปฏิบัติตามจริยธรรมที่ถูกกำหนดไว้¹³⁶ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยผู้ไกล่เกลี่ยมีบทบาทดังต่อไปนี้¹³⁷

(1) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่กำหนดแนวทางและจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดย ผู้ไกล่เกลี่ยอาจตกลงกับคู่กรณีเพื่อกำหนดกรอบระยะเวลาและแผนการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งนี้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ดำเนินการอย่างต่อเนื่องและให้แล้วเสร็จโดยเร็ว

(2) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และเสนอแนะคู่กรณีในการหาแนวทางยุติข้อพิพาท

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่สอบถามข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทความประสงค์ของคู่กรณีที่จะระงับข้อพิพาท และข้อเท็จจริงอื่นที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว และให้ผู้ไกล่เกลี่ยอธิบายให้คู่กรณี เข้าใจซึ่งกันและกันหรือผ่อนปรนเข้าหากันอันนำไปสู่การตกลงระงับข้อพิพาทกันได้

¹³² ดู มาตรา 68 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹³³ ดู มาตรา 10 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹³⁴ ดู มาตรา 20 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹³⁵ ดู มาตรา 13 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹³⁶ ดู มาตรา 12 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹³⁷ ดู มาตรา 11 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

ข. การบังคับตามข้อตกลงจากการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

ทั้งนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติหลักการใหม่คือการบังคับตามข้อตกลงการไกล่เกลี่ยกล่าวคือ เมื่อคู่พิพาทตกลงกันได้แล้วให้จัดทำเป็นบันทึกข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่จัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาท¹³⁸ โดยที่ข้อตกลงต้องไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹³⁹ เมื่อทำบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทเรียบร้อยแล้ว ถ้าปรากฏในภายหลังว่าผู้ไกล่เกลี่ยมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีทราบ บันทึกข้อตกลงนั้นไม่เสียไปแต่ไม่เป็นการตัดสิทธิ คู่กรณีในการพิสูจน์เพื่อให้ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงดังกล่าว¹⁴⁰

ผลของข้อตกลงระงับข้อพิพาทในกรณีที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขตศาลนั้น หรือศาลยุติธรรมที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้มีการไกล่เกลี่ยนั้น เพื่อให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ และให้เสียค่าขึ้นศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในอัตราเดียวกับคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ¹⁴¹ การร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทต้องกระทำภายใน 3 (สาม) ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ถ้าไม่ได้ร้องขอภายในกำหนดดังกล่าว ให้มูลหนี้ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเป็นอันระงับไป¹⁴²

เมื่อพิจารณากระบวนการของการระงับข้อพิพาทโดยผ่านกระบวนการของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการกำหนดหลักของการ

¹³⁸ ดู มาตรา 30 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹³⁹ ดู มาตรา 28 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹⁴⁰ ดู มาตรา 24 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹⁴¹ ดู มาตรา 30 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

¹⁴² ดู มาตรา 32 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

ทำหน้าที่สองบทบาทดังกล่าวไว้ว่า แต่ทั้งนี้ ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังต่อไปนี้ เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

- (1) ความประสงค์หรือความสมัครใจของคู่กรณีในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณี
- (3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (4) ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ย
- (5) ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้ถือว่า พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดที่มีอยู่และนำสืบได้อยู่แล้วในกระบวนการพิจารณาของศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่งด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวกับหลักการที่อยู่เบื้องหลังรัฐได้มีการบัญญัติเพื่อป้องกันและส่งเสริมกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อให้ตรงตามวัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ย¹⁴³ โดยหลักการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักการรักษาความลับ (Confidential) อย่างในคดีระหว่าง Field v. Commissioner of Railways ([1957] 99 CLR 285, 291. NSW) ที่เกิดขึ้นในศาลของมลรัฐ New South Wales

3.3.2. ข้อพิจารณากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเทศไทยเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้มีบทบัญญัติในลักษณะที่ให้กระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบผสมกัน แต่มี

¹⁴³ ดู มาตรา 29 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

เพียงบทบัญญัติกำหนดไว้เพียงว่าหากระหว่างพิจารณาคู่พิพาทมีความประสงค์จะทำสัญญา ประนีประนอมยอมความ และสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ (A Consent Arbitral Award) ตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว¹⁴⁴ โดยกำหนดแบบของคำชี้ขาดตามความยินยอมไว้ใน มาตรา 37¹⁴⁵ ดังนี้ การที่กฎหมายไทยในระดับพระราชบัญญัติไม่มีกฎหมายภายในรองรับรูปแบบ การระงับข้อพิพาทโหมดผสมระหว่างการค้าปลีกและการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ ย่อมเกิดปัญหาทั้ง ในด้านการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวว่าจะสามารถบังคับได้เทียบเท่ากับคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการได้หรือไม่¹⁴⁶ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในมุมมองของกฎหมายต่างประเทศแนวทางที่ แพร่หลายของกฎอนุญาโตตุลาการทั้งข้อบังคับของสถาบัน (Rule) และกฎหมายภายในประเทศ (Domestic Law) คือ การอนุญาตให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินความยินยอม หากคู่พิพาทร้อง ขอให้กระทำโดยคู่พิพาทแต่กระบวนการดังกล่าวอนุญาโตตุลาการไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้ ใน กรณีที่หากคู่สัญญาประสบความสำเร็จในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาท ฝ่ายหนึ่งมีทางเลือกคือ ยกเลิก

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 36 ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทประนีประนอมยอมความกันให้คณะ อนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการ ประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลง ประนีประนอมยอมความนั้น คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 37 และให้มี สถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 37 คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมี จำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียข้างมากถือว่าเพียงพอแล้วแต่ต้องจดแจ้ง เหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะ เป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย ในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือคำป่วยการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 48

คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งและให้ถือว่าคำ ชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นนั้น

เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย

¹⁴⁶ Shivam Goel, supra note 109 ,p.6.

อนุญาโตตุลาการโดยบันทึกเงื่อนไขของข้อตกลงในข้อตกลงนี้ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายต่างๆ อนุญาโตตุลาการอาจต้องการได้รับ “คำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent award)” หรือ “คำชี้ขาดตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้ (Award on agreed terms)”¹⁴⁷ กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศ (Domestic Law) ของต่างประเทศหลายฉบับหลายฉบับอนุญาตให้มีคำชี้ขาดตามความยินยอมได้ รวมถึงกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL Arbitration Model Law มาตรา 30 (1) ก็บัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวว่า หากคู่กรณีร้องขอและไม่ถูกคัดค้านโดยอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการบันทึกข้อตกลงในรูปแบบของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว¹⁴⁸ แต่นอกจากบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดตามความยินยอมแล้ว กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็มิได้มีการกำหนดถึงการระงับข้อพิพาทในรูปแบบการทำงานร่วมกันระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการไว้ เช่น การให้ความยินยอมในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ กระบวนการร่วมกันของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาของส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ย เป็นต้น

3.4. ข้อพิจารณาในระดับสถาบันการระงับข้อพิพาทในไทย

3.4.1. ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC

สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC) เป็นสถาบันที่ให้บริการ ด้านการอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอมข้อพิพาท ถูกจัดตั้งและดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นอิสระและมีมาตรฐานสากล สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ได้ออกข้อบังคับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอมยอมความ ได้แก่ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการประนีประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ที่เกี่ยวข้องกับการ Med – Arb และข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 ประกอบกับข้อบังคับสถาบัน

¹⁴⁷ Gracious Timothy, Supra note 114, p.498.

¹⁴⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006

Article 30(1) “shall ... if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.”

อนุญาโตตุลาการ THAC ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2560 ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ Arb – Med ซึ่งข้อบังคับทั้ง 3 ฉบับ มีสถานะเป็นกฎของสถาบัน (Rule Institutional) โดยในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะอธิบายการทำงานร่วมกันของกฎดังกล่าวเพื่ออธิบายการทำงานร่วมกันในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

3.4.1.1. กระบวนการไกล่เกลี่ยภายใต้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2557 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

ก. กระบวนการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาทเป็นกระบวนการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทในการสนับสนุนและ สร้างบรรยากาศฉันมิตรของการระงับข้อพิพาท รวมถึงการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท รวดเร็ว รักษา ความสัมพันธ์และความลับของคู่กรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับดังกล่าวนี้ให้ใช้แก่กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ คู่กรณีตกลงกันให้สถาบัน THAC เป็นผู้ดำเนินการ¹⁴⁹ โดยสถาบันได้กำหนดรูปแบบตัวอย่างข้อตกลง (Model Dispute Resolution Clause) การระงับข้อพิพาทของสถาบัน ไว้ในภาคผนวกที่ 2 ท้ายข้อบังคับสถาบัน¹⁵⁰ ดังนี้ รูปแบบข้อสัญญาภาษาไทย “ข้อพิพาทใดที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับสัญญาฉบับนี้คู่สัญญาตกลงที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยวิธี ระงับข้อพิพาทโดยใช้ข้อบังคับว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการและให้อยู่ภายใต้ การบริหารจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาตกลงที่จะเข้าร่วมในการระงับข้อพิพาทโดยมีเจตนา สุจริตและสัญญาว่าจะปฏิบัติตามข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น” และรูปแบบข้อสัญญาภาษาอังกฤษ “Any dispute arising out of or in connection with this contract, the parties agree to settle the disputes by conciliation in accordance with the Rules of Thailand Arbitration Center and under management of Thailand Arbitration Center. The parties agree to participate in the conciliation in good faith and undertake to abide by the terms of any settlement reached.” การระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน THAC จะถูกเริ่มต้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ยื่นคำเสนอซึ่งมีรายการที่กำหนดไว้ตามที่สถาบันกำหนด¹⁵¹ต่อสถาบัน

¹⁴⁹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 1

¹⁵⁰ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ภาคผนวก 2

¹⁵¹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 5

และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตอบรับที่จะระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการระงอม หรือคู่กรณีทุกฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการระงอมตามที่สถาบันเสนอ¹⁵² เมื่อสถาบันเห็นว่าคำเสนอถูกต้องครบถ้วนแล้ว สถาบันจะดำเนินการรับคำเสนอและดำเนินการส่งสำเนา คำเสนอพร้อมแจ้งกำหนดเวลาในการทำคำตอบรับไปยังคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง¹⁵³ คำตอบรับต้องทำเป็นหนังสือ โดยอาจตอบรับหรือปฏิเสธการระงอมตามคำเสนอก็ได้ โดยให้แสดงข้อเท็จจริงที่ตนยอมรับหรือโต้แย้งข้อเรียกร้องของผู้ตอบรับชื่อและจำนวนของผู้ระงอม รวมทั้ง ข้อเท็จจริงต่างๆ โดยย่อที่ผู้ตอบรับประสงค์จะกล่าวอ้าง¹⁵⁴ เมื่อได้รับคำตอบรับของผู้ตอบรับครบถ้วนแล้ว จะดำเนินการตามข้อบังคับของสถาบันว่าด้วยการระงอมข้อพิพาทต่อไป

ข. การแต่งตั้งผู้ระงอม จำนวนของผู้ระงอม หน้าที่ของผู้ระงอม

เมื่อการระงอมเริ่มต้นขึ้นสถาบันจะดำเนินการเรียกคู่กรณีทุกฝ่ายมาประชุมเพื่อร่วมกันตั้งผู้ระงอมโดยเร็ว¹⁵⁵ ในส่วนของจำนวนผู้ระงอนั้นข้อบังคับสถาบันกำหนดมีผู้ระงอมหนึ่งคน เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันให้มีผู้ระงอมจำนวนสองคนหรือสามคนก็ได้ แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันถึงจำนวนผู้ระงอมหรือไม่ระบุจำนวนผู้ระงอมก็ให้มีผู้ระงอมหนึ่งคน¹⁵⁶ กระบวนการตั้งผู้ระงอนั้นสามารถดำเนินการ 3 ประการได้ดังนี้ ประการแรกกรณีผู้ระงอมหนึ่งคน ให้คู่กรณีร่วมกันตั้งผู้ระงอม ประการที่สองกรณีผู้ระงอมสองคน คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งผู้ระงอมฝ่ายละหนึ่งคน และประการที่สามกรณีผู้ระงอมสามคน คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งผู้ระงอมฝ่ายละหนึ่งคน และให้คู่กรณีทุกฝ่ายร่วมกันตั้งผู้ระงอมคนที่สาม ทั้งนี้ คู่กรณีอาจขอให้สถาบันเสนอรายชื่อของผู้ที่เหมาะสมจะเป็นผู้ระงอมหรืออาจตกลงกันให้สถาบันเป็นผู้ตั้งผู้ระงอมคนหนึ่งหรือหลายคนก็ได้¹⁵⁷ ในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันตั้งผู้ระงอมสถาบันจะดำเนินการเป็นผู้ตั้งผู้ระงอมให้แก่คู่กรณี โดยคำนึงถึงคุณสมบัติทักษะความเหมาะสมแก่ลักษณะข้อพิพาทและ

¹⁵² ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 4

¹⁵³ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 6

¹⁵⁴ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 8

¹⁵⁵ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 12

¹⁵⁶ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 13

¹⁵⁷ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการระงอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 14

ความพอใจของคู่กรณีทุกฝ่ายเท่าที่จะพึงกระทำได้¹⁵⁸ โดยผู้ประนอมที่คู่กรณีแต่งตั้ง หรือสถาบัน แต่งตั้งมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

1.) หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริง (Duty of Disclosure and Apparent Bias) ซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนให้คู่กรณี ทราบโดยทันทีโดยหน้าที่ดังกล่าวมีอยู่นับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่การประนอมยังไม่สิ้นสุด หากปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นภายหลังได้รับการตั้ง ผู้ประนอมต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น ให้คู่กรณีทราบโดยทันทีเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่กรณีทราบแล้ว¹⁵⁹ ทั้งนี้ เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ประนอม คู่กรณีอาจยื่นคำคัดค้านผู้ประนอมโดยระบุเหตุแห่งการคัดค้านให้สถาบันทราบก่อนเริ่มต้นการประนอมหรือภายใน 7 วัน นับแต่วันที่รับรู้ข้อเท็จจริงนั้น และต้องกระทำก่อนการประนอมจะสิ้นสุดลง¹⁶⁰

2.) หน้าที่ในการวางตัวเป็นกลางอิสระ (Duty of Independence, impartiality and neutrality) ในการประนอมผู้ประนอมสามารถดำเนินการประนอมไปตามที่เห็นสมควร แต่จะต้องดำเนินการด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระ และอย่างน้อยต้องคำนึงถึงสิทธิ และหน้าที่ของคู่กรณีธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่เกี่ยวข้อง พฤติการณ์แห่งข้อพิพาทรวมถึงการปฏิบัติต่อกันที่ผ่านมานาของคู่กรณีด้วย¹⁶¹

ค. การประนอมข้อพิพาท

1.) กระบวนการประนอมข้อพิพาท

ภายหลังเมื่อคู่กรณีได้ตั้งผู้ประนอมได้แล้ว ให้ผู้ประนอมเรียกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาเพื่อกำหนดวิธีการ หรือขั้นตอนในการประนอมโดยเร็ว¹⁶² ทั้งนี้ การกำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการประนอม จะต้องเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นกลางและความรวดเร็ว เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยฉันทมิตร การประนอมต้องดำเนินการต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่ายและต้องกระทำโดยลับ¹⁶³ ในระหว่างการประนอม คู่กรณีแต่ละฝ่ายโดยตนเองหรือโดยการขอจากผู้ประนอม

¹⁵⁸ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 15

¹⁵⁹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 17

¹⁶⁰ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 18

¹⁶¹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 25

¹⁶² ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 20

¹⁶³ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 26

อาจเสนอแนะอย่างใดๆ เพื่อก่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทก็ได้ หรือเมื่อเห็นสมควรผู้ประนอมอาจเสนอแนวทางในการระงับข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องระบุเหตุผลแห่งข้อเสนอนั้นก็ได้¹⁶⁴ โดยข้อบังคับของสถาบัน THAC ได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทอื่นร่วมด้วยโดยระหว่างการประนอม คู่กรณีจะไม่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการหรือฟ้องคดีต่อศาลหรือกล่าวได้ว่ามิได้ยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาทอื่นร่วมด้วยแบบคู่ขนาน (Parallel process) เว้นแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าจำเป็นต้องใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการหรือศาลเพื่อรักษาสิทธิของตนตามกฎหมาย¹⁶⁵ และหากข้อพิพาทดังกล่าวนำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาลแล้วแล้วส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง¹⁶⁶

2.) การจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความ

ข้อบังคับของสถาบัน THAC กำหนดว่า กระบวนการจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความไว้ 2 วิธี โดย วิธีแรกคือจัดทำโดยผู้ประนอม กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประนอมเห็นว่ามิทางที่จะระงับข้อพิพาทได้ผู้ประนอมอาจจัดทำร่างสัญญา ประนีประนอมยอมความเพื่อให้คู่กรณีทุกฝ่ายพิจารณา และทำความเข้าใจของตนกลับมายังผู้ประนอมภายในระยะเวลาที่ผู้ประนอมกำหนดก็ได้¹⁶⁷ หรือ วิธีที่สองจัดทำโดยคู่กรณีกล่าวคือ ในคู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทได้ให้คู่กรณีจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นหนังสือและให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายลงลายมือชื่อไว้ในกรณีเช่นว่านี้คู่กรณีอาจตกลงกันให้ผู้ประนอมจัดทำสัญญาให้ก็ได้¹⁶⁸

ง. การรักษาความลับของกระบวนการ

คู่กรณีและผู้ประนอมมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในข้อมูล (Duty of Confidentiality) ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการประนอมและสัญญาประนีประนอมยอมความ เว้นแต่ในกรณีจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น¹⁶⁹ โดยห้ามมิให้คู่กรณีผู้ประนอมและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการประนอมอ้างอิงเสนอ พยานหลักฐาน หรือ

¹⁶⁴ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 30 (1) - (2)

¹⁶⁵ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 27

¹⁶⁶ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 35 (6)

¹⁶⁷ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 31

¹⁶⁸ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 32

¹⁶⁹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 36

เบิกความเป็นพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาของศาลหรือกระบวนการพิจารณาอื่นใดในทำนองเดียวกันอันเกี่ยวกับเอกสารหรือหลักฐาน ดังต่อไปนี้¹⁷⁰

1.) คำเสนอเข้าร่วมการประนอม หรือหลักฐานที่แสดงว่าคู่กรณีตกลงที่จะเข้าร่วมการประนอม

2.) คำแถลงหรือคำรับของคู่กรณีในระหว่างการประนอม

3.) ข้อเสนอของคู่กรณีเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือวิธีการที่อาจทำให้ระงับข้อพิพาทได้

4.) ข้อเสนอของผู้ประนอม

5.) ข้อเท็จจริงอย่างใดๆ ที่แสดงว่าคู่กรณีพร้อมที่จะยอมรับข้อตกลงในการระงับข้อพิพาท

6.) เอกสารที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ในการประนอมโดยเฉพาะ

ทั้งนี้ ข้อบังคับของ THAC ยังกำหนดห้ามมิให้ผู้ประนอมทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตัวแทน หรือผู้ให้คำปรึกษาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการทางศาลซึ่งพิจารณาข้อพิพาทที่ตนเป็นผู้ประนอม รวมถึงกำหนดห้ามคู่พิพาทตกลงที่จะไม่อ้างอิงผู้ประนอมเป็นพยานในกระบวนการดังกล่าวด้วย¹⁷¹ อาจกล่าวได้ว่าเมื่อพิจารณาตามข้อบังคับของสถาบัน THAC จึงไม่อาจดำเนินการระงับข้อพิพาทแบบ Med – Arb pure โดยคนกลางทำหน้าที่คนเดียวได้ (Med-Arb as a process conducted by a dual role neutral)

3.4.1.2. ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2560

ข้อบังคับดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อบังคับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ Arb – Med โดยภายใต้ข้อบังคับดังกล่าวนี้จะต้องเริ่มต้นข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อนโดย ข้อบังคับสถาบันกำหนดให้ใช้ข้อบังคับนี้ได้แก่การอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันให้สัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท ซึ่งอยู่

¹⁷⁰ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 37

¹⁷¹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 38

ภายใต้การจัดการของสถาบันหรือหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกและมีความตกลงกับสถาบัน มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁷² โดยที่ในกรณีที่คู่พิพาททุกฝ่ายตกลงกันให้มีการชี้ขาดตามสัญญาประนีประนอมยอมความโดยอนุญาโตตุลาการ ให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยให้นายทะเบียนจัดทำคำขอของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายไว้และตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นคนหนึ่งซึ่งมิใช่ผู้ประนอมข้อพิพาทเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ¹⁷³ เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาประนีประนอมยอมความนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นโดยไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลไว้ โดยคำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ แล้วส่งให้นายทะเบียน และเมื่อนายทะเบียนได้รับชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายครบถ้วนแล้วให้นายทะเบียนส่ง สำเนาคำชี้ขาดที่ได้รับรองความถูกต้องให้แก่คู่พิพาทโดยเร็ว¹⁷⁴

3.4.2. สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม TAI

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute, Office of the Judiciary) เป็นผู้ให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเดิมก่อตั้งขึ้นตามคำสั่งกระทรวงยุติธรรม ที่ 302/2532 ลงวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2532 ในชื่อของ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ภายใต้สังกัดของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมในขณะนั้น และมีนโยบายส่งเสริมและสนับสนุนให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท บุคคลทั่วไปจะรู้จักสำนักงานอนุญาโตตุลาการในนาม “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” พร้อมกันกับที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลใช้บังคับ หลังจากนั้นจึงมีการออกข้อบังคับกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นข้อบังคับฉบับแรกที่ใช้ในการบริหารจัดการคดีของสถาบัน¹⁷⁵ และได้มีการแก้ไขล่าสุดใน ปี พ.ศ. 2560 เมื่อพิจารณาถึงกฎอนุญาโตตุลาการในระดับสถาบันของสถาบันอนุญาโตตุลาการศาลยุติธรรมตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสถาบัน

¹⁷² ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2560 ข้อ 4

¹⁷³ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2560 ข้อ 5

¹⁷⁴ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2560 ข้อ 9

¹⁷⁵ <https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/56#>

อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2560 มิได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำงานร่วมการของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาตตุลาการไว้ โดยที่ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการสถาบันอนุญาตตุลาการ มีเพียงการกำหนดถึงการทำความเข้าใจตามความยินยอมของอนุญาตตุลาการเท่านั้น¹⁷⁶ แต่ทั้งนี้ อนุญาตตุลาการหากได้รับการร้องขอจากคู่พิพาททุกฝ่ายอนุญาตตุลาการอาจทำการไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทหรือทำหน้าที่เป็นผู้ประนอมข้อพิพาทได้¹⁷⁷



¹⁷⁶ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการสถาบันอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2560

ข้อ 44 คำชี้ขาดให้เป็นไปตามเสียงข้างมากของคณะอนุญาตตุลาการ แต่คณะอนุญาตตุลาการจะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการหรือคำปวยการอนุญาตตุลาการ หรือเป็นการชี้ขาดให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันระหว่างคู่พิพาท

ข้อ 49 หากคู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทก่อนที่คณะอนุญาตตุลาการมี คำชี้ขาด คณะอนุญาตตุลาการอาจมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ นั้น หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นก็ได้ คำชี้ขาดดังกล่าวไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผล

¹⁷⁷ ประมวลจริยธรรมอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ ข้อ 32

บทที่ 4

การระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายต่างประเทศ

การระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสม (Mix Mode/Hybrid Dispute Resolution Mode) แม้ว่าจะในเขตอำนาจศาลของประเทศส่วนใหญ่ยังไม่ได้ออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติว่าด้วย Med-Arb, Arb-Med , Arb-Med-Arb ในการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมโดยการทำหน้าที่ของคนกลางคนเดียวกันรวมถึงในส่วนของกฎเกณฑ์ของกระบวนการร่วมกันไว้¹⁷⁸ อันจะมีผลต่อการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว รวมถึงการบังคับผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมในบริบทของการมีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ในบทนี้ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมที่อยู่ในส่วนของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของต่างประเทศที่ห้ามกระบวนการผสมเด็ดขาดและประเทศที่ไม่ได้ห้ามกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมแบบเด็ดขาดรวมถึงรูปแบบของบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ อันเป็นกรอบทางกฎหมาย (Legal Framework) และที่อยู่ในระดับกฎอนุญาโตตุลาการรวมถึงกฎการไกล่เกลี่ยของสถาบันต่าง ๆ (Institute Rules) ที่กำหนดรูปแบบขั้นตอนต่าง ๆ อันได้แก่ การเริ่มต้นของกระบวนการ กระบวนการระงับข้อพิพาท การแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่คนกลาง การรักษาความลับของกระบวนการ ฯลฯ และการบังคับผลลัพธ์ของกระบวนการในข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศอันเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่ในรูปแบบของอนุสัญญาโดยความร่วมมือระหว่างประเทศ (Convention) ในอันที่จะบังคับตามผลลัพธ์ของกระบวนการรูปแบบผสมดังกล่าวไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของคำชี้ขาดคำชี้ขาด (Enforcement of Arbitral Awards) หรือการบังคับตามสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Enforcement of Settlement Agreements Resulting from Mediation) เพื่อเป็นแนวทางในการที่จะพัฒนากฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในบริบทของประเทศไทยต่อไป

¹⁷⁸ Hiro N. Aragaki, A Snapshot of National Legislation on Same Neutral Med-Arb and Arb-Med Around the Globe , (Cambridge University, December 2021), p.9.

4.1 กฎหมายของประเทศที่ห้ามกระบวนการผสมแบบเด็ดขาด

4.1.1 ประเทศบราซิล

4.1.1.1 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2015 ประเทศบราซิล

(The Brazilian Mediation Act 2015)

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2015 ประเทศบราซิล (The Brazilian Mediation Act (2015) กำหนดบทบาทบัญญัติกว้างๆ สำหรับการให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งไว้ว่า ผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือทำหน้าที่เป็นพยานในการพิจารณาตัดสินหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ตนได้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย¹⁷⁹ โดยมีข้อที่น่าพิจารณาว่าในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ของไทยไม่มีบทบัญญัติทำนองดังกล่าว แต่มีเพียงบทบัญญัติเพียงห้ามรับฟังพยานหลักฐาน (Exclusionary rule) ที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ย¹⁸⁰ ส่วนหลักเกณฑ์ในการห้ามผู้ทำหน้าที่คนกลางโดยผู้ไกล่เกลี่ยในขั้นตอนกระบวนการไกล่เกลี่ยภายหลังสวมหมวกและเปลี่ยนบทบาทเป็นอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นปรากฏตามในระดับข้อกฎหมายสถาบัน (Institutional Rule) อย่าง ข้อบังคับของ THAC มีการกำหนดห้ามมิให้ผู้ประνομทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตัวแทนหรือผู้ให้คำปรึกษาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการทางศาลซึ่งพิจารณาข้อพิพาทที่

¹⁷⁹ Brazilian Mediation Act, Assistant Deputy for Legal Affairs, Law 13.140, Article. 7

Article 7 The mediator may neither act as an arbitrator nor as a witness in legal or arbitration proceedings concerning a dispute in which he/she has acted as a mediator.

¹⁸⁰ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

มาตรา 29 ห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังต่อไปนี้ เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

- (1) ความประสงค์หรือความสมัครใจของคู่กรณีในการขอเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (2) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณี
- (3) การยอมรับหรือข้อความที่กระทำโดยคู่กรณีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (4) ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ย
- (5) ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความสมัครใจที่จะยอมรับข้อเสนอในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท
- (6) เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้หรือใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะ

พยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใดที่มีอยู่และน่าสืบได้อยู่แล้วในกระบวนการพิจารณาของศาล กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด ย่อมไม่ต้องห้ามตามวรรคหนึ่งด้วยเหตุที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำไปใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ตนเป็นผู้ประนอม รวมถึงกำหนดห้ามคู่พิพาทตกลงที่จะไม่อ้างอิงผู้ประนอมเป็นพยานในกระบวนการดังกล่าวด้วย¹⁸¹ แต่ในทางกลับกันประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการ TAI กำหนดให้อนุญาโตตุลาการสามารถทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้หากคู่กรณีทุกฝ่ายได้ร้องขอ¹⁸²

4.1.1.2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ประเทศบราซิล (the Brazilian Arbitration Act 1996)

มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ประเทศบราซิล (the Brazilian Arbitration Act 1996) เปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการอาจพยายามให้คู่พิพาทได้มีการไกล่เกลี่ยกันขึ้นระหว่างกระบวนการได้ ในประเทศบราซิลนั้นมีหลักฐานเชิงทางวิชาการบ่งชี้ว่า อาจเป็นเพราะอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ชอบบทบาทที่หลากหลายหรือการประนีประนอมโดยทั่วไป อนุญาโตตุลาการของบราซิลจึงไม่ค่อยมีส่วนร่วมในไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือการประนีประนอมยอมความ¹⁸³

4.1.2 กฎหมายของประเทศที่ควบคุมรูปแบบผสม

4.1.2.1 ประเทศสิงคโปร์

สิงคโปร์ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2362 โดยชาวอังกฤษ โดยเป็นส่วนหนึ่งของอนานิคมช่องแคบ (Straits Settlements) ซึ่งประกอบด้วยปีนัง มะละกา (ประเทศมาเลเซียในปัจจุบัน) และสิงคโปร์ อนุญาโตตุลาการในอนานิคมช่องแคบ เริ่มแรกถูกควบคุมโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการ XIII ปี 1809 ซึ่งอิงตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอังกฤษปี 1698 ตั้งแต่ปี 1889 มีบันทึกว่าศาลฎีกาของอนานิคมช่องแคบสิงคโปร์ปฏิเสธคำขอสงวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁸⁴ ในที่สุดกฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 1809 ก็ถูกแทนที่ด้วยกฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 1890 ซึ่งอิงตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษปี 1889 (English Arbitration Act of 1889)¹⁸⁵ ต่อมากฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 1953 ซึ่งมีต้นแบบมาจาก

¹⁸¹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท พ.ศ. 2557 ข้อ 38

¹⁸² ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 32

¹⁸³ Thomas Stipanowich, Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med- Arb, Arb-Med, and Settlement- Oriented Activities by Arbitrators, Harvard Negotiation Law Review 265, Forthcoming Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2020/25, p.317-319.

¹⁸⁴ Ponachee UJB Westerhout and The East India Company (1889) II SLJ 82.

¹⁸⁵ Lum Chang Building Contractors Pte Ltd v Anderson Land Pte Ltd [2000] 1 SLR(R) 648 (Singapore Court of Appeal) para 22.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี 1950 (อังกฤษและเวลส์) Arbitration Act 1950 (England and Wales) ตามมาตรา 14 กฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 1953 เปลี่ยนชื่อเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ปี 1953 (Singapore Arbitration Act 1953) เมื่อสิงคโปร์ได้รับเอกราชจากมาเลเซียในปี 1965¹⁸⁶ กฎหมายอนุญาโตตุลาการปี 1953 ถูกแทนที่ในภายหลังโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ปี 1985 (Singapore Arbitration Act of 1985)¹⁸⁷ กฎหมายอนุญาโตตุลาการในยุคแรกเหล่านี้ไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและในประเทศ (International and Domestic arbitrations) ภายใต้กฎหมายดังกล่าวทุกคนไม่ว่าจะสัญชาติใดก็จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ภายหลังในปี 1994 ด้วยความมีผลบังคับใช้ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (the Singapore International Arbitration Act (IAA)) ได้ตราขึ้นเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในสิงคโปร์ มีต้นแบบในการยกร่างตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL Model Law 1985 ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the 1985 UNCITRAL Model Law) รวมถึงการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศปี 1958 (the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) หรือที่เรียกกันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก 1958 (the New York Convention 1958) กฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศและกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้รับแรงจูงใจส่วนหนึ่งมาจากความต้องการที่จะให้เกิดความมั่นใจว่าอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์จะยังคงได้รับการควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดโดยศาลในขณะที่กฎหมายดังกล่าวจะมีแนวโน้มที่คิดจะอนุญาตให้คู่สัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนเองได้มากขึ้น

หลังจากแยกระบบกฎหมายทั้งสองออกจากกันในปี 2537 คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นในปี 2544 ได้ตัดสินใจที่จะจำกัดความแตกต่างระหว่างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและในประเทศให้แคบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อให้สิงคโปร์มีระบอบการปกครองที่กลมกลืนและเป็นมิตรต่อภาคธุรกิจ¹⁸⁸ อย่างไรก็ตาม ยังคงมีแนวคิดเดิมที่ว่าจะยังคงแยกกฎหมายทั้งสอง

¹⁸⁶ Lum Chang Building Contractors v Anderson Land (n 5) para 24; Pillay, 'The Singapore Arbitration Regime and the UNCITRAL Model Law' (n 6) 356.

¹⁸⁷ PT First Media TBK v Astro Nusantara International BV [2014] 1 SLR 372 (Singapore Court of Appeal) para 35.

¹⁸⁸ Law Reform and Revision Division of the Attorney-General's Chambers (Singapore), Review of Arbitration Laws, LRRD No 3/2001, vii.

ระบอบออกจากกัน เพื่อรักษาระดับการกำกับดูแลในอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ¹⁸⁹ ในที่สุด คำแนะนำของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายปี 2544 ได้ถูกตราขึ้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม 2545 ดังนั้น อนุญาโตตุลาการในสิงคโปร์ในปัจจุบันได้รับการควบคุมโดยบทบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติคือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 1994 (International Arbitration Act 1994 : IAA) ซึ่งควบคุมอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 2001 (Arbitration Act 2001 : AA) ซึ่งควบคุมอนุญาโตตุลาการภายในประเทศในสิงคโปร์ โดยฝ่ายต่าง ๆ มีอิสระที่จะเลือกเข้าร่วมหรือออกจากระบอบใดระบอบหนึ่งในกฎหมายทั้งสอง¹⁹⁰

ประเทศสิงคโปร์ที่เป็นประเทศที่มีกฎหมายและสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอย่าง Singapore International Arbitration Centre (SIAC) และ The Singapore Mediation Centre (SMC) มีการให้บริการระงับข้อพิพาทแบบผสมเรียกว่า Med-Arb เป็นบริการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่พิพาทสามารถตั้งผู้ไกล่เกลี่ยให้ดำเนินการไกล่เกลี่ย เมื่อไกล่เกลี่ยสำเร็จผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทร่วมกันทำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย และคู่พิพาทสามารถตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการ และให้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เห็นชอบให้สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีผลเสมือนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สิงคโปร์มีความก้าวหน้าอย่างมากในฐานะผู้มีบทบาทสำคัญในตลาดการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยได้รับการสนับสนุนจากการร่างกฎหมายและมาตรฐานสถาบันในระดับสูง สถานิติบัญญัติของสิงคโปร์ในฐานะองค์กรผู้ออกกฎหมายได้ดำเนินการเพื่อบูรณาการความพยายามที่มุ่งเน้นการระงับข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act 1994) มาตรา 16 ยินยอมให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้¹⁹¹ และมาตรา 16

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Parties to a domestic arbitration can opt in to the IAA: s 5(1), IAA. Conversely, parties to an international arbitration held in Singapore may expressly agree to opt out of the IAA, leaving their arbitration to be subject to the AA: s 15(1), IAA.

¹⁹¹ Singapore International Arbitration Act 1994 Article 16 Appointment of conciliator

(1) Where an agreement provides for the appointment of a conciliator by a person who is not one of the parties and that person refuses to make the appointment or does not make it within the time specified in the agreement or, if no time is so specified, within a reasonable time of being requested by any party to the agreement to make the appointment, the president of the

(5) เพื่อวัตถุประสงค์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 17 โดยหากทุกฝ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรและตราบเท่าที่ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของฝ่ายนั้นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ตัดสินอาจทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้¹⁹² รวมถึงบทบัญญัติอื่นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นให้รวมถึงการไกล่เกลี่ยด้วย¹⁹³ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Act 2001) (Domestic law) ก็ให้รวมถึงบทบัญญัติสำหรับการไกล่เกลี่ยเช่นกัน¹⁹⁴ และมาตรา 62 (3) กำหนดอย่างชัดเจนถึงความ

Court of Arbitration of the Singapore International Arbitration Centre may, on the application of any party to the agreement, appoint a conciliator who is to have the like powers to act in the conciliation proceedings as if he or she had been appointed in accordance with the terms of the agreement.

¹⁹² Singapore International Arbitration Act 1994 Article 17 Power of arbitrator to act as conciliator

(1) If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn the party's written consent, an arbitrator or umpire may act as a conciliator.

¹⁹³ Singapore International Arbitration Act 1994 Article 16 Appointment of conciliator

(5) For the purposes of this section and section 17

(a) any reference to "conciliator" includes a reference to any person who acts as a mediator;

(b) any reference to "conciliation proceedings" includes a reference to mediation proceeding.

¹⁹⁴ Singapore Arbitration Act 2001 Article Appointment of mediator 62.

(1) In any case where an agreement provides for the appointment of a mediator by a person who is not one of the parties and that person refuses to make the appointment or does not make the appointment within the time specified in the agreement or, if no time is so specified, within a reasonable time of being requested by any party to the agreement to make the appointment, the Chairman of the Singapore Mediation Centre may, on the application of any party to the agreement, appoint a mediator who shall have the like powers to act in the mediation proceedings as if he had been appointed in accordance with the terms of the agreement.

(2) The Chief Justice may, if he thinks fit, by notification published in the Gazette, appoint any other person to exercise the powers of the Chairman of the Singapore Mediation Centre under subsection (1).

(3) Where an arbitration agreement provides for the appointment of a mediator and further provides that the person so appointed shall act as an arbitrator in the event of the mediation proceedings failing to produce a settlement acceptable to the parties

เป็นไปได้ที่คู่กรณีจะตกลงตามขั้นตอนที่ผู้ไกล่เกลี่ย (หรือผู้ประนีประนอม) ให้นำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในกรณีที่กระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมล้มเหลว นอกจากนี้ มาตรา 17 (4) ของ Singapore International Arbitration Act 1994 กำหนดห้ามมิให้คัดค้านการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงเพราะบุคคลนั้นเคยทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมตามมาก่อน¹⁹⁵ โดยมาตรา 62 (4) ของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Act 2001) ที่ใช้บังคับในประเทศก็บัญญัติในทำนองเดียวกัน¹⁹⁶

4.1.2.2 เขตปกครองพิเศษฮ่องกง

เขตปกครองพิเศษฮ่องกงซึ่งเป็นผู้แข่งอีกรายหนึ่งที่สำคัญของภูมิภาคเอเชีย ในตลาดการให้บริการการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ มีบทบาทที่หลากหลายในรูปแบบที่คล้ายคลึงกับประเทศสิงคโปร์อย่างมาก ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงปี 2011 (the Hong

(a) no objection shall be taken to the appointment of such person as an arbitrator, or to his conduct of the arbitral proceedings, solely on the ground that he had acted previously as a mediator in connection with some or all of the matters referred to arbitration; and

(b) if such person declines to act as an arbitrator, any other person appointed as an arbitrator shall not be required first to act as a mediator unless a contrary intention appears in the arbitration agreement.

(4) Unless a contrary intention appears therein, an agreement which provides for the appointment of a mediator shall be deemed to contain a provision that in the event of the mediation proceedings failing to produce a settlement acceptable to the parties within 4 months, or such longer period as the parties may agree to, of the date of the appointment of the mediator or, where he is appointed by name in the agreement, of the receipt by him of written notification of the existence of a dispute, the mediation proceedings shall thereupon terminate.

¹⁹⁵ Singapore International Arbitration Act 1994

Article 17 Power of arbitrator to act as conciliator

No objection is to be taken to the conduct of arbitral proceedings by a person solely on the ground that that person had acted previously as a conciliator in accordance with this section.

¹⁹⁶ Singapore Arbitration Act 2001

Article 63 Power of arbitrator to act as mediator

(5) No objection shall be taken to the conduct of arbitration proceedings by a person solely on the ground that that person had acted previously as a mediator in accordance with this section.

Kong Arbitration Ordinance 2011) ฮ่องกงได้แก้ไขข้อกำหนดจากกฎหมายก่อนหน้าซึ่งกำหนดให้ออนูญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมได้และบัญญัติทำนองเดียวกับกฎหมายของสิงคโปร์ ในกฎหมายอนูญาโตตุลาการฮ่องกงปี 2011 (the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011) มาตรา 32 และมาตรา 33 กำหนดทั้ง การแต่งตั้งคนกลางในการทำหน้าที่สองบทบาท (Double Hatting) หน้าที่ของอนูญาโตตุลาการโดยหากอนูญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย กระบวนการอนูญาโตตุลาการจะต้องถูกพักการพิจารณาไว้เพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ย¹⁹⁷ รวมถึงบทบัญญัติในการห้ามคัดค้านอนูญาโตตุลาการเพียงเพราะเคยทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย¹⁹⁸ ทั้งนี้ กฎหมายอนูญาโตตุลาการฮ่องกงปี 2011 (the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011) และกำหนดว่าในกรณีที่อนูญาโตตุลาการได้รับข้อมูลอันเป็นความลับในกระบวนการไกล่เกลี่ย ก่อนเริ่มกระบวนการอนูญาโตตุลาการต่อไปนั้น อนูญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว (Duty of Disclosure) แก่ฝ่ายอื่นๆ ทั้งหมดเท่าที่อนูญาโตตุลาการพิจารณาว่ามีความสำคัญต่อกระบวนการอนูญาโตตุลาการ¹⁹⁹ โดยอนูญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย อาจสื่อสารกับ

¹⁹⁷ the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011

Article. 33 Power of arbitrator to act as mediator

(2) If an arbitrator acts as a mediator, the arbitral proceedings must be stayed to facilitate the conduct of the mediation proceedings.

¹⁹⁸ the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011

Article. 33 Power of arbitrator to act as mediator

(5) No objection may be made against the conduct of the arbitral proceedings by an arbitrator solely on the ground that the arbitrator had acted previously as a mediator in accordance with this section.

¹⁹⁹ the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011

Article. 33 Power of arbitrator to act as mediator

(4) If (a) confidential information is obtained by an arbitrator from a party during the mediation proceedings conducted by the arbitrator as a mediator; and

(b) those mediation proceedings terminate without reaching a settlement acceptable to the parties,

the arbitrator must, before resuming the arbitral proceedings, disclose to all other parties as much of that information as the arbitrator considers is material to the arbitral proceedings.

คู่สัญญาโดยรวมหรือแยกกัน และต้องปฏิบัติต่อข้อมูลที่อนุญาโตตุลาการได้รับจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นความลับ เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่นโดยฝ่ายนั้น²⁰⁰

4.1.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

กระบวนการ Med-Arb และ Arb-Med-Arb ซึ่งรวมอยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการเชิงพาณิชย์ (Commercial Arbitration Act 2010 “CAA”) มีการกำหนดคุณสมบัติบางอย่างที่คล้ายคลึงกับกฎหมายในสิงคโปร์และฮ่องกงโดยมากตามมาตรา 27D ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของออสเตรเลียนั้น อนุญาโตตุลาการอาจทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการในกระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation Proceedings) โดยกำหนดหลักเกณฑ์สองประการ คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ยไม่ว่าก่อนหรือหลังการดำเนินการอนุญาโตตุลาการและไม่ว่าจะดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปหรือไม่ก็ตาม²⁰¹ อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจสื่อสารกับคู่สัญญาโดยรวมหรือแยกกัน และอนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวมีหน้าที่โดยเคร่งครัดว่าต้องปฏิบัติต่อข้อมูลที่อนุญาโตตุลาการได้รับจากฝ่ายที่สื่อสารด้วยเป็นความลับ เว้นแต่ฝ่ายนั้นจะตกลงเป็นอย่างอื่น หรือเว้นแต่บทบัญญัติของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น²⁰² ในกรณีที่คู่สัญญายินยอมเป็นหนังสือ

²⁰⁰ the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011

Article. 33 Power of arbitrator to act as mediator

(3) An arbitrator who is acting as a mediator

(a) may communicate with the parties collectively or separately; and

(b) must treat the information obtained by the arbitrator from a party as confidential, unless otherwise agreed by that party or unless subsection (4) applies.

²⁰¹ Commercial Arbitration Act 2010

Article 27D (1) An arbitrator may act as a mediator in proceedings relating to a dispute between the parties to an arbitration agreement (mediation proceedings) if:

(a) the arbitration agreement provides for the arbitrator to act as mediator in mediation proceedings (whether before or after proceeding to arbitration, and whether or not continuing with the arbitration), or

(b) each party has consented in writing to the arbitrator so acting.

²⁰² Commercial Arbitration Act 2010

Article 27D (2) An arbitrator acting as a mediator:

ในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ Commercial Arbitration Act 2010 ก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์และฮ่องกง กล่าวคือ จะสามารถการคัดค้านใด ๆ ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในภายหลัง เพียงเพราะอนุญาโตตุลาการผู้นั้นเคยทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยตาม²⁰³ หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยรูปแบบผสมตาม Commercial Arbitration Act 2010 กล่าวคืออนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินการไกล่เกลี่ยที่ยุติลงแล้ว ไม่อาจดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในภายหลังที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้ โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากทุกฝ่ายในอนุญาโตตุลาการที่ให้ไว้ในหรือหลังการยุติกระบวนการไกล่เกลี่ย²⁰⁴ หลักการดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดคดีที่สำคัญคดีหนึ่งในเขตอำนาจของศาลออสเตรเลียในการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมว่าจะต้องมีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือทุกครั้งหรือไม่ที่ผู้ไกล่เกลี่ยกลับเข้าทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการใน คดีระหว่าง Ku-ring-gai Council v . Ichor Constructions Pty Ltd ข้อเท็จจริง Ku-ring-gai Council ว่าจ้าง Ichor Constructions Pty Ltd ตามสัญญาก่อสร้างเพื่อสร้างสระว่ายน้ำ ต่อมาเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคูริงไกและอิซอร์ ข้อพิพาทถูกส่งไปยังอนุญาโตตุลาการและดำเนินการพิจารณาคดีในกระบวนการของอนุญาโตตุลาการ ภายหลังอนุญาโตตุลาการยุติการพิจารณาคดีและเสนอข้อเสนอมให้ทั้งสองฝ่ายยุติข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย ทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะไกล่เกลี่ยเป็นลายลักษณ์อักษร อนุญาโตตุลาการได้เสนอข้อเสนอมในการไกล่เกลี่ยซึ่งทั้งสองฝ่ายปฏิเสธและได้ดำเนินการพิจารณาคดีต่อไป Ku-ring-gai ได้ยื่นคำร้องต่อศาลนิว

(a) may communicate with the parties collectively or separately, and

(b) must treat information obtained by the arbitrator from a party with whom he or she communicates separately as confidential, unless that party otherwise agrees or unless the provisions of the arbitration agreement relating to mediation proceedings otherwise provide.

²⁰³ Commercial Arbitration Act 2010

Article 27D (5) If the parties consent under subsection (4), no objection may be taken to the conduct of subsequent arbitration proceedings by the arbitrator solely on the ground that he or she has acted previously as a mediator in accordance with this section.

²⁰⁴ Commercial Arbitration Act 2010

Article 27D (4) An arbitrator who has acted as mediator in mediation proceedings that are terminated may not conduct subsequent arbitration proceedings in relation to the dispute without the written consent of all the parties to the arbitration given on or after the termination of the mediation proceedings.

เซาท์เวลส์เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ยุติลงหลังจากการไกล่เกลี่ย ผู้พิพากษาได้พิพากษายกฟ้องโดยพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการได้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและไม่มีการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 27D (4) อนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากทุกฝ่ายเพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่สิ้นสุด

4.1.2.4 สาธารณรัฐประชาชนจีน

ก. ระบบกฎหมายจีน

กฎหมายหลักที่ควบคุมการอนุญาโตตุลาการในประเทศจีนคือกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีน (PRC Arbitration Law) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2538²⁰⁵ ก่อนที่จะมีการบังคับใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีน บทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการได้กระจัดกระจายไป โดยครอบคลุมกฎหมายต่างๆ 14 ฉบับ กฎและระเบียบการบริหาร 82 ข้อ และข้อบังคับท้องถิ่น 190 ข้อ²⁰⁶ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีนให้กรอบการทำงานที่เป็นเอกภาพสำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศจีนกฎหมายกำหนดไว้สำหรับ

- 1.) องค์กรและโครงสร้างของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศจีน
- 2.) การกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้องและมีผลทางกฎหมาย
- 3.) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสนับสนุนอนุญาโตตุลาการ
- 4.) การไม่ดำเนินคดีในศาลที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ
- 5.) การบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากกฎหมายแม่แบบคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่าง

²⁰⁵ PRC Arbitration Law promulgated on 31 August 1994, effective from 1 September 1995.

²⁰⁶ The Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China, Arbitration Law of China (Sweet & Maxwell, 1997), p. 27.

ประเทศว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ('UNCITRAL Model Law')²⁰⁷ นอกจากนี้ บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีน (the PRC Civil Procedure Law)²⁰⁸ และบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายแพ่งของจีนด้วย²⁰⁹ ซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องอนุญาโตตุลาการ แม้ว่ากฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่ได้เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นกฎหมายพื้นฐานของจีนที่ใช้ควบคุมความสัมพันธ์ทางแพ่งและความสามารถในการดำเนินการทางแพ่ง ดังนั้น ประเด็นต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากและเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายในจีนแผ่นดินใหญ่อยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีนทั้งสิ้น

ข. การตีความกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

นอกจากแหล่งข้อมูลตามกฎหมายที่กล่าวไปโดยข้างต้นแล้ว เอกสารต่างๆ ที่ออกโดยศาลประชาชนสูงสุดสาธารณรัฐประชาชนจีน (The Supreme People's Court Of The People's Republic Of China : SPC) ระบุประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมักจะเรียกว่า jieshi ซึ่งหมายถึง คำอธิบายหรือการตีความ (Explanations or Interpretations) หรือ tongzhi ซึ่งหมายถึง ประกาศ (notices) ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่ออกโดยกระบวนการตรากฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล แต่โดยทั่วไปถือว่ามีผลบังคับเสมือนกฎหมาย²¹⁰ การตีความการพิจารณาตีจำนวนหนึ่งได้ประกาศใช้โดยศาลประชาชนสูงสุดสาธารณรัฐประชาชนจีน (SPC) ในปี 2549 ศาลประชาชนสูงสุดสาธารณรัฐประชาชนจีน (SPC) ได้ประกาศใช้การตีความของศาลประชาชนสูงสุดในหลายประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีน²¹¹ เอกสารนี้ให้คำอธิบายหลาย

²⁰⁷ The United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration, issued on 1985 with amendments as adopted in 2006, contained in UN Docs. A/40/17 (1985) and A/61/17 (2006).

²⁰⁸ The PRC Civil Procedure Law , promulgated on 9 April 1991, as amended on 28 October 2007, 31 August 2012, and 27 June 2017, the latest version is effective from 1 July 2017.

²⁰⁹ The PRC General Principles of the Civil Law , promulgated on 12 April 1986, effective from 1 January 1986, and amended on 27 August 2009. This statute remains effective after the PRC General Provisions of the Civil Law comes into effect.

²¹⁰ Randall Peerenboom, Courts as Legislators: Supreme People's Court Interpretations and Procedural Reforms (Foundation for Law, Justice, and Society, 2007).

²¹¹ The Supreme People's Court Interpretations on Several Issues concerning the Application of the PRC Arbitration Law 2006.

ประการว่าศาลควรตีความบทบัญญัติต่างๆ ที่มีอยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีนอย่างไรและนำไปใช้ในทางปฏิบัติอย่างไร²¹² ในปี 2560 ศาลประชาชนสูงสุดสาธารณรัฐประชาชนจีน (SPC) ได้ประกาศใช้บทบัญญัติศาลประชาชนสูงสุดว่าด้วยประเด็นเกี่ยวกับกลไกการรายงานคดีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการ 2017 (SPC Provisions on Reporting Mechanism)²¹³ และบทบัญญัติของศาลประชาชนสูงสุดในหลายประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกี่ยวกับการกำหนดเรื่องการตีความโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อปรับปรุงระบบการพิจารณาคดีของศาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน PRC สำหรับการอนุญาโตตุลาการคดีและกำหนดมาตรฐานของกระบวนการขั้นตอนและผลลัพธ์ที่เป็นสาระสำคัญของการพิจารณาคดี และในปี 2561 ศาลประชาชนสูงสุดสาธารณรัฐประชาชนจีน (SPC) ได้ประกาศใช้บทบัญญัติศาลประชาชนสูงสุดในหลายประเด็นเกี่ยวกับการจัดการคดีของศาลประชาชนในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (SPC Provisions on Enforcement of Arbitral Awards)²¹⁴ ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติโดยละเอียดเกี่ยวกับ เหตุทางกฎหมายในการระงับหรือปฏิเสธการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างการระงับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและการไม่บังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ค. กรอบกฎหมายที่สำคัญสำหรับการระงับข้อพิพาทโดยรูปแบบผสม Med-Arb

กรอบกฎหมายที่สำคัญสำหรับกระบวนการ 'Med-Arb' ในประเทศจีนสามารถพบได้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีน (the Arbitration Law of the People's Republic of China) โดยในมาตรา 49²¹⁵ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า คู่กรณีอาจทำการ

²¹² Jianlong Yu and Lijun Cao, A Guide to the CIETAC Arbitration Rules 1st Edition, (Oxford University Press; 1st edition, April 13, 2021). p 3.

²¹³ The Supreme People's Court Provisions on Issues concerning Reporting Mechanism of Cases involving Judicial Review of Arbitration 2017.

²¹⁴ The Supreme People's Court Provisions on Several Issues concerning the People's Courts' Handling of Cases of Enforcement of Arbitral Award 2018

²¹⁵ the Arbitration Law of the People's Republic of China

Article 49 The parties may make reconciliation of themselves after they have submitted their dispute to arbitration. Where a settlement is reached through reconciliation, the parties may either ask the Arbitration Tribunal to make an award according to the agreement on reconciliation or withdraw the application for arbitration.

ประนีประนอมกันเองได้หลังจากที่ได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว เมื่อมีการบรรลุข้อตกลง โดยการประนีประนอม คู่สัญญาอาจขอให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามข้อตกลงว่าด้วยการประนีประนอมหรือถอนคำขออนุญาโตตุลาการ กล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีน อนุญาโตตุลาการให้มีการดำเนินการใกล้เคียงไปพร้อมกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ หรือที่เรียกว่าการระงับข้อพิพาทพร้อมกัน (Simultaneous process) และมาตรา 51 (1)²¹⁶ ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินใจว่าจะดำเนินการใกล้เคียงเมื่อใดและอย่างไรในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งระบุว่า คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการใกล้เคียงก่อนที่จะมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการประนีประนอมข้อพิพาทหากทั้งสองฝ่ายสมัครใจขอประนีประนอมข้อพิพาท หากการประนีประนอมไม่สำเร็จ จะต้องมีการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยทันที และมาตรา 51 (2) ระบุว่า หากการประนีประนอมนำไปสู่ข้อตกลง ยุติคดี คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำคำแถลงการประนีประนอมข้อพิพาทเป็นลายลักษณ์อักษร (written) หรือทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามผลของข้อตกลงระงับข้อพิพาท สัญญาประนีประนอมยอมความ (Settlement Statement) และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Awards) จะมีผลทางกฎหมายเท่าเทียมกัน ²¹⁷ ศาลของจีนได้แสดงท่าทีสนับสนุนต่อผลของการประนีประนอม โดยคณะอนุญาโตตุลาการมาตรา 28 ของการตีความของศาลสูงสุดของจีน (SPC) เกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีนระบุว่า ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอไม่บังคับใช้สัญญาประนีประนอมยอมความหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่รวมข้อตกลงยุติคดีของฝ่ายต่างๆ ศาลประชาชนจะต้องปฏิเสธคำขอดังกล่าวในการรับการพิจารณาคดีดังกล่าว ²¹⁸ มีข้อน่าสังเกตอีกประการหนึ่งว่าในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีน (the Arbitration Law of the People's

²¹⁶ the Arbitration Law of the People's Republic of China

Article 51 (1) The arbitration tribunal may carry out conciliation prior to giving an arbitration award. The arbitration tribunal shall conduct conciliation if both parties voluntarily seek conciliation. If conciliation is unsuccessful, an arbitration award shall be made promptly.

²¹⁷ the Arbitration Law of the People's Republic of China

Article 51 (2) If conciliation leads to a settlement agreement, the arbitration tribunal shall make a written conciliation statement or make an arbitration award in accordance with the result of the settlement agreement. A written conciliation statement and an arbitration award shall have equal legal effect.

²¹⁸ Interpretation of the Supreme People's Court concerning Some Issues on Application of the Arbitration Law of the People's Republic of China, Article 28.

Republic of China) มิได้บัญญัติถึงกรณีคนกลางทำหน้าที่สองบทบาท (Double Hatting) โดยเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมและเป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวกัน ทั้งนี้ การรวมกันของการประนีประนอมกับอนุญาโตตุลาการอาจมีสองรูปแบบ ได้แก่ การประนีประนอมก่อนเริ่มอนุญาโตตุลาการ (Med-Arb) หรือการประนีประนอมระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arb-Med) ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งที่สำคัญ กล่าวคือ ในเขตอำนาจศาลบางประเทศ มีความแตกต่างระหว่างการประนีประนอม (Mediation) และการไกล่เกลี่ย (Conciliation) ในบทบาทของผู้ทำหน้าที่คนกลางซึ่งเป็นบุคคลสาม (the role of the third party neutral) ในประเทศจีนไม่มีความแตกต่างดังกล่าว เนื่องจากคำศัพท์ภาษาจีนสำหรับการประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยคือ '调解' (tiao jie) คำแปลที่นิยมใช้กันสำหรับ 'tiao jie' คือ การประนีประนอม (Conciliation) อย่างไรก็ตาม ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาการใช้คำว่าไกล่เกลี่ย (Mediation) กำลังเป็นที่นิยมแทนที่จะเป็นการประนีประนอม (Conciliation) คำว่าไกล่เกลี่ย (Mediation) ยังถูกใช้โดยกฎหมายแม่แบบขององค์การสหประชาชาติ UNCITRAL อย่างในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับใช้ข้อตกลงระงับคดีระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 : Singapore Convention 2019) นอกจากนี้ UNCITRAL ยังแก้ไขกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ปี 2002 ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และเปลี่ยนชื่อเป็นกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ปี 2018 ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศและข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลจากการไกล่เกลี่ยเช่นกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.2 กฎหมายการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยของต่างประเทศ

4.2.1 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ UNCITRAL 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018)

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2018 โดยเปลี่ยนชื่อเป็น กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางการค้าระหว่างประเทศและข้อตกลงยุติคดีระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) อย่างไรก็ตาม การแก้ไขดังกล่าวแม้จะทำการเปลี่ยนชื่อแต่ยังคงมี

บทบัญญัติที่ครอบคลุมขั้นตอนการประนอมข้อพิพาท กฎหมายแม่แบบได้รับการแก้ไขในปี 2018 โดยเพิ่มส่วนใหม่เกี่ยวกับข้อตกลงยุติคดีระหว่างประเทศและการบังคับใช้ (International Settlement Agreements and Enforcement) กฎหมายแม่แบบได้รับการเปลี่ยนชื่อเป็น กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางการค้าระหว่างประเทศและข้อตกลงระงับคดีระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) ในข้อความและเอกสารที่เกี่ยวข้องที่นำมาใช้ก่อนหน้านี้ UNCITRAL ใช้คำว่า "การประนีประนอม" (Conciliation) ด้วยความเข้าใจว่าคำว่า "การประนีประนอม" (Conciliation) และ "การไกล่เกลี่ย" (Mediation) สามารถใช้แทนกันได้ ในการแก้ไขกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ตัดสินใจใช้คำว่า "การไกล่เกลี่ย" (Mediation) แทนในความพยายามที่จะปรับให้เข้ากับการใช้งานจริงของข้อกำหนดและด้วยความคาดหวังว่าการเปลี่ยนแปลงนี้จะอำนวยความสะดวกในการส่งเสริมและเพิ่มความชัดเจนของกฎหมายแม่แบบ วัตถุประสงค์กฎหมายแม่แบบได้รับการออกแบบมาเพื่อช่วยรัฐในกลุ่มประเทศสมาชิกใช้ในการปฏิรูปและปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนการไกล่เกลี่ยให้ทันสมัยมากขึ้น มีกฎที่เหมือนกันเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยและมีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมการใช้สื่อกลางและรับประกันความสามารถในการคาดการณ์และความแน่นอนในการใช้งานมากขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนอันเป็นผลมาจากการไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปี 2018 ได้มีโครงสร้างเกี่ยวกับขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ ดังนี้²¹⁹

- ก. การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย
- ข. การเริ่มต้นและการยุติการไกล่เกลี่ย
- ค. การดำเนินการไกล่เกลี่ย
- ง. การสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทฝ่ายอื่น ๆ
- จ. การรักษาความลับ
- ช. การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการไกล่เกลี่ย

²¹⁹ UNCITRAL , [Online] Accessed: 22 February 2023. Available from:

https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

ช. การทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

ณ. การบังคับใช้ข้อตกลงยุติข้อพิพาท เป็นต้น

โดยในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวเฉพาะขอบเขตของการใช้บังคับกฎหมายแม่แบบดังกล่าว และข้อพิจารณาเกี่ยวกับการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยในการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการไกล่เกลี่ย การสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทอื่น ๆ ในกรณีสถานการณ์ของการเปลี่ยนบทบาทการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในการสลับบทบาทหน้าที่ (Switching Hats) รวมถึงการบังคับใช้ข้อตกลงยุติข้อพิพาทจากระบบการรูปแบบผสมภายใต้ข้อสังเกตของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางการค้าระหว่างประเทศและข้อตกลงยุติคดีระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018)

4.2.1.1 ขอบเขตของกฎหมาย

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปี 2018 นี้ใช้กับข้อตกลงการระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ²²⁰ โดยคำว่า พาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial) หมายความว่า คำว่า "การค้า" (Commercial) กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ยปี 2018 อธิบายว่า ควรได้รับการตีความอย่างกว้างๆ เพื่อให้ครอบคลุมประเด็นต่างๆ ที่เกิดจากความสัมพันธ์ทั้งหมดในลักษณะเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะ เป็นในเชิงสัญญาหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ในลักษณะเชิงพาณิชย์รวมถึงแต่ไม่จำกัดอยู่เพียงธุรกรรมต่อไปนี้ ธุรกรรมการค้าใดๆ สำหรับการจัดหาหรือแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ สัญญาการจัดจำหน่าย ตัวแทนหรือตัวแทนทางการค้า แพตตอริง การก่อสร้างงาน การให้คำปรึกษา วิศวกรรม การออกใบอนุญาต การลงทุน การเงิน ธนาคาร ประกันภัย ข้อตกลงการแสวงหาผลประโยชน์หรือสัมปทาน การร่วมทุนและรูปแบบอื่นของความร่วมมือทางอุตสาหกรรมหรือธุรกิจ และการขนส่งสินค้าหรือคนโดยสารทางอากาศ ทางทะเล ทางรถไฟ หรือทางถนน²²¹ ทั้งนี้ คู่มือการตรากฎหมายและการใช้

²²⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), Article 1.

²²¹ Ibid, foot note 1, The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions:

UNCITRAL Model Law on International (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation) ได้ให้คำอธิบายว่า ในการจัดทำกฎหมายแม่แบบ Model Law ได้มีการตกลงร่วมกันว่าการใช้กฎหมายแม่แบบดังกล่าวควรจำกัดเฉพาะเรื่องการค้าเท่านั้น²²²

4.2.1.2 ข้อพิจารณาการทำหน้าที่คนกลางสองบทบาท

ภายใต้กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการไกล่เกลี่ย UNCITRAL ปี 2018 ก็มีได้บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนโดยในมาตรา 13²²³ กำหนดเพียงว่าเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เป็นหรือเป็นเรื่องของกระบวนการไกล่เกลี่ย หรือเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอื่นที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือกฎหมายเดียวกัน ความสัมพันธ์หรือสัญญาที่เกี่ยวข้องหรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 13 ภายใต้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL สถานการณ์ของการเปลี่ยนบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (Switching Hat) จึงเกิดขึ้นได้ถ้าคู่สัญญาได้ตกลงกัน โดยในคำอธิบายรายมาตราของคู่มือการบังคับใช้และการใช้กฎหมายแม่แบบปี 2018 (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) ได้ให้คำอธิบายว่า

any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; and carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

²²² Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , para 30.

²²³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)

Article 13. Mediator acting as arbitrator

Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship.

บทบัญญัตินี้ไม่ใช่เพียงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่หนึ่ง “ข้อพิพาทที่เป็นหรือเป็นเรื่องของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” (a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings) แต่ยังรวมถึง “ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทอื่นที่เกิดจากสัญญาหรือนิติสัมพันธ์เดียวกันหรือสัญญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันกับนิติสัมพันธ์ดังกล่าวด้วย” (“ in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship) ส่วนที่สองนั้นเป็นการขยายการใช้บทบัญญัติทั้งการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นก่อนและการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นในภายหลังอย่างต่อเนื่องด้วย โดยในส่วนที่สองได้ขยายขอบเขตของมาตราดังกล่าวให้ครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาที่แตกต่างกันแต่ในเชิงพาณิชย์และใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทดังกล่าว²²⁴ ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเคยเป็นอนุญาโตตุลาการหรือบทบาทในสถานการณ์กลับกันที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย การดำเนินการต่าง ๆ มีข้อพิจารณาดังนี้

ก. การสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทฝ่ายอื่น ๆ

ภายใต้กฎหมายแม่แบบปี 2018 มาตรา 8 กำหนดว่า ผู้ไกล่เกลี่ยอาจพบหรือสื่อสารกับคู่สัญญาด้วยกันหรือกับแต่ละคนแยกกัน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการให้มีการประชุมแยกฝ่ายได้²²⁵

ข. การรักษาความลับ

ภายใต้กฎหมายแม่แบบปี 2018 มาตรา 10 กำหนดว่า เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยจะถูกเก็บไว้เป็นความลับ เว้นแต่ในกรณีที่จำเป็นต้องเปิดเผย ภายใต้กฎหมายหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือบังคับใช้ข้อตกลงระงับข้อพิพาท²²⁶ บทบัญญัตินี้ถูกวางขึ้นอย่างกว้างๆ โดยอ้างถึง “ข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย” (all information relating to the mediation proceedings) เพื่อไม่ครอบคลุมเฉพาะข้อมูลที่เปิดเผยระหว่างไกล่เกลี่ย กระบวนการพิจารณาแต่รวมถึงเนื้อหาความ

²²⁴ Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , para 87.

²²⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), Article 8.

²²⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), Article 10.

และผลของกระบวนการพิจารณาดังกล่าวด้วย เรื่องที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นก่อนการตกลงไกล่เกลี่ยนั้น ถึง เช่น การอภิปรายเกี่ยวกับความประสงค์ของการไกล่เกลี่ย เงื่อนไขของข้อตกลงในการไกล่เกลี่ย การเลือกผู้ไกล่เกลี่ย การเชิญเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย เป็นต้น²²⁷

ค. การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการไกล่เกลี่ย

ภายใต้กฎหมายแม่แบบปี 2018 มาตรา 11 การรับฟังหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฯ ซึ่งกำหนดว่า คู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ย และบุคคลที่สาม รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการไกล่เกลี่ย ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการ การพิจารณาคดีของศาล หรือกระบวนการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน จะต้องไม่อ้างอิงพยานหลักฐานหรือคำให้การที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยดังต่อไปนี้

(a) คำเชิญจากคู่สัญญาให้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือข้อเท็จจริงที่ว่า ฝ่ายหนึ่งเต็มใจที่จะเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย

(b) การแสดงความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะที่ทำโดยแต่ละฝ่ายในกระบวนการไกล่เกลี่ย

(c) คำแถลงหรือการยอมรับโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ย

(d) ข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย

(e) การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงความคิดเห็นที่จะรับข้อเสนอสำหรับการตกลงโดยผู้ไกล่เกลี่ย

(f) เอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยเท่านั้น

การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะต้องไม่ถูกสั่งโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ศาล หรือหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจอื่นๆ และหากมีการเสนอข้อมูลดังกล่าวเป็นหลักฐานโดยฝ่ายใดหลักฐานนั้นจะถือว่าไม่สามารถยอมรับได้ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลดังกล่าวอาจถูกเปิดเผยหรือยอมรับใน

²²⁷ Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , para 69.

หลักฐานเท่าที่จำเป็น ภายใต้กฎหมายหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือบังคับใช้ข้อตกลง
ระงับข้อพิพาท²²⁸

ตารางเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม
ระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

เรื่อง/ประเทศ	สิงคโปร์	จีน	ฮ่องกง	ออสเตรเลีย (NSW)
หลักการการให้อำนาจ (Empowerment)	AA Article. 63 (1) IAA Article.	PRC Arbitration Law Article 51	The Hong Kong Arbitration Ordinance Article. 33 (1)	Commercial Arbitration Act 2010 (NSW) Article. 27 D (1)
กระบวนการ (Process)	มีการกำหนดส่งต่อกระบวนการในกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยไม่อาจบรรลุผล AA Article. 62 (2) IAA Article 16 (3)	X	มีการกำหนดให้พักการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้เพื่อดำเนินการไกล่เกลี่ย The Hong Kong Arbitration Ordinance Article. 33 (2)	Article. 27 D (5)

²²⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , Article 11 paragraph 3.

การทำหน้าที่สอง บทบาทของ คนกลาง (Doble Hat)	อนุญาตให้ทำ หน้าที่สอง บทบาท AA Article. 63 (1) IAA Article 17 (2)	PRC Arbitration Law Article 51	The Hong Kong Arbitration Ordinance Article. 32 (1)	Article. 27 D (5)
การห้ามมิให้ คัดค้านในเรื่อง ของการทำหน้าที่ สองบทบาท	AA Article. 63 (1) IAA Article. 17 (4)	X	The Hong Kong Arbitration Ordinance Article. 33 (5)	Article. 27 D (5)
การรักษาความลับ (Confidential)	AA Article. 63 (2) (b) IAA Article. 17 (2) (b)	X	The Hong Kong Arbitration Ordinance Article. 33 (3) (b)	Commercial Arbitration Act 2010 (NSW) Article. 27 D (2) (b)
การกลับเข้าทำ หน้าที่เดิมอีกครั้ง	หน้าที่ต้อง เปิดเผยแก่ คู่พิพาท AA Article. 63 (3) IAA Article. 17 (3)	X	The Hong Kong Arbitration Ordinance Article. 33 (4)	Commercial Arbitration Act 2010 (NSW) Article. 27 D (7)

คำชี้ขาดตามความ ยินยอม (Consent Awards)	AA Article. 37 IAA Article. 18	PRC Arbitration Law Article 52 ทั้งนี้ ยังสามารถ เลือกดำเนินการ ในทาง Conciliation statement ได้ ด้วยนอกจากคำ ชี้ขาด	x	x
--	---	--	---	---

4.3 กฎสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

4.3.1 กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC) และกฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIMC)

ตามที่ได้อธิบายไปในตอนต้นของบทที่ 4 ว่าประเทศสิงคโปร์มีระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 2 ระบบ ด้วยกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศ (Arbitration Act 2001 : IAA) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act 1994 : IAA) ความแตกต่างระหว่างกรอบของกฎหมาย IAA และ AA นั้นเกี่ยวข้องกับระดับของการแทรกแซงของศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Private Autonomy) คู่สัญญาอาจเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก้ข้อพิพาทได้ว่าคู่พิพาทจะใช้ IAA หรือ AA นอกจาก IAA และ AA แล้วกฎหมายของศาล (Rules of Court) ยังกำหนดรายละเอียดของขั้นตอนสำหรับกระบวนการพิจารณาของศาลที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการอีกด้วย รวมถึงกฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration Rules) อย่าง กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ที่ควบคุมกระบวนการในหลายละเอียดของขั้นตอนกระบวนการไว้อย่างน่าสนใจ²²⁹ ซึ่งในบทนี้วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะมุ่งศึกษาไปที่กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ 2016 (SIAC Rules 2016) เพื่ออธิบายขั้นตอนของการทำงานร่วมกันระหว่างกฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์

²²⁹ Michael Moser and John Choong, *Asia Arbitration Handbook* , Oxford University Press; 1st edition (February 20, 2012). p. 674.

2016 (SIAC Rules 2016) กับ กฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ 2014 (SIMC Mediation Rule 2014) ภายใต้พิธีสารเพื่อส่งเสริมการไกล่เกลี่ยภายในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (AMA Protocol) ของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIMC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) รวมถึงพร้อมทั้งอธิบายกรอบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศ (Arbitration Act 2001 : IAA) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act 1994 : IAA) ของสิงคโปร์ไปพร้อมกัน

4.3.1.1 กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ 2016 (SIAC Rules 2016)

ก. ศูนย์อนุญาโตตุลาการ SIAC

ศูนย์อนุญาโตตุลาการ SIAC มีสถานะเป็นนิติบุคคล หน้าที่และการกำกับดูแลองค์กรของ SIAC ได้รับการดำเนินการผ่านคณะกรรมการ (Board of Director) ปัจจุบัน คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการ 10 คน โดยมีนักกฎหมายชั้นนำและผู้บริหารภาคธุรกิจจากทั่วโลก อย่างเช่น สิงคโปร์ จีน อินเดีย และสหราชอาณาจักร กรรมการจะมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี²³⁰ ทั้งนี้ SIAC ได้มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญโดยเกิดขึ้นภายใต้การแก้ไข SIAC Rule 2013 และสิ่งที่เป็นแรงจูงใจในการพัฒนาและปรับปรุงแก้ไขกฎอนุญาโตตุลาการดังกล่าวคือการจัดตั้งศาล SIAC (The SIAC Court) เพื่อกำกับดูแลการดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายใต้ SIAC Rule ศาล SIAC ได้มีสมาชิกรวมถึงผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการชั้นนำจากหลากหลายประเทศ ทั่วโลกอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร บาห์เรน ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม จีน อินเดีย ญี่ปุ่น เกาหลี ออสเตรเลีย และสิงคโปร์²³¹ ศาล SIAC (The SIAC Court) มีหน้าที่กำกับดูแลการทำงานของสำนักเลขาธิการ SIAC (the SIAC Secretariat) และทำหน้าที่กึ่งตุลาการบางอย่าง (quasi-judicial) ซึ่งก่อนหน้านี้นี้ทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นของประธาน SIAC (Chairman) ภายใต้ SIAC Rule 2007 และคณะกรรมการ (Board) ภายใต้ SIAC Rule 2010 ทั้งนี้ ภายใต้ SIAC Rule 2016 ศาล SIAC (The SIAC Court) มีอำนาจและหน้าที่โดยทั่วไป ดังนี้

1.) พิจารณาคำร้องขอเข้าร่วมเป็นคู่พิพาทร่วม²³²

²³⁰ <https://siac.org.sg/about-us/board-of-directors>

²³¹ <https://siac.org.sg/siac-announces-new-board-and-court-members>

²³² SIAC Rules (2016), Rule 7.4.

2.) พิจารณาคำร้องขอรวมกระบวนการพิจารณา²³³

3.) พิจารณาคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการ²³⁴

4.) ยกเว้นกฎอนุญาโตตุลาการการลงทุนของ SIAC (SIAC Investment Arbitration Rules) ที่ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคนหากจำนวนอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการรับรองจากคู่สัญญา และอำนาจในการตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการคนเดียวเหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาทในข้อพิพาทใดข้อพิพาทหนึ่งเป็นการเฉพาะ²³⁵

5.) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎอนุญาโตตุลาการการลงทุนของ SIAC²³⁶

6.) ให้คำแนะนำแก่นายทะเบียนตามความเหมาะสมเกี่ยวกับการพิจารณา ร่างคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ²³⁷

7.) ให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของรัฐ²³⁸

8.) มีหน้าที่รับผิดชอบในการกำหนดประเด็นของนโยบายอนุญาโตตุลาการของ SIAC และการเปลี่ยนแปลงกฎ

ทั้งนี้ หน้าที่ของศาล SIAC ส่วนใหญ่ดำเนินการผ่านคณะกรรมการของศาล (Board) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสองคนขึ้นไปที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดการกับปัญหาเฉพาะสมาชิกของคณะกรรมการศาล (Committees of the Court) ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี²³⁹ โดยคณะกรรมการศาล SIAC มีประธานศาล SIAC และรองประธานศาล SIAC ในการช่วยเหลือประธานศาล SIAC โดยมีอำนาจและหน้าที่ทั่วไป ดังนี้

²³³ SIAC Rules (2016), Rule 8.4

²³⁴ SIAC Rules (2016), Rule 16.1; SIAC Investment Arbitration Rules, Rule 13.1.

²³⁵ SIAC Investment Arbitration Rules, Rule 5.2.

²³⁶ SIAC Investment Arbitration Rules, Rule 5.5.

²³⁷ SIAC Practice Note for Administered Cases (2 January 2014) para 31.

²³⁸ SIAC Practice Note for Administered Cases (2 January 2014) para 65.

²³⁹ SIAC Rules (2016), Rule 1.3

1.) พิจารณาว่าได้ดำเนินการต่างๆ ตามกฎหมายโดยเร็วภายในกำหนดเวลาอันควรหรือไม่²⁴⁰

2.) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎ SIAC โดยปรึกษาหารือกับสมาชิกอย่างน้อยสองคนของศาล SIAC หลังจากการหารือกับสมาชิกของสำนักเลขาธิการ SIAC แล้ว²⁴¹

3.) พิจารณาถอดถอนอนุญาโตตุลาการ²⁴²

4.) พิจารณาควรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินหรือไม่²⁴³

สำนักงานเลขาธิการ SIAC มีนายทะเบียน SIAC ทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนรายงานต่อประธานศาล SIAC (President of the SIAC Court) ในการดำเนินการต่าง ๆ มีหน้าที่หลายประการภายใต้ SIAC Rule 2016 นายทะเบียนโดยปรึกษาหารือกับสมาชิกของสำนักเลขาธิการ เช่น

1.) กำหนดว่าคำบอกกล่าวอนุญาโตตุลาการของผู้ร้องนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และด้วยเหตุนี้กระบวนการเริ่มต้นคดีของอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้นแล้วหรือไม่²⁴⁴

2.) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียวในกรณีที่จำนวนอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการตกลงจากคู่สัญญา และพิจารณาว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคนนั้นเหมาะสมกว่าสำหรับข้อพิพาทในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ²⁴⁵

3.) กลับกรองคำร้องคัดค้านในปัญหาเบื้องต้นอันเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของ SIAC และพิจารณาว่าควรส่งการคัดค้านดังกล่าวไปยังศาล SIAC เพื่อพิจารณาตัดสินชี้ขาดหรือไม่²⁴⁶

²⁴⁰ SIAC Rules (2016), Rule 5.2.

²⁴¹ SIAC Rules (2016), Rule 9.3 and SIAC Practice Note for Administered Cases (2 January 2014) para 6.

²⁴² SIAC Rules (2016), Rule 17.3

²⁴³ SIAC Rules (2016), Rule 30.2

²⁴⁴ SIAC Rules (2016), Rule 3.3

²⁴⁵ SIAC Rules (2016), Rule 9.1

²⁴⁶ SIAC Rules (2016), Rule 28.1

- 4.) ปรึกษากับประธาน SIAC เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ²⁴⁷
- 5.) แก้ไขเงื่อนไขการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ²⁴⁸
- 6.) พิจารณาคำร้องขอขยายหรือย่นระยะเวลาใด ๆ ภายใต้ SIAC Rule²⁴⁹
- 7.) สั่งระงับการดำเนินคดีในขณะที่มีการโต้แย้งอนุญาโตตุลาการ²⁵⁰
- 8.) รับแจ้งคำร้อง การบอกกล่าว การสื่อสาร และข้อเสนอทั้งหมดที่ฝ่ายต่าง ๆ ยื่นฟ้องในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้สำนักเลขาธิการสามารถทำหน้าที่กำกับดูแลได้²⁵¹
- 9.) กลั่นกรองคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอาจปรึกษาหารือกับศาล SIAC ²⁵² และมีอำนาจที่จะแนะนำการปรับเปลี่ยนรูปแบบของรางวัลรางวัล SIAC และเพื่อตีความสนใจของศาลไปยังประเด็นของเนื้อหา²⁵³
- 10.) หน้าที่รับผิดชอบในการจัดการทางการเงินของคดี SIAC รวมถึงการกำหนดสำนักเลขาธิการและค่าธรรมเนียมศาล การรวบรวมและจัดการเงินฝากที่ฝ่ายต่างๆ จ่ายให้กับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของศาล²⁵⁴
- 11.) พิจารณาการตั้งตัวแทนของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²⁵⁵
- 12.) ใช้อำนาจหน้าที่ของประธาน SIAC²⁵⁶

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁴⁷ SIAC Practice Note for Administered Cases (2 January 2014) para 6.

²⁴⁸ SIAC Rules (2016), Rule 9.6; SIAC Investment Arbitration Rules, Rule 5.8.

²⁴⁹ SIAC Rules (2016), Rules 2.6, 5.2(a), 7.1, 8.1, 10.1, 11.2, 11.3, 12.1, 12.2, 29.4, 32.3, 33.5

²⁵⁰ SIAC Rules (2016), Rule 15.4

²⁵¹ SIAC Rules (2016), Rules 2.5, 3.1, 4.1, 5.1, 7.1, 8.1, 15.1, 33.1, 33.3, 33.4

²⁵² SIAC Practice Note for Administered Cases (2 January 2014) para 31.

²⁵³ SIAC Rules (2016), Rule 32.3

²⁵⁴ SIAC Rules (2016), Rules 15.3, 34, 36.1

²⁵⁵ SIAC Rules (2016), Rule 23.1

²⁵⁶ SIAC Rules (2016), Rule 1.3

นายทะเบียนยังมีอำนาจออกหมายเหตุการณ์ปฏิบัติ (Practice Note) เพื่อเสริม ควบคุม และดำเนินการตาม SIAC Rule²⁵⁷ โดยมีวัตถุประสงค์คือการทำให้ง่ายและแข็งแกร่งของ อนุญาโตตุลาการศูนย์ SIAC โปร่งใสและแน่นอนยิ่งขึ้น²⁵⁸ นอกเหนือจากความรับผิดชอบนายทะเบียน ภายใต้ SIAC Rule แล้ว นายทะเบียนยังมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายหลายประการภายใต้ กฎหมายสิงคโปร์ ได้แก่ อำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รวมถึงที่มอบให้โดย ศาลที่ไม่ใช่ SIAC ทำการรับรองสำเนาของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้คำชี้ขาดในรัฐที่ลงนามในอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention 1958)²⁵⁹ อำนาจในการประเมินค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นโดยฝ่ายต่างๆ ในการ อนุญาโตตุลาการที่ควบคุมโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 1994 (IAA) เว้นแต่ว่าคำชี้ ขาดจะสั่งเป็นอย่างอื่น²⁶⁰ เป็นต้น

ข. การดำเนินกระบวนการภายใต้กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์ SIAC 2016

1.) การเริ่มต้นคดี (Starting the Arbitration)

ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงยื่นเสนอข้อพิพาทต่อ SIAC เพื่อการ อนุญาโตตุลาการหรือชี้ขาดตาม ข้อบังคับของ SIAC ให้ถือว่าคู่พิพาทได้ตกลงให้ดำเนินกระบวนการ พิจารณาและบริหารจัดการการอนุญาโตตุลาการโดย SIAC ตามความในข้อบังคับนี้²⁶¹ โดยหลัก คู่พิพาทจะต้องให้ความยินยอมที่จะใช้บังคับกฎอนุญาโตตุลาการของ SIAC ด้วย เนื่องจากความ ยินยอมเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (Consent is a pre-condition) ของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วย วิธีการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คู่สัญญาต้องตกลงที่จะส่งข้อพิพาทไปยังศูนย์ SIAC เพื่อให้ SIAC Rule

²⁵⁷ SIAC Rules (2016), Rule 1.3

²⁵⁸ L Boo and KL Theng, 'Singapore International Arbitration Centre (SIAC)' in L Mistelis, L Shore, and S Brekoulakis (eds), *Arbitration Rules—International Institutions* (3rd edn, Juris Publishing 2010) p.14.

²⁵⁹ IAA, Article 19C(1) , AA , Article 59A(1)

²⁶⁰ IAA, Article 21(1).

²⁶¹ SIAC Rules (2016), Rule 1.1.

มีผลใช้บังคับกับข้อพิพาทดังกล่าว เมื่อมีข้อตกลงดังกล่าวให้ใช้ SIAC Rule ฉบับที่บังคับใช้ในเวลาที่อนุญาโตตุลาการเริ่มดำเนินการกับข้อพิพาทเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น²⁶²

- การบรรยายคำร้องขอเริ่มต้นคดี

ฝ่ายที่ต้องการเริ่มการอนุญาโตตุลาการภายใต้ SIAC Rule ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะเริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้ (“ผู้ร้อง”) (the 'Claimant') ยื่นคำขอเริ่มต้นคดีต่อนายทะเบียนโดยคำขอเริ่มต้นคดีจะต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดใน SIAC Rule ข้อ 3.1. (a) – (k) ดังต่อไปนี้

ก.) ชื่อเรียกข้อพิพาทที่เสนอข้อพิพาทสู่กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

ข.) ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ หมายเลขโทรสาร และที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ เท่าที่ทราบของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการและผู้แทนของคู่พิพาท (ถ้ามี)

ค.) การอ้างอิงถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ใช้ในการเสนอข้อพิพาท และสำเนาสัญญา อนุญาโตตุลาการดังกล่าว

ง.) การอ้างอิงถึงสัญญาหรือตราสารอื่นใด (เช่น สนธิสัญญาการลงทุน) อันก่อให้เกิดหรือที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท และสำเนาสัญญาหรือตราสารดังกล่าว เท่าที่เป็นไปได้

จ.) รายละเอียดโดยย่อเกี่ยวกับลักษณะและพฤติกรรมแห่งข้อพิพาท คำขอปลดเปลื้องความเสียหายที่เรียกร้อง และจำนวนทุนทรัพย์เบื้องต้นที่เรียกร้องเท่าที่จะสามารถประมาณได้

ฉ.) รายละเอียดของเรื่องใดๆ ที่คู่พิพาทตกลงไว้ก่อนหน้าอันเกี่ยวข้องกับวิธีการดำเนิน กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หรือที่ผู้เรียกร้องประสงค์ที่จะเสนอ

²⁶² Black & Veatch Singapore Pte Ltd v Jurong Engineering Ltd [2004] 4 SLR(R) 19 (Singapore Court of Appeal) para 3 ซึ่งวินิจฉัยว่า ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงที่จะอนุญาโตตุลาการใน ตามกฎอนุญาโตตุลาการที่ประกาศใช้โดย [SIAC] (accordance with the rules of arbitration promulgated by the [SIAC]) ศาลอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวตัดสินว่าในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงไว้โดยชัดแจ้ง การอนุญาโตตุลาการ (ในประเทศ) จะถูกควบคุมโดยกฎอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้ในเวลาที่เริ่มการอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่ในวันที่ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ.

ข.) ข้อเสนอเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ใน สัญญา อนุญาโตตุลาการ

ข.) เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้เสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ คนหนึ่ง ในกรณีที่ สัญญาอนุญาโตตุลาการ กำหนดให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคน หรือ เสนอชื่อ อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการระบุให้แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการคน เดียว

ฅ.) ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับ

ญ.) ความเห็นเกี่ยวกับภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา และ

ฎ.) การชำระค่าธรรมเนียมเริ่มต้นตามข้อบังคับนี้

คำร้องขอเริ่มต้นคดีด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องครอบคลุม ประเด็นต่างๆ ที่มีรายละเอียดตามที่ SIAC Rule 2016 ข้อ 3.1 กำหนด เพื่อให้ถือว่าอนุญาโตตุลาการ ได้เริ่มขึ้นตาม SIAC Rule 2016 ข้อ 3.3²⁶³ คำร้องขอเริ่มต้นคดีต้องระบุรายละเอียดอันได้แก่ รายละเอียดข้อเท็จจริงซึ่งสนับสนุนข้อเรียกร้อง ข้อกฎหมายหรือประเด็นที่สนับสนุนข้อเรียกร้อง และ ค่าขอปลดเปลื้องความเสียหาย และจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้องที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ ให้ครบถ้วน ตามที่กำหนดไว้ใน SIAC Rule ข้อ 20.2 ประกอบข้อ 3.2. ด้วย²⁶⁴ คำร้องขอเริ่มต้นคดีจะต้องทำการ สำเนาสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักก็ได้และสัญญาที่ เกี่ยวข้องหรือตราสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ คำร้องขอเริ่มต้นคดีโดยทั่วไป มักจะมาพร้อมกับเอกสารข้อเท็จจริงที่สำคัญซึ่งเป็นหลักฐานสรุปข้อเท็จจริงของฝ่ายผู้ร้องระบุ ข้อเท็จจริงของเหตุการณ์อันเป็นมูลเหตุแห่งการก่อให้เกิดข้อพิพาท ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้อง ให้เสนอข้อพิพาทสู่กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบคำเฉพาะเพื่อให้เป็นไป ตามกฎข้อ 3.1(a) ผู้ร้องไม่จำเป็นต้องระบุอย่างชัดเจนว่าเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ (a demand that the dispute be referred to arbitration) แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาเพียงกฎ อนุญาโตตุลาการในความเป็นจริงแล้วการยื่นคำร้องและการให้บริการของคำบอกกล่าว

²⁶³ SIAC Rules (2016), Rule 3.3.

²⁶⁴ SIAC Rules (2016), Rule 3.2.

อนุญาโตตุลาการก็เพียงพอที่จะถือเป็นการการส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการแล้ว²⁶⁵ ข้อกำหนดในกฎ 3.1(c) สำหรับผู้ร้องในการจัดทำสำเนาของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจนำข้อแนะนำของอนุญาโตตุลาการ SIAC มาใช้ได้เฉพาะตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ภายใต้กฎหมายของสิงคโปร์หากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น มาตรา 2A(4)²⁶⁶ ของ Singapore International Arbitration Act 1994 และมาตรา 4(4)²⁶⁷ ของ Singapore Arbitration Act 2001 กำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นลายลักษณ์อักษรหากเนื้อหาอันถูกบันทึกไว้ในรูปแบบใดก็ตามไม่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาจะได้รับการสรุปด้วยวาจาหรือไม่ก็ตามโดยการกระทำหรือโดยวิธีอื่น IAA และ AA กำหนดเพิ่มเติมว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรหากข้อมูลนั้นอยู่ในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถเข้าถึงได้สำหรับการอ้างอิงในภายหลัง²⁶⁸ ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถเกิดขึ้นได้จากการโต้ตอบทางอีเมลซึ่งบันทึกข้อตกลงโดยคู่สัญญาเพื่อส่งไปยังอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นหรือที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกันบนนิติสัมพันธ์ที่กำหนดไว้ไม่ว่าจะเป็นสัญญาหรือไม่ก็ตาม²⁶⁹ ทั้งนี้ ผู้ร้องจึงควรระบุเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเกี่ยวกับการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการรวมถึงประเด็นขั้นตอนบางประการที่คู่สัญญาอาจตกลงกันได้โดยระบุไว้ในรายการตามกฎข้อ 3.1(g)-(j) นอกเหนือจากเรื่องที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ผู้ร้องจึงควรระบุข้อตกลงใด ๆ เกี่ยวกับสถานที่นั่งพิจารณา ของอนุญาโตตุลาการ (Seat of Arbitration) ในคำร้องขอ

²⁶⁵ John Choong, Mark Mangan, et al., A Guide to the SIAC Arbitration Rules (Second Edition) 2nd edition (© Oxford University Press; Oxford University Press 2018), p. 89 – 90.

²⁶⁶ Singapore International Arbitration Act 1994 Article 2 A Definition and form of arbitration agreement

An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct or by other means.

²⁶⁷ Singapore Arbitration Act 2001 Article 4 Definition and form of arbitration agreement

Where in any arbitral or legal proceedings, a party asserts the existence of an arbitration agreement in a pleading, statement of case or any other document in circumstances in which the assertion calls for a reply and the assertion is not denied, there shall be deemed to be an effective arbitration agreement as between the parties to the proceedings.

²⁶⁸ IAA, Article 2A (5), AA, Article 4 (5).

²⁶⁹ IAA, Article 2A (1), AA, Article 4.

เริ่มต้นคดีด้วย²⁷⁰ รวมถึงรายการที่จำเป็นอื่น ๆ ที่ประธาน SIAC ควรพิจารณาเมื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการบังคับใช้เครื่องมือทางกฎหมาย เช่น การบรรยายถึงกฎของเนติบัณฑิตยสภา ระหว่างประเทศว่าด้วยการเอาหลักฐานในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปี 2010 (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) และข้อจำกัดอื่นเกี่ยวกับ ศาลเช่น ระยะเวลาที่ตกลงกันซึ่งจะต้องบังคับใช้คำชี้ขาด เป็นต้น²⁷¹

2.) วันเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ตามกฎข้อ 3.3. ของ SIAC Rules 2016 เมื่อนายทะเบียนได้รับคำร้องขอเริ่มต้นคดีฉบับสมบูรณ์ให้ถือเป็นวันที่เริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย คำร้องขอเริ่มต้นคดีจะถือว่าสมบูรณ์เมื่อปฏิบัติตามข้อกำหนดทั้งหมดของกฎข้อ 3.1 และกฎข้อ 6.1(b) (ถ้ามี) หรือเมื่อนายทะเบียนพิจารณาว่ามีการปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญศูนย์ SIAC จะแจ้งให้คู่สัญญาทราบเมื่อเริ่มอนุญาโตตุลาการ²⁷² ให้ผู้คัดค้านยื่นคำตอบรับคำขอเริ่มต้นคดีต่อนายทะเบียนภายใน 14 วันนับแต่วันที่ผู้คัดค้านได้รับคำขอเริ่มต้นคดี โดยคำตอบรับคำขอเริ่มต้นคดีต้องมีรายการต่อไปนี้²⁷³

ก.) การยอมรับหรือปฏิเสธข้อเรียกร้องไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมด ซึ่งรวมถึงคำแก้ต่างเท่าที่ เป็นไปได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาท

ข.) รายละเอียดโดยย่อเกี่ยวกับลักษณะและพฤติการณ์แห่งข้อเรียกร้องแย้ง คำขอปลดเปลื้อง ความเสียหายที่เรียกร้อง และจำนวนทุนทรัพย์เบื้องต้นที่เรียกร้องแย้งเท่าที่จะสามารถ ประมวลได้

ค.) ความเห็นต่อข้อความใด ๆ ในคำขอเริ่มต้นคดีตามข้อ 3.1 หรือ ความเห็นใด ๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องที่ระบุไว้ในข้อ 3.1

ง.) เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้เสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ คนหนึ่งในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคน หรือในกรณี

²⁷⁰ SIAC Rules (2016), Rule 1.1.

²⁷¹ John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.93.

²⁷² SIAC Rules (2016), Rule 3.3.

²⁷³ SIAC Rules (2016), Rule 4.1.

ที่สัญญาอนุญาโตตุลาการระบุให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว ให้ระบุความเห็นเกี่ยวกับการเสนอข้ออนุญาโตตุลาการคนเดียวโดยผู้เรียกร้อง หรือให้เสนอข้ออนุญาโตตุลาการคนอื่นแทน และ

ณ.) การชำระค่าค่าธรรมเนียมเริ่มต้นตามข้อบังคับนี้สำหรับการเรียกร้องแย้ง

คำคัดค้านอาจรวมถึงคำชี้แจงแก้คำคัดค้านและคำชี้แจงการเรียกร้องแย้งตามที่อ้างถึงในข้อ 20.3 และ 20.4 ด้วยก็ได้²⁷⁴ ในกรณีที่ผู้คัดค้านประสงค์ที่จะคัดค้านปัญหาเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะรับคดีไว้พิจารณา (Jurisdiction) กฎหมายของสิงคโปร์กำหนดให้ยื่นคัดค้านเขตอำนาจต้องกระทำไม่ช้ากว่าการยื่นคำให้การแก้ต่าง²⁷⁵ ตามหลักปฏิบัติแล้วโดยปกติจะเป็นการดีสำหรับผู้คัดค้านที่จะคัดค้านเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะรับคดีไว้พิจารณาในโอกาสแรกซึ่งถูกกำหนดไว้ใน SIAC Rule 2016 ข้อ 4.1(a) และผู้คัดค้านจะต้องส่งสำเนาคำตอบรับไปยังผู้ร้องพร้อมกับยื่นต่อนายทะเบียน และจะต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบว่าได้ดำเนินการแล้ว²⁷⁶

3) การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งรัด (Expedited Proceedings)

กระบวนการเร่งรัดของ SIAC Rule 2016 จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำขอตามกฎข้อ 5.1 เท่านั้น²⁷⁷ ข้อกำหนดการขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดนี้สอดคล้องกับแนวทางของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Centre : HKIAC)²⁷⁸ ในทางตรงกันข้าม กฎ ICC ฉบับปี 2017 กำหนดให้กระบวนการเร่งรัดของ ICC มีผลบังคับใช้ในทันทีหากจำนวนเงินที่มีข้อพิพาทไม่เกิน 2 ล้านเหรียญสหรัฐ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงที่จะยกเลิกกระบวนการเร่งรัด (Expedited

²⁷⁴ SIAC Rules (2016), Rule 4.2.

²⁷⁵ Art 16(2) of the 1985 UNCITRAL Model Law, incorporated into Singapore law pursuant to section 3(1) of the IAA, provides that: 'A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator.'

²⁷⁶ SIAC Rules (2016), Rule 4.3.

²⁷⁷ SIAC Rules (2016), Rule 5.1.

²⁷⁸ HKIAC Rules (2013), Art 41.1.

Proceedings)²⁷⁹ ทั้งนี้ กระบวนการเร่งรัดของ ICC ยังสามารถนำไปใช้กับกรณีที่มีจำนวนเงินสูงกว่า โดยเลือกว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดก็ได้ การยื่นคำร้องใด ๆ โดยคู่พิพาทต่อ อนุญาโตตุลาการของ SIAC สำหรับการยอมรับกระบวนการเร่งรัดในกฎของ SIAC ก่อนการแต่งตั้ง คณะอนุญาโตตุลาการ

- เงื่อนไขการของการพิจารณาคำขอการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบ เร่งรัด ดังนี้²⁸⁰

ก.) ทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่เกินจำนวนที่เทียบเท่า 6,000,000 ดอลลาร์ สิงคโปร์ เมื่อนำข้อเรียกร้อง ข้อเรียกร้องแย้ง และข้อต่อสู้เรื่องการหักกลบลบหนี้มาพิจารณารวมกัน แล้ว

ข.) คู่พิพาทตกลงให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเร่งรัด หรือ

ค.) ในกรณีมีเหตุเร่งด่วนเป็นกรณีพิเศษ

คำขอเร่งรัดภายใต้กฎข้อ 5.1(a) หรือ (b) โดยทั่วไปต้องการคำอธิบายเพียง เล็กน้อยนอกเหนือจากข้อเท็จจริงพื้นฐาน ซึ่งแสดงว่าจำนวนเงินที่มีข้อพิพาทน้อยกว่า 6 ล้านดอลลาร์ สิงคโปร์ หรือคู่สัญญาตกลงที่จะเร่งดำเนินการ อย่างไรก็ตาม มีแนวโน้มที่จะ ต้องการการโต้แย้ง เพิ่มเติม หากผู้ร้องไม่สามารถปฏิบัติตามกฎ 5.1(a) หรือ (b) แต่อ้างว่ามีความเร่งด่วนเป็นพิเศษ ภายใต้กฎ 5.1(c) ซึ่งจำเป็นต้องยอมรับขั้นตอนเร่งรัด²⁸¹ ทั้งนี้ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขออนาย ทະเบียนให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยเร่งรัดตาม ข้อ 5.1 ต้องส่งสำเนาคำขอเช่น ว่านั้นให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาเดียวกันกับที่ยื่นคำขออนาย ทະเบียนให้ดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการโดยเร่งรัดนั้น และต้องแจ้งให้นาย ทະเบียน ทราบถึงการส่งสำเนาดังกล่าว โดยระบุวิธีที่ใช้ในการจัดส่งและวันที่ได้ส่งสำเนาคำขอดังกล่าว²⁸² อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคู่สัญญาจะมีการ กำหนดข้อตกลงใด ๆ ในการนำขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดมาใช้บังคับกับข้อ

²⁷⁹ ICC Rules (2017), Art 30(2).

²⁸⁰ SIAC Rules (2016), Rule 5.1.

²⁸¹ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.103.

²⁸² SIAC Rules (2016), Rule 5.2

พิพาทของตน คู่พิพาทไม่มีสิทธิกำหนดข้อตกลงให้แตกต่างจากข้อกำหนดของ SIAC Rule 2016 ได้²⁸³

- ขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัด

(1) บทบาทของประธาน SIAC (President)

ประธาน SIAC มีอำนาจพิจารณาว่าเห็นควรนำกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดสำหรับข้อพิพาทที่คู่พิพาทร้องขอหรือไม่²⁸⁴ หลังจากพิจารณาคำร้องของคู่พิพาทแล้ว ประธาน SIAC อาจยกคำขอการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดโดยพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น การไม่ปฏิบัติตามวงเงิน 6 ล้านดอลลาร์สิงคโปร์ภายใต้กฎ 5.1(a) ได้

(2) การจำกัดระยะเวลา

นายทะเบียนอาจยื่นเวลาที่กำหนดไว้โดย SIAC Rule 2016 สำหรับกรณีที่อยู่ภายใต้ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัด ซึ่งรวมถึงการจำกัดเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการยื่นคำคู่ความ เช่นเดียวกับการเสนอข้อข้อเสนอสืบหาข้อเท็จจริง และการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ และเวลาที่จะต้องมีการให้คำชี้ขาดขั้นสุดท้ายหลังจากการปิดกระบวนการพิจารณา การลดระยะเวลาดังกล่าวอาจมีความจำเป็นเพื่อให้ศาลตัดสินชี้ขาดภายในหกเดือนตามที่กำหนด²⁸⁵

(3) จำนวนอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดจะถูกพิจารณาชี้ขาดตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียว เว้นแต่ประธาน SIAC จะกำหนดเป็นอย่างอื่น โดยประธาน SIAC จะพิจารณาความซับซ้อนของคดีและปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวควรเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดภายใต้กฎ SIAC หรือไม่เพื่อให้คู่พิพาทได้รับการพิจารณาโดย

²⁸³ SIAC Rules (2016), Rule 5.3.

²⁸⁴ SIAC Rules (2016), Rule 5.2.

²⁸⁵ SIAC Rules (2016), Rule 5.2. (d)

อนุญาโตตุลาการเพียงผู้เดียวเพื่อลดค่าใช้จ่ายและเวลาของอนุญาโตตุลาการ²⁸⁶สถานการณ์ดังกล่าว รวมถึงข้อตกลงใด ๆ ของคู่สัญญาที่ตกลงไว้กำหนดให้สามารถขยายได้ด้วย²⁸⁷

(4) การมีคำชี้ขาด

อนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัดจะต้องทำการ ออกคำชี้ขาดภายในหกเดือนนับจากวันที่ศาลตั้งขึ้น ทั้งนี้ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการในกรณีมีเวลาน้อยกว่าในการร่างคำชี้ขาด เนื่องจากต้องส่งคำชี้ขาดไปยังนายทะเบียนในรูปแบบฟอร์มร่างเพื่อพิจารณา และแสดงความคิดเห็นใดๆ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อเหตุจำเป็นอันเนื่องมาจากสถานการณ์พิเศษนายทะเบียนอาจขยายระยะเวลาในการร่างคำชี้ขาดให้ก็ได้²⁸⁸

ค. สัญญาอนุญาโตตุลาการหลายสัญญา (Multiple Contracts)

ในกรณีที่คู่พิพาทมีจำนวนธุรกรรมหลายธุรกรรมระหว่างกันและเป็นผลให้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่ายและสัญญาหลายฉบับ แม้ว่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งหากมีการอนุญาตให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องทั้งหมดได้รับการแก้ไขในการพิจารณาคดีเดียวกัน แต่ด้วยลักษณะเฉพาะของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททุกฝ่ายก่อน จึงทำให้เกิดปัญหาเฉพาะเกี่ยวกับข้อพิพาทภายใต้สัญญาหลายฉบับหรือที่เกี่ยวข้องกับหลายฝ่าย จะสามารถได้รับการแก้ไขในอนุญาโตตุลาการครั้งเดียวคราวเดียวกันได้หรือไม่ หากมีให้ความยินยอมบางรูปแบบภายใต้สัญญาหรือกฎเกณฑ์ระหว่างคู่สัญญา²⁸⁹ ในทางทฤษฎีเป็นไปได้ที่ความยินยอมดังกล่าวจะระบุไว้ในสัญญาที่เกี่ยวข้อง แต่ในทางปฏิบัติมักจะไม่มีการกำหนดดังกล่าว ส่งผลให้ความเสี่ยงของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการหลายขั้นตอนเริ่มขึ้นเพื่อจัดการกับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องที่อาจเกิดขึ้นระหว่างฝ่ายต่าง ๆ นำไปสู่ความไร้ประสิทธิภาพ (Inefficiency) ต้นทุนที่เพิ่มขึ้น (Increased cost) และความเสี่ยงของการตัดสินใจที่ไม่สอดคล้องกันจากศาลอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน (the risk of inconsistent decisions from different arbitral tribunals) เพื่อแก้ไขปัญหานี้กฎอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศชั้นนำฉบับปัจจุบันส่วนใหญ่มีข้อกำหนดโดยละเอียด

²⁸⁶ SIAC Rules (2016), Rule 9.1; Rule 5.2(b).

²⁸⁷ J Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration (Kluwer Law International, 2012) p.415.

²⁸⁸ SIAC Rules (2016), Rule 5.2(d).

²⁸⁹ John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.110.

เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับหลายฝ่ายและหลายสัญญาเอาไว้²⁹⁰ ซึ่งตาม SIAC Rule 2016 เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้มีการแก้ไขเพื่อขจัดปัญหาดังกล่าวไว้เช่นกัน²⁹¹ อาทิเช่น ปัญหาของการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการซึ่งครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหลายฉบับ²⁹² การกำหนดบทบาทผู้ยุติโดยละเอียดสำหรับการเป็นคู่พิพาทร่วมเพิ่มเติมในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่อยู่ระหว่างการรอดำเนินการ²⁹³ และการรวมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ทั้งก่อนและหลังการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ²⁹⁴ เป็นต้น กรณีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับสัญญามากกว่าหนึ่งฉบับ ผู้ร้องอาจดำเนินการดังต่อไปนี้²⁹⁵

ก.) ยื่นคำขอเริ่มต้นคดีตามสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ละสัญญาที่ยกอ้าง พร้อมทั้งยื่นคำขอให้รวมกระบวนการพิจารณาตามความในข้อ 8.1 หรือ

ข.) ยื่นคำขอเริ่มต้นคดีเพียงฉบับเดียวตามสัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งหมดที่ยกอ้าง โดยคำขอเริ่มต้นคดีนั้นต้องระบุรายละเอียดของสัญญาและสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ละฉบับที่ยกอ้าง และระบุรายละเอียดว่าแต่ละกรณีพิพาทดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์การรวมกระบวนการพิจารณาตามข้อ 8.1 อย่างไร ทั้งนี้ ให้ถือว่าผู้เรียกร้องได้เริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการหลายคดี แต่ละคดีอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ละฉบับที่อ้างถึง และคำขอเริ่มต้นคดีตามข้อ 6.1 (ข) นี้ ให้ถือเป็นคำขอให้รวมกระบวนการพิจารณาความทั้งหมดตามข้อ 8.

ตามกฎข้อ 6.1 ของ SIAC Rule 2016 กำหนดทางเลือกสองทางสำหรับการเริ่มต้นของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากหรือเกี่ยวข้องกับสัญญามากกว่าหนึ่งฉบับ โดยการคำร้องขอเริ่มต้นคดีพร้อมกับคำขอรวมรวมการพิจารณา หรือการยื่นร้องขอเริ่มต้นคดีฉบับเดียวที่เกี่ยวข้องกับสัญญาและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทุกฉบับที่ผู้ร้องที่ร้องขอให้เริ่มต้นคดีกฎข้อ 6.1 ถูกสร้างขึ้นในเงื่อนไขอนุญาต ดังนั้นผู้ร้องจึงไม่อาจดำเนินการตามข้อ 6.1 ได้เพียงลำพังเว้น

²⁹⁰ ICC Rules of Arbitration 2017 (ICC Rules (2017)), Art 9; LCIA Arbitration Rules (2014) (LCIA Rules (2014)), Art 8; HKIAC Rules (2013), Art 29.

²⁹¹ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.112.

²⁹² SIAC Rules (2016), Rule 6.

²⁹³ SIAC Rules (2016), Rule 7.

²⁹⁴ SIAC Rules (2016), Rule 8.

²⁹⁵ SIAC Rules (2016), Rule 6.1.

แต่จะต้องด้วยเงื่อนไขของการดำเนินการดังกล่าว²⁹⁶ หากผู้ร้องไม่เลือกที่จะร้องขอให้ดำเนินการตามกฎข้อ 6.1 และได้มีการเริ่มพิจารณาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ 2 คดีขึ้นไป SIAC Rule 2016 ได้เปิดให้อีกฝ่ายที่เข้าร่วมการพิจารณาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยมีคำขอให้รวมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการหลายกระบวนการพิจารณาที่ได้เริ่มต้นไว้แล้วเข้าด้วยกัน โดยยื่นคำร้องภายใต้กฎ 8²⁹⁷ ภายใต้ทั้งกฎข้อ 6.1(a) และ 6.1(b) คำร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการที่ส่งมาจำเป็นต้องระบุสัญญาและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแต่ละฉบับที่ใช้พร้อมกับคำอธิบายว่าคำร้องนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดสำหรับการรวมกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างไรตามกฎข้อ 8.1 ภายใต้อนุมาตราทั้งสอง ศาล SIAC จะพิจารณาว่าควรอนุญาตให้กระบวนการพิจารณาหรือไม่หากเข้าเงื่อนไขให้รวมการพิจารณาเป็นเช่นนั้น ศาล SIAC จะมีคำสั่งอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการหลายคดีรวมกระบวนการพิจารณาคดีเดียวกัน²⁹⁸

ง. การเข้าเป็นคู่พิพาทร่วม

แม้ว่ากฎ SIAC Rule 2013 ได้ให้อำนาจศาล SIAC (the SIAC Court) ในการอนุญาตให้คู่พิพาทเข้าร่วมคดีได้แต่อำนาจนี้ถูกจำกัดอย่างเคร่งครัดโดยประการแรกคู่พิพาทร่วมสามารถเข้าร่วมได้ก็ต่อเมื่อมีการยื่นคำร้องของคู่ความในระหว่างพิจารณาคดีเท่านั้น ประการที่สองคู่พิพาทร่วมจะต้องเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่พิพาททุกฝ่ายที่ตนจะเข้าร่วม²⁹⁹ แต่ SIAC Rule 2016 ได้ขยายออกไปอย่างมีนัยสำคัญในสถานการณ์ที่มีคู่พิพาทร่วมขอเข้ามาเป็นคู่พิพาทเพิ่มเติมอาจเข้าร่วมในอนุญาโตตุลาการของ SIAC คำร้องเข้าร่วมอาจทำต่อศาล SIAC ก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ³⁰⁰ หรือต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว³⁰¹ การยื่นคำร้องสามารถทำได้ทั้งโดยคู่พิพาทหรือบุคคลอื่นใดที่มีใช้คู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาเพื่อให้มีคู่พิพาทเพิ่มเติมฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้นเข้าร่วมใน

²⁹⁶ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.112.

²⁹⁷ SIAC Rules (2016), Rule 8.

²⁹⁸ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.112.

²⁹⁹ SIAC Rules 2013 Art 24(b)), see M Mangan, L Reed, and J Choong, *A Guide to the SIAC Arbitration Rules* (1st edn, OUP 2014) para 10.08.

³⁰⁰ SIAC Rules (2016), Rule 7.1. – 7.7

³⁰¹ SIAC Rules (2016), Rule 7.8. – 7.11

1.) คำร้องขอโดยคู่พิพาทและบุคคลซึ่งมิใช่คู่พิพาท (Application by parties and non-parties)

ก่อนจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทหรือบุคคลอื่นใดที่มีใช้คู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาอาจยื่นคำขอต่อนายทะเบียน เพื่อให้มีคู่พิพาทเพิ่มเติมฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้นเข้าร่วมในกระบวนการที่กำลังดำเนินอยู่ตามข้อบังคับนี้ ไม่ว่าจะในฐานะเป็นผู้เรียกร้องหรือผู้คัดค้านก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้

ก.) คู่พิพาทดังกล่าวที่จะเข้ามาร่วมผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการในเบื้องต้น (prima facie) หรือ

ข.) คู่พิพาททุกฝ่ายรวมถึงคู่พิพาทที่จะเข้าร่วมยินยอมให้คู่พิพาทดังกล่าวเข้าร่วมเป็นคู่พิพาทได้

ในการยื่นคำขอเข้าร่วมภายใต้กฎข้อ 7.1 ผู้ร้องจะต้องยื่นคำขอและบรรยายเนื้อหาที่จำเป็นในคำร้องขอเริ่มต้นคดี ซึ่งรวมถึงรายละเอียดการติดต่อของคู่สัญญาและตัวแทนของผู้ร้อง (กฎข้อ 7.2(b)) และการอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อ้างถึงและสัญญาจากหรือที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น (กฎข้อ 7.2(d)) หากคำร้องได้ทำขึ้นตามความยินยอมของคู่พิพาททั้งหมด จะต้องระบุข้อตกลงที่มีความยินยอมของคู่พิพาททั้งหมดด้วย (กฎข้อ 7.2(e)) คำร้องขอเข้าร่วมควรรวมถึงหมายเลขคดีกรณีนของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง กฎ 7.2(a) รายละเอียดการติดต่อของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการเสนอชื่อหรือแต่งตั้งในอนุญาโตตุลาการ กฎ 7.2(b) และคำแถลงว่าบุคคลเพิ่มเติมจะต้องเข้าร่วมในฐานะผู้ร้องหรือผู้คัดค้าน กฎข้อ 7.2(c) ทั้งนี้ ตามกฎข้อ 7.2 กำหนดให้มีคำแถลงโดยย่อเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องสำหรับการขอเข้าเป็นคู่พิพาทร่วม (กฎข้อ 7.2(f)) ข้อเท็จจริงที่ต้องบรรยายในคำร้องนี้หลักสำหรับการพิจารณาของศาล SIAC (the SIAC Court) มีเหตุอันควรอนุญาตให้เข้าเป็นคู่พิพาทร่วมหรือไม่หรือไม่³⁰²

อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎข้อ 7.2 จะกำหนดให้ต้องการบรรยายข้อเท็จจริงที่จำเป็นในคำร้อง แต่นายทะเบียนยังคงใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าคำร้องดังกล่าวได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดภายใต้ SIAC Rule 2016 หรือไม่ เพราะถือว่าเป็นข้อกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามเป็น

³⁰² John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.117.

สาระสำคัญ³⁰³ บุคคลหรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาเป็นคู่พิพาทร่วมภายใต้กฎข้อ 7.1 จะต้องส่งสำเนา ร้องไปยังทุกฝ่ายรวมถึงคู่พิพาทเพิ่มเติมที่จะเข้าร่วมพร้อมกับต้องแจ้งต่อนายทะเบียนว่าได้ดำเนินการ แล้วโดยระบุรูปแบบการให้บริการและวันที่ให้บริการ³⁰⁴ หลังจากอนุญาตตุลาการฟังความจาก คู่พิพาททุกฝ่ายรวมทั้งฝ่ายเพิ่มเติมที่จะเข้าร่วมแล้ว อนุญาตตุลาการจะพิจารณาตามสถานการณ์ของ คดี เพื่อพิจารณาว่าจะอนุญาตให้เข้ามาเป็นคู่พิพาทร่วมทั้งหมดหรือแต่บางส่วน คำขอเข้าร่วมภายใต้ กฎข้อ 7.1 เมื่อได้พิจารณาความเห็นของคู่พิพาททุกฝ่าย รวมถึงความเห็นของคู่พิพาทฝ่ายที่จะเข้า ร่วมใน กระบวนพิจารณา และพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว ศาล SIAC (the SIAC Court) ต้องมีคำสั่งตาม ข้อ 7.1 ว่าจะอนุญาต (ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน) ให้บุคคลดังกล่าวเข้าร่วมในกระบวนพิจารณาได้ หรือไม่ แต่คำสั่งอนุญาตของศาล SIAC ตามข้อนี้ไม่กระทบต่ออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการ ตัดสินภายหลังในประเด็นว่า ด้วยเขตอำนาจที่เกิดขึ้นจากคำสั่งอนุญาตดังกล่าว และคำสั่งไม่อนุญาต ให้เข้าเป็นคู่พิพาทร่วมตาม ข้อ 7.4 นี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนย่อมไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทหรือ บุคคลอื่นใดที่มีคู่พิพาท ในการยื่นคำขอเข้าเป็นคู่พิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามความในข้อ 7.8 ดังนี้ ในการพิจารณาคำร้องขอเข้าเป็นคู่พิพาทร่วม ศาล SIAC (the SIAC Court) จึงต้องจะ พิจารณาฟังความของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องก่อน และจึงตัดสินชี้ขาดโดยคำนึงถึงมูลเหตุแห่งคดี อย่างไรก็ ดี กฎ 7.4 นั้นก็ไม่ได้ระบุมูลเหตุไว้อย่างชัดเจนซึ่งศาล SIAC (the SIAC Court) ควรคำนึงถึงในการ พิจารณาประกอบการตัดสินชี้ขาด³⁰⁵ มีปัญหาที่น่าพิจารณาประการหนึ่งว่าในกรณีที่อนุญาโตตุลาการ ได้พิจารณาคดีระหว่างคู่พิพาทร่วมที่เข้ามาภายหลังนั้นเป็นการขยายอำนาจของอนุญาโตตุลาการเดิม หรือไม่ ในประเด็นปัญหาข้อนี้ในศาลของประเทศสิงคโปร์ได้วินิจฉัยไว้ในคดีระหว่าง PT First Media v Astro Nusantara ว่า อำนาจที่คู่พิพาทได้มอบให้กับอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการ ร้องขอเข้าเป็นคู่พิพาทร่วมนั้นเป็นขั้นตอนตามปกติ อำนาจดังกล่าวไม่ได้ทำหน้าที่ขยายเขต อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณา เนื่องจากขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นถูก กำหนดโดยข้อตกลงของคู่สัญญา (Arbitration Clause)³⁰⁶ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับตาม

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ SIAC Rules (2016), Rule 7.3.

³⁰⁵ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.118.

³⁰⁶ PT First Media v Astro Nusantara (n 18) para 181.

SIAC Rule 2016 โดยกฎข้อ 7.4 และ 7.10 ซึ่งอนุญาตให้ตุลาการยังคงมีอำนาจภายใต้กฎ 28.2 ในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของตนเอง³⁰⁷

2.) ผลภายหลังศาลอนุญาตตามคำขอเข้าเป็นคู่พิพาทร่วม

เมื่อศาลได้พิจารณาอนุญาตตามคำขอเข้าเป็นคู่พิพาทร่วมภายใต้กฎข้อ 7.4 ศาลอาจเพิกถอนการแต่งตั้งอนุญาตให้ตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งก่อนการพิจารณาให้ผู้ร้องขอเข้าเป็นคู่พิพาทร่วมก็ได้ เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่นโดยทุกฝ่าย รวมถึงคู่พิพาทร่วมที่เข้าร่วมเพิ่มเติมตามกฎข้อ 9 ถึงกฎ 12 ซึ่งศาลจะพิจารณาโดยเห็นสมควรจะใช้ และระยะเวลาที่เกี่ยวข้องในนั้นจะเริ่มนับใหม่โดยนับจากวันที่ศาลได้อนุญาตตามกฎ 7.4³⁰⁸ ในกรณีที่ศาลให้เพิกถอนการแต่งตั้งอนุญาตให้ตุลาการใดๆ ภายใต้กฎข้อ 7.6 นั้นไม่มีผลเป็นการกระทบกระเทือนต่อความถูกต้องของการกระทำหรือคำสั่งหรือคำชี้ขาดของอนุญาตให้ตุลาการที่ได้กระทำหรือมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดใด ๆ ก่อนที่การแต่งตั้งอนุญาตให้ตุลาการจะถูกเพิกถอน³⁰⁹ เมื่อได้มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทหรือบุคคลอื่นใดที่มีใช้คู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาอาจยื่นคำขอต่อนายทะเบียน เพื่อให้มีคู่พิพาทเพิ่มเติมฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้นเข้าร่วมในกระบวนการที่กำลังดำเนินอยู่ตามข้อบังคับนี้ ไม่ว่าจะในฐานะเป็นผู้เรียกร้องหรือผู้คัดค้านก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้³¹⁰

ก. คู่พิพาทดังกล่าวที่จะเข้าร่วมผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการในเบื้องต้น (prima facie) หรือ

ข. คู่พิพาททุกฝ่ายรวมถึงคู่พิพาทที่จะเข้าร่วม ยินยอมให้คู่พิพาทดังกล่าวเข้าร่วมเป็น คู่พิพาทได้

โดยจะยื่นคำขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามข้อ 7.8 นี้ต่อนายทะเบียนก็ได้ตามสมควร

เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้โอกาสคู่พิพาททุกฝ่ายรวมถึงคู่พิพาทฝ่ายที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในการชี้แจง และได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว คณะ

³⁰⁷ John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.118.

³⁰⁸ SIAC Rules (2016), Rule 7.6

³⁰⁹ SIAC Rules (2016), Rule 7.7

³¹⁰ SIAC Rules (2016), Rule 7.8

อนุญาโตตุลาการต้องมีคำสั่งตาม ข้อ 7.8 ว่าจะอนุญาต (ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน) ให้บุคคลดังกล่าว เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้หรือไม่ แต่คำสั่งอนุญาตของคณะอนุญาโตตุลาการตามข้อนี้ไม่กระทบ ต่ออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการตัดสินภายหลังในประเด็นว่าด้วยเขตอำนาจที่เกิดขึ้นจาก คำสั่งอนุญาตดังกล่าว³¹¹

จ. การรวมการพิจารณา

- การยื่นคำร้องขอรวมการพิจารณา

การรวมการพิจารณาเป็นกระบวนการที่อนุญาโตตุลาการที่ค้างอยู่ตั้งแต่ สองคดีขึ้นไปเพื่อรวมเป็นคดีเดียวกัน และได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการเดียวกัน การ รวมอนุญาโตตุลาการเข้าด้วยกันมีข้อดีหลายประการ เช่น เพิ่มประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีและ หลีกเลี่ยงการตัดสินที่ไม่สอดคล้องกัน แต่จะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อมีกรอบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ หรือด้วยข้อตกลงของคู่สัญญา³¹² SIAC Rule 2016 มีบทบัญญัติที่กำหนดกลไกสำหรับการรวมการ พิจารณา ไว้ใน กฎ 8.7 ถึง 8.10 โดยก่อนการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่จะรวม กระบวนพิจารณา คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำขอต่อนายทะเบียนให้รวมกระบวนการ พิจารณา อนุญาโตตุลาการตั้งแต่สองรายการขึ้นไปที่ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาตามข้อบังคับนี้เป็นกระบวน พิจารณาเดียว ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ต่อไปนี้สำหรับกระบวนการพิจารณาแต่ละรายการที่จะ รวมเข้าด้วยกัน³¹³

ก.) คู่พิพาททุกฝ่ายตกลงให้รวมกระบวนการพิจารณา

ข.) ข้อเรียกร้องในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการมาจาก สัญญาอนุญาโตตุลาการเดียวกัน หรือ

ค) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีลักษณะที่ขัดหรือแย้งกัน และ (1) ข้อพิพาททั้งหมดเกิดจาก นิติสัมพันธ์เดียวกัน (2) ข้อพิพาทเกิดจากสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ หลายฉบับที่ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาประธานนั้น หรือ (3) ข้อพิพาทเกิดจากธุรกรรมรายการเดียวกัน หรือหลายรายการต่อเนื่องกันไป

³¹¹ SIAC Rules (2016), Rule 7.10

³¹² John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.123.

³¹³ SIAC Rules (2016), Rule 8.1

ในกรณีการรวมกระบวนการพิจารณาตามข้อ 8.1 ต้องมีกระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่ในระหว่างการพิจารณาอยู่ตั้งแต่ 2 คดีขึ้นไป หากคดีเพียงหนึ่งคดีได้เริ่มกระบวนการพิจารณาขึ้นแล้ว วิธีการที่เหมาะสมคือให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นขอเข้าร่วมอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎข้อ 7 หรือเริ่มอนุญาโตตุลาการครั้งที่สองและยื่นขอรวมอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ และกรณีที่มีหลายสัญญาที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาท ฝ่ายหนึ่งควรพิจารณาใช้กฎข้อ 6 เพื่อจัดการกับกรณีสัญญาหลายฉบับ (Multiple Contract)³¹⁴

- ผลของการรวมการพิจารณา

คำขอรวมการพิจารณาอาจได้รับอนุญาตหรือไม่อนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ตัวอย่างเช่น เปิดโอกาสให้ศาล SIAC (the SIAC Court) พิจารณาอนุญาตให้รวมอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาดำเนินการเพียง และแยกอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้รวมการพิจารณาที่เหลื้อออกจากกัน หากคำร้องขอถูกปฏิเสธทั้งหมดหรือบางส่วน กฎข้อ 8.4 ระบุชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้รวมเข้าด้วยกันจะยังคงต้องพิจารณาแยกต่างหากจากกัน³¹⁵

ช. การแต่งตั้งและคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (Formation and Challenge of the Arbitral Tribunal)

1.) จำนวนและการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

ตามกฎของ SIAC Rule 2016 กำหนดให้คู่พิพาทสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นหรือเมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนโดยพิจารณาข้อเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทว่าจำเป็นต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคนด้วยเหตุแห่งความซับซ้อนแห่งคดี ทุนทรัพย์ที่เกี่ยวข้องหรือพฤติการณ์อื่นใดที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาท³¹⁶ แต่อย่างไรก็ดี นายทะเบียนไม่สามารถใช้ดุลยพินิจของตนในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคน หากคู่กรณีตกลงที่จะให้ข้อพิพาทของพวกเขาตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว³¹⁷ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นประการหนึ่งสำหรับหลักการที่ว่าข้อตกลง

³¹⁴ John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.124.

³¹⁵ John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.124.

³¹⁶ SIAC Rules (2016), Rule 9.1

³¹⁷ NCC International AB v Land Transport Authority of Singapore [2009] 1 SLR(R) 985 (Singapore High Court).

ของคู่สัญญาเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการในกรณีอนุญาโตตุลาการคนเดียวอาจได้รับการแต่งตั้งโดยประธาน SIAC สำหรับการอนุญาโตตุลาการแบบเร่งด่วนที่ดำเนินการภายใต้กฎข้อ 5 โดยเฉพาะแม้ว่าคู่สัญญาจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการจำนวนสามคนสำหรับการระงับข้อพิพาทไว้แล้วก็ตาม³¹⁸ ไม่ว่าในกรณีใด ๆ อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้เสนอชื่อ หรือที่เสนอชื่อโดยบุคคลภายนอก รวมถึงการให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งไว้แล้วเป็นผู้เสนอชื่อจะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยอาศัย ดุลยพินิจของประธาน SIAC³¹⁹

2.) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว

ในกรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเสนอชื่อบุคคลคนหนึ่งคนใดหรือหลายคนที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการคนเดียวต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายได้ ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงเห็นชอบการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว ให้บังคับตามความในข้อ 9.3³²⁰ หากภายใน 21 วันนับแต่วันเริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการหรือในระยะเวลาอื่นที่คู่พิพาท ตกลงร่วมกันหรือที่นายทะเบียนเป็นผู้กำหนดคู่พิพาทไม่สามารถตกลงเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการคนเดียวได้ หรือกรณีที่คู่พิพาทรายหนึ่งคนได้ร้องขอไม่ว่าเวลาใด ๆ ให้ประธานเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว³²¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

³¹⁸ W Company V. Dutch Company and Dutch Holding Company[2012] 1 SAA 97

คดีดังกล่าวสืบเนื่องมาจากคู่พิพาทได้ตกลงกำหนดให้ระงับข้อพิพาทในสัญญาดังกล่าวด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคน อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องเพื่อให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการภายใต้การดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัด (Expedited Proceedings) ภายใต้กฎ SIAC Rule 2010 ข้อที่ 5 ซึ่งกำหนดให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียว เว้นแต่ประธาน SIAC (หน้าที่ดำเนินการโดยประธาน SIAC ภายใต้ กฎ SIAC (2013 และ 2016)) กำหนดเป็นอย่างอื่น หลังจากพิจารณาคำร้องจากคู่สัญญาและคำคัดค้านของผู้คัดค้านแล้ว ประธาน SIAC ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวตามกฎข้อ 5.2(b) ข้อโต้แย้งของผู้กล่าวหาว่าศาลได้รับการจัดตั้งขึ้นอย่างไม่ถูกต้องนั้นถูกปฏิเสธโดยอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียวในคำชี้ขาดขั้นสุดท้าย โดยเหตุที่คู่สัญญาได้เลือกกฎ SIAC อย่างครบถ้วน รวมถึงขั้นตอนที่เร่งรัดด้วย

³¹⁹ SIAC Rules (2016), Rule 9.3

³²⁰ SIAC Rules (2016), Rule 10.1

³²¹ SIAC Rules (2016), Rule 10.2

3.) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคน

ในกรณีที่ต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคนให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการหนึ่งคน³²² แต่หากกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการได้ภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้รับทราบการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทอีกฝ่าย หรือภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงร่วมกันหรือระยะเวลาที่นายทะเบียนเป็นผู้กำหนด SIAC Rule 2016 กำหนดให้ประธานเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่พิพาทฝ่ายนั้นได้³²³ เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงให้ใช้วิธีการอื่นในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามหรือในกรณีที่วิธีการที่ตกลงกันนั้นไม่เป็นผลให้มีการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการคนที่สามภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงร่วมกันหรือระยะเวลาที่นายทะเบียนเป็นผู้กำหนด SIAC Rule 2016 กำหนดให้ประธานเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามและให้อนุญาโตตุลาการคนที่สามนั้นเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ³²⁴

4.) การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการกรณีมีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย

SIAC Rule 2016 กำหนดว่าในกรณีที่มีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่ายในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และกำหนดให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว คู่พิพาทอาจตกลงร่วมกันเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการคนเดียวก็ได้ หากคู่พิพาทไม่อาจเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการร่วมกันภายใน 28 วันนับแต่วันที่เริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ภายในระยะเวลาอื่นที่คู่พิพาทตกลงร่วมกันหรือระยะเวลาที่นายทะเบียนเป็นผู้กำหนดให้ประธานเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว³²⁵ ผลพิเศษของกฎข้อ 12.1 คือสำหรับการอนุญาโตตุลาการหลายฝ่าย กำหนดเวลาเริ่มต้นสำหรับคู่สัญญาในการตกลงร่วมกันในการเสนอชื่อจะขยายจาก 21 วันตามที่กำหนดไว้ในกฎ 10.2 เป็น 28 วันหลังจากวันที่เริ่มใช้กฎข้อ 10.2 อนุญาโตตุลาการ³²⁶ ทั้งนี้ ในกรณีมีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่ายในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และกำหนดให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคน SIAC Rule 2016 กำหนดให้ผู้เรียกร้องร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหนึ่งคนและผู้คัดค้านร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคน และให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม ซึ่งจะเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการตามความในข้อ 11.3 ทั้งนี้ หากคู่พิพาทไม่สามารถเสนอ

³²² SIAC Rules (2016), Rule 11.1

³²³ SIAC Rules (2016), Rule 11.2

³²⁴ SIAC Rules (2016), Rule 11.3

³²⁵ SIAC Rules (2016), Rule 12.1

³²⁶ John Choong, Mark Mangan, supra note 265, p.142.

ชื่อ อนุญาโตตุลาการร่วมกันภายใน 28 วันนับแต่วันที่เริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หรือ ภายในระยะเวลาอื่นที่คู่พิพาทตกลงร่วมกันหรือระยะเวลาที่นายทะเบียนเป็นผู้กำหนด ให้ประธาน เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งสามคนและมอบหมายให้อนุญาโตตุลาการคนหนึ่งเป็นประธานคณะ อนุญาโตตุลาการ³²⁷

5.) คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ SIAC โดยหลักแล้วอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง (Independent and Impartial) มีความซื่อสัตย์ (integrity) มีความสามารถ (competence) มีความรู้เพียงพอเกี่ยวกับภาษาของอนุญาโตตุลาการ (adequate knowledge of the language of the arbitration) และมีทักษะหรือความรู้ใด ๆ ที่คู่สัญญาตกลง กันว่าจำเป็น (skills or knowledge agreed by the parties as being necessary) และมีความสามารถเพียงพอที่จะดำเนินการได้ทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพ (promptly and efficiently)³²⁸ อนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งขึ้นในกระบวนการพิจารณาตามข้อบังคับของ SIAC Rule 2016 ไม่ว่าจะได้เสนอชื่อโดยคู่พิพาทหรือไม่ต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระอยู่ตลอดเวลา³²⁹ เนื่องจากคุณสมบัติเหล่านี้มีความสำคัญต่อการปฏิบัติหน้าที่กึ่งตุลาการของอนุญาโตตุลาการ (quasi-judicial)³³⁰ ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้ SIAC Rule 2016 ประธาน SIAC จะต้องคำนึงถึงคุณสมบัติที่จำเป็นของอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของคู่สัญญาและการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการด้วย³³¹ อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการเสนอชื่อมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยต่อคู่กรณีและต่อนายทะเบียนเกี่ยวกับสถานการณ์ใด ๆ ที่อาจ ก่อให้เกิดข้อสงสัยที่สมเหตุสมผลเกี่ยวกับความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะ เป็นไปได้ก่อนการแต่งตั้ง³³² หน้าที่ดังกล่าวมีต่อเนื่องตลอดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จะเปิดเผย พฤติการณ์ใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยที่สมเหตุสมผลเกี่ยวกับความเป็นอิสระหรือความเป็นกลาง³³³

³²⁷ SIAC Rules (2016), Rule 12.2

³²⁸ SIAC Code of Ethics for an Arbitrator (2015) para 1.1.

³²⁹ SIAC Rules (2016), Rule 13.1

³³⁰ Jivraj v Hashwani [2011] UKSC 40, para 41

³³¹ SIAC Rules (2016), Rule 13.2

³³² SIAC Rules (2016), Rule 13.4

³³³ SIAC Rules (2016), Rule 13.5

ในสิ่งโคปรฝ่ายต่างๆ สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งก่อนหน้านี้ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมหรือผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทเดียวกันได้ตามการระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสม (Hybrid/Mixed Mode)³³⁴

6.) การคัดค้านและการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

ตาม SIAC Rule 2016 ได้กำหนดวิธีการคัดค้านและการถอดถอนอนุญาโตตุลาการไว้หลายวิธี เช่น อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านอาจสมัครใจลาออกด้วยตนเองด้วย³³⁵ อาจถูกถอดถอนโดยข้อตกลงของคู่สัญญาก็ได้³³⁶ หรืออาจถูกศาล SIAC มีสั่งให้ถอดถอนก็ได้³³⁷ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับนี้ หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ภายในกำหนดเวลาได้หรือมีเหตุทางนิติบัญญัติ (de jure) หรือเหตุทางพฤตินัย (de facto) ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้³³⁸ คู่พิพาทได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการรวมเนื่องจากมีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในกระบวนการหรือการขาดคุณสมบัติที่ตกลงไว้³³⁹ รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ภายใต้กฎ SIAC Rule 2016 ด้วย³⁴⁰ โดยนายทะเบียน SIAC อาจระงับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการไว้ระหว่างการคัดค้านก็ได้³⁴¹ ในกรณีที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการรายเดียวหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามขั้นตอนในข้อ 15 ถึงข้อ 17 ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นแล้วซ้ำอีกครั้งหนึ่ง เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการที่ถูกแทนที่เป็นอนุญาโตตุลาการคนอื่นในคณะอนุญาโตตุลาการ จะดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำอีกครั้งหนึ่งก็ได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการหลังจากได้หารือกับคู่พิพาทแล้ว ทั้งนี้ หากคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเฉพาะ

³³⁴ IAA, Article 16(3).

³³⁵ SIAC Rules (2016), Rule 15.5

³³⁶ SIAC Rules (2016), Rule 16.1

³³⁷ SIAC Rules (2016), Rule 16.2

³³⁸ SIAC Rules (2016), Rule 17.2

³³⁹ SIAC Rules (2016), Rule 14.1

³⁴⁰ SIAC Rules (2016), Rule 17.2

³⁴¹ SIAC Rules (2016), Rule 17.3

กาลหรือคำชี้ขาดบางส่วน มิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดดังกล่าวซ้ำอีกครั้งหนึ่ง และให้คำชี้ขาดดังกล่าวยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไป³⁴²

ช. การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (The Conduct of Proceedings)

SIAC Rule 2016 กำหนดบทบาทบัญญัติคุ้มครองการดำเนินการของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของ SIAC ระบุไว้ในหมวดนี้ เริ่มต้นด้วยบทบัญญัติทั่วไปหลักการทั่วไป (กฎข้อ 19) กระบวนการควบคุมการส่งและการรับคำคู่ความของฝ่ายต่าง ๆ (กฎข้อ 20) การเลือกที่สถานที่นั่งพิจารณา (กฎข้อ 21) ภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา (กฎข้อ 22) ตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายต่างๆ (กฎข้อ 23) การพิจารณาคดี (กฎข้อ 34) การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณา (กฎข้อ 25,26)

1.) บทบัญญัติทั่วไปหลักการทั่วไป

SIAC Rule 2016 กำหนดหลักการกว้าง ๆ สำหรับการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการ SIAC Rule 2016 คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอย่างเหมาะสมเพื่อยุติข้อพิพาทอันเป็นที่สุดได้อย่างเป็นธรรม รวดเร็ว และประหยัด³⁴³

ประการแรกหลักความเป็นธรรม (Fairness) ถือเป็นหลักการทั่วไปโดยมีหลักการสองประการเพื่อความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเฉพาะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ประการแรกแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังการพิจารณา (the right to be heard) ประการที่สองแต่ละฝ่ายควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (equal treatment)³⁴⁴ ศาลอุทธรณ์ของสิงคโปร์ในคดี Soh Beng Tee & Co Pte Ltd v. Fairmount Development Pte Ltd ได้อธิบายหลักการเหล่านี้ว่า “คู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังอย่างมีประสิทธิภาพในทุกประเด็นที่อาจเกี่ยวข้องกับการแก้ปัญหาข้อพิพาท ความหวังใที่ครอบงำ ... คือความยุติธรรม กฎง่าย ๆ ที่ดีที่สุดที่จะนำมาใช้คือปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกันและเปิดโอกาสให้คู่พิพาทเสนอคดีอย่างเหมาะสม อนุญาโตตุลาการไม่ควรมีคำชี้ขาดเรื่องที่ไม่ได้เสนอหรือพิจารณาต่อหน้าคู่พิพาท”³⁴⁵

³⁴² SIAC Rules (2016), Rule 18

³⁴³ SIAC Rules (2016), Rule 19.1

³⁴⁴ IAA, Article 3, and 1985 UNCITRAL Model Law, Article 18, AA, Article 22.

³⁴⁵ Soh Beng Tee v Fairmount Development (n 8) para 65(a).

ประการที่สองความรวดเร็วและประหยัด (Expeditious and Economical) อย่างไรก็ดี แม้ว่าการใช้บริการการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการจะรวดเร็วและถูกกว่า การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศในรูปแบบอื่นๆ แต่ผู้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนหนึ่งโดยเฉพาะฝ่ายผู้ร้องต่างก็มีความเห็นว่าควรจะสามารถลดความล่าช้าของกระบวนการและ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการให้น้อยลงได้อีก³⁴⁶ ด้วยความกังวลเหล่านี้กฎ SIAC Rule ข้อ 19.1 พร้อมด้วยกฎข้อ 41.2³⁴⁷ จึงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการสามารถสั่งแก้ไขข้อพิพาทอย่างรวดเร็ว และประหยัด สิ่งนี้ไม่ได้เป็นเพียงวัตถุประสงค์ในอุดมคติสำหรับศาลในการพยายามดำเนินการเท่านั้น แต่ยังเป็นข้อผูกพันที่อนุญาโตตุลาการที่ถูกกำหนดภายใต้กฎหมายสิงคโปร์และกฎ SIAC เพื่อให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของกระบวนการด้วย³⁴⁸

ประการที่สามความเป็นที่สิ้นสุดของกระบวนการ (Finality) วัตถุประสงค์สูงสุดของอนุญาโตตุลาการคือการทำให้คำชี้ขาดถือเป็นที่สุดมีผลผูกพันและบังคับใช้ได้ (Final, Binding, and Enforceable) ตามประเด็นข้อพิพาทหลักการนี้มีผลใช้บังคับไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะเป็น คำชี้ขาดสุดท้าย คำชี้ขาดชั่วคราว ทั้งหมดหรือบางส่วน³⁴⁹

2.) การเลือกที่สถานที่นั่งพิจารณา

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ SIAC ต้องมีการกำหนด สถานที่นั่งพิจารณา (Seat of the Arbitration) หรือสถานที่ตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ (the legal place of arbitration) ซึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของเขตอำนาจซึ่งโดยทั่วไปคือ สิงคโปร์และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลของสถานที่นั้น³⁵⁰ ตาม SIAC Rule 2016 กำหนดให้

³⁴⁶ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.165.

³⁴⁷ SIAC Rules (2016), Rule 41.2

³⁴⁸ ADG v ADI [2014] 3 SLR 481 at [112].

³⁴⁹ PT First Media TBK v Astro Nusantara International [2013] SGCA 57 at [140].

³⁵⁰ กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL 1985 และ IAA ใช้คำว่า 'สถานที่ของอนุญาโตตุลาการ' (Place of arbitration) ในขณะที่กฎ SIAC อ้างถึง สถานที่นั่งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Seat of the Arbitration) คำทั้งสองหมายถึง สถานที่ที่ทางกฎหมายหรือการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นซึ่งแตกต่างจากที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่มีการ พิจารณาคดี ตามกฎข้อ 21.2 ในคดีที่เกิดขึ้นของศาลอุทธรณ์สิงคโปร์ คดี ระหว่าง PT Garuda Indonesia vs Birgen Air [2002] 1 SLR(R) 401 ย่อหน้าที่ 24 ศาลพิจารณาว่า เห็นว่าตาหลักภาษาอังกฤษของ "ที่นั่ง อนุญาโตตุลาการ" เหมือนกับ "สถานที่อนุญาโตตุลาการ" ภายใต้ กฎหมายแม่แบบ.' AA ยืนยันว่า 'สถานที่' หมายถึง 'ที่นั่งตามกฎหมาย': AA มาตรา 2 (1)

คู่พิพาทตกลงเรื่องสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หากตกลงกันไม่ได้ ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ณ สถานที่ที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด เมื่อพิจารณาพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว³⁵¹ คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดสถานที่นั่งอนุญาโตตุลาการได้ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกฎหมายของสถานที่ที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่เลือกใช้ (The law of the seat of arbitration) จะถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายวิธีพิจารณาที่ควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย (the lex arbitri) อนุญาโตตุลาการจึงมีหน้าที่บังคับใช้บทบัญญัติบังคับใด ๆ ของกฎหมายที่นั่งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy)³⁵²

3.) ภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา

ตาม SIAC Rule 2016 กำหนดว่า เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการจะกำหนดภาษาที่จะใช้ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ได้³⁵³ กรณีที่คู่พิพาทยื่นเอกสารเป็นภาษาอื่นที่มีใช้ภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการหรือนายทะเบียนกรณียังมีได้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ อาจเรียกให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำแปลเอกสารมาในรูปแบบตามที่คณะอนุญาโตตุลาการหรือนายทะเบียนกำหนดก็ได้³⁵⁴

4.) ตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายต่างๆ

ตาม SIAC Rule 2016 กำหนดว่า คู่พิพาทอาจมีผู้แทนเป็นทนายความหรือผู้แทนผู้ได้รับอนุญาตอื่นใดเป็นผู้แทนในกระบวนการพิจารณาก็ได้ แต่ทั้งนี้นายทะเบียนและ/หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้ผู้แทนของคู่พิพาทแสดงเอกสารการมอบอำนาจดังกล่าวด้วยก็ได้³⁵⁵ ทั้งนี้ เมื่อได้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว SIAC Rule 2016 กำหนดว่า การเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมผู้แทนของคู่พิพาทเช่นนั้น ให้คู่พิพาทแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายอื่นรวมถึงคณะอนุญาโตตุลาการและนายทะเบียนทราบเป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่ชักช้า³⁵⁶

³⁵¹ SIAC Rules (2016), Rule 21.1.

³⁵² John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.177.

³⁵³ SIAC Rules (2016), Rule 22.1.

³⁵⁴ SIAC Rules (2016), Rule 22.2.

³⁵⁵ SIAC Rules (2016), Rule 23.1.

³⁵⁶ SIAC Rules (2016), Rule 23.2.

5.) การพิจารณาคดี

สิทธิในการพิจารณาคดีของคู่พิพาทและได้รับการพิจารณาคดีเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิในการได้รับการรับฟังการพิจารณาภายใต้กฎ SIAC Rule 2016 ได้กำหนดให้การพิจารณาคดีรวมถึงการประชุม การดำเนินกระบวนการพิจารณา การบันทึกภาพหรือเสียง การถอดเสียง และเอกสารที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาต้องเก็บรักษาเป็นความลับ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงเป็นอย่างอื่น³⁵⁷ ทั้งนี้ การพิจารณาคดีจึงไม่จำเป็นต้องผูกพันในการพิจารณาเพียงในห้องพิจารณาก็ได้ หากคู่พิพาทได้ตกลงว่าให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยเอกสารเท่านั้นหรือเว้นแต่ข้อบังคับ SIAC Rule 2016 จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรณีที่คู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอหรือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร ให้คณะอนุญาโตตุลาการจัดให้มีกระบวนการพิจารณาสำหรับการสืบพยานและ/หรือเพื่อการแถลงด้วยวาจาเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งข้อพิพาท รวมถึงในประเด็นเขตอำนาจของคณะ อนุญาโตตุลาการด้วย³⁵⁸ เมื่อได้ปรึกษาหารือกับคู่พิพาทแล้วคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องกำหนดวันที่เวลาและสถานที่ในการปรึกษาหารือหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาและแจ้งให้คู่พิพาททราบภายในเวลาที่สมควร³⁵⁹ ซึ่งในขั้นตอนดังกล่าวนี้ถือเป็นความยืดหยุ่นที่กำหนดให้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ SIAC Rule 2016 ที่จะกำหนดแจ้งภายในเวลาอันควรซึ่งจะแตกต่างจากศูนย์อนุญาโตตุลาการในบางแห่งที่กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำของกระบวนการแจ้งให้คู่พิพาททราบ³⁶⁰ แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่อาจเข้าร่วมนัดประชุมหรือไม่อาจเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาโดยไม่แสดงเหตุผลอันสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการต่อไปและอาจทำคำชี้ขาดโดยอาศัยคำคู่ความและหลักฐานที่ปรากฏอยู่ขณะนั้นก็ได้³⁶¹

6.) การควบคุมกระบวนการสืบพยานและการรับฟังพยานหลักฐานใน

กระบวนการพิจารณา

ตามกฎหมายแม่แบบอย่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 กำหนดหลักการควบคุมกระบวนการสืบพยานและการรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาซึ่ง อนุญาโตตุลาการมีอิสระที่จะกำหนดประเด็นข้อพิพาทและ

³⁵⁷ SIAC Rules (2016), Rule 24.4

³⁵⁸ SIAC Rules (2016), Rule 24.1

³⁵⁹ SIAC Rules (2016), Rule 24.2

³⁶⁰ CIETAC Rules (2015), Article 37.1 กำหนดให้แจ้งล่วงหน้าอย่างน้อย 20 วันก่อนการพิจารณาคดี

³⁶¹ SIAC Rules (2016), Rule 24.3

การพิจารณารับฟังพยานหลักฐานรวมถึงซึ่งน้ำหนักของหลักฐานใดๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามที่เห็นสมควร³⁶² และมาตรา 23(3) ของ AA ก็ได้กำหนดหลักการทำงานเดียวกัน³⁶³ ตาม SIAC Rule 2016 กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นมีอำนาจและความรับผิดชอบในการควบคุมวิธีการสืบพยาน โดยประการแรกกำหนดว่าก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่พิพาทแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบถึงบุคคลที่จะมาเป็นพยาน รวมถึงพยานผู้เชี่ยวชาญ ที่คู่พิพาทฝ่ายนั้นจะนำเข้าสู่สืบ เนื้อหาทำให้การและความเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท³⁶⁴ ประการที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการอาจอนุญาตหรือไม่อนุญาตรวมถึงจำกัดพยานในการเบิกความด้วยวาจาในกระบวนการพิจารณาคราวใด ๆ ก็ได้³⁶⁵ สิทธิในการจำกัดกระบวนการรับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนี้ของเป็นการกำหนดสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอย่างเช่น กฎของเนติบัณฑิตยสภา ระหว่างประเทศว่าด้วยการพิสูจน์หลักฐานในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 2010 (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010)³⁶⁶ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการ SIAC อาจใช้อำนาจทั่วไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎข้อ 19.4 ที่ให้อำนาจการอนุญาตปฏิเสธหรือจำกัดตัวของพยานก็ได้³⁶⁷ อำนาจนี้จะช่วยให้อนุญาโตตุลาการสามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่มีอำนาจเหนือกว่าคู่พิพาทภายใต้กฎ 19.1 และ 41.2 เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ว่ากระบวนการเป็นไปด้วยความยุติธรรม รวดเร็ว และประหยัด³⁶⁸

6.1.) พยานบุคคล

SIAC Rules 2016 กำหนดว่า พยานที่เบิกความด้วยวาจาอาจถูกซักถามโดยคู่พิพาทแต่ละฝ่าย ผู้แทนของคู่พิพาท และคณะอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด³⁶⁹ คำเบิกความของพยานจะเริ่มต้นด้วยซักถามพยาน (Direct

³⁶² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 Article 19(2)

³⁶³ Arbitration Act 2001, 23 (3)

³⁶⁴ SIAC Rules (2016), Rule 25.1

³⁶⁵ SIAC Rules (2016), Rule 25.2

³⁶⁶ IBA Rules (2010), Article. 8(2) provides that a tribunal 'shall at all times have complete control over the Evidentiary Hearing' and may limit or exclude the appearance of a witness.

³⁶⁷ SIAC Rules (2016), Rule 19.4

³⁶⁸ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.183.

³⁶⁹ *Ibid*, p.177.

examination) ของฝ่ายที่นำพยานบุคคลเข้าสืบ และจะตามด้วยการถามค้าน (Cross-examination) โดยที่ปรึกษาของอีกฝ่าย และฝ่ายที่นำพยานบุคคลเข้าสืบอาจถามติงพยาน (Re-examination) เพื่อวัตถุประสงค์ในการแก้ข้อถามค้านก็ได้³⁷⁰ ก่อนการเบิกความของพยานบุคคลกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (AA) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (IAA) กำหนดให้พยานต้องสาบานหรือยืนยันคำเบิกความของตนด้วย³⁷¹ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้ทำคำให้การของพยานเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ไม่ว่าจะด้วยการลงลายมือชื่อในคำให้การ คำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรและให้การสาบานตน หรือรูปแบบ การบันทึกอื่นใด ภายในบังคับของข้อ 25.2 คู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายใดอาจเรียกให้พยานดังกล่าวมาซักถามด้วยวาจาก็ได้หากพยานดังกล่าวมิได้มาให้การด้วยวาจา คณะอนุญาโตตุลาการอาจให้นำหน้าในคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ตามที่เห็นสมควรหรืออาจไม่รับฟังคำให้การหรือไม่รับคำให้การดังกล่าวก็ได้³⁷² ซึ่งเป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับการบันทึกถ้อยคำยืนยันของเท็จจริงแทนการซักถามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 120/1

6.2.) พยานผู้เชี่ยวชาญ

SIAC Rules 2016 กำหนดว่า เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจ³⁷³

ก. แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้จัดทำรายงานเฉพาะกรณีก็ได้หลังจากได้หารือกับคู่พิพาทแล้ว และ

ข. สั่งให้คู่พิพาทให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องแก่ผู้เชี่ยวชาญ หรือจัดหาหรือจัดให้มีการเข้าถึงเอกสาร สินค้าหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเพื่อการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญที่ตั้งตามข้อ 26.1 (ก) ได้

ผู้เชี่ยวชาญที่ตั้งขึ้นตามข้อ 26.1 (ก) ต้องจัดทำรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการ เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้รับรายงานไว้แล้ว ให้คณะ

³⁷⁰ Ibid, p.185.

³⁷¹ IAA, Article. 12(2), and AA, Article 28(2)(d).

³⁷² SIAC Rules (2016), Rule 25.4

³⁷³ SIAC Rules (2016), Rule 26.1

อนุญาโตตุลาการจัดส่ง สำเนาให้แก่คู่พิพาทและขอให้คู่พิพาททำความเข้าใจต่อรายงานดังกล่าว³⁷⁴ ทั้งนี้ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจำเป็นหรือคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดร้องขอ ผู้เชี่ยวชาญที่ตั้งขึ้นตามข้อ 26.1 (ก) นี้ต้องเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาหลังจากได้ยื่น รายงานเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย โดยในกระบวนการพิจารณา คู่พิพาทย่อมมีสิทธิในการซักถามพยาน ผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวได้³⁷⁵ โดย SIAC Rules 2016 อนุญาตให้คู่พิพาทปฏิเสธการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับ การแต่งตั้งจากอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอาจมองว่ามีค่าใช้จ่ายสูงเกินไปหรือมีแนวโน้มที่จะทำ ให้เกิดความล่าช้า คู่พิพาทอาจกังวลว่าผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลจะลดความสามารถใน การจัดการข้อเท็จจริงและปัญหาที่ศาลพิจารณา³⁷⁶

ฉ. การคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction of the Tribunal)

เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction of the Tribunal) มีความสำคัญ กับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมากเนื่องจากเป็นปัญหาในชั้นแรกว่าคณะ อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันเพื่อยุติข้อพิพาทในคดีของตนนั้นมีอำนาจที่จะพิจารณาคัดสินชี้ ขาดข้อพิพาทของตนหรือไม่ในประเด็นปัญหานี้ SIAC Rules 2016 กำหนดขั้นตอนดังนี้

1.) การคัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการต่อศาล SIAC หรือต่อนาย ทะเบียน

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโต้แย้งความมีอยู่หรือความชอบด้วย กฎหมายของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือในความสามารถของ SIAC ในการบริหารจัดการกระบวนการ พิจารณาก่อนการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการให้นายทะเบียนพิจารณาว่าจะส่งข้อโต้แย้งดังกล่าวให้ ศาลพิจารณาหรือไม่หากนายทะเบียนพิจารณาส่งข้อโต้แย้ง ให้ศาลวินิจฉัยว่ามีเหตุเบื้องต้น (prima facie) ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหรือไม่ หากไม่มีเหตุเบื้องต้น ให้กระบวนการพิจารณาเป็นอันสิ้นสุด ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของนายทะเบียนหรือของศาลที่ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการต่อจะไม่ กระทบต่ออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ³⁷⁷

³⁷⁴ SIAC Rules (2016), Rule 26.2

³⁷⁵ SIAC Rules (2016), Rule 26.3

³⁷⁶ John Choong, Mark Mangan, *supra* note , p.186.

³⁷⁷ SIAC Rules (2016), Rule 28.1

2.) อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยเขตอำนาจของตน

SIAC Rules 2016 กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของตนรวมถึงข้อโต้แย้งเรื่องความมีอยู่ ความชอบด้วยกฎหมาย หรือขอบเขตของสัญญา อนุญาโตตุลาการ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็น ส่วนหนึ่งของสัญญาให้ถือเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นเอกเทศจากข้อกำหนดอื่นของสัญญา คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการว่าสัญญาเป็นโมฆะและสิ้นผล ย่อมไม่ส่งผลทางกฎหมาย (ipso jure) อันทำให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ และคณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่สิ้นอำนาจวินิจฉัยด้วยเหตุมีข้อต่อสู้ว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้นหรือสัญญาเป็นโมฆะและสิ้นผลไปแล้ว³⁷⁸ กฎข้อ 28.2 สะท้อนถึงหลักสำคัญสองประการของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักการการพิจารณาอำนาจของตนเองของอนุญาโตตุลาการ (Competence-competence Principle) หลักการตั้งกล่าวสะท้อนอยู่ในมาตรา 16(1) ของกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ปี 1985 ซึ่งอยู่ในกฎหมายสิงคโปร์ตามมาตรา 3(1) ของ IAA³⁷⁹ โดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 24 หลักการดังกล่าวมีผลต่อการพิจารณาขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมถึงแนวคิดของการอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการการระงับข้อพิพาทแบบหลายชั้น (multi-tier dispute resolution clauses) ด้วย³⁸⁰ ประการที่สองหลักการแยกออกจากกัน (Separability) ซึ่งกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการจะถือว่าแยกจากสัญญาที่มีอยู่หลักการดังกล่าวสะท้อนให้เห็นในประโยคที่สองและสามของกฎ 28.2 ของกฎ SIAC และได้รับการบังคับใช้ทางกฎหมายในสิงคโปร์³⁸¹ เพื่อให้ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญาไม่เป็นการลิดรอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาเขตอำนาจของตนหรือกำหนดข้อเรียกร้องภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ³⁸²

กรณีที่คู่พิพาทตกลงกำหนดการการระงับข้อพิพาทแบบหลายชั้น (multi-tier dispute resolution clauses) เช่น ในข้อพิพาทสัญญาก่อสร้างที่มักจะกำหนดให้คู่สัญญาจะต้องพยายามแก้ไขปัญหากันก่อนที่จะส่งข้อพิพาทดังกล่าวไปยังอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายของสิงคโปร์เงื่อนไขการระงับข้อพิพาทแบบหลายชั้นดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดก่อนจึงจะ

³⁷⁸ SIAC Rules (2016), Rule 28.2

³⁷⁹ IAA, Article 3(1).

³⁸⁰ John Choong, Mark Mangan, *supra* note 265, p.191

³⁸¹ IAA, Article 3(1), 1985 UNCITRAL Model Law, Art 16(1), AA, Article 21(2).

³⁸² PT First Media TBK v Astro Nusanara International BV and Ors [2014] 1 SLR 372 at para 43

สามารถส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการได้ ในคดีขึ้นเกิดขึ้นในศาลอุทธรณ์ของสิงคโปร์ระหว่าง International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd การปฏิบัติตามขั้นตอนก่อนอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันไว้ในวันผู้ร้องต้องแสดงการปฏิบัติต่อกันจริงตามจริงด้วยซึ่งในคดีดังกล่าวผู้พิพากษา Sundaresh Menon ได้วินิจฉัยว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาอย่างชัดแจ้งสำหรับขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่เฉพาะเจาะจงเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเบื้องต้นเหล่านั้นก่อนการอนุญาโตตุลาการ³⁸³

ญ. คำชี้ขาดตามยอม (Arbitration Consents Awards)

ในกรณีที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันระงับข้อพิพาทกันได้หากคู่พิพาทร้องขอตาม SIAC Rules 2016 คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดตามยอมเพื่อบันทึกข้อตกลงประนีประนอมยอมความก็ได้ แต่ในกรณีที่หากคู่พิพาทไม่ประสงค์ให้มีคำชี้ขาดตามยอม ให้คู่พิพาทแถลงยืนยันต่อนายทะเบียนว่าได้มีการประนีประนอมยอมความกันแล้ว โดยในกรณีดังกล่าว ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นอันเลิกกันและยุติกระบวนการพิจารณา เมื่อได้มีการชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกระบวนการพิจารณาทั้งหมดแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำชี้ขาดตามความยินยอมที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ หากคู่สัญญาไม่ต้องการคำยินยอมคู่สัญญาจะต้องยืนยันต่อนายทะเบียนว่าได้บรรลุข้อตกลงแล้ว หลังจากนั้นอนุญาโตตุลาการจะถูกปลดออกและการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการ³⁸⁴

4.3.2.1 กฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ 2014 (SIMC Mediation Rule 2014)

ก. ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Mediation Centre (SIMC))

ศูนย์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Mediation Centre : SIMC) เป็นองค์กรอิสระที่ไม่แสวงหาผลกำไรในสิงคโปร์ ให้บริการไกล่เกลี่ยผ่านคณะผู้ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศแก่ฝ่ายที่ต้องการแก้ไขข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ ศูนย์ตั้งอยู่ที่ Maxwell Chambers ซึ่งเป็นศูนย์การระงับข้อพิพาทแบบครบวงจร ทั้งนี้ ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศสิงคโปร์ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยคณะทำงานซึ่งมีประธานร่วม

³⁸³ International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another [2012] SGHC 226 p. 107-110.

³⁸⁴ SIAC Rules (2016), Rule 32.10.

คือ Edwin Glasgow CBE QC และ George Lim SC ในเดือนเมษายน พ.ศ. 2556 โดยท่านผู้พิพากษา Sundaresh Menon ประธานศาลฎีกาของสิงคโปร์ และกระทรวงกฎหมาย (the Ministry of Law) เพื่อประเมินและให้คำแนะนำในการพัฒนาสิงคโปร์ให้เป็นศูนย์กลางการไกล่เกลี่ยทางการค้าระหว่างประเทศ³⁸⁵ ในรายงานของคณะทำงานตระหนักถึงความจำเป็นในการปรับปรุงบริการการระงับข้อพิพาทที่ซับซ้อนสำหรับข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศเพื่อสนับสนุนการค้าและการลงทุนที่เพิ่มขึ้นในภูมิภาคเอเชีย คณะทำงานได้ให้คำแนะนำต่างๆ รวมถึงการจัดตั้งผู้ให้บริการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ โดยมีคณะผู้ไกล่เกลี่ยและผู้เชี่ยวชาญระหว่างประเทศตลอดจนบริการที่ยึดผู้ใช้เป็นศูนย์กลาง ส่งผลให้มีการจัดตั้ง SIMC ซึ่งเปิดตัวอย่างเป็นทางการในเดือนพฤศจิกายน 2014 เพื่อให้ SIMC เป็นส่วนเสริมของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) และศาลพาณิชย์ระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SICC) หน่วยงานทั้งสามนี้ได้รับการออกแบบมาเพื่อให้มีตัวเลือกการระงับข้อพิพาทเต็มรูปแบบสำหรับฝ่ายที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทข้ามพรมแดน³⁸⁶ โดย SIMC และ SIAC จัดทำพิธีสารความร่วมมือระหว่างกัน "Arb-Med-Arb Protocol" ซึ่งอนุญาตให้คู่สัญญาเริ่มอนุญาโตตุลาการภายใต้ SIAC ก่อนที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยภายใต้ SIMC มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การไกล่เกลี่ยสามารถบันทึกเป็นคำชี้ขาดตามความยินยอมที่สามารถบังคับใช้ได้³⁸⁷

ข. การใช้กฎการไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ 2014 (SIMC Mediation Rule 2014)

1.) การใช้กฎการไกล่เกลี่ยแก้ข้อพิพาท

SIMC Mediation Rules 2014 จะใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมดที่ดำเนินการโดยศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) เว้นแต่ว่าการไกล่เกลี่ยจะดำเนินการตามพิธีสาร Arb-Med-Arb ระหว่างศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (AMA Protocol) SIMC Mediation Rule 2014 ได้รับการแก้ไขตามความจำเป็นเพื่อให้สอดคล้อง

³⁸⁵ Singapore Ministry of Law, [Online] Accessed: 22 February 2023

<https://www.mlaw.gov.sg/news/press-releases/icmwg-recommendations/>

³⁸⁶ <https://www.todayonline.com/new-singapore-international-mediation-centre-launched>

³⁸⁷ Singapore Ministry of Law, [Online] Accessed: 22 February 2023. Available from:

<https://www.mlaw.gov.sg/news/parliamentary-speeches/speech-by-minister-cos-2015/>

กับข้อกำหนดของพิธีสาร AMA³⁸⁸ คู่สัญญาอาจตกลงแก้ไขข้อกำหนดของกฎเมื่อใดก็ได้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของผู้ไกล่เกลี่ยและศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC)³⁸⁹

2.) การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ประสงค์ต้องการเริ่มต้นกระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้ SIMC Mediation Rules 2014 จะต้องส่งคำขอเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับการไกล่เกลี่ยในรูปแบบที่กำหนดไว้ในภาคผนวก B ("คำขอ") ของ Mediation Rule 2014 พร้อมกับชำระค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวก B พร้อมด้วยส่งสำเนาคำขอไปยังฝ่ายอื่นๆ ทั้งหมดเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยรายละเอียดในคำขอตามภาคผนวก A กำหนดรายละเอียดของคำขอ ดังนี้³⁹⁰

MEDIATION REQUEST FORM

I. CONTACT DETAILS OF THE REQUESTING PARTY	
Name of Individual or Authorised Representative	
Name of Company or Entity (if any)	
Contact number(s)	
Mailing address	
Email address	
II. CONTACT DETAILS OF REQUESTING PARTY'S COUNSEL	
Name of Law firm	
Name of Counsel-in-charge	
Contact number(s)	
Mailing address	
Email address	
III. CONTACT DETAILS OF THE OTHER PARTY	
Name of Individual or Authorised Representative	
Name of Company or Entity (if any)	
Contact number(s)	
Mailing address	
Email address	

³⁸⁸ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 1.1

³⁸⁹ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 1.2

³⁹⁰ SIMC Mediation Rules 2014, Appendix A.

IV. CONTACT DETAILS OF THE OTHER PARTY'S COUNSEL	
Name of Law Firm	
Name of Counsel-in-charge	
Contact number(s)	
Mailing address	
Email address	
V. OTHER LEGAL PROCEEDINGS ON THE SAME MATTER (IF ANY)	
<input type="checkbox"/>	Court litigation
<input type="checkbox"/>	Arbitration
.....	
Others	
Date of Commencement	
Location	
VI. QUANTUM OF DISPUTE	
Claim(s) in SGD	
Counterclaim(s) in SGD	
VII. NATURE OF DISPUTE	
<i>Please identify sector/area of dispute. You may list as many as is relevant.</i>	
<i>Please provide brief details of the dispute here.</i>	
VIII. AGREEMENT TO MEDIATE	
<input type="checkbox"/>	The parties have agreed to refer their dispute to mediation at SIMC and the evidence of the mediation agreement is attached to this Form.
<input type="checkbox"/>	The parties have agreed to refer their dispute to mediation at SIMC but do not have written evidence of the mediation agreement.
	The parties have not agreed to refer their dispute to mediation at SIMC.
IX. REQUESTED DURATION OF MEDIATION AND AVAILABILITY FOR MEDIATION	
Requested duration of mediation: _____ Days	
Dates agreed for mediation	
<i>If a date has yet to be agreed with the other party/parties, please state as many dates as you may be available in the next two months from the date of this request to facilitate scheduling.</i>	
X. MEDIATOR	
<input type="checkbox"/>	The parties have agreed to jointly nominate _____ as mediator(s), for confirmation of SIMC.

<p>The parties wish to jointly nominate a mediator but have yet to reach agreement. The parties agree <input type="checkbox"/> that SIMC shall appoint the mediator within _____ days from the date of commencement of the mediation if no joint nomination is made by that time. The parties wish for SIMC to appoint _____ mediator(s).</p>
<p>Preferred attributes of mediator(s), if any (e.g. nationality, profession, language, industry, mediation style)</p>
<p>XI. CONDUCT OF MEDIATION</p>
<p>Language</p> <p><input type="checkbox"/> The parties have agreed for _____ as the language(s) for mediation.</p> <p><input type="checkbox"/> The parties have not agreed on the language(s) for mediation and _____ is proposed as the language(s) for mediation.</p> <p>Mode of Mediation</p> <p><input type="checkbox"/> In-Person Mediation</p> <p><input type="checkbox"/> Online Mediation (please indicate whether Full or Hybrid (i.e. both in-person and online participants): _____)</p> <p>Venue (for in-person and hybrid mediations)</p> <p><input type="checkbox"/> The parties have agreed for _____ to be the venue for mediation.</p> <p><input type="checkbox"/> The parties have not agreed on the venue for mediation and _____ is proposed as the venue for mediation.</p>
<p>XII. PREFERRED MODE OF PAYMENT</p>
<p><input type="checkbox"/> Telegraphic transfer</p> <p><input type="checkbox"/> Cheque</p>
<p>XIII. AGREEMENT AND DECLARATION</p>
<p><i>I declare that the information given by me in this form is true to the best of my knowledge.</i></p> <p>_____</p> <p>Requestor's Name _____ Date _____ and Signature</p>

3.) ข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

SIMC Mediation Rule 2014 กำหนดว่าหากคำขอนั้นทำขึ้นตามข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) จะต้องแนบหลักฐานของข้อตกลงดังกล่าวไปพร้อมกับคำขอด้วย³⁹¹ หากคำขอดังกล่าวเป็นไปตามที่ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) กำหนด SIMC ก็จะตอบรับคำขอเป็นลายลักษณ์อักษรโดยวันที่ SIMC ตอบรับให้ถือเป็นวันที่ยื่นคำร้องและเป็นวันที่เริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท³⁹² สำหรับกรณีที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร AMA (AMA Protocol) ข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นไปตามที่พิธีสาร AMA กำหนด

4.) การแต่งตั้งและการคัดค้านผู้ไกล่เกลี่ย

SIMC Mediation Rules 2014 กำหนดว่าคู่สัญญาอาจร่วมกันเสนอชื่อผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) รับรองโดยการเสนอชื่อผู้ไกล่เกลี่ยนั้นผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งจะทำหน้าที่เป็นคนกลางสำหรับข้อพิพาทของคู่พิพาทอาจมาจากคณะกรรมการผู้ไกล่เกลี่ยของ SIMC หรือจากคณะกรรมการอื่นใดก็ได้³⁹³ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะเสนอชื่อผู้ใดเป็นผู้ไกล่เกลี่ยภายใน 10 วันนับจากวันที่เริ่มดำเนินการไกล่เกลี่ยตาม SIMC Mediation Rules 2014 กำหนดให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจากคณะกรรมการผู้ไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) นอกจากนี้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIMC อาจเสนอชื่อผู้ไกล่เกลี่ยจากคณะกรรมการขององค์กรพันธมิตรแห่งใดแห่งหนึ่งก็ได้ในกรณีที่เห็นว่าเหมาะสม³⁹⁴ ในการรับรองหรือแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย SIMC จะพิจารณาคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยไม่จำกัดเพียงสัญชาติ ภาษา ทักษะ คุณสมบัติ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ และความพร้อมของผู้ไกล่เกลี่ยในอนาคต³⁹⁵ คู่สัญญาอาจเสนอชื่อผู้ไกล่เกลี่ยมากกว่าหนึ่งคนหรือขอให้ SIMC แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยมากกว่าหนึ่งคนตามข้อกำหนดของกฎ ตามความเหมาะสม SIMC อาจเสนอให้คู่สัญญาที่มีผู้ไกล่เกลี่ยมากกว่าหนึ่งคนก็ได้³⁹⁶

³⁹¹ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 3.1

³⁹² SIMC Mediation Rules 2014, Rule 3.2

³⁹³ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.1

³⁹⁴ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.2

³⁹⁵ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.3

³⁹⁶ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.4

หน้าที่ของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยนั้นโยกก่อนการรับรองหรือแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยอาจต้องประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการยอมรับการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยตลอดจนความพร้อมในการทำหน้าที่รวมถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระผู้ไกล่เกลี่ยและมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยต่อคู่สัญญาทันทีถึงผลประโยชน์ทับซ้อนที่ทราบหรืออาจก่อให้เกิดข้อสงสัยอย่างสมเหตุสมผลเกี่ยวกับถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระ³⁹⁷ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจคัดค้านการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยบนพื้นฐานของความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจริงหรือที่อาจเกิดขึ้นจากการเปิดเผยได้³⁹⁸ หากคู่สัญญาฝ่ายใดมีข้อโต้แย้งถึงการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ให้ฝ่ายนั้นแจ้งให้ต่อศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) และฝ่ายอื่น ๆ ทั้งหมดทราบเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) อาจแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยรายอื่นภายใน 5 วันทำการหลังจากได้รับการแจ้งข้อโต้แย้ง³⁹⁹

5.) การดำเนินการไกล่เกลี่ย

ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยภายใต้ SIMC Mediation Rules 2014 ทุกฝ่ายจะต้องดำเนินการโดยสุจริตและให้ทุกฝ่ายได้มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยด้วยเพื่อให้การไกล่เกลี่ยเป็นไปโดยบรรลุข้อตกลงการไกล่เกลี่ย⁴⁰⁰ เมื่อศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) ปรีกษาหารือกับคู่สัญญาเพื่อกำหนดสถานที่ของการไกล่เกลี่ยและอาจมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่เหมาะสม การช่วยเหลือฝ่ายต่าง ๆ ในการทำสัญญาไกล่เกลี่ย การจัดให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้อง การจัดสถานที่และวันเวลาที่เหมาะสมในการไกล่เกลี่ย การให้บริการจัดการคดี เพื่ออำนวยความสะดวกในการบรรลุข้อตกลงเต็มรูปแบบในการไกล่เกลี่ยก็ได้⁴⁰¹ โดยข้อตกลงคู่สัญญาอาจกำหนดภาษาที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ย และจะแจ้งให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) ทราบถึงข้อตกลงของตนภายในเวลา SIMC อาจระบุหากไม่มีข้อตกลงใดๆ ระหว่างทั้งสองฝ่าย SIMC จะกำหนดภาษาในการไกล่เกลี่ยโดยปรึกษาหารือกับผู้ไกล่เกลี่ย⁴⁰² ภายในกำหนด 10 วันหรือเวลาอื่นตามที่ผู้ไกล่เกลี่ยอาจระบุไว้ก่อนการไกล่เกลี่ยตาม

³⁹⁷ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.5

³⁹⁸ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.6

³⁹⁹ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 4.7

⁴⁰⁰ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 6.9

⁴⁰¹ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 6.1

⁴⁰² SIMC Mediation Rules 2014, Rule 6.2

กำหนดการ คู่สัญญาจะต้องส่งและแลกเปลี่ยนคำชี้แจงของคดีและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยัง SIMC⁴⁰³ โดย SIMC อาจจัดให้มีการประชุมก่อนการไกล่เกลี่ยเพื่อหารือเกี่ยวกับลักษณะ และขั้นตอนการดำเนินการไกล่เกลี่ยรวมถึงการกำหนดระยะเวลาที่เกี่ยวข้องเพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย การประชุมก่อนการไกล่เกลี่ยอาจจัดขึ้นด้วยตนเองการประชุมทางไกลหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดก็ได้⁴⁰⁴ ทั้งนี้ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยผู้ไกล่เกลี่ยอาจสื่อสารกับคู่สัญญาด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือทางอิเล็กทรอนิกส์หรืออย่างอื่นก็ได้ และอาจทำร่วมกันหรือแยกกันก่อนและระหว่างการไกล่เกลี่ยตามกำหนดเวลา และในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงทั้งหมดในระหว่างการไกล่เกลี่ยตามกำหนดเวลา เป็นระยะเวลาหลังจากการไกล่เกลี่ยตามกำหนดเพื่ออำนวยความสะดวกในการบรรลุข้อตกลงเต็มรูปแบบ⁴⁰⁵

6.) แบบของสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Settlement Agreement)

SIMC Mediation Rules 2014 กำหนดแบบของสัญญาว่าสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่บรรลุข้อตกลงระหว่างคู่มีพิพาทที่มีขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อของคู่พิพาท⁴⁰⁶ สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจอยู่ในรูปของบันทึกอิเล็กทรอนิกส์และลงนามด้วยลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์⁴⁰⁷ ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) ทราบโดยทันทีพร้อมสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁴⁰⁸ ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) ได้ออกแบบสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคู่พิพาทอาจบันทึกเป็นสาระสำคัญในรูปแบบที่กำหนดไว้ใน ภาคผนวก C ก็ได้⁴⁰⁹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁰³ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 6.4

⁴⁰⁴ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 6.5

⁴⁰⁵ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 6.7

⁴⁰⁶ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 8.1

⁴⁰⁷ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 8.2

⁴⁰⁸ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 8.3

⁴⁰⁹ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 8.4

Form of Settlement Agreement

<p>Case number:</p> <p>Party A's name / lawyers:</p> <p>Party B's name / lawyers:</p> <p>Mediator(s) name:</p> <p>Mediation service provider:</p> <p>Date of agreement:</p> <p>Terms of settlement:</p> <p>By consent, and in full and final settlement of []'s claim:</p> <p>[[] shall pay the following to []:]*</p> <p>[To specify payment dates, and when interest shall run.]</p> <p>[Other terms of settlement]*</p> <p>*may be deleted/modified as necessary</p> <p>Party A's signature:</p> <p>Party B's signature:</p>

ที่มา : SIMC Mediation Rules 2014, Appendix c.

7.) การรักษาความลับ (Confidentiality)

SIMC Mediation Rules 2014 กำหนดหลักการรักษาความลับ (Confidentiality) ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของคู่พิพาทไว้หลายประการซึ่งนอกจากกฎ SIMC Mediation Rule 2014 และนอกจากภายใต้ข้อตกลงไต่สวนระหว่างคู่สัญญา รวมถึงพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยของสิงคโปร์ พ.ศ. 2560 (Mediation Act 2017) และกฎหมายอื่นๆ ที่บังคับใช้ การไกล่เกลี่ยกระทำการโดยส่วนตัวและเป็นความลับและข้อตกลงระงับข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างคู่สัญญาจะต้องไม่ถูกเปิดเผย เว้นแต่ในกรณีที่เป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปปฏิบัติหรือบังคับใช้⁴¹⁰ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่จะต้องกระทำการโดยส่วนตัวนั้นจึงห้ามมิให้บุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญา ตัวแทน ที่ปรึกษา และผู้ไกล่เกลี่ยเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคู่สัญญาและผู้ไกล่เกลี่ย⁴¹¹ รวมถึงกำหนดหน้าที่ห้ามมิให้ผู้ไกล่เกลี่ยทำการสื่อสารใด ๆ ในระหว่างการไกล่เกลี่ยกับคู่พิพาท รวมถึงข้อมูลใด ๆ ที่เปิดเผยและความคิดเห็นที่แสดงเกี่ยวกับข้อเสนอสำหรับข้อตกลงใด ๆ ที่จะใช้ในการพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินการที่คล้ายกันไม่ได้ เว้นแต่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้กระทำได้⁴¹² ผู้ไกล่เกลี่ยไม่อาจเป็นพยานในการพิจารณาคดี การอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินการที่คล้ายกันใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับ

⁴¹⁰ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 9.1

⁴¹¹ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 9.4

⁴¹² SIMC Mediation Rules 2014, Rule 9.2

แง่มุมใดๆ ของการไกล่เกลี่ยภายใต้กฎ SIMC Mediation Rule 2014 เว้นแต่จะกำหนดไว้โดยกฎหมายที่ใช้บังคับ หรือเว้นแต่ทุกฝ่ายและผู้ไกล่เกลี่ยตกลงเป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร⁴¹³

4.3.2 พิธีสารเพื่อส่งเสริมการไกล่เกลี่ยภายในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (AMA Protocol) ของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIMC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC)

สำหรับกลไกไฮบริด (Variety of hybrid mechanisms) คือ หนึ่งในสิ่งที่เพิ่มเข้ามาที่โดดเด่นกว่าหลากหลายรูปแบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบไฮบริด (Hybrid) ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา คือ นวัตกรรมของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ ("SIAC") และศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ ("SIMC") ที่เรียกว่า พิธีสาร Arb-Med-Arb ("พิธีสาร AMA") (AMA Protocol) ซึ่งได้กำหนดกระบวนการสามขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับ

- 1.) การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIAC
- 2.) การพักการอนุญาโตตุลาการและการส่งคดีไปยังการไกล่เกลี่ยภายใต้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIMC และ
- 3.) การส่งต่อคดีกลับไปยังอนุญาโตตุลาการเพื่อ
 - 3.1.) การบันทึกคำชี้ขาดความยินยอมหากข้อพิพาทได้รับการแก้ไขทั้งหมดหรือบางส่วนในการไกล่เกลี่ย และหรือ
 - 3.2.) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการโดยสมบูรณ์หากข้อพิพาทนั้นได้รับการแก้ไขเพียงบางส่วนหรือที่ไม่ได้รับการแก้ไขเลย

เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2557 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) และศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) ได้ออกพิธีสาร AMA นับตั้งแต่นั้นได้รับการส่งเสริมอย่างล้นหลามจาก SIAC และ SIMC และสมาชิกต่างๆ ของรัฐบาลสิงคโปร์หลายฝ่าย เช่น K Shanmugam รัฐมนตรีกระทรวงกฎหมายและการต่างประเทศ (Minister for Law and Foreign Affairs) ในขณะนั้นได้กล่าวปาฐกถาในงาน the International Bar Association 4th Asia Pacific Regional Forum Conference โดยเขาได้กล่าวสนับสนุนกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบ

⁴¹³ SIMC Mediation Rules 2014, Rule 9.3

ไฮบริดภายใต้ Arb-Med-Arb protocol⁴¹⁴ รวมถึงฝ่ายอื่นๆ ของสมาชิกรัฐบาล⁴¹⁵ ในฝั่งของผู้ปฏิบัติงานด้านอนุญาโตตุลาการในสิงคโปร์และภูมิภาคโดยทั่วไปก็เช่นกัน การแนะนำพิธีสาร AMA ตระหนักถึงประโยชน์ในการส่งเสริมการแก้ไขข้อพิพาทล่วงหน้าผ่านการไกล่เกลี่ย⁴¹⁶ ในส่วนของบทนี้ วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะพยายามที่จะกล่าวถึงความเข้าใจเบื้องต้นในแง่มุมต่างๆ ต่อไปนี้ของพิธีสาร AMA อันได้แก่ 1. ลักษณะ 2. โครงสร้างของบทบัญญัติ 3. กระบวนการ

4.3.2.1 ลักษณะของ AMA Protocol

การพิจารณาถึงลักษณะของโปรโตคอล AMA (AMA Protocol) ว่ามีลักษณะอย่างไรนั้น เมื่อพิจารณาตามชื่อของพิธีสาร AMA ไม่ใช่กฎการระงับข้อพิพาทอย่างเช่น กฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule) หรือกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) หรือมีเนื้อหาของกฎขั้นตอนเพียงอย่างเดียวตามที่เข้าใจ หากแต่ข้อกำหนดเหล่านั้นกลับเป็นโปรโตคอล (Protocol) ซึ่งเป็นนวัตกรรมอันเป็นกฎหมายเฉพาะ (sui generis) ที่ถูกสร้างขึ้นโดยความร่วมมือของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) และศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) โดยรวมองค์ประกอบของทั้งข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทและกฎขั้นตอนการระงับข้อพิพาทผสมผสานเข้าด้วยกัน ทั้งนี้ พิธีสาร AMA (AMA Protocol) ไม่ใช่ข้อระงับข้อพิพาทเนื่องจากจะการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร AMA (AMA Protocol) จะมีผลขึ้นก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้กำหนดข้อตกลง

⁴¹⁴ Speech by Minister for Law and Foreign Affairs, K Shanmugam, at the International Bar Association 4th Asia Pacific Regional Forum Conference, [Online] Accessed: 22 February 2023. Available from: <https://www.mlaw.gov.sg/news/speeches/speech-by-minister-shanmugam-iba-4th-ap-regional-forum-conference>

⁴¹⁵ Indranee Rajah, Senior Minister of State for Law and Finance, Closing Address at Global Pound Conference Singapore 2016 (18 March 2016); Indranee Rajah, Senior Minister of State for Finance and Law, keynote address at the South Asian Diaspora Convention 2016 (19 July 2016); Han Kok Juan, Deputy Secretary of Ministry of Law, keynote address at Asian Legal Business Cross-Border Dispute Resolution and Arbitration Forum (2 November 2017).

⁴¹⁶ Arbitration/Mediation/Arbitration' Procedure" Hogan Lovells ARBlog (27 November 2014) ("the emphasis placed on the early resolution of disputes is expected to make the Arb/Med/Arb Protocol a popular choice for users"); Chanaka Kumarasinghe & Nathalia Lossovskaya, The Best of Both Worlds in Alternative Dispute Resolution: Singapore's Arb-Med-Arb Protocol (June 2015)

ที่มีอยู่ก่อนแล้วระหว่างคู่สัญญาเพื่อส่งข้อพิพาทเพื่อระงับภายใต้พิธีสาร AMA (AMA Protocol)⁴¹⁷ ข้อตกลงนี้สามารถอยู่ในรูปแบบของข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIAC หรือ ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของ สิงคโปร์ SIMC ภายใต้ข้อตกลงการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) แบบ Arb-Med-Arb Clause ของสิงคโปร์ (“the Singapore AMA Clause”) หรือข้อที่คล้ายกันอื่น ๆ หรือข้อตกลง เฉพาะโดยคู่สัญญาในการส่งข้อพิพาทเพื่อระงับภายใต้โปรโตคอล อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงการระงับข้อ พิพาทดังกล่าวจะต้องมีองค์ประกอบของข้อตกลงการระงับข้อพิพาท ในการที่ระบุว่าคู่กรณี “ตกลงว่าข้อ พิพาทใด ๆ ที่ตัดสินในระหว่างการไกล่เกลี่ยที่ [SIMC] จะตกอยู่ในขอบเขตของข้อตกลง อนุญาโตตุลาการ”⁴¹⁸ พิธีสาร AMA (AMA Protocol) แตกต่างจากร่างทั่วไปของกฎ SIAC Rules 2016 เนื่องจากไม่ได้ออกแบบมาให้มีอยู่ในตัวเองในแบบเชิงเดี่ยว (Stand alone) ในขณะที่พิธีสาร ดังกล่าว แม้ว่าจะมีข้อกำหนดบางประการเกี่ยวกับขั้นตอนของกระบวนการที่ข้อพิพาทระหว่างฝ่าย ต่าง ๆ ตั้งใจที่จะแก้ไขรวมถึงระบุว่ากฎที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการ คือ กฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules)⁴¹⁹ และกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) SIMC จะควบคุมบางแง่มุมของ กระบวนการระงับข้อพิพาท เช่น การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการและการเริ่มต้นของการไกล่เกลี่ย ในประเด็นดังกล่าวนี้ พิธีสาร AMA ระบุว่ากฎอนุญาโตตุลาการต้องเป็นอย่างใดอย่างหนึ่ง (ก) กฎ อนุญาโตตุลาการของ SIAC ตามที่อาจมีการแก้ไขเป็นในอนาคต (“กฎ SIAC”)⁴²⁰ หรือ (ข) กฎ อนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ตามที่อาจมีการแก้ไขเป็นครั้งคราว (“กฎ UNCITRAL”)⁴²¹ ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันว่า SIAC เป็นศูนย์การระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ

⁴¹⁷ AMA Protocol, para 1 (“The AMA Protocol shall apply to all disputes submitted to the Singapore International Arbitration Centre (SIAC) for resolution under the Singapore Arb-Med-Arb Clause or other similar clause (AMA Clause) and/ or any dispute which parties have agreed to submit for resolution under the AMA Protocol.”).

⁴¹⁸ Singapore International Arbitration Centre, “The Singapore Arb-Med-Arb Clause” [Online] Accessed: 26 February 2023. Available from: <http://siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause> (accessed October

⁴¹⁹ AMA Protocol, para 2.

⁴²⁰ Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (6th Ed, 1 August 2016).

⁴²¹ UNCITRAL Arbitration Rules GA Res 68/109, adopted by the United Nations General Assembly, 68th Session (16 December 2013) (hereinafter “UNCITRAL Rules”)

หากพิธีสาร AMA (AMA Protocol) ได้รับการพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งหรือคล้ายกับ กฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule) ที่เลือกโดยคู่กรณี ซึ่งอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีอำนาจและดุลยพินิจภายใต้กฎอนุญาโตตุลาการหรือกฎการไกล่เกลี่ย SIMC เพื่อเพิ่มลำดับของการดำเนินการ ตัวอย่างเช่น การตัดสินตามคำตัดสินในเรื่องของเขตอำนาจศาลหรือการยื่นคำร้องเพื่อใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สิ่งนี้อาจหมายความว่า บทบัญญัติของพิธีสาร AMA (AMA Protocol) อาจถูกนำไปใช้อย่างยืดหยุ่นมากขึ้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะของข้อพิพาท ในทางกลับกัน พิธีสาร AMA ได้รับการพิจารณาให้รวมอยู่ในข้อตกลงของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการ แล้วบทบัญญัติของ AMA Protocol อาจแทนที่ดุลพินิจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่เห็นสมควร⁴²² หรือสั่งการตามคำสั่งของกระบวนการที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร⁴²³ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กมาตรา 5 (1) (D) การยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธหากกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา⁴²⁴

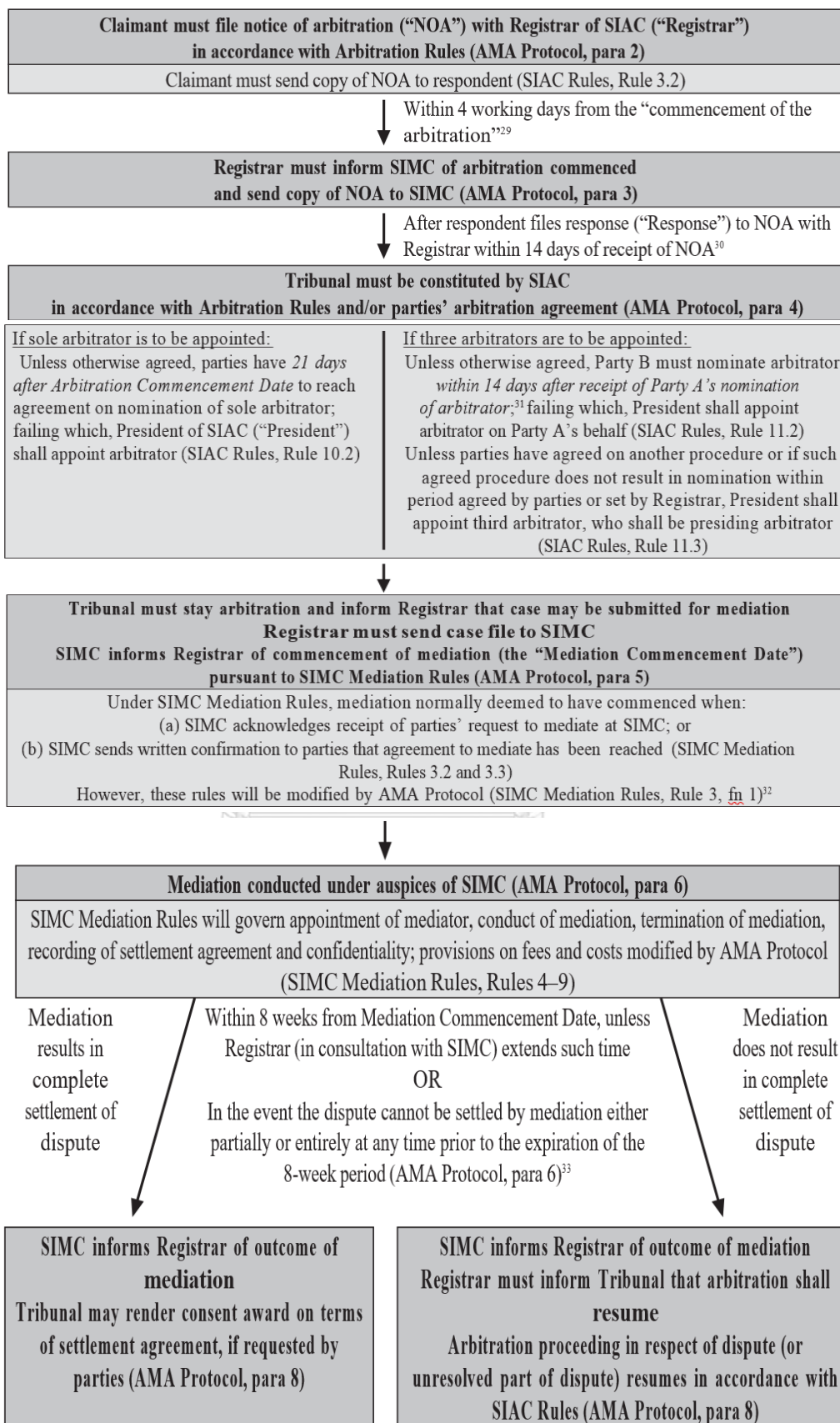
4.3.2.2 การออกแบบของพิธีสาร AMA

จากการอภิปรายข้างต้นเป็นที่ชัดเจนว่าการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร AMA (AMA Protocol) เกี่ยวข้องกับการทำงานร่วมกันของบทบัญญัติของพิธีสาร AMA อันได้แก่ กฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule) ของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC) และกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) ของศูนย์การไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIMC) อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่คำอธิบายของพิธีสาร AMA ในเอกสารที่มีอยู่ดูเหมือนจะมุ่งเน้นเฉพาะบทบัญญัติของพิธีสาร AMA โดยไม่คำนึงถึงว่าบทบัญญัติอื่น ๆ ในกฎอนุญาโตตุลาการและกฎการไกล่เกลี่ย SIMC อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างไร เพื่อแสดงให้เห็นถึงกลไกของการระงับข้อพิพาทภายใต้พิธีสาร AMA ได้ดีขึ้น ตามแผนผังดังต่อไปนี้ ในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจะกำหนดไทม์ไลน์ของเหตุการณ์ที่พิจารณาโดยบทบัญญัติในโปรโตคอล AMA และกฎ SIAC เนื่องจากบทบัญญัติในพิธีสาร AMA ยังอ้างอิงถึงกฎอนุญาโตตุลาการและกฎการไกล่เกลี่ย SIMC แผนผังของกระบวนการรวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในฉบับปัจจุบันของ SIAC Rules ที่อ้างอิงในโปรโตคอล ดังนี้

⁴²² Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (6th Ed, 1 August 2016) (hereinafter “SIAC Rules”) Rule 19.1.

⁴²³ SIAC Rules, Rule 19.4.

⁴²⁴ New York convention 1958. Article 5 (1) (D).



ที่มา : Ng, Cheryl ,THE ARB-MED-ARB PROTOCOL Promising in Concept, Problematic in Design, Singapore Academy of Law journal (Singapore) 32 (2020) p.132.

4.3.2.3 หลักการสำคัญของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบไฮบริดภายใต้พิธี

สาร AMA

ผู้ร้องตามสัญญาจะระงับข้อพิพาทต้องยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration : NOA) ต่อนายทะเบียนของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) ตามกฎอนุญาโตตุลาการ⁴²⁵ และส่งสำเนา NOA ไปยังผู้รับคำร้องอ้างสิทธิตามสัญญา⁴²⁶ ภายใน 4 วันทำการนับจากการเริ่มต้นของอนุญาโตตุลาการ (Commencement of the arbitration) นายทะเบียนต้องแจ้งให้ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIMC ทราบถึงการเริ่มต้นอนุญาโตตุลาการ และส่งสำเนา NOA ไปยังศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIMC⁴²⁷ หลังจากผู้รับคำร้องอ้างได้ส่งคำร้องตอบกลับไปยัง NOA กับนายทะเบียนภายใน 14 วัน หลังจากได้รับ NOA อนุญาโตตุลาการจะถูกแต่งตั้งโดยศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) ตามกฎอนุญาโตตุลาการ (SIAC Rule) และหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญา⁴²⁸ ในกรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น คู่สัญญามีเวลา 21 วันหลังจากวันที่เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อบรรลุข้อตกลงในการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ แต่เพียงผู้เดียว หากไม่ปฏิบัติตาม ประธานของ SIAC จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ⁴²⁹ ในกรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการสามคน เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น ฝ่ายผู้ได้รับคำบอกกล่าว ต้องเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการภายใน 14 วันหลังจากได้รับการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการจากฝ่ายผู้ร้อง หากไม่ปฏิบัติตาม ประธานจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในนามของฝ่ายผู้ร้อง⁴³⁰ ทั้งนี้ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันในชั้นตอนอื่นหรือกรณีดังกล่าว วิธีการที่ตกลงกันไว้ไม่ส่งผลให้ได้รับการเสนอชื่อภายในระยะเวลาที่คู่สัญญาตกลงกันหรือกำหนดโดยนายทะเบียน ประธานจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามซึ่งจะเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ⁴³¹ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องอยู่ในกระบวนการ

⁴²⁵ AMA Protocol para 2.

⁴²⁶ SIAC Rules, Rule 3.2

⁴²⁷ AMA Protocol para 3.

⁴²⁸ AMA Protocol para 4.

⁴²⁹ AMA Protocol para 3.

⁴³⁰ SIAC Rules, Rule 11.2

⁴³¹ SIAC Rules, Rule 11.3

อนุญาโตตุลาการและแจ้งนายทะเบียนว่าอาจส่งคดีเพื่อไกล่เกลี่ยได้ นายทะเบียนต้องส่งสำนวนคดีให้ ศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIMC แจ้งให้นายทะเบียนทราบถึงการเริ่มต้นการไกล่เกลี่ย ("วันที่เริ่มต้นการไกล่เกลี่ย") (Commencement of the Mediation) ตามกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) ของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของสิงคโปร์ SIMC⁴³²ภายใต้กฎการไกล่เกลี่ย SIMC โดยปกติการไกล่เกลี่ยจะถือว่าเริ่มเมื่อ (a) SIMC รับทราบคำขอของคู่สัญญาในการไกล่เกลี่ยที่ SIMC หรือ (b) SIMC ส่งการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังฝ่ายที่บรรลุข้อตกลงในการไกล่เกลี่ย⁴³³ แต่อย่างไรก็ตาม กฎเหล่านี้จะได้รับการแก้ไขโดย AMA Protocol ได้⁴³⁴

การไกล่เกลี่ยดำเนินการภายใต้การควบคุมของศูนย์ไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศของ สิงคโปร์ SIMC⁴³⁵กฎการไกล่เกลี่ยของ SIMC จะควบคุมการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย การไกล่เกลี่ย การยุติ การไกล่เกลี่ย การบันทึกข้อตกลงยุติคดี และการรักษาความลับ ข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมและ ค่าใช้จ่ายแก้ไขโดยพิธีสาร AMA⁴³⁶หากผลการไกล่เกลี่ยยุติข้อพิพาทจะทำให้เข้าสู่การทำข้อตกลงการ ไกล่เกลี่ยโดยสมบูรณ์ ภายใน 8 สัปดาห์นับจากวันที่เริ่มไกล่เกลี่ย เว้นแต่นายทะเบียน จะปรึกษาหารือกับ SIMC ให้ขยายเวลาดังกล่าว หรือ ในกรณีที่ไม่สามารถยุติข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมดในเวลาใดก็ได้ก่อนสิ้นสุดระยะเวลา 8 สัปดาห์⁴³⁷SIMC แจ้งนายทะเบียนผล การไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดตามความยินยอมในเงื่อนไขของข้อตกลงยุติคดี⁴³⁸

หากการไกล่เกลี่ยไม่ส่งผลให้ยุติข้อพิพาทได้อย่างสมบูรณ์ SIMC แจ้งนายทะเบียน เกี่ยวกับผลการไกล่เกลี่ย นายทะเบียนต้องแจ้งให้อนุญาโตตุลาการทราบว่าอนุญาโตตุลาการจะ กลับมาดำเนินการต่อ การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท (หรือส่วนที่ยัง ไม่ได้แก้ไขของข้อพิพาท) ดำเนินการต่อตามกฎของ SIAC ต่อไป⁴³⁹

⁴³² AMA Protocol para 5.

⁴³³ SIMC Mediation Rules, Rules 3.2 and 3.3

⁴³⁴ SIMC Mediation Rules, Rules 3. Fn.1

⁴³⁵ AMA Protocol para 6.

⁴³⁶ SIMC Mediation Rules, Rules 4–9

⁴³⁷ AMA Protocol para 6.

⁴³⁸ AMA Protocol para 8.

⁴³⁹ Ibid.

4.3.3 กฎ MED-ARB ที่เกิดขึ้นพร้อมกันของสถาบันการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการกรุงปารีส 2007 (the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris : CMAP)

4.3.3.1 วัตถุประสงค์ของการออกข้อบังคับ

สถาบันการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการกรุงปารีส (the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) ได้ออกข้อบังคับ ขั้นตอน Med-Arb พร้อมกัน 2007 (MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS) ตามชื่อเรียกดังกล่าว การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการพร้อมกันนั้นมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการตอบสนองต่อความกังวลของคู่สัญญาที่จะได้รับการบริการอย่างรวดเร็วและมีลักษณะในการรประกันการแก้ปัญหาให้แก่ข้อพิพาทของผู้ใช้บริการ อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนที่เกิดขึ้นพร้อมกันของทั้งสองกระบวนการจะมีความเป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน ข้อพิพาทจึงถูกมอบหมายให้ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการหนึ่งหรือสามคนที่ไม่เกี่ยวข้องกันในกระบวนการ โดยอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการออกคำชี้ขาดภายใน 8 วันหลังจากพ้นกำหนดเวลาที่คู่สัญญากำหนดไว้สำหรับการดำเนินการไกล่เกลี่ย และเฉพาะในกรณีที่ไม่มีบรรลข้อตกลงระงับข้อพิพาทหากเมื่อสิ้นสุดขั้นตอนการไกล่เกลี่ยกันแล้ว ดังนั้น คู่สัญญาจึงมั่นใจได้ว่าจะมีการระงับข้อพิพาทของตนภายในเวลาที่กำหนดไว้โดยมีลักษณะสมานฉันท์ผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือบังคับโดยออกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งขั้นตอนนี้เกิดจากความกังวลของ CMAP ในการตอบสนองต่อคำวิจารณ์ที่แสดงต่อการไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อพิพาททางเชิงพาณิชย์ สิ่งสำคัญของผู้ใช้บริการส่วนหนึ่งในวงการธุรกิจนั้นมักจะคุ้นเคยกับกระบวนการทำงานร่วมกันซึ่งข้อพิพาทที่ถูกระงับผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งขึ้นอยู่กับดุลยพินิจและความรวดเร็วของกระบวนการระงับข้อพิพาทร่วมในการดำเนินการไกล่เกลี่ยในขั้นตอนอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมโดยมีอัตราความสำเร็จ ประมาณ 75% ในข้อพิพาทที่ถูกระงับข้อโดยศูนย์อนุญาโตตุลาการกรุงปารีส CMAP ตามที่ได้มีการกล่าวถึงกรณีดังกล่าวจะเสียเวลาในกรณีที่การไกล่เกลี่ยล้มเหลว อย่างไรก็ตามบ่อยครั้งที่ผู้ให้บริการแสดงการวิจารณ์บริการดังกล่าวนี้ด้วยอันไม่พึงพอใจโดยตระหนักในแง่หนึ่งผู้ให้บริการมีความสนใจในการดำเนินกระบวนการเจรจาด้วยความช่วยเหลือของคนกลาง แต่ในทางกลับกัน ผู้ใช้บริการก็เกิดความกังวลเกี่ยวกับการแก้ปัญหาอย่างเชี่ยวชาญและเวลาที่ทุ่มเทให้กับการระงับข้อพิพาท ขั้นตอน Med-Arb พร้อมกันจึงเป็นไปตามข้อกำหนดนี้ซึ่งมีการกำหนดกระบวนการ

ทั้งหมด เพื่อการควบคุมขั้นตอน เวลา และต้นทุน เพื่อที่จะเป็นการรับประกันว่าจะได้ทางเลือกที่ดีที่สุด ไม่ว่าจะเป็นลักษณะเชิงสมานฉันท์หรือผลผูกพันต่อคู่สัญญา⁴⁴⁰

4.3.3.2 ขั้นตอนของข้อบังคับ

ขั้นตอน Med-Arb ที่เกิดพร้อมกันเป็นขั้นตอนที่คู่สัญญาขอให้ CMAP หาทางแก้ไขข้อพิพาทของผู้ใช้บริการผ่านการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการพร้อมกันภายในกรอบเวลาที่ตกลงกันและมีค่าใช้จ่ายที่ถูกลงกว่าที่กำหนดไว้โดยคาคความล่งหน้าได้แน่นอน⁴⁴¹ โดยคู่สัญญาตกลงที่จะใช้ขั้นตอน Med-Arb พร้อมกันทั้งในสัญญาหรือหลังจากเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ได้⁴⁴² กระบวนการ Med-Arb ใด ๆ ที่เกิดขึ้นพร้อมกัน ซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับความไว้วางใจจาก CMAP แสดงถึงการปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองฝ่าย คำขอร่วมกันของคู่สัญญานั้นต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁴⁴³

ก.) สถานะของคู่สัญญาหรือชื่อนิติบุคคลที่อยู่ของแต่ละฝ่าย และ (ถ้ามี) ชื่อและที่อยู่ของที่ปรึกษาของคู่สัญญา

ข.) สำเนาข้อตกลงที่เกี่ยวข้องผูกพันคู่สัญญา

ค.) ที่มาและลักษณะของข้อพิพาท

ง.) การเรียกร้องของคู่กรณีและฐานแห่งข้ออ้างของคู่สัญญา

จ.) ระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตกลงหรือคำขอของคู่สัญญาสำหรับการตัดสินชี้ขาดจาก CMAP ในเรื่องดังต่อไปนี้

1.) คำขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาเสนอให้แต่งตั้งหรือร้องขอให้แต่งตั้งโดย CMAP

⁴⁴⁰ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS , para 1.

⁴⁴¹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 1

⁴⁴² the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 2.1

⁴⁴³ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 3.1

2.) คำขอแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่คู่สัญญาเสนอให้แต่งตั้งหรือขอแต่งตั้ง

โดย CMAP

เมื่อคู่สัญญาดำเนินการตามข้อตกลง Med-Arb พร้อมกัน ศูนย์อนุญาโตตุลาการ CMAP ได้รับตามคำร้องขอเริ่มต้นคดีด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพร้อมด้วยองค์ประกอบที่อ้างถึงในข้อ 3.1 ให้คู่ความดำเนินการสำเนาเอกสารประกอบ โดยจัดทำเป็นสำเนาให้กับคู่พิพาททุกฝ่าย และศูนย์อนุญาโตตุลาการ CMAP หนึ่งฉบับสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการและอีกหนึ่งฉบับสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย⁴⁴⁴ หากขั้นตอนมีลักษณะเป็นข้ามพรมแดน (Cross Border) ให้ดำเนินการส่งต่อไปยังศูนย์อนุญาโตตุลาการที่จะยอมรับได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชาวฝรั่งเศสเป็นอย่างน้อย เว้นแต่จะมีข้อตกลง Med-Arb พร้อมกันระหว่างคู่สัญญา ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเฉพาะระหว่างคู่สัญญาในประเด็นนี้ การอ้างอิงจะถูกร่างเป็นภาษาฝรั่งเศสอันเป็นส่วนหนึ่งในภาษาต้นฉบับ การแปลอาจได้รับการร้องขอจากศูนย์ผู้ไกล่เกลี่ยหรือคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้⁴⁴⁵

4.3.3.3. การพิจารณาสั่งรับคำขอการดำเนินการระงับข้อพิพาทแบบ MED - ARB

คำขอเริ่มต้นคดีด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) จะได้รับการลงทะเบียนรับคำร้องของศูนย์ CMAP ก็ต่อเมื่อมีการชำระค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดตามอัตราที่ใช้บังคับในวันที่ได้รับที่ศูนย์เท่านั้น⁴⁴⁶ เมื่อศูนย์ CMAP มีคำสั่งรับการลงทะเบียนคำร้องขอไว้พิจารณา ในกรณีที่มีการร้องขอฝ่ายเดียว ศูนย์ CMAP จะแจ้งให้อีกฝ่ายทราบทันทีที่มีการลงทะเบียนคำขอและเสนอการดำเนินการตามขั้นตอน Med-Arb พร้อมกัน และส่งจดหมายลงทะเบียนตอบรับ

⁴⁴⁴ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 3.2

⁴⁴⁵ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 3.3

⁴⁴⁶ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 3.4

และให้เวลาสิบห้า (15) วันในการตอบกลับ⁴⁴⁷ หากมีข้อ Med-Arb พร้อมกันระหว่างฝ่ายต่างๆ คู่สัญญาจะแจ้งอีกฝ่ายด้วยวิธีการเดียวกันถึงการดำเนินการตามข้อนี้

หากคู่สัญญาไม่ผูกพันตามข้อตกลง Med-Arb ที่เกิดขึ้นพร้อมกัน และในกรณีที่ไม่มี การตอบสนองรับต่อคำเสนอหรือในกรณีที่มีการปฏิเสธข้อเสนอย่างชัดเจน คู่สัญญาฝ่ายผู้ร้องทราบ โดยสอบถามอีกครั้งเพื่อให้ฝ่ายผู้ร้องทำคำเสนอขึ้นใหม่โดยจำกัดเฉพาะการไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการอย่างหนึ่งอย่างใดก่อนที่จะจำหน่ายคดี⁴⁴⁸ ทั้งนี้ ในกรณีที่สละสิทธิเพื่อ ดำเนินการต่อไปโดยไม่มีการตอบสนอง เช่น ในกรณีที่อีกฝ่ายปฏิเสธ คู่สัญญาจะปิดสำนวนคดี และคืน จำนวนค่าฤชาธรรมเนียมที่เหลืออยู่ให้ผู้ร้อง⁴⁴⁹

4.3.3.4. การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้รับข้อกำหนดแล้ว คณะกรรมการอนุวัติและสรรหาของ CMAP จะ แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่เลือกตามลักษณะของข้อพิพาทและโดยความประสงค์ของคู่สัญญา รวมถึงแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการหนึ่งหรือสามคนขึ้นอยู่กับลักษณะและความสำคัญของข้อพิพาท เว้นแต่จะมีข้อตกลง หรือข้อตกลงล่วงหน้าระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁴⁵⁰ ดังนั้น กระบวนการ Med – Arb พร้อมกันของกฎ CMAP จึงมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยและ อนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้า เว้นแต่คู่สัญญาจะเสนอในคำขอร่วมในข้อเสนอใด ๆ สำหรับผู้ไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการอื่นที่ถูกแต่งตั้งโดยคู่สัญญาและจะต้องได้รับการตรวจสอบโดยคณะกรรมการ ของ CMAP⁴⁵¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁴⁷ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 4.1

⁴⁴⁸ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 5.1

⁴⁴⁹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 5.2

⁴⁵⁰ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 7.1

⁴⁵¹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 7.2

4.3.3.5. ระยะเวลาของขั้นตอน MED-ARB ที่เกิดขึ้นพร้อมกัน

เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ระยะเวลารวมของการดำเนินการ Med-Arb พร้อมกันคือ 3 เดือนนับจากการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการและเสนอชื่อผู้ไกล่เกลี่ยโดยศูนย์ CMAP ⁴⁵² และจะต้องมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่เกินกว่า 8 วันหลังจากวันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง⁴⁵³

4.3.3.6. ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

ความเป็นอิสระของขั้นตอนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎของ CMAP นั้นจะถูกกำหนดให้ต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นโดยอิสระจากกัน ศูนย์จะไม่แจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบและในทางกลับกันศูนย์ก็จะไม่แจ้งชื่อผู้ไกล่เกลี่ยให้อนุญาโตตุลาการทราบเช่นกัน และห้ามมิให้ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการหารือเกี่ยวกับคดีหากพวกเขารู้จักกัน⁴⁵⁴ อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการดังกล่าวนี้ขั้นตอนของศูนย์ CMAP ปฏิเสธรูปแบบขั้นตอน Co-med-arb

ก. ขั้นตอนการไกล่เกลี่ย

1.) การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ย

กระบวนการจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อผู้ไกล่เกลี่ยลงนามยอมรับการมอบหมายพร้อมกับแถลงข้อเท็จจริงถึงเหตุอันควนสงสัยต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางให้แก่คู่กรณีทราบ จากนั้นจึงจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ทันที และหากจำเป็นผู้ไกล่เกลี่ยต้องแจ้งให้คู่สัญญาและศูนย์ไกล่เกลี่ยทราบถึงพฤติกรรมที่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของเขา ในสายตาของคู่สัญญา และผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับการยืนยันหรือคงไว้ซึ่งหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยก็ต่อเมื่อมีการตัดสินใจของคณะกรรมการอนุวัติและแต่งตั้งและด้วยข้อตกลงของคู่สัญญาทุกฝ่าย⁴⁵⁵ หากใน

⁴⁵² the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 8.1.

⁴⁵³ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 8.3.

⁴⁵⁴ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 9

⁴⁵⁵ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.1.2

ระหว่างการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยสังเกตเห็นการมีอยู่ขององค์ประกอบที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระหรือความเป็นกลาง ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ไกล่เกลี่ยยังคงต้องปฏิบัติตามหน้าที่ต่อไป จากนั้นคณะกรรมการรับรองและแต่งตั้ง CMAP จะแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเข้ามาแทนที่ผู้ไกล่เกลี่ยคนเดิม⁴⁵⁶

2.) การโต้แย้งคัดค้านผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการแต่งตั้งอาจถูกคัดค้านหากมีสถานการณ์เช่นทำให้คู่สัญญาสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ⁴⁵⁷ ฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านผู้ไกล่เกลี่ยสำหรับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นหรือเปิดเผยภายหลังการนัดพิจารณา และจะต้องส่งคำขอพร้อมด้วยเหตุแห่งการคัดค้านมายังศูนย์โดยจดหมายลงทะเบียนตอบรับภายในสิบห้า วันนับจากวันที่เกิดเหตุแห่งการปฏิเสธ⁴⁵⁸

3.) หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ช่วยให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหาทางออกในการไกล่เกลี่ยสำหรับข้อพิพาท⁴⁵⁹ ด้วยความซื่อสัตย์และความเคารพต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้เชี่ยวชาญในวิธีการปฏิบัติตามหน้าที่ หากผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่ามิมีประโยชน์ผู้ไกล่เกลี่ยอาจดำเนินการประชุมแยกฝ่ายตามข้อตกลงของคู่สัญญาที่ให้ไว้ก็ได้⁴⁶⁰ CMAP อาจแนะนำให้ผู้สัญญาเข้าร่วมการประชุมไกล่เกลี่ยกับผู้ไกล่เกลี่ยที่ผ่านการฝึกอบรมโดยมีหน้าที่ในการรักษาความลับเช่นเดียวกับผู้ไกล่เกลี่ย⁴⁶¹ แต่ละฝ่ายอาจได้รับความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลที่ตนเลือกก็

⁴⁵⁶ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.3

⁴⁵⁷ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.2.2

⁴⁵⁸ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.2.3

⁴⁵⁹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.1

⁴⁶⁰ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.3

⁴⁶¹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.4

ได้⁴⁶² ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่สัญญามีหน้าที่ผูกพันตามข้อตกลงการรักษาความลับอย่างเข้มงวดที่สุดที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย และห้ามใช้ข้อมูลหรือข้อเสนอที่ทำต่อหน้าผู้ไกล่เกลี่ยในภายหลัง แม้ในกระบวนการของศาลก็ตามเว้นแต่จะได้ตกลงกันทุกฝ่าย

4.) การยุติการไกล่เกลี่ยก่อนกำหนด

ตามข้อบังคับของ CMAP ไม่ว่ากรณีใดๆ ในระหว่างการไกล่เกลี่ย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยุติการไกล่เกลี่ยได้ หากผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยจะไม่ทำให้เกิดข้อตกลง ผู้ไกล่เกลี่ยจะยุติหน้าที่ในทันทีก็ได้⁴⁶³ ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าไม่สามารถปฏิบัติภารกิจได้ ให้ระงับการดำเนินการหลังและแจ้งให้ศูนย์ทราบทันที จากนั้นคณะกรรมการรับรองและสรรหาผู้ไกล่เกลี่ยที่จะทำหน้าที่แทนตามข้อ 10.3 ข้างต้น⁴⁶⁴

5.) การจัดทำข้อตกลงการไกล่เกลี่ย

ข้อตกลงระหว่างการไกล่เกลี่ยจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทุกฝ่าย ระบุข้อตกลงยุติข้อพิพาททั้งหมดและต้องมีผลการสละสิทธิในการดำเนินการในขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือระบุประเด็นที่เหลืออยู่ในข้อพิพาทเพื่อให้ยังคงระงับข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจกำหนดว่าคู่สัญญาจะขอให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามบันทึกข้อตกลงการระงับข้อพิพาทก็ได้ (Awards)⁴⁶⁵ และข้อตกลงจะถูกนำเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการในทันทีเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ไกล่เกลี่ยและคู่สัญญาทุกฝ่าย เพื่อส่งไปยังสำนักงานเลขาธิการของ CMAP เพื่อให้มีหนังสือไปถึงคณะอนุญาโตตุลาการว่ายังคงจะดำเนินกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการตามข้อเรียกร้องของคู่พิพาทหรือไม่⁴⁶⁶ สำนักงานเลขาธิการ

⁴⁶² the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.5

⁴⁶³ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.6.1

⁴⁶⁴ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.6.3

⁴⁶⁵ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.7.1

⁴⁶⁶ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.7.2

ของ CMAP จะดำเนินการแจ้งหนังสือนี้ไปยังอนุญาโตตุลาการผู้ใดผู้หนึ่งหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการอย่างช้าที่สุดสาม วันก่อนวันที่ระบุไว้ในข้อ 8.2 เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด⁴⁶⁷ในกรณีที่ไม่มีกรการบรรลุข้อตกลงภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ข้างต้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรายงานต่อสำนักเลขาธิการทั่วไปของ CMAP ในวันถัดจากวันที่หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยได้สิ้นสุดลง⁴⁶⁸

ข. ขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ

ในส่วนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในกระบวนการระงับข้อพิพาท Med – Arb ที่เกิดขึ้นพร้อมกัน แต่ละฝ่ายอาจได้รับความช่วยเหลือจากอนุญาโตตุลาการที่ตนเลือก⁴⁶⁹ อนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาแต่งตั้งต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งในข้อพิพาทดังกล่าวมีหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายและศูนย์ CMAP ทราบถึงสถานการณ์ซึ่งตามความเห็นที่มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางในสายตาของคู่สัญญา⁴⁷⁰ อนุญาโตตุลาการจึงจะได้รับการยืนยันหรือคงไว้ในหน้าที่ หลังจากการตัดสินใจโดยคณะกรรมการอนุมัติและรับรอง (CMAP Approval and Appointment Commission) และด้วยข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สัญญาทุกฝ่าย⁴⁷¹ อนุญาโตตุลาการอาจถูกโต้แย้งหากมีสถานการณ์เช่นนี้ทำให้คู่สัญญาสงสัยความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ⁴⁷² ฝ่ายที่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการโต้แย้งสำหรับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นหรือเปิดเผยหลังจากการแต่งตั้งของเขาจะต้องส่งไปยังศูนย์โดยจดหมายลงทะเบียนพร้อมตอบรับการตอบรับคำขอที่มีเหตุผลภายในสิบห้า (15) วันนับจากวันที่เกิดขึ้น สาเหตุของการปฏิเสธหรือการเปิดเผยเนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายฝรั่งเศสในระดับพระราชบัญญัติอย่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

⁴⁶⁷ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.7.3

⁴⁶⁸ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 10.4.7.4

⁴⁶⁹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 11.1.1.

⁴⁷⁰ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 11.3.1.

⁴⁷¹ the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 11.3.2.

⁴⁷² the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) , MED-ARB SIMULTANÉS : PROPOS INTRODUCTIFS Article 11.4.1.

ความแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 4 (French Code of Civil Procedure : FCCP) มิได้อนุญาตให้ดำเนินกำหนดกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลคนเดียวกันได้ แต่ศาลฝรั่งเศสยอมรับว่าความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้รับผลกระทบเพียงเพราะเนื่องจากอนุญาโตตุลาการเคยไกล่เกลี่ยระหว่างคู่กรณีมาก่อน⁴⁷³

4.3.4. กฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules 2014 : CIETAC Rule 2014)

ในวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนบทนี้จะอธิบายถึงข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายของจีนที่ส่งผลกระทบต่ออนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีน ตลอดจนบริการอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ ที่จัดทำโดยคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน ('CIETAC') และกรอบกฎหมายเบื้องต้นสำหรับการอนุญาโตตุลาการในประเทศจีน รวมถึงกฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน ('CIETAC') เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโหมตผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Arb-med)

4.3.4.1. คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศ CIETAC

คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)) เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เก่าแก่และมีประสบการณ์มากที่สุดในประเทศจีน CIETAC ก่อตั้งขึ้นในปี 2499 ภายใต้การอุปถัมภ์ของสภาส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศแห่งประเทศไทย⁴⁷⁴ ก่อนการบังคับใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีน ระบบอนุญาโตตุลาการของจีนได้แบ่งออกเป็นสองระบบในระบอบภายในประเทศและระหว่างประเทศ ภายใต้สองระบบดังกล่าวนี้ข้อพิพาทในประเทศและระหว่างประเทศได้รับการจัดการโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน CIETAC ได้รับอนุญาตแต่เพียงผู้

⁴⁷³ Valentin Garcia, L'arbitre Conciliateur, Améliorer la Qualité de L'arbitrage par la Conciliation, Pour un Droit du Règlement Amiable des Différends. Des Défis à Relever pour une Justice de Qualité (Lise Casaux-Labrunée & Jean-François Roberge eds., 2018) p. 303, 317.

⁴⁷⁴ China International Economic and Trade Arbitration Commission Hong Kong Arbitration Center, [Online] Accessed: 8 April 2023. Available from: http://www.cietachk.org/portal/mainPage.do?pagePath=\en_US\aboutUs

เดี่ยวให้จัดการกับอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในจีน สถาบันอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจำนวนหนึ่งถูกสร้างขึ้นเพื่อจัดการกับข้อพิพาทภายในประเทศระหว่างบุคคลตามกฎหมายของจีน ซึ่งรวมถึงหน่วยงานพิเศษที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางเศรษฐกิจ สัญญาผู้บริโภค การถ่ายโอนเทคโนโลยี และสัญญาทรัพย์สินทางปัญญา แต่ละหน่วยงานเหล่านี้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายขั้นต้นของตนเอง กฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีน (the PRC Arbitration Law) นำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงขั้นพื้นฐานในระบบอนุญาโตตุลาการของจีน กฎหมายดังกล่าวบังคับใช้กับอนุญาโตตุลาการทั้งในประเทศและระหว่างประเทศที่ดำเนินการในประเทศจีน และให้กรอบการทำงานที่เหมือนกันสำหรับการอนุญาโตตุลาการในจีน แทนที่ข้อบังคับมากมายที่มีความแตกต่างและมักจะขัดแย้งกันซึ่งในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁴⁷⁵ นอกจากนี้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้กำหนดให้มีการปรับปรุงโครงสร้างสถาบันสำหรับการอนุญาโตตุลาการในประเทศจีนอย่างละเอียดถี่ถ้วนนอกเหนือจาก CIETAC และคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการทางทะเล (China Maritime Arbitration Commission : CMAC) ซึ่งได้รับมอบอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการจัดการอนุญาโตตุลาการทางทะเลในประเทศจีน องค์การอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ทั้งหมดถูกยกเลิก กฎหมายดังกล่าวเรียกร้องให้หน่วยงานรัฐบาลท้องถิ่น หอการค้า และสถาบันอื่น ๆ จัดตั้งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการท้องถิ่นในเขตเทศบาลที่ปกครองส่วนกลาง เมืองหลวงของมณฑล และเมืองใหญ่อื่น ๆ ของจีน⁴⁷⁶ ในปี 2558 CIETAC ได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานมาใช้ แนวปฏิบัติประกอบด้วยบทบัญญัติ 25 ข้อที่ครอบคลุมประเด็นต่างๆ เกี่ยวกับหลักฐาน รวมถึงการรับฟังพยานหลักฐาน ภาระการพิสูจน์ มาตรฐานการพิสูจน์ และการเก็บรักษาพยานหลักฐาน ฯลฯ บทบัญญัติเหล่านี้นำมาใช้โดยได้รับอิทธิพลจากกฎเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยการสืบพยานในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010)⁴⁷⁷ อนุญาโตตุลาการของ CIETAC มักใช้เทคนิคการประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation) หรือการไกล่เกลี่ย (Mediation) ร่วมกับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) อนุญาโตตุลาการอาจทำหน้าที่เสมือนเป็นผู้พิพากษาหรือผู้เจรจาอย่างสันติก็ได้ (peace talkers) ในกระบวนการพิจารณาเดียวกันภายใต้กฎหมายจีนอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอม

⁴⁷⁵ Jianlong Yu, Lijun Cao , A Guide to the CIETAC Arbitration Rules 1st Edition, Oxford University Press; 1st edition (April 13, 2021) , P 10.

⁴⁷⁶ Ibid, P 11.

⁴⁷⁷ The 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, adopted by the IBA Council, issued on 29 May 2010.

โดยทั่วไปจะไม่ถูกห้ามไม่ให้กลับมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งในภายหลังหากการประนีประนอมล้มเหลว อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันที่กำหนดไว้ในกฎ CIETAC เพื่อให้แน่ใจว่ากระบวนการทางอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์ด้วย⁴⁷⁸ ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบร่วมกันระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการนั้นตาม กฎข้อ 47.1 – 47.10 ได้กำหนดรูปแบบขั้นตอนของกฎในการใช้บังคับกับกระบวนการดังกล่าวสองรูปแบบด้วยกันได้แก่ กระบวนการไกล่เกลี่ยและตามด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Med-Arb) หรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการและตามด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ย (Arb-Med)⁴⁷⁹ รูปแบบการระงับข้อพิพาทที่ผสมผสานดังกล่าวที่ CIETAC นำมาใช้ Med-Arb เป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการบรรลุข้อตกลงที่มีการเจรจา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับข้อพิพาทที่เรียบง่ายและมีมูลค่าต่ำ⁴⁸⁰

4.3.4.2 กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบ Med – Arb และ Arb – Med ภายใต้กฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน 2014 (CIETAC Rules 2014)

จากหลักฐานและเหตุผลทางวัฒนธรรมรวมถึงประวัติศาสตร์ อาจถือได้ว่าประเทศจีนน่าจะเป็นประเทศแรกที่ริเริ่มการประนีประนอม⁴⁸¹ การประนีประนอมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีขึ้นมาเป็นเวลานานแล้วปรากฏในช่วงต้นปี 1988 CIETAC ได้นำกฎข้อตกลงและการประนีประนอมในกฎอนุญาโตตุลาการบัญญัติไว้ในกฎข้อ 31 และ 37 ของ กฎอนุญาโตตุลาการของ CIETAC (“กฎปี 1988”)⁴⁸² ปัจจุบันการประนีประนอมยังคงได้รับความนิยมในจีน นอกเหนือจากการประนีประนอมที่ดำเนินการโดยสถาบันประนอมข้อพิพาทประเภทต่างๆ แล้ว การประนอมข้อพิพาทยังมีการดำเนินคดีแพ่งและอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ในจีนด้วย⁴⁸³ คุณลักษณะ

⁴⁷⁸ Jianlong Yu and Lijun Cao , A Guide to the CIETAC Arbitration Rules 1st Edition, Oxford University Press; 1st edition (April 13, 2021) , P 13.

⁴⁷⁹ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules Article 47 Combination of Conciliation with Arbitration

⁴⁸⁰ James Rogers, Matthew Townsend and Trevor Tan, 'CIETAC's New Arbitration Rules' (2013) Int ALR 189.

⁴⁸¹ Cao, (2006) 'Combining Conciliation and Arbitration in China: Overview and Latest Developments', International Arbitration Law Review 3: 84.

⁴⁸² China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules 1988 Article 31,37

⁴⁸³ Jianlong Yu and Lijun Cao, supra note 478, p. 219.

ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศจีนคือข้อพิพาทอาจได้รับการแก้ไขผ่านกระบวนการที่รวมอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอมข้อพิพาท (Combination of Conciliation with Arbitration) วิธีการนี้ได้รับอนุญาตอย่างชัดแจ้งในมาตรา 51 และ 52 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (PRC Arbitration Law)⁴⁸⁴ และกฎข้อ 47 ของกฎ CIETAC ภายใต้ข้อ 47 ของกฎ CIETAC การรวมกันของการประนีประนอมกับอนุญาโตตุลาการอาจมีสองรูปแบบ ได้แก่ การประนีประนอมก่อนเริ่มอนุญาโตตุลาการ (Med-Arb' หรือการประนีประนอมระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arb-Med) ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่า ในเขตอำนาจศาลบางประเทศ มีความแตกต่างระหว่างการประนีประนอม (Mediation) และการไกล่เกลี่ย (Conciliation)) ในบทบาทของผู้ทำหน้าที่คนกลางซึ่งเป็นบุคคลสาม (the role of the third party neutral) ในประเทศจีนไม่มีความแตกต่างดังกล่าว เนื่องจากคำศัพท์ภาษาจีนสำหรับการประนีประนอมและการไกล่เกลี่ยคือ '调解' (tiao jie) คำแปลยอตินิยมสำหรับ 'tiao jie' คือ การประนีประนอม (Conciliation) อย่างไรก็ตาม ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาการใช้คำว่าไกล่เกลี่ย (Mediation) กำลังเป็นที่นิยมแทนที่จะเป็นการประนีประนอม (Conciliation) คำว่าไกล่เกลี่ย (Mediation) ยังถูกใช้โดยกฎหมายแม่แบบขององค์การสหประชาชาติ UNCITRAL อย่างในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับใช้ข้อตกลงระงับคดีระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International

⁴⁸⁴ Article 51 of the PRC Arbitration Law provides that:

The arbitral tribunal may carry out conciliation prior to giving an arbitral award. The arbitral tribunal shall conduct conciliation if both parties voluntarily seek conciliation.

If conciliation is unsuccessful, an arbitral award shall be made promptly. If conciliation leads to a settlement agreement, the arbitral tribunal shall make a conciliation statement or make an arbitral award in accordance with the result of the settlement agreement. A conciliation statement and an arbitral award shall have equal legal effect.

Article 52 of the PRC Arbitration Law provides that:

A written conciliation statement shall specify the arbitration claim and the results of the settlement agreed upon between the parties. The written conciliation statement shall be signed by the arbitrators, sealed by the arbitration commission, and then served on both parties.

The written conciliation statement shall become legally effective immediately after both parties have signed for receipt thereof.

If the written conciliation statement is repudiated by a party before he signs for receipt thereof, the arbitration tribunal shall promptly make an arbitration award.

Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 : Singapore Convention 2019) นอกจากนี้ UNCITRAL ยังแก้ไขกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ปี 2002 ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และเปลี่ยนชื่อเป็นกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ปี 2018 ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศและข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศอันเป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ในบทนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า การประนีประนอม (Conciliation) ในวิทยานิพนธ์บทนี้ เนื่องจากเป็นคำที่ใช้ในกฎ CIETAC อย่างไรก็ดีตาม เมื่อใดก็ตามที่คำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) หรือ med จะหมายถึงแนวคิดเดียวกันกับ การประนีประนอม (Conciliation)

ก. กระบวนการ Med – Arb

กระบวนการ Med – Arb ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงการไกล่เกลี่ยและผลของการไกล่เกลี่ยได้สำเร็จตามความประสงค์ของคู่พิพาท ตาม CIETAC Rules 2014 กำหนดว่าเมื่อคู่สัญญาบรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาทด้วยตนเองผ่านการเจรจาหรือการประนีประนอมก่อนเริ่มอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้ CIETAC ตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างกัน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามเงื่อนไขของข้อตกลงยุติคดี (Settlement Agreement) เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ประธานของ CIETAC จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงผู้เดียวเพื่อจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็ได้ ซึ่งจะพิจารณาคดีในขั้นตอนที่เห็นว่าเหมาะสมและให้คำชี้ขาดตามสมควร ขั้นตอนและระยะเวลาเฉพาะสำหรับมีคำชี้ขาดโดยส่งผลให้กระบวนการดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดอื่นๆ ของในข้อ 47.1 – 47.9⁴⁸⁵ หากไม่ดำเนินการออกคำชี้ขาดตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันข้อตกลงการระงับข้อพิพาทที่บรรลุผ่านการประนีประนอมหรือการเจรจาจะบังคับใช้ในฐานะสัญญาที่บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น แต่หากข้อตกลงดังกล่าวได้ให้ CIETAC เปลี่ยนข้อตกลงการระงับข้อพิพาทเป็นคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) จะส่งผลข้อตกลงดังกล่าวมีสถานะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Awards) มีผลบังคับใช้ทางศาลภายใต้กฎหมายภายในประเทศและอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention 1958) เพื่อจุดประสงค์นี้ CIETAC ได้แนะนำข้อกำหนดในกฎ CIETAC ปี 2005 (เช่น ข้อ 40.1) เพื่อให้ CIETAC แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงเพื่อเปลี่ยนข้อตกลงยุติคดีให้เป็น

⁴⁸⁵ CIETAC Rules, 47.10

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กฎ CIETAC ปี 2012 คงไว้ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวในข้อ 45.10 และกฎ CIETAC ฉบับปัจจุบันคงไว้ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวในข้อ 47.10⁴⁸⁶

ข. กระบวนการ Arb – Med

ตามกฎอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน (the CIETAC Rules) ได้กำหนดขั้นตอนของการระงับข้อพิพาทโหมดผสมของกระบวนการที่เริ่มต้นด้วยการอนุญาโตตุลาการและตามด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ยไว้ในกฎข้อที่ 47.1 และ 47.8 อันบทบัญญัติพื้นฐานของหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (Private Autonomy) และผู้ที่ทำหน้าที่คนกลางในการประนีประนอมข้อพิพาทของคู่สัญญาในกระบวนการ Arb-Med

1.) การเริ่มต้นกระบวนการ

การเริ่มต้นของ Arb-Med การประนีประนอมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นั้นเป็นกระบวนการที่ยินยอม เป็นไปตามที่การประนีประนอมจะต้องดำเนินการโดยได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากคู่สัญญาเท่านั้น ตามกฎของ CIETAC Rules ในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายต้องการประนีประนอมหรือเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการประนีประนอมและได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายโดยคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการอาจประนีประนอมข้อพิพาทในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการคู่กรณีอาจระงับข้อพิพาทด้วยตนเองก็ได้⁴⁸⁷ แต่หากในกรณีที่คู่พิพาทต้องการประนีประนอมข้อพิพาทแต่ไม่ต้องการให้มีการประนีประนอมโดยคณะอนุญาโตตุลาการ CIETAC อาจช่วยคู่กรณีในการประนีประนอมข้อพิพาทในลักษณะและขั้นตอนที่เห็นว่าเหมาะสม โดยได้รับความยินยอมจากทั้งสองฝ่าย⁴⁸⁸ ภายใต้กฎข้อ 47.1 และ 47.8 กำหนดบทบัญญัติพื้นฐานของเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (Private Autonomy) ไว้สำหรับกระบวนการ Arb-Med รวมถึงกำหนดให้เป็นเสรีภาพของคู่สัญญาในการที่จะกำหนดให้ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาทของตน ตามตามกฎของ CIETAC Rules จึงได้กำหนดเป็นแนวทางเลือกสามแนวทางสำหรับ Arb-Med ได้แก่ 1. การประนีประนอมอาจดำเนินการโดยคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ 2. อนุญาโตตุลาการอาจช่วยเหลือในการประนีประนอมแต่ไม่บังคับว่าต้องดำเนินการ โดย CIETAC และ 3. คู่สัญญาได้บรรลุข้อพิพาทด้วยตนเอง

⁴⁸⁶ Jianlong Yu and Lijun Cao, supra note 478, p. 225.

⁴⁸⁷ the CIETAC Rules, 47.1

⁴⁸⁸ the CIETAC Rules, 47.8

2.) การประนีประนอมโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

ตามตามกฎของ CIETAC Rules คณะอนุญาโตตุลาการอาจประนีประนอมข้อพิพาทตามที่เห็นสมควรหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยินยอม⁴⁸⁹ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจยุติกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอในระหว่างกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท หรือหากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความพยายามในการประนีประนอมข้อพิพาทต่อไปจะเป็นอันไร้ผล⁴⁹⁰ และเมื่อหากการประนีประนอมไม่ประสบผลสำเร็จ คณะอนุญาโตตุลาการจะกลับมาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอีกครั้งและให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁴⁹¹ จากหลักการของกฎของ CIETAC Rules กฎข้อ 47.2 และ 47.3 คู่สัญญามีเสรีภาพการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ลักษณะของการประนีประนอม ตลอดจนความต่อเนื่องและการยุติการประนีประนอมยังต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เต็มใจที่จะดำเนินการประนีประนอมข้อพิพาทต่อไป อาจรู้สึกอิสระที่จะแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบ ในสถานการณ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องยุติการประนีประนอมข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการอาจยุติการประนีประนอมยอมความได้เช่นกัน หากเห็นว่าไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จในความพยายามไกล่เกลี่ยคดี ภายใต้ข้อ 47.2 ของกฎ CIETAC คณะอนุญาโตตุลาการอาจประนีประนอมคดีในลักษณะที่เห็นว่าเหมาะสม อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลักษณะของการประนีประนอมยอมความ คณะอนุญาโตตุลาการจะเคารพความคิดเห็นของคู่กรณีเกี่ยวกับวิธีการประนีประนอมข้อพิพาท ในทางปฏิบัติ สถานการณ์ที่เป็นไปได้มากที่สุดคือคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสมาชิกซึ่งมีประสบการณ์มากกว่าในการดำเนินการไกล่เกลี่ย เสนอแนะวิธีการประนีประนอมที่พวกเขาเห็นว่าเหมาะสม จากนั้นจึงได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ในกรณีส่วนใหญ่ คู่สัญญามักจะปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะอนุญาโตตุลาการ⁴⁹² ภายใต้ข้อ 47.3 หากการประนีประนอมไม่ประสบผลสำเร็จ คณะอนุญาโตตุลาการจะกลับมาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และดำเนินการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหมายความว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้โดยไม่ต้องร้องขอจากคู่สัญญาในกรณีที่การประนีประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ไม่มีข้อกำหนดสำหรับอนุญาโตตุลาการที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลสำคัญที่เขาหรือเธอรับรู้ระหว่างการประนีประนอมข้อพิพาท

⁴⁸⁹ the CIETAC Rules, 47.2

⁴⁹⁰ the CIETAC Rules, 47.3

⁴⁹¹ the CIETAC Rules, 47.7

⁴⁹² Jianlong Yu and Lijun Cao, supra note 478, p. 230.

3.) คำชี้ขาดตามความยินยอม (Consents Awards) และสัญญาประนีประนอมยอมความ (Conciliation Statement)

ตามกฎของ CIETAC Rules 2014 ได้กำหนดแบบของคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consents Awards) และสัญญาประนีประนอมยอมความ (Conciliation statement) ไว้โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องลงนามในข้อตกลงยุติคดีที่คู่สัญญาได้บรรลุข้อตกลงผ่านการประนีประนอมโดยคณะอนุญาโตตุลาการหรือโดยคู่สัญญาเอง⁴⁹³ เมื่อคู่พิพาทได้บรรลุข้อตกลงระงับข้อพิพาทผ่านการประนีประนอมโดยคณะอนุญาโตตุลาการหรือด้วยตัวเอง คู่พิพาทมีสองทางเลือกในการดำเนินการต่อไป ประการแรกร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดความยินยอมหรือสัญญาประนีประนอมยอมความตามเงื่อนไขของข้อตกลงยุติคดี ประการที่สองถอนฟ้องหรือฟ้องแย้งเพื่อให้คดียุติ⁴⁹⁴ ในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอคำแถลงการประนีประนอมยอมความ สัญญาประนีประนอมยอมความจะต้องระบุชื่อเรียกของคู่สัญญาและเงื่อนไขของข้อตกลงระงับข้อพิพาทอย่างชัดเจน รวมถึงจะต้องลงนามโดยอนุญาโตตุลาการและประทับตราโดย CIETAC และให้บริการแก่ทั้งสองฝ่าย⁴⁹⁵

กรณีที่คู่พิพาทประสงค์ระงับข้อพิพาทตามกฎของ CIETAC Rules ผ่านการประนีประนอมโดยคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีสองทางเลือกในการจัดทำเงื่อนไขที่ตกลงร่วมกันของข้อตกลงอย่างเป็นทางการ เช่น แถลงการณ์ประนีประนอมเป็นลายลักษณ์อักษรหรือคำชี้ขาดความยินยอม ทั้งสัญญาประนีประนอมยอมความและคำยินยอมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ชัดเจนของข้อตกลงยุติคดีและจะต้องลงนามโดยคณะอนุญาโตตุลาการและประทับตราของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการภายใต้มาตรา 51 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (PRC Arbitration Law) สัญญาประนีประนอมยอมความ (Conciliation statement) จะมีผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดความยินยอม⁴⁹⁶ อย่างไรก็ตาม สัญญาประนีประนอมยอมความ (Conciliation statement) และคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent award) มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชน คำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Awards) จะมีผลเมื่อออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ในทาง

⁴⁹³ the CIETAC Rules, 47.4

⁴⁹⁴ the CIETAC Rules, 47.5

⁴⁹⁵ the CIETAC Rules, 47.6

⁴⁹⁶ Jianlong Yu and Lijun Cao, supra note 478, p. 232

ตรงกันข้ามสัญญาประนีประนอมยอมความ (Conciliation statement) จะมีผลผูกพันก็ต่อเมื่อ คู่สัญญาตกลงกันก่อนที่คู่พิพาทจะตกลงกันคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจยังคงคัดค้านสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการเพื่อให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ธรรมดาตามข้อพิพาทของคดีซึ่งถูกกำหนดและระบุไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 52 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสาธารณรัฐประชาชนจีน⁴⁹⁷ ศาลของจีนได้แสดงท่าทีสนับสนุนต่อผลของการประนีประนอมโดยคณะอนุญาโตตุลาการมาตรา 28 ของการตีความของศาลสูงสุดของจีน (SPC) เกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจีนระบุว่า ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอไม่บังคับใช้คำแถลงการประนีประนอมยอมความหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่รวมข้อตกลงยุติคดีของฝ่ายต่างๆ ศาลประชาชนจะต้องปฏิเสธคำขอดังกล่าวในการรับการพิจารณาคดีดังกล่าว⁴⁹⁸

4.) การห้ามให้ใช้ข้อมูลจากกระบวนการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทอื่น

ตามกฎของ CIETAC Rules ในกรณีที่การประนีประนอมไม่ประสบผลสำเร็จ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจใช้ความคิดเห็น มุมมอง หรือถ้อยแถลงใดๆ และข้อเสนอหรือข้อเสนอใดๆ ที่แสดงการยอมรับหรือคัดค้านโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยคณะอนุญาโตตุลาการในกระบวนการประนีประนอมเป็นมูลเหตุสำหรับการเรียกร้อง การป้องกัน หรือการเรียกร้องแย้งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาคดี หรือกระบวนการอื่นใดในภายหลัง⁴⁹⁹ ภายใต้ข้อ 47.9 ข้อมูลทั้งหมดที่สื่อสารใน Arb-Med รวมถึงข้อมูลที่สื่อสารโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือโดยคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ในสถานะโดยปราศจากอคติ (Without prejudice)⁵⁰⁰ และไม่สามารถเรียกใช้โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาคดี หรือกระบวนการอื่นใดที่ตามมา ทั้งนี้ ในกรณีที่ อนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการต่อหลังจากการประนีประนอมข้อพิพาทล้มเหลว

⁴⁹⁷ Ibid., p.230.

⁴⁹⁸ Interpretation of the Supreme People's Court concerning Some Issues on Application of the Arbitration Law of the People's Republic of China, Article 28

⁴⁹⁹ the CIETAC Rules, 47.6

⁵⁰⁰ “โดยปราศจากอคติ” เป็นวลีที่ใช้เพื่อกระตุ้นสิทธิพิเศษทางกฎหมายที่แนบมากับการสื่อสารเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทโดยแท้จริง เป็นกฎของหลักฐานที่คู่สัญญาสามารถมีการสนทนา โดยปราศจากอคติ' เพื่อพยายามระงับข้อพิพาทนอกศาล การระบุว่า 'ปราศจากอคติ' ในตอนต้นของจดหมายจะทำให้เนื้อหาไม่เป็นที่ยอมรับในกระบวนการพิจารณาของศาลในอนาคต การสื่อสารเหล่านั้นไม่สามารถถูกบังคับให้แสดงเป็นหลักฐานหรืออ้างถึงในการดำเนินคดีได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการสื่อสารนั้นทำขึ้นโดยไม่มีเจตนาที่จะกระทบต่อสิทธิทางกฎหมายของผู้แถลง

คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเพิกเฉยต่อข้อมูลใด ๆ ที่ได้รับทราบในกระบวนการประนีประนอมข้อพิพาท ดังที่กล่าวไว้ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวตามกฎข้อ 47.9 นี้ ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ แห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยสถานะโดยปราศจากอคติ (Without prejudice) ของข้อมูลที่เป็น สื่อสารในการประนีประนอมข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 67 ของบทบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐาน SPC ปี 2544 ระบุว่า ในกระบวนการฟ้องร้อง ข้อเท็จจริงที่คู่สัญญายอมรับในการประนีประนอมเพื่อ จุดประสงค์ในการบรรลุข้อตกลงประนีประนอมหรือข้อตกลงจะไม่ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นหลักฐาน ปรักรักษาความในการดำเนินคดีต่อไป ข้อกำหนดนี้คล้ายกับข้อ 47.9 ของกฎ CIETAC ซึ่งเป็น บทบัญญัติในลักษณะของรูปแบบบทตัดพยาน (Exclusionary rule)



บทที่ 5

วิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการผสม

ระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

5.1 วิเคราะห์ประเด็นข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ กับความมีอยู่ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

จากที่อภิปรายมาในบท 3 และบท 4 กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบหนึ่งที่คู่สัญญาตกลงกันโดยข้อสัญญาคือ กำหนดข้อตกลงการระงับข้อพิพาทในลักษณะเงื่อนไขบังคับก่อนขึ้นตอนกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ (Pre Arbitration) ในข้อตกลงการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้” จึงเกิดปัญหาว่าการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทโหมดมผสมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการกำหนดการระงับข้อพิพาทแบบหลายระดับ (Multi-tier dispute resolution clause) หรือในลักษณะกระบวนการก่อนอนุญาโตตุลาการ (Pre Arbitration) จะถือว่ามีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาความมีอยู่ของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) นั้น มีผลต่อการพิจารณาอำนาจของศาลที่จะรับคดีไว้พิจารณา (Court of Jurisdiction) ในปัญหาดังกล่าวยังไม่มีข้อสรุปแน่ชัดแม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกา 12705/2553⁵⁰¹ ที่วินิจฉัยทำนองว่า การพิจารณาความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามหลักอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยเขตอำนาจของตนเอง (Competence – Competence Principle) และล่าสุดปัญหาดังกล่าวประสบพบเจอในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3281/2562 โดยศาลในคดีดังกล่าวได้ตัดสินในปัญหาข้อกฎหมายว่าในกรณีนี้คู่สัญญาประสงค์ให้ทั้งสองฝ่ายตกลงหาทางระงับข้อพิพาทร่วมกันก่อนเป็นอันดับแรก หากตกลงเจรจาไม่สำเร็จ คู่สัญญาสามารถเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ได้ ส่วนศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดหรือคัดค้านเพื่อไม่ให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามที่

⁵⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12705/2553

กำหนดไว้สัญญาข้อดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ โดยไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ เมื่อสัญญาข้อดังกล่าวให้ต้องดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอันถือว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 แล้ว แม้ต่อมาสัญญาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง ก็มีใช้กรณีมีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง โจทก์และจำเลยยังมีหน้าที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น

5.1.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3281/2562 (ศาลไทย)

คดีนี้ในศาลชั้นต้นโจทก์ฟ้องและแก้ไขคำฟ้องขอให้บังคับจำเลยชำระเงินจำนวน 979,465.75 ยูโร หรือคิดเป็นเงินไทยเท่ากับ 38,942,187.10 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินจำนวน 900,800 ยูโร หรือเท่ากับ 35,814,546.88 บาท นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระให้แก่โจทก์เสร็จสิ้น

จำเลยให้การขอให้ยกฟ้อง

ในวันที่จำเลยยื่นคำให้การ จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 อ้างว่า ตามสัญญาตัวแทนดังกล่าวในเรื่องการระงับข้อพิพาท ข้อ 18 ย่อหน้าที่สอง กำหนดให้โจทก์และจำเลยระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยมีความหมายในภาษาไทยว่า “โดยไม่ส่งผลกระทบต่อย่อหน้าก่อนหน้านี้ จำเลยและโจทก์แต่ละฝ่ายมีสิทธิมอบข้อพิพาทต่อศาลอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทและข้อเรียกร้องทั้งปวงที่เกิดจากสัญญาฉบับนี้ การมอบข้อพิพาทต่อและคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันทั้งจำเลยและโจทก์ ให้มีการจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการและให้ศาลอนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสวิตเซอร์แลนด์ที่สภาหอการค้าในเมืองซูริค ประเทศสมาพันธ์รัฐสวิต ให้ศาลอนุญาโตตุลาการประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการหนึ่งนายที่ได้รับแต่งตั้งโดยประธานสภาหอการค้าในเมืองซูริค ให้ใช้ภาษาอังกฤษในการทำการอนุญาโตตุลาการ” เมื่อโจทก์อ้างว่าจำเลยปฏิบัติผิดสัญญาจึงต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ โจทก์จึงไม่มีสิทธิดำเนินคดีนี้ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ทั้งกรณีไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้หรือมีเหตุที่ทำให้โจทก์ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้

โจทก์ยื่นคำคัดค้านขอให้ยกคำร้องของจำเลย

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้สอบสวนแล้วมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความเพื่อให้โจทก์ไปดำเนินการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามที่ได้ตกลงกันไว้ คืบค่าขึ้นศาลให้แก่โจทก์ทั้งหมดจำนวน 200,000 บาท ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมอื่นของทั้งสองฝ่ายให้เป็นพับ

โจทก์อุทธรณ์คำสั่งต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่คู่ความไม่ได้แย้งกันในชั้นอุทธรณ์รับฟังได้เป็นยุติว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดตามกฎหมายประเทศไทย มีวัตถุประสงค์หลักเป็นตัวแทน ตัวแทนค้าต่าง และนายหน้าในกิจการและธุรกิจทุกประเภทรวมถึงการค้ายุทธภัณฑ์ทุกชนิดที่ใช้ในราชการสงคราม จำเลยเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองเบรเมน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2552 โจทก์ทำสัญญาตัวแทน (Agency Agreement) กับจำเลยเพื่อเป็นตัวแทนจำเลยในการเจรจาติดต่อประสานงานกับกองทัพเรือไทยมีผลตั้งแต่วันที่ 18 กันยายน 2552 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2557 สัญญาดังกล่าวระบุเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทไว้ในข้อ 18 มีข้อความในย่อหน้าแรกว่า "Disputes arising from this Agreement shall be settled first in the sense of this Agreement by mutual arrangement. If such an arrangement cannot be reached, the place of jurisdiction for all possible disputes - also those resulting from legal documents, deeds, bill of exchange and cheques - is Bremen (the courts of the City of Bremen). ATLAS is, however, also entitled to the appropriate courts having jurisdiction over the registered office of the Agent." และย่อหน้าที่ 2 ว่า "Without prejudice to the foregoing, ATLAS and the Agent are by their own entitled to appeal to Arbitration Court of Disputes and claims arising from this Agreement. The appeal to and the award of the Arbitration Court shall be final and binding on both ATLAS and the Agent. The Arbitration Court shall be established and shall proceed in accordance with Swiss Rules of International Arbitration at the Chamber of Commerce in Zurich/Switzerland. The Arbitration Court shall include one arbitrator, appointed by the President of the Chamber of Commerce

in Zurich. The language of arbitration shall be English." โดย "ATLAS" หมายถึงจำเลย และ "the Agent" หมายถึงโจทก์ซึ่งเป็นตัวแทน

คดีมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามอนุทฤษฎณ์ของโจทก์ว่า คำสั่งของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางที่ให้จำหน่ายคดีโจทก์ออกจากสารบบความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ปัญหานี้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่า สัญญาตัวแทนตามคำฟ้องข้อ 18 ย่อหน้าแรก ที่ตกลงให้เฉพาะจำเลยเท่านั้นมีสิทธิฟ้องคดีในศาลไทย โดยตัดสิทธิมิให้โจทก์มีสิทธิฟ้องคดีในศาลไทยนั้นตกเป็นโมฆะ แต่สัญญาข้อ 18 ย่อหน้าที่สอง ที่ระบุให้คู่สัญญาสามารถนำคดีไปสู่การวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นข้อตกลงที่เป็นอิสระไม่เกี่ยวข้องกับย่อหน้าแรก และสัญญาก็ตกลงชัดเจนให้แยกส่วนข้อตกลงที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะได้ ข้อตกลงในส่วนอนุญาโตตุลาการตามย่อหน้าที่สองจึงมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาได้ เห็นว่า เมื่อพิจารณาคำแปลสัญญาตัวแทน ข้อ 18 เรื่องการระงับข้อพิพาทที่จำเลยแปลไว้ในคำให้การ และคำร้องของจำเลยที่ขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 เปรียบเทียบกับคำแปลสัญญาข้อที่ 18 ของโจทก์ และคำแปลสัญญาข้อดังกล่าวของโจทก์ในคำคัดค้าน ประกอบกับทางนำสืบของแต่ละฝ่ายแล้ว ในส่วนของสัญญาข้อ 18 ย่อหน้าแรกนั้น ทั้งโจทก์และจำเลยต่างแปลไปในการทำนองเดียวกันโดยมีใจความสรุปได้ว่า หากมีข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญานี้ ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันตามนัยของสัญญานี้ก่อนเป็นอันดับแรก หากการตกลงร่วมกันเช่นว่าไม่ประสบความสำเร็จ สถานที่ที่มีเขตอำนาจสำหรับข้อพิพาททั้งปวงที่อาจเกิดขึ้น คือ เบรเมน (ศาลแห่งเมืองเบรเมน) อย่างไรก็ตามจำเลยยังมีสิทธิฟ้องโจทก์ต่อศาลในประเทศไทยอันเป็นสถานที่ที่โจทก์ได้จดทะเบียนสำนักงานไว้ได้ ดังนี้เห็นได้ว่า สัญญาตัวแทนตามคำฟ้องเป็นสัญญาระหว่างโจทก์ซึ่งมีสำนักงานอยู่ในประเทศไทยกับจำเลยซึ่งมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองเบรเมน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวซึ่งมีลักษณะเป็นการให้บริการระหว่างประเทศไปฟ้องยังศาลแห่งเมืองเบรเมน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือเป็นภูมิลำเนาของจำเลยจึงสามารถทำได้ตามหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ ไม่ตกเป็นโมฆะดังที่โจทก์อุทธรณ์ สำหรับสัญญาข้อ 18 ย่อหน้าที่สอง ที่กล่าวถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสมาพันธ์รัฐสวิสที่สภาหอการค้าในเมืองซูริค ประเทศสมาพันธ์รัฐสวิส นั้น ทั้งสองฝ่ายต่างแปลและตีความในตอนต้นที่ระบุถึงการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้แตกต่างกัน โดยจำเลยแปลและตีความทำนองว่า แต่ละฝ่ายมีสิทธิเสนอข้อพิพาทต่อศาลอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทและข้อเรียกร้องทั้งปวงที่เกิดขึ้นจากสัญญา

ฉบับนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนำคดีไปสู่ศาลตามย่อหน้าแรก คู่สัญญาอีกฝ่ายก็อาจยกข้อสัญญาในย่อหน้าที่สองนี้เพื่อให้ศาลจำหน่ายคดีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อนได้ ส่วนโจทก์แปลและตีความทำนองว่า แต่ละฝ่ายมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทและข้อเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากสัญญาฉบับนี้ แต่การจะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ จะต้องดำเนินการตามย่อหน้าแรกจนศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเสียก่อน แล้วจึงอุทธรณ์ไปยังอนุญาโตตุลาการได้ เห็นว่า ในการตีความสัญญานั้นต้องตีความไปตามความประสงค์หรือเจตนาอันมีส่วนร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักปฏิบัติและกฎหมายไทยด้วย โดยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) มาเป็นหลักในการพัฒนานั้น มีบทบัญญัติให้คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในต่างประเทศยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ และผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้นก็อาจพิสูจน์เพื่อให้ศาลมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้เช่นกัน แต่ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้คู่พิพาทหรือคู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาลจนมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเสียก่อน แล้วจึงอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นต่ออนุญาโตตุลาการ แม้การระงับข้อพิพาทของคู่ความมีด้วยกันหลายวิธี การเป็นความนำคดีขึ้นสู่ศาลย่อมเป็นทางเลือกสุดท้ายดังกล่าวว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน การที่โจทก์แปลและตีความสัญญาในข้อที่ 18 ย่อหน้าที่สองคำว่า "appeal to Arbitration Court" หมายถึงการอุทธรณ์ต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเงื่อนไขบังคับหลังจากย่อหน้าแรกที่ต้องฟ้องคดีต่อศาลจนมีคำสั่งหรือคำพิพากษาซึ่งเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนนั้น จึงขัดต่อหลักปฏิบัติและพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 การแปลและตีความในลักษณะที่โจทก์นำเสนอจึงมีผลให้สัญญาข้อ 18 ทั้งข้อไร้ผล ในขณะที่จำเลยนำเสนอเกี่ยวกับคำแปลและการตีความสัญญาข้อดังกล่าวในทำนองที่เป็นผลบังคับได้ โดยนำเสนอถึงคำว่า "appeal" ในภาษาเยอรมันนั้นอาจมีความหมายได้หลายประการ และอาจแปลว่า "การร้องขอ" หรือ "ยื่นต่อ" ได้ ซึ่งสัญญาข้อ 18 ย่อหน้าที่สอง ไม่น่าหมายถึงกระบวนการยื่นอุทธรณ์จากศาลชั้นต้นไปสู่อนุญาโตตุลาการ และนายมหัทเทียส พยานจำเลยซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ก็ไม่เคยเห็นกระบวนการเช่นนี้มาก่อน พยานจึงเห็นว่า คำว่า "appeal" ในสัญญาข้อดังกล่าวหมายถึงการนำไปสู่การยื่นหรือการมอบต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งในประเด็นนี้โจทก์ก็ไม่ได้ถามค้านพยานจำเลยปากดังกล่าวไว้ ทั้งเมื่อพิจารณาสัญญาข้อ 18 ย่อหน้าที่สอง ที่เริ่มต้นด้วยข้อความว่า "Without prejudice to the foregoing,..." ซึ่งแปลได้ว่า "โดยไม่กระทบกระเทือนต่อข้อความในย่อหน้าแรก..." แล้ว เห็นได้ว่าการ

ที่คู่สัญญาเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามย่อหน้าที่สองนั้น ไม่ทำให้ข้อตกลงที่กำหนดให้ต้องมี การตกลงหาทางระงับข้อพิพาทกันเองก่อนและการกำหนดเขตอำนาจศาลในย่อหน้าแรกเสียไป สัญญาข้อดังกล่าวทั้งสองย่อหน้าจึงไม่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนและเงื่อนไขบังคับหลังต่อกัน ดังที่โจทก์อุทธรณ์ การแปลและตีความสัญญาในข้อ 18 ตามที่จำเลยนำสืบมานั้นจึงมีน้ำหนักให้รับฟัง ได้มากกว่าที่โจทก์นำสืบ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ตามสัญญาข้อดังกล่าวข้อ 18 คู่สัญญาประสงค์ให้ทั้งสอง ฝ่ายตกลงหาทางระงับข้อพิพาทร่วมกันก่อนเป็นอันดับแรก หากตกลงเจรจากันไม่สำเร็จ คู่สัญญา สามารถเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ในย่อหน้าที่สองได้ ส่วนศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดหรือคัดค้านเพื่อไม่ให้มีการ บังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในย่อหน้าแรก สัญญาข้อดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ โดย ไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถ ปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งให้ จำหน่ายคดีของโจทก์ออกจากสารบบความเพื่อให้โจทก์ไปดำเนินการให้มีการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 นั้น ศาลฎีกาแผนกคดี ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเห็นพ้องด้วยในผล อุทธรณ์ของโจทก์ฟังไม่ขึ้น

ส่วนที่โจทก์อุทธรณ์ต่อไปว่า สัญญาตัวแทนตามคำฟ้องมีกำหนดเวลาสิ้นสุด ลงในวันที่ 31 ธันวาคม 2557 สัญญาดังกล่าวจึงสิ้นสุดลงแล้ว คู่สัญญาย่อมหมดความผูกพันและไม่ ต้องปฏิบัติตามสัญญาซึ่งรวมถึงข้อ 18 ย่อหน้าที่สองอีกต่อไปด้วยนั้น เห็นว่า เมื่อสัญญาตามคำฟ้องมี ข้อตกลงให้ต้องดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการดังที่ได้วินิจฉัยมาข้างต้น อันถือว่าเป็นสัญญา อนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 แล้ว แม้อต่อมาสัญญา ดังกล่าวจะสิ้นสุดลง ก็มีเงื่อนไขเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้หรือมี เหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง โจทก์และจำเลยยังมีหน้าที่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังกล่าว เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น อุทธรณ์ข้อนี้ของโจทก์ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน และเมื่อวินิจฉัยได้ความดังนี้แล้ว กรณีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยอุทธรณ์อื่นของโจทก์อีกต่อไป เพราะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลง พิพากษายืน

5.1.2 คดีระหว่าง Advanced Bodycare Solutions v. Thione International (United States Court of Appeals, Eleventh Circuit) (USA) 2008

ปัญหาดังกล่าวนี้ไม่เพียงแต่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายของไทยแต่ยังเกิดขึ้นในระบบกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาในคดีของศาลอุทธรณ์ United States Court of Appeals, Eleventh Circuit ในคดีระหว่าง Advanced Bodycare Solutions v. Thione International⁵⁰² ตัดสินว่าข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทในสัญญาเชิงพาณิชย์ที่อนุญาตให้คู่สัญญามีทางเลือกในการไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการไม่ใช่ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ดังนั้น ข้อความนี้จึงไม่มีผลบังคับใช้ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการในระดับรัฐบาลกลาง (The Federal Arbitration Act) แต่อย่างไรก็ดี คำพิพากษาของศาลในบางรัฐของสหรัฐอเมริกาก็มีการตัดสินที่แตกต่างกันออกไป โดยศาลจะมีคำสั่งให้เลื่อนคดีออกไปเพื่อรอผลการพิจารณาคดีของฝ่ายต่างๆ ในให้คู่พิพาทได้พยายามในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่พิพาท หรือศาลได้พิพากษายกฟ้องตามคำร้องขอให้ยกฟ้องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดการไกล่เกลี่ยตามสัญญาในสัญญาของคู่สัญญา⁵⁰³

5.1.3 คดีระหว่าง NWA and others v NVF and others 2021 (England)

คดีระหว่าง NWA and others v NVF and others [2021] EWHC 2666 Queen's Bench Division (Commercial Court)⁵⁰⁴ คดีดังกล่าวสืบเนื่องมาจากคู่ความทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญาเพื่อปรับโครงสร้างธุรกิจใหม่ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตร โดยข้อสัญญาใน ข้อ 10.2 ซึ่งเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ได้ระบุว่า “10.2 Disputes (a) In the event of a dispute arising out of or in connection with this Agreement, including any question regarding its existence, validity, termination, interpretation or effect, the relevant parties to the dispute shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the London Court

⁵⁰² Advanced Bodycare Solutions v. Thione Int'l, 524 F.3d 1235, 1238 (11th Cir. 2008).

⁵⁰³ Thomas J Stipanowich, “Multi-Tier Commercial Dispute Resolution Processes in the United States.” Chapter. In Multi-Tier Approaches to the Resolution of International Disputes: A Global and Comparative Study, edited by Anselmo Reyes and Weixia Gu , Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p 271–293.

⁵⁰⁴ NWA and others v NVF and others [2021] EWHC 2666 Queen's Bench Division (Commercial Court).

of International Arbitration (“LCIA”) Mediation Procedure, which Procedure is deemed to be incorporated by reference into this clause insofar as they do not conflict with its express provisions. Any mediation shall take place in London. (b) If the dispute is not settled by mediation within 30 days of the commencement of the mediation or such further period as the relevant parties to the dispute shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules from time to time in force (“the Rules”), which Rules are deemed to be incorporated by reference into this Agreement insofar as they do not conflict with its express provisions. ...”

คดีดังกล่าวมีประเด็นให้ศาลต้องพิจารณาเป็นประการแรกว่า การที่จำเลยกล่าวหาว่าโจทก์ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดสำหรับการไกล่เกลี่ย LCIA ก่อนหน้านี้ เป็นเพียงประเด็นที่ส่งผลต่อการยอมรับการเรียกร้องหรือเป็นปัญหาอันเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลที่จะรับคดีไว้เพื่อพิจารณา หากเป็นกรณีหลัง (กล่าวคือ เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการอันเป็นประเด็นในเนื้อหา) ศาลจะต้องพิจารณาประเด็นเพิ่มเติมต่อไป⁵⁰⁵

1.) ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ย LCIA ก่อน

(ก) มีความแน่นอนเพียงพอที่จะบังคับใช้ และ/หรือ

(ข) เงื่อนไขบังคับก่อนของข้อตกลงในการอนุญาโตตุลาการ

หรือไม่?

2.) ถ้าเป็นเช่นนั้น จำเลยปฏิบัติตามบทบัญญัติเหล่านั้นหรือไม่?

3.) หากจำเลยไม่ปฏิบัติตาม วิธีแก้ไขที่เหมาะสมสำหรับการไม่ปฏิบัติตาม

คืออะไร

บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดี การที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทควรหาทางไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทของตนเสียก่อน ก่อนที่จะส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสินหรือพิจารณาข้อ

⁵⁰⁵ Ibid, para 28 – 31.

พิพาทดังกล่าว ภายใต้มาตรา 67⁵⁰⁶ ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี 1996 (the Arbitration Act 1996) หรือไม่ ซึ่งในมาตรา 30⁵⁰⁷ ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี 1996 (the Arbitration Act 1996) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเอง

คดีนี้ จำเลยโต้แย้งว่าตามมาตรา 67(1)(a) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี 1996 (the Arbitration Act 1996) คำชี้ขาดบางส่วนของอนุญาโตตุลาการคน

⁵⁰⁶ the Arbitration Act 1996 Article 67 Challenging the award: substantive jurisdiction.

(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court—

(a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction;

or

(b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction.

A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

(2) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make a further award while an application to the court under this section is pending in relation to an award as to jurisdiction.

(3) On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order—

(a) confirm the award,

(b) vary the award, or

(c) set aside the award in whole or in part.

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

⁵⁰⁷ the Arbitration Act 1996 Article 30 Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.

เดี่ยวและทำการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญา ดำเนินการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งลอนดอน (“LCIA”) ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวที่ตัดสินว่าข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาไม่ได้ทำให้การไกล่เกลี่ยภายใต้ขั้นตอนการไกล่เกลี่ย LCIA เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนในการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการไกล่เกลี่ยที่ไม่บรรลุผลในขั้นก่อนการอนุญาโตตุลาการไม่มีผลต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ข้อสัญญาดังกล่าวที่กำหนดนั้นไม่ชัดเจนเพียงพอและแน่นอนที่จะทำให้บังคับใช้ได้ และไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าจำเลย (ผู้ร้องในชั้นอนุญาโตตุลาการ) ละเมิดข้อกำหนดดังกล่าว อนุญาโตตุลาการจึงวินิจฉัยว่าเขามีอำนาจตามกฎหมายตามอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาตรา 30(1) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่าแม้ว่าข้อ 10.2(a) จะมีเงื่อนไขบังคับก่อนตามกฎหมาย และจำเลยละเมิดเงื่อนไขบังคับก่อนที่ถูกล่ามโซ่โดยไม่ได้หาทางระงับข้อพิพาทก่อนด้วยการไกล่เกลี่ย และคู่พิพาทไม่สามารถอาศัยการละเมิดของตนเองเพื่อโต้แย้งว่าจำเลยไม่ปฏิบัติตาม การปฏิบัติตามเงื่อนไขบังคับก่อนที่ถูกล่ามโซ่มาในคำร้องนั้นได้รับการยกเว้นจากคู่สัญญา ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว แม้ว่าข้อกำหนดในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณีในขั้นแรกจะเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาก็ตาม ศาลจึงได้ยกคำคำร้องคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาจากเหตุที่ว่าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในการขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะส่งต่อไปยังอนุญาโตตุลาการ ศาลอธิบายถือเป็นการละเมิดที่อาจเกิดขึ้นจากข้อกำหนดของขั้นตอนในการยอมรับข้อพิพาทสำหรับอนุญาโตตุลาการซึ่งขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการในการตัดสิน และไม่ใช้ความผิดพลาดซึ่งขึ้นอยู่กับเขตอำนาจของศาล ดังนั้นจึงไม่ถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านตามมาตรา 67 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (the Arbitration Act 1996)

ทั้งนี้ คดีระหว่าง NWA and others v NVF and others (England) 2021 ผู้พิพากษา Calver ได้อ้างถึง ตำราทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการ International Commercial Arbitration (3 rd Edn, 2021) ของ Gary Born ใน ย่อหน้าที่ 5.08 ของหน้า 975, ความว่า “ข้อพิพาทและความไม่แน่นอนอันเป็นผลจากข้อกำหนดขั้นตอนก่อนอนุญาโตตุลาการไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์พื้นฐานและวัตถุประสงค์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหลายชั้น (Multi-tier) ไม่สอดคล้องกับประสงค์ของคู่สัญญาในแทบจะทุกกรณี เพื่อให้แน่ใจว่าสามารถเข้าถึงวิธีที่รวดเร็ว มีผลผูกพัน และเป็นกลางในการแก้ไขข้อพิพาทของคู่พิพาท ซึ่งเป็นเป้าหมายหลักของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตามที่กล่าวไว้ด้านล่าง ความ

ถูกต้อง ลักษณะและเนื้อหาของข้อกำหนดขั้นตอนก่อนอนุญาโตตุลาการ (Pre-Arbitration) และผลที่ตามมาของการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเหล่านี้ เป็นเรื่องของการตีความตามสัญญาของข้อตกลงแต่ละฉบับในท้ายที่สุด ไม่น่าแปลกที่ทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปที่แตกต่างกันอย่างมากร่วมเกี่ยวกับข้อกำหนดของกระบวนการก่อนอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอยู่ในข้อตกลงที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวไว้ด้านล่าง ไม่มีข้อความในสัญญาที่ขัดกันอย่างชัดเจน ควรใช้ลักษณะทั่วไปดังต่อไปนี้:

(ก) บทบัญญัติการเจรจาและการไกล่เกลี่ยโดยทั่วไปควรถือว่าไม่สามารถบังคับใช้ได้

(ข) การไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของกระบวนการก่อนอนุญาโตตุลาการควรได้รับการยกเว้นตามปกติ

(ค) ข้อกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนก่อนอนุญาโตตุลาการควรมีลักษณะเฉพาะว่าเป็นขั้นตอนหรือสาระสำคัญ (ไม่ใช่เขตอำนาจ) และผลที่ตามมาจากการไม่ปฏิบัติตามควรอยู่นอกเขตอำนาจ

(ง) การตีความและการใช้ข้อกำหนดขั้นตอนก่อนอนุญาโตตุลาการควรเป็นเรื่องของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่ศาล”

และ ย่อหน้าที่ 5.08 ของหน้า 1000, “ในการตีความข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่กรณี วิธีการที่ดีกว่าคือการสันนิษฐานโดยไม่มีหลักฐานที่ตรงกันข้าม ว่าข้อกำหนดของกระบวนการก่อนอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ “เขตอำนาจ” ผลที่ตามมา ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ ข้อกำหนดเหล่านี้จะมีข้อสันนิษฐานว่าทั้งอนุญาโตตุลาการสามารถแก้ไขได้และจำเป็นต้องส่งไปยังอนุญาโตตุลาการ (ซึ่งตรงข้ามกับศาลระดับประเทศ) สำหรับคำตัดสินเบื้องต้น ในทำนองเดียวกัน มติของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นดังกล่าวโดยทั่วไปจะอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลเพียงเล็กน้อยเท่านั้นในการเพิกถอนหรือการดำเนินการรับรองในภายหลัง เหตุผลสำหรับข้อสันนิษฐานนี้คือข้อกำหนดสำหรับการยุติ การเจรจาหรือการไกล่เกลี่ยเกี่ยวข้องกับแง่มุมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยเนื้อแท้แล้วมักต้องมีการตีความและการใช้กฎอนุญาโตตุลาการ สถาบันหรือข้อกำหนดขั้นตอนของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ สิ่งที่สำคัญไม่แพ้กัน การเยียวยาสำหรับการละเมิดข้อกำหนดเหล่านี้จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับประเด็นขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาและการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการ ในทั้งสองกรณี ประเด็นเหล่านี้เหมาะสมที่สุดสำหรับการแก้ปัญหาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ภายใต้การพิจารณาของศาลล่าง เช่นเดียวกับการตัดสินใจตามขั้นตอน

อื่นๆ” ทั้งนี้ในคดีดังกล่าวศาลยังได้อ้างอิงถึง แนวปฏิบัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ออกโดย สถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งชาติ Chartered Institute of Arbitrators, Jurisdictional Challenges ซึ่งมีเหตุผลทำนองเดียวกัน ว่าระบุไว้ในย่อหน้า 6 และ 8 ในหน้า 3-4 ความว่า “เมื่อพิจารณาถึงการคัดค้านอนุญาโตตุลาการควรดูแยกแยะระหว่างการคัดค้านต่อเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านต่อการยอมรับข้อเรียกร้อง ตัวอย่างเช่น, การคัดค้านบนพื้นฐานที่ว่าข้อเรียกร้อง, หรือส่วนหนึ่งของข้อเรียกร้อง, ถูกจำกัดเวลาหรือถูกห้ามจนกว่าจะบรรลุเงื่อนไขเบื้องต้นบางประการ, เป็นการคัดค้านต่อการยอมรับข้อเรียกร้องนั้นในเวลานั้น, กล่าวคืออนุญาโตตุลาการสามารถรับฟังคำร้องของอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่. เนื่องจากอาจมีข้อบกพร่องและ/หรือขั้นตอนที่ยอมรับไม่ได้ ไม่ใช่เรื่องคัดค้านต่ออำนาจศาลของอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินข้อเรียกร้องเอง ...”

5.1.4 คดีระหว่าง Heartronics Corp v EPI Life (Singapore) 2017

ในประเทศสิงคโปร์ในคดีระหว่าง Heartronics Corp v EPI Life 2017 (Singapore)⁵⁰⁸ โดย Heartronics Corporation ยื่นฟ้อง EPI Life Ptd Ltd ต่อศาลสิงคโปร์สืบเนื่องจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิและสัญญาจัดจำหน่ายอุปกรณ์ทางการแพทย์ Heartronics Corporation ประเด็นปัญหาประการหนึ่งที่ศาลสิงคโปร์ต้องวินิจฉัยคือ ข้อตกลงระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR Clause) ที่คู่สัญญาตกลงให้ข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวต้องส่งไปยังศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสิงคโปร์ (SMC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC) เพื่อยุติข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ Med – Arb เป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) หรือไม่ ในข้อเท็จจริงของคดีดังกล่าว Heartronics Corporation พยายามที่จะเริ่มกระบวนการ Med-Arb ภายใต้ศูนย์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ (SIMC) แต่ EPI Life Ptd Ltd ปฏิเสธอย่างต่อเนื่องที่จะตกลงกำหนดนัดวันสำหรับการไกล่เกลี่ยหรือชำระค่าธรรมเนียม ภายหลัง Heartronics Corporation ก็เริ่มดำเนินการยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลสิงคโปร์โดยเห็นว่าข้อตกลงการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นอันยกเลิกเพิกถอนไปแล้วเพราะ EPI Life Ptd Ltd ปฏิเสธที่จะดำเนินการในกระบวนการดังกล่าว เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลสิงคโปร์ EPI Life Ptd Ltd ยื่นคำร้องขอพักการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีในศาลสิงคโปร์เนื่องจากต้องดำเนินคดีในกระบวนการ Med – Arb ก่อน ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 (International Arbitration Act 1994) โดย EPI Life Ptd Ltd ให้เหตุผลว่า ADR Clauses ไม่มีข้อตกลงการระงับข้อพิพาทหนึ่งฉบับ แต่มีข้อตกลงการระงับข้อพิพาทแยกต่างหากสอง

⁵⁰⁸ Heartronics Corporation v. EPI Life Pte Ltd and Others. [2017] SGHCR 17. High Court.

ฉบับ ซึ่งประกอบด้วยข้อตกลงการไกล่เกลี่ยและข้อตกลงแยกต่างหากเพื่ออนุญาตตุลาการหากการไกล่เกลี่ยล้มเหลว ดังนั้น แม้ว่า EPI จะกระทำการปฏิเสธการละเมิดข้อกำหนด ADR การละเมิดดังกล่าวให้สิทธิแก่ Heartronic Corporation ในการปฏิบัติต่อข้อตกลงการไกล่เกลี่ยตามที่ได้ยกเลิกไปแล้วเท่านั้น ข้อตกลงอนุญาตตุลาการยังคงใช้งานได้ และด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะรับคดีไว้พิจารณาโดยหากยังไม่ผ่านกระบวนการอนุญาตตุลาการ ศาลพิจารณาบทบัญญัติของ SIMC-SIAC Med-Arb กระบวนพิจารณาซึ่งกำหนดไว้สำหรับกระบวนการไกล่เกลี่ยและอนุญาตตุลาการที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิด และเห็นว่าการพิจารณาถึงกระบวนการการไกล่เกลี่ยและอนุญาตตุลาการแยกกันนั้นจะไม่สอดคล้องกับตามทางความประสงค์ในทางการค้าของคู่สัญญาซึ่งตกลงอย่างชัดเจนที่จะใช้กลไกแบบผสม (Hybrid Mechanism) นอกจากนี้ หากได้อนุญาตให้คดีของ Heartronic Corporation อยู่ต่อในกระบวนการพิจารณาของศาลต่อไปจะถูกบังคับให้ใช้ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างอย่างมากจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ กล่าวคือ ข้อพิพาทจะเรียกว่าอนุญาตตุลาการ ราวกับว่าข้อกำหนด ADR ไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการไกล่เกลี่ย ดังนั้น ศาลเห็นว่าภาระผูกพันในการไกล่เกลี่ยและอนุญาตตุลาการที่มีอยู่ใน ADR Clauses ประกอบด้วยกลไกการระงับข้อพิพาทแบบรวม ซึ่งทั้งหมดจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการ (Arbitration Clause) สำหรับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 (International Arbitration Act 1994) ซึ่งศาลในคดีดังกล่าวตัดสินทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3281/2562 ของไทยว่าแม้ขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งของข้อตกลงการระงับข้อพิพาทมีส่วนหนึ่งคือกระบวนการอนุญาตตุลาการถือว่ามีข้อตกลงอนุญาตตุลาการ (Arbitration Agreement) แล้ว

5.1.5 แนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาตตุลาการสถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ CIArb 2021

แนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาตตุลาการสถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ CIArb 2021 (CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021) ได้ให้คำแนะนำว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการอ้างถึงข้อพิพาทอาจต้องเผชิญกับข้อสัญญาการระงับข้อพิพาท (Dispute resolution clause) แบบหลายระดับชั้น (Multi - Tier) ซึ่งคาดการณ์ว่าควรพยายามแก้ไขข้อพิพาทอย่างเป็นมิตรก่อนที่จะเริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ นั้นมีประเด็นอย่างยิ่งที่จะก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการที่จะรับคดีไว้พิจารณา (Jurisdiction) ผู้คัดค้านอาจคัดต่อคำร้องผู้ร้องที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้งซึ่งผู้คัดค้านได้คัดค้านเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้ดำเนินการ

ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อตกลงการระงับข้อพิพาท แม้ในกรณีที่ไม่มี การคัดค้านอย่างชัดเจนใน เนื้อหาต่ออนุญาโตตุลาการแต่ก็อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าการดำเนินการโดยยื่นคำร้องต่อ อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ CI Arb ได้ให้ข้อเสนอแนะว่า เพื่อ หลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวนี้ ประโยคของข้อสัญญาที่ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทแบบหลายระดับชั้น (Multi - Tier) ควรระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอย่างชัดเจนในการดำเนินการตามข้อตกลง ดังกล่าว รวมทั้งกำหนดเวลาสำหรับการปฏิบัติตามได้ให้คำแนะนำ ดังนี้⁵⁰⁹

ก.) คู่สัญญาอาจเลือกเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย เพียงวิธีเดียว โดยไม่นำข้อพิพาทของตนเข้าสู่การดำเนินในขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการในทันที

ข.) คู่กรณีอาจส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการหลังจากพยายามระงับข้อ พิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยในครั้งแรก ในบางกรณีนี้อาจเป็นผลมาจากมาตรการระงับข้อพิพาทแบบ ลำดับชั้น (tier) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่กำหนดให้คู่กรณีต้องไกล่เกลี่ยก่อนที่จะเริ่มอนุญาโตตุลาการ⁵¹⁰

ค.) คู่สัญญาอาจเลือกที่จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังจากเริ่มกระบวนการทาง อนุญาโตตุลาการ ซึ่งบางครั้งเกิดขึ้นจากกฎของสถาบันที่เป็นทางการ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะ เริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ในทำนองเดียวกันนี้คู่กรณีอาจเลือกใช้วิธีไกล่เกลี่ยที่คู่กรณี เลือกได้ตลอดเวลาในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁵¹¹

ง.) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจต้องการไกล่เกลี่ยในประเด็นข้อพิพาทบาง ประเด็นควบคู่ไปกับอนุญาโตตุลาการในประเด็นอื่น โดยอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายใช้กลไกทั้งสองอย่างให้ เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เนื่องจากทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่าสมควรที่จะแก้ไขข้อพิพาท⁵¹²

⁵⁰⁹ Chartered Institute of Arbitrators , CI Arb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration [Online]. Available from <https://www.ciarb.org/media/16823/ciarb-professional-practice-guideline-on-the-use-of-mediation-in-arbitration-2021.pdf>

⁵¹⁰ Ibid, Section 4 on Mediation at the commencement of arbitral proceedings.

⁵¹¹ Ibid, Section 5 on Settlement techniques short of mediation during the course of arbitral proceedings.

⁵¹² Ibid, Section 6 on Attempting mediation during the course of arbitral proceedings.

จ.) คู่สัญญาอาจเลือกใช้การไกล่เกลี่ยหลังจากการสิ้นสุดของ อนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น ก่อนอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดหรือภายหลังหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่พอใจกับคำชี้ขาดทั้งหมด⁵¹³

5.2 วิเคราะห์ประเด็นรูปแบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทร่วมกัน

5.2.1 วิเคราะห์การออกแบบรูปแบบกระบวนการระงับข้อพิพาทในการทำงานร่วมกัน ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ

ตามทีอภิปรายไปในบทที่ 3 และบทที่ 4 กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม ระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของสถาบันต่าง ๆ อาจเกิดขึ้นได้ใน 3 รูปแบบ ด้วยกัน เช่น กระบวนการแบบพร้อมกันหรือแบบคู่ขนาน (Simultaneous/Parallel process) กระบวนการแบบตามลำดับหรือเพิ่มระดับ (sequential or multi – tier process) รวมถึงการทำหน้าที่คนกลางระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการทั้งแบบสามารถเป็นบุคคลคนเดียวกันได้ (the same neutrals) หรือเป็นบุคคลคนละคน โดยประเด็นทั้งสองประการนี้เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายใน ระดับพระราชบัญญัติของเขตอำนาจศาลในประเทศต่าง ๆ รวมถึงกฎในระดับสถาบันและวัฒนธรรม ทางกฎหมายตลอดจนทฤษฎี จึงมีข้อพิจารณาของว่าสถานการณ์ที่ผู้ทำหน้าที่คนกลางเปลี่ยนบทบาท จะเกิดขึ้นเมื่อใดและเกิดขึ้นอย่างไร รวมถึงในกระบวนการทั้งสามรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นผู้ไกล่เกลี่ย และอนุญาโตตุลาการในกระบวนการระงับข้อพิพาทเดียวกัน (Med – Arb pure) จะมีทางเลือกใน การดำเนินการอย่างไร ในบทนี้ผู้เขียนจึงได้ข้อสรุปและสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

5.2.1.1 ข้อพิจารณาของสถานการณ์ที่ผู้ทำหน้าที่คนกลางเปลี่ยนบทบาท (Switch Hats)

1.) ข้อตกลงก่อน (Prior agreement) คู่สัญญาอาจมีส่วนร่วมในแนวทาง Med-Arb, Arb-Med หรือคล้ายคลึงกันอันเป็นผลมาจากข้อตกลงล่วงหน้าระหว่างคู่สัญญา ซึ่งอาจ รวมถึงกฎหรือขั้นตอนของสถาบันการระงับข้อพิพาทที่คู่สัญญาเลือกใช้ในข้อตกลงระงับข้อพิพาท ข้อตกลงดังกล่าวอาจทำขึ้นก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือหลังเกิดข้อพิพาทแต่จะต้องเกิดขึ้นก่อนที่ จะเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาท

2.) ผลสืบเนื่องจากอิทธิพลทางประเพณีวัฒนธรรมทางกฎหมายและกฎ สถาบันที่เกี่ยวข้อง (Impact of Legal cultural traditions and related institutional rules) ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 3 และบทที่ 4 วัฒนธรรมและประเพณีทางกฎหมายอาจกำหนดขั้นตอน

⁵¹³ Ibid, Section 10 on Post-award mediation.

สำหรับการเปลี่ยนแปลงบทบาทสำหรับอนุญาโตตุลาการในการช่วยส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสวมหมวกอีกใบในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนีประนอม ในกระบวนการ Arb-Med ในรูปแบบของจีน (Arb – Med Chinese Model) กฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของจีนได้กำหนดแนวปฏิบัติของการไกล่เกลี่ยรวมถึงการประนีประนอมยอมความภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ ดังที่แสดงโดยกฎของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นทางการ เช่น คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศของจีน (CIETAC)⁵¹⁴ หรือในวัฒนธรรมกฎหมายของบางประเทศเช่น เยอรมันที่อนุญาโตตุลาการมีในฐานะเป็นผู้ที่อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาท (Arbitrator as settlement facilitator) ตามรูปแบบเยอรมัน ในหลายประเทศที่ใช้กฎหมายแพ่ง อนุญาโตตุลาการอาจทำหน้าที่เป็นผู้อำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทได้หรือบางที่อาจเป็นผู้ประนีประนอมยอมความ (Conciliators) ในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ⁵¹⁵

3.) ปัญหาเกี่ยวกับการรักษาความลับ (Confidential) และหลักความเป็นกลางในการทำหน้าที่สองบทบาท (Neutrality)

ก. คดีระหว่าง Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings (Hongkong)

ในคดี Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings and another CACV 79/2011 (Hongkong)⁵¹⁶ ของเขตปกครองพิเศษฮ่องกง คดีดังกล่าวส่งผลถึงประเด็นในทางหลักการของความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการที่สวมหมวกใบเดียวกัน โดยในคดีดังกล่าวการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการซึ่งหนึ่งในอนุญาโตตุลาการและเลขานุการคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการซีอาน ได้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกัน คำพิพากษาของศาลชั้นต้นปฏิเสธการไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุผลทางนโยบายสาธารณะ (Public policy) ซึ่งศาลอุทธรณ์ของฮ่องกงได้

⁵¹⁴ The CIETAC Rules, 47

⁵¹⁵ Thomas J. Stipanowich, Arbitration, Mediation and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators, (Harvard Negotiation Law Review 265, Forthcoming Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2020/25), p.279.

⁵¹⁶ In Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings and another CACV 79/2011 (Hongkong Court).

กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นโดยให้บังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเงินแผ่นดินใหญ่เมืองซีอาน ทั้งนี้ในคดีดังกล่าวศาลอุทธรณ์ของฮ่องกงได้ยกเหตุผลว่ากรณีดังกล่าวไม่ถือว่ามีอคติอย่างเห็นได้ชัด (apparent bias) อันจะก่อให้เกิดปัญหาด้านนโยบายสาธารณะ

ข. คดีระหว่าง Bowden v. Weicker⁵¹⁷ (USA)

คดีดังกล่าวเป็นหนึ่งในคดีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการรักษาความลับอย่างครอบคลุมที่สุดในกระบวนการระงับข้อพิพาทโหมตผสม Med-Arb จากศาลอุทธรณ์รัฐโอไฮโอ โดยคดีดังกล่าวได้ตัดสินเกี่ยวกับการจัดการกับอนุญาโตตุลาการที่พยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เมื่อกระบวนการไกล่เกลี่ยล้มเหลว อนุญาโตตุลาการก็กลับไปทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและให้คำชี้ขาด (Arbitral Awards) ศาลได้ทบทวนกระบวนการ Med-Arb และระบุลักษณะของข้อตกลงที่จำเป็นสำหรับการระงับข้อพิพาทโหมตผสม

ครอบครัว Bowdens ได้ยื่นฟ้อง The Weickerts ต่อศาล Sandusky County Court of Common Pleas รัฐ Ohio states สืบเนื่องมาจากข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการขายธุรกิจประกันภัย สัญญาที่ขายธุรกิจประกันภัยกำหนดให้การระงับข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงว่าอาจเป็นการดีที่ทั้งฝ่ายที่จะพยายามไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีก่อน หลังจากการไกล่เกลี่ยสองวัน ทั้งสองฝ่ายได้ลงนามในเอกสารที่เขียนด้วยลายมือโดยอ้างว่าจะขายธุรกิจใบราคาหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงเบื้องต้น และทั้งสองฝ่ายคาดว่าจะ "ระบุนรายละเอียด" ของข้อตกลงในเอกสารฉบับอื่น ในที่สุดคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ไม่สามารถสรุปสัญญาได้ และข้อพิพาทได้ดำเนินต่อไปยังอนุญาโตตุลาการโดยที่ ทำหน้าที่ เป็นคนกลางคนเดียวกัน หลังจากการพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการได้ออกคำชี้ขาดให้ฝ่าย Weickerts เป็นฝ่ายแพ้คดี ภายหลัง Bowdens ได้ยื่นคำร้องเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ฝ่าย Weickerts ได้ยื่นคำร้องคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่ง Weickerts ได้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินอำนาจของตน โดยพยายามแก้ไขข้อตกลงยุติคดีที่คู่สัญญาทำขึ้น ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของคำแนะนำที่กำหนดโดยศาลนี้และนอกเหนือขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

โดยในคดีดังกล่าวในชั้นของศาลอุทธรณ์แห่งรัฐโอไฮโอได้พิพากษาเกี่ยวกับประเด็นของกระบวนการระงับข้อพิพาท Med - Arb ว่า “กระบวนการไกล่เกลี่ยที่ตามมา

⁵¹⁷ Bowden v. Weickert, No. S-02-017, 2003 WL 21419175 (Ohio App. 6 Dist. 20 Jun. 2003).

ด้วยอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาดำเนินการอยู่ในกรณีนี้ บางครั้งเรียกว่าการดำเนินการแบบผสมผสาน หรือแบบผสมผสาน (Mixed mode) โดย Med – Arb การดำเนินการดังกล่าว เมื่อดำเนินการอย่างเหมาะสมแล้ว จะเป็นวิธีการที่แปลกใหม่และสร้างสรรค์เพื่อส่งเสริมวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาททางเลือก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากธรรมชาติของการไกล่เกลี่ยมีหลักพื้นฐานที่เป็นความลับ อนุญาโตตุลาการได้รับความเคารพในระดับสูง และมีความเป็นไปได้สูงที่กระบวนการพิจารณาคดีทั้งสองจะถูกลำไ้ใช้ก่อนที่ข้อพิพาทของพวกเขาจะได้รับการแก้ไข จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่สัญญาต้องยอมรับกฎพื้นฐานบางประการที่ศาล เริ่มแรก อย่างน้อยที่สุด บันทึกต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนว่าคู่กรณีได้ตกลงที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการ med-arb โดยอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการที่ศาลแต่งตั้งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของพวกเขา บันทึกจะต้องมี:

(1) หลักฐานที่แสดงว่าคู่กรณีทราบว่ามีผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหากความพยายามไกล่เกลี่ยล้มเหลว;

(2) ข้อกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับวิธีการที่ตกลงกันในการส่งประเด็นข้อเท็จจริงที่เป็นข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการหากการไกล่เกลี่ยล้มเหลว; และ

(3) หลักฐานว่าคู่สัญญาตกลงที่จะสละข้อกำหนดการรักษาความลับที่กำหนดไว้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือไม่ ... ในกรณีที่ข้อพิพาทของพวกเขาถูกอนุญาโตตุลาการในภายหลัง⁵¹⁸

ศาลในคดี *Bowden v. Weicker* ได้การพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการอาศัยข้อมูลที่ได้รับจากการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยโดยฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองการรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย และคู่สัญญาไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลที่เป็นความลับ ศาลเห็นว่าการใช้ข้อมูลที่เป็นกลางเช่นเดียวกับ อนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยให้การตัดสินของอนุญาโตตุลาการโดยพลการและเป็นไปตามอำเภอใจของอนุญาโตตุลาการ⁵¹⁹

⁵¹⁸ Ibid, para 6.

⁵¹⁹ Ibid, para 7.

5.2.1.2 ข้อพิจารณาสถานการณ์การทำงานร่วมกันในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นคนละคน (Med – Arb opt-out) ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทเดียวกัน

ในกรณีการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมไม่ว่าจะเป็น กระบวนการ Med-Arb , Arb-Med , Arb-Med-Arb ในลักษณะที่ทำหน้าที่ คนกลางในการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นคนละคนกันหรือทำหน้าที่แยกต่างหากจากกัน (Med – Arb opt-out/ separate functions) อาจเกิดข้อพิจารณาว่าในกระบวนการระงับข้อพิพาทเดียวกันนี้บุคคลผู้ทำหน้าที่คนกลางคนใดระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการควรจะเป็นผู้นำในการระงับข้อพิพาท (Leader) และอาจเกิดความขัดแย้งวลขึ้นได้เนื่องจากกฎของการทำงานร่วมกันของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Rules of Engagement) สืบเนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการมักถูกอ้างถึงว่าเป็นรูปแบบของความยุติธรรมแบบภาวะวิสัย (Objective) เนื่องจากอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องทำการตัดสินใจโดยใช้ข้อเท็จจริงและกฎหมาย หรือกฎที่มีผลเสียอื่นๆ ในทางกลับกันการไกล่เกลี่ยมักถูกอ้างถึงว่าเป็นรูปแบบของความยุติธรรมแบบอัตวิสัย (Subjective) ดังนี้ตามข้อเสนอของคณะทำงานโหมดมผสมคณะที่ 7 (IMI Mixed mode Working Group 7) ได้เสนอรูปแบบของการทำงานร่วมกันของอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยไว้เมื่อเกิดกรณีที่จะต้องมีการตัดสินใจว่าจะใช้ผู้ที่ทำหน้าที่คนกลางผู้ใดโดยบทบาทที่แตกต่างกัน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายต่างๆ รวมถึงที่ปรึกษาและผู้ทำหน้าที่คนกลางสามารถกำหนดได้ว่าจะปฏิบัติตามรูปแบบของกระบวนการโหมดมผสมแบบใด ดังนี้⁵²⁰

ทางเลือกที่ 1 – อนุญาโตตุลาการเงา (Option 1 – Shadow Arbitration) ผู้ทำหน้าที่คนกลางที่เป็นผู้นำในประเด็นของขั้นตอนจะเป็นผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะควบคุมกระบวนการและสามารถตัดสินใจว่าจะให้อนุญาโตตุลาการมีส่วนร่วมในกระบวนการอย่างไรและเมื่อใด โดยทางเลือกนี้อาจมีประโยชน์ในการให้อนุญาโตตุลาการเงา (Shadow Arbitration) เข้าร่วมในการสังเกตการณ์การพิจารณาคดีของในกระบวนการดังกล่าวร่วมกันทั้งหมด ในทางเลือกนี้อาจจำเป็นต้องให้คู่สัญญาสละสิทธิบางประการเพื่อให้แน่ใจว่าข้อมูลที่อนุญาโตตุลาการได้รับจากกระบวนการร่วมนี้ เช่น การพิจารณาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง หากจำเป็นก็พร้อมที่จะให้อนุญาโตตุลาการเงา (Shadow Arbitration) ทำการตัดสินใจและมีผลผูกพันทันทีในประเด็นที่สำคัญ

⁵²⁰ Working Group 7 Of “Mixed Mode” Imi/Si/Cca Taskforce Future Directions: Interactions Between Mediators And Arbitrators , p.8 – 10.

ทางเลือกที่ 2 – การไกล่เกลี่ยเงา (Option 2 – Shadow Mediator) อนุญาตตุลาการเป็นผู้นำในกระบวนการรวมถึงควบคุมจัดการกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตตุลาการจะแจ้งให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบถึงปัญหาที่อนุญาตตุลาการอาจต้องการให้คู่กรณีพยายามแก้ไขด้วยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งอาจเป็นการชี้แจงกฎบางอย่างหรือให้ผู้ไกล่เกลี่ยตรวจสอบข้อมูลที่ยังไม่ได้นำเสนอต่อผู้ไกล่เกลี่ยเงา (Shadow Mediator) โดยในกระบวนการนี้ผู้ไกล่เกลี่ยเงา (Shadow Mediator) มีไว้เพื่อช่วยเหลืออนุญาตตุลาการ ดังนั้น คู่สัญญาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการสละสิทธิบางประการและให้ความยินยอมอย่างชัดเจน

ทางเลือกที่ 3 – กระบวนการตามลำดับ (Option 3 – A Mosaic of sequential processes) โดยกระบวนการตามลำดับนี้จะขึ้นอยู่กับประเด็นที่ได้รับการระบุไว้และถูกกำหนดโดยกฎขั้นตอนที่ คู่สัญญาเลือกใช้ในฐานะสถาบันการระงับข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาตตุลาการอาจได้รับมอบหมายให้เป็นผู้นำผ่านกฎที่กำหนดไว้ในลักษณะตามลำดับหรือคู่ขนานของกระบวนการพิจารณา (Sequential or Parallel proceedings) เช่น Med-Arb, Arb-Med, Med//Arb, Arb-Med-Arb, Med-Arb-Med เป็นต้น โดยผู้ที่ทำหน้าที่คนกลางจะจัดสรรบทบาทความเป็นผู้นำตามหัวข้อต่างๆ และอาจถึงขั้นส่งต่อความรับผิดชอบ ในบทบาทคนกลางและอาจมีส่วนร่วมในระดับหนึ่งในการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อำนวยความสะดวกในการถ่ายโอนจากกระบวนการหนึ่งไปยังอีกกระบวนการหนึ่ง หรือระบุว่าประเด็นใดควรส่งต่อไปที่กระบวนการอีกระบวนการหนึ่งหรือประเด็นใดยังคงอยู่ในกระบวนการเดิม เช่น ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าประเด็นสำคัญบางข้อสามารถระงับข้อพิพาทได้ แต่ประเด็นบางข้อคู่กรณียังไม่อาจระงับข้อพิพาทได้ จึงทำการระงับข้อพิพาทบาทประเด็นในกระบวนการไกล่เกลี่ย ส่วนประเด็นที่ไม่อาจระงับข้อพิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ก็จะถูกส่งไปยังกระบวนการอนุญาตตุลาการ

ทางเลือกที่ 4 – กระบวนการแบบบูรณาการ (An Integrated Process) ฝ่ายที่ทำหน้าที่คนกลางจะทำงานร่วมกันและหารือร่วมกันและตัดสินใจร่วมกับฝ่ายต่างๆ และที่ปรึกษาของคู่สัญญาว่ากฎใดควรใช้ในเวลาใด และอาจถูกใช้เป็นรายกรณีไป ตัวอย่างเช่น สิ่งที่อนุญาตตุลาการไม่ควรได้รับอนุญาตให้รับฟัง กระบวนการนี้อาจนำไปสู่การจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาหรือผู้ไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะ โดยขึ้นอยู่กับการศึกษาหารืออย่างต่อเนื่องกับคู่กรณี

5.2.2 วิเคราะห์การทำหน้าที่ของคนกลางสองบทบาทในบริบทของประเทศไทย

จากที่ได้อภิปรายในบทที่ 2 เรื่องแนวคิดของการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในแนวคิดของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีวัฒนธรรมทางแนวคิดในการสนับสนุนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงไม่แปลกอะไรที่ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการจะสามารถเป็นคนเดียวกันได้ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป (Civil Law System) แม้จะไม่มีข้อกำหนดอนุญาตไว้โดยตรงในการทำหน้าที่สองบทบาทระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการก็ตามแต่ก็สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน และเนื่องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยได้รับอิทธิพลกร่างกฎหมายมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส⁵²¹ จึงไม่เป็นการแปลกอะไรที่ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการจะเป็นบุคคลคนเดียวกันได้ เนื่องจากประเทศไทยได้ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) อีกทั้งยังอยู่ในภูมิภาคเอเชียซึ่งมีวัฒนธรรมในเชิงบวกเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยยังได้มีบทบัญญัติส่งเสริมการไกล่เกลี่ยในทุกระดับปรากฏอยู่ในมาตรา 19 20 20 ทวิ และมาตรา 20 ตริ เมื่อพิจารณาประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ก็ได้มีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการสามารถทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้⁵²²

5.3 วิเคราะห์แนวปฏิบัติของการไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

5.3.1 ข้อวิจารณ์ของ IMI Mixed mode Task Force

จากงานวิจัยการระงับข้อพิพาทแบบใหม่ผสมของคณะทำงานศึกษาการระงับข้อพิพาทใหม่ผสม (IMI Mixed mode Task Force) หนึ่งในปัจจัยของการข้อจำกัดการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ คือ การขาดแนวทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพ (Practical guidance)⁵²³ การระงับข้อพิพาทแบบผสมยังคงเกิดข้อถกเถียงบ่อยครั้งในทางปฏิบัติจากมุมมองและการปฏิบัติที่แตกต่างกันอย่างมากในแต่ละเขตอำนาจศาลอันเป็นผลมาจากประเพณีทางวัฒนธรรมและกฎหมายที่แตกต่างกันยิ่งไปกว่านั้นยังขาดแนวทางปฏิบัติ (Practical guidance) ที่มีประสิทธิภาพสำหรับที่ปรึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาท ส่งผลให้เกิดโอกาสสำหรับข้อผิดพลาดอันส่งผลให้มีค่าใช้จ่ายสูงเกินเป็นอย่างมาก เมื่อไม่มีข้อมูลที่เพียงพอ

⁵²¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ วรณชัย บุญบำรุง , สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย, (สำนักพิมพ์นิติธรรม : กรุงเทพมหานคร) หน้า 164 – 165.

⁵²² ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 32

⁵²³ Thomas J. Stipanowich, supra note 515, p.269.

ในระดับที่เชื่อถือได้เกี่ยวกับประสบการณ์จริงกับกระบวนการดังกล่าว การระงับข้อพิพาทโหมดมผสม ซึ่งเป็นบทเรียนจากทัศนคติทั่วไปในเขตอำนาจของศาลสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ จำนวนมาก ถูกกำหนดมีความกังวลเกี่ยวกับความเสี่ยงของการพิจารณาการระงับข้อพิพาทเชิงพาณิชย์แบบผสม (Mixed / Hybrid process) ทำให้เขตอำนาจศาลบางแห่งประกาศหรือกำหนดข้อจำกัดที่สำคัญเกี่ยวกับบทบาทของผู้ที่ทำหน้าที่คนกลางในการระงับข้อพิพาทแบบผสม อย่างไรก็ตาม มีหลักฐานว่าแนวทางดังกล่าวสามารถได้ผลในกรณีที่เหมาะสม ถึงเวลาแล้วที่จะต้องประเมินบทบาทของ Med-Arb, Arb-Med และอนุญาโตตุลาการอีกครั้งในการเจรจาข้อพิพาทโดยพิจารณาจากประโยชน์ที่เป็นไปได้ของพวกเขาในฐานะทางเลือกที่สร้างสรรค์สำหรับการแก้ปัญหาในสถานการณ์ที่เหมาะสม และเพื่อเสนอแนวทางที่เป็นระบบมากขึ้นสำหรับการทำงาน รวมถึงตัวเลือกที่มีประสิทธิภาพในการหลีกเลี่ยงหรือการจัดการความเสี่ยงของคู่พิพาทอย่างเกิดประโยชน์สูงสุด⁵²⁴ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจึงเป็นการดีอย่างยิ่งต่อการพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทของไทยนอกจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และกฎในระดับสถาบัน โดยที่เมื่อไม่นานมานี้สถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ (Chartered Institute of Arbitrators : CIArb) ได้ออกแนวปฏิบัติของผู้ปฏิบัติงาน (Practical guidance) ในปี 2021 โดยมีชื่อว่าแนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ CIArb 2021 (CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021) เพื่อเป็นคู่มือแนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ

5.3.2 แนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพในการใช้การไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ CIArb 2021 (CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021)

5.3.2.1 วัตถุประสงค์ของแนวปฏิบัติ

สถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ (Chartered Institute of Arbitrators : CIArb) ได้ออกแนวปฏิบัติที่ครอบคลุมประเด็นทางกฎหมาย การปฏิบัติ และวิชาชีพที่เกิดจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มีไว้เพื่อใช้โดยผู้ปฏิบัติงานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ⁵²⁵ ในกรณีที่อาจใช้การไกล่เกลี่ยและการไกล่เกลี่ยระหว่างคู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁵²⁶ แนวปฏิบัติดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นคู่มืออ้างอิงที่เป็นประโยชน์สำหรับคู่สัญญาและตัวแทนของคู่สัญญาในข้อพิพาทดังกล่าวเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ย โดยจุดมุ่งหมายเพื่อให้ผู้อ่านคู่มือแนวปฏิบัติ (CIArb Professional Practice

⁵²⁴ Ibid.

⁵²⁵ CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021, para 1.

⁵²⁶ Ibid. para 1.1.1. – 1.1.2.

Guideline on the Use of Mediation in Arbitration) ที่เป็นผู้ที่คุ้นเคยกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) ที่สำคัญและพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว แนวปฏิบัตินี้จะทำการพิจารณาสำรวจหัวข้อและประเด็นต่างๆ ในขอบเขตและเสนอแนวทางปฏิบัติ โดย CI Arb ก็ได้ตั้งข้อสงวนในแนวปฏิบัติดังกล่าวว่าผู้ใช้แนวปฏิบัตินี้ไม่ควรถือเป็นคำแถลงทางกฎหมาย ขั้นตอนหรือแนวปฏิบัติทางวิชาชีพที่เชื่อถือได้ แม้ว่าแนวปฏิบัติจะอ้างถึงขั้นตอนแบบผสมผสานต่างๆ (Hybrid Mode) เช่น Med-Arb, Arb-Med ฯลฯ แต่มีความเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของกระบวนการและปัญหาต่างๆ มากกว่าการใช้คำศัพท์เฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากยังไม่มีข้อตกลงในระดับสากลที่ให้คำนิยามเกี่ยวกับช่วงของกระบวนการในรูปแบบผสมไว้แน่นอนตามที่อ้างถึงในแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้⁵²⁷

5.3.2.2 บททั่วไป

สาเหตุที่ออกหลักเกณฑ์ของแนวปฏิบัตินี้เนื่องจาก CI Arb ตระหนักดีว่าจะเกิดประโยชน์อย่างมากต่อฝ่ายต่าง ๆ จากการใช้การไกล่เกลี่ยภายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในฐานะที่เป็นกระบวนการที่คู่สัญญาได้ให้ความยินยอม การไกล่เกลี่ยยังคงสอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) ที่เป็นหัวใจของการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ จุดประสงค์ของแนวปฏิบัตินี้คือ เพื่อหารือเกี่ยวกับการใช้การไกล่เกลี่ยในบริบทของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อระบุประเด็นทางกฎหมายและทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้น และชี้ให้เห็นถึงทางเลือกและแนวทางแก้ไขที่อาจเป็นไปได้ ระบบการพิจารณาคดีของเขตอำนาจศาลหลายแห่งมีกฎเกี่ยวกับการใช้การไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะเมื่อการดำเนินการฟ้องคดียังศาลได้เริ่มขึ้นแล้ว⁵²⁸ โดย CI Arb เชื่อว่าด้วยการพัฒนาวิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อรองรับการระงับข้อพิพาทผ่านการไกล่เกลี่ย การอนุญาโตตุลาการจะกลายเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และในทางกลับกัน วิธีการแก้ไขข้อพิพาทที่น่าสนใจยิ่งขึ้นในภูมิภาคทางธุรกิจสมัยใหม่⁵²⁹ ทั้งนี้ ในกรณีการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบอื่นๆ รวมถึงการไกล่เกลี่ยไม่ได้เป็นเพียงรูปแบบเดียวของการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) แต่เป็นที่รู้จักกันมากที่สุดและใช้กันอย่างแพร่หลายและเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของผู้เป็นกลางที่ได้รับการแต่งตั้งโดยข้อตกลงของทั้งสองฝ่าย แนวปฏิบัติของ CI Arb นี้ยังคงมุ่งเน้นไปที่การทำงานร่วมกันระหว่างอนุญาโตตุลาการและ

⁵²⁷ Ibid. para 1.2.

⁵²⁸ Ibid. para 2.1.

⁵²⁹ Ibid. para 2.2.

การไกล่เกลี่ย ในขณะที่ตระหนักว่าเนื้อหาบางส่วนอาจมีประโยชน์เมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่าง อนุญาโตตุลาการและรูปแบบอื่นๆ ของ ADR ด้วยเช่นกัน การประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliation สำหรับจุดประสงค์ของแนวปฏิบัตินี้ การประนีประนอมจะถือว่าใกล้เคียงกับการไกล่เกลี่ย และการอ้างอิงถึง "การไกล่เกลี่ย" (Mediation) และ "ผู้ไกล่เกลี่ย" (Mediator) แนวปฏิบัติดังกล่าวนี้ การไกล่เกลี่ยจึงรวมถึง การประนีประนอม (Conciliation) และ "ผู้ประนีประนอมข้อพิพาท (Conciliator) ด้วย⁵³⁰ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยมีปฏิสัมพันธ์กันอย่างไรนั้น CIArb ได้อธิบายว่า การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยสามารถโต้ตอบกันได้หลายวิธีและในหลายขั้นตอนแต่ละขั้นตอนของข้อพิพาทที่สามารถอนุญาโตตุลาการได้ ตัวอย่างเช่น ⁵³¹

ก. คู่สัญญาอาจเลือกที่จะใช้การไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่พวกเขาเลือกหรือเพียงวิธีเดียว โดยไม่ต้องคาดหวังหรือมีความประสงค์ในทันทีที่จะให้ข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

ข. คู่สัญญาอาจส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการหลังจากพยายามยุติโดยการไกล่เกลี่ยเป็นครั้งแรก ในบางกรณีซึ่งอาจเป็นผลมาจากข้อตกลงการระงับข้อพิพาทแบบแบ่งระดับ (Multi-Tier Dispute Resolution Clause) ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายต่างๆ ไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁵³²

ค. คู่สัญญาอาจเลือกที่จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังจากเริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบางครั้งเกิดขึ้นจากพิรุธที่เป็นทางการซึ่งทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะเริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะถูกระงับทันทีเพื่อให้ฝ่ายต่างๆ เข้าสู่การไกล่เกลี่ย ในทำนองเดียวกัน คู่สัญญาอาจเลือกไปที่การไกล่เกลี่ยที่ตนเลือกเมื่อใดก็ได้ระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁵³³

⁵³⁰ Ibid. para 2.3.

⁵³¹ Ibid. para 2.4.

⁵³² Ibid. para 4 on Mediation at the commencement of arbitral proceedings.

⁵³³ Ibid. para 5 on Settlement techniques short of mediation during the course of arbitral proceedings.

ง. คู่พิพาทอาจต้องการดำเนินการไกล่เกลี่ยในบางประเด็นที่มีข้อพิพาทควบคู่ไปกับการอนุญาโตตุลาการในประเด็นอื่น ๆ เพื่อให้คู่พิพาทใช้กลไกทั้งสองให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดเนื่องจากทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องกันว่าเป็นการสมควรที่จะยุติข้อพิพาท⁵³⁴

จ. คู่สัญญาอาจเลือกใช้การใช้การไกล่เกลี่ยหลังจากสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น ก่อนอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดหรือหลังจากอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่พอใจกับคำชี้ขาดโดยสิ้นเชิง⁵³⁵

ประเด็นเหล่านี้ อธิบายว่าเป็นกระบวนการ แบบผสม (Hybrid) และเป็นที่ยอมรับในชื่อคำต่างๆ ตามลำดับของกระบวนการ (the sequence of processes) เช่น Med – Arb , Arb – Med หรือ Arb – Med – Arb แต่อย่างไรก็ตาม CIArb เน้นว่าไม่มีความจำเป็นที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะได้รับการอธิบายเช่นนี้ การไม่มีคำอธิบายดังกล่าวจะไม่ขัดขวางฝ่ายที่เลือกไกล่เกลี่ย แนวปฏิบัติ CIArb ได้ให้ข้อสังเกตถึงแต่ละสถานการณ์โดยมีหัวข้อและปัญหาทั่วไปจำนวนหนึ่งดังนี้⁵³⁶

ก. ในกรณีที่คู่สัญญายังไม่ได้ตกลงหรือพยายามไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการควรผลักดันให้คู่กรณีไปสู่การไกล่เกลี่ยในระดับใดระดับหนึ่งก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ข. ควรมีขั้นตอนขั้นตอนใดในการกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่ออำนวยความสะดวกในกระบวนการไกล่เกลี่ย รวมถึงการอนุญาตให้ระงับอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีการไกล่เกลี่ยและเพื่อให้อนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการต่อหากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถแก้ไขข้อพิพาทได้

ค. ในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้สำเร็จ ต้องการให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการชี้ขาดหรือไม่ มีปัญหาเฉพาะของการบังคับใช้ที่ต้องพิจารณาหรือไม่

ง. เป็นไปได้หรือไม่ที่จะไกล่เกลี่ยปัญหาบางประเด็นและปล่อยให้ประเด็นอื่น ๆ ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ

⁵³⁴ Ibid. para 6 on Attempting mediation during the course of arbitral proceedings.

⁵³⁵ Ibid. para 10 on post-award mediation.

⁵³⁶ Ibid. para 2.6

จ. ในกรณีใดบ้างที่บุคคลคนเดียวกันทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทเดียวกัน ซึ่งถือเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวเป็นพิเศษในเขตอำนาจศาลหลายแห่ง ซึ่งเกิดขึ้นจากลักษณะที่แตกต่างกันของบทบาทของอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ย

5.3.2.3 หน้าที่ละภาระหน้าที่ทางวิชาชีพของอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ย

โดย CI Arb ให้ข้อเสนอแนะว่าเนื้อหาทางกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และวิธีการแสดงอย่างชัดเจนนั้นเป็นเรื่องที่แตกต่างกันไปในแต่ละเขตอำนาจศาล แต่สาระสำคัญของบทบาทของอนุญาโตตุลาการในเขตอำนาจศาลทั่วไปและกฎหมายแพ่งทุกแห่งที่ยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาท คือ การทำหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจตัดสินที่มีความเป็นกลาง (Neutral decision-maker) และเพื่อให้บรรลุผลผูกพันเท่าที่เป็นไปได้ (Reaching a binding so far as possible) การตัดสินชี้ขาดที่บังคับใช้ได้เกี่ยวกับข้อดีของข้อพิพาทที่อ้างถึงหลังจากให้โอกาสแต่ละฝ่ายในการนำเสนอคดีของตนเป็นไปอย่างยุติธรรมและสมเหตุสมผลและจัดการกับคดีที่นำเสนอโดยฝ่ายตรงข้าม⁵³⁷ บทบาทของผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดที่มีความเป็นกลางกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่อย่างเป็นกลางตลอดการพิจารณาคดี ซึ่งรวมถึงการละเว้นจากการแสดงความคิดเห็นโดยสรุปในประเด็นใด ๆ รวมถึงสิ่งที่อาจดูเหมือนเป็นความเห็นโดยสรุปของอนุญาโตตุลาการ จนกว่าจะถึงเวลาที่ต้องตัดสินใจหรือตัดสินในประเด็นนั้น⁵³⁸ ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการเป็นความลับ (Confidential) เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการเชิงพาณิชย์ส่วนใหญ่ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเป็นความลับในต่อบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องในคดี อย่างไรก็ตาม ภายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ CI Arb เห็นว่าโดยทั่วไปจะไม่มีการรักษาความลับของข้อมูลที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมอบให้กับอนุญาโตตุลาการเมื่อเทียบกับฝ่ายตรงข้าม ในทางตรงกันข้าม ความยุติธรรมโดยทั่วไปกำหนดให้ข้อมูลทั้งหมดที่สื่อสารกับอนุญาโตตุลาการโดยฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาควรถูกสื่อสารไปยังฝ่ายตรงข้ามในเวลาเดียวกันด้วย⁵³⁹

ในทางกลับกันหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยคือพยายามส่งเสริมการระงับข้อพิพาทหรือปัญหาภายในข้อพิพาทเท่าที่เป็นไปได้โดยได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้อำนวยความสะดวกที่เป็นกลาง ช่วยเหลือทั้งสองฝ่ายเพื่อบรรลุข้อยุติ แต่ไม่แสดงความคิดเห็นหรือตัดสินคดี

⁵³⁷ Ibid. para 3.1

⁵³⁸ Ibid. para 3.2.

⁵³⁹ Ibid. para 3.3.

เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปแล้วผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยเป็นความลับโดยไม่เปิดเผยต่อบุคคลภายนอก แต่ไม่เหมือนกับอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาอาจและโดยทั่วไปตกลงว่าข้อมูลที่คู่สัญญามอบให้กับคนกลางจะยังคงเป็นความลับระหว่างพวกเขา เว้นแต่และจนกว่าฝ่ายนั้นจะยินยอมให้อีกฝ่ายสื่อสาร ซึ่งรวมถึงข้อมูลที่มอบให้ระหว่างช่วงส่วนตัวการประชุมลับแยกฝ่าย (private sessions)⁵⁴⁰ การไกล่เกลี่ยอาจเป็น การอำนวยความสะดวก (facilitative) การประเมินสถานการณ์ (evaluative) หรือ การเปลี่ยนแปลง (transformative) ในการไกล่เกลี่ยเพื่ออำนวยความสะดวกอย่างแท้จริง (facilitative mediation) ผู้ไกล่เกลี่ยพยายามที่จะส่งเสริมการยุติข้อพิพาทโดยไม่แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อดีของข้อพิพาท ในการไกล่เกลี่ยเชิงประเมิน (evaluative mediation) ผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับเชิญจากคู่สัญญาให้ช่วยเหลือกระบวนการโดยการคัดค้านจากคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อดีของข้อเรียกร้องหรือข้อแก้ต่างของพวกเขา หรือโดยได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ เพื่อแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อดีของข้อพิพาทหรือประเด็นเฉพาะในการไกล่เกลี่ยเพื่อการเปลี่ยนแปลง ผู้ไกล่เกลี่ยมุ่งเน้นที่การให้อำนาจแก่ฝ่ายต่าง ๆ เพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งและกระตุ้นให้พวกเขาตระหนักถึงความต้องการและความสนใจของกันและกัน การไกล่เกลี่ยอาจเป็นการรวมกันของสองหรือสามหลักการเหล่านี้⁵⁴¹ ที่เกี่ยวข้องกับ หลักปฏิบัติทางวิชาชีพและจรรยาบรรณของ CI Arb สำหรับสมาชิก เหนือสิ่งอื่นใด กำหนดให้สมาชิก ไม่ว่าจะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ไกล่เกลี่ย⁵⁴²

ก. ต้องกระทำการไปเพื่อรักษาความสมบูรณ์และความยุติธรรมของกระบวนการระงับข้อพิพาท และถอนตัวหากไม่สามารถดำเนินการได้อีกต่อไป⁵⁴³

ข. มีหน้าที่ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ ความสัมพันธ์ และเรื่องทั้งหมดที่อาจถูกมองว่าส่งผลต่อความไม่เป็นกลางของสมาชิก และดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็น ซึ่งอาจรวมถึงการลาออกหรือถอนตัวจากกระบวนการ หากไม่สามารถรักษาความเป็นกลางที่จำเป็นได้⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Ibid. para 3.4.

⁵⁴¹ Ibid. para 3.5.

⁵⁴² Ibid. para 3.6.

⁵⁴³ The Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members (October 2009) Rule 2.

⁵⁴⁴ The Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members (October 2009) Rule 2

ค. สามารถสื่อสารกับผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการระงับข้อพิพาท ในลักษณะที่เหมาะสมกับกระบวนการเท่านั้น

ในมุมมองของ CIArb คือ โดยทั่วไปแล้วอนุญาโตตุลาการมีสิทธิที่จะส่งเสริมการยุติข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร (Amicable settlement of disputes) และควรได้รับการสนับสนุนให้ทำเช่นนั้นภายใต้หลักการที่เหนือกว่าของ เสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) ด้วยเหตุนี้ อนุญาโตตุลาการจึงมีความยืดหยุ่นในระดับหนึ่งในการปรับใช้เทคนิคที่อาจทับซ้อนกับเทคนิคที่ใช้โดยผู้ไกล่เกลี่ย ตัวอย่างเช่น อนุญาโตตุลาการอาจระบุและเสนอประเด็นที่สามารถตกลงกันได้ต่อคู่สัญญา และอาจแนะนำขั้นตอนวิธีปฏิบัติที่เหมาะสมเพื่อให้คู่สัญญาสำรวจความเป็นไปได้ของข้อตกลง ซึ่งขยายไปถึงการชี้แนะให้ฝ่ายต่าง ๆ พยายามตกลงกันในบางเรื่องหากเป็นไปได้ ตัวอย่างเช่น เป็นเรื่องปกติในบางเขตอำนาจศาลสำหรับอนุญาโตตุลาการในการชี้แนะฝ่ายต่าง ๆ เพื่อขอตกลงค่าเสียหายด้วย⁵⁴⁵ ขั้นตอนอื่นๆ ที่ออกแบบมาเพื่อส่งเสริมการยุติคดีอาจเปิดสำหรับอนุญาโตตุลาการ หลักการเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) กำหนดว่าตราบเท่าที่คู่สัญญายินยอมอย่างอิสระในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง พวกเขาควรมีอิสระที่จะใช้ขั้นตอนเหล่านั้นในการอนุญาโตตุลาการของพวกเขา ตราบเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายและกฎขั้นตอนที่ควบคุมอนุญาโตตุลาการ และคำนึงถึง ความสำคัญของการรับรองว่าคำชี้ขาด นั้นถือ่าใช้ได้ในแต่ละดินแดนที่จะบังคับใช้ ตามที่กฎอนุญาโตตุลาการของ ICC 2017 ได้กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาและคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องพยายามทุกวิถีทางเพื่อให้แน่ใจว่าคำชี้ขาดที่ตามมาจะถูกบังคับใช้ตามกฎหมาย”⁵⁴⁶

5.3.2.4 ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยเมื่อเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

CIArb ได้ให้คำแนะนำว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการอ้างถึงข้อพิพาทอาจต้องเผชิญกับข้อสัญญาการระงับข้อพิพาท (Dispute resolution clause) แบบหลายระดับชั้น (Multi - Tier) ซึ่งคาดการณ์ว่าควรพยายามแก้ไขข้อพิพาทอย่างเป็นมิตรก่อนที่จะเริ่มกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ นั้นมีประเด็นอย่างยิ่งที่จะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) ผู้ถูกร้องอาจตอบสนองต่อคำบอกกล่าว

⁵⁴⁵ CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021, para 3.7.

⁵⁴⁶ The International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules (2021), Appendix IV paragraph (h)(ii).

ของอนุญาโตตุลาการ โดยขัดแย้งเกี่ยวกับการคัดค้านโดยยกประเด็นเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) แม้ในกรณีที่ไม่มี การคัดค้านอย่างชัดแจ้งในเนื้อหาต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ก็อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าการเสนอคดีดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ CI Arb ได้ให้ข้อเสนอแนะว่า เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหานี้ ประโยคของข้อตกลงการระงับข้อพิพาทแบบหลายระดับชั้น (Multi - Tier) ในข้อตกลงการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) ควรระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาอย่างชัดเจนในการดำเนินการตามข้อตกลงดังกล่าว รวมทั้งกำหนดเวลาสำหรับการปฏิบัติตามไว้ด้วย⁵⁴⁷ ในสถานการณ์นี้ อนุญาโตตุลาการอาจใช้โอกาสในการสอบถามกับคู่สัญญาทราบเท่าที่สอดคล้องกับกฎอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทว่าคู่พิพาทต้องการที่จะพิจารณาการพยายามหรือความพยายามเพิ่มเติมในการระงับข้อพิพาทที่เป็นมิตร (Amicable settlement of disputes) การไต่สวนใด ๆ ดังกล่าวควรทำอย่างชัดแจ้งโดยไม่กระทบกระเทือนต่อประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่อาจเกิดขึ้น⁵⁴⁸ ในกรณีเมื่ออนุญาโตตุลาการเริ่มขึ้นภายใต้กระบวนการ “Arb-Med-Arb” หรือพิธีสารที่คล้ายกันซึ่งกำหนดกรอบสำหรับการไกล่เกลี่ยภายในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ⁵⁴⁹ โดยปกติโปรโตคอลจะกำหนดขั้นตอนตามลำดับที่อนุญาโตตุลาการ คู่กรณี และสถาบันอนุญาโตตุลาการ พิธีสารจะจัดการกับเรื่องต่างๆ เช่น คำสั่งตามขั้นตอนรวมถึงการพักใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นทางการตามระยะเวลาที่กำหนด (stay of the arbitral proceedings for a specified period) ขั้นตอนที่ต้องดำเนินการดังกล่าวหากการไกล่เกลี่ยได้ถูกดำเนินการโดยสำเร็จหรือไม่สำเร็จไม่ส่งผลให้เกิดการยุติข้อพิพาทจะไม่ส่งผลต่อเรื่องการเงินรวมถึงความรับผิดชอบสำหรับค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ⁵⁵⁰ ในกรณีที่ฝ่ายต่าง ๆ พยายามที่จะเริ่มอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยพร้อม ๆ กัน หรือใกล้เคียง (simultaneous or near-simultaneous) นอกเงื่อนไขของพิธีสาร อนุญาโตตุลาการควรพิจารณาว่าขั้นตอนใดที่ควรดำเนินการ สอดคล้องกับกฎอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับ เพื่ออำนวยความสะดวกในการไกล่เกลี่ย และ

⁵⁴⁷ CI Arb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021, para 4.1.

⁵⁴⁸ Ibid., para 4.2.

⁵⁴⁹ คู่มืออย่างของ the Singapore International Arbitration Centre and the Singapore International Mediation Centre Arb- Med-Arb Protocol.

⁵⁵⁰ Ibid. para 4.3.

แสวงหาคู่กรณี ข้อตกลงกับคู่พิพาทเท่าที่จะเป็นไปได้ ข้อกำหนดของโปรโตคอลที่เหมาะสมอาจให้จุดเริ่มต้นที่มีประโยชน์สำหรับขั้นตอนดังกล่าว⁵⁵¹

5.3.2.5 กรณีการระงับข้อพิพาทที่ขาดการไกล่เกลี่ยในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

เนื่องด้วยความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกจากอนุญาโตตุลาการ ขั้นตอนอำนวยความสะดวกต่างๆ ที่ค่อนข้างไม่เป็นข้อขัดแย้งเปิดให้อนุญาโตตุลาการพร้อมข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายเพื่อส่งเสริมข้อตกลง สิ่งนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการอ้างถึงฝ่ายต่าง ๆ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่แยกต่างหากจากกัน⁵⁵² หากแต่เพียงปรับใช้ภายในเทคนิคที่คุ้นเคยของอนุญาโตตุลาการที่ยืมมาจากกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นๆ ตัวอย่างเช่น ⁵⁵³

ก. อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการในสิ่งที่เรียกว่า การประชุมระงับข้อพิพาท (settlement conference) ซึ่งมีทุกฝ่ายเข้าร่วม การประชุมสามารถออกแบบเพื่อให้ฝ่ายต่างๆ สามารถยุติปัญหาข้อพิพาทบางกรณีเป็นการเฉพาะหรือแม้แต่ข้อพิพาททั้งหมด แนวปฏิบัติของ CI Arb ยังเสนอว่า การประชุมดังกล่าวจะมีประโยชน์อย่างมากที่สุดเมื่อคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมุ่งไปสู่ข้อตกลง และบางครั้งการแทรกแซงของอนุญาโตตุลาการก็สามารถช่วยลดช่องว่างที่ยังเหลืออยู่ได้ ดังนั้นจึงมีความสำคัญต่อการใช้ประโยชน์จากขั้นตอนดังกล่าว

ข. อนุญาโตตุลาการอาจใช้เทคนิคที่คล้ายกับการไกล่เกลี่ยเพื่อส่งเสริมข้อตกลงระงับข้อพิพาท สิ่งเหล่านี้อาจรวมถึงการโน้มน้าวให้คู่สัญญาเห็นผลประโยชน์ของคู่สัญญา หากข้อพิพาทสามารถบรรลุผลลัพธ์ที่ไม่ใช่ในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติ รวมถึงให้คู่สัญญาเห็นถึงผลของการหลีกเลี่ยงการใช้เวลาและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม หรือสามารถที่จะรักษาความสัมพันธ์ทางการค้าที่เหลืออยู่ได้ของคู่สัญญา ซึ่งอาจรวมถึงการอภิปรายเรื่องต่างๆ ที่ไม่ได้เป็นศูนย์กลางของประเด็นภายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ แต่สามารถอาจนำไปสู่การยุติปัญหาเหล่านั้น และสามารถช่วยได้หากตัวการที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาท

ค. อนุญาโตตุลาการอาจใช้ขั้นตอนที่เป็นทางการน้อยกว่า เช่น สนับสนุนให้ฝ่ายต่าง ๆ ตีมือสรุปร่วมกัน มีประเพณีในการทำเช่นนี้ในอนุญาโตตุลาการทางทะเลของลอนดอน

⁵⁵¹ Ibid. para 4.4.

⁵⁵² Ibid., para 5.1

⁵⁵³ CI Arb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021, p.7.

(London maritime arbitration) ขั้นตอนดังกล่าวอาจช่วยทำลายบรรยากาศการเผชิญหน้าระหว่างทั้งสองฝ่าย

ง. อีกทางเลือกหนึ่ง อนุญาโตตุลาการอาจสนับสนุนให้คู่สัญญาเสนอรายการปัญหาที่ตกลงกัน ซึ่งพวกเขาต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน เทคนิคนี้จะช่วยลดจำนวนเรื่องที่อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินและเพิ่มประสิทธิภาพ (enhances the efficiency) และลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี (reduces the cost of the proceedings)

ทั้งนี้ เกี่ยวกับเรื่องของความช่วยเหลือเชิงประเมินสถานการณ์ของอนุญาโตตุลาการ (Evaluative assistance from the arbitrator) ภายใต้มาตรการป้องกันที่เหมาะสม อนุญาโตตุลาการอาจช่วยเหลือคู่กรณีในการประเมินข้อพิพาทในเนื้อหาแห่งคดี (the merits of the dispute) หรือประเด็นเฉพาะบางประเด็น (particular issues) โดยอนุญาโตตุลาการที่ต้องการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทอาจถูกขอให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแสดงข้อบ่งชี้เบื้องต้นเกี่ยวกับมุมมองปัจจุบันของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับประเด็นนี้ หรืออาจเสนอให้ทำเช่นนั้นด้วยความคิดริเริ่มของอนุญาโตตุลาการเอง หากสอบถามในระหว่างการไต่สวนหรือหากได้รับข้อเสนอมและให้การยอมรับเป็นอนุญาโตตุลาการอาจให้ข้อบ่งชี้ชั่วคราวอย่างเหมาะสมเกี่ยวกับมุมมองอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องนั้นว่าประเด็นใดคือประเด็นสำคัญที่ต้องตัดสินชี้ขาดตามคำชี้ขาด (Awards) ทั้งนี้ CI Arb ได้ให้คำแนะนำการพิจารณาว่าอะไรคือ มาตรการป้องกันที่เหมาะสม (proper safeguards) ซึ่งได้แก่⁵⁵⁴

ก. ตามหลักการทั่วไป อนุญาโตตุลาการควรให้การประเมินคุณธรรมของข้อพิพาทหรือประเด็นที่ทั้งสองฝ่ายตกลงอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ข. อนุญาโตตุลาการควรตรวจสอบให้แน่ใจว่าทั้งสองฝ่ายเข้าใจลักษณะชั่วคราวของความคิดเห็นที่แสดง มีเหตุผลสมควรที่อนุญาโตตุลาการจะแถลงอย่างชัดเจนว่าจิตใจคู่สัญญายังคงเปิดกว้าง และคู่สัญญาพร้อมและสามารถดำเนินการกับคดีต่อไปได้ในกรณีที่ไม่มีข้อยุติข้อพิพาท แต่ถ้าคู่ความหรือคู่สัญญา มีข้อกังวลก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ควรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินคดีหากความพยายามในการยุติคดีล้มเหลว

⁵⁵⁴ Ibid., para 5.3

5.3.2.5 การพยายามไกล่เกลี่ยในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

ข้อเสนอแนะของ CIArb 2021 ได้เสนอแนะเกี่ยวกับกรณีที่อนุญาโตตุลาการควรมีท่าทีเชิงรุก (Active Role) เพียงใดในการเสนอแนะการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะมีบางกรณีที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมที่จะแนะนำให้คู่กรณีพยายามไกล่เกลี่ย⁵⁵⁵ ไม่มีการยับยั้งการเสนอแนะการไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการส่งเสริมข้อตกลงในขั้นตอนใดๆ ของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ Chartered Institute สนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการตื่นตัวสำหรับสถานการณ์ที่ความพยายามในการไกล่เกลี่ยอาจช่วยคู่กรณีได้ ซึ่งรวมถึงสถานการณ์ที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่ามีศักยภาพในการแก้ไขปัญหาเฉพาะด้วยความช่วยเหลือของการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจลดเวลาและค่าใช้จ่ายโดยรวมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁵⁵⁶ เว้นแต่ว่าข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทของคู่พิพาทจะกำหนดข้อกำหนดเฉพาะที่ต้องมีการพยายามไกล่เกลี่ย เมื่อแนะนำการไกล่เกลี่ยอนุญาโตตุลาการควรระลึกไว้เสมอว่าการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการสมัครใจ (Voluntary process) เว้นแต่คู่สัญญาจะยอมรับในสิ่งตรงกันข้ามของเจตนาแต่เดิมของคู่กรณี การอ้างอิงที่ถูกต้องไปยังอนุญาโตตุลาการจะให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการตัดสินใจข้อพิพาทของคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการควรดูแลไม่ให้ถูกมองว่ากดดันฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายในการไกล่เกลี่ย หรือในการจัดการหรือขั้นตอนเฉพาะสำหรับการไกล่เกลี่ย ข้อเสนอแนะของ CIArb 2021 ก็ยังเห็นว่าแต่นั้นก็ไม่ได้ป้องกันอนุญาโตตุลาการจากการพยายามอธิบายธรรมชาติและประโยชน์ที่เป็นไปได้ของการไกล่เกลี่ยต่อฝ่ายที่ไม่เชื่อในตอนแรก⁵⁵⁷ รวมถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการหากถูกถามเข้าช่วยเหลือคู่กรณีในการผู้ไกล่เกลี่ย เป็นการเหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับอนุญาโตตุลาการ เพื่อแนะนำหรือเสนอชื่อผู้ไกล่เกลี่ยที่มีศักยภาพตั้งแต่หนึ่งข้อขึ้นไป หรือช่วยเหลือในขั้นตอนรายการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย หรือส่งคู่สัญญาไปยังสถาบันที่มีชื่อเสียงซึ่งดำเนินการหรือจัดเตรียมการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการควรเปิดเผยความสัมพันธ์ใด ๆ กับบุคคลหรือสถาบันที่แนะนำมาดังกล่าว⁵⁵⁸ อนุญาโตตุลาการอาจตกลงแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหากคู่กรณีต้องการ ในกรณีดังกล่าว อนุญาโตตุลาการควรปรึกษาคู่กรณีเกี่ยวกับ

⁵⁵⁵ The International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules (2021), Appendix IV, paragraph (h)(i): “encouraging the parties to consider settlement of all or part of the dispute either by negotiation or through any form of amicable dispute resolution methods such as, for example, mediation under the ICC Mediation Rules”

⁵⁵⁶ CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021, para 6.1

⁵⁵⁷ Ibid., para 6.2.

⁵⁵⁸ Ibid., para 6.3.

ตัวเลือกผู้ไกล่เกลี่ยที่เสนอ และอีกครั้งควรเปิดเผยความสัมพันธ์ใด ๆ กับผู้ได้รับการแต่งตั้ง⁵⁵⁹ ขึ้นตอนตามขั้นตอนเพื่ออำนวยความสะดวกในการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงที่จะพยายามไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการควรให้คำแนะนำขึ้นตอนเพื่ออำนวยความสะดวกในกระบวนการ หากเป็นไปได้ในเงื่อนไขที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญา รูปแบบปกติของคำสั่งจะเป็นการระงับกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามระยะเวลาที่กำหนด โดยมีข้อกำหนดให้การดำเนินการกลับมาดำเนินการต่อโดยอัตโนมัติหรือตามขั้นตอนที่ระบุ เช่น การบอกกล่าวหรือการร้องขอโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด⁵⁶⁰ คำสั่งอาจรวมถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ของกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ อาจมีเหตุผลที่จะจัดทำข้อกำหนดโดยชัดแจ้ง เช่น ค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่ไม่ส่งผลให้เกิดการยุติคดี ให้เป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายฝ่ายที่สามารถเรียกคืนได้ของกระบวนการพิจารณาคดี⁵⁶¹ แต่อย่างไรก็ดี อนุญาโตตุลาการควรสำรวจกับคู่สัญญาด้วยว่าควรกำหนดแนวทางขึ้นตอนใด ๆ หรือบรรลุข้อตกลงเกี่ยวกับประเด็นอื่น ๆ ที่อาจทำให้ออกโอกาสในการไกล่เกลี่ยประสบความสำเร็จหากปล่อยไว้ไม่ได้รับการแก้ไข⁵⁶² ตัวอย่างเช่น⁵⁶³

ก. ในเขตอำนาจศาลหลายแห่ง (jurisdictions) การแลกเปลี่ยนระหว่างคู่สัญญาในความพยายามยุติข้อตกลงที่ไม่ประสบความสำเร็จจะได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิพิเศษโดยปราศจากอคติ (without prejudice) จากการเปิดเผยในการพิจารณาคดีหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง อย่างไรก็ตาม หากมีข้อสงสัย เช่น สาเหตุอันเนื่องจากสิทธิพิเศษดังกล่าว ไม่มีหรือถูกจำกัดภายใต้กฎหมายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือมีเหตุผลที่จะสงสัยในการบังคับใช้ คู่สัญญาอาจต้องการทำข้อตกลงให้มีผลคล้ายกันโดยเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในการไกล่เกลี่ย ตามความเหมาะสมที่อนุญาโตตุลาการอาจบันทึกไว้ในลำดับขั้นตอน

ข. ในกระบวนการการไกล่เกลี่ย การสื่อสารใดๆ ระหว่างฝ่ายหนึ่งและผู้ไกล่เกลี่ยโดยทั่วไปจะต้องเป็นความลับเช่นเดียวกับอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น ข้อตกลงการไกล่เกลี่ยมักจะกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะสร้างความบั่นทอนต่อความเชื่อมั่นในกระบวนการไกล่เกลี่ยหากข้อมูลดังกล่าวต้องกลายเป็นภาระหน้าที่ในการเปิดเผยต่ออีกฝ่ายใน

⁵⁵⁹ Ibid., para 6.4.

⁵⁶⁰ Ibid., para 6.5.

⁵⁶¹ Ibid., para 6.6.

⁵⁶² Ibid., para 6.7.

⁵⁶³ Ibid., p.9.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง โดย CIArb 2021 ให้ข้อเสนอแนะว่าแทบจะไม่จำเป็นเลยที่จะต้องออกคำสั่งหรือคำสั่งเพื่อให้บรรลุผลดังกล่าว แต่บางครั้งอาจเป็นประโยชน์สำหรับอนุญาโตตุลาการในการเตือนว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ถูกสั่งให้เปิดเผยหรือให้หลักฐานเกี่ยวกับเนื้อหาของความลับการสื่อสารกับผู้ไกล่เกลี่ย

กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการที่ควบคู่ไปกับการไกล่เกลี่ย (Arbitral proceedings concurrent with mediation) มีบางสถานการณ์ที่บางประเด็นอาจถูกแยกออกจากอนุญาโตตุลาการและไกล่เกลี่ยแยกกันในขณะที่ประเด็นที่เหลือยังคงอยู่ภายใต้อนุญาโตตุลาการ สิ่งนี้สามารถทำได้โดยที่ในระหว่างกระบวนการก่อนการพิจารณาคดีในอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากการเปิดเผยหลักฐานอย่างเต็มรูปแบบ ฝ่ายต่างๆ พบว่าบางประเด็นมีความเป็นไปได้สูงในการยุติคดี คู่สัญญาอาจตกลงที่จะไกล่เกลี่ยปัญหาที่ไม่ต่อเนื่องและควรแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบทันทีที่มีการระงับ อนุญาโตตุลาการอาจระงับปัญหาที่มีความเป็นไปได้สูงในการยุติคดีผ่านการไกล่เกลี่ยและแจ้งเรื่องนี้ต่อคู่กรณีในการประชุมการจัดการคดี⁵⁶⁴ การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในสถานการณ์เหล่านี้จะดำเนินการโดยบุคคลที่แตกต่างกัน สิ่งนี้ทำให้ฝ่ายต่าง ๆ สำรองทางเลือกในการยุติคดีต่อไปตลอดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจช่วยประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของฝ่ายต่าง ๆ ได้ นอกจากนี้ยังช่วยให้กระบวนการตัดสินใจได้รับความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อให้เฉพาะประเด็นที่ไม่สามารถแก้ไขได้ผ่านการไกล่เกลี่ยเท่านั้นที่จะถูกตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการ สิ่งนี้อาจจัดสิ่งกีดขวางในการตั้งถิ่นฐาน⁵⁶⁵ ตามข้อเสนอแนะของ CIArb 2021 เห็นว่า ข้อได้เปรียบของกระบวนการนี้เหนือ Med-Arb-Med คือผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการยังคงรักษาบทบาทของตนไว้เสมอ และไม่มีความกังวลเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนที่เกิดขึ้นเมื่อรักษาความลับในการไกล่เกลี่ย กระบวนการนี้ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายต่าง ๆ แต่มีฉะนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในหน้าที่ประสานงานเรื่องกระบวนการจะทำหน้าที่แยกจากกัน (separate functions)⁵⁶⁶

ข้อเสนอแนะ CIArb 2021 เห็นว่า อนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยไม่ควรหารือเกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นความลับที่ได้รับในการไกล่เกลี่ย แต่อาจหารือเรื่องขั้นตอนระหว่างกันภายในกระบวนการไกล่เกลี่ย (Discuss procedural) ผู้ไกล่เกลี่ยอาจระงับปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขได้ผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อหาข้อยุติผ่านกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่

⁵⁶⁴ Ibid., para 6.8

⁵⁶⁵ Ibid., para 6.9.

⁵⁶⁶ Ibid., para 6.10.

ปัญหาเหล่านั้นสามารถแก้ไขได้ด้วยการไกล่เกลี่ยอาจได้รับการตัดสินผ่านข้อตกลงยุติคดี⁵⁶⁷ ปัญหาเหล่านี้ได้รับการแก้ไขในกระบวนการไกล่เกลี่ยสามารถกำหนดให้เป็นเรื่องของการชี้ขาดความยินยอมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Consent Awards)⁵⁶⁸

5.3.2.6. การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสถานการณ์กรณีการดำเนินการโดยบุคคลคนเดียว

CI Arb 2021 ได้เสนอแนะขอบเขตที่เหมาะสมที่บุคคลจะยอมรับการแต่งตั้งให้เป็นทั้งอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทเดียวกันนั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันอย่างมากในเวลาไม่กี่ปีมานี้เป็นเพราะหากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้อย่างสมบูรณ์ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจประสบปัญหาในการปฏิบัติตามหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการอย่างยุติธรรมและเป็นกลางในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในภายหลัง โดย (ก) ฝ่ายหนึ่งได้สื่อสารข้อมูลที่เกี่ยวข้องเป็นการส่วนตัว ต่อผู้ไกล่เกลี่ยที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้เปิดเผย หรือ (ข) ผู้ไกล่เกลี่ยได้ให้ความเห็นเชิงประเมินถึงเนื้อหาแห่งคดี (evaluative opinion on the merits) ปัญหานี้อาจเกิดขึ้นในสถานการณ์ “Med-Arb” ซึ่งการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นก่อนอนุญาโตตุลาการ หรือในสถานการณ์ “Arb-Med-Arb” ซึ่งการไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นเมื่ออนุญาโตตุลาการกำลังดำเนินการอยู่⁵⁶⁹ อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจมีเหตุผลที่ดีที่ต้องการให้บุคคลคนเดียวทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งตามคำนิยาม คู่สัญญาได้ไว้วางใจบุคคลดังกล่าวในการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีอาจต้องการหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนของค่าใช้จ่ายรวมถึงการทำความเข้าใจกับรายละเอียดของคดี และมีความมั่นใจเพียงพอว่าจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมแม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะก้าวเข้ามามีบทบาทในการไกล่เกลี่ยก็ตาม ซึ่งตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Private autonomy) ซึ่งถือเป็นหัวใจของการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ หลักการนี้ควรได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นหากคู่สัญญาแสดงความปรารถนาพร้อมกันที่จะดำเนินการในลักษณะนี้⁵⁷⁰

ทั้งนี้ ขอบเขตที่ก่อให้เกิดความยากลำบากในกรณีที่ระบุไว้ข้างต้นทำให้บทบาทของอนุญาโตตุลาการลดลงจนถึงจุดที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะถือว่ามิชอบพอรองทาง

⁵⁶⁷ โปรดดู CI Arb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021 para 8 on Arbitral proceedings where mediation results in settlement of the entire dispute, paragraphs 9.1-9.2.

⁵⁶⁸ Ibid., para 7.

⁵⁶⁹ Ibid., para 8.1.

⁵⁷⁰ Ibid., para 8.2.

กฎหมายอาจแตกต่างกันไปตามเขตอำนาจศาล ในเขตอำนาจศาลกฎหมายจารีตประเพณีหลายแห่ง หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยมักจะถูกมองว่าไม่สามารถดำเนินการเข้ากันได้กับหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ จนถึงจุดที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับได้⁵⁷¹ เขตอำนาจศาลบางแห่ง รวมทั้งระบบกฎหมายแพ่งจำนวนหนึ่ง อาจใช้มุมมองที่ถูกกำหนดได้น้อยกว่า อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพอนุญาโตตุลาการควรคำนึงถึงไม่เพียงแต่ข้อกำหนดทางกฎหมายในสถานที่นั่งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น (Seat of Arbitration) แต่ยังรวมถึงทัศนคติและประเพณีทางกฎหมายของศาลในเขตอำนาจอื่น ๆ ที่อาจต้องบังคับใช้คำชี้ขาด (the award may have to be enforced) วัฒนธรรมทางธุรกิจของคู่สัญญาเอง (The business culture) อาจสนับสนุนความเชื่อมั่นในอนุญาโตตุลาการหรือผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อให้ได้รับคำตัดสินที่ยุติธรรมและเป็นกลาง แต่แม้ในกรณีที่ฝ่ายต่างๆ พยายามที่จะสละสิทธิ์การคัดค้านใดๆ (waive) ที่เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของอนุญาโตตุลาการในการไกล่เกลี่ยอย่างซัดแน่น ก็ไม่อาจสันนิษฐานได้ว่าเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดจะถือว่าการสละสิทธิ์มีผล แม้ว่าจะมีหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเองก็ตาม (Private autonomy)⁵⁷² เขตอำนาจศาลหลายแห่งได้พยายามแก้ไขปัญหาทางกฎหมายโดยอนุญาโตตุลาการมีสิทธิทำหน้าที่เป็นคนกลางและดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อในฐานะอนุญาโตตุลาการภายใต้เงื่อนไขบางประการ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของรัฐนิวเซาท์เวลส์ และรัฐวิกตอเรีย (the New South Wales and Victoria Arbitration Acts) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (the Singapore International Arbitration Act) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของฮ่องกง (the Hong Kong Arbitration Ordinance) มีข้อกำหนดต่างๆ กันเพื่อให้มีผลดังนี้⁵⁷³

ก. การปฏิบัติดังกล่าวจะได้รับอนุญาตก็ต่อเมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระบุไว้อย่างชัดเจน

ข. ห้ามมิให้คัดค้านการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเพียงเพราะอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามกฎหมายเท่านั้น

⁵⁷¹ ดูตัวอย่างใน in England, Wales and Northern Ireland s. 33 of the Arbitration Act 1996.

⁵⁷² CIArb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021, para 8.3.

⁵⁷³ Ibid., para 8.4.

ค. อนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรักษาความลับของข้อมูลใด ๆ ที่คู่สัญญาสื่อสารถึงอนุญาโตตุลาการ

ง. หากอนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการภายหลังการไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ แต่อย่างไรก็ดี ความยากของกรณีดังกล่าวนี้ CI Arb 2021 เห็นว่า คือ โอกาสของการเปิดเผยข้อมูลที่มอบให้เป็นการส่วนตัวระหว่างขั้นตอนการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ อาจขัดขวางไม่ให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตกลงที่จะไกล่เกลี่ยตั้งแต่แรก

เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายและการปฏิบัติเหล่านี้ (legal and practical obstacles) CI Arb แนะนำให้สมาชิกเข้าหาปัญหานี้ด้วยความระมัดระวังและตระหนักถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพตัดสินใจยอมรับการนัดหมายแบบดังกล่าวตามความประสงค์ของคู่สัญญา และในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ ส่งผลกระทบให้เกิดความเสี่ยงต่อความสามารถในการบังคับใช้ของคำชี้ขาดในภายหลังจากการดำเนินการอาจถูกโต้แย้งหรือคัดค้านในภายหลังจากทั้งหมดหรือบางส่วน ขั้นตอนที่ควรดำเนินการเพื่อลดความเสี่ยงเท่าที่เป็นไปได้ CI Arb ได้เสนอแนะไว้ดังต่อไปนี้⁵⁷⁴

ก. ผู้ทำหน้าที่ คนกลางไม่ควรทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกันโดยไม่ได้รับความยินยอมจากทุกฝ่ายในข้อพิพาท

ข. หากคู่สัญญาทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่าต้องการให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทเดียวกัน อนุญาโตตุลาการควรดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่สัญญาทุกฝ่ายได้คุ้นเคยกับประเด็นทางกฎหมายที่เื้ออำนวยการต่ออนุญาโตตุลาการและในเขตอำนาจศาลที่มีแนวโน้มว่าจะมีการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

ค. ก่อนยอมรับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการควรอธิบายความเสี่ยงให้คู่กรณีทราบ และควรได้รับการตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษรว่าพวกเขาเข้าใจคำอธิบายนั้นแล้ว (และหากเกี่ยวข้องต้องได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับตำแหน่งจากตัวแทนทางกฎหมายของพวกเขา)

⁵⁷⁴ Ibid., para 8.6

ง. ก่อนเริ่มการไกล่เกลี่ย คู่สัญญาควรบรรลุข้อตกลงที่ชัดเจนว่า อนุญาโตตุลาการได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย (caucusing) กับคู่สัญญาหรือไม่ และถ้าเป็นเช่นนั้น ตำแหน่งเกี่ยวกับการเปิดเผยในภายหลัง ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการต่อ ข้อมูลที่สื่อสารโดยฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อตกลงใดๆ ที่ไม่ควรเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะเท่ากับเป็นการสละสิทธิ (waiver) และควรแสดงเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเงื่อนไขที่ชัดเจนก่อนที่จะเริ่มการไกล่เกลี่ย

จ. คู่สัญญาควรบรรลุข้อตกลงในขั้นตอนนี้เกี่ยวกับขอบเขตของบทบาทการประเมินใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการ และไม่ว่าจะแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งคดีใดๆ ต่อคู่สัญญาเป็นรายบุคคลหรือร่วมกัน

ฉ. คู่สัญญาควรตกลงที่จะไม่คัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงเพราะอนุญาโตตุลาการมีอยู่ก่อนชี้ขาดและทำหน้าที่เป็นคนกลางตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงกัน การสละสิทธินี้ควรแสดงเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนและไม่กำกวมก่อนที่จะเริ่มการไกล่เกลี่ย

ทั้งนี้ CI Arb เสนอแนะว่า หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จและการอนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการต่อ อนุญาโตตุลาการควรเชิญชวนฝ่ายต่างๆ อย่างชัดเจนในการกำหนดให้เกิดข้อตกลงเพื่อต่ออายุของข้อตกลงเพื่อให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรต่อไป⁵⁷⁵

5.3.2.7. กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยซึ่งทำให้เกิดการระงับข้อพิพาททั้งหมด

แนวปฏิบัติ CI Arb 2021 ให้ข้อเสนอแนะว่า กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยซึ่งทำให้เกิดการระงับข้อพิพาททั้งหมด นั้นคู่สัญญามีทางเลือกกว่าจะปล่อยให้ข้อตกลงของพวกเขาเป็นสัญญาบังคับใช้ตามปกติหรือรวมข้อกำหนดไว้ในคำยินยอมก็สามารถทำได้⁵⁷⁶ โดยคำชี้ขาดจะรวมหรือต่อท้ายข้อตกลงก็ได้ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการควรพึงตระหนักว่าข้อกำหนดมีความแน่นอนเพียงพอและร่างขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ และต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดใดๆ ของกฎขั้นตอนที่เกี่ยวข้องทุกขั้นตอน⁵⁷⁷ ในการกระบวนการที่ถูก

⁵⁷⁵ Ibid., para 10.4.

⁵⁷⁶ Ibid., para 9.1

⁵⁷⁷ Ibid., para 9.2

กำหนดขึ้นโดย Med-Arb ให้สังเกตที่ว่าหากไม่มีข้อพิพาท ณ เวลาที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้น อาจนำไปสู่การก่อให้เกิดการโต้แย้งคำชี้ขาดแม้ว่าจะได้รับความยินยอมก็ตาม ตามที่ระบุไว้ข้างต้น⁵⁷⁸ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจเป็นไปได้ที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการพร้อมกัน⁵⁷⁹

แนวปฏิบัติ CI Arb 2021 ยังได้ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้บังคับของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับคดีระหว่างประเทศซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 กันยายน 2020 เป็นวิธีการบังคับใช้ข้อตกลงยุติระหว่างประเทศซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยในรัฐที่ลงนาม ศาลในเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวข้องจะรับรู้และบังคับใช้ข้อตกลงไกล่เกลี่ยข้ามพรมแดน โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินคดีเพิ่มเติม ในสถานการณ์ที่สถานที่ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ลงนามในอนุสัญญาและคู่สัญญาต้องการให้อนุสัญญาสิงคโปร์มีผลบังคับใช้ เป็นแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดที่จะระบุในข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยชัดเจนว่าเป็นเจตนาของคู่สัญญาที่อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยมีผลใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวด้วย⁵⁸⁰

5.3.2.8 การเสร็จสิ้นกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการโดยที่การไกล่เกลี่ยไม่ส่งผลให้เกิดการระงับข้อพิพาททั้งหมด

ในกรณีที่มีความคืบหน้าแต่ยังไม่มีข้อยุติโดยรวมในการไกล่เกลี่ย CI Arb แนะนำว่าควรพิจารณาขั้นตอนต่อไป⁵⁸¹

ก. คู่สัญญาอาจร่วมกับผู้ไกล่เกลี่ย ตกลงและบันทึกประเด็นเหล่านั้นซึ่งได้รับการจำกัดวงหรือแก้ไขแล้ว และกำหนดวิธีการจัดการเรื่องที่ตกลงกัน

ข. เป็นการดีกว่าสำหรับการทำข้อตกลงยุติปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตกลงกันไว้ซึ่งสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดตามความยินยอมได้หากคู่สัญญาต้องการได้

ค. คู่สัญญาอาจร่วมกับผู้ไกล่เกลี่ย ระบอบุประสงค์ในปัจจุบันในการระงับข้อพิพาทและทบทวนขั้นตอนที่เป็นไปได้เพื่อเอาชนะพวกเขา อาจใช้กลไก ADR อื่น เช่น การประเมิน

⁵⁷⁸ ดู para 6 on Attempting mediation during the course of arbitral proceedings, paragraph 6.8.

⁵⁷⁹ Ibid., para 9.3.

⁵⁸⁰ Ibid., para 9.4.

⁵⁸¹ Ibid., para 10.1

อย่างเป็นทางการที่ไม่มีผลผูกพัน (non-binding Neutral Evaluation) ซึ่งอาจนำไปสู่การตรวจสอบทางตันอีกครั้งเพื่อกลับสู่ การไกล่เกลี่ยหรือภายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง

หากมีการยื่นข้อเสนอระหว่างการไกล่เกลี่ย ฝ่ายต่างๆ สามารถพิจารณาถึงข้อเสนอเหล่านี้ไว้ได้ในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และส่งคืนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งในระหว่างการอนุญาโตตุลาการ หลังจากการพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับตำแหน่งของตนและเนื้อหาแห่งคดีของตน⁵⁸² การอนุญาโตตุลาการจะกลับมาดำเนินการต่อตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันหรือมีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อกระบวนการพิจารณาเดิมที่ถูกระงับหรือหยุดชั่วคราวเพื่อการไกล่เกลี่ย (stayed or paused for mediation) ⁵⁸³ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามที่ระบุไว้ข้างต้น อนุญาโตตุลาการควรขอข้อตกลงโดยชัดแจ้งของคู่สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรในการอนุญาโตตุลาการต่อไปยังบุคคลเดียวกันที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ขั้นตอนนี้ควรดำเนินการแม้ว่าทั้งสองฝ่ายจะมีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนหน้านี้เพื่อให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย⁵⁸⁴

5.3.2.9 การไกล่เกลี่ยหลังอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด (Post-award mediation)

การไกล่เกลี่ยยังอาจมีผลภายหลังจากการมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาทไปแล้วได้เพื่อช่วยเหลือในประเด็นการบังคับใช้คำชี้ขาดหรือข้อขัดแย้งอื่นๆ ผู้ไกล่เกลี่ยควรตรวจสอบคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญาและหาข้อตกลงเกี่ยวกับข้อกำหนดที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติม อาจมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดการชำระเงิน (payment provisions) ระยะเวลา (timing) และการเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นในจำนวนเงินที่อาจเอื้อต่อการไกล่เกลี่ย (potentially variations) การกำหนดรายการที่ตกลงกันในเรื่องเหล่านี้ในการประชุมหรือการประชุมก่อนการไกล่เกลี่ยอาจให้กรอบสำหรับการไกล่เกลี่ย รวมถึงยังเป็นโอกาสในการทบทวนความสัมพันธ์และพิจารณาว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจได้รับการตัดสินโดยดำเนินการในลักษณะที่แตกต่างจากการพิจารณาของคำชี้ขาดได้หรือไม่ ข้อตกลงที่มีการไกล่เกลี่ยหลังการตัดสิน

⁵⁸² Ibid., para 10.2

⁵⁸³ Ibid., para 6.5

⁵⁸⁴ Ibid., para 10.4

โดยอนุญาโตตุลาการสามารถเป็นพื้นฐานสำหรับการชำระเงินโดยสมัครใจโดยไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนการบังคับใช้คำชี้ขาด เนื่องจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยินยอมโดยสมัครใจที่จะชำระให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว⁵⁸⁵

5.4 วิเคราะห์การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ย

การระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการตามคำอธิบายโดยทั่วไปในกระบวนการ Med - Arb , Arb - Med หรือ Arb - Med - Arb อาจกล่าวได้ว่าขึ้นอยู่กับกรณีที่คู่กรณีตกลงให้การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการในก่อนกัน ทั้งนี้ คู่กรณีอาจเลือกการระงับข้อพิพาทโดยกำหนดให้ใช้รูปแบบของข้อตกลงการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) จากสถาบันการระงับข้อพิพาท เช่น ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทของ Arb-Med-Arb Protocol ที่กระบวนการทั้งสองจะดำเนินไป และแบ่งระดับกัน (sequential or multi-tier process) มีการพักกระบวนการ (Stay proceeding) บางอย่างของขั้นตอนเช่นการพักกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC) เพื่อเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยของศูนย์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIMC) เป็นต้น หรือในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงการระงับข้อพิพาทแบบแบ่งระดับ (Multi - Tier Dispute Resolution Clause) ที่ต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนการอนุญาโตตุลาการ (Pre - Arbitration) รวมถึงกรณีที่คู่สัญญาตกลงให้ผู้ที่ทำหน้าที่คนกลางสองบทบาทโดยเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกันเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันได้กฎสถาบันอนุญาโตตุลาการบางสถาบันไม่ว่าในไทยหรือต่างประเทศจะดำเนินการให้อนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นว่ากรณีที่กฎหมายในเขตอำนาจของศาลที่จะบังคับใช้มิได้กำหนดไว้หรือมีบทบัญญัติอนุญาตให้ดำเนินการในกระบวนการที่รวมกันได้ หรือมีบทบัญญัติห้ามดำเนินการโดยคนกลางที่ทำหน้าที่สองบทบาทไว้ คำชี้ขาดดังกล่าวอาจถูกคัดค้านหรือปฏิเสธไม่บังคับในภายหลังจากการไม่ถูกต้องตามกระบวนการ (Due process) อันเป็นข้อจำกัดทางกฎหมาย (Legal obstacles) ปัญหาดังกล่าวนี้อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการบังคับใช้ของคำชี้ขาดในภายหลังจากการดำเนินการอาจถูกโต้แย้งหรือคัดค้านในภายหลังทั้งหมดหรือบางส่วนตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้น

ในวิทยานิพนธ์บทนี้ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะวิเคราะห์เฉพาะเพียงในส่วนของรูปแบบการบังคับใช้คำชี้ขาดที่ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมในกรณีที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้นก่อนเช่น Arb-med Model หรือ Arb-Med-Arb Model เท่านั้น ภายใต้

⁵⁸⁵ Ibid., para 11.1

การบังคับใช้ในฐานะคำชี้ขาดตามยอมภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the ‘New York Convention 1958) รวมถึงวิเคราะห์การระงับข้อพิพาทในกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยได้ดำเนินขึ้นก่อน เช่น กระบวนการ Med – Arb ที่คู่กรณีตกลงการระงับข้อพิพาทแบ่งระดับ (Multi – Tier Dispute Resolution Clause) ที่ต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนการอนุญาโตตุลาการ (Pre - Arbitration) และข้อพิพาทได้ถูกระงับก่อนกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 ดังนี้

5.4.1 การบังคับตามคำชี้ขาดในฐานะคำชี้ขาดตามยอมภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958

5.4.1.1 สถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอมภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958

การระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบต่าง ๆ เช่น Med – Arb Model , Arb – Med Model และ Arb – Med – Arb Model มีข้อพิจารณาว่า การระงับข้อพิพาทโดยรูปแบบผสมด้วยการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่จะนำไปสู่การบังคับใช้ผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการในระดับสากลโดยบังคับระหว่างรัฐปลายทาง แนวทางหนึ่งที่สามารถนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายข้ามพรมแดน คือ การแปลงข้อตกลงยุติคดีเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการได้เริ่มขึ้นแล้วแต่ถูกระงับเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่สัญญาสามารถร้องขอให้มีการเปิดใช้งานกระบวนการพิจารณาอีกครั้งเพื่อรวมผลของการไกล่เกลี่ยเข้าในคำชี้ขาด เพื่อแปลงข้อตกลงการระงับข้อพิพาทที่ไกล่เกลี่ยเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้ในระดับสากลได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากการไกล่เกลี่ยจบลงเป็นผลสำเร็จในการยุติข้อพิพาทและไม่มีอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นขึ้นก่อนที่ข้อพิพาทจะไกล่เกลี่ยสำเร็จ ความเป็นไปได้ในการแปลงข้อตกลงเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือการชี้ขาดตัดสินจะขึ้นอยู่กับกฎหมายของเขตอำนาจ

ศาลของรัฐนั้น ๆ⁵⁸⁶ แต่กลับไม่มีการกล่าวถึงภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the ‘New York Convention 1958’)⁵⁸⁷

จึงมีข้อนำพิจารณาว่า หากกฎหมายอนุญาโตตุลาการหรือกฎเกณฑ์ของสถาบันกำหนดให้การไกล่เกลี่ยเกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และข้อตกลงใด ๆ ที่บรรลุได้สามารถถูกตัดสินให้เป็นประเด็นของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้⁵⁸⁸ เช่น การระงับข้อพิพาทในรูปแบบ Arb – Med และคู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ในช่วงการอนุญาโตตุลาการ ก่อให้เกิดการตกลงทำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation Settlement Agreement) และอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามความยินยอมที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน (Consent Award) ปัญหาว่าคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) ถือเป็นคำชี้ขาด (Award) ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the ‘New York Convention 1958) เนื่องด้วย คำชี้ขาด (Award) ภายใต้มาตรา 1 ของอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดว่า “อนุสัญญานี้จะใช้บังคับกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในดินแดนของรัฐหนึ่ง นอกจากรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเช่นว่านั้น และเกิดจากข้อพิพาทระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และอนุสัญญานี้จะใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ได้ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในของรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁸⁶ E Sussman, The New York Convention through a Mediation Prism , 15(4) Dispute Resolution Magazine (2009), 5-6.

⁵⁸⁷ Gary B. Born, Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards (Updated August 2022), International Commercial Arbitration (Third Edition) 3rd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021)

⁵⁸⁸ เขตอำนาจศาลหลายแห่งให้อำนาจอย่างชัดเจนแก่นอนุญาโตตุลาการในการพยายามไกล่เกลี่ยก่อนและเข้าสู่คำชี้ขาดความยินยอม เช่น Article 30 of the Indian Arbitration and Conciliation Act of 1996 and Article 51 of the Arbitration Law of the People’s Republic of China. บางเขตอำนาจศาลกำหนดหลักเกณฑ์ไปไกลกว่านั้น เช่น บราซิล Brazil Articles 21(4) and 28 of the Brazilian Arbitration Law provide that the arbitrator ‘shall’ attempt conciliation at the beginning of the procedure; if a settlement results, it can be converted into an arbitral award ใน E Sussman, The New York Convention through a Mediation Prism , 15(4) Dispute Resolution Magazine (2009), p 1-10.

ตามคำชี้ขาดด้วย”⁵⁸⁹ ดังนั้น จึงตีความได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดในประเด็นที่เป็นข้อพิพาท แต่การใกล้เคียงเป็นกระบวนการที่แตกต่างโดยพื้นฐานกับการอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้เกิดข้อตกลงจากการตัดสินใจของคู่สัญญาเพื่อยุติข้อพิพาท ผู้ใกล้เคียงไม่มีอำนาจในการตัดสินที่มีผลผูกพัน จึงเกิดข้อกังวลว่า คำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) จะอยู่ในความหมายของคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ค เนื่องจากฝ่ายต่างๆ มีสิทธิที่จะระงับข้อเรียกร้องของตนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดที่ได้จะมีผลผูกพันและบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการระดับชาติหลายฉบับอนุญาตให้มีการตัดสินความยินยอมอย่างชัดเจน เช่น มาตรา 30 (1) ของกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL กำหนดว่า “หากในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการฝ่ายต่างๆ ตกลงระงับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจะยุติกระบวนการพิจารณาและหากมีการร้องขอจากคู่สัญญาและคณะอนุญาโตตุลาการไม่คัดค้าน อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามเงื่อนไขที่ตกลงกันในวันที่ยุติข้อตกลงในรูปแบบของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้”⁵⁹⁰ ซึ่งมาตรา 30 (2) ยังระบุสถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอมว่ามีสถานะและมีผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับเนื้อหาแห่งคดี⁵⁹¹ กฎหมายในระดับของพระราชบัญญัติของต่างประเทศต่างกับบัญญัติรับรองสถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) เช่น มาตรา 52(4) ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ 1996 (English Arbitration Act 1996) รวมถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับสากลส่วนใหญ่ก็ได้บัญญัติรับรองสถานะคำชี้ขาดตามความยินยอมไว้ (Consent Awards) เช่น กฎ UNCITRAL Rules 2013 Article 36(1) กฎของสภาหอการค้า

⁵⁸⁹ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958

Article 1 ‘This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought.

⁵⁹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006

Article 30 (1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

⁵⁹¹ Ibid, Article 30 (2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

นานาชาติ ICC Rules 2021 Article 33 กฎของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ SIAC Rules 2016 Article 32(10) กฎอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศลอนดอน LCIA Rules 2020 Article 26(9) กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของฮ่องกง HKIAC Rules 2018 Article 37(2) กฎอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ICSID Rules 2022 Rule 55(2) เป็นต้น

5.4.1.2 วิเคราะห์ลักษณะและองค์ประกอบของการเป็น “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (Arbitration Awards) กับ “คำชี้ขาดตามความยินยอม” (Consent Awards) ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958

การกำหนดสิ่งที่มีองค์ประกอบเป็น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral award) ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ข้อกำหนดเบื้องต้นสำหรับการวิเคราะห์รวมถึงการการจัดประเภทของคำชี้ขาดความยินยอมภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก 1958 อนุสัญญานิวยอร์กไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในการกำหนดถึงสิ่งที่ถือเป็น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral award) การยอมรับและการบังคับใช้ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อ อำนวยความสะดวก แต่สิ่งที่สำคัญกว่านั้นคือ อนุสัญญาไม่ได้กล่าวถึงคำชี้ขาดตามความยินยอม อนุสัญญา เพียงระบุไว้ในข้อ 1 ว่า (1) “อนุสัญญานี้จะใช้บังคับกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐหนึ่ง นอกจากรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเช่นนั้น และเกิดจากข้อพิพาทระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และอนุสัญญานี้จะใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ได้ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในของรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดด้วย (2) “คำว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” จะรวมทั้งคำชี้ขาดที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นเฉพาะข้อพิพาทนั้นและคำชี้ขาดที่ทำโดยหน่วยงานอนุญาโตตุลาการถาวรซึ่งคู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานนั้นด้วย” นอกจากนี้ ข้อ 2 (1) ของอนุสัญญาระบุว่า “แต่ละรัฐภาคีจะยอมรับสัญญาเป็นหนังสือที่คู่พิพาทได้เสนอข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างคู่พิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะทางสัญญาหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ” อนุสัญญานิวยอร์กจึงไม่ได้นิยามคำว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” โดยชัดแจ้ง

อย่างไรก็ดีในชั้นการพิจารณาร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958⁵⁹² ข้อเสนอแนะของตัวแทนชาวออสเตรเลียเกี่ยวกับการกำหนดคำนิยามของ คำว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral award) โดยเห็นว่าเมื่อนิยามของคำชี้ขาดตามความยินยอมไม่ได้กำหนดไว้ ดังนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่จะถูกบังคับใช้ว่าคำตัดสินใดจะถือเป็น คำชี้ขาดหรือไม่ เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติอาจไม่จำเป็นต้องกำหนดนิยามในข้อความของการประชุม ... อนุสัญญานี้ควรจะขยายเป็นรวมถึงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ” ข้อเสนอแนะของผู้แทนนี้ได้หลักการสองหลักการคือ (1) การตีความว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ บังคับใช้เป็น “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral award) ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในประเทศของรัฐผู้ทำสัญญาที่ต้องการการยอมรับและการบังคับใช้⁵⁹³ และ (2) การระงับข้อพิพาทที่ไม่ได้ถูกระงับโดยอนุญาโตตุลาการจึงอยู่นอกขอบเขตของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 ข้อเสนอแนะของตัวแทนชาวออสเตรเลียที่ว่ากฎหมายภายในของรัฐผู้ทำสัญญาจะกำหนดว่า คำชี้ขาดที่จะมีคุณสมบัติเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาในกระบวนการบังคับใช้คำชี้ขาดระหว่างประเทศ ประเด็นข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิ่งที่มีคุณสมบัติเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ควรปล่อยให้คำชี้ขาดตกเป็นของปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจแตกต่างออกไปและอาจถึงขั้นมีแนวคิดเกี่ยวกับองค์คณะรัฐผู้ทำสัญญาหรือกฎหมายต่างๆ ณ สถานที่บังคับใช้ (เรียกว่า *lex fori*) ไม่ว่าคำว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” (Arbitral award) ที่ใช้ในอนุสัญญานิวยอร์กจะครอบคลุมถึงคำชี้ขาดโดยความยินยอมหรือไม่ และด้วยเหตุนี้คำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) ต้องการการวิเคราะห์เชิงลึกเกี่ยวกับแนวคิดที่ประกอบขึ้นเป็น “คำชี้ขาดตามความยินยอม” (Consent Awards) โดยทั่วไป ตามหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษา เฉพาะการตัดสินชี้ขาดที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการที่กำหนด ข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนในลักษณะสุดท้ายและมีผลผูกพันสามารถถือเป็น ‘คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ’ (Arbitral award) ได้ภายใน ความหมายของอนุสัญญานิวยอร์ก⁵⁹⁴ เพื่อให้การตัดสินของอนุญาโตตุลาการมีสถานะเป็น คำชี้ขาดของ

⁵⁹² UNCITRAL, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Report by the Secretary-General, Annex I, Comments by Governments, U.N. DOC. E/2822, 10 (31 January 1956)

⁵⁹³ UNCITRAL SECRETARIAT, GUIDE ON THE CONVENTION, at 16 (interpreting the statement of the Austrian delegate rather loosely, “it is up to the courts of the Contracting States where recognition and enforcement is sought to determine when a decision can be characterized as an ‘arbitral award’ under the New York Convention.”)

⁵⁹⁴ UNCITRAL SECRETARIAT, GUIDE ON THE CONVENTION, at 17; see also Di Pietro, What Constitutes an Arbitral Award, at 150 (who advocates that all “awards which finally adjudicate one or more of

อนุญาโตตุลาการ (Arbitral award) ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก จะต้องประกอบด้วย 3 องค์ประกอบด้วยกัน คือ 1. กระบวนพิจารณาก่อนทำคำชี้ขาดต้องถูกดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการ (be made by arbitrators) 2. การระงับข้อพิพาทดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจะต้องถูกทำขึ้นในขั้นที่สุดโดยอนุญาโตตุลาการ (resolve an existing dispute or part thereof in a final manner) และ 3. มีผลผูกพัน (binding) เมื่อพิจารณาในเบื้องต้น คำชี้ขาดตามความยินยอมดูเหมือนจะไม่เข้าองค์ประกอบใน 2 องค์ประกอบแรกเมื่อพิจารณาในเบื้องต้น คำชี้ขาดตามความยินยอมดูเหมือนจะไม่เข้าองค์ประกอบใน 2 องค์ประกอบแรก

5.4.1.3 วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการยอมรับบังคับใช้คำชี้ขาดตามความยินยอมและการดำเนินการบังคับใช้ในภายหลัง

ในสหรัฐคำพิพากษาของศาลสหรัฐ 2 คดีล่าสุด ที่มีการกล่าวถึงการบังคับใช้ของคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 ในปี 2560

ก. คดีระหว่าง Albtelcom SH.A v. UNIFI Communs., Inc. District Court for the Southern District of New York) 2017

คดี ระหว่าง Albtelcom SH.A v. UNIFI Communs., Inc. District Court for the Southern District of New York) 2017⁵⁹⁵ ข้อเท็จจริงของคดี คือ ในคดีของศาลชั้นต้นตอนใต้แห่งนครนิวยอร์ก (District Court for the Southern District of New York) ได้รับคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consents Awards) ที่ออกให้โดยอนุญาโตตุลาการในการดำเนินการของสภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commercial : ICC) ในชั้นต้น Albtelcom SH.A เริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการกับ UNIFI Communs., Inc. ในข้อพิพาทอันเกิดจากการละเมิดสัญญาโทรคมนาคม หลังจากเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายต่างๆ ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาของพวกเขาโดยตกลงระงับข้อพิพาทและขอให้อนุญาโตตุลาการออกคำชี้

the several differences which have been submitted to the jurisdiction of an arbitral tribunal” should qualify for recognition and enforcement). According to the INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, ICCA’S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION 16 (2011) [hereinafter ICCA, GUIDE TO THE INTERPRETATION OF THE NEW YORK CONVENTION], the analysis must be two-fold: first, the dispute must have been submitted to and resolved by “arbitration,” and second, the decision must be an “award”.

⁵⁹⁵ Albtelcom SH.A v. UNIFI Communs., Inc., Case No. 16 Civ. 9001, 2017 U.S. Dist. LEXIS 82154 (S.D.N.Y. May 30, 2017) [hereinafter Albtelcom, 2017 U.S. Dist. LEXIS 82154].

ขาดความยินยอมที่จะรวมเอาข้อตกลงการระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) คดีดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานของข้อตกลงอันเกิดจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) อาจไม่ก่อให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Public policy) กับการให้คำชี้ขาดตามความยินยอมอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียวตกลงดำเนินการออกชี้ขาดให้ UNIFI Communs., Inc. ชำระเงินรายเดือนให้กับ Albtelcom SH.A

หลังจากได้รับคำชี้ขาดตามความยินยอม UNIFI Communs., Inc. ถูกกล่าวหาว่าผิดนัดชำระหนี้และหยุดชำระเงินรายเดือน เป็นผลให้ Albtelcom SH.A ยื่นคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลชั้นต้นตอนใต้แห่งนครนิวยอร์ก (District Court for the Southern District of New York) ต้องยอมรับการบังคับตามคำชี้ขาดตามความยินยอมของอนุญาโตตุลาการ ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก นอกจากนี้ Albtelcom SH.A ยังพยายามที่จะเรียกร้องเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ชำระส่วนที่เหลือ พร้อมดอกเบี้ย ค่าใช้จ่ายอื่นๆ และค่าธรรมเนียม UNIFI Communs., Inc ยื่นคำร้องคัดค้านคำร้องโดยโต้แย้งว่าภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ไม่มีผลบังคับใช้ได้กับคำชี้ขาดดังกล่าวเพราะคำชี้ขาดดังกล่าวอยู่ในรูปแบบของคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent award)

อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าไม่มีประเด็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาคดีเพื่อยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว คำชี้ขาดดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็นถึงความยินยอมของคู่สัญญาตามเงื่อนไขโดยไม่มีเหตุผลใดที่จะปฏิเสธการยอมรับ ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของ UNIFI Communs., Inc อย่างชัดเจนที่โต้แย้งว่าไม่ควรยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และศาลยืนยันว่า คำชี้ขาดตามความยินยอมของฝ่ายต่าง ๆ เกิดขึ้นจากการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริงและกฎหมาย ศาลให้เหตุผลว่าไม่มีกฎหมายกำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสหภาพการค้านานาชาติ (ICC) ตามความยินยอมของคู่กรณีและขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันมีผลผูกพันภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ศาลจึงยอมรับในการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้

ข. คดีระหว่าง Transocean Offshore Gulf of Guinea VII v. Erin Energy Corp. ของศาลชั้นต้นสหรัฐในเขตทางตอนใต้ของรัฐเทกซัส (the U.S. District Court for the Southern District of Texas)

คดีระหว่าง Transocean Offshore Gulf of Guinea VII v. Erin Energy Corp. ของศาลชั้นต้นสหรัฐในเขตทางตอนใต้ของรัฐเทกซัส (the U.S. District Court for the

Southern District of Texas)⁵⁹⁶ โดยศาลได้มีคำพิพากษาตัดสินประเด็นจะบังคับตามคำชี้ขาดตามความยินยอมได้หรือไม่ และคำชี้ขาดตามความยินยอมนี้อยู่ภายใต้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกาภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลกลาง (the Federal Arbitration Act.) หรือไม่ ข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเรื่องสัญญาเกี่ยวกับอุปกรณ์และบริการขุดเจาะ ซึ่งตั้งอยู่ในน่านน้ำนอกชายฝั่งในจีเรียซึ่ง ซึ่งได้รับการพิจารณาในศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (the London Court of International Arbitration(LCIA)) ฝ่ายต่าง ๆ ตกลงที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างกันเองก่อนที่จะให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีขั้นสุดท้าย (Final hearing) และขอให้อนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดความยินยอม (Consents Awards) แต่หลังจากที่อนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดแล้ว Erin Energy ผิดนัดชำระหนี้ตามคำชี้ขาด โดยไม่ชำระหนี้ตามเงื่อนไขของคำชี้ขาด Transocean พยายามขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอนในสหรัฐอเมริกา ต่อศาลชั้นต้นสหรัฐในเขตทางตอนใต้ของรัฐเท็กซัส (the U.S. District Court for the Southern District of Texas) เกี่ยวดว้กับประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะรับคดีไว้พิจารณา (jurisdiction) ที่อ้างว่าคำชี้ขาดตามความยินยอมไม่อยู่ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก โดยอ้างถึงคู่มือเลขาธิการอนุสัญญาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ซึ่งไม่ได้กำหนดถึงคำชี้ขาดตามความยินยอม Erin Energy ให้การโต้แย้งว่าคำชี้ขาดตามความยินยอมนั้นขาดเหตุผลอันจำเป็นที่อ้างว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนี้ภายใต้กฎ LCIA ไม่ถือเป็น “คำชี้ขาด” (Awards) ตามความหมายของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะรับคดีไว้พิจารณา ศาลจึงได้มีคำสั่งยกคำร้อง (moved to dismiss) ของ Erin Energy

5.4.1.4 สถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอมตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 5.2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 (the New York Convention 1958) กำหนดว่าการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการอาจถูกปฏิเสธได้หากองค์กรที่มีอำนาจในประเทศที่มีการ ร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้พบว่า (a) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายของประเทศนั้น หรือ (b) การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศนั้น คำชี้ขาดตามยอมมีปรากฏอยู่ในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.

⁵⁹⁶ Transocean Offshore Gulf of Guinea VII v. Erin Energy Corp., Case No. H-17-2623, 2018 U.S. Dist. LEXIS 39494 (S.D. Tex. March 12, 2018) [hereinafter Transocean, 2018 U.S. Dist. LEXIS 39494].

2545⁵⁹⁷ ซึ่งกำหนดให้ คู่พิพาทอาจร้องขอให้ชี้ขาดตามยอมได้ในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการก็อาจจะมีการชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความก็ได้ นั้น โดยคำชี้ขาดตามยอมจะมีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นพิพาท ในบริบทของไทยหากข้อพิพาทได้ดำเนินการผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการนำไปสู่ผลลัพธ์คือคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) บังคับใช้ในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะไม่ก่อให้เกิดการที่ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับการบังคับตามเนื่องจากคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) มีสถานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดด้วยผลของมาตรา 36 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อีกทั้งกฎอนุญาโตตุลาการในระดับสถาบันก็ได้บัญญัติรับรองถึงสถานะของคำชี้ขาดตามความยินยอมไว้เช่นกัน เช่น ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการ (TAI)⁵⁹⁸ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2560 (THAC)⁵⁹⁹ เป็นต้น

⁵⁹⁷ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 36 ในระหว่างการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทประนีประนอมยอมความกันให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น

คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 37 และให้มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท

⁵⁹⁸ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 49 การชี้ขาดตามยอม

หากคู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้น หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นก็ได้ คำชี้ขาดดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผล

⁵⁹⁹ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากกระบวนการระงับข้อพิพาท พ.ศ. 2560

ข้อ 8 เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาประนีประนอมยอม ความนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามสัญญา ประนีประนอมยอมความนั้นโดยไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลไว้

5.4.2 การบังคับตามสัญญาไกล่เกลี่ยที่ผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบโหมตผสม ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019)

มุมมองเชิงนโยบาย (Policy perspective) ของฝ่ายที่เลือกที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) เห็นว่าข้อพิพาทของพวกเขาไม่ควรต้องใช้รูปแบบเพิ่มเติมของการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) เพียงเพื่อรับสถานะการบังคับใช้ทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ในมุมมองสำหรับความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยอาจเป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนสำหรับฝ่ายหนึ่งที่จะยกประเด็นการคุ้มครองการบังคับใช้ขั้นสูง (enforcement) กับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมองว่าเพื่อบรรลุข้อตกลงฉันมิตร (Amicable settlement) คู่สัญญาจึงได้สละสิทธิที่คู่สัญญามีอยู่เดิมตามสัญญาที่ตกลงกันสู่การระงับข้อพิพาท สาเหตุดังกล่าวนี้ทำให้ฝ่ายที่สนับสนุนกระบวนการไกล่เกลี่ยนำมาเป็นข้อพิสูจน์ให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทของพวกเขา มีสถานะและมีสิทธิพิเศษมากกว่าสถานะที่เป็นเพียงแค่สัญญาฝ่ายที่สนับสนุนการไกล่เกลี่ยจึงไม่เห็นด้วยกับการระงับข้อพิพาทที่มีผลมาจากการไกล่เกลี่ย (Settlement Agreements Resulting from Mediation) กลับมีสถานะการบังคับใช้ผลลัพธ์ที่ได้จากการกระบวนการต่ำกว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Awards)⁶⁰⁰ ดังนั้น การไกล่เกลี่ยบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับอนุญาโตตุลาการจะช่วยปรับรูปแบบการรับรู้ของกระบวนการและสนับสนุนการเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรม จึงเป็นสาเหตุให้เกิดมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจที่มีแนวโน้มที่จะเต็มใจในการลงทุนเวลาและทรัพยากรเพื่อกระบวนการที่มีกรอบกฎหมายในระดับสากลสำหรับการบังคับใช้ผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท⁶⁰¹

คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ แล้วส่งให้แก่ นาย ทะเบียน และ เมื่อนายทะเบียนได้รับชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายครบถ้วนแล้ว ให้นายทะเบียนส่ง สำเนาคำชี้ขาดที่ได้รับรองความถูกต้องให้แก่คู่พิพาทโดยเร็ว

⁶⁰⁰ T Schnabel, 'The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements', Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1 Vol.19(1) (2019), p 10–11.

⁶⁰¹ Ronán Feehily, International Commercial Mediation Law and Regulation in Comparative Context, Cambridge University Press (2022), p. 228 - 229.

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา UNCITRAL ได้พิจารณาอนุมัติและให้ความเห็นชอบต่อร่างอนุสัญญา การทำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยการประนอมข้อพิพาท (The Final Drafts of a Convention on International Settlement Agreement Resulting from Mediation) หรือ อนุสัญญาสิงคโปร์ (Singapore Convention on mediation) และได้รับการพิจารณาและอนุมัติจากที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (United Nations General Assembly) เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2018 ในวันดังกล่าว นอกจากที่ประชุมสมัชชา ใหญ่แห่งสหประชาชาติจะเห็นชอบต่ออนุสัญญาสิงคโปร์และการแก้ไขกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ย ที่ประชุมฯ ยังมีมติให้ประเทศสิงคโปร์เป็นเจ้าภาพจัดพิธีการลงนามอนุสัญญาว่าด้วยการ ระวังข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยการไกล่เกลี่ย ในวันที่ 7 สิงหาคม 2019 และยังแนะนำให้เรียก อนุสัญญาฉบับนี้ว่า “อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย” (Singapore Convention) เพื่อเป็นเกียรติกับประเทศสิงคโปร์ในการเป็นเจ้าภาพจัดงานและดำเนินการในเรื่องนี้⁶⁰² โดยอนุสัญญาสิงคโปร์มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับการไกล่เกลี่ยและสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศตามข้อเสนอแนะของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ที่มีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาอนุสัญญาแบบพหุภาคีให้สามารถสนับสนุนให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยสามารถเป็นที่ยอมรับและใช้บังคับได้เช่นเดียวกับอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) ที่สามารถทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศเป็นที่ยอมรับและใช้บังคับได้⁶⁰³ และข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่มีผลมาจากกาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งมีคุณสมบัติในการบังคับใช้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์จะสามารถบังคับใช้ได้ด้วยตนเองในระดับสากล โดยไม่ต้องพึ่งพากฎหมายสัญญาในประเทศ (Domestic contract law) หรือไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนเป็นคำยินยอมของอนุญาโตตุลาการ (Consent Awards)⁶⁰⁴

5.4.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับ

อนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 มีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยให้มีผลบังคับข้ามพรมแดนได้ โดยที่สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าว

⁶⁰² the General Assembly on 20 December 2018, Seventy-third session, the report of the Sixth Committee (A/73/496) [online] Accessed January 1, 2020, Available from : <https://undocs.org/en/A/73/496>

⁶⁰³ Planned and Possible Future Work—Part III, Proposal by the Government of the United States of America: Future Work for Working Group II, Note by the Secretariat, UNCITRAL, UN Doc. A/CN.9/822 (2014).

⁶⁰⁴ Ronán Feehily, *Supra* Note 601, p 230.

มีองค์ประกอบสำคัญที่อนุสัญญาฉบับนี้กำหนด กล่าวคือ ต้องมีการไกล่เกลี่ยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ในอนุสัญญาสิงคโปร์ โดยสามารถไกล่เกลี่ยที่ใดก็ได้แต่ต้องมีหลักฐานและลักษณะตามที่อนุสัญญา สิงคโปร์กำหนดต้องเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ และ ต้องเป็นข้อพิพาททางพาณิชย์⁶⁰⁵ และในนิยามของคำว่า การไกล่เกลี่ยภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 หมายถึง “กระบวนการ โดยไม่ คำนึงถึงจำนวนไต่สวนที่ใช้หรือพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการ โดยฝ่ายต่างๆ พยายามที่จะบรรลุ ข้อตกลงยุติข้อพิพาทฉันมิตรด้วยความช่วยเหลือจากบุคคลที่สามหรือบุคคลอื่น (“ผู้ไกล่เกลี่ย”) ที่ไม่มี อำนาจในการกำหนดแนวทางแก้ไขแก่คู่กรณีในข้อพิพาท”⁶⁰⁶ นิยามของคำว่า การไกล่เกลี่ย (Mediation) ถูกกำหนดขึ้นอย่างกว้าง ๆ ในอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 นี้เกิดขึ้นเพื่อสะท้อนถึงลักษณะ ที่ยืดหยุ่นของกระบวนการและกำหนดให้คู่พิพาทพยายามที่จะบรรลุข้อยุติที่อย่างฉันมิตรด้วยความ ช่วยเหลือจากบุคคลที่สามซึ่งไม่มีอำนาจในการกำหนดแนวทางแก้ไข⁶⁰⁷ การใช้คำเดียวที่มีคำจำกัด ความกว้างๆ นี้จึงสามารถรองรับความแตกต่างของกระบวนการและวิธีการอธิบายคำเหล่านั้นในเขต อำนาจศาลต่าง ๆ ได้ ดังนั้น ความตั้งใจของอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 จึงไม่ใช่เพื่อกำหนดกระบวนการ ใด ๆ โดยเฉพาะ แต่เพื่อระบุกลุ่มของกระบวนการ (a group of processes) และแยกแยะออกจาก

⁶⁰⁵ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 (‘Singapore Convention 2019’)

Article 1.1 This Convention applies to an agreement resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute (“settlement agreement”) which, at the time of its conclusion, is international in that:

(a) At least two parties to the settlement agreement have their places of business in different States; or

(b) The State in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either:

(i) The State in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is performed; or

(ii) The State with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected.

⁶⁰⁶ Ronán Feehily, *Supra* Note 601, p 234 – 235.

⁶⁰⁷ Singapore Convention 2019

Article 2.3 provides: “Mediation” means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (“the mediator”) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการและการเจรจาต่อรอง⁶⁰⁸ องค์ประกอบสุดท้ายในคำจำกัดความไม่ได้ ยกเว้น med-arb ซึ่งต่อมาผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (Switching Hat) ใน กระบวนการ Med – Arb pure หากแต่เมื่อทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่อำนาจในการออกคำชี้ขาด เหมือนเช่นอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาสามารถแก้ไขปัญหาของตนได้หลังจากการมีส่วนร่วมของผู้ไกล่ เกลี่ยและข้อตกลงของคู่สัญญาจะยังคงมีคุณสมบัติเป็นข้อตกลงที่ไกล่เกลี่ยภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ 2019⁶⁰⁹ ซึ่งบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Mediator acting as arbitrator) แม้อนุสัญญาสิงคโปร์มิได้กำหนดไว้โดยตรงแต่หาพิจารณาภายใต้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL Mediation Model Law ปี 2018 ก็มีได้บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนโดยในมาตรา 13⁶¹⁰ โดยกำหนดเพียงว่าเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่ทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่เป็นหรือเป็นเรื่องของการไกล่เกลี่ย หรือ เกี่ยวกับข้อพิพาทอื่นที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือกฎหมายเดียวกัน ความสัมพันธ์หรือสัญญาที่เกี่ยวข้อง หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายเท่านั้น ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 13 ภายใต้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL สถานการณ์ของการเปลี่ยนบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (Switching Hat) จึงเกิดขึ้นได้ถ้าคู่สัญญาได้ตกลงกัน โดยในคำอธิบายรายมาตราของคู่มือการบังคับ ใช้และการใช้กฎหมายแม่แบบปี 2018 (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)) ได้ให้คำอธิบายว่า บทบัญญัตินี้ใช้ไม่เพียงเฉพาะ ในส่วนที่เกี่ยวกับ ส่วนที่หนึ่ง “ข้อพิพาทที่เป็นหรือเป็นเรื่องของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” (a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings) แต่ยังรวมถึง “ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อ

⁶⁰⁸ Ellen E. Deason, "What's in a Name: The Terms Commercial and Mediation in the Singapore Convention on Mediation," *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 20, no. 4 (Summer 2019) p. 1149-1172.

⁶⁰⁹ T Schnabel, *Supra* Note 600, p.17.

⁶¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)

Article 13. Mediator acting as arbitrator

Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship.

พิพาทอื่นที่เกิดจากสัญญาหรือนิติสัมพันธ์เดียวกันหรือสัญญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันกับนิติสัมพันธ์ดังกล่าวด้วย" ("in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship) ส่วนที่สองนั้นเป็นการขยายการใช้บทบัญญัติทั้งการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นก่อนและการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นในภายหลังอย่างต่อเนื่องด้วย โดยในส่วนที่สองได้ขยายขอบเขตของมาตราดังกล่าวให้ครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาที่แตกต่างกันแต่ในเชิงพาณิชย์และใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทดังกล่าว⁶¹¹

5.4.2.2 ข้อพิจารณากระบวนการ Arb – Med , Med - Arb

ภายใต้หลักการของอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่รับฟ้องโดยศาลและรวมถึงกระบวนการของศาลก่อนฟ้องคดีหรืออุทธรณ์บังคับโดยคำพิพากษาโดยศาลของรัฐนั้น หรือสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ได้ยื่นฟ้องและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถมาใช้ในการระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ได้อีก⁶¹² รวมถึงกรณีที่คู่พิพาทได้มีการฟ้องร้องคดีไปยังศาลหรือยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการ อนุสัญญาสิงคโปร์ได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจในกระบวนการดังกล่าวของรัฐภาคีต้องเลื่อนการตัดสินออกไปและตามคำขอของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจสั่งให้อีกฝ่ายหนึ่งวางหลักประกันก็ได้⁶¹³ เหตุที่ระบุข้อยกเว้นและข้อกำหนดให้ศาลเลื่อนการ

⁶¹¹ Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , para 87.

⁶¹² Singapore Convention 2019 Article 1.3

This Convention does not apply to:

(a) Settlement agreements:

(i) That have been approved by a court or concluded in the course of proceedings before a court; and

(ii) That are enforceable as a judgment in the State of that court;

(b) Settlement agreements that have been recorded and are enforceable as an arbitral award.

⁶¹³ Singapore Convention 2019 Article 6 Parallel applications or claims

If an application or a claim relating to a settlement agreement has been made to a court, an arbitral tribunal or any other competent authority which may affect the relief being sought under article 4, the competent authority of the Party to the Convention where such relief is sought may, if it considers it proper, adjourn the decision and may also, on the request of a party, order the other party to give suitable security.

พิจารณาคดีออกไปไว้เช่นนี้ก็เนื่องจากว่าป้องกันไม่ให้ผู้สัญญาใช้วิธีการระงับข้อพิพาทสองวิธีในเวลาเดียวกันเพราะจะเกิดปัญหาในเรื่องความขัดแย้งกันของการบังคับใช้ เมื่อพิจารณาจากรูปแบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการผสม เช่น กระบวนการ Arb – Med ที่คู่พิพาทจะนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อนการไกล่เกลี่ยในกรณีที่คู่กรณีตกลงการระงับข้อพิพาทกันได้จะส่งผลให้คู่กรณีนำคดีของตนกลับสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) ในแง่นี้คำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) ในกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบ Arb – Med Model จึงไม่อาจบังคับใช้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 เนื่องจากตามมาตรา 1.3 (b) อนุสัญญาสิงคโปร์ไม่ใช่บังคับกับสัญญาไกล่เกลี่ยที่ได้รับการบันทึกเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Settlement agreements that have been recorded and are enforceable as an arbitral award.)⁶¹⁴ ทั้งนี้ ในกรณีที่กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Mixed Mode) ที่ดำเนินการโดยคนกลางทำหน้าที่สองบทบาท (Doble Hats) เนื่องจากอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 มิได้กล่าวไว้ถึงประเด็นดังกล่าวไว้ว่าสามารถดำเนินการได้หรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี มีข้อน่าพิจารณาว่าหากสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ดำเนินการผ่านกระบวนการทำหน้าที่สองบทบาทของคนกลาง (Doble Hats) จะทำให้ถือเป็นเหตุให้ศาลประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามด้วยเหตุที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำผิดหน้าที่ (Mediator Misconduct) ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 5 (e) และ มาตรา 5 (f) แห่งอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019⁶¹⁵ ได้กำหนดไว้ 2 เรื่อง กล่าวคือ มีการกระทำที่การกระทำ

⁶¹⁴ Singapore Convention 2019 Article 1.3 (b)

⁶¹⁵ Singapore Convention 2019

Article 5. Grounds for refusing to grant relief.

1. The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4 may refuse to grant relief at the request of the party against whom the relief is sought only if that party furnishes to the competent authority proof that:

(e) There was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the settlement agreement; or

(f) There was a failure by the mediator to disclose to the parties' circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator's impartiality or independence and such failure to disclose

ผิดมาตรฐานสำคัญในการไกล่เกลี่ยหากไม่มีการกระทำผิดในการไกล่เกลี่ยดังกล่าวสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่เกิดขึ้น และกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำผิดโดยการเปิดเผยข้อมูลให้กับคู่สัญญาและทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ยหรือข้อมูลที่เปิดเผยดังกล่าวเป็นข้อมูลสำคัญหรือเป็นข้อมูลที่จูงใจให้คู่สัญญาเข้าทำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าว ทั้งนี้ หากพิจารณาภายใต้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ในคำอธิบายรายมาตราของคู่มือการบังคับใช้และการใช้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)) ได้ให้คำอธิบายถึงกรณีดังกล่าวไว้ว่า สถานการณ์ที่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย (Arb-Med) ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติที่ได้รับอนุญาตในบางระบบกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับหน้าที่และความสามารถของอนุญาโตตุลาการและแนวทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ประเทศและได้รับอิทธิพลจากกฎหมายและประเพณีทางสังคมไม่มีข้อปฏิบัติที่เป็นข้อยูติเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย และข้อควรปฏิบัติบางประการคู่มือได้ให้แนะนำว่าอนุญาโตตุลาการควรใช้ความระมัดระวังก่อนที่จะแนะนำหรือมีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทซึ่งถือโดยทั่วไปแล้วเป็นการไม่เหมาะสมที่จะดำเนินการดังกล่าว⁶¹⁶ เพื่อรวมแนวทางปฏิบัติเหล่านี้ให้เป็นหนึ่งเดียวผ่านกฎหมายที่เป็นเอกภาพ คำอธิบายรายมาตราของคู่มือการบังคับใช้และการใช้กฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ให้ข้อสังเกตว่า แม้ว่าจะมีบทบัญญัติยกเว้นไม่นำบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบในการใช้บังคับได้ แต่คณะกรรมการเห็นพ้องต้องกันว่ากฎหมายแม่แบบนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อระบุว่าอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้หรือไม่และ ประเด็นดังกล่าวนี้เป็นเพียงประเด็นที่ถูกทิ้งไว้ให้พิจารณาเท่านั้น ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้บริบทของกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องของประเทศที่ใช้บังคับ⁶¹⁷ หากพิจารณาภายใต้กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของต่างประเทศเช่น กฎหมาย

had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement.

⁶¹⁶ Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), para 90.

⁶¹⁷ Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 17 (A/57/17), para. 170.

อนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ 2001 (Singapore Arbitration Act 2001)⁶¹⁸ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ 1994 (Singapore International Arbitration Act 1994)⁶¹⁹ กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง 2011 (the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011)⁶²⁰ รวมถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการออสเตรเลีย 2010 (Commercial Arbitration Acts 2010 (NSW))⁶²¹ ต่างมีบทบัญญัติในการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่กลับมาทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลของกระบวนการอันเป็นหน้าที่สำคัญ ซึ่งหากคู่กรณีมิได้ตกลงกันให้ผลลัพธ์ของตนเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งแต่ตกลงที่จะระงับข้อพิพาทของตนในรูปแบบผลลัพธ์ที่ได้จากการไกล่เกลี่ยและเข้าสู่การจัดทำสัญญาไกล่เกลี่ยและบังคับใช้ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยตามมาตรา 4 ของอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019⁶²² ในกระบวนการ Med – Arb , Arb – Med , Arb – Med – Arb แม้ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาก่อนหรืออนุญาโตตุลาการเคยทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยมาก่อนและกลับเข้าทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยอีกครั้งในสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงบทบาท (Switching Hats) ก็ไม่มีผลทำให้สัญญาดังกล่าวขาดองค์ประกอบของการเป็นสัญญาระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) หากกฎหมายและกฎเกณฑ์ในประเทศดังกล่าวอนุญาตให้ดำเนินการดังกล่าวได้⁶²³ แต่การที่อนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่สองบทบาทกลับเข้าสู่การทำหน้าที่เป็น

⁶¹⁸ Singapore Arbitration Act 2001 Article. 63 (3)

⁶¹⁹ Singapore International Arbitration Act 1994 Article. 17 (3)

⁶²⁰ the Hong Kong Arbitration Ordinance 2011 Article. 33 (4)

⁶²¹ Commercial Arbitration Acts 2010 (NSW) Article. 27 D (7)

⁶²² United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 Article 4

1. A party relying on a settlement agreement under this Convention shall supply to the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought:

(a) The settlement agreement signed by the parties.

(b) Evidence that the settlement agreement resulted from mediation, such as:

(i) The mediator's signature on the settlement agreement.

(ii) A document signed by the mediator indicating that the mediation

was carried out;

(iii) An attestation by the institution that administered the mediation; or

(iv) In the absence of (i), (ii) or (iii), any other evidence acceptable to the

competent authority.

⁶²³ T Schnabel, Supra Note 600, p.17.

ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลในกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไว้ มิฉะนั้นอาจเป็นเหตุให้ศาลประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทปฏิเสธที่จะบังคับตามด้วยเหตุที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำผิดหน้าที่ (Mediator Misconduct) ตามมาตรา 5 (e) และมาตรา 5 (f) แห่งอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 ได้

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาในบริบทของประเทศไทยในกรณีที่ประเทศไทยไม่ได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว รวมถึงกฎหมายที่อยู่ในส่วนของการไกล่เกลี่ยที่ใช้บังคับภายในประเทศอันได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงเกิดคำถามว่าจะสามารถตอบโจทย์ของการรองรับผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed Mode) ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Settlement Agreement) ในกรณีประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

5.4.2.3 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับผลลัพธ์ของกระบวนการแบบผสมในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ในประเทศไทย

ปัญหาการบังคับผลลัพธ์ของกระบวนการแบบผสมในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย (Mixed Mode) ซึ่งปัญหาหลักดังกล่าวคือการไม่มีกฎหมายภายในเฉพาะมาบังคับให้สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยปัญหาดังกล่าวมีดังนี้

ก. ปัญหาของการขาดกฎหมายภายในมาบังคับเป็นการเฉพาะกับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่ผลลัพธ์ของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมนำมาสู่การทำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมิใช่ฐานะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2562 เนื่องด้วยหลักการและกระบวนการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จะพบว่าโดยหลักการแล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้สามารถทำให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทจากกระบวนการไกล่เกลี่ยสามารถยื่นคำร้องต่อศาลออกคำบังคับให้คู่กรณี ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้เลยโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ดังเช่นกรณีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนอกศาลในกรณีทั่วไปซึ่งบังคับกันได้ในฐานะนิติกรรมฉบับหนึ่งถือเป็นมิติใหม่ของการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความหรือบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้กระทำนอกศาลได้ แต่อย่างไรก็ดี แม้โดยหลักการพระราชบัญญัติฉบับนี้จะทำให้การไกล่เกลี่ยสะดวก รวดเร็วและลดขั้นตอนกระบวนการในศาลตาม

ขั้นตอนปกติ แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มีข้อจำกัดซึ่ง สามารถสรุปได้เป็นประเด็นสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ⁶²⁴

ประการแรก หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ย จากนิยามใน มาตรา 3 ของ พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถูกจำกัด เฉพาะหน่วยงานของรัฐ ซึ่งได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด หรือหน่วยงานของรัฐตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และในมาตรา 68 การ ระบุข้อพิพาทภาคประชาชนในคดีที่ทุนทรัพย์ไม่เกิน 500,000 บาท กำหนดให้กรมคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนรวมตัวกันเป็นศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ภาคประชาชนเพื่อดำเนินงานเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน จากมาตรา 3 และมาตรา 68 ทำให้หน่วยงานที่มีอำนาจระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่รวมรวมถึงกรณี เอกชนที่จัดตั้งขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท เช่น ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Thailand Arbitration Center) ที่มีการให้บริการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ หรือหน่วยงานเอกชนอื่นๆ พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่สามารถบังคับใช้กับหน่วยงานเอกชนดังกล่าวได้ โดยประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการ บัญญัติให้เพียงหน่วยงานราชการมีอำนาจทำการไกล่เกลี่ยเท่านั้น เป็นการจำกัดสิทธิและตัด โอกาสหน่วยงานเอกชนที่มีความรู้ ความสามารถ เข้าใจถึงการดำเนินธุรกิจ ไม่มีโอกาสแสดงศักยภาพ และเป็นส่วนช่วยในการทำให้คดีในศาลลดลง การกำหนดเช่นนี้จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ หลักการไกล่เกลี่ยที่ต้องการให้คดีเสร็จอย่างรวดเร็วและลดภาระคดีที่ล้นศาล

ประการที่สอง ทุนทรัพย์ของคดีที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ ในมาตรา 20 กำหนดให้คดีที่ จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยต้องมีทุนทรัพย์ไม่เกิน 5,000,000 บาท และหาก เป็นการระงับข้อพิพาทภาคประชาชน ทุนทรัพย์ต้องไม่เกิน 500,000 บาท การบัญญัติโดยกำหนดทุน ทรัพย์ไว้เช่นนี้เป็นการตัดคดีที่สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ได้เหลือเพียงคดีที่มีทุนทรัพย์ เล็กน้อย ซึ่งไม่สอดคล้องกับเหตุผลในการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยที่ต้องการใช้เป็น กฎหมายกลางและบังคับใช้กับการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์เป็นการทั่วไป

นอกจากประเด็นปัญหาข้างต้นที่เป็นปัญหาด้านการบังคับใช้ของ พระราชบัญญัติการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่มีข้อจำกัดและไม่สามารถนำมาใช้กับการระงับ

⁶²⁴ นฤมล มีชูรณ์, การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการ ไกล่ เกลี่ย ค.ศ. 2019 , หน้า 152 – 153.

ข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศได้แล้ว การไกล่เกลี่ยตามประมวลกฎหมายวิธีความแพ่งซึ่งเป็นการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีและการไกล่เกลี่ยในศาลภายหลังจากฟ้องคดีแล้วตามมาตรา 20 ตรี ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีและบังคับอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบันล้วนแต่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีข้อพิพาทที่เกิดภายในประเทศซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยและการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ทำการไกล่เกลี่ยจนสำเร็จและประสงค์จะนำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์มาบังคับในประเทศไทยได้ ทั้งนี้ เมื่อไม่มีกฎหมายภายในมาบัญญัติเป็นการเฉพาะสำหรับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยในการบังคับจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ กล่าวคือ สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องถูกบังคับในฐานะสัญญาซึ่งมีปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนและประสิทธิภาพของการบังคับใช้ในปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า UNCITRAL มีกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทและการไกล่เกลี่ยที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation) ซึ่งสามารถอาศัยหลักการนำมาเป็นแบบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ เพื่อรองรับหลักการในการบังคับตามผลลัพธ์ของกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed mode / Hybrid process) ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Settlement Agreements)

ข. ปัญหาด้านการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันระงับข้อพิพาทภายใต้กระบวนการแบบผสม (Mixed Mode) เมื่อคู่พิพาทเจรจาและไกล่เกลี่ยผ่านผู้ไกล่เกลี่ยจนเป็นผลสำเร็จและจัดทำเป็นสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว โดยกระบวนการดังกล่าวไม่กลับเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Awards) ดังนี้ เมื่อผลลัพธ์ของกระบวนการเป็นเพียงสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวและคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามอยู่ในประเทศไทย การที่คู่สัญญาจะบังคับให้คู่สัญญาที่อยู่ในประเทศไทยปฏิบัติตามได้จะต้องนำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องร้องต่อศาลไทยเพื่อให้ศาลไทยมีคำสั่งหรือคำพิพากษาสั่งให้คู่สัญญาดังกล่าวปฏิบัติตาม ศาลไทยจึงมีความชอบที่จะทบทวนความชอบของสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งใน ด้านเนื้อหาและความชอบด้วยกฎหมายซึ่งทำให้สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดความไม่ชัดเจนว่าศาลไทยจะบังคับสัญญาดังกล่าวให้หรือไม่⁶²⁵ ผลของอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วย

⁶²⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 151 – 152.

การไกล่เกลี่ยต่อประเทศภาคีจะทำให้ประเทศภาคีต่ออนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยมีความผูกพันจะต้องยอมรับและบังคับสัญญาไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยที่ทำในต่างประเทศ และจากผลของอนุสัญญาดังกล่าวจะทำให้รูปแบบในการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่การบังคับจะต้องนำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาล ศาลรับฟ้องและดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่สัญญาหากไม่พอใจในคำพิพากษา สามารถใช้สิทธิ อุทธรณ์ และฎีกาได้ แต่หากมีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยมาบังคับใช้ คู่สัญญาที่ทำการไกล่เกลี่ยจนสำเร็จและทำเป็นสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามรูปแบบที่อนุสัญญาสิงคโปร์กำหนดสามารถนำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปยื่นต่อศาล เพื่อขอให้ศาลบังคับได้โดยตรง ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน Article 4 Requirements for reliance on settlement Agreement หรือจาก ตัวอย่างที่ปรากฏใน Singapore Convention on Mediation Act 2020 ที่กำหนดไว้ใน Article 4⁶²⁶ และ Article 5⁶²⁷ กำหนดให้คู่พิพาทสามารถนำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

⁶²⁶ Singapore Convention On Mediation Act 2020

Article 4. Applications in respect of international settlement agreements.

(1) Subject to this Act, a party to an international settlement agreement may —

(a) apply to the High Court to record the agreement as an order of court for the purposes of

(i) enforcing the agreement in Singapore; or

(ii) invoking the agreement in any court proceedings in Singapore involving

a dispute concerning a matter that the party to the international settlement agreement claims was already resolved by the agreement, in order to prove that the matter has already been resolved; or

(b) in any proceedings in the High Court (whether exercising its original or appellate jurisdiction), or in any proceedings in the Court of Appeal —

(i) to which the party to the international settlement agreement is a party; and

(ii) which involves a dispute concerning a matter that the party claims was already resolved by the agreement, apply to the High Court or the Court of Appeal (as the case may be) to invoke the agreement in the proceedings in order to prove that the matter has already been resolved.

(2) This section does not limit or restrict any right or remedy of a party to an international settlement agreement that exists or may arise apart from this Act.

⁶²⁷ Singapore Convention On Mediation Act 2020

ดังกล่าวร้องต่อศาลสูงของสิงคโปร์ (Singapore Supreme Court) เพื่อให้ศาลบันทึก (Record) สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้อยู่ในฐานะเดียวกับคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลสูงของสิงคโปร์ ซึ่งจะ ทำให้คู่พิพาทสามารถใช้สัญญาไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทดังกล่าวบังคับให้คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามที่ตกลง ในสัญญาได้ จะเห็นได้ว่ากระบวนการจะคล้ายกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ต้องผ่าน กระบวนการพิจารณาคดีการสืบพยานและไม่เปิดโอกาสให้อุทธรณ์ ฎีกา ดังนี้ บังคับสัญญาไกล่เกลี่ย ข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่าง ประเทศที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยจะเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ประหยัด และมีประสิทธิภาพ โดยผลของอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้างต้น จะเป็นเครื่องมือสำคัญที่ ทำให้การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพภายใต้กระบวนการ ระบุข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed Mode) สามารถบังคับได้อย่างแน่นอนและชัดเจนมากขึ้นซึ่ง เท่ากับว่าอนุสัญญาสิงคโปร์สามารถเข้ามาแก้ปัญหาการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เป็นปัญหา ของประเทศไทยรวมถึงประเทศอื่นได้โดยตรง⁶²⁸



Article 5. Grant of permission to record international settlement agreement as order of High Court.

(1) The High Court may, following an application under section 4(1)(a), grant permission to record an international settlement agreement as an order of court if the requirements of this Act are complied with.

(2) Subject to this Act, an international settlement agreement that is recorded by the High Court as an order of court

(a) may be enforced in the same manner as a judgment given, or an order made, by the High Court; and

(b) may be relied on by the party who made the application under section 4(1)(a) by way of defence, set-off or otherwise in any court proceedings.

⁶²⁸ นฤมล มีชูกรณ์, การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019, หน้าที่ 162.

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

6.1.1 รูปแบบของกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

รูปแบบการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ เช่น Med-Arb , Arb-Med , Arb-Med-Arb และ Co-Med-Arb ตามกฎของสถาบันต่าง ๆ โดยรูปแบบดังกล่าวอาจจะเกิดกระบวนการขึ้นได้ใน 2 แบบด้วยกัน เช่น กระบวนการแบบพร้อมกันหรือคู่ขนานกันไป (Simultaneous /Parallel process) กระบวนการแบบตามลำดับหรือเพิ่มระดับ (sequential or multi – tier process) รวมถึงการทำหน้าที่คนกลางในกระบวนการดังกล่าวระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการโดยสามารถเป็นบุคคลคนเดียวกันได้ (Double Hats) และเกิดสถานการณ์ของการเปลี่ยนบทบาทขึ้น (Switching Hats) ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับอิทธิพลทางประเพณีวัฒนธรรมทางกฎหมายนั้น (Legal Culture) ที่อาจจะอนุญาตให้นำรูปแบบของการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation) ทำงานร่วมกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) รวมถึงการอนุญาตให้เกิดการทำหน้าที่คนกลางสองบาทโดยเป็นทั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในคนเดียวกัน (Double Hats) ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสามารถในการบังคับใช้ของคำชี้ขาดในภายหลังโดยอาจถูกโต้แย้งหรือคัดค้านในภายหลังทั้งหมดหรือบางส่วน ผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการไม่ว่าในฐานะของคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Award) ที่มีสถานะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Awards) ซึ่งสามารถบังคับใช้ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the ‘New York Convention 1958) หรือบังคับในฐานะข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยหรือสัญญาไกล่เกลี่ย (Settlement Agreements Resulting from Mediation) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019) ที่ยังมีข้อจำกัดทางกฎหมายเนื่องจากประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว และยังไม่มีความหมายภายในรองรับที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ

6.1.2 ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

6.1.2.1 ข้อดีของการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

ก. ส่งเสริมและให้ความสำคัญกับการแก้ปัญหาเชิงสมานฉันท์และการรักษาความสัมพันธ์ (Prioritizing amicable resolution and societal harmony preserving relationships)

จากที่ได้อภิปรายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีผสมในเขตอำนาจของศาลในภูมิภาคต่าง ๆ ในบางวัฒนธรรมและประเพณีทางกฎหมายได้มุ่งเน้นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการยุติความขัดแย้งด้วยไมตรีและการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีในศาลที่ที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ ตัวอย่างเช่น ในประเทศจีน วัฒนธรรมที่มีมาอย่างยาวนานได้มุ่งเน้นถึงข้อดีของความมั่นคงและความปรองดอง และการเคารพต่อผู้มีอำนาจเช่นศาล ดังนั้นผู้สนับสนุนการระงับข้อพิพาทโหมดมผสมด้วยการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทครั้งเดียวแบบ (Parallel Process) หรือกระบวนการแบบพร้อมกัน (simultaneous processing) หรือโดยผู้ทำหน้าที่คนกลางคนเดียวกัน (Double Hatting) จึงมีลักษณะของการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเชิงสมานฉันท์มากกว่ากระบวนการแบบเชิงเดี่ยวที่มีลักษณะปฏิปักษ์ (Stand Alone)

ข. ส่งเสริมประสิทธิภาพและเศรษฐกิจ การแก้ปัญหาทางธุรกิจ ความสัมพันธ์ (Promoting efficiency and economy, business solutions, relationships)

ผู้เขียนเห็นว่า การที่สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศมีบริการการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed Mode) โดยผู้ทำหน้าที่คนกลางคนเดียวในทั้งสองบทบาททั้งอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยหรือมีอนุญาโตตุลาการมีส่วนร่วมในการอภิปรายในลักษณะ Co-Med-Arb หรือรูปแบบอนุญาโตตุลาการเงา (Shadow Arbitrator) หรือผู้ไกล่เกลี่ยเงา (Shadow Mediator) เพื่อยุติข้อพิพาทมีส่วนช่วยให้คู่สัญญาหลีกเลี่ยงการให้ข้อมูลและข้อเท็จจริงรวมถึงพยานหลักฐานแก่ผู้ทำหน้าที่คนกลางซ้ำสองครั้งโดยประหยัดเวลา (saving time) และค่าใช้จ่ายมาก (saving cost) มากขึ้นด้วย มากไปกว่านั้นการที่ผู้ให้บริการสามารถเสนอการให้บริการทางเลือกดังกล่าว ทำให้ผู้ใช้บริการการระงับข้อพิพาทสามารถคาดการณ์ถึงค่าใช้จ่ายและเวลาที่ในกระบวนการได้ เช่น การให้บริการการระงับข้อพิพาทพร้อมกันภายใต้ Arb-Med-Arb Protocol และ การให้บริการการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการพร้อมกันภายใต้กฎ MED-ARB ที่เกิดขึ้นพร้อมกันของสถาบันการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

กรุงปารีส 2007 (the Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris : CMAP) เป็นต้น ซึ่งสะท้อนได้จากผลสำรวจของ White & Case และ Queen Mary University Survey ในปี 2021 และสำรวจของสถาบันระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (Singapore International Dispute Resolution Academy : SIDRA) ในปี 2022 (Final Report)

ค. ก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากสายสัมพันธ์หรือความไว้วางใจและเกิดความเป็นกลางโดยคู่กรณีเอง (Taking advantage of rapport with, or trust in, a neutral)

ผู้เขียนเห็นว่าการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมโดยผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับความเชื่อมั่นและไว้วางใจจากคู่สัญญาอาจถูกมองว่าเป็นบุคคลที่สามในความคาดหวังของคู่พิพาทในการที่จะตัดสินข้อพิพาทของคู่พิพาทหากคู่พิพาทไม่สามารถบรรลุข้อตกลงที่เจรจากันได้ ด้วยเหตุผลผลนี้ คู่พิพาทฝ่ายต่าง ๆ อาจคาดหวังให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย หากมีเหตุผลให้คู่พิพาทเชื่อมั่นได้ว่าข้อพิพาทของตนนั้นอาจได้รับการแก้ไขด้วยตนเองก่อนการสิ้นสุดของอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะเป็นทางเลือกที่สะดวกแล้ว อนุญาโตตุลาการในกระบวนการระงับข้อพิพาทอาจมีความคุ้นเคยกับประเด็นข้อพิพาทและพยานหลักฐานเป็นอย่างดี รวมถึงการบริการข้อพิพาท (Case management) การกำกับดูแลด้านต่าง ๆ ของกระบวนการก่อนการพิจารณาตัดสินและการพิจารณาตัดสิน คู่พิพาทอาจพัฒนาระดับความสัมพันธ์และความไว้วางใจในตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่นั่นเอง สิ่งนี้อาจทำให้คู่พิพาทรู้สึกสบายใจที่บุคคลดังกล่าวนั้นอาจมีบทบาทโดยตรงมากขึ้นในการเจรจา ในทางกลับกัน บทบาทของอนุญาโตตุลาการเองก็เช่นกัน คู่พิพาทอาจเสนอความเห็นเบื้องต้นประสงค์ให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator) หรือ ผู้ไกล่เกลี่ยในอนาคต (Mediator)

ง. ก่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทมากขึ้น (greater impetus to settle)

กระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม ยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายต่าง ๆ มีโอกาสที่จะลงมติในขั้นสุดท้ายหากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถบรรลุข้อตกลงอย่างไม่เป็นทางการได้ นอกจากนี้ บางครั้งมีการกล่าวว่าหากคู่สัญญาทราบว่ามีผู้ไกล่เกลี่ยของคู่พิพาทจะทำการตัดสินใจขั้นสุดท้ายในอนาคต และมีผลผูกพันในกรณีที่ไม่มีการยุติในขั้นตอนการไกล่เกลี่ย คู่พิพาทอาจรู้สึกกดดันเพิ่มขึ้นในการระงับข้อพิพาทในการไกล่เกลี่ย กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจเป็นแรงกระตุ้นในการให้คู่กรณีเกิดความร่วมมือในการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยมากขึ้นด้วย

ฉ. เกิดโอกาสในการระงับข้อพิพาทโดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Opportunity to set the stage for a consent arbitration award)

ฝ่ายอนุญาโตตุลาการอาจเห็นประโยชน์พิเศษในการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการก่อนที่จะมีคำชี้ขาด เพื่อให้การระงับข้อพิพาทอาจรวมอยู่ในคำชี้ขาดโดยความยินยอม ซึ่งเป็นการวางรากฐานสำหรับการใช้บังคับคำชี้ขาด

ช. การส่งเสริมประสิทธิภาพและความประหยัด (Promoting efficiency and economy)

การมีผู้ให้บริการที่เป็นกลางคนเดียวในทั้งสองบทบาทช่วยให้ทั้งสองฝ่ายหลีกเลี่ยงการให้ความรู้แก่บุคคลที่เป็นกลางสองคนที่แยกกัน โดยประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของผู้ดูแล อาจมีสถานการณ์ต่างๆ เช่น ทั้งสองฝ่ายถือว่าความจำเป็นในการลงมติขั้นสุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญยิ่ง การให้ผู้ไกล่เกลี่ยเปลี่ยนไปสู่มหาอนุญาโตตุลาการหรือในทางกลับกันอนุญาโตตุลาการกลับเป็นผู้ไกล่เกลี่ย อาจถูกมองว่าเป็นวิธีที่ง่ายและดีที่สุดในการตอบสนองความต้องการร่วมกันของคู่พิพาท ตัวอย่างเช่น อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาหลักฐานมากมายในกระบวนการและคุ้นเคยกับประเด็นข้อพิพาทเป็นอย่างดี และอาจสามารถเปลี่ยนบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้ทันทีโดยไม่เกิดความล่าช้า และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของผู้ไกล่เกลี่ยรายอื่นหากกระบวนการจบลงด้วยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

6.1.2.2 ข้อเสียของการระงับข้อพิพาทแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ

ก. การขาดแนวทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพ (Practical guidance)
จากงานวิจัยการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสมของคณะทำงานศึกษาการระงับข้อพิพาทโหมตผสม (IMI Mixed mode Task Force) การระงับข้อพิพาทแบบผสมยังคงเกิดข้อถกเถียงบ่อยครั้งในทางปฏิบัติจากมุมมองและการปฏิบัติที่แตกต่างกันอย่างมากในแต่ละเขตอำนาจศาลอันเป็นผลมาจากประเพณีทางวัฒนธรรมและกฎหมายที่แตกต่างกันยิ่งไปกว่านั้นยังขาดแนวทางปฏิบัติ (practical guidance) ที่มีประสิทธิภาพสำหรับที่ปรึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาท ส่งผลให้เกิดโอกาสสำหรับการก้าวพลาดที่มีค่าใช้จ่ายสูงเป็นอย่างมาก⁶²⁹ เมื่อไม่มี

⁶²⁹ Thomas J. Stipanowich, Arbitration, Mediation and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators, (Harvard Negotiation Law Review 265, Forthcoming Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2020/25), P.269.

ข้อมูลที่เพียงพอในระดับที่เชื่อถือได้เกี่ยวกับประสบการณ์จริงกับกระบวนการดังกล่าว การระงับข้อพิพาทโหมดผสมซึ่งเป็นบทเรียนจากทัศนคติทั่วไปในเขตอำนาจของศาลในต่างประเทศอื่นจำนวนมาก ถูกกำหนดมีความกังวลเกี่ยวกับความเสี่ยงของการพิจารณาการระงับข้อพิพาททางเชิงพาณิชย์แบบผสม (Mixed mode) ทำให้เขตอำนาจศาลบางแห่งประกาศหรือกำหนดข้อจำกัดที่สำคัญเกี่ยวกับบทบาทของผู้ที่ทำหน้าที่คนกลางในการระงับข้อพิพาทแบบผสม ทั้งนี้ สถาบันชาร์เตอร์แห่งอนุญาโตตุลาการ (Chartered Institute of Arbitrators : CI Arb) ได้ออกแนวปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.2021 (CI Arb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021) จึงสามารถนำมาเป็นแนวทางเกี่ยวกับการร่างแนวปฏิบัติให้เหมาะสมกับบริบทและกฎเกณฑ์ของประเทศไทยได้ เพื่อขจัดข้อเสียดังกล่าว

ข. พื้นฐานของบทบาทการทำหน้าที่ที่แตกต่างกันของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Fundamental incompatibility of mediative and arbitral roles)

ในกรณีที่ผู้ทำหน้าที่คนกลางคนเดียวกัน บทบาทไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการมักถูกมองว่ามีพื้นฐานที่แตกต่างกัน ตามธรรมเนียมแล้วปฏิสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการกับคู่สัญญานั้นส่วนใหญ่หรือทั้งหมดจำกัดอยู่ที่การพิจารณาของในเชิงปฏิบัติซึ่งกฎเกณฑ์จะถูกกำหนดให้คู่สัญญาแสดงหลักฐานและโต้แย้งหลักฐานต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งมีหน้าที่ตัดสินข้อพิพาท การสื่อสารแบบฝ่ายเดียวระหว่างอนุญาโตตุลาการและฝ่ายต่าง ๆ มักถูกจำกัดอย่างเคร่งครัด ในทางกลับกันการไกล่เกลี่ยอาจนำมาซึ่งการสื่อสารระหว่างฝ่ายที่กว้างขวางระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและแต่ละฝ่ายในรูปแบบของการอภิปรายส่วนตัวที่แยกจากกันซึ่งเกี่ยวข้องกับการสื่อสารที่เป็นความลับซึ่งข้อเสียนี้อาจกระทบต่อหลักการรักษาความลับ (Confidential) อันเป็นหลักการพื้นฐานของการไกล่เกลี่ย

ค. อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ (Due process)

ในกรณีที่ผู้ทำหน้าที่คนกลางคนเดียวกันในกระบวนการ Med – Arb การไกล่เกลี่ยมักเกี่ยวข้องกับการสื่อสารระหว่างฝ่ายที่เป็นความลับอย่างกว้างขวางหากไม่มีการกำหนดมาตรการควบคุมระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับคู่พิพาทแต่ละฝ่าย และในกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ มีความเป็นไปได้เสมอที่มุมมองของผู้ไกล่เกลี่ยที่ผันตัวเป็นอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับปัญหา จะได้รับการชี้ขาดตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการนั้นจะได้รับผลกระทบจากข้อมูลที่ได้รับรู้ในจากคู่พิพาทฝ่ายต่าง ๆ ในช่วงการไกล่เกลี่ย (mediation session) ซึ่งอาจรวมถึงข้อมูลที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ

ประเด็นข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการและไม่เคยผ่านกระบวนการสืบพยานหลักฐานหรือโต้แย้งในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาที่สำคัญคือจะมาตรการอย่างไรที่จะป้องกันไม่ให้อนุญาโตตุลาการผู้เคยทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Awards) โดยอาศัยข้อมูลที่เป็นความลับช่วงการไกล่เกลี่ย (mediation session) และถ้าเป็นเช่นนั้นฝ่ายที่ได้จะบังคับตามคำชี้ขาดจะตอบสนองและคัดค้านผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพได้อย่างไร จากผลการศึกษาปัญหาดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ในวัฒนธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกันในกรณีของคำชี้ขาดที่ไปบังคับในลักษณะเขตอำนาจศาลต่างกัน (Cross Border)

ง. ความไม่ชัดเจนของข้อกำหนดอาจก่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของศาล (Potential defenses to arbitration award)

เนื่องจากในหลายๆ ประเทศ กรอบกฎหมายสำหรับการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยมักจะเป็นแบบแยกส่วน (siloed) นั่นคือ ได้รับการพัฒนาและควบคุมโดยแยกจากกันและเป็นอิสระ การมีส่วนร่วมอย่างเป็นทางการในทั้งสองวิธีการในระหว่างการระงับข้อพิพาทอาจก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับพื้นฐานของกระบวนการและการบังคับใช้ผลลัพธ์ภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้อย่างเช่น ความพยายามในการจัดโครงสร้างข้อยุติที่เหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้ และการใช้บังคับบางครั้งนั้นไม่เป็นไปตามกระบวนการที่ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมาย ทำให้ศาลที่ตรวจพิจารณาบททวนกระบวนการของการดำเนินการระงับข้อพิพาทส่งผลให้ศาลปฏิเสธการขอให้บังคับใช้ข้อตกลงยุติคดีที่มีการไกล่เกลี่ยหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ปัญหาดังกล่าว เป็นปัญหาที่น่าพิจารณาอย่างยิ่งว่าเมื่อบุคคลคนเดียวได้รับมอบหมายหลายบทบาท หรือเมื่อบทบาทของผู้เป็นกลางอาจมีลักษณะมากกว่าหนึ่งวิธี การขาดความชัดเจนในการกำหนดขอบเขตระหว่างกิจกรรมที่เป็นกลางในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการอาจสร้างปัญหาให้กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องการบังคับใช้ข้อยุติที่ผ่านกระบวนการนอกศาล มากไปกว่านั้นการแบ่งแยกพื้นฐานของการรับรู้กระบวนการระหว่างการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ ในลักษณะที่ตรงกันข้ามกัน อาจก่อให้เกิดมูลเหตุของการยื่นคำร้องคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการหรือการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

6.2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ในกฎหมายของต่างประเทศพบว่าพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกันแต่สามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทรวมกันได้ ซึ่งการศึกษาในบทที่ 3 4 และ 5 พบว่าในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (Act) กฎการระงับข้อพิพาท

(Institutional Rule) ไม่ว่าจะอยู่ในส่วนของกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) กฎอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule) และรวมถึงพิธีสารการระงับข้อพิพาทร่วมการของกระบวนการ (Protocol) ตลอดจนแนวปฏิบัติสำหรับผู้วิชาชีพ (Professional Guideline) การบังคับตามผลลัพธ์ที่ได้จากการระงับข้อพิพาทที่อยู่ในส่วนของอนุสัญญา (Convention) สามารถพัฒนาแนวทางการระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้โดยผู้เขียนขอเสนอแนะออกเป็น 4 ระดับดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะในระดับกฎหมายพระราชบัญญัติ

จากการศึกษากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติของต่างประเทศ รวมถึงรายงานวิชาการของต่างประเทศพบว่าการส่งเสริมรูปแบบการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยผู้เขียนเห็นว่าควรเสนอแก้ไขเพิ่มเติมหมวดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเพิ่มในหมวดที่ 4/1 การไกล่เกลี่ยในชั้นอนุญาโตตุลาการ และควรมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ ดังนี้

ก. บทบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยจะใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้จะต้องได้รับก็ต่อเมื่อมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระบุไว้อย่างชัดเจนและรวมถึงอนุญาตให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ตลอดในระหว่างดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการรวมถึงอนุญาตให้คนกลางซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาตตุลาการสามารถเปลี่ยนบทบาทหน้าที่กันได้

มาตรา 33/1 อนุญาโตตุลาการอาจทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อ

(1) สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ว่าก่อนหรือหลังการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และไม่ว่าจะดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปหรือไม่ก็ตาม หรือ

(2) คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ยินยอมเป็นหนังสือให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการไกล่เกลี่ย

มาตรา 33/2 หากอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องถูกจำหน่ายไว้ชั่วคราวเพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินการไกล่เกลี่ย

ข. บทบัญญัติว่าด้วยการห้ามมิให้คัดค้านการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการเพียงเพราะอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

มาตรา 33/3 ห้ามมิให้คัดค้านการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการโดยบุคคลเพียงเพราะบุคคลนั้นเคยทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

ค. บทบัญญัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

มาตรา 33/4 อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยสามารถ ดำเนินการประชุมแยกฝ่ายกับคู่สัญญาได้ในระหว่างการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ คู่สัญญาจะตกลงเป็นอย่างอื่นหรือเว้นแต่บทบัญญัติของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการไกล่เกลี่ยจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ง. บทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้อง รักษาความลับของข้อมูลใด ๆ รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลที่คู่สัญญาสื่อสารถึงอนุญาโตตุลาการก่อนที่ตน เปลี่ยนบทบาททำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

มาตรา 33/5 ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้รับข้อมูลที่เป็นความลับจาก คู่สัญญาในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ย และการไกล่ เกลี่ยยุติลงโดยที่คู่สัญญาไม่อาจบรรลุข้อตกลงในการยุติข้อพิพาทได้ ก่อนเริ่มการดำเนินกระบวนการ พิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายถึงข้อมูลที่มีความ สำคัญอันจะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง

ในกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมหากคู่พิพาทนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation Session) ระหว่างการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น อนุญาโตตุลาการอาจเกิดสถานการณ์การเปลี่ยนบทบาท (Switching Hats) คู่พิพาทจะเจรจาระหว่าง กันเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ในระหว่างการเจรจานั้นแม้ผู้ไกล่เกลี่ยที่เดิมที่เป็น อนุญาโตตุลาการก็จะร่วมอยู่ด้วย และเป็นผู้ควบคุมกระบวนการเจรจาระหว่างคู่พิพาทให้อยู่ในกรอบ กติกาที่เหมาะสม และโน้มน้าวการเจรจาให้ไปสู่แนวทางที่สามารถเห็นชอบร่วมกันได้ก็ตาม แต่การ สื่อสารแลกเปลี่ยน ข้อมูลต่างๆ ระหว่างคู่พิพาทและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะเป็นการสื่อสารโดยตรง ที่ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อพิพาทที่อีกฝ่ายหนึ่งควรรู้หรือมีข้อเสนอหรือ ความ คิดเห็นเกี่ยวกับแนวทางการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทย่อมสามารถสื่อสารข้อมูล ข้อเสนอหรือความ คิดเห็นดังกล่าวไปให้อีกฝ่ายหนึ่งรับรู้โดยตรง ดังนี้ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำนวนไม่น้อย ผู้

ไกล่เกลี่ยอาจจะใช้วิธีการประชุมแยกฝ่าย (Caucus) ในการดำเนินการด้วยวิธีการดังกล่าวนี้ คู่พิพาท จะไม่ได้สื่อสารข้อมูล ข้อเสนอหรือความคิดเห็นต่างๆ ดังกล่าวระหว่างกันเอง ในกรณีนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะ ทำหน้าที่เป็นสื่อกลาง ที่คอยเชื่อมต่อการเจรจาระหว่างคู่พิพาทแต่ละฝ่ายการสื่อสารข้อมูล ข้อเสนอ หรือความ คิดเห็นจึงกระทำผ่านอนุญาโตตุลาการที่สวมบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ข้อพิจารณาประการ หนึ่งที่จะเกิดขึ้น คือ เมื่ออนุญาโตตุลาการผู้สวมบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยรับรู้ข้อมูล ข้อเสนอหรือความ คิดเห็นจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งแล้ว อนุญาโตตุลาการผู้สวมบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะสามารถนำข้อมูล ข้อเสนอหรือความคิดเห็นไปสื่อสารให้อีกฝ่ายหนึ่งรับรู้ได้มากน้อยเพียงใดในทางปฏิบัติเพื่อความ โปร่งใสและความสบายใจของคู่พิพาทและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ผู้ไกล่เกลี่ยจึงจำเป็นที่จะต้องเปิดเผย ข้อมูลที่ตนรับรู้มาให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งรับรู้ด้วย ดังนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดหน้าที่ อนุญาโตตุลาการผู้เคยสวมบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้อาจส่งผลในการบังคับผลลัพธ์ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญา ลิงค์เบิร์ก ค.ศ. 2019 มาตรา 5 (e) และ (f) ได้

จ. บทบัญญัติห้ามมิให้รับฟังข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในชั้นการไกล่ เกลี่ยโดยคู่สัญญาไม่ยินยอม (Exclusionary rule)

มาตรา 33/6 ห้ามอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เคยเป็นผู้ไกล่เกลี่ยในการ ดำเนินการไกล่เกลี่ยที่ยุติลงแล้ว รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในชั้นไกล่เกลี่ย เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลง เป็นอย่างอื่นหรือเว้นแต่บทบัญญัติของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ย จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ทั้งนี้ การตกลงรักษาความลับของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มิให้นำไปใช้ อ้างอิงหรือนำไปเป็นประโยชน์ในกระบวนการพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยปกติแล้วในการ ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจจะมีการตกลงในลักษณะดังกล่าวไว้ แต่แม้จะมีข้อตกลงนี้ ข้อตกลงดังกล่าวก็ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยและไม่ได้ ร่วมทำความตกลงดังกล่าวด้วยจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการบัญญัติรองรับหลักการดังกล่าว ไว้

ฉ. บทบัญญัติกำหนดหน้าที่ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการภายหลัง การไกล่เกลี่ยจะต้องได้รับอนุญาตจากคู่สัญญาเป็นหนังสือ และมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

มาตรา 33/7 อนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในการดำเนินการไกล่เกลี่ยที่ยุติลงแล้ว ไม่อาจดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในภายหลังที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทได้ โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากทุกฝ่ายในอนุญาโตตุลาการที่ให้ไว้ในหรือหลังการยุติกระบวนการไกล่เกลี่ย

มาตรา 33/8 ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้รับข้อมูลที่เป็นความลับจากคู่สัญญาในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ย ก่อนเริ่มการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายถึงข้อมูลที่มีความสำคัญอันจะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง

ข. บทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้ผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงการระงับข้อพิพาท

มาตรา 33/9 ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทไกล่เกลี่ยและตกลงประนีประนอมยอมความได้หรือคู่พิพาทตกลงประนีประนอมยอมความกันได้เองให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น หรือในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีคำชี้ขาดเมื่อคู่พิพาทร้องขออนุญาโตตุลาการจะดำเนินการรับรองการประนีประนอมยอมความที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยนั้นก็ได้

คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 37 และให้มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท

ยกเลิกบทบัญญัติของมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อันเป็นหลักการที่บัญญัติถึงการทำคำชี้ขาดตามที่คู่สัญญาได้ตกลงประนีประนอมยอมความกันในลักษณะคำชี้ขาดตามความยินยอม (Consent Awards) โดยที่บทบัญญัติมาตรา 33/8 ที่ผู้เขียนเสนอโดยให้คู่กรณีสามารถเป็นทางเลือกให้คู่กรณีสามารถบังคับผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการในฐานะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Awards) ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention 1958) หรือบังคับใน

ฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Settlement Agreement) ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019) เพื่อรองรับในกรณีประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 ซึ่งการบังคับในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการระงับข้อพิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยอาจทำให้คู่สัญญาเสียค่าใช้จ่ายน้อยลงหรือหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

ช. ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ พ.ศ.

จากที่ได้กล่าวในบทที่ 3 ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อยู่ในส่วนของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 รวมถึงกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และจากการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ในส่วนของ การบังคับตามผลลัพธ์ของกระบวนการรูปแบบผสม (Mixed Mode / Hybrid process) ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Settlement Agreement) จึงเห็นว่ากฎหมายในส่วนของ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีการบังคับใช้อยู่ ณ ปัจจุบัน ยังไม่เพียงพอต่อการที่จะรองรับในกรณีประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ.2019 (UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 : Singapore Convention 2019) จึงเห็นควรร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ พ.ศ. โดยต้นแบบการยกร่างนั้น UNCITRAL ได้มีกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการระงอมข้อพิพาทและการไกล่เกลี่ยที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation) โดยมีโครงสร้างของบทบัญญัติโดยทั่วไปดังนี้

- 1.) การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย
- 2.) การเริ่มต้นและการยุติการไกล่เกลี่ย
- 3.) การดำเนินการไกล่เกลี่ย
- 4.) การสื่อสารระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่พิพาทฝ่ายอื่น ๆ
- 5.) การรักษาความลับ
- 6.) การรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการไกล่เกลี่ย

7.) การทำหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

8.) การบังคับใช้ข้อตกลงยุติข้อพิพาท เป็นต้น

ซึ่งสามารถอาศัยหลักการนำมาเป็นแบบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศได้เพื่อรองรับหลักการในการบังคับผลลัพธ์ของกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสม (Mixed mode / Hybrid process) ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Settlement Agreements) ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ 2019 ได้

6.2.2 ข้อเสนอในระดับของกฎสถาบัน

จากการศึกษากฎอนุญาโตตุลาการในระดับกฎสถาบันชั้นนำ (Institutional Rule) และแนวปฏิบัติ (Guideline) ในบทที่ 3 และ บทที่ 4 ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการพัฒนาการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่างไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในระดับกฎสถาบัน (Institutional Rule) นั้น อันเป็นทางเลือกในรูปแบบของประเทศไทย ควรมีข้อบังคับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ก. การแต่งตั้ง (Appointing)

ข้อบังคับเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้า หรือสามารถแต่งตั้งได้ตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการระงับข้อพิพาทในชั้นใดชั้นหนึ่ง ในกรณีที่คู่พิพาทประสงค์ให้ผู้ทำหน้าที่คนกลางสองบทบาท (Double Hats) โดยกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในชั้นอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Session) หรืออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในชั้นของการไกล่เกลี่ย (Mediation Session) รวมถึงการกำหนดสถานการณ์ของการเปลี่ยนบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Switching Hats)

ข. กระบวนการระงับข้อพิพาท (Process)

ข้อบังคับเกี่ยวกับการแบ่งแยกขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการออกจากกัน เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับส่งต่อกระบวนการในกรณีที่สถาบันการไกล่เกลี่ยและสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นคนละแห่งกัน หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการพักการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Stay process) ในกรณีที่สถาบันอนุญาโตตุลาการมีบริการการไกล่เกลี่ยร่วมอยู่ด้วย รวมถึงการกำหนดกระบวนการของการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการแบบคู่ขนาน (Parallel

process) เพื่อมิให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเป็นปฏิบัติเป็นการขัดขวางการดำเนินการไกล่เกลี่ยของคู่สัญญา เป็นต้น

ค. การจำกัดระยะเวลาของกระบวนการ (Process time limitation)

ข้อบังคับเกี่ยวกับการจำกัดระยะเวลาในกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น การกำหนดว่าในชั้นของกระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation Session) จะมีกำหนดระยะเวลาเท่าใด หากไม่สามารถดำเนินการภายในกำหนดเวลาได้ ข้อพิพาทดังกล่าวจะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Session) รวมถึงการจำกัดระยะเวลาการพักการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปด้วยความล่าช้าเกินสมควรอันเป็นการประวิงเวลา

ง. หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Duty)

ข้อบังคับเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ รวมถึงกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นคนละคนกันแต่ต้องทำงานร่วมกันเพื่อช่วยเหลือการแก้ไขข้อพิพาทให้กับคู่พิพาทร่วมกัน จึงจำเป็นที่จะต้องมียข้อบังคับเกี่ยวกับการทำหน้าที่ร่วมกันของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน นอกเหนือจากการกำหนดหน้าที่โดยทั่วไปในกฎการไกล่เกลี่ย (Mediation Rule) และกฎการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule)

จ. การรักษาความลับ (Confidential)

ข้อบังคับกำหนดหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในกรณีที่เป็นคนละคนกันโดยต้องทำงานร่วมกันรวมถึงเป็นคนเดียวกันแต่ทำหน้าที่สองบทบาท (Double Hat) ในการรักษาความลับของการกระทำหรือข้อมูลรวมถึงพยานหลักฐานใดก็ตามที่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้พูดหรือกระทำลงในการประชุมต่าง ๆ รวมถึงการประชุมแยกฝ่ายที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation session) ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ นั้นแก่บุคคลภายนอก และผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องรักษาความลับอย่างเคร่งครัด

ฉ. คำชี้ขาดและสัญญาประนีประนอมยอมความ (Award and Settlement Agreement)

ข้อบังคับในกรณีที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ในการไกล่เกลี่ยสามารถให้คู่กรณีเลือกได้ว่าเมื่อคู่พิพาทประนีประนอมกันได้แล้วจะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามยอม (Consent Awards) เพื่อสามารถบังคับในเขตอำนาจของ

ศาลในต่างประเทศได้ในฐานะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Awards) ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the 'New York Convention 1958) หรือให้คำรับรองเงื่อนไขของข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ย (Settlement Agreement Resulting from mediation) เพื่อบังคับได้ในฐานะสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย 2019 (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019) ในกรณีที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว เนื่องด้วยอาจทำให้คู่กรณีมีทางเลือกในการบังคับและสามารถประเมินค่าใช้จ่ายในการผลลัพธ์ของกระบวนการและสามารถหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายบางประการที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อวิจารณ์เป็นจำนวนมากว่ามีค่าใช้จ่ายที่สูง

ช. ค่าใช้จ่าย (Cost)

ข้อบังคับเกี่ยวกับอัตราค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รวมถึงการกำหนดภาคผนวกของค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในกรณีการระงับข้อพิพาทร่วมกันของกระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถคาดการณ์ รวมถึงการกำหนดในลักษณะการคิดค่าธรรมเนียมแบบคืนค่าใช้จ่ายในกรณีที่กระบวนการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงและไม่ถูกส่งต่อในการระงับข้อพิพาทขึ้นอนุญาโตตุลาการโดย (Refund Cost)

ช. รูปแบบของข้อสัญญา (Model Clause)

กำหนดข้อบังคับอันเป็นตัวอย่างของข้อสัญญาระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) เพื่อให้คู่พิพาทที่ประสงค์จะใช้บริการสถาบันการระงับข้อพิพาทดังกล่าวสามารถมีข้อกำหนดอย่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาให้อนุญาโตตุลาการหรือศาลพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ (Arbitration Clause) รวมถึงการพิจารณาลักษณะของข้อตกลงดังกล่าวเป็นการกำหนดการระงับข้อพิพาทแบบ (Multi-tier Dispute Resolution) อันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนขึ้นอนุญาโตตุลาการ (Pre Arbitration) ที่คู่กรณีจะต้องระงับข้อพิพาทในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยให้แล้วเสร็จก่อนจึงจะสามารถดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้อันส่งผลให้อนุญาโตตุลาการจะต้องจำหน่ายคดีเนื่องจากไม่มีอำนาจรับวินิจฉัยข้อ

พิพาทดังกล่าว เพื่อให้ข้อพิพาทดังกล่าวสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างพร้อมกันหรือคู่ขนานกันไป (Simultaneous /Parallel process)

6.2.3 ข้อเสนอแนะแนวทาง

ในกรณีที่ยังไม่มีการแก้ไขในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรวมถึงไม่มีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของสถาบันเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้หลักการเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) ที่คู่สัญญาสามารถกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทของตนไม่ว่าจะเป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการ จากการศึกษาแนวปฏิบัติ (Guideline) ของต่างประเทศรวมถึงรายงานวิจัยต่าง ๆ คู่สัญญารวมถึงผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยควรมีแนวทางเพื่อให้จำกัดความเสี่ยงของกระบวนการเพื่อไม่ให้เกิดการกระทบต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ (Due Process) ในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์จะระงับข้อพิพาทแบบรูปแบบผสมระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ควรมีแนวทางดังนี้

ประการแรก แม้ในกรณีที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้กำหนดให้ผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการระงับข้อพิพาทพร้อมกันและภายใต้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา คู่กรณีอาจกำหนดรูปแบบของกระบวนการของตนหรือเลือกใช้กฎของสถาบันได้ แต่ผู้ทำหน้าที่คนกลางไม่ควรทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเดียวกันโดยไม่ได้รับความยินยอมจากทุกฝ่ายในข้อพิพาทเดียวกัน

ประการที่สอง หากคู่สัญญาทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่าต้องการให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทเดียวกัน อนุญาโตตุลาการควรดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยและคู่สัญญาทุกฝ่ายได้คุ้นเคยกับประเด็นทางกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่ออนุญาโตตุลาการและหากคู่กรณีมีความประสงค์ในการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) ในอีกรัฐหนึ่ง ควรคำนึงถึงกฎหมายในเขตอำนาจศาลของรัฐนั้นมีแนวโน้มว่าจะมีการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยได้หรือไม่

ประการที่สาม ก่อนยอมรับการแต่งตั้งเป็นผู้ไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการควรอธิบายความเสี่ยงให้ผู้กรณิทราบ และควรได้รับการตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษรว่า คู่พิพาทเข้าใจคำอธิบายนั้นแล้ว

ประการที่สี่ ก่อนเริ่มการไกล่เกลี่ย คู่สัญญาควรบรรลุข้อตกลงที่ชัดเจนว่า อนุญาโตตุลาการได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ย (caucusing) กับคู่สัญญาหรือไม่ และถ้าเป็นเช่นนั้น ตำแหน่งแห่งที่เกี่ยวกับการเปิดเผยในภายหลังในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกลับมาดำเนินการต่อควรมีเช่นไร รวมถึงการปฏิบัติต่อข้อมูลที่สื่อสารโดยฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีอีกฝ่ายหนึ่งในการประชุมแยกฝ่าย และข้อตกลงการสละสิทธิต่าง ๆ (waiver) ของคู่สัญญาในการตกลงระงับข้อพิพาท ควรกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเงื่อนไขที่ชัดเจนก่อนที่จะเริ่มการไกล่เกลี่ย

ประการที่ห้า คู่สัญญาควรบรรลุข้อตกลงในขั้นตอนนั้นเกี่ยวกับขอบเขตของ บทบาทการประเมินใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการ และไม่ว่าจะแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งคดี ใดๆ ต่อคู่สัญญาเป็นรายบุคคลหรือร่วมกัน

ประการที่หก คู่สัญญาควรตกลงที่จะไม่คัดค้านคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการเพียงเพราะอนุญาโตตุลาการมีอยู่ก่อนชี้ขาดและทำหน้าที่เป็นคนกลางตามเงื่อนไขที่ คู่สัญญาตกลงกัน การสละสิทธินี้ควรแสดงเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนและไม่กำกวมก่อนที่จะ เริ่มการไกล่เกลี่ย

ประการที่เจ็ด ในกรณีที่ประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญา สิงคโปร์ 2019 ผู้ทำหน้าที่คนกลางควรเสนอแนะให้คู่กรณีจัดทำข้อตกลงการระงับข้อพิพาทและ ดำเนินการผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดตามเงื่อนไขแห่งสัญญา เพื่อให้สามารถบังคับได้ในฐานะตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2536 มาตรา 36 และสามารถบังคับได้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก 1958

6.2.4 ข้อเสนอการอนุวัติการอนุสัญญานิวยอร์ก 1958

เพื่อให้กลไกการบังคับตามผลลัพธ์ที่ได้จากการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมระหว่าง การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นรูปแบบ Med – Arb Model , Arb – Med Model หรือ Arb – Med – Arb Model สามารถบังคับได้ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) หรือสัญญาการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย (Settlement Agreement resulting mediation) ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรเข้าเป็นภาคี อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย 2019 (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019) และตรากฎหมายรองรับในกรณีที่เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อ

เป็นการสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาทให้กับผู้ประกอบการธุรกิจและนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศ อีกทั้งยังเป็นการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของประเทศไทยที่มีการสนับสนุนการระงับข้อพิพาททางเลือกและสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยอีกด้วยในการสามารถให้คู่พิพาทในกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบผสม (Mixed/ Hybrid Mode) ซึ่งจะส่งผลให้สัญญาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ย (Settlement Agreement resulting mediation) มีคุณสมบัติในการบังคับใช้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ได้ด้วยตนเองในระดับสากล โดยไม่ต้องพึ่งพากฎหมายสัญญาในประเทศ (Domestic contract law) หรือไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนเป็นคำชี้ขาดตามความยินยอมของอนุญาโตตุลาการ (Consent Awards) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่างมีข้อวิจารณ์อย่างมากเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่สูง ซึ่งจะเป็นทางเลือกให้แก่คู่กรณีสามารถมีทางเลือกที่ถูกลงกว่าและสามารถบังคับผลลัพธ์ได้ในฐานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ



บรรณานุกรม

- American Arbitration Association. "Model Standards of Conduct for Mediators (2005) Standard 1 .", 2005.
- Ann Brady. Mediation Developments in Civil and Commercial Matters within the European Union. Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management 75, 3 (2009).
- Anna Howard. Eu Cross-Border Commercial Mediation: Listening to Disputants-Changing the Frame; Framing the Changes. Kluwer Law International BV, 2021.
- Barry C Bartel. Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential. Willamette L. Rev. 27 (1991): 661.
- Bernard Mayer. The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation. Mediation Q. (1987): 75.
- Bette J Roth. The Alternative Dispute Resolution Practice Guide. Thomson Reuters, 1993.
- Boulle, L., and Rycrof, A. Mediation: Principles, Process, Practice. JS Afr. L. (1998): 167.
- Brian A Pappas. Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution. Harv. Negot. L. Rev. 20 (2015): 157.
- Carita Wallgren-Lindholm. Adr in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I. (2006): 6.
- Catherine Morris. The Trusted Mediator: Ethics and Interaction in Mediation. Rethinking Disputes: The Mediation Alternative 311 (1997).
- CCA/IMI/ Straus Institute International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution. Memo on the Task Force and Project , International Mediation Institute [Online]. 2021. Available from: www.imimmediation.org/about-imi/who-are-imi/mixed-mode-task-force/#about [10 January 2023]. .
- Centre, C. M. [Online]. 2022. Available from: <https://cmc.mlaw.gov.sg/about-us/history/> [22 October 2022].
- Chartered Institute of Arbitrators. "Ciarb Professional Practice Guideline on the Use of Mediation in Arbitration 2021." 2021.

- Cheryl Ng. The Arb-Med-Arb Protocol: Promising in Concept, Problematic in Design. Singapore Academy of Law Journal 32, 1 (2020): 124-166.
- Chuyang Liu. Navigating Med-Arb in China. U. Pa. J. Bus. L. 17 (2014): 1295.
- Conference, G. P. "Efficiency Is the Key Priority of Parties in Choice of Dispute Resolution Processes.", 2017.
- David Spencer. Mediation Law and Practice. Cambridge University Press, 2006.
- De Vera, C. Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China. Colum. J. Asian L. 18 (2004): 149.
- Derek Roebuck. Book Review: ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, by Arnold Ingen-Housz, (Wolters Kluwer, 2011). Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management 77, 3 (2011).
- Edna Sussman. Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions. ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures 2 (2010).
- Emilia Onyema. The Use of Med-Arb in International Commercial Dispute Resolution. American Review of International Arbitration 12, 3-4 (2001): 411-423.
- Gary Born. International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer, 2021.
- Global Arbitration Review. An Interview with Yu Jianlong [Online]. 2011. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/article/1030623/an-interview-with-yu-jianlong> [20 December 2022].
- Goel Shivam. 'Med-Arb': A Novel ADR Approach. Available at SSRN 2800693 (2016).
- Hamish Lal and Brendan Casey. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration—the Need for Coherence. ASA Bulletin 38, 4 (2020).
- Hiro N Aragaki. A Snapshot of National Legislation on Same Neutral Med-Arb and Arb-Med around the Globe. Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper, 2020-11 (2020).
- J, T., and Stipanowich. Multi-Tier Commercial Dispute Resolution Processes in the United States. MULTI-TIER APPROACHES TO THE RESOLUTION OF INTERNATIONAL DISPUTES: A GLOBAL AND COMPARATIVE STUDY (Anselmo

- Reyes & Gu Weixia, eds., forthcoming 2020), Pepperdine University Legal Studies Research Paper, 2020/11 (2020).
- J, T., and Stipanowich and Véronique Fraser. The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases. Fordham Int'L LJ 40 (2016): 839.
- Jacqueline Nolan-Haley. Mediation: The New Arbitration. Harv. Negot. L. Rev. 17 (2012): 61.
- James T. Peter. Med-Arb in International Arbitration. Am. Rev. Int'l Arb. 8 (1997): 83, 86 & n. 21.
- Jay Folberg. A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice. Mediation Q. (1983): 3.
- Jean-Claude Goldsmith. Adr in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures. Kluwer Law International BV, 2011.
- Jerome T. Barrett, w. J. P. B. A History of Alternative Dispute Resolution the Story. the Association for Conflict Resolution, 2004.
- JG Mowatt. Mediation and Chinese Legal Theory. S. African LJ 106 (1989): 349.
- Jianlong Yu and Lijun Cao. A Guide to the Cietac Arbitration Rules. OUP Oxford, 2014.
- John T. Blankenship. Developing Your Adr Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive Adr. Tenn. BJ 42 (2006): 28, 32-33.
- Kimberlee K Kovach. The Evolution of Mediation in the United States: Issues Ripe for Regulation May Shape the Future of Practice. Global Trends in Mediation 397 (2006).
- Klaudia Fabian. "Confidentiality in International Commercial Arbitration to Whom Does the Duty of Confidentiality Extend in Arbitration?": Central European University March, 2011.
- Klaus J. Hopt and Felix Steffek. Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective. Oxford University Press, 2013.
- Michael Moser and John Choong. Asia Arbitration Handbook. Oxford University Press, 2012.

- Mohammed Zaheeruddin. Due Process of Law in International Commercial Arbitration with Special Reference to Production of Documents. Journal of Law and Criminal Justice 4, 1 (2016).
- Neil Kaplan Michael Pryles and Chiann Bao. International Arbitration: When East Meets West: Liber Amicorum Michael Moser. Kluwer Law International BV, 2020.
- Paper, W. M. M. Considerations for Allowing Communications between Arbitrators and Mediators Appointed to the Same Dispute. (2021).
- Randall Peerenboom. Courts as Legislators: Supreme People's Court Interpretations and Procedural Reforms. (2007).
- Raymond Wacks. Law: A Very Short Introduction. Oxford University Press, 2023.
- Richard Fullerton. The Ethics of Mediation-Arbitration. Colorado Lawyer 38, 5 (2009): 31.
- Robert A Baruch Bush. Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation, and What It Means for the ADR Field. Pepp. Disp. Resol. LJ 3 (2002): 111.
- Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger. The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict. Wiley, 2004.
- Ronán Feehily. International Commercial Mediation: Law and Regulation in Comparative Context. Cambridge University Press, 2022.
- Sara Cobb and Janet Rifkin. Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation. Law & Social Inquiry 16, 1 (1991): 35-62.
- SIDRA. "Sidra International Dispute Resolution Survey: 2022 Final Report." 2022.
- Simon Roberts and Michael Palmer. Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making. Cambridge University Press, 2005.
- Susan Nauss Exon. How Can a Mediator Be Both Impartial and Fair: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators. J. Disp. Resol. (2006): 387.
- the International Institute for Conflict Prevention and Resolution ADR Pledge. Mediation Erist [Online]. Available from: www.cpradr.org/AboutCPR/TheCPRADRPLedge/tabid/74/Default.aspx [25 December 2022].
- Tulika Kaul. Singapore International Arbitration Centre. Ct. Uncourt 6 (2019): 5.

UNCITRAL. "Guide to Enactment and Use of the Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation (2002), a/Cn. 9/514 ", 2002.

———. "Guide to Enactment and Use of the Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) , a/Cn.9/Wg.li/Wp.108." 2018.

———. "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Report by the Secretary-General, Annex I, Comments by Governments, U.N. Doc. E/2822, ." 1956.

Wang Shengchang. "Cietac's Perspective on Arbitration and Conciliation Concerning China." Paper presented at the New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series.

Weixia Gu. Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward a New Design of Chinese Arb-Med (-Arb) and Its Global Implications. Wash. Int'l LJ 29 (2019): 117.

White & Case, Q. M. U. o. L. "2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration." 2018.

———. "2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World.", 2021.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ วรณชัย บุญบำรุง. สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม 2543.

นฤมล มีชูภรณ์. การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษาการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2562.

เนติ กิจโกศล. ปัญหาการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในศาล: ศึกษาเฉพาะกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. , 2545.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ. [ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th/อนุสัญญาสิงคโปร์-กลไก> [เข้าถึงเมื่อ 20 มีนาคม 2566]

สรวิศ ลิ้มปรางษ์. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากศาล กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545.

สุธาสนี สุภา. ความรับผิดชอบและความคุ้มกันของผู้ประนอมข้อพิพาทในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.

เสาวณีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ.

อนันต์ จันทร์โอภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	เอเซีย หยุ่นจิตต์
วัน เดือน ปี เกิด	9 เมษายน 2540
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เนติบัณฑิตไทย นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ที่อยู่ปัจจุบัน	กรุงเทพมหานคร



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY