

วารสารกฎหมาย

ที่ เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ

บทความ

คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) :
ทางเลือกใหม่ของไทยในการบริหารจัดการข้อพิพาทงานก่อสร้าง?

โชคชัย เนตรงามสว่าง
อุกฤษฏ์ ศรพรหม

มาตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการช่วยเหลือลูกหนี้
ที่ได้รับผลกระทบจาก COVID-19

ดร.จิราวุฒินันท์ ธัญญะเจริญ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
ความสัมพันธ์เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว
ระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ

กนกพรรณ ชลชลลิต

ข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผย

ลีลา เกตุขุนทด

บทความต่างประเทศ

Recent ADRs Developments in Vietnam

Phan Trong Dat
Dao Nhu Ngoc Linh

วารสารกฎหมาย ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ ปีที่ 1 ฉบับปฐมฤกษ์ (กันยายน 2565)

บรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร. ธวัชชัย สุวรรณพานิช

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สิริกานต์ อยู่เรือง

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เสถียรภาพ นาทหลวง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศิริชัย มงคลเกียรติศรี

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิสิต อินทมาโน

นายพศิน ทิพย์รักษ์

นายชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว

นายปรัชญา อุตระกุล

Professor Dr. Franco Ferrari

Dr. Colin Ong QC

Dr. Jian Chen

Mr. Yang Liang Yee

ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ผู้อำนวยการฝ่ายอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท

ที่ปรึกษากฎหมายประจำฝ่ายอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท

วัตถุประสงค์

วารสารนิติศาสตร์ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ เป็นฉบับปฐมฤกษ์ มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ งานวิชาการด้านกฎหมายต่างๆ โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่วงการกฎหมายโดยทั่วไป วารสารนิติศาสตร์ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการใช้มาตรฐานตามหลักเกณฑ์ศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai Journal Citation Index Centre หรือที่มักเรียกกันว่า TCI) ทั้งนี้เพื่อให้สะดวกในการสืบค้นงานวิชาการและ งานวิจัย ตลอดจนข้อมูลอ้างอิงของบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารอันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่วงการวิชาการต่อไป วารสาร กฎหมาย ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการจัดพิมพ์ทั้งรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกับตีพิมพ์เป็นรูปเล่ม

ประเภทของวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์

1. บทความวิชาการ หมายถึง งานเขียนทางวิชาการที่มีการวิเคราะห์หรือวิจารณ์กฎหมาย ตามหลักวิชาการ
2. บทความวิจัย หมายถึง บทความที่เขียนขึ้นจากการค้นคว้า วิจัย วิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ เพื่อค้นพบข้อเท็จจริงจากการวิจัยอย่างเป็นระบบ
3. ฎีกาวิเคราะห์ หมายถึง การวิเคราะห์คำพิพากษาหรือศาลฎีกา

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย มีกำหนดตีพิมพ์ปีละ 1 ครั้ง ประจำเดือนกันยายน

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย รับผิดชอบผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิตั้งน้อย 3 ท่าน ที่ตรงตามสาขาวิชาและเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (double-blind)

การเผยแพร่วารสาร

การเผยแพร่วารสารนิติศาสตร์ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ จัดทำในรูปแบบรูปเล่มและออนไลน์ ผู้ที่สนใจสามารถเข้าถึงวารสารได้จากเว็บไซต์ของ Thai Journals Online (ThaiJo) และเว็บไซต์ของ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ

บทบรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับนี้ เป็นฉบับปฐมฤกษ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่งานวิชาการและสร้างความรู้ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ตลอดจนกฎหมายในสาขาอื่นๆ ซึ่งมีเนื้อหาสาระที่น่าสนใจอันจะเป็นประโยชน์ต่อไปในวงวิชาการ โดยบทความต่างๆ ในนามของ ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการจะต้องผ่านการจัดพิมพ์ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกับตีพิมพ์เป็นรูปเล่ม นอกเหนือจากนี้บทความจะต้องผ่านประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนทั้งสิ้น 3 ท่าน จึงจะถือว่าบทความผ่านการประเมิน

บทความแรก คือ บทความเรื่อง คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) : ทางเลือกใหม่ของไทยในการบริหารจัดการข้อพิพาทงานก่อสร้าง? เขียนโดย คุณโชคชัย เนตรงามสว่าง อัยการประจำกอง สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีแพ่ง 3 สำนักงานอัยการสูงสุดและคุณอุกฤษฏ์ ศรพรหม ผู้จัดการโครงการ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย

บทความที่สอง คือ บทความเรื่อง มาตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการช่วยเหลือลูกหนี้ที่ได้รับผลกระทบจาก COVID-19 (Mediation Measures to Support Debtors Affected by COVID-19) เขียนโดย ดร.จิราวุฒันต์ ัญญะเจริญ ผู้อำนวยการ ฝ่ายกฎหมาย ธนาคารแห่งประเทศไทย

บทความที่สาม คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการความสัมพันธ์เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION – THE RELATIONSHIP BETWEEN POWER OF COMPETENT COURT AND ARBITRAL TRIBUNAL TO ORDER INTERIM MEASURES เขียนโดย คุณกนกพรพรรณ ชลชวลิต

บทความที่สี่ คือ ข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผย FACTS THAT SHALL BE DISCLOSED BY THE ARBITRATORS เขียนโดย คุณลีลา เกตุขุนทด

บทความที่ห้า คือ Recent ADRs Developments in Vietnam เขียนโดย Phan TrongDat รักษาการแทนผู้อำนวยการประจำ Vietnam Mediation Centre (VMC) และ Linh Dao ที่ปรึกษากฎหมายประจำ Vietnam International Arbitration Centre (VIAC)

ในนามของกองบรรณาธิการวารสาร ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ ขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านและหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับความรู้และประโยชน์ต่างๆ จากวารสารฉบับนี้ไม่มากก็น้อย และขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ได้สละเวลาในการพิจารณาบทความ เพื่อให้บทความเป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาการ ทั้งนี้หากมีข้อผิดพลาดประการใดทางกองบรรณาธิการจะนำไปปรับปรุงแก้ไขต่อไป

ที เอช เอ ซี สถาบันอนุญาโตตุลาการ วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 1 ฉบับปฐมฤกษ์ (กันยายน 2565)

สารบัญ

บทความ

	หน้า
1. คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) : ทางเลือกใหม่ของไทยในการบริหารจัดการ ข้อพิพาทงานก่อสร้าง?	01
2. มาตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการช่วยเหลือ ลูกหนี้ที่ได้รับผลกระทบจาก COVID-19	13
3. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ความสัมพันธ์ เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ	22
4. ข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผย	34

บทความต่างประเทศ

	Page
1. Recent ADRs Developments in Vietnam	46



Thailand Arbitration Center Law Journal

Vol. 1 No. 1 (Sep 2022)

CONTENTS

Article

	Page
1. DISPUTE BOARD : AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION FOR CONSTRUCTION IN THAILAND	01
2. Mediation Measures to Support Debtors Affected by COVID-19	13
3. INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION THE RELATIONSHIP BETWEEN POWER OF COMPETENT COURT AND ARBITRAL TRIBUNAL TO ORDER INTERIM MEASURES	22
4. FACTS THAT SHALL BE DISCLOSED BY THE ARBITRATORS	34

Foreign-Language Articles

1. Recent ADRs Developments in Vietnam	46
--	-----------

คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) : ทางเลือกใหม่ของไทย ในการบริหารจัดการข้อพิพาทงานก่อสร้าง?

DISPUTE BOARD : AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION FOR CONSTRUCTION IN THAILAND

โชคชัย เนตรงามสว่าง¹

อุกฤษฏ์ ศรพรหม²

วันที่รับบทความ 15 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 15 มิถุนายน 2565; วันตอบรับบทความ 1 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

การระงับข้อพิพาททางธุรกิจในปัจจุบันมีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากกระทบต่อระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ต้องสูญเสียไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจก่อสร้างซึ่งมีมูลค่าสูงและเชื่อมโยงไปสู่ภาคส่วนอื่นๆ ทั้งภาคเอกชนด้วยกัน เช่น ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ภาครัฐ เช่น หน่วยงานผู้ให้สัมปทาน และภาคประชาชน เช่น ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมต่อชุมชนในพื้นที่ก่อสร้าง โครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ย่อมมีมูลค่าสูงและมีความซับซ้อนในการดำเนินการ ตั้งแต่การร่างสัญญาจนถึงการส่งมอบงาน ซึ่งส่งผลให้มีโอกาสเกิดปัญหาและข้อพิพาทได้มากเช่นเดียวกัน และจะนำไปสู่ความล่าช้า ความเสียหาย หรือแม้กระทั่งการล้มละลายของผู้ประกอบการ บทความนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ถึงความสำคัญและบทบาทของคณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) ในการบริหารจัดการข้อพิพาทโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ ซึ่งเป็นกลไกที่ได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของหลายประเทศ เช่น โครงการก่อสร้างสนามบินนานาชาติฮ่องกง โครงการเขื่อนคอนกรีตและโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำในประเทศจีน และโครงการเขื่อนคอนกรีตโค้งบนพื้นที่สูงในประเทศเลโซโท เป็นต้น และให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการนำแนวคิดเรื่องคณะกรรมการข้อพิพาทมาใช้กับสัญญาโครงการก่อสร้างของประเทศไทย

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้กำกับบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท แต่ก็มีปรากฏชัดเจนในทางปฏิบัติว่า แนวคิดเรื่องคณะกรรมการข้อพิพาทได้ถูกริเริ่มนำมาใช้อย่างเป็นทางการครั้งแรกในโครงการก่อสร้างเขื่อน Boundary ในมลรัฐวอชิงตัน สหรัฐอเมริกา ในรูปแบบของคณะกรรมการที่ปรึกษาร่วมในช่วงทศวรรษ 1960 และมีพัฒนาการต่อเนื่องเรื่อยมา จากการศึกษาพบว่า คณะกรรมการข้อพิพาทในปัจจุบันปรากฏใน 3 ลักษณะ คือ

(1) คณะกรรมการตัดสินข้อพิพาท หรือ Dispute Adjudication Board ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเมื่อมีการเสนอข้อพิพาท

(2) คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท หรือ Dispute Review Board ซึ่งมีลักษณะการดำเนินการในเชิงรุก ก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทขึ้น

(3) คณะกรรมการที่ทำหน้าที่แบบผสม หรือ Combine Dispute Board ทั้งนี้ มีบทบาทสำคัญ 2 แบบ คือ (1) บทบาทในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาท และ (2) บทบาทในการระงับข้อพิพาท

¹ อัยการประจำกอง สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีแพ่ง 3 สำนักงานอัยการสูงสุด, น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.ม. (สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.บ.ท.

² ผู้จัดการโครงการ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), LL.M. (Public International Law) (University of Aberdeen)

ปัจจัยสำคัญที่ทำให้การตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทช่วยให้การบริหารจัดการข้อพิพาทมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ลดการสูญเสียทั้งในเชิงงบประมาณและเวลา คือ การที่คณะกรรมการข้อพิพาทถูกตั้งขึ้นตั้งแต่เริ่มสัญญา ซึ่งแตกต่างจากกลไกการระงับข้อพิพาทแบบอื่น ทำให้คณะกรรมการข้อพิพาทได้รับทราบความเป็นไปของการปฏิบัติตามสัญญาและความคืบหน้าของโครงการอยู่เป็นระยะ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น จึงมีความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ดีและสามารถดำเนินการได้ทันที จากปัจจัยดังกล่าว ทำให้สัญญามาตรฐานสำหรับโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของหลายองค์กรมีการกำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทไว้ด้วย เช่น สัญญามาตรฐานของสมาพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (FIDIC) เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีการกำหนดให้ใช้คณะกรรมการข้อพิพาทอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้กลไกคณะกรรมการข้อพิพาทอาจยังไม่เป็นที่รู้จักหรือนำไปใช้มากเท่าที่ควร อย่างไรก็ตาม หากมีการศึกษาและพัฒนาแนวทางการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยใช้คณะกรรมการข้อพิพาทสำหรับสัญญาก่อสร้างในประเทศไทย อาจเป็นประโยชน์ต่อการบริหารสัญญาก่อสร้างและลดความเสี่ยงในการเสียหายทางธุรกิจได้มากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ : คณะกรรมการข้อพิพาท, ข้อพิพาทด้านการก่อสร้าง, วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก

ABSTRACT

A dispute board is one of the effective mechanisms used increasingly worldwide to resolve dispute in construction contracts, especially large-scale projects that may involve multi-stakeholder contractors and, by nature, cause a lot of issues and conflicts resulting in delay, high loss, and bankruptcy. The purpose of this article is to analyze the important role of the dispute board used successfully internationally. Three particular cases were given as examples:

(1) Hong Kong International Airport,

(2) Ertan Concrete Dam and Hydro Plant in China,

and (3) Katse Concrete Arch Dam in a highland area in Lesotho, then provide some recommendations on applying the concept of dispute board in Thai construction contracts.

According to the study, nowadays dispute boards appears in three different roles. The first one is the dispute adjudication board works in a passive approach. The second type is the dispute review board that works in a more active approach and before the conflict becomes the dispute. The last one is the combination of the aforementioned roles to both avoid and resolve disputes.

Key factors leading to achievement in using dispute boards is to establish the dispute board at the beginning stage of the contract that means all parties initially agree to use the dispute board when the conflict occurs. Then, it will be able to know construction progress and promptly response to a problem and, in most cases, avoid the risk of worsening the situation. Accordingly, international standard contracts including the FIDIC contracts adopt the concept of dispute board because it can effectively solve the problems in construction contracts as early as possible.

In Thailand, it is found that this concept is not widespread and rarely used. Policy advocacy and awareness raising about the advantages of the dispute board would proactively prevent the negative consequences of disputes in construction contracts.

Keywords : Dispute Board, construction disputes, alternative dispute resolution

บทนำ

ธุรกิจก่อสร้างเป็นหนึ่งในธุรกิจที่มีมูลค่าสูงและมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ในช่วงปี พ.ศ. 2552-2561 มูลค่าการลงทุนก่อสร้างมีสัดส่วนเฉลี่ย 8.1% ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP)³ มีผลต่อการจ้างงานและมีความเชื่อมโยงกับธุรกิจต่อเนื่องที่หลากหลาย อาทิ ธุรกิจวัสดุก่อสร้าง และธุรกิจพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับหลายภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นผู้ว่าจ้างภาครัฐหรือหน่วยงานราชการ ผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้างภาคเอกชน แรงงานในภาคการก่อสร้าง และผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานก่อสร้างในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพต่าง ๆ โครงการก่อสร้างที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างนั้นจะอยู่บนพื้นฐานการตกลงกันในรูปของสัญญาจ้างก่อสร้าง ยิ่งโครงการก่อสร้างที่มีมูลค่าสูงมากเท่าไรสัญญาก็ยิ่งมีความซับซ้อนเพิ่มขึ้นและมีโอกาสเกิดปัญหาได้มากขึ้นเช่นเดียวกัน

ปกติแล้วคู่สัญญาในสัญญาจ้างก่อสร้างแต่ละฝ่ายย่อมพยายามทำให้การก่อสร้างตามที่ตกลงกันไว้เกิดปัญหาน้อยที่สุด แต่ที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าโครงการก่อสร้างยังคงเกิดปัญหาที่นำไปสู่ข้อพิพาทขึ้นอยู่เป็นประจำ ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้อาจมีที่มาจากข้อสัญญาที่มีความไม่ชัดเจน กำกวม มีความไม่เป็นธรรม (ไม่ว่าจะเป็นความไม่เป็นธรรมตามหลักการ หรือความไม่เป็นธรรมตามทัศนคติของผู้รับจ้างหรือของผู้ว่าจ้างก็ตาม) การพิจารณาเนื้องานที่ทำได้จริงหรือความล่าช้าในการปฏิบัติงาน และรวมไปถึงการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา⁴ ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น หากได้รับการแก้ไขให้เสร็จสิ้นโดยเร็วแล้ว ความเสียหาย หรือผลกระทบที่เกิดกับโครงการก่อสร้างก็จะน้อยลงตามไปด้วย นอกจากนี้ โครงการยังสามารถดำเนินการไปจนสำเร็จลุล่วงได้ในทางตรงกันข้าม หากปัญหาต่าง ๆ ใช้เวลานานมากขึ้นเพียงใด ความเสียหายหรือผลกระทบก็จะยิ่งเกิดขึ้นมากขึ้นเพียงนั้น และบ่อยครั้งปัญหาต่าง ๆ ได้ส่งผลถึงความล้มเหลวของโครงการ อาทิ การทิ้งงานของผู้รับจ้าง หรือการเลิกสัญญา ซึ่งผลของโครงการที่ไม่ประสบความสำเร็จนี้ นอกจากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามสัญญาแล้ว (ผู้ว่าจ้างได้งานก่อสร้างที่มีประสิทธิภาพ ส่วนผู้รับจ้างได้รับค่าจ้าง) ยังเป็นการสูญเสียทรัพยากรต่าง ๆ ไปโดยเปล่าประโยชน์อีกด้วย

โครงการก่อสร้างในต่างประเทศและระหว่างประเทศมีการใช้คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board, DB) ในการบริหารจัดการข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลายและทำให้ข้อพิพาทของโครงการก่อสร้างถูกแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งในด้านของความเร็ว ความพอใจของคู่กรณี และค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล⁵ แต่วิธีการเดียวกันนี้ก็กลับไม่ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศไทยเท่าใดนัก⁶ ซึ่งในบทความนี้ผู้เขียนมุ่งจะชี้ให้เห็นถึงวิธีการ ประสิทธิภาพ และความสำเร็จในการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ รวมทั้งแนวทางที่ประเทศไทยอาจจะนำมาใช้ในการพัฒนาการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการข้อพิพาทต่อไป

³ วิจัยกรุงศรี, “ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง” ใน แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรม ปี 2562-64 มิถุนายน 2562, น.1.

⁴ Baker McKenzie, “Asia Pacific Construction Contract Management A primer on avoiding or managing disputes in construction projects in Asia Pacific,” p.18.

⁵ Y. Tan, Large-Scale Construction Project Management: Understanding Legal and Contract Requirements, (Boca Raton, 2020), p.173.

⁶ Baker McKenzie, Supra note 4, p.27.

ข้อพิพาทและการบริหารจัดการ

การเกิดข้อพิพาท (Dispute) นั้นเริ่มต้นมาจากความคิดเห็นที่ไม่ตรงกันจากการทำงานตามสัญญา หรือการตีความสัญญา ทำให้ต่างฝ่ายต่างเกิดข้อเรียกร้อง (Claim) ในมุมมองของตนเองขึ้น เมื่อข้อเรียกร้องดังกล่าวไม่ได้รับการตอบสนอง หรือไม่ได้รับการยอมรับโดยอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อเรียกร้องที่ไม่ได้รับการปฏิบัตินั้นย่อมเกิดเป็นข้อขัดแย้ง (Conflict) ขึ้น และข้อขัดแย้งที่ไม่สามารถระงับไปได้อย่างนำไปสู่การเกิดข้อพิพาท เมื่อข้อขัดแย้งเป็นสิ่งที่คู่สัญญาที่มีความเห็นที่ไม่ตรงกันแล้ว ข้อพิพาทก็คือผลลัพธ์หนึ่งที่เกิดขึ้นจากข้อขัดแย้ง รวมถึงการไกล่เกลี่ย, การหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้ง, การยินยอมทำตาม หรือผลลัพธ์อื่น ๆ ด้วย⁷ ข้อขัดแย้งเหล่านี้หากเกิดขึ้นและสามารถจัดการได้ ข้อขัดแย้งก็จะไม่พัฒนาไปเป็นข้อพิพาท ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าข้อขัดแย้งสามารถมีอยู่ได้โดยไม่มีข้อพิพาท แต่ข้อพิพาทไม่อาจมีอยู่ได้โดยไม่มีข้อขัดแย้ง^{8, 9} เมื่อข้อขัดแย้งนำไปสู่ข้อพิพาทแล้วก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้น การระงับข้อพิพาทโดยวิธีปกติที่มีสภาพบังคับและใช้กันมาอย่างยาวนานก็คือกระบวนการทางศาล แต่ด้วยสภาพปัจจุบันที่การเกิดขึ้นของข้อพิพาทนั้นจำเป็นที่จะต้องระงับไปด้วยความรวดเร็ว เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินการต่อไปได้โดยไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องยังศาลที่มีอำนาจ เนื่องจากระยะเวลาการพิจารณาข้อพิพาทใช้เวลานาน¹⁰ การใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงเป็นที่ต้องการมากขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นทางธุรกิจ

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมีหลายวิธี อาทิ การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม และอนุญาโตตุลาการ กระบวนการดังกล่าวมีการพัฒนาและมีการใช้งานกันมาอย่างยาวนาน และวิธีการเหล่านี้ได้รับการยอมรับว่ามีประสิทธิภาพในการจัดการข้อพิพาท แต่เมื่อข้อพิพาทต่าง ๆ มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นและต้องการใช้เวลาน้อยที่สุดในการจัดการกับข้อพิพาท โดยเฉพาะในวงการก่อสร้างที่ต้องแบกรับค่าใช้จ่ายจำนวนมากจากผลของกระบวนการที่ล่าช้า ในวงการก่อสร้างจึงได้มีการพัฒนาทางเลือกในการจัดการกับข้อพิพาทขึ้น โดยสร้างกลไกเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดข้อพิพาทอย่างหนึ่ง และกลไกในการระงับข้อพิพาทอีกอย่างหนึ่ง โดยทำในรูปแบบของคณะกรรมการ การจัดการกับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ได้รับการยอมรับว่ามีประสิทธิภาพในการหลีกเลี่ยงแล้วระงับข้อพิพาทได้อย่างเป็นที่น่าสนใจของคู่กรณี¹¹

⁷ Costantino, C.A. and Merchant C.S. Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations, (San Francisco: Jossey-Bass, 1996), p.4-5.

⁸ Douglas H. Yarn, Conflict” in Dictionary of Conflict Resolution, (San Francisco: Jossey-Bass, 1999), p.115.

⁹ ในขณะเดียวกัน Jonh Burton (1990) ได้ให้นิยามความแตกต่างของข้อพิพาทและข้อขัดแย้งว่า ข้อพิพาทหมายถึงความเห็นที่ไม่ตรงกัน ในระยะสั้นอันนำมาซึ่งการโต้แย้งกันโดยปัญหาดังกล่าวสามารถที่จะเจรจาและตกลงกันได้ ตรงกันข้ามกับข้อขัดแย้งที่เป็นปัญหาระยะยาวที่ยังลึกลงไปและไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ อ้างใน Timothy D. Keator, “Conflict vs. dispute?” in Mediate.com submission July 21, 2011 (revised) p.1.

¹⁰ belawyer, “Alternative Dispute Resolution vs Litigation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก <https://thestudentlawyer.com/2013/10/23/alternative-dispute-resolution-vs-litigation-which-one-would-you-choose/>.

¹¹ SAI-ON CHEUNG and HENRY C. H. SUEN, “A multi-attribute utility model for dispute resolution strategy selection,” Construction Management and Economics (2002) 20, p.557-568.

คณะกรรมการข้อพิพาท

คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) มักจะปรากฏในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่เพื่อช่วยคู่สัญญาในการแก้ไขหรือหลีกเลี่ยงข้อพิพาท และเพื่อไม่ต้องการให้ข้อพิพาทนั้นต้องไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล คณะกรรมการข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีอยู่โดยข้อตกลงของสัญญา¹² ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะที่มาใช้บังคับกับกระบวนการของคณะกรรมการข้อพิพาทเหมือนดังเช่นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการศาล

แนวคิดของคณะกรรมการข้อพิพาทปรากฏขึ้นครั้งแรกในโครงการเขื่อน Boundary ในมลรัฐวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงทศวรรษที่ 1960 ในชื่อของคณะกรรมการที่ปรึกษาพร้อม (Joint Consulting Board) และหลังจากนั้น คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยเทคโนโลยีการขุดอุโมงค์ของสหรัฐอเมริกาได้ขนานนามว่าเป็นการร่างสัญญาที่ดีขึ้นสำหรับการก่อสร้างงานใต้ดิน ซึ่งเป็นการเน้นย้ำการไม่ยากให้เกิดผลที่ไม่แน่นอนของข้อพิพาทและการดำเนินคดี ต่อมาชื่อของคณะกรรมการข้อพิพาทจึงได้ถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกใน โครงการอุโมงค์ Eisenhower ในมลรัฐโคโลราโด ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1975¹³ และได้ขยายไปใช้ในโครงการระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1980 (โครงการก่อสร้างเขื่อน El Cajon และโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำ ใน Honduras)¹⁴ คณะกรรมการข้อพิพาทถูกพัฒนาให้มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับมากขึ้น เพื่อเป็นทางเลือกในการจัดการข้อพิพาทในอุตสาหกรรมก่อสร้าง เหตุผลหลักที่วิธีการนี้เป็นที่ยอมรับคือความคุ้มค่าของเงินที่จ่ายไป ซึ่งประมาณการค่าใช้จ่ายของคณะกรรมการข้อพิพาทนี้เป็นอัตราส่วนที่น้อยกว่า 1% ของมูลค่าโครงการตามสัญญา และวิธีการนี้ยังได้ผลในการแก้ไขข้อพิพาท ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลอีกด้วย¹⁵

เนื่องจากคณะกรรมการข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยข้อสัญญาดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันกำหนดกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการข้อพิพาทให้เหมาะสมกับโครงการของคู่สัญญาได้¹⁶ โดยในทางปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการข้อพิพาทสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ¹⁷

1. คณะกรรมการตัดสินข้อพิพาท (Dispute Adjudication Board) ทำหน้าที่วินิจฉัยและออกคำตัดสิน (Decision) ที่มีผลผูกพันคู่สัญญาทำให้ต้องปฏิบัติตามในทันที
2. คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (Dispute Review Board) ทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทและให้คำแนะนำ (Recommendations) ที่ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา
3. คณะกรรมการที่ทำหน้าที่แบบผสม (Combined Dispute Board) ทำหน้าที่ทั้งการให้คำแนะนำและการวินิจฉัยตัดสิน โดยกรณีนี้คณะกรรมการจะมีอิสระในการใช้ดุลพินิจที่ให้คำแนะนำหรือจะวินิจฉัยและออกคำตัดสินที่มีผลผูกพันคู่สัญญา ก็ได้

¹² Aceris Law LLC, “Dispute Boards and International Construction Arbitration,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก<https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/>.

¹³ PETER H.J. CHAPMAN, “The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects,” *The Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, Issue 3, October 2015. p.220.

¹⁴ Mark Goodrich, “Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?,” p.2.

¹⁵ Y. Tan, *Supra* note 5, p.173.

¹⁶ Aceris Law LLC, *Supra* note 12.

¹⁷ J. Petkute-Guriene, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration,” in C. Baltag and C. Vasile (eds.), *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (2019), p.3.

ส่วนบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาทในการจัดการข้อพิพาทนี้อาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะคือการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทส่วนหนึ่งและการระงับข้อพิพาทอีกส่วนหนึ่ง

1. บทบาทในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาท คือกระบวนการทำให้ข้อเรียกร้องหรือข้อขัดแย้งไม่พัฒนาไปเป็นข้อพิพาท¹⁸ โดยกระบวนการในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทนี้มีการพัฒนามาจากประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมีหลักการให้การหลีกเลี่ยงข้อพิพาททำขึ้นในรูปแบบคณะกรรมการโดยใช้วิธีการให้คู่สัญญาเลือกคณะกรรมการเข้ามาในกระบวนการตั้งแต่เมื่อเริ่มลงมือก่อสร้าง คณะกรรมการอาจประกอบด้วยบุคคลหนึ่งคนหรือสามคน¹⁹ ทำหน้าที่ในการเข้าไปตรวจสอบดูสถานที่ทำการก่อสร้างอย่างสม่ำเสมอ คณะกรรมการจะให้ข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำต่อปัญหาต่างๆ เมื่อเกิดข้อเรียกร้องเป็นข้อขัดแย้งขึ้น โดยวิธีการนี้สามารถหลีกเลี่ยง ข้อพิพาทได้เป็นจำนวนมากเพราะคณะกรรมการนั้นเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเหตุการณ์สามารถให้คำแนะนำต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงทีทำให้ปัญหาต่าง ๆ เสริมจึ้นไปด้วยความรวดเร็วไม่พัฒนาไปสู่ข้อพิพาท และทำให้งานก่อสร้างไม่ล่าช้า²⁰

2. บทบาทในการระงับข้อพิพาท คือ การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นและมีผลผูกพันคู่สัญญา โดยอาจเป็นการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วและให้คณะกรรมการมีหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาท หรือเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตั้งแต่เมื่อเริ่มทำสัญญาแล้วก็ได้

การหลีกเลี่ยงและการระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการในโครงการก่อสร้างนี้ถูกนำมาใช้ในหลายประเทศ และได้รับผลสำเร็จอย่างมาก โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 2004 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC) ได้มีการเริ่มนำรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทมากำหนดเป็นกฎเกณฑ์ให้ชัดเจน²¹ และต่อมาในปี ค.ศ. 2015 ICC ได้มีการปรับปรุงพัฒนายละเอียดของคณะกรรมการข้อพิพาทอีกครั้ง และได้มีการกำหนดข้อตกลงมาตรฐานในการตั้งคณะกรรมการข้อพิพาท กฎเกณฑ์และข้อกำหนดในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท และต้นแบบข้อตกลงในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท²² เพื่อให้สมาชิกเป็นทางเลือกในการบริหารจัดการข้อพิพาท รวมทั้งมีองค์กรที่สนับสนุนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการ เช่น สหพันธ์คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board Federation) และมูลนิธิคณะกรรมการยุติข้อพิพาท (Dispute Resolution Board Foundation) เป็นต้น นอกจากนี้โครงการขนาดใหญ่ระหว่างประเทศจำนวนมากที่ใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC²³ หรือได้รับเงินอุดหนุนจากธนาคารโลกก็ได้มีเงื่อนไขให้ใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC ซึ่งมีการกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการไว้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความแพร่หลายและความก้าวหน้าในการใช้วิธีหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาทโดยคณะกรรมการไปทั่วโลก²⁴

¹⁸ Brennan Ong and Paula Gerber, "Dispute boards: Is there a role for lawyers?" (2010) 5(4) Construction Law International 7

¹⁹ ตัวอย่างเช่นในข้อ 21 ของสัญญามาตรฐาน FIDIC Red Book ฉบับปรับปรุงปี ค.ศ. 2017

²⁰ Associate Professor Dr Paula Gerber and Brennan Ong, "SHOULD DAPS BE INCLUDED IN STANDARD FORM CONTRACTS?", Law School, Monash University, Melbourne, AUSTRALIAN CONSTRUCTION LAW NEWSLETTER #143 MARCH/APRIL 2012, p.7.

²¹ International Chamber of Commerce (ICC), DISPUTE BOARD RULES 2004

²² International Chamber of Commerce (ICC), DISPUTE BOARD RULES 2015

²³ FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) เป็นคำย่อภาษาฝรั่งเศสของสหพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (International Federation of Consulting Engineers) ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ FIDIC เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีสมาชิกรวม 101 ประเทศสมาชิกและองค์กรที่เกี่ยวข้อง สัญญาของ FIDIC มีหลายประเภทและสามารถใช้ได้เหมาะสมกับโครงการที่หลากหลาย โดยสัญญา FIDIC มีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งเรียกว่า DAAB (Dispute Avoidance/Adjudication Board) หรือ DAB (Dispute Avoidance Board) แล้วแต่กรณี ซึ่งนอกจากข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาแล้ว ข้อพิพาททุกอย่างที่เป็นทางการจะต้องให้คณะกรรมการข้อพิพาททำคำวินิจฉัยก่อนอันถือเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะนำข้อพิพาทนั้นไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป โปรดดู FIDIC, THE FIDIC GOLDEN PRINCIPLES, 1st edition, (2019), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC): Geneva, p.10.

²⁴ J. Jenkins, International Construction Arbitration Law, 2nd edition, (2013), p.102-103.

ปัจจัยสำคัญที่การบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการ ข้อพิพาทประสบความสำเร็จ

ข้อแตกต่างที่ชัดเจนระหว่างคณะกรรมการข้อพิพาทกับวิธีการอื่น ๆ ในการบริหารจัดการพิพาทคือ การที่คณะกรรมการข้อพิพาทนั้นจะถูกตั้งขึ้นตั้งแต่วันที่สัญญาฉบับดังกล่าวมีผลบังคับ ซึ่งทำให้มีคณะกรรมการอยู่ก่อนที่ข้อขัดแย้งใด ๆ จะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินโครงการก่อสร้างและจะมีการกำหนดให้คณะกรรมการต้องตรวจเยี่ยมการทำงานเป็นระยะอย่างต่อเนื่อง คณะกรรมการจึงสามารถให้ข้อเสนอแนะแก่คู่สัญญาและสามารถป้องกันการเกิดข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น²⁵ ลักษณะเฉพาะดังกล่าวจึงอาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างประสบความสำเร็จ และได้รับความนิยมในระดับสากล²⁶ ซึ่งคณะกรรมการข้อพิพาทอาจมีค่าตัดสินชี้ขาดซึ่งมีผลบังคับคู่สัญญา ในทำนองเดียวกันกับการให้ผู้เชี่ยวชาญชี้ขาดหรือการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรืออาจเป็นกรณีที่คณะกรรมการข้อพิพาทให้คำแนะนำที่ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้คณะกรรมการข้อพิพาทยังมีส่วนที่คล้ายคลึงกับกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น บางส่วน เช่น ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตัวคณะกรรมการข้อพิพาท เช่นเดียวกับผู้ไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการ จากการสำรวจข้อมูลของสหพันธ์คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board Federation) เมื่อปี ค.ศ. 2008 พบว่า การลงทุนกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการจัดตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างนั้น นำไปสู่การระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพอย่างมาก โดยมีอัตราความสำเร็จสูงถึงร้อยละ 99 ที่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องใช้วิธีอนุญาโตตุลาการหรือการฟ้องคดี ทำให้สามารถลดภาระค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นจากขั้นตอนอนุญาโตตุลาการและศาลได้อีกมหาศาล²⁷ ประเทศออสเตรเลียเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีคณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง การสำรวจข้อมูลดังกล่าวระบุว่าค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทโครงการก่อสร้างในออสเตรเลียอยู่ระหว่าง 560-840 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียต่อปี และเมื่อรวมกับค่าใช้จ่ายที่อาจจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้นได้ เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับความล่าช้าหรือต้นทุนค่าเสียโอกาสแล้ว มูลค่าที่สูญเสียไปจะมาก 7 พันล้านดอลลาร์ออสเตรเลียต่อปี²⁸ ทั้ง ๆ ที่โครงการก่อสร้างเหล่านี้อาจไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ สูงดังที่กล่าวมาหากมีคณะกรรมการข้อพิพาทให้คำแนะนำตลอดระยะเวลาดำเนินโครงการ ยิ่งไปกว่านั้น หลายโครงการต้องสูญเสียเวลาและโอกาสไปกับการฟ้องร้องดำเนินคดี การหยุดงาน และการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจประเมินเป็นมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการที่มีการร่วมทุนจากหลายภาคส่วนหรือมีคู่สัญญาต่างชาติ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกเบื้องต้น อาทิ การเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ย จึงทำให้ข้อพิพาทจำนวนมากต้องไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล

²⁵ Pablo Ferrara, "Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block," สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก https://www.academia.edu/39042667/Dispute_Boards_for_Infrastructure_Projects_in_Latin_America_A_New_Kid_on_the_Block.

²⁶ CYRIL CHERN, *Chern On Dispute Boards Practice and Procedure*, third edition, (Informa Law from Routledge, 2015).

²⁷ The Dispute Board Federation (Geneva) 2008 International Survey, www.dbfederation.org

²⁸ Associate Professor Dr Paula Gerber and Brennan Ong, *Supra* note 20, p.2.

ประสบการณ์การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในต่างประเทศ

ตัวอย่างประสบการณ์การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในต่างประเทศที่ประสบผลสำเร็จอย่างมากและได้รับการยอมรับในสหพันธ์คณะกรรมการข้อพิพาท มีดังนี้²⁹

1. โครงการสนามบินนานาชาติฮ่องกง (Hong Kong International Airport) เป็นโครงการที่มีมูลค่าสูงกว่า 18,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ใช้สัญญาที่ร่างขึ้นเป็นการเฉพาะตามความต้องการของลูกค้า (bespoke contract) ซึ่งมีสัญญาย่อยจำนวน 22 สัญญา ที่ระบุให้คณะกรรมการข้อพิพาทมีอำนาจให้คำแนะนำและพิจารณาตัดสิน สัญญามีองค์ประกอบระหว่างประเทศจำนวนมาก โดยเฉพาะคู่สัญญาภายในและภายนอกประเทศ การร่วมทุนระหว่างประเทศ และผู้เชี่ยวชาญชาวต่างประเทศ คณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการนี้มีจำนวน 7 คน มาจากหลากหลายวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง ทำหน้าที่เข้าตรวจการทำงานทุกๆ 3 เดือน รวมการตรวจทั้งสิ้น 16 ครั้ง มีข้อพิพาทมาสู่คณะกรรมการจำนวน 6 ข้อพิพาท ซึ่งคณะกรรมการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ในจำนวนข้อพิพาทดังกล่าว มีหนึ่งข้อพิพาทที่ไปสิ้นสุดที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยเห็นพ้องกับคณะกรรมการข้อพิพาทในประเด็นนั้น ทั้งนี้ การคัดเลือกคณะกรรมการเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาหลัก ได้แก่ การท่าอากาศยานฮ่องกงและผู้รับจ้าง โดยเริ่มปฏิบัติงานตั้งแต่วันที่สัญญามีผลบังคับ

2. โครงการเขื่อนคอนกรีตและโรงไฟฟ้าพลังน้ำในประเทศจีน (Ertan Concrete Dam and Hydro Plant) เป็นโครงการที่มีมูลค่าประมาณ 5,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ก่อสร้างในช่วงปี ค.ศ. 1991-2000 ซึ่งรัฐบาลจีนเลือกใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 4 กับผู้รับจ้างที่เป็นการร่วมทุนระหว่างประเทศ โดยมีการกำหนดคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจำนวน 3 คน มาจากการคัดเลือกของคู่สัญญาสองฝ่าย ฝ่ายละ 1 คน และผู้ได้รับคัดเลือกเป็นคณะกรรมการทั้งสองคนทำหน้าที่เลือกประธานคณะกรรมการอีก 1 คน คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในโครงการนี้ได้เข้าเยี่ยมเยียนตรวจสอบการทำงานปีละ 3 ครั้ง รวมทั้งสิ้น 20 ครั้ง ตลอดช่วงระยะเวลาของสัญญา คณะกรรมการมีหน้าที่ทำข้อเสนอแนะให้แก่คู่สัญญา โดยไม่มีผลผูกพันในทันทีจนกว่าคู่สัญญาสองฝ่ายจะตกลง จากการดำเนินโครงการ มีข้อพิพาทมาสู่คณะกรรมการจำนวน 40 ข้อพิพาท ซึ่งข้อพิพาททั้งหมดสิ้นสุดที่คณะกรรมการไม่มีข้อพิพาทใดที่ไปสู่ออนุญาโตตุลาการ

3. โครงการเขื่อนคอนกรีตโค้งบนพื้นที่สูงในประเทศเลโซโท (Katse Concrete Arch Dam) มีมูลค่าประมาณ 2,500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ก่อสร้างในช่วงปี ค.ศ. 1993-1998 โดยมีคู่สัญญาเป็นองค์การการพัฒนาแห่งเลโซโทกับผู้รับจ้างที่เป็นการร่วมทุนระหว่างประเทศ โครงการนี้ใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 4 เช่นกัน โดยมีการกำหนดคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจำนวน 3 คนมาจากการคัดเลือกร่วมกันโดยคู่สัญญาสองฝ่าย มีการเข้าตรวจสอบการทำงานทั้งสิ้น 16 ครั้ง (เฉลี่ยปีละ 2.5 ครั้ง) ทำหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะแก่คู่สัญญาเมื่อมีเหตุพิพาท ข้อเสนอแนะดังกล่าวยังไม่ผลบังคับในทันทีจนกว่าคู่สัญญาจะตกลงกัน เมื่อสิ้นสุดโครงการ มีข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาของคณะกรรมการทั้งสิ้น 12 ข้อพิพาท สิ้นสุดที่คณะกรรมการ 11 ข้อพิพาท และไปสิ้นสุดที่อนุญาโตตุลาการ 1 ข้อพิพาท ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยยืนยันความเห็นของคณะกรรมการ นับเป็นครั้งแรกในทวีปแอฟริกาที่มีการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตามสัญญา FIDIC เช่นนี้ นอกจากนี้ คณะกรรมการข้อพิพาทไม่เพียงแต่ถูกนำมาใช้ในภาคการก่อสร้างซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของรูปแบบการบริหารข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวเท่านั้น ในปัจจุบันยังพบว่าภาคส่วนอื่นๆ เช่น ภาคการเงินการธนาคาร ภาคอุตสาหกรรมทางทะเล สัญญาเกี่ยวกับการบริหารและซ่อมบำรุง และการให้สัมปทานระยะยาว ในประเทศต่าง ๆ ก็มีการจัดตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทในรูปแบบที่คล้ายคลึงกันขึ้นเช่นกัน³⁰

²⁹ Cyril Chern, "The Dispute Board Federation: Dispute Boards in Practice," (Presentation as part of the World Bank's Law, Justice, and Development Week in 2013).

³⁰ Nicholas Gould, "An Overview of the CI Arb Dispute Board Rules" 1 July 2015 at the 7th Annual IBC Construction Law: Contracts and Disputes conference in London.

โครงการก่อสร้างในประเทศไทยกับความสำคัญของการใช้ คณะกรรมการข้อพิพาท

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าคณะกรรมการข้อพิพาทประสบความสำเร็จอย่างมากในการใช้กับโครงการก่อสร้างในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะโครงการระหว่างประเทศขนาดใหญ่ โดยเหตุผลที่โครงการก่อสร้างเลือกใช้คณะกรรมการข้อพิพาทนั้นเพราะโครงการก่อสร้างนั้นต่างเห็นกันว่าการก่อสร้างให้ประสบความสำเร็จเป็นปัจจัยที่สำคัญ ซึ่งคณะกรรมการข้อพิพาทในฐานะที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางจะสามารถเข้ามาช่วยในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทไม่ให้เกิดขึ้นหรือตัดสินข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ซึ่งจะไม่ทำให้โครงการก่อสร้างต้องหยุดชะงักอันจะกระทบต่อทั้งสังคมและเศรษฐกิจในภาพรวมมากกว่า

สำหรับในประเทศไทยเองไม่ว่าจะเป็นโครงการของภาครัฐและภาคเอกชน หากโครงการที่มีขนาดใหญ่และใช้เงินลงทุนจำนวนมากแล้ว บุคลากรของโครงการย่อมมีความคุ้นเคยหรือเคยสัมผัสกับการบริหารสัญญาที่มีความเป็นมาตรฐาน เช่น สัญญา FIDIC เมื่อคณะกรรมการข้อพิพาทเป็นหนึ่งในข้อสัญญาที่มีความสำคัญมากทั้งในสัญญา FIDIC และสัญญาอื่นๆ นอกจากนั้น เมื่อโครงการก่อสร้างใดที่ยังมีขนาดใหญ่หรือมีเงินลงทุนที่สูงแล้ว ยิ่งมีความเป็นไปได้ว่างานก่อสร้างดังกล่าวจะมีความสำคัญต่อหลายภาคส่วน และการดำเนินโครงการให้ประสบความสำเร็จตามเป้าหมายและค่าใช้จ่ายที่เป็นธรรมย่อมเป็นส่วนสำคัญของโครงการนั้น ๆ การที่โครงการก่อสร้างของไทยจะพิจารณาใช้ข้อสัญญาดังกล่าวของ FIDIC อย่างเต็มประสิทธิภาพ หรือพิจารณาใส่ข้อสัญญาเกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างฉบับอื่น ๆ จะช่วยให้โครงการก่อสร้างของไทยได้นำรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่เป็นสากลมาใช้เป็นหลักปฏิบัติมากยิ่งขึ้น ซึ่งการบังคับใช้ข้อสัญญาเกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทนี้ก็ไม่ได้เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด³¹ นอกจากนั้นไม่ว่าจะเป็นแนวทางของ ICC หรือในสัญญา FIDIC เองล้วนมีรายละเอียดและข้อตกลงต่าง ๆ ที่เอื้อให้ผู้ใช้งานได้นำรูปแบบของคณะกรรมการข้อพิพาทมาใช้ได้โดยสะดวก ซึ่งการใช้คณะกรรมการข้อพิพาทจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่เอื้อให้โครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ในประเทศไทยประสบความสำเร็จ

ประสบการณ์การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในประเทศไทย และข้อเสนอแนะ

สำหรับโครงการก่อสร้างในประเทศไทย กรณีภาครัฐที่มีการนำสัญญา FIDIC มาใช้กับโครงการ³² หรือภาคเอกชนที่ใช้สัญญาอื่น ๆ กลับไม่ค่อยพบว่ามีการใช้ทางเลือกในการหลีกเลี่ยงหรือระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการเท่าใดนัก³³ โดยพบทั้งกรณีที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาแต่ไม่ถูกนำมาใช้ตามที่กำหนดไว้และกรณีที่ไม่ปรากฏในข้อสัญญาเลย อันเป็นไปในทิศทางที่ไม่สอดคล้องกับสากล และในขณะเดียวกันข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างในประเทศไทยกลับยังคงมีจำนวนมากและยังใช้เวลานานในการแก้ปัญหาเช่นเดิม การระงับข้อพิพาทเหล่านี้ในปัจจุบัน วิธีการดั้งเดิมหรือวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาลยังเป็นวิธีการหลักที่ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอยู่ และข้อพิพาทบางส่วนได้มีการส่งเสริมให้ใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่ก็ไม่ปรากฏว่าวิธีหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาทโดยคณะกรรมการได้รับการส่งเสริมในฐานะที่เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยแต่อย่างใด

³¹ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1982/2524 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของวิศวกรซึ่งศาลเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับได้

³² โครงการก่อสร้างทางหลวงของกรมทางหลวงที่ได้รับเงินอุดหนุนจากธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank, ADB)

³³ Baker McKenzie, Supra note 4, p.27.

การที่โครงการก่อสร้างต่าง ๆ ในต่างประเทศหรือในทางระหว่างประเทศประสบความสำเร็จในการนำคณะกรรมการข้อพิพาทมาใช้กับโครงการ หรือแม้กระทั่งการริเริ่มใช้การบริหารจัดการข้อพิพาทนี้ในภาคอุตสาหกรรมอื่น ๆ แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่ได้รับรองว่าวิธีการดังกล่าวจะประสบความสำเร็จในประเทศไทยได้หรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันทางปฏิบัติในสัญญาและกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีการใช้และกำหนดรายละเอียดใด ๆ เกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทไว้ ซึ่งอาจเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้กระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการไม่ได้นำมาใช้ประโยชน์เท่าที่ควร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยเองควรมีการริเริ่มในการศึกษาและพัฒนากระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการขึ้นในประเทศไทยให้เป็นหนึ่งในกระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาททางเลือก โดยอาจเป็นการกำหนดรายละเอียดของคณะกรรมการข้อพิพาท, ข้อตกลงมาตรฐานในการตั้งคณะกรรมการข้อพิพาท, กฎเกณฑ์และข้อกำหนดในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท และต้นแบบข้อตกลงในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท ดังเช่นที่หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC) หรือสมาพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (FIDIC) ได้มีการจัดทำ โดยควรเริ่มนำมาใช้ในโครงการก่อสร้างก่อสร้างที่ถือเป็นจุดกำเนิดของคณะกรรมการข้อพิพาท ทั้งยังมีตัวอย่างโครงการที่ประสบความสำเร็จจากการใช้คณะกรรมการข้อพิพาทเข้ามาแก้ปัญหาดังกล่าวแล้ว และนอกจากนั้นควรมีการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยเพื่อให้สามารถรองรับกระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการได้อย่างมีประสิทธิภาพ, สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายและบริบทของโครงการก่อสร้างในประเทศไทย อันจะทำให้กระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการอาจเป็นหนึ่งในทางเลือกในการจัดการข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- Costantino, C.A. and Merchant C.S. *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations*, (San Francisco: Jossey-Bass, 1996).
- CYRIL CHERN, *Chern On Dispute Boards Practice and Procedure*, third edition, (Informa Law from Routledge, 2015).
- Douglas H. Yarn, *Conflict* in *Dictionary of Conflict Resolution*, (San Francisco: Jossey-Bass, 1999).
- FIDIC, *THE FIDIC GOLDEN PRINCIPLES*, 1st edition, (2019), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC): Geneva.
- International Chamber of Commerce (ICC), *DISPUTE BOARD RULES 2004*
- International Chamber of Commerce (ICC), *DISPUTE BOARD RULES 2015*
- J. Jenkins, *International Construction Arbitration Law*, 2nd edition, (2013).
- Y. Tan, *Large-Scale Construction Project Management: Understanding Legal and Contract Requirements*, (Boca Raton, 2020).

บทความ

- วิจัยกรุงศรี, “ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง” ใน แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรม ปี 2562-64 มิถุนายน 2562.
- Baker McKenzie, “Asia Pacific Construction Contract Management A primer on avoiding or managing disputes in construction projects in Asia Pacific.”
- Brennan Ong and Paula Gerber, “Dispute boards: Is there a role for lawyers?” (2010) 5(4) *Construction Law International* 7.
- Cyril Chern, “The Dispute Board Federation: Dispute Boards in Practice,” (Presentation as part of the World Bank’s Law, Justice, and Development Week in 2013).
- J. Petkute-Guriene, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration,” in C. Baltag and C. Vasile (eds.), *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (2019).
- Mark Goodrich, “Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?”
- Nicholas Gould, “An Overview of the CI Arb Dispute Board Rules” 1 July 2015 at the 7th Annual IBC Construction Law: Contracts and Disputes conference in London.
- Paula Gerber and Brennan Ong, “SHOULD DAPS BE INCLUDED IN STANDARD FORM CONTRACTS?”, Law School, Monash University, Melbourne, *AUSTRALIAN CONSTRUCTION LAW NEWSLETTER #143 MARCH/APRIL 2012*.
- PETER H.J. CHAPMAN, “The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects,” *The Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, Issue 3, October 2015.

SAI-ON CHEUNG and HENRY C. H. SUEN, “A multi-attribute utility model for dispute resolution strategy selection,” *Construction Management and Economics* (2002) 20.

The Dispute Board Federation (Geneva) 2008 International Survey www.dbfederation.org

Timothy D. Keator, “Conflict vs. dispute?” in *Mediate.com* submission July 21, 2011 (revised).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

Aceris Law LLC, “Dispute Boards and International Construction Arbitration,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก <https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/>.

belawyer, “Alternative Dispute Resolution vs Litigation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก <https://thestudentlawyer.com/2013/10/23/alternative-dispute-resolution-vs-litigation-which-one-would-you-choose/>.

Pablo Ferrara, “Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก https://www.academia.edu/39042667/Dispute_Boards_for_Infrastructure_Projects_in_Latin_America_A_New_Kid_on_the_Block.

มาตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการช่วยเหลือลูกหนี้ ที่ได้รับผลกระทบจาก COVID-19

Mediation Measures to Support Debtors Affected by COVID-19

ดร.จิราณุวัฒน์ ธีญญะเจริญ¹

วันที่รับบทความ 9 มิถุนายน 2565, วันแก้ไขบทความ 18 กรกฎาคม 2565, วันตอบรับบทความ 20 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ที่ได้เกิดอย่างฉับพลัน ยืดเยื้อ และรุนแรงทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย ได้ก่อให้เกิดการถดถอยและผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของทั้งภาคธุรกิจและภาคครัวเรือน ทำให้ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลดลง ในขณะที่ภาระหนี้ก็ยังมีจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการเพิ่มของจำนวนดอกเบี้ย ทำให้ลูกหนี้ถูกติดตามทวงถามหนี้ ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาล หรือแม้กระทั่งถูกยึดทรัพย์เพื่อชำระหนี้ประเทศต่าง ๆ จึงพยายามดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่ได้รับผลกระทบ

สำหรับประเทศไทยซึ่งมีกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติของกฎหมายทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทางกรมการไทยได้นำหลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นฐานในการดำเนินมาตรการเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินอันเนื่องมาจาก COVID-19 ทั้งมาตรการทางด่วนแก่หนี้คลินิกแก่หนี้ รวมถึงมาตรการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งจะส่งเสริมให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นช่องทางในการช่วยแก้ไขปัญหาหนี้สิน อันจะถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่นำมาตราการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นเครื่องมือที่เป็นรูปธรรมที่จะสามารถแก้ไขปัญหาหนี้สินของทั้งภาคครัวเรือนและภาคธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้ลูกหนี้สามารถกลับมาดำเนินธุรกิจได้ตามปกติเมื่อสถานการณ์ COVID-19 คลี่คลายลง

ABSTRACT

COVID-19 pandemic which has spread abruptly and severely across the world has caused the significant contract and adverse effect to economics. This has affected to financial status of household and business sector and to the debtors' ability to pay off debt their debtors which has significantly declined while debt has abruptly increased especially due to interest accumulated. As a result, Debtors have been brought to the debtcollection process, court procedure and their properties have been seized for pay off debt. Many countries including Thailand has implemented many measures to rescue all debtors.

¹ น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์, น.บ.ท., น.ม. ธรรมศาสตร์. LL.M. The University of Warwick, น.ด. ธรรมศาสตร์, ผู้อำนวยการ ฝ่ายกฎหมาย ธนาคารแห่งประเทศไทย, บทความนี้ เป็นข้อคิดเห็นส่วนบุคคล ซึ่งไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับข้อคิดเห็นของธนาคารแห่งประเทศไทย

* “บทความนี้ เป็นข้อคิดเห็นส่วนบุคคล ซึ่งไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับข้อคิดเห็นของธนาคารแห่งประเทศไทย”

For Thailand which the mediation process has been enacted in both Civil and Procedure Code and the Law on Mediation, Thai authorities has brought the principle of mediation as fundamental of measures, namely “Debt Relief Measures” “Debt Clinic Project” together with “Measure to Support Mediation”, supporting and alleviating debtors facing with financial difficulties caused by COVID-19. Those measures will promote and support both creditors and debtors to employ mediation to solve debt issue. This will be the outset to use mediation as effective instruments to solve not only household but also business debt and will be significant factor making debtors to operate their business as usual when COVID-19 situation unfolds.

ความเบื้องต้น

การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ที่ได้เกิดอย่างฉับพลัน ยึดเชื้อ และรุนแรงทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย โดยแต่ละประเทศได้เผชิญกับสถานการณ์ระบาดหลายระลอก ทำให้มีผู้ติดเชื้อจำนวนมาก ซึ่งในขณะที่เขียนบทความฉบับนี้² จำนวนผู้ติดเชื้อสะสมของทุกประเทศทั่วโลกมีจำนวนสูงกว่า 540 ล้านราย และเสียชีวิตไปแล้วกว่า 6 ล้านราย ในขณะที่ประเทศไทย มีผู้ติดเชื้อสะสม 4 ล้านรายและเสียชีวิตกว่า 3 หมื่นราย³ แต่ละประเทศได้ดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมและยับยั้งการแพร่ระบาดของเชื้อโดยเฉพาะมาตรการ lock down เพื่อหยุดกิจกรรมต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการแพร่เชื้อ และนั่นก็เป็นสาเหตุให้เกิดการชะลอตัวและการถดถอยทางเศรษฐกิจ และกระทบต่อทั้งภาคธุรกิจและภาคครัวเรือน กระทบต่อการจ้าง ผลจากการชะลอตัวทางเศรษฐกิจทำให้ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลดลง ส่งผลให้เกิดความท้าทายต่อรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ อย่างที่ไม่เคยมีมาก่อน ในขณะที่ภาระหนี้ของเอกชนกลับสูงขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งหนี้ครัวเรือน โดยสำหรับประเทศไทยนั้น ตัวเลขภาระหนี้ครัวเรือนขณะสิ้นไตรมาส 4 ปี 2564 เพิ่มสูงกว่าร้อยละ 90 ของจีดีพี⁴ ซึ่งมีการระบุว่าเป็นตัวเลขที่สูงที่สุดในรอบกว่า 18 ปี⁵ แต่ละประเทศจึงพยายามดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ทั้งลูกหนี้ที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจและลูกหนี้ที่อยู่ในภาคครัวเรือนเพื่อบรรเทาผลกระทบที่เกิดขึ้น ตั้งแต่การกำหนดมาตรการชั่วคราวให้ลูกหนี้หยุดหรือพักการชำระหนี้เป็นการชั่วคราว ระเบียบการเรียกให้ชำระหนี้ การฟ้องร้องและบังคับคดีเพื่อต่อลมหายใจให้กับลูกหนี้ (เช่น ประเทศออสเตรเลีย เยอรมนี สเปน ตุรกี) การปรับโครงสร้างหนี้แก่ลูกหนี้ที่มีศักยภาพ การให้สภาพคล่องแก่ภาคธุรกิจหรือภาคครัวเรือน รวมถึงมาตรการในการแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทนอกศาล (special out-of-court restructuring frameworks)⁶ เพื่อให้ลูกหนี้สามารถมีสภาพคล่องที่จะชำระหนี้ได้ ซึ่งรวมถึงการปรับโครงสร้างหนี้พักชำระหนี้ หรือแม้กระทั่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

² 19 มิถุนายน 2565

³ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข, ‘โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19)’, <<https://ddcportal.ddc.moph.go.th/portal/apps/opsdashboard/index.html#/20f3466e075e45e5946aa87c96e8ad65>> สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2565.

⁴ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘เงินให้กู้ยืมแก่ภาคครัวเรือน’, <ธนาคารแห่งประเทศไทย (ข้อมูลสถิติ) EC_MB_039 เงินให้กู้ยืมแก่ภาคครัวเรือน 1/ (bot.or.th)> สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2565.

⁵ กรุงเทพธุรกิจ, ‘หนี้ครัวเรือน’ พุ่งทะลุ 90% ต่อจีดีพี สูงสุดในรอบ 18 ปี’, <<https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/946680>> สืบค้นเมื่อ 11 สิงหาคม 2564.

⁶ Yan Liu, Jose Garrido and Chanda DeLong, ‘Private Debt Resolution Measures in the Wake of the Pandemic’, <<https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/covid19-special-notes/en-special-series-on-covid-19-private-debt-resolution-measures-in-the-wake-of-the-pandemic.aspx>>, สืบค้นเมื่อ 10 สิงหาคม 2564.

สำหรับประเทศไทยซึ่งมีกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ครอบคลุม ทั้งการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง⁷ และการไกล่เกลี่ยในชั้นศาล⁸ นอกจากนี้ ยังมีกลไกการไกล่เกลี่ยในชั้นบังคับคดี⁹ อีกด้วยนั้น ทางราชการได้นำหลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นฐานในการดำเนินมาตรการเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินอันเนื่องมาจาก COVID-19 ทั้งมาตรการ ทางด่วนแก่หนี้คลินิกแก่หนี้ รวมถึงมาตรการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งจะส่งเสริมให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นช่องทางในการช่วยแก้ไขปัญหาหนี้สิน อันสามารถถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่นำมาตราการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นเครื่องมือที่เป็นรูปธรรมในการแก้ไขปัญหาหนี้สินของทั้งภาคครัวเรือนและภาคธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งจะส่งดีกับทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้อย่างแท้จริงและจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้สามารถกลับมาดำเนินธุรกิจได้ตามปกติเมื่อสถานการณ์ COVID-19 คลี่คลายลง

2. มาตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการช่วยเหลือลูกหนี้ที่ได้รับผลกระทบจาก COVID-19

2.1 โครงการคลินิกแก่หนี้

ด้วยเหตุที่ปัญหาหนี้ภาคครัวเรือนแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นจนอาจกระทบต่อการดำรงชีวิตของประชาชนและภาพรวมของเศรษฐกิจในระยะยาว อีกทั้งการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ที่มีเจ้าหนี้หลายรายประสบอุปสรรคในการเจรจา ทำให้การแก้ไขปัญหาหนี้ไม่มีประสิทธิภาพ ธปท. สมาคมธนาคารไทย สมาคมธนาคารนานาชาติ และ บริษัท บริหารสินทรัพย์ สุขุมวิท จำกัด (SAM) ซึ่งได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการปรับปรุงโครงสร้างหนี้สำหรับลูกหนี้ในการวางโครงสร้างพื้นฐานในการแก้ไขปัญหาหนี้อย่างเป็นระบบ จึงได้ร่วมกันริเริ่มและดำเนินโครงการแก้ไขปัญหาหนี้โดยเริ่มจากสินเชื่อส่วนบุคคลที่ไม่มีหลักประกัน¹⁰ โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อช่วยให้ลูกหนี้ที่สุจริตและมีความมุ่งมั่นที่จะแก้ปัญหา ได้มีโอกาสแก้ไขปัญหาอย่างครบวงจรและอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน¹¹ โดย SAM มีบทบาทในการเป็นตัวกลางในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้บัตรเครดิตและสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ¹² ให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเดียวกันตามที่เจ้าหนี้ที่เข้าร่วมโครงการได้ตกลงกัน นอกจากนี้ SAM ยังเป็นผู้ติดตามการชำระหนี้และจัดสรรเงินให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งจะช่วยลดภาระที่เกิดขึ้นกับลูกหนี้ที่ยากที่จะไปหา

⁷ การไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องสามารถดำเนินได้ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 และมาตรา 20 ตรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁸ ตามมาตรา 20 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁹ การไกล่เกลี่ยชั้นบังคับคดี เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทเพื่อยุติการบังคับคดีโดยมี “ผู้ไกล่เกลี่ย” ทำหน้าที่ช่วยเหลือ เสนอแนะแนวทาง เพื่อให้คู่กรณีทางออกของข้อพิพาทร่วมกัน หากตกลงกันได้จะเป็นผลให้มีการถอนการยึดทรัพย์ ถอนการอายัดทรัพย์ หรือถอนการบังคับคดี โดยการทำบันทึกข้อตกลง ซึ่งมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม โปรตุเกส ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรมบังคับคดี, ‘ประวัติความเป็นมา’, < ประวัติและความเป็นมา (led.go.th)>, สืบค้นเมื่อ 10 สิงหาคม 2564.

¹⁰ สินเชื่อส่วนบุคคล ปกติแล้วจะหมายความถึงการให้สินเชื่อเพื่อให้ผู้ได้รับสินเชื่อไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลเอง โดยอาจจะเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ หรือแม้กระทั่งการไม่ระบุวัตถุประสงค์ ซึ่งตามนิยามที่กำหนดในประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส.12/2563 เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 2563 กำหนดลักษณะของสินเชื่อที่จะเข้าข่ายสินเชื่อส่วนบุคคลไว้ ทั้งการให้กู้ยืมเงิน การรับซื้อ ซื้อมารถ หรือรับช่วงซื้อลดตัวเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด อย่างไรก็ตาม สินเชื่อส่วนบุคคลอาจจะมีทรัพย์สินเป็นประกันหรือไม่ก็ได้ ซึ่งกรณีที่ไม่ใช่หลักประกันหรือสินเชื่อแบบ clean loan ก็จะสามารถอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยตามประกาศข้างต้น

¹¹ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘ข่าว ธปท.ฉบับที่ 23/2560 เรื่อง โครงการแก้ไขปัญหาหนี้ส่วนบุคคลที่ไม่มีหลักประกัน (คลินิกแก่หนี้)’, <https://www.bot.or.th/Thai/Pressandspeeches/Press/Newd2560/n2360t.pdf>, สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2564.

¹² สินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ หมายความว่า สินเชื่อส่วนบุคคลเฉพาะที่ไม่มีทรัพย์สินหรือทรัพย์สินเป็นหลักประกัน และให้รวมถึงสินเชื่อที่เกิดจากการให้เช่าซื้อและการให้เช่าแบบลีสซิงในสินค้าที่ผู้ประกอบการมีได้จำหน่ายเป็นทางการค้าปกติ ยกเว้นในสินค้าประเภทรถและเครื่องจักร และสินเชื่อที่มีทะเบียนรถเป็นประกัน (โปรดดู ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส.12/2563 เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 2563)

และเจรจาสำเร็จกับเจ้าหนี้ทุกราย¹³ ผลที่ได้จะทำให้ลูกหนี้ซึ่งมีเจ้าหนี้หลายราย สามารถเจรจาแบบเบ็ดเสร็จ และส่งผลให้ลูกหนี้ไม่ถูกติดตามทวงถามหนี้จากเจ้าหนี้หลายราย ลูกหนี้สามารถได้รับข้อเสนอในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ในลักษณะที่ผ่อนปรนเป็นพิเศษ โดยจะสามารถผ่อนชำระเฉพาะต้นเงินเป็นระยะเวลาจนถึง 10 ปี ทำให้ยอดเงินที่ผ่อนในแต่ละเดือนไม่สูงมากนัก และเมื่อผ่อนชำระครบตามที่ตกลงกัน ก็จะได้รับการยกเว้นดอกเบี้ยที่ค้างชำระทั้งหมด¹⁴ ปัจจุบัน โครงการดังกล่าวได้เข้าสู่ระยะที่ 3 โดยครอบคลุมถึงหนี้บัตรเครดิตและสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับที่ประชาชนมีเจ้าหนี้เป็นธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น และผู้ประกอบการธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน โดยได้ขยายขอบเขตให้สามารถแก้ไขหนี้ที่มีเจ้าหนี้รายเดียว และหนี้ที่อยู่ในกระบวนการของศาลและมีคำพิพากษาแล้ว รวมทั้งปรับปรุงคุณสมบัติผู้เข้าโครงการจากเดิมต้องมีสถานะเป็นหนี้ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (NPL) ก่อนวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2564 มาเป็นวันที่ 1 ตุลาคม 2564¹⁵ โดย ณ สิ้นไตรมาสที่ 3 ของปี 2564 มียอดช่วยเหลือสะสมจำนวน 72,151 บัญชี คิดเป็น 88% ของจำนวนผู้เข้าเงื่อนไข¹⁶

2.2 มาตรการ “ทางด่วนแก้หนี้”

จากสถานการณ์ผลกระทบในทางเศรษฐกิจจาก COVID-19 ซึ่ง ธปท. ได้ติดตามอย่างใกล้ชิด ทำให้ ธปท. ได้ตระหนักถึงความเดือดร้อนของทั้งภาคประชาชนและภาคธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ประกอบวิสาหกิจประเภท SMEs ที่เดือดร้อนจากรายได้ที่ลดลง ในขณะที่เดียวกันก็ประสงค์จะสนับสนุนให้ผู้ให้บริการทางการเงินได้เข้าสู่ดูแลลูกค้าหรือผู้ใช้บริการอย่างสุดความสามารถ ในเดือนเมษายน 2563 ธปท. จึงได้นำมาตรการ “ทางด่วนแก้หนี้” มาเพื่อเป็นช่องทางเสริมสำหรับประชาชนหรือภาคธุรกิจที่ประสงค์จะเข้าเจรจาเพื่อปรับปรุงเงื่อนไขต่างๆ ในการชำระหนี้ที่มีอยู่ตามสัญญาเดิม รวมทั้งการปรับโครงสร้างหนี้¹⁷ นอกจากโครงการคลินิกแก้หนี้ดังที่ได้กล่าวข้างต้น

มาตรการ “ทางด่วนแก้หนี้” เป็นมาตรการสำหรับลูกหนี้ที่ทวงเงิน และทุกสถานะในการชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็ลูกหนี้ที่มีสถานะปกติแต่ประสบปัญหาสภาพคล่องชั่วคราว หรือเป็นลูกหนี้ที่มีสถานะเป็นหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้แล้ว หรือแม้กระทั่งลูกหนี้ที่ผ่านการปรับโครงสร้างหนี้มาแล้วก็ตาม แต่ประสบปัญหาหรือเดือดร้อนจาก COVID-19 จนทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยไม่สามารถติดต่อเจ้าหนี้ทั้งที่เป็นธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินเฉพาะกิจของรัฐ ผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลที่อยู่ภายใต้การกำกับ และผู้ประกอบการบัตรเครดิต ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ธปท. และที่เป็นผู้ประกอบการวิชาชีพวิชาชีพซึ่งไม่ได้ได้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ธปท. เพื่อขอเจรจาหนี้ หรืออาจจะติดต่อกับเจ้าหนี้แล้วแต่เรื่องไม่มีความคืบหน้า หรือข้อเสนอของเจ้าหนี้อาจจะยังไม่ช่วยลดภาระได้จริง หรือยังไม่สามารถหาข้อยุติร่วมกับเจ้าหนี้ได้ ลูกหนี้ดังกล่าวสามารถแจ้งข้อมูลและความประสงค์ผ่านเว็บไซต์ “ทางด่วนแก้หนี้” ของ ธปท. โดยเรื่องจะถูกส่งให้เจ้าหนี้ เพื่อพิจารณาให้ความช่วยเหลือ รวมถึง ธปท. อาจช่วยหารือหรือไกล่เกลี่ยหาทางออกที่เหมาะสมและทำให้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ประโยชน์ร่วมกัน¹⁸

¹³ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘โครงการคลินิกแก้หนี้ หนึ่งในเสาหลักของการแก้ไขปัญหาหนี้ครัวเรือนไทย’, <https://www.bot.or.th/Thai/BOTMagazine/Documents/PhraSiam0362/TheKnowledge_DebtRestructure.pdf>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

¹⁴ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘ข่าว ธปท.ฉบับที่ 4/2563 เรื่อง คลินิกแก้หนี้ระยะที่ 3 เปิดรับทุกกลุ่ม ทั้งหนี้คดีแดงและหนี้เจ้าหนี้รายเดียวเดินหน้านำงปลดหนี้บัตรให้คนไทย’, <คลินิกแก้หนี้ระยะที่ 3 เปิดรับทุกกลุ่ม ทั้งหนี้คดีแดงและหนี้เจ้าหนี้รายเดียวเดินหน้านำงปลดหนี้บัตรให้คนไทย (bot.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

¹⁵ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘คลินิกแก้หนี้’, <คลินิกแก้หนี้ (1213.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564 และคลินิกแก้หนี้ by SAM, ‘ความเป็นมาขอโครงการ’, <<https://www.debtclinicbysam.com/%e0%b8%a3%e0%b8%b2%e0%b8%a2%e0%b8%a5%e0%b8%b0%e0%b9%80%e0%b8%ad%e0%b8%b5%e0%b8%a2%e0%b8%94%e0%b9%82%e0%b8%84%e0%b8%a3%e0%b8%87%e0%b8%81%e0%b8%b2%e0%b8%a3/>>, สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2565.

¹⁶ ธนาคารแห่งประเทศไทย, (เชิงอรธ 28).

¹⁷ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘คำถาม-คำตอบ ทางด่วนแก้หนี้’ <<https://www.1213.or.th/th/debtstructuringprojects/QA%20%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%94%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%99%E0%B9%81%E0%B8%81%E0%B9%89%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B8%B5%E0%B9%89%20public%2020%2004%2063.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 สิงหาคม 2564.

¹⁸ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘ข่าว ธปท.ฉบับที่ 22/2563 เรื่อง แบงค์ชาติเปิด “ทางด่วนแก้หนี้” เชื่อมเจ้าหนี้-ลูกหนี้ ให้ปรับหนี้ร่วมกัน’, <<https://www.bot.or.th/Thai/PressandSpeeches/Press/2020/Pages/n2263.aspx>> สืบค้นเมื่อ 10 สิงหาคม 2564.

สำหรับการดำเนินการตามโครงการทางด่วนแก้นี้ จะเป็นการดำเนินการผ่านเทคโนโลยีภายใต้สถานการณ์ Social Distancing โดยเมื่อลูกหนี้ได้กรอกคำขอผ่านเว็บไซต์ทางด่วนแก้นี้เพื่อแจ้งความประสงค์เข้าโครงการ ธปท.โดยศูนย์คุ้มครองผู้ใช้บริการทางการเงิน (ศคง.) จะส่งข้อมูลไปยังเจ้าหนี้ ซึ่งปกติแล้ว เจ้าหนี้จะใช้เวลาในการพิจารณาคำขอประมาณ 7-10 วัน และจะแจ้งให้ลูกหนี้ทราบผลการพิจารณาผ่านทางช่องทางติดต่อต่างๆ อาทิ หมายเลขโทรศัพท์ หรืออีเมลล์ แต่หากลูกหนี้ไม่ได้รับการติดต่อหลังจากผ่านไป 15 วันนับแต่วันยื่นคำขอแล้ว สามารถติดต่อสอบถามผลการพิจารณาได้ที่ ศคง.¹⁹

ภาพกระบวนการของทางด่วนแก้นี้²⁰



มาตรการข้างต้น แม้จะมีได้เป็นมาตรการใกล้เคียงข้อพิพาททางกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นช่องทางอันเป็นจุดเริ่มต้นให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้หันหน้าเข้าหากันโดยใช้กระบวนการเจรจาหรือแม้กระทั่งปรับโครงสร้างหนี้ เพื่อสู้ภัยเศรษฐกิจจากวิกฤติการณ์ COVID-19 อันจะเป็นประโยชน์ทั้งเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ ในขณะที่เดียวกันลูกหนี้ก็จะได้รับการแบ่งเบาภาระ โดยถ้าทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ ก็จะไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการทางศาลและการบังคับคดี ซึ่งนับแต่โครงการนี้ได้เริ่มต้นเมื่อเดือนเมษายน 2563 เป็นต้นมา ตัวเลข ณ สิ้นปี 2564 โครงการนี้สามารถช่วยให้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถตกลงกันได้มากถึง 254,324 บัญชี²¹ คิดเป็นร้อยละ 75 ของจำนวนผู้ที่เข้าเงื่อนไขของโครงการ อันสามารถถือได้ว่าบรรลุวัตถุประสงค์ในการแบ่งเบาภาระหนี้ของลูกหนี้ รวมถึงลดภาระการติดตามทวงถาม ฟ้องร้อง และบังคับคดีของเจ้าหนี้ด้วย²²

¹⁹ ธนาคารแห่งประเทศไทย, (เชิงอรรถ 17).

²⁰ ธนาคารแห่งประเทศไทย, 'กระบวนการลงทะเบียนทางด่วนแก้นี้', <ทางด่วนแก้นี้ (1213.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 12 สิงหาคม 2565.

²¹ ธนาคารแห่งประเทศไทย, 'รายงานประจำปี 2564', <AnnualReport2021.pdf (bot.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2565.

²² ชวนันท์ ชื่นสุข และเสมอใจ กิตติคุณกุล, 'สิทธิของลูกหนี้ในการไกล่เกลี่ยปัญหาหนี้สิน', <https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article_27May2021.aspx>, สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2564.

2.3 มาตรการเพื่อส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(1) ความร่วมมือระหว่าง ธปท. และเสาหลักในกระบวนการยุติธรรมของประเทศ

ด้วยเหตุที่การผลักดันให้มีการใช้กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างแท้จริง รวดเร็ว เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพ ก็จะช่วยให้อัยการและเจ้าหน้าที่ทางออกในการแก้ไขปัญหาโดยไม่ต้องนำเข้าสู่กระบวนการทางศาลที่ใช้เวลานาน และลดภาระให้กับทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ โดยเฉพาะในช่วงที่ประเทศประสบปัญหาเศรษฐกิจในขณะนี้ ธปท. จึงได้เริ่มต้นจัดทำบันทึกความตกลงกับเสาหลักในกระบวนการยุติธรรมของประเทศทั้งกระทรวงยุติธรรม²³ สำนักงานศาลยุติธรรม²⁴ และสำนักงานอัยการสูงสุด²⁵ โดยทั้ง 4 หน่วยงานมีเป้าหมายร่วมกันที่จะผลักดันและยกระดับกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พัฒนาศักยภาพของบุคลากรที่เกี่ยวข้องรวมถึงผู้ไกล่เกลี่ยให้มีความรู้ความเข้าใจตลอดจนความชำนาญทางด้านการเงินเพิ่มมากขึ้น สนับสนุนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงาน ร่วมกันส่งเสริมให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นช่องทางในการแก้ไขปัญหาหนี้ สร้างแนวปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานกลางสำหรับการไกล่เกลี่ยคดีผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นการคิดดอกเบี้ยค้างชำระ การกำหนดระยะเวลาผ่อนชำระหนี้ที่เหมาะสมกับฐานะทางการเงินของลูกหนี้แต่ละราย และมีขั้นตอนกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ชัดเจน เพื่อให้เกิดข้อตกลงที่ลูกหนี้สามารถปฏิบัติได้จริง รวมไปถึงปรับปรุงกลไกการไกล่เกลี่ยให้สะดวก รวดเร็ว เข้าถึงง่ายผ่านช่องทางออนไลน์²⁶

²³ ธปท. ระบุว่าการทำงานบันทึกความตกลงร่วมกันระหว่าง ธปท. และกระทรวงยุติธรรมถือเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของความร่วมมือกับหน่วยงานภาครัฐเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผ่านการพัฒนาศักยภาพของผู้ไกล่เกลี่ยให้มีความรู้ความเข้าใจ และความชำนาญทางด้านการเงินเพิ่มมากขึ้น และสนับสนุนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงาน ตลอดจนร่วมกันส่งเสริมให้เจ้าหนี้ และลูกหนี้ ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นช่องทางในการแก้ไขปัญหาหนี้ โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถือเป็นอีกหนึ่งกลไกสำคัญในการแก้ไขปัญหาหนี้สิน นอกเหนือจากการปรับโครงสร้างหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีคนกลางช่วยเจรจาไกล่เกลี่ย ทำให้การแก้ไขปัญหาหนี้สินของประชาชนมีความเป็นธรรมมากขึ้น โดยไม่ต้องฟ้องคดีที่ศาล มีความสะดวก รวดเร็ว ช่วยลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ชั้นศาล ช่วยลดค่าเสียโอกาสและค่าใช้จ่ายซึ่งจะช่วยให้การจัดสรรทรัพยากรในระบบเศรษฐกิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โปรดดูธนาคารแห่งประเทศไทย, 'ข่าว ธปท. ฉบับที่ 84/2563 เรื่อง ธนาคารแห่งประเทศไทยและกระทรวงยุติธรรมลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท', <ธนาคารแห่งประเทศไทยและกระทรวงยุติธรรมลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (bot.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

²⁴ ธปท. และสำนักงานศาลยุติธรรม ได้เห็นพ้องร่วมกันว่า มีความจำเป็นต้องสร้าง "วัฒนธรรมการไกล่เกลี่ย" โดยปรับปรุงและยกระดับกลไกการไกล่เกลี่ยหนี้ ซึ่งครอบคลุมทั้งช่วงก่อนฟ้องคดี หลังฟ้องคดี หลังคำพิพากษา และในชั้นบังคับคดี ให้มีประสิทธิภาพและเป็นมาตรฐาน เพื่อให้เจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถหาทางออกเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้ร่วมกันได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรม ให้ลูกหนี้สามารถฟื้นฟูฐานะทางการเงินได้อย่างแท้จริง จึงได้จัดทำบันทึกความตกลงร่วมกันโดยให้ความสำคัญในเรื่อง (1) การกำหนดแนวปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานกลางสำหรับการไกล่เกลี่ยคดีผู้บริโภค อาทิ การคิดดอกเบี้ยผิดนัดชำระ การกำหนดระยะเวลาผ่อนชำระหนี้ที่เหมาะสมกับฐานะทางการเงินของลูกหนี้แต่ละรายและมีขั้นตอนกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ชัดเจน (2) การเพิ่มความรู้ความชำนาญทางด้านการเงินให้กับผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อให้เกิดข้อตกลงที่ลูกหนี้สามารถปฏิบัติได้จริง ซึ่งจะขึ้นประโยชน์กับทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ (3) การส่งเสริมให้ประชาชนและสถาบันการเงินใช้ช่องทางไกล่เกลี่ยมากขึ้น ทั้งนี้ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากความร่วมมือระหว่าง ธปท. และสำนักงานศาลยุติธรรม จะครอบคลุมทั้งการลดลงของจำนวนคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาล การลดต้นทุนของประชาชน สถาบันการเงิน และระบบการเงินโดยรวม และการลดการเสียโอกาสทางธุรกิจ และเพิ่มโอกาสทางเศรษฐกิจ โปรดดู ธนาคารแห่งประเทศไทย, 'ข่าว ธปท. ฉบับที่ 24/2564 เรื่อง ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุดลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายและความรู้ด้านการเงินเพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท' <<https://www.bot.or.th/Thai/PressandSpeeches/Press/2021/Pages/n2464.aspx>>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

²⁵ ธปท. และสำนักงานอัยการสูงสุด ได้จัดทำบันทึกความตกลงร่วมกันโดยมีเป้าหมายเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้สินของประชาชน สร้างความเป็นธรรมในสังคม และให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ที่ยังยั้งและครบวงจร ซึ่งสอดคล้องกับภารกิจของสำนักงานอัยการสูงสุดด้านการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนผ่านการให้คำปรึกษา โดยผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายที่มีความรู้ความเข้าใจด้านการเงิน โดย ธปท. จะเป็นที่ปรึกษาและส่งเสริมความรู้ความเชี่ยวชาญทางการเงินแก่พนักงานอัยการ ในขณะที่เดียวกันพนักงานอัยการคุ้มครองสิทธิก็พร้อมที่จะให้คำปรึกษาทางกฎหมายและไกล่เกลี่ยประนีประนอมหนี้ให้กับลูกหนี้ โปรดดู ธนาคารแห่งประเทศไทย, 'ข่าว ธปท. ฉบับที่ 24/2564 เรื่อง ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุดลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายและความรู้ด้านการเงินเพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท', <ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุด ลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (bot.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

²⁶ ธนาคารแห่งประเทศไทย, 'ข่าว ธปท. ฉบับที่ 24/2564 เรื่อง ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานอัยการสูงสุดลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายและความรู้ด้านการเงินเพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท', <<https://www.bot.or.th/Thai/PressandSpeeches/Press/2021/Pages/n2464.aspx>> ,

วัตถุประสงค์สำคัญของมาตรการดังกล่าว ก็เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยวิธีการไกล่เกลี่ย โดยให้ประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งลูกหนี้รายย่อยได้รับประโยชน์จากการที่จะมีบทบาทในกระบวนการเจรจามากขึ้น โอกาสที่ลูกหนี้จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีลดลงทำให้ไม่ต้องมีภาระค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดี ในขณะที่เจ้าหนี้เองก็จะได้รับชำระหนี้คืนเนื่องจากจะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้อย่างต่อเนื่อง และทั้งลูกหนี้เจ้าหนี้ไม่ต้องเสียเวลาเดินทางไปศาลซึ่งจะบั่นทอนเวลาในการทำงานหรือประกอบธุรกิจ²⁷ ดังนั้น การไกล่เกลี่ยหนี้จึงได้รับการยกระดับให้เป็นวาระทางเศรษฐกิจ (economic agenda) ที่สำคัญของประเทศ²⁸ โดยในช่วงแรก ได้ตั้งเป้าหมายที่จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งในระบบการเงินได้ไม่ต่ำกว่า 3 แสนคดี โดยมุ่งเน้นคดีที่มีการฟ้องร้องสูงสุด 5 ลำดับแรก อันได้แก่ สินเชื่อส่วนบุคคล สินเชื่อบัตรเครดิต สินเชื่อจากเงินกู้ยืม สินเชื่อเช่าซื้อ และหนี้กองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา²⁹

(2) มหกรรมไกล่เกลี่ยหนี้

จากความร่วมมือระหว่าง ธปท.กระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม และสำนักงานอัยการสูงสุด ในการผลักดันให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดขึ้นและสามารถช่วยเหลือทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้อย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพดังที่ได้กล่าวข้างต้น ทั้ง 4 หน่วยงานข้างต้นจึงได้ร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจในการจัดงาน “มหกรรมไกล่เกลี่ยหนี้” ขึ้นในระหว่างวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2564 ถึงวันที่ 31 กรกฎาคม 2564 เพื่อเป็นช่องทางในการช่วยให้ประชาชนแก้ไขปัญหาหนี้สินแบบครบวงจร และสามารถใช้องค์กรของงานมหกรรมนี้ในการไกล่เกลี่ยหนี้ที่มีปัญหากับเจ้าหนี้ได้

สำหรับประเภทของหนี้ที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามมหกรรมดังกล่าว ครอบคลุมทั้งหนี้บัตรเครดิตและสินเชื่อส่วนบุคคล รวมถึงหนี้ประเภทสินเชื่อเช่าซื้อรถยนต์ โดยในส่วนของ การไกล่เกลี่ยสินเชื่อเช่าซื้อรถยนต์นั้น ธปท. สำนักงานศาลยุติธรรม และสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ได้จัดทำมีโครงการนี้เพื่อช่วยเหลือประชาชนให้สามารถประกอบอาชีพ หรือใช้ชีวิตประจำวันได้ตามปกติ ด้วยเล็งเห็นว่าหนี้เช่าซื้อรถยนต์เป็นสินเชื่ออีกประเภทหนึ่งที่ประชาชนรายย่อยได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ Covid-19 เพราะประชาชนที่จำเป็นต้องใช้รถในการประกอบอาชีพหรือในการดำเนินชีวิตประจำวันไม่สามารถผ่อนชำระต่อไปได้และถูกยึดรถยนต์ จนกระทั่งขาดเครื่องมือในการประกอบอาชีพและการดำเนินชีวิต³⁰ นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดทำโปรแกรมการคำนวณสำหรับลูกหนี้เช่าซื้อให้สามารถตรวจสอบผ่าน website ได้ว่ามีภาระหนี้เหลืออยู่จำนวนเท่าไร โดยมีจุดมุ่งหมายให้เกิดความโปร่งใส อีกทั้งจะทำให้ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้สามารถหาข้อยุติได้ง่ายขึ้น³¹

สำหรับรายละเอียดของมหกรรมการไกล่เกลี่ยหนี้ สามารถสรุปได้ดังนี้

(2.1) สถานะของลูกหนี้ที่สามารถเข้าสู่มหกรรมไกล่เกลี่ยหนี้ได้

ลูกหนี้บัตรเครดิต สินเชื่อส่วนบุคคล ทุกสถานะสามารถขอไกล่เกลี่ยในมหกรรมนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้ที่มีสถานะปกติแต่ประสบปัญหาสภาพคล่อง ลูกหนี้ที่เป็นประเภทที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (Non-Performing Loan หรือ NPL) ลูกหนี้ที่อยู่ระหว่างฟ้อง ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและอยู่ในชั้นบังคับคดี หรือแม้กระทั่งถูกบังคับคดีแล้ว ส่วนกรณีลูกหนี้สินเชื่อเช่าซื้อรถยนต์ ก็ทุกสถานะเช่นเดียวกัน ทั้งลูกหนี้ที่มีสถานะปกติแต่ประสบปัญหาสภาพคล่อง ลูกหนี้ที่เป็น NPL แต่ยังไม่ถูกยึด ลูกหนี้ที่รถถูกยึดแล้วแต่ยังไม่ถูกขายทอดตลาดและลูกหนี้ที่รถถูกขายทอดตลาดแล้ว แต่ยังมีหนี้เช่าซื้อส่วนขาด

²⁷ วารสารการเงินธนาคาร, ‘ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานศาลยุติธรรม ลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท’, <<https://www.moneyandbanking.co.th/article/news/bot-mou-270164/>>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

²⁸ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘มหกรรมไกล่เกลี่ยหนี้บัตรเครดิตและสินเชื่อส่วนบุคคล’, <<https://www.bot.or.th/Thai/AboutBOT/Activities/Pages/PRNews13Feb2021.aspx>>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

²⁹ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘ข่าว ธปท.ฉบับที่ 6/2564 เรื่อง ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานศาลยุติธรรมลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท’, <ธนาคารแห่งประเทศไทยและสำนักงานศาลยุติธรรม ลงนามในบันทึกข้อตกลงความร่วมมือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (bot.or.th)>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

³⁰ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘ข่าว ธปท. ฉบับที่ 37/2564 เรื่อง ธปท. เปิดมหกรรมไกล่เกลี่ยสินเชื่อเช่าซื้อรถยนต์ออนไลน์’, <<https://www.bot.or.th/Thai/PressandSpeeches/Press/2021/Pages/n3764.aspx>>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

³¹ สำนักพิมพ์ inforquest, ‘ธปท.ชวนร่วมลงทะเบียนไกล่เกลี่ยหนี้เช่าซื้อรถยนต์ ก่อนสิ้นสุด 31 ส.ค.’, <www.infoquest.co.th>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

(2.2) ข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยหนี้

การไกล่เกลี่ยหนี้ในมทกรมไกล่เกลี่ยหนี้ครั้งนี้ ธปท.ได้เข้ามามีบทบาทในการช่วยจัดทำข้อตกลงที่จะใช้เป็นมาตรฐานกลางที่มีข้อเสนอการรับชำระหนี้ในลักษณะผ่อนปรน และอยู่ในวิสัยที่ลูกหนี้จะสามารถปฏิบัติได้ ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยสามารถนำไปใช้ในกระบวนการเจรจาต่อไป

(2.3) ผลของการเจรจาไกล่เกลี่ยสำหรับลูกหนี้แต่ละประเภทในแต่ละสถานะ

(2.3.1) หนี้บัตรเครดิตและสินเชื่อส่วนบุคคล³²

ในกรณีที่ลูกหนี้สถานะยังเป็นลูกหนี้ดีหรือชั้นปกติ สามารถลดภาระที่ต้องชำระในแต่ละเดือนให้น้อยลงหรือไม่จำเป็นต้องชำระขั้นต่ำและรับภาระดอกเบี้ยในหนี้ส่วนที่เหลือต่อไปเรื่อย ๆ โดยเปลี่ยนประเภทหนี้บัตรเครดิตเป็นหนี้ที่มีระยะเวลาผ่อนนานถึง 4 ปี และมีภาระที่จะต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราที่ต่ำลงโดยเหลือเพียงร้อยละ 12 โดยลูกหนี้ไม่เสียประวัติในเครดิตบูโร นอกจากนี้ ลูกหนี้ยังสามารถคงวงเงินที่เหลือไว้ใช้ได้

สำหรับลูกหนี้ที่มีสถานะเป็น NPL ซึ่งอาจจะยังไม่ถูกฟ้องหรือถูกฟ้องแล้ว ก็สามารถใช้องค์กรคลินิกแก้หนี้ โดยศาลรับข้อเสนอของคลินิกแก้หนี้เป็นข้อเสนอที่ใช้ในขั้นตอนไกล่เกลี่ยของศาลผ่านทางระบบบริการออนไลน์ศาลยุติธรรม (Court Integral Online Service : ระบบ CIOS) โดยในกรณีที่สามารถตกลงกันได้ ก็จะมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงได้ที่ศาลทั่วประเทศ ทั้งนี้ ลูกหนี้สามารถผ่อนชำระได้นานสูงสุดถึง 10 ปีอัตราดอกเบี้ยเหลือเพียงร้อยละ 4-7 เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขของคลินิกแก้หนี้

ส่วนหนี้ที่มีคำพิพากษาบังคับคดีไปจนถึงชั้นยึดทรัพย์แล้วแต่ยังไม่ขายทอดตลาด ผู้ให้บริการทางการเงินที่ได้เข้าร่วมมทกรมครั้งนี้ ได้เปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถเข้ามาปรับโครงสร้างหนี้ร่วมกันได้อีกครั้งหนึ่ง โดยลูกหนี้สามารถผ่อนชำระเฉพาะต้นเงินได้นานสูงสุดถึง 5 ปี และเจ้าหนี้จะยกดอกเบี้ยที่ค้างให้หากลูกหนี้จ่ายชำระได้สำเร็จตามแผน

(2.3.2) หนี้สินเชื่อเช่าซื้อรถยนต์³³

กรณีที่ลูกหนี้ยังไม่เป็น NPL หรือเป็น NPL แล้ว แต่รถยังไม่ถูกยึด สามารถใช้แนวทางในการเจรจาและลดภาระของลูกหนี้ เช่น การปรับโครงสร้างหนี้ การลดค่างวด การขยายระยะเวลาชำระหนี้ โดยกรณีที่ลูกหนี้ได้รับผลกระทบรุนแรง ก็สามารถขอพักชำระค่างวดได้เป็นระยะเวลา 3 เดือน หรือตามผลกระทบที่ลูกหนี้ได้รับ นอกจากนี้ยังมีช่องทางในการลดภาระหนี้สำหรับลูกหนี้ที่เคยพักชำระค่างวดหรือปรับปรุงโครงสร้างหนี้ และได้รับผลกระทบรุนแรงจนไม่สามารถชำระหนี้ต่อไปได้ ให้สามารถคืนรถยนต์ได้ โดยในกรณีที่ราคาารถที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนที่ต่ำกว่าภาระหนี้ค้าง ลูกหนี้สามารถขอผ่อนปรนเพิ่มเติมได้โดยผู้ให้บริการทางการเงินอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาลดภาระหนี้ในส่วนที่เหลือได้

กรณีลูกหนี้ที่รถถูกยึดแล้ว แต่ยังไม่ถูกขายทอดตลาด ก็สามารถเจรจากับเจ้าหนี้ที่เข้าโครงการเพื่อขอคืนรถที่ถูกยึดไป ซึ่งจะมีการเจรจาปรับโครงสร้างหนี้ และในท้ายที่สุดก็จะมีการชะลอการขายทอดตลาด ส่งผลให้ลูกหนี้สามารถนำรถกลับไปใช้ได้ในชีวิตประจำวันรวมถึงนำไปประกอบอาชีพได้

ส่วนกรณีลูกหนี้ที่รถถูกขายทอดตลาดแล้ว แต่ราคาารถที่ได้จากการขายทอดตลาดมีมูลค่าน้อยกว่ามูลหนี้เช่าซื้อ ทำให้มียอดหนี้คงเหลือ ก็สามารถเข้ามาเจรจาและไกล่เกลี่ยกับเจ้าหนี้ได้

³² ธนาคารแห่งประเทศไทย, (เชิงอรรถ 28). และธนาคารแห่งประเทศไทย, ‘ข่าว ธปท.ฉบับที่ 26/2564 เรื่อง ธปท. เผยงานมทกรมไกล่เกลี่ยหนี้บัตรเครดิตผู้สนใจกว่า 2 แสนรายและเตรียมพิจารณาให้ครอบครัวสินเชื่อเช่าซื้อเพิ่มเติม’, <<https://www.bot.or.th/Thai/PressandSpeeches/Press/2021/Pages/n2664.aspx>>, สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2564.

³³ ธนาคารแห่งประเทศไทย, (เชิงอรรถ 30).

บทส่งท้าย

ภายใต้สถานการณ์ปัญหาทางเศรษฐกิจที่เกิดจาก COVID-19 ส่งผลกระทบต่อหลาย ๆ ภาคส่วน ทั้งภาคครัวเรือน และภาคธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกค้านี้ ประเทศไทยซึ่งมีกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามบทบัญญัติของกฎหมายทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจาก ธปท.ได้ดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือและบรรเทาผลกระทบแก่ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินอันเนื่องมาจาก COVID-19 โดยนำหลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นฐานในการดำเนินมาตรการช่วยเหลือดังกล่าว ทั้งมาตรการ ทางด่วนแก่หนี้ คลินิกแก่หนี้ แล้ว ธปท.พร้อมด้วยกระทรวงยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม และสำนักงานอัยการสูงสุด ได้ร่วมกันผลักดันและยกระดับกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่งเสริมให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็น ช่องทาง ในการแก้ไขปัญหาหนี้ รวมถึงได้จัดโครงการไกล่เกลี่ยหนี้เพื่อเป็นช่องทางในการช่วยให้ประชาชนแก้ไขปัญหาหนี้สิน และลูกหนี้ สามารถใช้ช่องทางของงานมทธรณีนีในการไกล่เกลี่ยหนี้ที่มีปัญหากับเจ้าหนี้ได้ ซึ่งถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่นำมาตรการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทมาเป็นเครื่องมือที่เป็นรูปธรรมที่จะสามารถแก้ไขปัญหาหนี้สินของทั้งภาคครัวเรือนและภาคธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะส่งผลดีกับทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้อย่างแท้จริง และจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้สามารถกลับมาดำเนิน ธุรกิจได้ตามปกติเมื่อสถานการณ์ COVID-19 คลี่คลายลง

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า นอกจากสังคมไทยจะใช้วิกฤติเป็นโอกาสในการทำให้การไกล่เกลี่ยกลายเป็นส่วนหนึ่ง ของดีเอ็นเอของทุกภาคส่วนในกระบวนการยุติธรรม รวมถึงเจ้าหนี้และลูกหนี้ ในการแก้ไขหนี้ในทุกประเภท เพื่อให้เจ้าหนี้ และลูกหนี้สามารถหาทางออกเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้ร่วมกันได้อย่างยั่งยืนแล้ว การที่ทางการมีมาตรการเพื่อสร้างความคุ้มกัน ให้แก่ภาคธุรกิจและครัวเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องการก่อหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความรู้ ความเข้าใจทางการเงิน (financial literacy) จะเป็นปัจจัยสำคัญในการช่วยลดปัญหาหนี้ที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะหนี้ครัวเรือน และจะเป็นผลดีกับระบบเศรษฐกิจ และสังคมโดยรวมในระยะยาว

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ - ความสัมพันธ์เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ

INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION - THE RELATIONSHIP BETWEEN POWER OF COMPETENT COURT AND ARBITRAL TRIBUNAL TO ORDER INTERIM MEASURES

กนกพรรณ ชลชวลิต¹

วันที่รับบทความ 1 มิถุนายน 2565, วันแก้ไขบทความ 15 กรกฎาคม 2565, วันตอบรับบทความ 20 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด (Interim measures) นับเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความ เช่นเดียวกับการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในกระบวนการพิจารณาทางศาล กล่าวคือเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ขั้นตอนในช่วงก่อนหรือระหว่างการดำเนินการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการจนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (arbitration award) มักใช้ระยะเวลาสั้น ซึ่งในระหว่างนั้นอาจมีความจำเป็นต้องอาศัยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองหรือป้องกันความเสียหายที่กำลังเกิดหรืออาจเกิดแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเพื่อประโยชน์ในการบังคับตามคำชี้ขาดในอนาคต แต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยชัดแจ้ง จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงความสัมพันธ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญมีความเห็นว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย โดยการบัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยชัดแจ้งจะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ และทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสอดคล้องกับระดับสากลมากขึ้น ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจึงได้นำ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL (Model Law of International Commercial Arbitration)² และตัวอย่างกฎหมายต่างประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ กฎหมายญี่ปุ่น และกฎหมายเยอรมัน มานำเสนอ วิเคราะห์ พร้อมทั้งได้เสนอความคิดเห็นเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ : มาตรการคุ้มครองชั่วคราว, กระบวนการอนุญาโตตุลาการ, คณะอนุญาโตตุลาการ

¹ นางสาวกนกพรรณ ชลชวลิต, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) (ธรรมศาสตร์), น.บ.ท., LL.M. Thammasat University, LL.M. Chuo University อีเมล: kanokpan.chol@gmail.com

² กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] Model Law on International Commercial Arbitration: UNCITRAL Model Law) (ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “กฎหมายต้นแบบ”)

ABSTRACT

In arbitration proceedings, as in court proceedings, interim measures are an important instrument to protect the rights of the parties to arbitration from the time the dispute has arisen until the issuance of final award.

In recent years, many jurisdictions have been expressly recognized the arbitral tribunal's power to grant interim measures. However, under the Thai Arbitration Act B.E.2545, there is no provision regarding this matter. Consequently, the issue concerning the arbitral tribunal's power to grant interim measures, including the relationship between the competent courts' and arbitral tribunals' authority to order interim measures, under Thai law is yet controversial.

Also, it is necessary to clarify a relationship of the power to grant interim measures between competent court and arbitral tribunal to avoid potential inconsistency or contradiction of interim measures regarding the same matter.

The author is of opinion that the amendment of Thai Arbitration Act by providing a provision granting the arbitral tribunal power to issue interim measures will make Thai law be corresponded with the international standard and can resolve this problem.

This article will introduce and analyze the UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration, Japanese law, and German law as examples of explicit recognition of the arbitral tribunal's power to grant interim measures and then, propose an appropriate resolution regarding the relationship between competent court and arbitral tribunal ordered interim measures.

Keywords : interim measures, arbitration, arbitrators

บททั่วไป

ในการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งย่อมมีจุดเกาะเกี่ยวกับสองประเทศขึ้นไป นั้น หลักการที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปคือ หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่กรณีตกลงให้เป็น “สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration)” ดังนั้นในการพิจารณาเลือกสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีจึงต้องคำนึงว่าประเทศที่จะเลือกให้เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น มีเนื้อหาของกฎหมายอนุญาโตตุลาการและทางปฏิบัติของศาลที่เป็นไปในทางที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากน้อยเพียงใด ซึ่งย่อมครอบคลุมถึงประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยกล่าวคือหากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ย่อมต้องพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่เพียงใด และอำนาจของอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าวจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่³

³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554) 33-37, 79; พิศุทธิ์ อรรถกมล, ‘มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ’ ใน 65 ปี เกียรติขจร รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2557) 172-173.

ปัจจุบันหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่ นอกจากศาลแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากกรรที่ กฎหมายต้นแบบ ฉบับค.ศ.1985⁴ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลายประเทศบัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการใน “การออก” มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กฎหมายญี่ปุ่น กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฮ่องกง กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายสิงคโปร์ เป็นต้น⁵

ทั้งนี้ นอกจากอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว เพื่อให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพและสามารถบังคับใช้ได้จริงยิ่งขึ้น ในปี 2006 UNCITRAL ยังได้พิจารณา แก้ไขกฎหมายต้นแบบ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับ “การยอมรับและบังคับตาม” มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดย คณะอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย นอกจากนี้กฎหมายภายในของบางประเทศ เช่น เยอรมัน ฮ่องกง และสิงคโปร์ ยังกำหนดชัดแจ้ง ให้ศาลสามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ต้องยอมรับว่า ในปัจจุบันประเทศที่มีกฎหมายภายในเกี่ยวกับการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ยังมีจำนวนน้อยมากแม้แต่ประเทศที่มีบทบัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่น ญี่ปุ่น ก็ยังไม่มืบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามมาตรการดังกล่าว⁶

สำหรับประเทศไทยมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยยึดเอากฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย แต่พระราชบัญญัตินี้กลับล้มเลิกมาแต่เพียงบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ⁷ โดยมีได้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการสั่งมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 17 ของกฎหมายต้นแบบมาบัญญัติไว้ด้วย⁸ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเห็นว่ากรรที่ผู้ร่างกฎหมายจงใจ ตัดความในมาตรา 17 ของกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ออกไป ย่อมสันนิษฐานได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ที่จะสงวน อำนาจเช่นว่าไว้ที่ศาลเท่านั้น⁹ แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีความเห็นแย้งจากอีกฝ่ายว่า แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดย ชัดแจ้ง แต่ตราบใดที่กฎหมายยังมีได้บัญญัติตัดอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

⁴ UNCITRAL Model Law (1985), art 17.

⁵ Japanese Arbitration Act (Act No.138 of 2003) (Japanese Arbitration Act), art 24. German Code of Civil Procedure, s 1041. Hong Kong Arbitration Ordinance, Part 6 Interim Measures and Preliminary Orders, art 35 et seq. French Code of Civil Procedure, art 1468. Singapore International Arbitration Act (IAA), s 12(1)(i).

⁶ อย่างไรก็ตาม ประเทศญี่ปุ่นได้มีการประชุมหารือเพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการลงในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งขณะนี้กำลังอยู่ในขั้นตอนเสนอร่างให้สภานิติบัญญัติพิจารณา

⁷ UNCITRAL Model Law (1985), art 9. Arbitration agreement and interim measures by court

“It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.” และดู พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 วรรค 1.

“คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น...”

⁸ UNCITRAL Model Law (1985), art 17 Power of arbitral tribunal to order interim measures

“Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.”

⁹ พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรรถ 3) 175.

คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจทั่วไปในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้¹⁰ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเด็นนี้ก็ยังไม่ใช่ที่ยุติและยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐาน¹¹ และแม้ว่าในเวลาต่อมาจะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2562 แต่ก็ยังมีได้มีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ส่งผลให้ในกรณีที่มีการตกลงให้ประเทศไทยเป็น “สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” (Place of arbitration) ซึ่งต้องปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย (lex arbitri) ยังคงมีปัญหาในการตีความว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หรือไม่ หรือแม้จะมีการยอมรับว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่หากมีการร้องขอให้ศาลไทยบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น ศาลไทยจะบังคับให้ได้หรือไม่ หรือกรณีที่มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการขัดกัน จะต้องถือตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของฝ่ายใด

ลักษณะและข้อจำกัดบางประการของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรการของคณะอนุญาโตตุลาการมีลักษณะแตกต่างกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลหลายประการ เช่น

(1) ขอบเขตของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่สามารถสั่งได้ กล่าวคือ ศาลไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ ได้ ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการมิได้ถูกจำกัดให้ต้องออกมาตรการชั่วคราวเท่าที่กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำการอนุญาโตตุลาการกำหนด คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีอิสระในการกำหนดรูปแบบและรายละเอียดของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมากกว่าศาล ทำให้ลักษณะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจึงอาจมีขอบเขตที่กว้างและหลากหลายกว่าศาล

อย่างไรก็ดี กฎหมายอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจมีบทบัญญัติตัดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทไว้ เช่น ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดสังหาริมทรัพย์ชั่วคราวหรือคำสั่งให้คู่ความนำหลักประกันมาวางโดยอำนาจดังกล่าวถูกสงวนไว้ให้ศาลเท่านั้น¹² นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทได้ด้วยลักษณะข้อจำกัดทางอำนาจบางประการของอนุญาโตตุลาการเอง ซึ่งจะได้กล่าวถึงในข้อต่อไป

(2) ผลบังคับตามกฎหมาย โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ขณะที่ ในทางกลับกัน ตราบใดที่ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจบังคับไว้โดยชัดแจ้ง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ต้องอาศัยความสมัครใจในการปฏิบัติตามของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวเท่านั้น

¹⁰ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ออกข้อบังคับ TAI ข้อ 39 ว่าด้วยอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งระบุว่า การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล และการยื่นคำร้องขอต่อศาลดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด

¹¹ พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรธ 3) 175.

¹² French Code of Civil Procedure, art 1468; พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรธ 3) 174.

(3) ศาลสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้มีผลไปถึงบุคคลที่สามได้ ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความที่เป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไปบังคับบุคคลที่สาม เช่น คำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกได้

(4) คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลังจากได้รับการแต่งตั้ง ดังนั้นหากคู่กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนต้องร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และขอบังคับอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีไม่ได้กำหนดกลไกเรื่องอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไว้ คู่กรณีก็ย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการต่างมีข้อดีและข้อจำกัดที่แตกต่างกัน ซึ่งหากคู่กรณีต้องการขอคุ้มครองชั่วคราว คู่กรณีก็ต้องพิจารณาถึงบริบทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ตนต้องการร้องขอ เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่างประเภทกันอาจนำไปสู่หลักการหรือการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันทั้งในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการดังกล่าว ความจำเป็นในการบังคับตามมาตรการดังกล่าวและความสัมพันธ์ของคำสั่งที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้

เมื่อมีแนวคิดที่ว่าทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการต่างควรมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการได้ จึงมีความจำเป็นต้องวิเคราะห์ว่าความสัมพันธ์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการควรเป็นไปในลักษณะใดควรให้ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Free choice model) หรือควรให้การใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งเป็นการตัดอำนาจของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น กรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วให้ศาลทำหน้าที่เป็นเพียงส่วนเสริม (Court-subsidiary model)¹³ ทั้งนี้ กฎหมายแต่ละประเทศอาจมีหลักการและแนวคิดในการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันออกไป

กฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายต้นแบบ (ฉบับ ค.ศ.1985 และฉบับแก้ไข ค.ศ.2006)

ในกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ได้บัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลไว้ในมาตรา 9 และบัญญัติรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้ในมาตรา 17¹⁴ แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากบทวิเคราะห์ร่างกฎหมายต้นแบบแล้วมีความเห็นว่าควรให้ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งเป็นการตัดอำนาจอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลและอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่แล้ว ในทางปฏิบัติการขัดกันของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของทั้งสององค์กรจึงเกิดขึ้นได้ยาก¹⁵ ดังนั้นจึงสันนิษฐานได้ว่าตามแนวคิดกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ต้องการให้ทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจควบคู่กันไป และให้คู่กรณีมีอิสระในการเลือกว่าจะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อองค์กรใด¹⁶

¹³ พิศุทธิ์ อรรถกมล (เชิงอรรถ 3) 172.

¹⁴ ดู เชิงอรรถ 7; เชิงอรรถ 8.

¹⁵ Report of the Secretary-General, 'International Commercial Arbitration-Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration' (1985) UN Doc. A/CN.9/264, art 9, para 5.

¹⁶ UNCITRAL, 'UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings' (2016) Item 8(a), para 60. <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>> accessed 15 September 2020.

ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายต้นแบบ ในปี ค.ศ. 2006 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยศาล แต่ขณะเดียวกันก็ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 2006 ยังคงมีหลักการและแนวคิดเช่นเดียวกับกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ที่ให้ทั้งศาลและคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจควบคู่กันและให้อิสระแก่คู่ความในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว

ประเทศญี่ปุ่น¹⁷

ในส่วนของอำนาจศาล ประเทศญี่ปุ่นได้ยอมรับว่าศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในปีพ.ศ.2546 โดยมีแนวคำพิพากษาของศาลประจำกรุงโตเกียวที่ระบุว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นการตัดสิทธิในการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล¹⁸ และในพระราชบัญญัติวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่งของญี่ปุ่นก็ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการได้¹⁹ ซึ่งในเวลาต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ก็มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการตัดสิทธิของคู่กรณีในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ว่าจะก่อนหรือในขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ²⁰

ในขณะที่อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ในอดีตไม่มีบทบัญญัติชัดแจ้งในเรื่องดังกล่าว ทำให้เกิดการตีความต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงการตัดอำนาจศาลในการชี้ขาดคดี แต่มีได้ตัดอำนาจศาลในการสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไปด้วย และหากคู่ความต้องการร้องขอให้มีการคุ้มครองประโยชน์จะต้องไปร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว แต่ขณะเดียวกันอีกฝ่ายกลับมีความเห็นว่า แม้จะมีสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จนกระทั่งต่อมาเมื่อได้มีการรับเอามาตรา 17 ของกฎหมายต้นแบบ ฉบับค.ศ. 1985 เกี่ยวกับอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการมาตราไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายโดยชัดแจ้ง จึงทำให้ปัญหาการตีความในเรื่องดังกล่าวหมดไป²¹

แต่เนื่องด้วยกฎหมายญี่ปุ่นยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จึงยังคงมีความเห็นแยกเป็น 2 แนว โดยแนวคิดแรกเห็นว่าควรให้คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทหลักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และศาลทำหน้าที่เป็นเพียงส่วนเสริม กล่าวคือหากมีความจำเป็นต้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้คู่กรณียื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการก่อน หากมีเหตุที่คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการเช่นว่าไม่ได้

¹⁷ See Japanese Arbitration Act (Act No.138 of 2003). ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต้นแบบ ฉบับปีค.ศ.1985

¹⁸ Tokyo Chiho Saibansho [Tokyo Dist. Ct.] Jul 19, 1954, Sho 29 no. 7, 5 Kakyu Saibansho Minji Saiban Reishu [KAMINSHU] 1110.

¹⁹ Japanese Civil Provisional Remedies Act (Act No. 91 of 1989), art 37 para 5.

²⁰ Japanese Arbitration Act, art 15.

²¹ Japanese Arbitration Act, art 24; See also Masaaki Kondo and others, *Chusaiho Konmentaru* [A Commentary on Arbitration Law] (Shojihomu 2003) 115.

จึงค่อยไปร้องขอต่อศาล (Court-subsidiary)²² ในขณะที่อีกแนวคิดหนึ่งมีความเห็นว่าตราบไต่ที่ไม่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นก็ให้คู่ความสามารถเลือกได้ว่าจะยื่นคำร้องต่อศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Free choice)²³

แต่ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแนวคิดของกฎหมายต้นแบบ ฉบับค.ศ. 1985 อันเป็นที่มาของกฎหมายญี่ปุ่น ซึ่งมีความเห็นว่าการให้ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งตัดอำนาจอีกฝ่ายหนึ่ง จึงอาจกล่าวได้ว่าในมุมมองของกฎหมายญี่ปุ่นยังคงเห็นว่าควรให้ศาลและคณะอนุญาโตตุลาการต่างฝ่ายต่างมีอำนาจควบคู่กันไป โดยคู่กรณีมีสิทธิเลือกว่าจะไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจากศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

ประเทศเยอรมัน²⁴

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันถูกบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (บรรพ 10 มาตรา 1025 - 1066) โดยมีกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ฉบับ ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย จึงส่งผลให้กฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งยอมรับทั้งอำนาจศาล²⁵ และอำนาจอนุญาโตตุลาการ²⁶ ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี ในเรื่องความสัมพันธ์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดย คณะอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายเยอรมันได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมจากกฎหมายต้นแบบ ฉบับ ค.ศ. 1985 ในเรื่องการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ด้วย โดยตัวบทมาตรา 1041 (2) ได้กำหนดว่า หากคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการมีคำร้องขอ ศาลอาจออกคำสั่งบังคับตาม

²² Kaoru Matsuura and Yoshimitsu Aoyama (eds), *Gendai Chusaiho no Ronten* [Issues in Modern Arbitration Law] (Yuhikaku 1998) 179-180; Tatsuya Nakamura, 'The Authority of the Arbitrator to Order Interim Measures (3-final): focusing on the maintenance of the status quo as per the contract' (1998) 45 vol 10 *Japan Commercial Arbitration Journal* 28, 32.

²³ Takeshi Kojima and Takashi Inomata, *Chusaiho* [Arbitration Law] (Nihonhyoronsha 2014) 266; Koichi Miki and Kazuhiko Yamamoto (eds), *Shinchusaiho no Riron to Jitsumu* [New Arbitration Law Theory and Practice], Opinion of Takeshi Kojima (Yuhikaku 2006) *Jurist Zokan* 266-267; Mugi Sekido, *Wakariyasui Kokusai Chusai no Jitsumu* [Easy-to-Understand: International Arbitration Practices] (Shojihomu 2019) 67; Asako Matoba, 'Interim Measures by Courts in Relation to International Commercial Arbitration: A Study of the Situation in Singapore' (2011) 1 *Kyojo Journal of Law and Politics* 51, 75. [エラー! ハイパーリンクの参照に誤りがあります](#)

²⁴ See Richard Kreindler and Johannes Schmidt, 'S 1033 – Arbitration Agreement and Interim Measures by Court', in Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Kröll and Patricia Nacimiento (eds) *Arbitration in Germany-The Model Law in Practice* (Wolters Kluwer Law & Business 2015) 133, 133-145; Jan Schäfer, 'S 1041– Interim Measures of Protection', in (n 24) 226, 226-237.

²⁵ German Code of Civil Procedure, s 1033 Arbitration Agreement and Interim Measures by Court

"It is not incompatible with an arbitration agreement for a court to grant, before or during arbitral proceedings, an interim measure of protection relating to the subject matter of the arbitration upon request of a party."

²⁶ German Code of Civil Procedure, s 1041 Interim Measures of Protection

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order such interim measures of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

(2) The court may, at the request of a party, permit enforcement of a measure referred to in subsection 1, unless application for a corresponding interim measure has already been made to a court. It may recast such an order if necessary of the purpose of enforcing the measure.

(3) The court may, upon the request, repeal or amend the decision referred to in subsection 2.

(4) If a measure ordered under subsection 1 proves to have been unjustified from the outset, the party who obtained its enforcement is obliged to compensate the other party for damage resulting from the enforcement of such measure or from his providing security in order to avoid enforcement. This claim may be put forward in the pending arbitral proceedings."

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่หากปรากฏว่าได้มีคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องที่เกี่ยวข้องต่อศาลแล้ว ทั้งนี้ศาลอาจเปลี่ยนแปลง (recast) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อประโยชน์ในการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว

เมื่อพิจารณาความในด้วยมาตรา 1041 (2) ในส่วนที่ว่า

“ศาลอาจออกคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่หากปรากฏว่าได้มีคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องที่เกี่ยวข้องต่อศาลแล้ว...”

ก็สามารถเข้าใจได้ว่าตามกฎหมายเยอรมันนั้น คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวทั้งต่อศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องเดียวกันได้ โดยถือว่าการใช้อำนาจของทั้งสองฝ่ายเป็นแบบต่างฝ่ายต่างมีอำนาจ และคู่กรณีก็มีอิสระในการเลือกว่าจะร้องขอต่อศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Free choice)

โดยมีข้อสังเกตคือ ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1041 ในกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องที่เกี่ยวข้องกันทั้งต่อศาลและต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ผลของการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นเช่นไรขึ้นอยู่กับช่วงเวลาที่ยื่นคำร้อง กล่าวคือ หากคู่ความยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไปยังคณะอนุญาโตตุลาการก่อน และคณะอนุญาโตตุลาการมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวออกมาก่อนที่คู่ความจะไปยื่นคำร้องขอในเรื่องเดียวกันต่อศาล ศาลอาจมีดุลพินิจที่จะบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ แต่ทั้งนี้ ศาลจะมีคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เฉพาะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย (Principle of Legal Certainty) ซึ่งต้องการให้ผู้ที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถทราบล่วงหน้าถึงผลทางกฎหมายที่ตนจะต้องปฏิบัติตาม นั่นคือศาลจะไม่มีคำสั่งที่จะออกมาบังคับให้ปฏิบัติตามนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการสั่งนั้นสามารถบังคับได้จริงภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการแก้ไขปรับเปลี่ยน (recast) ลักษณะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการออกให้เป็นวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลมีอำนาจกำหนดตามกฎหมายได้²⁷ ทั้งนี้ การแก้ไขมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเป็นการแก้ไขในเชิงรูปแบบ มิใช่การแก้ไขในเนื้อหาของคำสั่ง กล่าวคือ ศาลจะไม่ไปพิจารณาในเนื้อหาของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้นใหม่แล้วเปลี่ยนแปลงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่จะเป็นการแก้ไขรูปแบบวิธีการชั่วคราวให้สามารถบังคับได้ในขอบเขตของกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น²⁸

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ได้มีการตั้งข้อสังเกตว่าในทางปฏิบัติไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะแก้ไขรูปแบบคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการให้เข้ากับประเภทของวิธีการชั่วคราวตามกฎหมายได้ในทุกกรณี เพราะคณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลากหลายกว่านั้นมาก²⁹

²⁷ Jan Schäfer (n 24) 234.

²⁸ Jan Schäfer (n 24) 232.

²⁹ See Ronald Wong, 'Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration – A Critique on the International Arbitration Act' (2012)

ในทางกลับกัน หากเปลี่ยนเป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจะไม่สามารถบังคับตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการออกได้ เนื่องจากศาลจะไม่บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการที่ออกมาก่อนหลังจากที่คู่ความได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเรื่องเดียวกันนั้นต่อศาลแล้ว ทั้งนี้ การที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น มิได้ส่งผลให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการสิ้นผลไป แต่การที่ไม่สามารถบังคับใช้ตามกฎหมายได้อาจทำให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีความหมายในทางปฏิบัตินั่นเอง³⁰

ข้อสังเกตประการต่อมาคือ ในมาตรา 1041 (3) ได้กำหนดให้ศาลสามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งบังคับตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการหากคู่ความมีคำขอได้ด้วย ซึ่งกรณีนี้มิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการยกเลิกคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการที่ศาลได้สั่งไปก่อนหน้านั้น ส่งผลให้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการแม้จะยังคงอยู่แต่ก็ไม่อาจบังคับใช้ได้ จึงทำได้เพียงคาดหวังให้คู่กรณีอีกฝ่ายปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวโดยสมัครใจ หรือต้องยื่นคำร้องขอในเรื่องเดียวกันนี้ต่อศาลใหม่เท่านั้น

บทวิเคราะห์ และข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่อาจตีความว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้โดยถือเป็นอำนาจทั่วไปอันเกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ และแม้ว่ากฎหมายไทยมิได้กล่าวถึงกรณีที่มาตราคุ้มครองชั่วคราวของศาลและคณะอนุญาโตตุลาการขัดกัน แต่ก็มีให้เห็นในเรื่องดังกล่าวว่า ในทางปฏิบัตินั้นกรณีจะเกิดการขัดกันของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นไปได้ยาก เพราะเหตุของการคุ้มครองของแต่ละฝ่ายนั้นโดยสภาพย่อมแตกต่างกันอยู่แล้ว แต่ถ้าหากขัดกันก็ย่อมต้องถือคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ³¹ ความเห็นดังกล่าวย่อมมีน้ำหนักในแง่ที่ว่าคำสั่งของศาลมีอำนาจบังคับทางกฎหมายจึงควรยึดคำสั่งของศาลเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าคณะอนุญาโตตุลาการย่อมอยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณาถึงความจำเป็น และประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสำหรับคดีนั้นๆ หากให้ยึดเอาคำสั่งของศาลเป็นหลักอาจจะเป็นการลดทอนความหมายของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งยังต้องพิจารณาว่าหลักการดังกล่าวขัดกับแนวคิดที่จะส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพและเป็นอิสระจากกระบวนการพิจารณาทางศาลหรือไม่อีกทางหนึ่งด้วย

ทั้งนี้ หากพิจารณาในแง่การพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เป็นอิสระและปราศจากการแทรกแซงของศาล โดยให้สามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียวจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง แนวคิดที่ว่าให้ศาลเป็นเพียงส่วนเสริมอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Court-subsidiary) จึงย่อมมีน้ำหนักมากกว่า แต่เมื่อพิจารณาจากอีกแง่มุมหนึ่งกลับพบว่าในปัจจุบันข้อจำกัดของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการยังมีอยู่มากทำให้มีหลายกรณีที่คู่ความยังต้องพึ่งพาอำนาจศาลอยู่ เช่น กรณีที่ต้องอาศัยอำนาจบังคับตามกฎหมายของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลในการสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความอีกฝ่าย หรือมีคำสั่งบังคับไปยังบุคคลที่สาม เช่น

³⁰ Shunichiro Nakano, 'The Enforceability of Arbitral Tribunal Ordered Interim Measures – The Interpretation and Operation of Section 1041 of the German Code of Civil Procedure' (2002) 49 vol 8 Japan Commercial Arbitration Journal 9, 10; See also Jan Schäfer (n 24) 233.

³¹ エラー! ハイパーリンクの参照に誤りがあります。สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, บันทึกสรุปสาระสำคัญการอบรมนักกฎหมายทนายความและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ หัวข้อ “ข้อบังคับ 2017 : สิ่งสะท้อนถึงพัฒนาการล่าสุดของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย”(2560) (ความเห็นท่านสรวัด ลิมปริงสี และท่านสุพจน์ รุ่งโรจน์) <<https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/123937>> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2563.

คำสั่งอายัดเงินในบัญชีเงินฝากธนาคารของจำเลย เป็นต้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้หากต้องยื่นขอคุ้มครองชั่วคราวจากคณะอนุญาโตตุลาการก่อน อาจจะไม่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ต้องการความจำเป็นเร่งด่วน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรให้ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจศาลและคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นแบบต่างฝ่ายต่างมีอำนาจ และให้อิสระคู่ความในการพิจารณาตามความเหมาะสมและพฤติการณ์แห่งคดีว่าจะยื่นคำร้องต่อฝ่ายใด (Free choice) ซึ่งจะช่วยให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่า

อย่างไรก็ตาม แม้คู่ความจะมีอิสระในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว แต่หากคู่ความได้ยื่นคำร้องในเรื่องเดียวกัน ทั้งต่อศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ ก็จำเป็นจะต้องวิเคราะห์ว่าจะยึดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลหรือของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนได้นำกฎหมายเยอรมันมาแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน

โดยส่วนที่ 1 มีความเห็นว่า ควรนำแนวคิดของกฎหมายเยอรมันในเรื่องการให้อำนาจศาลในการแก้ไขมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการมาใช้ กล่าวคือให้ศาลออกคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ โดยหากศาลเห็นว่ามาตรการดังกล่าวอยู่นอกเหนือประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ศาลจะสั่งได้ แต่ยังสามารถปรับรูปแบบของคำสั่งเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้ได้อยู่ ก็ให้ศาลมีอำนาจแก้ไขรูปแบบวิธีการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวให้สอดคล้องกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลมีอำนาจกำหนดได้ตามกฎหมาย

แต่ในส่วนที่ 2 ซึ่งกฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวมาก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องในเรื่องเดียวกันต่อศาลนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมเพราะแม้ว่าคู่กรณีจะได้อื่นคำร้องขอในเรื่องเดียวกันต่อศาลแล้ว แต่หากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องเดียวกันนั้นออกมาก่อนศาล ศาลก็ควรยึดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก เพราะเมื่อพิจารณาถึงสถานะของผู้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการย่อมอยู่ในสถานะที่รู้ข้อเท็จจริงของคดีมากกว่าศาล ดังนั้น หากมีการขอให้บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการ และปรากฏว่ามีคำร้องขอในเรื่องเดียวกันต่อศาลอยู่ในระหว่างพิจารณา ผู้เขียนเห็นว่าควรให้ศาลยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่คู่กรณียื่นต่อศาล และให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการสั่ง ทั้งนี้ หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว ศาลอาจแก้ไขรูปแบบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการได้ตามที่มีการวิเคราะห์ไปข้างต้น

อย่างไรก็ดี ข้อเสนอแนะของผู้เขียนในบทความฉบับนี้เป็นเพียงการนำเสนอประเด็นปัญหาและแนวทางเบื้องต้นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น การศึกษาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในเชิงลึกยังความจำเป็นต้องศึกษาแยกตามบริบทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่ละประเภท ซึ่งอาจนำไปสู่หลักการหรือการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันได้ทั้งในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการดังกล่าว การบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และความสัมพันธ์ของคำสั่งที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้ การพัฒนาระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในประเด็นเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็ยังมีอีกหลายประเด็นที่ต้องศึกษาและวิเคราะห์เพิ่มเติม เช่น เขตอำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อนำเสนอในโอกาสต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554).

ภาษาอังกฤษ

Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Kröll and Patricia Nacimiento (eds) Arbitration in Germany-The Model Law in Practice (Wolters Kluwer Law & Business 2015).

ภาษาญี่ปุ่น

Kaoru Matsuura and Yoshimitsu Aoyama (eds), Gendai Chusaiho no Ronten [Issues in Modern Arbitration Law] (Yuhikaku 1998).

Koichi Miki and Kazuhiko Yamamoto (eds), Shinchusaiho no Riron to Jitsumu [New Arbitration Law Theory and Practice] (Yuhikaku 2006) Jurist Zokan.

Masaaki Kondo and others, Chusaiho Konmentaru [A Commentary on Arbitration Law] (Shojihomu 2003).

Mugi Sekido, Wakariyasui Kokusai Chusai no Jitsumu [Easy-to-Understand: International Arbitration Practices] (Shojihomu 2019).

Takeshi Kojima and Takashi Inomata, Chusaiho [Arbitration Law] (Nihonhyoronsha 2014).

บทความ

ภาษาไทย

พิศุทธิ์ อรรถกมล, ‘มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ’ (2557) ใน 65 ปี เกียรติขจร รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2557) 175.

ภาษาญี่ปุ่น

Asako Matoba, ‘Interim Measures by Courts in Relation to International Commercial Arbitration: A Study of the Situation in Singapore’ (2011) 1 Kyojo Journal of Law and Politics 51.

Ronald Wong, ‘Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration – A Critique on the International Arbitration Act’ (2012) 24 Singapore Academy of Law Journal 499.

Shunichiro Nakano, ‘The Enforceability of Arbitral Tribunal Ordered Interim Measures – The Interpretation and Operation of Section 1041 of the German Code of Civil Procedure’ (2002) 49 vol 8 Japan Commercial Arbitration Journal 9.

Tatsuya Nakamura, ‘The Authority of the Arbitrator to Order Interim Measures (3-final): focusing on the maintenance of the status quo as per the contract’ (1998) 45 vol 10 Japan Commercial Arbitration Journal 28.

คำพิพากษา

Tokyo Chiho Saibansho [Tokyo Dist. Ct.] Jul 19, 1954, Sho 29 no. 7, 5 Kakyu Saibansho Minji Saiban Reishu [KAMINSHU] 1110.

อื่นๆ**ภาษาไทย**

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, บันทึกสรุปสาระสำคัญการอบรมนักกฎหมาย ทนายความและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ หัวข้อ “ข้อบังคับ 2017 : สิ่งสะท้อนถึงพัฒนาการล่าสุดของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย”(2560) <<https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/123937>> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2563.

ภาษาอังกฤษ

UNCITRAL. Report of the Secretary-General on ‘International Commercial Arbitration-Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration’. UN Doc. A/CN.9/264.
——. ‘UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings’ (2016) <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>> accessed 15 September 2020.

ข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผย

FACTS THAT SHALL BE DISCLOSED BY THE ARBITRATORS

ลีลา เกตุขุนทด¹

วันที่รับบทความ 17 มิถุนายน 2565, วันแก้ไขบทความ 27 กรกฎาคม 2565, วันตอบรับบทความ 22 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

เนื่องจากบทบาทของอนุญาโตตุลาการคือการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท จึงเรียกได้ว่าเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ ซึ่งในหลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมแล้ว ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ ดังนั้น เพื่อรักษาความเป็นกลางและความเป็นอิสระให้เกิดขึ้นได้จริง กฎหมายอนุญาโตตุลาการรวมทั้งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำหลายแห่ง จึงได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระ นอกจากนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยเองก็บัญญัติรับรองหลักการและหน้าที่ดังกล่าวเอาไว้เช่นกัน โดยปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 19 วรรค 2 ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้จะเริ่มต้นตั้งแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการและมีอยู่เรื่อยไปตลอดระยะเวลาที่ได้ดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากถ้อยคำนี้แล้ว ดูจะเป็นเรื่องที่เป็นนามธรรมอยู่มาก เพราะไม่อาจทราบขอบเขตได้อย่างชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่า “ความเป็นกลาง” และอย่างไรคือการ “เป็นอิสระ” ซึ่งมักขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ที่ผ่านมา จึงมีความพยายามที่จะกำหนดแนวทางสำหรับข้อเท็จจริงที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยอยู่บ้างเช่นกัน ดังปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลไทย ความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมาย ตลอดจนเอกสารแนวทางของหน่วยงาน ซึ่งได้รับการยอมรับระดับระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งบทความฉบับนี้ผู้เขียนจะได้รวบรวมข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในลำดับต่อไป

คำสำคัญ : หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ, ข้อเท็จจริง, ความเป็นกลาง, ความเป็นอิสระ, อนุญาโตตุลาการ

¹ นางสาวลีลา เกตุขุนทด, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) (ธรรมศาสตร์), น.บ.ท., LL.M. Thammasart University อีเมล:leela.gedkhuntod@gmail.com

ABSTRACT

According to the general principle of arbitral proceedings, the arbitrators shall perform their duties with impartiality and independence. To ensure the impartiality and independence of arbitrators, most of the arbitration law and arbitration rules (of the well-known arbitration institutes) state that the arbitrators must disclose any facts or circumstances that probably undermine the arbitration or lead to prejudice.

This duty is outlined in the Thailand Arbitration Act BE.2545 (2002) Article 19 which provides that the duty of disclosure is commencing at the time of their appointment and throughout the arbitral proceedings. Notwithstanding the concepts of “impartiality” and “independence” are intangible and the court possesses its rights to exercise discretion base on a case by case.

To set up the standard and strengthen the arbitral proceedings in Thailand. This article mainly focuses on what ground/fact or circumstance that the arbitrator obliges to disclose and what extent shall be deemed as impartial and /or independent. This paper is to study precedent of the Thai Supreme Court, legal documents of reputable organizations and other relevant information such as legal opinion from both academic and practitioners in this field.

Keywords : arbitrators’ duty, fact, impartial, independence, arbitrators

แนวข้อเท็จจริงที่ต้องเปิดเผยตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยนั้น ที่ผ่านมาก็ได้มีการกำหนดแนวทางเพื่อการพิจารณาเอาไว้ ดังนี้

(1) การเทียบเคียงกับการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับแรกของประเทศไทย และได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 14 ซึ่งได้ระบุเอาไว้ อย่างชัดเจนว่า

“เมื่อได้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นโดยชอบแล้ว ห้ามมิให้ถอนการตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น เว้นแต่คู่กรณี ทุกฝ่ายจะได้ยินยอมด้วย

อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการตั้งขึ้นโดยชอบอาจถูกคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการ ที่ศาลหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้ง คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ตั้ง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ แต่คู่กรณีฝ่ายใดจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งหาได้ไม่ เว้นแต่คู่กรณี ฝ่ายนั้นจะมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการ

เหตุแห่งการคัดค้านตามวรรคสองได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป

ในกรณีที่มีการคัดค้านตามวรรคสองให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และถ้าการคัดค้านฟังขึ้น ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนผู้ซึ่งถูกคัดค้านนั้น โดยวิธีเดียวกันกับการตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งถูกคัดค้าน”²

จึงเป็นกรณีที่ให้นำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามาบังคับใช้กับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม ซึ่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบด้วย กรณีที่ผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนี้, ถ้าผู้พิพากษาเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นผู้บุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าในชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันกันทางแต่งงานได้เพียงสองชั้น³, ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานได้รู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวกับคดีนั้น, ถ้าได้เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว, ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันในศาลอื่น หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว, ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง หรือ ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁴ นอกจากนี้ ยังเปิดโอกาสว่านอกจากเหตุข้างต้นแล้ว คู่ความอาจคัดค้านผู้พิพากษาได้หากปรากฏเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป⁵

อย่างไรก็ดี แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้น จะไม่ได้บัญญัติหลักการที่ให้นำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษามาบังคับใช้โดยอนุโลม แต่ก็อาจถือเป็นแนวทางที่เป็นรูปธรรม และอาจเทียบเคียงเพื่อนำมาใช้เป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน⁶

(2) แนวทางของต่างประเทศ

(2.1) **International Bar Association (IBA) Guidelines on conflicts of interest in international arbitration** : International Bar Association หรือ IBA เป็นองค์กรวิชาชีพทางกฎหมาย ซึ่งก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1947 ปัจจุบันมีสมาชิกที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกว่า 80,000 ราย จาก International law firm ที่มีชื่อเสียงระดับโลก มีเนติบัณฑิตยสภาที่เป็นสมาชิกกว่า 190 แห่ง นอกจากนี้ยังมีกลุ่มวิชาชีพทางกฎหมายที่ครอบคลุมกว่า 170 ประเทศทั่วโลก จึงนับได้ว่าเป็นองค์กรที่มีความน่าเชื่อถือทางด้านกฎหมาย

อนึ่ง การมีผลประโยชน์ขัดกันในมูลความแห่งคดี หรือ Conflict of Interest ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นกัน รวมทั้งส่งผลกระทบต่อคู่พิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และถือเป็นข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยเช่นกัน

² ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 104 ตอนที่ 156 เผยแพร่เมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2563, สืบค้นจาก <http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2530/A/156/1.PDF>

³ “ญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงานได้เพียงสองชั้น” ในที่นี้ หมายถึง บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย บุตร และหลานของคู่สมรส ซึ่งหลานในที่นี้ หมายถึงบุตรของบุตรเท่านั้น

⁴ มาตรา 11 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁵ มาตรา 12 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁶ อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท : การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.138-139.

สำหรับเรื่อง Conflict of Interest IBA ก็ได้ออกแนวทางเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ขัดกันในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยจัดทำเป็น IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration เนื่องจากเล็งเห็นว่าในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ประเด็นเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ถือเป็นเหตุที่คู่พิพาทอ้างเพื่อคัดค้านอนุญาโตตุลาการมากขึ้น สำหรับผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการเองก็ไม่มีคำแนะนำว่าข้อเท็จจริงใดที่จำเป็นต้องเปิดเผย IBA จึงได้ตราแนวทางดังกล่าวขึ้นมา⁷

แนวทางฉบับนี้ วางหลักทั่วไปเอาไว้ว่า อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและเป็นอิสระ นับตั้งแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและหน้าที่ดังกล่าวจะต้องคงอยู่ตลอดระยะเวลาการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จนกระทั่งได้มีการทำคำชี้ขาดเรียบร้อยแล้ว หรือกระบวนการได้สิ้นสุดลงเพราะเหตุอื่น และอนุญาโตตุลาการต้องบอกปิดไม่รับดำเนินการในคดีอนุญาโตตุลาการ หรือปฏิเสธไม่ดำเนินการต่อ หากพบว่า มีเหตุสงสัยถึงอาจกระทบกับความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ นอกจากนี้ยังได้กำหนดหน้าที่ให้อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุปว่า เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามแนวทางฉบับนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กลุ่มตามความรุนแรงที่อาจกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ

(1) Non – Waivable red list⁸ : ถือเป็นเหตุสำคัญที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิเสธไม่รับปฏิบัติหน้าที่ ส่วนนี้จะประกอบด้วยกรณีที่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีผลประโยชน์เป็นอย่างเดียวกัน หรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้แทนทางกฎหมายของคู่พิพาทในคดี, อนุญาโตตุลาการเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบและควบคุม หรือทำหน้าที่ในลักษณะคล้ายคลึงกันในทางควบคุมกำกับดูแลกิจการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง, อนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญ (significant financial interest) ร่วมกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือผลลัพธ์แห่งคดี และอนุญาโตตุลาการได้ให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น เป็นประจำสม่ำเสมอ หรืออนุญาโตตุลาการได้รับรายได้ทางการเงินจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างมีนัยยะสำคัญ (significant financial income)

(2) Waivable red list⁹ : ถือเป็นเหตุสำคัญเช่นกัน แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าคู่พิพาทนั้นได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวและยอมรับที่จะให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากคู่พิพาทนั้นรับรู้อย่างยินยอมให้ปฏิบัติหน้าที่ บุคคลดังกล่าวก็สามารถรับเป็นอนุญาโตตุลาการหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้¹⁰

ตัวอย่างของเหตุที่บัญญัติในบัญชีนี้ ได้แก่ กรณีที่อนุญาโตตุลาการเคยให้คำแนะนำทางกฎหมาย หรือให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น, อนุญาโตตุลาการเคยมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นมาก่อน, อนุญาโตตุลาการถือหุ้นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งเป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น, สมาชิกในครอบครัวที่ใกล้ชิด¹¹ กับอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์

⁷ IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration สืบค้นจาก https://sccinstitute.com/media/37100/iba_publications_arbitration_guidelines_2004.pdf.

⁸ Part II : practical application of the general standards 1. Non waivable red list

⁹ Part II : practical application of the general standards 2. Waivable red list

¹⁰ Article 4C IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration

¹¹ สมาชิกครอบครัวที่ใกล้ชิด (Close family member) ในที่นี้ หมายถึง คู่สมรส, คู่ชีวิต (life partner), พี่น้อง, บุตร, บิดามารดา นอกจากนี้ ใหัรวมถึงสมาชิกอื่นๆ ในครอบครัวซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการด้วย

ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญในผลลัพธ์ของข้อพิพาท (outcome of the dispute), อนุญาโตตุลาการเป็นนักกฎหมายอยู่ในสำนักกฎหมายเดียวกันกับที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง, อนุญาโตตุลาการเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบและควบคุม หรือทำหน้าที่ในลักษณะคล้ายคลึงกันในทางควบคุมกำกับดูแลกิจการของบริษัทในเครือของคู่พิพาท¹² ถ้าบริษัทในเครือนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นที่ได้พิพาทกันในคดี, สำนักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการสังกัดอยู่มีความสัมพันธ์ทางการค้าอย่างมีนัยยะสำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น, อนุญาโตตุลาการได้ให้คำปรึกษาแก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้นเป็นประจำสม่ำเสมอ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการ หรือสำนักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนั้นสังกัดอยู่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญ, สมาชิกครอบครัวที่ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางการเงิน หรือผลประโยชน์ส่วนตัวอย่างมีนัยยะสำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น เป็นต้น

(3) Orange list¹³ : ถือเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้เช่นกัน แต่ไม่ถึงขั้นร้ายแรงเท่ากับกรณี (1) และ (2) กรณีนี้บุคคลดังกล่าวยังสามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นได้ หากปรากฏว่าคู่พิพาททราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว และยังมีความประสงค์ที่จะตั้งบุคคลดังกล่าวอยู่เช่นเดิม หรือเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้โต้แย้งหรือคัดค้านบุคคลดังกล่าวภายใน 30 วันนับแต่รับทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว¹⁴

ตัวอย่างของบัญชีนี้ เช่น กรณีที่ภายใน 3 ปี อนุญาโตตุลาการได้เคยปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมาย เคยให้คำแนะนำ คำปรึกษา ให้แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือได้รับการแต่งตั้งในเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนี้ แต่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาท หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทยังมีความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องอยู่, ภายใน 3 ปีนี้ อนุญาโตตุลาการได้เคยเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่ฝ่ายตรงข้ามคู่พิพาท หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทในเรื่องที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนี้, ภายใน 3 ปีนี้ อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ให้เป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทอื่นมากกว่า 2 ครั้ง, คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้มาจากสำนักงานกฎหมายแห่งเดียวกัน, นักกฎหมายในสำนักกฎหมายของอนุญาโตตุลาการเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทอื่นซึ่งมีคู่พิพาทเดียวกันกับคดีนี้, กรณีสมาชิกครอบครัวที่ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการเป็น partner หรือพนักงานในสำนักกฎหมายซึ่งเป็นตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

(4) Green List¹⁵ : เหตุที่ปรากฏในบัญชีนี้ อนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยแต่อย่างใด หากพฤติการณ์ของคดีนั้นไม่ได้ต้องการการปฏิบัติที่นอกเหนือจากกรณีทั่วไป

ตัวอย่างตามบัญชีนี้ ได้แก่ อนุญาโตตุลาการเคยแสดงความคิดเห็นทางกฎหมาย (เช่น ในบทความทางวิชาการ หรือการบรรยายทางวิชาการต่อสาธารณชน) ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ได้พิพาทกันในคดีเช่นกัน แต่ต้องไม่ใช่กรณีที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้โดยเฉพาะเจาะจง, อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางสังคมร่วมกับอนุญาโตตุลาการรายอื่น หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี ผ่านทางการเป็นสมาชิกในองค์กรวิชาชีพเดียวกัน หรือองค์กรทางธุรกิจเดียวกัน, อนุญาโตตุลาการนั้นได้สอนในคณะ หรือโรงเรียนเดียวกันกับอนุญาโตตุลาการรายอื่นหรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี เป็นต้น

¹² บริษัทในเครือ (Affiliate) ในที่นี้ หมายถึง บริษัททั้งหมดที่อยู่ในกลุ่มบริษัทคู่พิพาท ซึ่งรวมถึงบริษัทแม่ด้วย

¹³ Part II : practical application of the general standards 3. Orange list

¹⁴ Article 4A IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration

¹⁵ Part II : practical application of the general standards 4. Green list

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า Guidelines ฉบับดังกล่าว เป็นแต่เพียงแนวทางเกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อนซึ่งผู้จะปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการสมควรเปิดเผยให้คู่พิพาทหรือ Appointing authority ทราบเท่านั้น ไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่อย่างใด

(2.2) ข้อบังคับและแบบแสดงข้อเท็จจริงของ ICC (International Chamber of Commerce) : ICC Arbitration Rules 2021¹⁶ ซึ่งเป็นข้อบังคับว่าด้วยการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดย ICC ซึ่งเป็นข้อบังคับฉบับล่าสุด และเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2021 นั้น ได้กำหนดเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้เช่นกัน โดยปรากฏใน Article 11 กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระจากคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ก่อนกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือก่อนจะยืนยันรับรองว่าจะปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น บุคคลดังกล่าวจะต้องลงนามในเอกสารฉบับหนึ่งเรียกว่า Statement of acceptance, availability, impartiality and independence รวมทั้งเปิดเผยเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเลขานุการ ICC ถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมใดๆ ที่อาจทำให้เกิดคำถามหรือข้อสงสัยต่อความเป็นกลางและความอิสระของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเลขานุการจะต้องเป็นผู้ที่แจ้งข้อมูลให้แก่คู่พิพาทนั่นเอง

อนึ่ง เมื่อพิจารณาประกอบจากแบบฟอร์มของ Statement of acceptance, availability, impartiality and independence หัวข้อเรื่อง “INDEPENDENCE and IMPARTIALITY” พบว่า หากมีกรณีที่มีความสัมพันธ์ในอดีตหรือปัจจุบันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางการเงิน ทางวิชาชีพ หรือข้อเท็จจริงใดๆ ก็ตาม ระหว่างผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาท หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาท หรือผู้แทน/ผู้รับมอบอำนาจของคู่พิพาท หรือบุคคลใดๆ ที่มีความเกี่ยวข้องในคดี ซึ่งการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นๆ จะต้องเป็นไปอย่างสมบูรณ์และเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ วันเวลาที่เกี่ยวข้อง, ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจัดการทางการเงิน, รายละเอียดของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา, รวมทั้งเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง¹⁷

(2.3) ประเทศอังกฤษ : สำหรับประเทศอังกฤษ เวลส์และไอร์แลนด์เหนือ นั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ The Arbitration Act 1996¹⁸ ซึ่งใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในประเทศอังกฤษ เวลส์และไอร์แลนด์เหนือ ไม่ว่าจะเป็คดีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติ รวมทั้งการเปิดเผยข้อมูลที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ถือเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ใน The Arbitration act 1996 ด้วยเช่นกัน

อนึ่ง ที่ผ่านมา เคยมีการวางแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเอาไว้ ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัท Halliburton กับ บริษัทประกันภัย Chubb Bermuda เกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ Deepwater Horizon ซึ่งแท่งขุดเจาะน้ำมันในอ่าวเม็กซิโกได้เกิดระเบิดขึ้นในปี ค.ศ. 2010 ทำให้เกิดภาวะน้ำมันรั่วไหลครั้งยิ่งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์ โดยแท่งขุดเจาะน้ำมันดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของ Transocean Holdings LLC บริหารจัดการโดย BP และให้บริการโดย Halliburton ต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ศาล US Federal court ได้ตัดสินว่า Halliburton ต้องรับผิดชอบในอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นคิดเป็นร้อยละ 3 ส่วน Transocean ร้อยละ 30 ในขณะที่ BP รับผิดชอบความเสียหายร้อยละ 67 Halliburton ซึ่งทั้ง Halliburton

¹⁶ ICC Arbitration Rules 2021, เข้าถึงเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2564, สืบค้นจาก https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_11.

¹⁷ 2017 & 2021 Rules – ICC Arbitrator statement acceptance, availability, impartiality and independence, เข้าถึงเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/06/ICC-Arbitrator-Statement-Acceptance-Availability-Impartiality-and-Independence-Arbitration-Rules-ENGLISH.pdf>.

¹⁸ “The Arbitration act 1996” เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

และ Transocean ได้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามนโยบายประกันความรับผิดที่ได้ทำกับ Chubb โดยเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจซึ่งดำเนินขึ้นที่ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ

ช่วงเดือนมกราคม 2015 Halliburton ได้เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ได้มีขึ้นกับ Chubb อย่างไรก็ดี คดีไม่สามารถทำความตกลงกันเรื่องประธานคณะอนุญาโตตุลาการในคดี ศาลสูงของประเทศอังกฤษจึงได้พิจารณาแต่งตั้ง Mr.Kenneth Rokison QC ภายหลังจากได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในคดีแล้ว Mr.Kenneth ได้ยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในอีก 2 คดี คดีแรก Chubb ได้แต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทกับ Transocean สำหรับข้อเรียกร้องในค่าเสียหายที่เกิดจากอุบัติเหตุ Deepwater Horizon ส่วนคดีที่สอง ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก Deepwater Horizon เช่นกัน แต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากบริษัทร่วมค้ากับ Transocean กับบริษัทประกันภัยอื่น โดยข้อเท็จจริงเหล่านี้ Mr.Kenneth ไม่ได้เปิดเผยต่อ Halliburton ทราบ

Halliburton จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงของประเทศอังกฤษเพื่อถอน Mr.Kenneth ออกจากการเป็นอนุญาโตตุลาการในคดี ภายใต้เงื่อนไขใน Article 24 (1)(a) ของ The Arbitration Act 1996 Halliburton ได้แย้งว่า การที่ Kenneth ยอมรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการโดยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงให้ Halliburton ทราบอาจทำให้เกิดความอคติจากคำตอบที่จะได้รับจาก Chubb รวมทั้ง ข้อมูลจาก Transocean ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของ Halliburton ซึ่งชุดข้อมูลดังกล่าวเหล่านี้ Chubb ยอมรับทราบแต่ Halliburton ไม่อาจรับทราบได้ ศาลสูงรวมทั้งศาลอุทธรณ์ปฏิเสธคำร้องดังกล่าว Halliburton ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลฎีกาในคดีนี้ พิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใดๆ ที่จะหรืออาจจะก่อให้เกิดความสงสัยว่าจะมีอคติในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ การได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีความเกี่ยวข้องกันนั้นย่อมเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องเปิดเผยโดยทั่วไป ศาลพิพากษาว่าไม่มีแนวทางปฏิบัติหรือประเพณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่แสดงว่าคู่พิพาทยินยอมให้บุคคลรับเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องหลายๆ คดีได้ โดยที่บุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง¹⁹

จากคำพิพากษาดังกล่าว Lord Hodge หนึ่งในผู้พิพากษาของคดีนี้ ได้อธิบายถึงหลักดังกล่าวเพิ่มเติมไว้ว่า การที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น อาจเป็นสิ่งที่แสดงถึงอคติหรือความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่ง Lord Hodge ในคดีนี้ได้อ้างถึง ความเห็นของท่านผู้พิพากษา Cockerill J ในคดี PAO Tatneft v Ukraine 2019 ที่ได้กล่าวเอาไว้ว่า “การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการนั้น อาจไม่ใช่สิ่งที่สามารถนำมาพิสูจน์ความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้ แต่การที่ไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น อาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่นำมาพิจารณาความไม่เป็นกลางได้”²⁰ ยังได้พิจารณาถึงช่วงเวลาที่จำเป็นต้องทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงว่า การที่ศาลจะพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ทำหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้น จะสามารถกระทำได้ที่ต่อเมื่อมีการอ้างถึงเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงและช่วงเวลาที่ทำให้หน้าที่นั้นยังมีอยู่ การที่จะตัดสินว่าเหตุการณ์นั้นๆ ก่อให้เกิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือไม่นั้น ไม่ควรที่จะทำการตัดสินโดยย้อนหลังรำลึกไปถึงเหตุการณ์นั้น กล่าวคือ เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลแล้ว ก็ควรมีการพิจารณา ณ เวลานั้นเลยว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือไม่²¹

¹⁹ “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 61 – 69.

²⁰ “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 117 – 118.

²¹ “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 119.

และ Lady Arden อีกหนึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้ มีความเห็นเพิ่มเติมต่อไปอีกว่า หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นมิใช่หน้าที่หลักหรือหน้าที่ที่เป็นหัวใจสำคัญ หน้าที่อันเป็นหลักสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นคณะอนุญาโตตุลาการนั้นคือการแสดงออกถึงความยุติธรรม ปราศจากอคติไม่เข้าข้างฝ่ายใด²²

(2.4) (Draft) Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement²³ : ร่างจรรยาบรรณฉบับนี้เป็นผลงานการดำเนินการร่วมกันระหว่างคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL กับ ศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID) โดยเป็นร่างที่จัดทำขึ้นสำหรับการควบคุมจรรยาบรรณและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ตัดสินในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน โดยในเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อนและหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ปรากฏใน Article 5 ของร่างจรรยาบรรณฯ กล่าวคือ Candidates และ Adjudicators ต้องหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อนทั้งทางตรงและทางอ้อม ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์ต่างๆ ความสัมพันธ์ หรือประเด็นอื่นใดซึ่งพิจารณาได้ว่าอาจส่งผลกระทบต่อความอิสระและความเป็นกลางได้อย่างมีนัยยะสำคัญ

อนึ่ง การเปิดเผยข้อเท็จจริงเหล่านั้นจะต้องประกอบด้วย (1) ความสัมพันธ์ทางวิชาชีพ ธุรกิจ และความสัมพันธ์อื่นใดภายในช่วงเวลา 5 ปี ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท (และบริษัทในเครือ บริษัทแม่ หรือตัวแทน/นายหน้าที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท), ที่ปรึกษาของคู่พิพาท, Adjudicators ในปัจจุบันหรือในอดีต หรือผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินกระบวนการ และบุคคลภายนอกอื่นใดที่ผลประโยชน์ทางการเงินกับผลของกระบวนการพิจารณา (2) ผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงหรือโดยอ้อมในกระบวนการพิจารณาหรือผลลัพธ์, และกระบวนการบริหารจัดการงานคดี การดำเนินคดีในศาลภายในประเทศ หรือการดำเนินการของคณะกรรมการ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่อาจถูกตัดสินโดยกระบวนการ ISDS (3) คดี ISDS และคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่ง candidate และ adjudicator ได้เคยเป็นหรือกำลังเป็นที่ปรึกษา, อนุญาโตตุลาการ, คณะกรรมการ, ผู้เชี่ยวชาญ, ผู้ไกล่เกลี่ย หรือผู้ประนอม และ (4) สื่อสิ่งพิมพ์ที่จัดทำโดย candidate และ adjudicators รวมทั้งสุนทรพจน์เรื่องที่เกี่ยวข้องซึ่งได้กล่าวในที่สาธารณะ

(2.5) Code of Conduct for arbitrators and mediators ของ CETA²⁴ : Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, the European Union and its member states หรือ CETA ได้ตราประมวลจริยธรรมฉบับนี้ขึ้นเพื่อใช้บังคับกับผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาท รวมทั้งผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเพื่อให้คู่พิพาทหรือคู่กรณีแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการและผู้ประนอมข้อพิพาทด้วย โดยถือเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระเป็นกลาง และปราศจากอคติ รวมทั้งต้องหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ทับซ้อนไม่ว่าจะทั้งทางตรงหรือทางอ้อม นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ ความสัมพันธ์ หรือประเด็นที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นกลาง หรืออาจก่อให้เกิดอคติต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อีกด้วย

²² “Judgement: Halliburton Company (Appellant) V Chubb Bermuda Insurance (Respondent)”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf> ย่อหน้าที่ 160.

²³ “(Draft) Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2564, สืบค้นจาก https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf.

²⁴ “Code of Conduct for arbitrators and mediators ของ CETA”, เข้าถึงเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2564, สืบค้นจาก, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-ADD-5/en/pdf#page=32>.

ประมวลฯ ฉบับนี้ ยังได้วางแนวทางเอาไว้อย่างคร่าวๆ ในกรณีของ Candidate ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ (คำนิยามปรากฏใน Article 1 ของประมวลฯ) ว่า ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดี หรือผลของการพิจารณาคดี, ผลประโยชน์ทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในศาล หรือการเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่น หรือคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนี้ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวครอบคลุมไปถึงนายจ้าง หุ้นส่วน องค์กรทางธุรกิจ ตลอดจนสมาชิกในครอบครัวของ Candidate ด้วย นอกจากนี้ Candidate ยังต้องเปิดเผยข้อมูลทางการเงิน ทางธุรกิจ ด้านวิชาชีพ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวและทางสังคมที่มีต่อคู่พิพาทที่มีผลประโยชน์ได้เสียในคดี หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่พิพาท หรือความสัมพันธ์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับนายจ้าง หุ้นส่วน องค์กรทางธุรกิจ หรือสมาชิกในครอบครัวของ Candidate ด้วย และจะต้องเปิดเผยสุนทรพจน์ซึ่งกล่าวในที่สาธารณะ การนำเสนอข้อมูลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนี้หรือที่อาจมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน (หน้าที่ดังกล่าวปรากฏแนวทางเอาไว้ใน Article 4 ของประมวลฯ)

(3) แนวคำพิพากษาของศาลไทย

ศาลไทยได้รับรับหลักความเป็นกลางและเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการว่าเป็นคุณสมบัติที่สำคัญเช่นกัน โดยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553 ได้รับรองเอาไว้ว่า

**ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญ
ที่จะเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาท
หากอนุญาโตตุลาการปราศจากเสียซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระแล้ว
คู่พิพาทก็จะไม่ได้รับความเป็นธรรมและกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ได้รับการยอมรับ**

ตัวอย่างเช่น

3.1 กรณีอนุญาโตตุลาการโอนหุ้นให้แก่คู่พิพาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553 ได้พิจารณาว่า แม้ผู้คัดค้านที่ 1 จะไม่ใช่ผู้ถือหุ้นที่แท้จริงของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดีอนุญาโตตุลาการนี้ก็ตาม แต่ผู้คัดค้านที่ 1 เป็นผู้ลงชื่อโอนหุ้นให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชาย่อมต้องรู้มาก่อนแล้วว่าหุ้นของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ออกในนามของตนเอง แม้ผู้คัดค้านที่ 1 จะเห็นว่าตนไม่มีส่วนได้เสียในการซื้อหุ้นของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 แต่ผู้คัดค้านที่ 1 ก็มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนให้คู่พิพาททราบ การที่ผู้คัดค้านไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการขัดต่อหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ผู้คัดค้านที่ 1 จึงไม่อาจทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการรวมทั้งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการได้

3.2 กรณีเคยเป็นทนายความและว่าความในชั้นศาลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในเหตุการณ์เดียวกันกับข้อพิพาทในคดีนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3542/2561 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ส. ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเคยเป็นทนายความของ ฟ. ซึ่งประกอบธุรกิจประกันภัย และรับประกันภัยความเสียหายทรัพย์สินในเหตุการณ์เดียวกันกับคดีนี้ โดย ส. เป็นทนายความจำเลยในคดีดังกล่าว ให้การต่อสู้คดีในทำนองว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการก่อความไม่สงบของประชาชนที่ลุกฮือขึ้นต่อต้านรัฐบาลและเป็นการก่อการร้ายเข้าข้อยกเว้นความคุ้มครองตามกรมธรรม์ ซึ่งมีผลให้บริษัทประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ต่อมา ส. ได้มาเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ ย่อมมีแนวความคิดเห็นทำนองเดียวกับคดีที่ตนเคยเป็นทนายความในคดีดังกล่าว ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญต่อความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการหรือความสงสัยต่อความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงตั้งแต่เข้าเป็นอนุญาโตตุลาการ

ตลอดจนตลอดเวลาที่ยังคงดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการด้วย การที่ ส. ไม่เปิดเผยถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวยอมทำให้ผู้ร้อง ทั้งสิบสี่ไม่อาจทราบเพื่อที่จะได้มีโอกาสคัดค้านเสียตั้งแต่แรก นอกจากนี้การที่ ส. เป็นนายความจำเลยในคดีดังกล่าว แม้จำเลย ในคดีดังกล่าวกับผู้คัดค้านในคดีนี้เป็นคนละบริษัทกัน แต่เหตุการณ์ที่ต้องพิจารณาในคดีดังกล่าวกับคดีนี้เป็นเหตุการณ์ เดียวกัน ถือว่ามีผลประโยชน์ในทางคดีเกี่ยวข้องกัน ผู้คัดค้านย่อมคาดหวังว่า ส. น่าจะมีความคิดเห็นไปในทำนองเดียวกับคดี ดังกล่าวอันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้คัดค้าน การที่ ส. ไม่เปิดเผยถึงข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นกลาง และเป็นอิสระ หรือเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนตามมาตรา 19 จึงทำให้องค์ประกอบและ กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 40 (1) (จ) ย่อมส่งผลให้การยอมรับหรือการบังคับ ตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 (2) (ข) ศาลขอที่จะ เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตรา 40

อย่างไรก็ดี คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองในบางคดี ที่อาจมีความสับสนที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นการ อำนาจการตามหลักความเป็นกลางและปราศจากอคติของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เช่น คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ ค. 3/2560 ที่วินิจฉัยว่า การที่ผู้คัดค้านที่ 2 ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นพนักงานอัยการเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายผู้คัดค้านที่ 6 ในข้อพิพาท หมายเลขดำที่ 52/2556 ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานรับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม ไม่มีเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ดังนั้น การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้คัดค้านที่ 2 จึงไม่ขัดต่อมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

(4) การกำหนดเรื่องจริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของคณะอนุญาโตตุลาการ

4.1 ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม²⁵ : ประมวลจริยธรรมฯ ได้กำหนดถึงเรื่องจริยธรรมในการเปิดเผยข้อเท็จจริงเอาไว้ในหมวดที่ 3 ข้อ 12 กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับการร้องขอเป็นอนุญาโต-ตุลาการ ก่อนที่จะเข้ารับหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งในความรู้สึกของคู่พิพาทอาจก่อให้เกิดความสงสัยอันสมควร ในความเป็นอิสระและเป็นกลางของตนอันประกอบด้วยข้อเท็จจริงคือ (1) ต้องเป็นเรื่องผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์ อื่นใดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในผลของการอนุญาโตตุลาการ (2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเงิน ธุรกิจไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาชีพ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือทางสังคม ซึ่งน่าจะผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลาง ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้ต้องเปิดเผยไม่ว่าผู้ได้รับการร้องขอจะเป็นอนุญาโตตุลาการเอง สมาชิกในครอบครัว นายจ้าง หรือผู้ร่วมธุรกิจ ของตนจะมีความเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการคนอื่น คู่พิพาทฝ่ายใด นายความ หรือบุคคลที่อาจต้องมาเป็นพยานในคดี

นอกจากหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงตั้งแต่ช่วงก่อนรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นๆ แล้ว ภายหลังจากที่ มีการแต่งตั้งหรือระหว่างกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องไม่เข้าไปมีความเกี่ยวพันไม่ว่ากับคู่พิพาทฝ่ายใด หรือบุคคลใดไม่ว่าด้านการเงิน ธุรกิจ อาชีพ หรือความสัมพันธ์ทางครอบครัวหรือสังคม อันอาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัย อันควร ในความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของตนในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ อนึ่ง ภายหลังจากคำชี้ขาด เรียบร้อยแล้ว ภายใต้อันสมควร คณะอนุญาโตตุลาการควรที่จะหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามที่กล่าวไป ซึ่งอาจทำให้คู่กรณี หรือบุคคลอื่นเข้าใจได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการได้รับหรือคาดหวังที่จะได้รับ ผลประโยชน์เช่นว่านั้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวปรากฏในข้อ 10 วรรคหนึ่งและวรรคสองของประมวลจริยธรรมฯ

²⁵ “ประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ” เข้าถึงเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id/18870>.

4.2 ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558²⁶ : หลักการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและปราศจากอคติ รวมทั้งเป็นอิสระจากคู่พิพาทปรากฏกระจายตัวอยู่ในบทบัญญัติหลายข้อของข้อบังคับฉบับดังกล่าว โดยครอบคลุมตั้งแต่เรื่องก่อนที่จะได้รับการเสนอชื่อ เรื่อยไปจนกระทั่งภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ออกคำชี้ขาดเรียบร้อยแล้ว กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการต้องไม่เสนอตัวต่อคู่พิพาทเพื่อให้ได้รับการแต่งตั้ง แต่อาจแสดงเจตนาไว้เป็นการทั่วไป ต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้ (ข้อ 3), ด้านการปฏิบัติหน้าที่ อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทฝ่ายใด จะต้องวางตนเป็นกลางและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระ และให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย (ข้อ 6), ภายหลังจากได้รับการแต่งตั้งจนกระทั่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุด อนุญาโตตุลาการจะไม่เข้าไปมีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ว่าด้านธุรกิจ อาชีพ หรือความสัมพันธ์ทางครอบครัว อันอาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัยอันควรในความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของตนในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ (ข้อ 8) นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่รับของขวัญ หรือของกำนัล หรือประโยชน์อื่นใดจากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมด้วย (ข้อ 12)

อนึ่ง สำหรับแบบคำรับรองแสดงข้อเท็จจริงสำหรับบุคคลกรณีรับว่าจะอนุญาโตตุลาการนั้น ในปัจจุบัน จะกำหนดเอาไว้ โดยมีรายละเอียดมากยิ่งขึ้น เช่น เป็นหรือเคยเป็นลูกจ้างของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือของบริษัท หรือหน่วยงานในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่, เป็นหรือเคยเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของคู่พิพาทหรือบริษัทหรือหน่วยงานในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่, เป็นหรือเคยเป็นที่ปรึกษา ผู้รับมอบอำนาจ ทนายความ หรือผู้รับจ้าง ผู้ให้บริการ หรือผู้ให้ความเห็นใดๆ แก่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือให้แก่บริษัทหรือหน่วยงานในเครือของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่ากระทำในนามส่วนตัวหรือหน่วยงานที่สังกัดหรือไม่, การเป็นเครือญาติกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (กรณีเป็นบุคคลธรรมดา) หรือกับที่ปรึกษา ผู้รับมอบอำนาจ หรือทนายความของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่, การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้เชี่ยวชาญซึ่งอาจขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทนี้, การมีผลประโยชน์ได้เสียไม่ว่าในทางใดๆ เกี่ยวข้องอยู่ในข้อพิพาทนี้ รวมทั้งเปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวเปิดเผยถึงเหตุอันใดซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและสมควรจะต้องเปิดเผยให้คู่พิพาททราบด้วย

ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้การเปิดเผยข้อเท็จจริงมีแนวทางที่ชัดเจนและสอดคล้องการดำเนินการในระดับสากลมากยิ่งขึ้น รวมทั้งเป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งระบบ สมควรให้หน่วยงานหรือสถาบันที่ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเข้าร่วมหารือและกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับแบบคำรับรองข้อเท็จจริงดังกล่าวโดยอาจมีการปรับปรุง เช่น การเพิ่มเติมข้อเท็จจริงใน Non waivable red list ของ IBA ซึ่งถือว่าเป็นเหตุที่มีความร้ายแรงและทำให้บุคคลดังกล่าวไม่อาจปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะอนุญาโตตุลาการได้เลยทีเดียว อาทิ การเป็นหรือเคยเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบและควบคุม หรือทำหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันในทางควบคุมกำกับดูแลกิจการของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือการเพิ่มเติมเรื่องข้อเท็จจริงในตาม Waivable red list (เป็นกรณีที่บุคคลอาจรับเป็นอนุญาโตตุลาการได้ หากเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นให้คู่พิพาททราบแล้ว และคู่พิพาทยังคงให้ความยินยอมให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่) ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้มีบางส่วนที่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลไทยรวมทั้งศาลของต่างประเทศ เช่น กรณีที่อนุญาโตตุลาการเคยมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนั้นมาก่อน กล่าวคือ อาจเป็นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ประนอม หรือที่ปรึกษากฎหมายซึ่งเคยให้ความเห็นในพฤติการณ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดีนี้, สมาชิกในครอบครัวที่ใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ส่วนตนหรือผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะสำคัญกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบริษัทในเครือของคู่พิพาทฝ่ายนั้น (ส่วนนี้มีความคล้ายคลึงกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา แต่เรื่องเหตุคัดค้านผู้พิพากษาจะมุ่งเน้นไปที่ความสัมพันธ์ที่มีต่อกันในเชิงลบ

²⁶ “ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558”, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนพิเศษ 149 ง เผยแพร่เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2558, เข้าถึงเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2564, สืบค้นจาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2558/E/149/21.PDF>.

หรือเชิงขัดแย้งมากกว่า เช่น มีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาซึ่งผู้พิพากษารายนั้นเอง หรือภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ ภริยา หรือ ญาติทางสืบสายโลหิตทางตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง) นอกจากนี้ อาจเพิ่มขอบเขตในกรณีที่มีความสัมพันธ์อย่างมีนัยยะสำคัญกับบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องในคดี ซึ่งนอกเหนือจากคู่พิพาทหรือบริษัทในเครือ อาทิ ที่ปรึกษา หรือพยานผู้เชี่ยวชาญในคดี เป็นต้น

นอกจากนี้ เนื่องจากการรับเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีใดๆ นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เพียงพอ (Availability) เพราะการที่คณะอนุญาโตตุลาการมีมติที่อยู่ระหว่างการพิจารณาอาจกินไปจนกระทบต่อระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในข้อพิพาทคดีนี้ด้วย ข้อเท็จจริงดังกล่าวควรเปิดเผยนับตั้งแต่ขั้นตอนที่ได้รับการเสนอชื่อโดยคู่พิพาท ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นอำนาจและสิทธิ์ขาดของคู่พิพาทที่จะตัดสินใจว่าสมควรจะแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในคดีหรือไม่นั่นเอง จะเห็นได้จากแบบฟอร์ม Statement of acceptance, availability, impartiality and independence ของ ICC นั้น จะเพิ่มเติมตารางกำหนดนัดล่วงหน้าถึง 3 ปี อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย ก็อาจจะกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมคือ ต้องแจ้งกำหนดการล่วงหน้า ประมาณ 6 เดือน – 1 ปี เป็นต้น

บทสรุป

เรื่องการเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น นับว่าเป็นเรื่องสำคัญ เพราะอาจเป็นเหตุนำไปสู่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น การกำหนดพอสังเขปว่ากรณีใดที่อยู่ในขอบข่ายที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบ้าง ก็น่าจะเป็นการดีที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการรับทราบถึงหน้าที่ของตน นอกจากนี้ ยังเป็นการลดปัญหาการอุทกคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่เพราะไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ซึ่งอาจกระทบกับกระบวนการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งเป็นเหตุที่อาจถูกเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการยกระดับและส่งเสริมให้เกิดความเชื่อมั่นต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ก็น่าจะเป็นการดีหากหน่วยงานตลอดจนสถาบันที่ให้บริการด้านงานคดีอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยจะวางแนวทางในการเปิดเผยข้อเท็จจริงและแบบคำรับรองการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นมาตรฐานร่วมกัน

Recent ADRs Developments in Vietnam

Phan Trong Dat¹ & Dao Nhu Ngoc Linh²

Receive; June 10, 2022, Revised; July 28, 2022, Accepted ; August 20 2022

Vietnam is still on its way to gain international recognition of its developments in alternative dispute resolution (ADR), with the focus on mediation and arbitration. While arbitration has definitely been on the rise in Vietnam, more time is required for mediation to gain the same. This article shall provide a brief of recent developments of ADR in Vietnam, taking special account to the trend towards the use of different ADR conjunctions.

Arbitration

Arbitration provides users with a private channel to resolve their dispute, with several well-known advantages including cost and time efficiency, flexibility, confidential and easy enforceability. Arbitration in Vietnam has experienced an impressive growth since the enactment of the Law on Commercial Arbitration in 2010 (in force as from 1 January 2011 – LCA). This is indicated by, firstly, the increasing number of arbitration users in general and actual disputes resolved by arbitration in particular. According to the statistics provided by Vietnam International Arbitration Centre (VIAC), which is the oldest and one of the most prominent arbitration institutions in Vietnam, the number of arbitrations administered by VIAC alone from 2010 to 2020 surges by 336 percent in comparison to the period between 2003 and 2010.³ Besides, greater awareness of arbitration and arbitration-related issues is also recorded since the introduction of the LCA, especially during the last five years. This can be seen in the active reference to arbitration by thousands of enterprises in not only cross-border transactions but also domestic ones. Furthermore, legal profession has also expanded towards the use of arbitration, with more law firms and lawyers providing professional arbitral representation services, some of whom are internationally recognised as best arbitration firms and lawyers.

¹ Phan Trong Dat (MCI Arb, CEDR Accredited Mediator) is currently the Acting Director of Vietnam Mediation Centre (VMC) which is a division of the Vietnam International Arbitration Centre (VIAC). With more than fifteen years of experience in the field of alternative dispute resolution in various positions at both VIAC and VMC, he has been contributing to the development of not only the Centres in particular but also the ADR field in general.

² Dao Nhu Ngoc Linh (LL.M, Qualified Lawyer) is currently a counsel of both VIAC's Secretariat and VMC's Secretariat. She has more than three years of administering arbitration and mediation cases in diverse areas of law. Additionally, she is also engaged in some arbitration-training-related activities of the Vietnam Institute for International Arbitration Research and Training – a newly established division of VIAC. As a part of the young generation of ADR practitioners, she is passionate about learning, sharing, and building a strong ADR community in Vietnam.

³ Vu Anh Duong, Seminar on “The Ten Year Journey of The 2010 Law on Commercial Arbitration” within the framework of the 2020 Vietnam ADR Week (June 2020). It was further discussed at the Seminar that the fact that the court is overload in handling commercial lawsuits indicates that arbitration can and will develop to share this burden.

One of the features, and also an advantage, of arbitration is its enforceability, which is the main concern of users.⁴ An arbitral award is final and binding. Domestically, it is treated similarly to a Vietnamese court's judgement, which means that it can be directly enforced by the competent Vietnamese enforcement authority without going through recognition process.⁵ Internationally, a Vietnamese arbitral award can be recognised and enforced in all countries who are signatories to the 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award (New York Convention). One recent example that is worth mentioning is the Thailand court's Judgement on Recognition and Enforcement of a VIAC-rendered arbitral award in July 2017.⁶ As the result, the award was then enforced against the Thailand respondent company. Cases like this help gain trust among the business community in the use of arbitration.

Mediation

Undeniably, mediation is acknowledged as a method that provides the parties with a satisfactory, or in the best scenario, a win-win solution to their dispute. Mediation is fast, cost-effective, and helps remain the parties' standing business relationship in the post-dispute stage. In Vietnam, mediation has been widely used for a long time, albeit without the acknowledgement of the users, for example mediations conducted by judges during court proceedings or by arbitrators during arbitral proceedings. However, it was not until 2017 when professional commercial mediation marked a milestone in its development with the issuance of the Decree No. 22/2017/ND-CP on Commercial Mediation. The introduction of this legislation officially recognises mediation as a separate means of dispute resolution and facilitates advanced development of mediation. Consequently, several mediation centres have been established and a considerable number of commercial mediators have been qualified to practice under the Decree.

It is reported by the Vietnam Mediation Centre (VMC), a division of VIAC which is the first mediation institution established under the Decree, that immediately upon the launch of its Rules of Mediation in July 2018, VMC received over ten high profile cases with the total value in dispute of USD 44 mil, 70 percent of which indeed reached the final mediated settlement agreement (MSA) and 100 percent of the MSA was voluntarily enforced by the parties involved.⁷ More recently, in response to the increasing demand for online dispute resolution in line with the technological revolution, VMC has launched its online mediation platform – MedUp⁸ which is among the very first online platforms for mediation in Vietnam. The introduction of these new online channels hopes to raise the efficiency of mediation and therefore, attracts more mediation users.

⁴ Queen Mary University of London and White & Cases LLP, **International Arbitration Survey: The Revolution of International Arbitration** (2018).

⁵ Vietnamese 2014 Law on Enforcement of Civil Judgement, Article 2.

⁶ Local court case No. 243/2016; Judgement No. 152/2017 dated 26 July 2017.

⁷ VIAC, Annual Reports.

⁸ See more at www.medup.vmc.org.vn

However, it must be frankly stated that mediation indeed requires further efforts in order to gain popularity among the Vietnamese business community. It would take more time to raise the awareness of enterprises in using professional commercial mediation, despite the perceived benefits. The most popular concern of mediation users is the enforceability of the MSA. On national scale, although the MSA may be recognised and enforced by the Vietnamese court following a court proceeding, it is still considered more complicated in comparison with arbitration where parties participate in one single proceeding to obtain a directly enforceable award. On international scale, internationally made MSA may be enforced in accordance with the 2019 Singapore Mediation Convention (SMC) which has similar effect as the New York Convention for arbitration. However, Vietnam has not yet been a signatory to the SMC, which may make mediation in Vietnam less attractive.

The combination of arbitration and mediation

In the expectation that Vietnam will soon join the SMC, another trend towards the use of mediation and arbitration in conjunction has arisen, which aims, *inter alia*, to address the concern about enforceability. Various modified versions of arbitration-mediation combination have been developed and brought to use. The most popular ones are mediation followed by arbitration (*med-arb*), arbitration followed by mediation (*arb-med*) and arbitration with a break in arbitral proceedings for mediation (*arb-med-arb*). In a *med-arb* process, parties first attempt to mediate, failing which an arbitration shall then be commenced. By contrast in an *arb-med* process, where arbitral proceedings are being conducted and the parties wish to mediate, a mediation will then start until the parties reach an agreement. The pending arbitration is usually stayed upon successful mediation. The third process – *arb-med-arb* has similar procedure compared to the second one, except that after reaching a settlement agreement in mediation, such result is recorded in a consent award by the arbitral tribunal in the pending arbitration. The consent award bears an equal legal effect to that of an arbitral award rendered by an arbitral tribunal.

It is obvious that the aforementioned processes, either *med-arb*, *arb-med* or *arb-med-arb*, help settle the parties' disputes in a timely and cost-effective manner. On the one hand, these combined processes leave an opportunity open for the parties to mediate at any point of time during the dispute settlement. On the other hand, in all circumstances, arbitration stands as a backup plan, which imposes a certain degree of pressure on the parties to cooperate at their best effort to resolve the dispute in good faith and in an amicable manner, and otherwise completely resolves dispute when mediation fails.

Among the aforementioned hybrid procedures, *arb-med-arb* is considered of particular interest that is worth highlighting due to its complexity in terms of purpose, procedure and outcome. With respect to the purpose, *arb-med-arb* process aims to encourage parties to mediate their disputes by addressing the drawbacks of mediation, including statute of limitation and enforceability. Firstly, this process allows parties to commence arbitral proceeding to reserve the statute of limitation in case mediation is prolonged but such

an attempt fails. Secondly, even in the event of successful mediation, the settlement agreement is enforceable, either voluntarily by the parties or by enforcement authorities pursuant to legal instruments. In accordance with this aim, arb-med-arb procedure is usually designed to simplify the initiating arbitral steps, keeping submissions at the most minimum level to retain the parties' good faith and appropriate attitude towards mediation. Upon termination of mediation, parties resume arbitral proceedings to either recognise mediation result or resolve the unmediated dispute.

Therefore, in terms of result, arb-med-arb process may end with an arbitral award finally resolving all matters in dispute or a consent award recording the mediated settlement. Both of these results can be recognised and enforced in foreign countries pursuant to the New York Convention. In general, this is a huge 'plus' in comparison with arb-med, except in some minority of jurisdictions such as England where there are regulations on recognition and enforcement of mediated settlement agreement.

A concern arises out of these combinations is whether a neutral can act as both mediator and arbitrator in two parts of the process with respect to the same dispute. Some scholars and practitioners opine that this is permitted upon the involved parties' agreement, considering it is both time and cost saving because the neutral is already familiar with the facts of the case from the previous proceedings. Nevertheless, others argue that submitting dispute to the same neutral breach the confidentiality rules of mediation/arbitration. Furthermore, due to the different roles of a mediator (support parties in analysing matters in dispute and suggesting solutions) and an arbitrator (judge/adjudicate upon parties' argument and evidence), an arbitrator is considered to no longer remain independent from and impartial of the parties. Therefore, mediator and arbitrator of the same dispute cannot be the same. This matter remains controversial.

In practice, participating in a procedure combining both arbitration and mediation might be somewhat complicated to enterprises because of the complexity of procedures and regulations. Therefore, counsels who are familiar with ADRs and relevant legal issues are usually engaged to fasten the dispute resolution process.

Indeed, mediation and arbitration conjunctions as mentioned above are not new in the international ADR market. 'Big names' such as ICDR⁹, ICC¹⁰ or HKIAC¹¹ provides for at least the basic med-arb solution. Especially, SIAC was the first institution to introduce, together with SIMC, their arb-med-arb protocol in 2014.¹² In Vietnam, however, the situation is as new as mediation, which results in later development in hybrid ADR procedures. In 2020, in the effort to provide the business community with even more efficient dispute

⁹ See ICDR Med-Arb Model Clause at <https://www.icdr.org/clauses>.

¹⁰ See ICC Med-Arb Model Clause at <https://iccwbo.org/publication/suggested-icc-mediation-clause-english-version/>.

¹¹ See KHIAC Suggested Mediation Clause at <https://www.hkiac.org/mediation/rules/hkiac-mediation-rules>, in which arbitration is suggested to follow mediation.

¹² See more at <https://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>.

resolution, VIAC and VMC have launched their newly designed combined processes, namely the Med-Arb /Arb-Med Combo and the Arb-Med-Arb Protocol, being the first ADR combination services introduced in Vietnam.¹³ Taking the advantage of being an institution providing both mediation and arbitration services, VIAC, and its division VMC, have designed their procedures in a unique form that best matches local ADRs usage customs and maximises users' benefits. These new resolutions are expected to encourage the use of ADRs and promote their development in Vietnam.

Undeniably, continuous efforts by the Vietnamese government, institutions and practitioners have been made over the last decade with the single aim to promote alternative dispute resolutions, especially arbitration. It is therefore expected that in the next few years, more advanced developments will be seen in arbitration practice, for instance amendments to the current Law on Commercial Arbitration, so that Vietnam will be a Model Law country and soon will be a favourite seat of arbitration. Such developments in arbitration may pave the way for the same in mediation, and hopefully, spring will soon come for mediation.

¹³ See more at <https://www.vmc.org.vn/en/med-arb-combo> and <https://www.vmc.org.vn/en/arb-med-arb-protocol>

contact



689 Bhiraj Tower 26th Fl.
Sukhumvit Rd., Khlong Tan Nuea,
Vadhana Bangkok 10110



www.thac.or.th



info@thac.or.th



+66(0) 2018-1615



+66(0) 2018-1632