โครงการวิจัย

เรื่อง

สภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

Legal Problem Regarding Disputes Settlement by Arbitration Online

จัดทำโดย

อาจารย์สิรีกานต์ อยู่เรือง

ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัศวโรจน์

การวิจัยครั้งนี้ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากกองทุนรัตนโกสินทร์สมโภช 200 ปี

ประจำปี 2559

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ชื่อเรื่อง สภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์
ชื่อผู้วิจัย อาจารย์สิรีกานต์ อยู่เรือง และศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัศวโรจน์
ปีที่แล้วเสร็จ 2561

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้เป็นศึกษาสภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ 2) เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ และ 3) เพื่อเสนอหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับการปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย การวิจัยเรื่องนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ที่ใช้วิธีการศึกษาด้วยการวิจัยเอกสาร รวมถึงรายงานการวิจัย บทความทางวิชาการ ข้อมูลทางอินเตอร์เน็ต และกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ และมีการสัมภาษณ์จากผู้เชี่ยวชาญ

ผลการวิจัยพบว่าประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายใดที่มารองรับวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ดังนั้นผู้วิจัยได้ศึกษาอนุสัญญา New York Convention และกฎหมายต้นแบบ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริการวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาวิธีการและวิเคราะห์สภาพปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่อาจจะเกิดขึ้นในประเทศไทย ซึ่งผู้วิจัยพบสภาพปัญหาที่สามารถเกิดขึ้นได้ 3 ประเด็นคือ 1) ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ 2) ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ และ 3) การทำคำชี้ขาด ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายที่จะมารองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยจัดทำเป็นร่าง พรบ.อนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่..) พ.ศ. .... หมวด 9 เพื่อให้มีมาตรการทางกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์โดยเฉพาะและเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการออนไลน์สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพในประเทศไทย

คำสำคัญ : การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ การระงับข้อพิพาท

Title: Legal Problem Regarding Disputes Settlement by Arbitration Online
Researchers: Miss Sireekarn Yooruang and Professor Dr. Saowanee Asawaroj
Year: 2018

Abstract

This research concerning legal problem regarding disputes settlement by arbitration online which aim to study about 1) the related law of arbitration online; 2) the problem and analyze of arbitration online and 3) to propose legal measure or guideline in order to in accordance with the practical of arbitration online in Thailand. This paper was a qualitative research using the methods of documentary research from textbooks, research, journals and electronics database, related law and interview from arbitration experts.

From this study, the research found that Thailand do not have the legal measure for resolving the problem on arbitration online. Therefore, the researcher has study New York Convention, Model Law and Arbitration Act of United State of America including Arbitration Act B.E. 2545 in order to be a guideline for study and analysis the legal problem regarding arbitration online which there are 3 issues as following; 1) the problem on the meaning and form of arbitration online; 2) the problem on the proceeding of arbitration online and 3) the problem on the award of arbitration online. In conclusion, the research has a suggestion for solving these problem by enact the draft Arbitration Act (No. ..), B.E. .... Part 9 for support arbitration online and enforce arbitration online effectively in Thailand.

Keyword: Arbitration online, Disputes settlement

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยครั้งนี้สำเร็จลุล่วงได้ ด้วยความอนุเคราะห์จากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยขอขอบพระคุณมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราชที่ได้อนุมัติทุนอุดหนุนการวิจัย สถาบันวิจัยและพัฒนา และคณะกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาวิจัยทุกท่าน ซึ่งได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์ และ รองศาสตราจารย์ ดร.ภานุมาศ ขัดเงางาม ที่ได้ให้คำปรึกษาและข้อแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งทำให้งานวิจัยนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้วิจัยขอขอบพระคุณสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่ให้โอกาสและสนับสนุนในการทำวิจัยครั้งนี้ รวมทั้งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำวิจัยครั้งนี้ทุกท่าน ซึ่งได้แก่ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ดร.พสิษฐ์ อัศววัฒนาพร ดร.รุ่งแสง กฤตยพงษ์ อาจารย์สุพจี รุ่งโรจน์ อาจารย์รณชัย สักกาวีละ ที่ได้กรุณาให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน และให้กำลังใจมาโดยตลอด

ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลการวิจัยนี้จะเป็นประโยชน์แก่บุคลากรทางการศึกษาและผู้สนใจทั่วไป ตลอดจนจะเป็นประโยชน์ในการสร้างองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายต่อไป

คณะผู้วิจัย

กรกฎาคม 2561

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ข
กิตติกรรมประกาศ	ค
สารบัญภาพ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
ขอบเขตของการวิจัย	4
ประโยชน์ที่ได้รับ	4
ระเบียบวิธีการวิจัย	4
บทที่ 2 ความเป็นมา ทฤษฎี แนวคิด เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์	6
ความเป็นมาและคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์	8
ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ	11
แนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์	17
หน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์	28
บทที่ 3 กฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์	35
กฎหมายที่เกี่ยวกับอนุสัญญา New York Convention	36
กฎหมายต้นแบบ (Model Law)	47
กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา	60
กฎหมายประเทศไทย	64
พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544	78

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 บทวิเคราะห์	94
วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและรูปแบบของสัญญาฯ	94
วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจาณาอนุญาโตตุลาการออนไลน์	98
วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการทำคำชี้ขาด	102
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	103
บทสรุป	103
ข้อเสนอแนะ	105
บรรณานุกรม	109
ภาคผนวก	113
ประวัติผู้วิจัย	121

สารบัญภาพ

หน้า

ภาพที่ 2.1 เครือข่ายแบบ Token Ring..... 22
ภาพที่ 2.2 เครือข่ายขนาดเล็กเชื่อมต่อกลุ่มผู้ใช้ฯ..... 22
ภาพที่ 2.3 การเข้าถึงข้อมูลผ่านระบบเครือข่ายแบบแม่ข่ายและลูกข่าย..... 24

บทที่ 1
บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มเปลี่ยนไปจากอดีตเป็นอย่างมาก เนื่องจากการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลใช้เวลานาน และไม่สะดวก ดังนั้นคู่พิพาทจึงเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) เข้ามาระงับข้อพิพาทแทนการฟ้องคดีต่อศาล โดยการระงับข้อพิพาทางเลือกนั้นได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ในทางปฏิบัติของนานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยในปัจจุบันนั้น มีวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก 4 วิธี คือการเจรจา (Negotiation) การประนีประนอมข้อพิพาท (Mediation) การไกล่เกลี่ย (Conciliation) และการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) แต่วิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมใช้กันในปัจจุบันโดยเฉพาะในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ คือ การอนุญาโตตุลาการ

วิวัฒนาการของเทคโนโลยีก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในวิธีการดำเนินการค้าขายระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค กล่าวคือการซื้อขายสินค้าหรือบริการไม่ต้องดำเนินการแบบเฉพาะหน้าและตัวต่อตัว แต่ผู้ประกอบการและผู้บริโภคสามารถซื้อขายสินค้าหรือบริการผ่านทางช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายตัดสินใจซื้อสินค้าและบริการโดยที่ไม่รู้จักตัวตนและที่อยู่ที่แท้จริงของแต่ละฝ่าย (distant and anonymous transaction) ผู้ซื้อตัดสินใจซื้อสินค้า โดยอาศัยข้อมูลที่นำเสนอผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น (online browsing and buying) และบางครั้งผู้ซื้อและผู้ขายอยู่ในเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน (multi–jurisdiction) แต่สิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายยังคงเดิมเหมือนกับการทำธุรกรรมตามปกติ ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาผู้ซื้อไม่ได้รับสินค้าที่มีคุณภาพหรือคุณสมบัติตามที่ตกลง ภายในเวลาที่กำหนด ก็จะเกิดการโต้แย้งสิทธิหรือเกิดข้อพิพาทขึ้นได้ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบเดิมจึงไม่เพียงพอ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทที่ใช้สำหรับธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต้องคำนึงถึงความคุ้มค่า ในแง่เศรษฐศาสตร์ และความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินการ

นอกจากนี้ด้วยนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการผลักดันให้ประเทศไทยก้าวสู่โมเดล “ประเทศไทย 4.0” หรือ “ไทยแลนด์ 4.0” เป็นความมุ่งมั่นของนายกรัฐมนตรีประยุทธ์ จันโอชา ที่ต้องการปรับเปลี่ยนโครงสร้างเศรษฐกิจ ไปสู่ “Value–Based Economy” หรือ “เศรษฐกิจที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม” ซึ่งหนึ่งในการขับเคลื่อนให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต้องประกอบไปด้วยอย่างน้อย

3 มิติสำคัญ หนึ่งในนั้นคือ เปลี่ยนจากการขับเคลื่อนประเทศด้วยภาคอุตสาหกรรม ไปสู่การขับเคลื่อนด้วยเทคโนโลยี ความคิดสร้างสรรค์ และนวัตกรรม ซึ่งมีขึ้นมาเพื่อรองรับเทคโนโลยีสมัยใหม่ต่างๆ ที่เกิดขึ้น

กระบวนการระงับข้อพิพาทของไทยในปัจจุบัน เป็นการดำเนินการแบบเฉพาะหน้าและตัวต่อตัว (face to face) โดยผู้ร้องเรียนต้องติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง เช่น กรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ศูนย์คุ้มครองผู้ใช้บริการทางการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทย และมูลนิธิเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น แม้ว่าหน่วยงานเหล่านี้จะจัดให้มีช่องทางในการรับเรื่องร้องเรียนเบื้องต้นและมีการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่ปัญหาที่พบ คือ การที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานในการเจรจา การไกล่เกลี่ย และการบังคับใช้ ผลการระงับข้อพิพาทจนสิ้นสุดกระบวนการและการขาดบุคลากรและเทคโนโลยีในการดำเนินงานที่เพียงพอต่อปริมาณข้อร้องเรียนที่เพิ่มมากขึ้นตามจำนวนธุรกรรมทางธุรกิจที่เติบโตขึ้นอย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ หากการซื้อขายสินค้า และบริการดังกล่าวเป็นธุรกรรมข้ามพรมแดน (cross-border transaction) ก็จะเกิดปัญหาในเรื่องขอบเขตอำนาจตามมา ด้วยข้อจำกัดเหล่านี้ทำให้ไม่สามารถเยียวยาปัญหาที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าและบริการ ทางออนไลน์แก่ผู้บริโภคได้อย่างน่าพึงพอใจ และอาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถเติบโตได้อย่างเต็มศักยภาพเพราะผู้บริโภคขาดความเชื่อมั่นในการซื้อขายสินค้าออนไลน์ดังนั้น การระงับข้อพิพาททางเลือกแบบเดิมจึงอาจไม่เพียงพอ จึงมีการคิดค้นการระงับข้อพิพาทออนไลน์ขึ้นมาใช้

การระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (Online Dispute Resolution : ODR) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทในรูปแบบใหม่ เป็นการนำเทคโนโลยีเข้ามาใช้เพื่ออำนวยความสะดวกรวดเร็วในกระบวนการระงับข้อพิพาท หลักการสำคัญในการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการระงับข้อพิพาทออนไลน์ คือ ความเป็นกลางของระบบและความเป็นอิสระของผู้ที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท (Impartiality and Independence) ค่าบริการอยู่ในเกณฑ์ที่สมเหตุสมผลสำหรับผู้บริโภค (Affordability) ผู้ให้บริการระบบมีความโปร่งใสและมีกระบวนการดำเนินการ อย่างเป็นธรรม (Fairness) นอกจากนี้ในส่วนของเทคโนโลยีที่นำมาใช้ต้องมีประสิทธิภาพและมีการรักษาความลับและความปลอดภัยอย่างเหมาะสม (Confidentiality and Security) การระงับข้อพิพาททางออนไลน์ ประกอบไปด้วย การไกล่เกลี่ยออนไลน์ การประนีประนอมออนไลน์ และการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ซึ่งในการวิจัยนี้จะทำการศึกษาเฉพาะในเรื่องอนุญาโตตุลาการออนไลน์เท่านั้น

อนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นวิธีการหนึ่งที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในนานาประเทศ เนื่องจากเป็นวิธีการที่สะดวกรวดเร็วและประหยัด แต่การอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นมีความแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม การนำกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่มาปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการมาใช้อาจทำให้เกิดอุปสรรคและปัญหาได้

จากการศึกษาสภาพปัญหาข้างต้น พบว่า สภาพปัญหากฎหมายการบังคับใช้ระบบ ODR ในส่วนของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทยยังไม่มีความชัดเจนและครอบคลุมต่อประเด็น ดังนั้น ผู้วิจัยจึงดำเนินการศึกษาเรื่องการพัฒนามาตรการทางกฎหมายโดยมุ่งศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์เพื่อให้มีการบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อรองรับแนวทางการนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้กับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยต้องคำนึงถึงประเด็นสำคัญอื่น ๆ เช่น การนำผลคำตัดสินชี้ขาดมาใช้บังคับ การรักษาความลับของข้อมูลอันเป็นความลับของลูกค้าตามข้อตกลง หรือ การส่งเอกสารต่างๆ รวมทั้งต้องสอดคล้องกับหลักสากลด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้บริโภค และส่งเสริมให้มีการใช้อนุญาโตตุลาการออนไลน์ให้มากขึ้น

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

2.2 เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

2.3 เพื่อศึกษาเสนอหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับการปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย

3. ขอบเขตการวิจัย

เพื่อเสนอหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้สอดคล้องกับการปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย โดยจะมุ่งเน้นกรณีศึกษาและสภาพปัญหาในการใช้บังคับของอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นสำคัญเพื่อหามาตรการรวมถึงข้อเสนอแนะต่างๆในการนำมาปรับปรุงระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการนำระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้นั้นยังไม่มีการกำหนดรูปแบบที่เป็นทางการ ตลอดจนการปรับปรุงหรือออกกฎระเบียบเพื่อรองรับให้คู่พิพาทที่ใช้บริการมีความเชื่อมั่นต่อระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ดังนั้นผู้วิจัยจึงมุ่งศึกษาต้นแบบจากร่างหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทออนไลน์ของ UNCITRAL รวมถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

4. ประโยชน์ที่ได้รับ

4.1 ทราบแนวคิด ทฤษฎี รูปแบบ ความหมายและประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

4.2 ทราบกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

4.3 ทราบปัญหาและวิเคราะห์วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

4.4 เพื่อเสนอแนะแนวทาง หรือ รูปแบบ วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

4.5 กระทรวงพาณิชย์และสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ สามารถนำไปใช้ในประโยชน์ได้

5. ระเบียบวิธีการวิจัย

การวิจัยเรื่องสภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้เทคนิคการวิจัยตามลักษณะของการเก็บรวบรวมข้อมูลแบ่งเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview)

5.1 การวิจัยเอกสาร (Documentary Research)

ผู้วิจัยดำเนินการวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ แนวคิด หลักการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์จากงานวิจัย ตำรา บทความต่างๆทั้งในรูปข้อมูลเอกสารและข้อมูลเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดทำขึ้นโดยผู้ทรงคุณวุฒิในประเทศและต่างประเทศ

5.2 การสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview)

ผู้วิจัยดำเนินการสัมภาษณ์ผู้เกี่ยวข้องโดยการออกแบบเครื่องมือในการตั้งคำถามสัมภาษณ์และให้ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาเครื่องมือวิจัยเพื่อให้ได้ข้อมูลที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การวิจัยและเสนอแนะแนวทางการนำการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทยอย่างมีประสิทธิภาพ

โดยผู้วิจัยกำหนดกลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลสัมภาษณ์จำนวน 4 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มอาจารย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายอนุญาโตตุลาการ กลุ่มบุคลากรหน่วยงานของรัฐและเอกชน และกลุ่มผู้ประกอบการผ่านระบบออนไลน์และผู้บริโภคสินค้าที่ทำการซื้อขายสินค้าผ่านระบบออนไลน์ เนื่องจากทั้ง 4 กลุ่มเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. กลุ่มอาจารย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการ จำนวน 5 คน

2. กลุ่มบุคลากรหน่วยงานรัฐ ได้แก่ ศาล กระทรวงยุติธรรม สถาบันอนุญาโตตุลาการ จำนวน 4 คน

3. กลุ่มบุคลากรหน่วยงานเอกชน ได้แก่ สำนักงานกฎหมาย จำนวน 1 คน

4. ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคที่คาดว่าจะใช้ระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ จำนวน 3 คน

บทที่ 2
ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี
เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

ในปัจจุบันเมื่อมีข้อพิพาททางธุรกิจเกิดขึ้น ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่เลือกที่จะใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกมากกว่าการดำเนินคดีในชั้นศาล ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น การระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นสะดวก รวดเร็ว และคู่พิพาทสามารถยุติคดีในเวลาใดก็ได้ตามที่ตนพอใจ จึงทำให้การระงับข้อพิพาททางเลือกนั้นได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้การระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีใช้กันอยู่ในปัจจุบันมีหลายวิธี ได้แก่ การเจรจา การไกล่เกลี่ยประนีประนอม และ การอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ทั้งนี้การใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกแต่ละประเภทนั้น โดยหลักขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่พิพาท กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นมาคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำวิธีการใดวิธีการหนึ่ง เช่น การไกล่เลี่ย หรือ อนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทก็ได้ แต่ทั้งนี้คู่พิพาทอีกฝ่ายจะต้องยินยอมสมัครใจด้วย ซึ่งมีความแตกต่างจากการดำเนินคดีในศาล คือ การนำคดีฟ้องต่อศาลนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่าย เพียงแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าตนถูกโต้แย้งสิทธิ หรือ ถูกริดรอนสิทธิจากอีกฝ่ายก็เพียงพอที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว

การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยไม่ใช้วิธีฟ้องศาล ซึ่งโดยหลักๆจะแบ่งได้ 4 วิธีได้แก่ การเจรจา (Negotiation) การประนีประนอมข้อพิพาท (Mediation) การไกล่เกลี่ย (Concilliation) และ การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นต้น การระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น โดยส่วนใหญ่จะนำมาใช้กับคดีแพ่ง หรือ คดีที่เป็นข้อพิพาททางธุรกิจ[1] เนื่องจาก ในการประกอบธุรกิจอาจมีเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาระหว่างคู่กรณีได้ เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากการซื้อขาย การขนส่ง การประกันภัย การโฆษณา การเช่าทรัพย์ การเช่าซื้อ การธนาคาร และอื่นๆ

---

[1] ข้อพิพาททางธุรกิจ คือ ข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกิดจากการประกอบธุรกิจและยังไม่เป็นที่ยอมรับกันในระหว่างคู่กรณี อ้างจาก เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 3

อย่างไรก็ตามข้อพิพาททางธุรกิจอาจเกิดขึ้นจากสัญญาทางธุรกิจในรูปแบบง่ายๆ ไปจนถึงสัญญาทางธุรกิจที่มีความซับซ้อน และอาจเป็นสัญญาทางธุรกิจในประเทศหรือระหว่างประเทศก็ได้ เนื่องจากในปัจจุบันรูปแบบการประกอบธุรกิจได้ขยายวงกว้างไประหว่างประเทศมากขึ้น ทำให้เกิดการค้าระหว่างประเทศและการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้นเมื่อมีการค้าระหว่างประเทศได้ขยายตัวมากขึ้น ประเทศต่างๆก็พยายามที่จะลดปัญหาที่เป็นอุปสรรคของการค้าระหว่างประเทศลง ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าหรือข้อพิพพาททางธุรกิจ ดังนั้นจึงทำให้ข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้นไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะภายในประเทศเท่านั้น ในการระงับข้อพิพาท ถ้าคู่พิพาทเลือกใช้การฟ้องคดีต่อศาลประเทศคู่พิพาท อาจทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายรู้สึกได้ว่าตนเสียเปรียบในการดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องภาษา หรือ เรื่องความมีอคติของผู้พิพากษาก็ดี

นอกจากนี้ในปัจจุบันการประกอบธุรกิจนั้นได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว เนื่องจากเป็นโลกแห่งเทคโนโลยีสารสนเทศ จึงทำให้ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำการซื้อขาย หรือดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจโดยอาศัยเทคโนโลยีเป็นสื่อกลาง และรูปแบบของการขายก็ได้เปลี่ยนไปจากอดีต คือ การซื้อขายเป็นการซื้อขายแบบออนไลน์ หรือ เป็นการซื้อขายผ่านระบบ website ดังนี้ เป็นผลให้รูปแบบข้อพิพาททางธุรกิจเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ข้อพิพาททางธุรกิจไม่ได้เกิดขึ้นจากการทำสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นจากการซื้อขายผ่านระบบออนไลน์ จึงก่อให้เกิดวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว และมีการพัฒนาการระงับข้อพิพาทออนไลน์โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งเกิดขึ้นในหลายรูปแบบทั่วโลกทั้งในแคนาดา สหรัฐอเมริกา ยุโรป และประเทศอื่นๆ โดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการนำการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมมาอยู่ในระบบออนไลน์ ซึ่งในบทนี้ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงความเป็นมาและคำนิยามของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์ รวมถึงหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ มีรายละเอียดดังนี้

1. ความเป็นมาและคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ บางครั้งเรียกว่า การอนุญาโตตุลาการไซเบอร์ หรือการอนุญาโตตุลาการอิเล็กทรอนิกส์ หรือการอนุญาโตตุลาการที่ใช้เทคนิคออนไลน์[2] เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อนักวิชาการทางกฎหมายตั้งแต่กลางทศวรรษที่ 90 การดำเนินการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นนอกเหนือจากวิธีทางศาล ซึ่งได้ดำเนินการผ่านทางวิธีการออนไลน์ (Online Dispute Resolution: ODR) โดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ ดังนั้นผู้วิจัยจะขออธิบายถึงวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทออนไลน์เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ การระงับข้อพิพาทนอกศาลผ่านทางออนไลน์มีวิวัฒนาการแบ่งออกได้เป็น 3 ช่วงดังนี้[3]

1. ช่วงระยะเวลาก่อนปี ค.ศ. 1995 : เป็นช่วงที่รูปแบบของการระงับข้อพิพาทที่มีถูกใช้อย่างไม่เป็นทางการโดยจำกัดเฉพาะการระงับข้อพิพาทในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น ในช่วงนี้มีเครื่องมือทางสื่ออิเลคทรอนิกส์มากมายนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาท แต่ก็ยังไม่มีสถาบันหรือองค์กรใดๆ ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินการในการระงับข้อพิพาทออนไลน์โดยเฉพาะ
2. ช่วงระยะเวลาระหว่างปี ค.ศ. 1995 – ค.ศ. 1998 : เป็นช่วงที่ระบบอินเตอร์เน็ต (Internet) ได้รับกรพัฒนาและเป็นที่นิยมมากขึ้นเรื่อยๆ จนมีการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งองค์กรหรือสถาบันที่เข้ามามีบทบาทในการขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้อินเตอร์เน็ต จนกระทั่งเกิดมีการคิดค้นโครงการ ODR มาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เช่น The Virtual Magistrate Project , The Online Ombuds Office , The Maryland family Mediation Project เป็นต้น จะเห็นได้ว่าในช่วงนี้ ODR เป็นที่ต้องการและเป็นที่ยอมรับมากขึ้น
3. ช่วงระยะเวลาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1998 จนถึงปัจจุบัน : เป็นช่วงที่ ODR เป็นที่ยอมรับจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชนว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการใดๆ ผ่านวิธีออนไลน์ สามารถยุติได้โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ผ่านทาง

---

[2] อนุญาโตตุลาการออนไลน์ (Online Arbitration) มีชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น cyber–arbitration, cybitration, cyberspace arbitration, virtual arbitration, electronic arbitration หรือ arbitration using online techniques อ้างใน Rafal Morek," Admissibility within the current legal framework", Online Arbitration, last visited Feb.1.2018, from http://odr.info/cyberweek/Online%20Arbitration_Rafal%20Morek.doc,

[3] Etan Katsh and Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in Cyberspace*, San Fransico: Jossey–Bass, 2001, P.47

ออนไลน์ได้ด้วยเช่นกัน โดยในยุคนี้เป็นที่ยอมรับว่า ODR เป็นกระบวนการที่เหมาะสมเป็นทางเลือกลำดับแรกสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการผ่านออนไลน์ อีกทั้งเป็นที่ยอมรับว่าเทคโนโลยีที่ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการผ่านทางออนไลน์ก็สามารถนำมาใช้ได้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในรูปแบบธรรมดาได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน

จากวิวัฒนาการดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ODR มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ และอาจกล่าวได้ว่าการระงับข้อพิพาทออนไลน์ หรือ ODR เป็นการนำการระงับข้อพิพาททางเลือกมาดำเนินการในรูปแบบออนไลน์นั่นเอง ดังนี้การอนุญาโตตุลการออนไลน์ จึงเป็นรูปแบบอย่างหนึ่งในการระงับข้อพิพาทออนไลน์

การดำเนินการอนุญาโตตุลการออนไลน์ (Online Arbitration) เกิดขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1996 จากโครงการ The Virtual Magistrate (VMAG) ซึ่งเป็นโครงการที่มีบทบาทเป็นอย่างมากทางด้านวิชาการ ซึ่งโครงการนี้เป็นเจ้าภาพโดย The Villanova Center for Information Law and Practice และก่อตั้งโดย the National Conference of Automated Information Research (NCAIR) วัตถุประสงค์ของโครงการนี้มีขึ้นเพื่อพัฒนาระบบการปฏิบัติการโดยสามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากบุคคลภายนอกที่มีความประสงค์จะนำข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการล่วงละเมิดสิทธิของตนโดยนำขึ้นสู่ระบบดังกล่าวนี้ โครงการ VMAG มีการสร้างระบบการระงับข้อพิพาทเพื่อให้บุคคลที่มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมที่ผ่านการดำเนินการออนไลน์ใช้เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทโดยได้มีการวางระบบให้ผู้ร้องเรียนยื่นข้อพิพาทต่อผู้จัดการโครงการ (Project manager) ผ่านทาง e-mail หลังจากนั้นโครงการ VMAG จะดำเนินการติดต่อผู้ถูกกล่าวหาหรือฝ่ายจำเลยผ่านทาง e-mail เพื่อถามความสมัครให้เข้าร่วมกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยโครงการจะเป็นผู้เลือกบุคคลที่จะเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการต่างๆจะกระทำผ่านทางออนไลน์ทั้งสิ้น รวมถึงการยื่นเอกสารต่างๆของคู่พิพาทจะต้องส่งผ่านทาง e-mail เท่านั้น หลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้รับเอกสารต่างๆเรียบร้อยแล้วก็จะมีคำชี้ขาดภายใน 3 วันทำการ

อย่างไรก็ตามโครงการ VMGA ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเนื่องจากเหตุผลประการสำคัญคือ โครงการดังกล่างเป็นโครงการอาสาสมัครและผู้จัดการโครงการไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ ทั้งนี้ภายหลังจากการริเริ่มโครงการ VMGA ทำให้ระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์เชิงพาณิชย์ได้ขยายวงกว้างขึ้น โดยมีตั้งแต่การไกล่เกลี่ยออนไลน์ (online mediation) จนถึงอนุญาโตตุลาการออนไลน์ (online arbitration)

เมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการออนไลน์แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการนำเทคโนโลยีเข้ามาใช้กับการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและประหยัดค่าจ่ายในการระงับข้อพิพาท

ในส่วนคำนิยามของคำว่าอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นมีการให้คำนิยามไว้ กล่าวคือ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทตกลงจะให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยมีอนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) เป็นคนกลางผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาด โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเดินทางมาพบกันเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณา หากแต่ได้มีการนำเอาเทคโนโลยีในรูปแบบใหม่มาใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่คิพาทกับอนุญาโตตุลาการ หรือระหว่างคู่พิพาทด้วยกันเองหรือระหว่างคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการกับสถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาท[4]

นอกจากนี้อาจกล่าวได้ว่าอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นเป็นกระบวนการดำเนินอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเฉพาะ คือ การดำเนินการอนุญาโตตุลาการการทั้งหมดจะต้องกระทำผ่านวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดเพื่อช่วยในการติดต่อสื่อสารและดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เช่น e-mails, Video over Internet Protocol (VoIP), chat rooms เป็นต้น การใช้การติดต่อสื่อสารโดยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งและเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆ กลายเป็นการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ดังนั้นถ้ามีการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพียงบางส่วน หรือเพียงครั้งคราวในการพิจารณาข้อพิพาท ก็ไม่ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ เช่น คู่พิพาทใช้การส่ง e-mail ในการติดต่อสื่อสาร แต่ในการส่งพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งกลับใช้วิธีการส่งเอกสารโดยวิธีปกติ เป็นต้น กรณีดังกล่าวถือเป็นการอนุญาโตตุลาการแบบเดิม แม้จะมีการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เข้าไปด้วย แต่เนื่องจากใช้เพียงบางส่วนเท่านั้น จึงไม่เป็น การอนุญาโตตุลาการออนไลน์

อย่างไรก็ตามได้มีนักวิชาการบางส่วนมีความเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมด กล่าวคือ ไม่ได้ใช้ลักษณะของข้อพิพาทเป็นฐานในการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการออนไลน์กับแบบดั้งเดิม เนื่องจากในความเป็นจริงข้อพิพาท

---

[4] LUCILLE M. PONTE, *Cyberjustice: Online Dispute Resolution(ODR) for E-Commerce* , New Jersey: PEARSON Prentice Hall, 2004, p.18

ที่เกิดด้วยวิธีการออฟไลน์หรือแบบดั้งเดิมก็ใช้การอนุญาโตตุลาการแบบออนไลน์ได้ เช่น ยื่นข้อเรียกร้องโดยผ่านอีเมล์ หรือใช้การสืบพยานผ่านวิธีการอิเล็กทรอนิกส์[5]

เมื่อพิจารณาถึงคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเฉพาะ โดยมีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการจึงทำให้กระบวนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะพิเศษ จากคำนิยามดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า หากเปรียบเทียบระหว่างอนุญาโตตุลาการที่ไม่ดำเนินการผ่านออนไลน์ (Offline Arbitration) กับ อนุญาโตตุลาการออนไลน์ (Online Arbitration) จะเห็นได้ว่ามีข้อแตกต่างอยู่ที่อนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแทนการติดต่อแบบซึ่งหน้าเหมือนในรูปแบบปกติ อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ก็ยังคงยึดถือและนำหลักการของการอนุญาโตตุลาการแบบปกติมาใช้อยู่ เพียงแต่มีการนำเอาวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ประกอบเพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว และประหยัดอันส่งผลให้กระบวการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาถึงความหมายของอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นจะเห็นได้ว่ามีพื้นฐานแนวคิดมาจากการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นหนึ่งในการระงับข้อพิพาททางเลือก กล่าวคืออนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการนำเทคโนโลยีมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง ดังนั้นแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์จึงเป็นการผสมผสานระหว่างทฤษฎี ของการอนุญาโตตุลาการ และ แนวคิด ทฤษฎีเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึง ทฤษฎี ของการอนุญาโตตุลาการเป็นพื้นฐาน และ หลักการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องต่างๆ ดังนี้

2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีผลต่อทัศนะคติในการดำเนินการของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาล

---

[5] สุพจี รุ่งโรจน์, “การสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อขจัดอุปสรรคของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย”, *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฉบับเนื่องในวาระครบรอบ 20 ปี*, ฉบับพิเศษ ครบรอบ 20 ปี : หน้า 449-461

ในการแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการแบ่งได้เป็น 4 ทฤษฎี ดังนี้

2.1.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้ที่เห็นว่ารัฐมีอำนาจเข้ามาควบคุมและวางหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือในดินแดนของตน โดยรัฐเป็นผู้มีอำนาจที่จะควบคุมกิจการต่าง ๆ ที่ได้กระทำภายในรัฐนั้นได้ ทฤษฎีนี้เห็นว่าศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นมีอำนาจใช้และตีความกฎหมาย ส่วนภาคเอกชนจะทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมเช่นดังศาลได้เฉพาะเมื่อรัฐมอบหมายหรือให้อำนาจเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีอำนาจรัฐจึงเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการที่กระทำในรัฐใด รัฐนั้นจะมีอำนาจควบคุมการอนุญาโตตุลาการนั้นได้ โดยวิธีการยอมรับผลทางกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีอำนาจรัฐนั้นให้อำนาจอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทคล้ายกับอำนาจหน้าที่ของศาล ดังนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎีอำนาจรัฐถือว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจกึ่งตุลาการคือ เมื่ออนุญาโตตุลการชี้ขาดขี้พิพาท จะส่งผลให้คำชี้ขาดนั้นผูกพันคู่พิพาทและถึงที่สุด รวมถึงทฤษฎีนี้เห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจ หน้าที่ของการอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาด กระทำได้ก็แต่โดยรัฐอนุญาตเท่านั้น หาใช่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาหรือคู่พิพาทไม่

ทฤษฎีอำนาจรัฐถือว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจกึ่งตุลาการ กล่าวคืออนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจและหน้าที่คล้ายกับศาล คือทำหน้าที่พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีหรือข้อพิพาท และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาล อนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐ “มอบอำนาจ” (Delegate Authority) ให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐ ในการชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น หากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลที่จะบังคับได้ แต่การอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกับศาลตรงที่มาของอำนาจ ศาลได้อำนาจโดยตรงมาจากรัฐและมีอำนาจตุลาการตลอดไป ขณะที่อนุญาโตตุลาการแม้ได้อำนาจโดยตรงมาจากรัฐก็จริง แต่อำนาจตุลาการที่ได้รับมาจากรัฐนั้น จำกัดเฉพาะการระงับข้อพิพาทของคู่สัญญาหรือคู่พิพาทที่ตั้งตนเท่านั้น

ทฤษฎีนี้เห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจ หน้าที่ของการอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาด กระทำได้ก็แต่โดยรัฐอนุญาตเท่านั้น หาใช่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาหรือคู่พิพาทไม่[6]

ลักษณะเด่นของทฤษฎีนี้ คือ เน้นอธิปไตยของชาติ ทฤษฎีนี้เข้าใจว่า ทุกกิจกรรมที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอยู่ในอำนาจของรัฐ ทฤษฎีอำนาจรัฐไม่ได้โต้แย้งความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการมีต้นกำเนิดมาจากสัญญา แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการและวิธีการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการควบคุมโดยกฎหมายของรัฐและความถูกต้องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะตัดสินโดยกฎหมายของสถานที่ทำการพิจารณาและยอมรับหรือการบังคับใช้ตามที่ต้องการผลของทฤษฎีนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะได้รับสถานะเดียวกัน และมีผลการตัดสินเหมือนที่ทำโดยผู้พิพากษาศาล

ทฤษฎีนี้ผู้ที่กล่าวอ้างคือศาสตราจารย์เฟรดเดอริค อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann) และประเทศที่ยึดถือปฏิบัติตามแนวทฤษฎีนี้ คือ ประเทศที่อยู่ในระบบสังคมนิยม ซึ่งส่วนใหญ่จะมีการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ[7]

2.1.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญา กล่าวคือ เกิดจากสัญญาที่คู่พิพาทตกลงโดยสมัครใจให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นอำนาจหน้าที่ต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการจึงเกิดจากสัญญา เมื่อทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญา คู่กรณีหรือคู่พิพาทจึงเป็นผู้มีอำนาจกำหนดระบบการเลือกอนุญาโตตุลาการ การกำหนดเวลา สถานที่ในการชี้ขาดข้อพิพาท การกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และตกลงที่จะยอมรับปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยคู่พิพาทจะเลือกใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือจะตั้งอนุญาโตตุลาการเองโดยไม่ใช้บริการของสถาบันใดก็ได้[8]

---

[6] Julian Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York: Oceana Sijthoff, 1978, para.66. อ้างใน ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557, หน้า 17

[7] Frederick Alexander Mann, *Lex Facit Arbitrum: Liber Amicorum for Martin Domke*, Pieter San-ders,ed. The Hague: Nijhoff, 1967, pp.157-162 อ้างใน เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 34

[8] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 34

ทฤษฎีนี้มีความเห็นตรงกันข้ามกับทฤษฎีอำนาจรัฐ โดยให้เหตุผลว่า การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากเจตนาและความยินยอมของคู่พิพาทโดยสมัครใจ ไม่มีกฎหมายมาบังคับให้กระทำการเช่นนั้น นอกจากนี้คำชี้ขาดก็เป็นผลจากการตกลงกันของคู่กรณี หมายความว่า คู่กรณีตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้มีผลผูกพันในทางสัญญา (Binding Contractual Force) และสมัครใจที่จะปฏิบัติตามขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องของ“ความตกลงหรือสัญญานั้นต้องได้รับการปฏิบัติตาม” หรือ “Pacta Sunt Servanda” ดังนั้นทฤษฎีนี้รัฐจึงไม่มีอำนาจแทรกแซง หรือไม่มีอิทธิพลต่อการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งจะเห็นตัวอย่างได้ชัดเจนจากกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากข้อตกลงของคู่กรณีทั้งสิ้น[9]

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นสัญญาที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ผลจากหลักความสัมพันธ์ของสัญญาที่ทำโดยตัวแทน ซึ่งก็คือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มีผลผูกพันกับคู่สัญญาซึ่งต้องยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่ามีผลผูกพันตามสัญญาและมีผลบังคับใช้ ส่งผลให้กฎหมายภายในของรัฐมีอิทธิพลต่อการอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดน้อยมาก เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาที่คู่กรณีมีเสรีภาพในการกำหนดขอบเขตและเงื่อนไขต่างๆ ของการอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการจึงมีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่กระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้ตกลงกันไว้เท่านั้น นอกจากนี้ผลของทฤษฎีนี้ยังส่งผลให้คู่พิพาทมีสิทธิกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด อย่างไรก็ตามในส่วนที่คู่พิพาทไม่ได้ระบุกฎหมายที่จะใช้บังคับไว้ อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีหน้าที่หาเจตนารมณ์ของคู่พิพาทจากสัญญาอนุญาโตตุลาการและสัญญาที่เกี่ยวข้องอื่นๆ[10]

ทฤษฎีสัญญานั้นมีจุดอ่อนที่ทำให้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก กล่าวคือ การอธิบายว่าอนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนของคู่สัญญาหรือคู่พิพาทนั้นไม่เป็นที่ยอมรับ ซึ่งประกอบไปด้วยเหตุผลหลายประการ มีดังนี้ ประการแรก ตามหลักกฎหมายว่าด้วยตัวการตัวแทนนั้น ตัวแทนจะต้องกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการเท่านั้น แต่ภารกิจของอนุญาโตตุลาการคือ การดำเนินการอย่างเป็นกลาง ไม่มีอคติ ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประการที่สอง อำนาจของตัวแทนสามารถถูกเพิกถอนได้ตลอดเวลาหากตัวการไม่ต้องการให้กระทำการแทน ในขณะที่อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถถูกเพิกถอนได้โดยคู่สัญญา

---

[9] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 35

[10] “เรื่องเดียวกัน”

หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง[11] ดังนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าจึงทำให้ขัดกับผลของทฤษฎีสัญญาที่กล่าวว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

อย่างไรก็ตามมีผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้บางส่วน โดยให้ความเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา มุ่งเน้นในเรื่องของเสรีภาพในการแสดงเจตนา ดังนี้จึงทำให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทมีเสรีภาพที่จะตกลงกันเพื่อสนองเจตนารมณ์ของคู่สัญญา[12]

ทฤษฎีนี้มีนักวิชาการให้การสนับสนุนหลายท่าน เช่น นิโบเย่ (Niboyet) และศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)[13]

2.1.3 ทฤษฎีผสม (The Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้เป็นการผสมผสานระหว่างทฤษฎีสัญญาและทฤษฎีอำนาจรัฐ โดยเห็นว่าการดำเนินการที่สมบูรณ์แบบของอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศขึ้นอยู่กับองค์ประกอบทั้งทฤษฎีสัญญาและทฤษฎีอำนาจรัฐ กล่าวคือ กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกแบบคู่ กลไกหนึ่งมาจากทฤษฎีสัญญา กล่าวคือ องค์ประกอบในสัญญาอนุญาโตตุลาการสะท้อนให้เห็นการโต้แย้ง การตัดสิน บุคคลที่มีอำนาจในการเลือกอนุญาโตตุลาการ กฎระเบียบในการควบคุม ขั้นตอน การตัดสินและเรื่องสำคัญ ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากสัญญา ส่วนอีกกลไกหนึ่งมาจากทฤษฎีอำนาจรัฐเพราะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีการดำเนินการภายในระบอบการปกครองตามกฎหมายของรัฐเพื่อตรวจสอบ ความถูกต้องของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับใช้ของคำชี้ขาด

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงดังกล่าวการอนุญาโตตุลาการก็จะใช้กฎหมายสารบัญญัติโดยปฏิบัติตามหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนในเรื่องวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีได้เช่นกัน เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ โดยที่ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญแก่กฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ จึงส่งผลให้ทฤษฎีนี้เป็นที่ยอมรับ

---

[11] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557, หน้า 17

[12] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 18

[13] Julian D.M. Lew, *Applicable Law In International Commercial Arbitration*, New York: Oceana Publication, Inc., 1978, pp. 51–61. อ้างใน เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 35

โดยใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน ผู้ที่คิดค้นทฤษฎีนี้คือ ศาสตราจารย์ซอสเซอร์–ฮอลล์ (Professor Sauser–Hall)[14]

2.1.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีสภาพหรือลักษณะที่เป็นเอกเทศ เป็นอิสระในตัวเอง โดยทฤษฎีนี้พัฒนามาจากแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากความต้องการของภาคเอกชน เนื่องจาก นักธุรกิจต้องการวิธีที่สะดวกและเหมาะสมเพื่อระงับข้อพิพาท ทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย อย่างไรก็ตามความเห็นนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นก่อนที่จะมีความเจริญทางด้านธุรกิจ

ผลของทฤษฎีนี้ ทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นแบบมุมกว้าง กล่าวคือ คู่สัญญาหรือคู่พิพาทมีเสรีภาพในการเลือกองค์ประกอบต่างๆของการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายของประเทศต่างๆ[15] ดังนั้น ทฤษฎีนี้ทำให้ผู้ที่เห็นด้วยยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า “Denationalized Arbitration” หรือ “Non–National Arbitration”และคู่กรณีมีอิสระที่จะควบคุมการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาและรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีนี้จึงไม่เป็นที่ยอมรับ แต่เป็นทฤษฎีที่ใช้ในการศึกษามากกว่าการนำไปปฏิบัติ[16] สำหรับผู้ริเริ่มแนวความคิดนี้คือ มาดาม รูเบลลิน เดอวิชิ (Madame Rubellin Devichi)

นอกจากนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหลักการพื้นฐานสำคัญที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับและประสบผลสำเร็จ คือ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นวิธีการที่สะดวก(Convenience) น่าเชื่อถือ(Trust) และผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการมีความชำนาญ (Expertise) โดยมีวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาท คือ ต้องการให้มีการเข้าถึงและการเข้ามามีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทได้ง่ายขึ้น เพื่อให้การระงับข้อพิพาทเกิดความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ความท้าทายในการสร้างระบบการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

---

[14] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, หน้า 36

[15] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 36

[16] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*,กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557, หน้า 19

ออนไลน์ คือ การผสมผสานทำให้เกิดความลงตัวระหว่าง 3 หลักการดังกล่าว สะดวก (Convenience) น่าเชื่อถือ (Trust) และความชำนาญ (Expertise) โดยทั้ง 3 หลักการนี้จะต้องทำงานอย่างสัมพันธ์กัน

3. แนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

การอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นรูปแบบหนึ่งของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution : ODR) เนื่องจากในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทออนไลน์นั้นมีหลายวิธีการด้วยกัน คือ การเจรจาต่อรองออนไลน์ (Negotiation Online) การไกล่เกลี่ยออนไลน์ (Mediation Online) และ การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ (Arbitration Online) โดยทั้งหมดอาศัยหลักการพื้นฐานร่วมกัน คือ เป็นหลักการที่เกิดขึ้นจากการนำสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งถ้าพิจารณาจากหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์จะเห็นได้ว่าคดีที่นำใช้กับระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ หรือ ODR ส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายสินค้าหรือบริการผ่านระบบทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นผู้วิจัยจะขออธิบายถึงแนวคิดเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนี้

3.1 แนวคิดเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

จากพฤติกรรมการติดต่อสื่อสารของมนุษย์นับแต่อดีตกาลที่การติดต่อสื่อสารของมนุษย์จะต้องอาศัยการติดต่อสื่อสารเฉพาะหน้าเท่านั้น ไม่ว่าจะแสดงโดยใช้กริยาท่าทาง หรือ การพูด และต่อมาพัฒนาเป็นการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง เช่น การใช้คนหรือสัตว์เป็นพาหนะในการติดต่อสื่อสารระหว่างที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง แต่เนื่องจากการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการ ดังกล่าวต้องเสียเวลามาก และอาจเกิดอุปสรรคนานัปการกว่าที่สารหรือข้อความจะถึงผู้รับปลายทาง หรือข้อความของผู้ส่งอาจ ไปไม่ถึงผู้รับปลายทางโดยที่ผู้ส่งอาจไม่ทราบ ดังนั้นมนุษย์จึงได้พยายามคิดค้นวิธีการติดต่อสื่อสารรูปแบบใหม่ เพื่อให้การ ติดต่อสื่อสารมีความปลอดภัย สะดวกและรวดเร็วประหยัดเวลามากยิ่งขึ้น โดยการกำหนดรูปแบบหรือจัดระบบการติดต่อสื่อสาร หรือระบบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อความให้มีความปลอดภัยมากขึ้น ทั้งนี้เกิดจากการผสมผสานระหว่างแนวความคิดริเริ่มแบบใหม่ ประกอบกับการพัฒนาของเทคโนโลยี เช่น การส่งไปรษณีย์ โทรเลข หรือโดยการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรศัพท์ หรือโทรสาร เป็นต้น จวบจนปัจจุบันที่เทคโนโลยีสารสนเทศเป็นตัวแปร สำคัญต่อการที่สังคมก้าวเข้าสู่ยุค “สังคมสารสนเทศ (The Information Society)” หรือที่เรียกกัน ว่าเป็นยุคของสังคมแห่งข้อมูล

ข่าวสาร เป็นสังคมที่มีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ[17] (Information Technology) หรือที่เรียกว่า IT เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ และการประกอบการ จากแนวคิดดังกล่าวจึงทำให้เกิดธุรกรรมประเภทใหม่ที่ไม่ได้มีการติดต่อสื่อสารเฉพาะหน้าเท่านั้น แต่เป็นการทำธุรกรรมโดยติดต่อสื่อสารผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศ นั่นก็คือ ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

อย่างไรก็ตามเมื่อกล่าวถึงธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ก็ต้องกล่าวถึงพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เช่นเดียวกัน ซึ่งในความเข้าใจของคนส่วนใหญ่นั้นมีแนวโน้มเข้าใจว่าทั้งสองคำนี้มีความหมายเช่นเดียวกัน ดังนี้ผู้วิจัยจึงขออธิบายความหมายของทั้ง 2 คำนี้ เนื่องจากทั้งธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มีความสัมพันธ์กับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Transaction) หมายถึง กิจกรรมใด ๆ ที่กระทำขึ้นระหว่างหน่วยธุรกิจ บุคคล รัฐ ตลอดจนองค์กรเอกชนหรือองค์กรของรัฐใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ การค้า และการติดต่องานราชการ โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ยกตัวอย่าง เช่น การซื้อขายสินค้าผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การสมัครสมาชิกผ่านระบบออนไลน์ การตกลงทำสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาตกลงตามข้อบังคับต่างๆ บนเครือข่าย การโอนเงินด้วยระบบอัตโนมัติผ่านระบบเครือข่าย การสื่อสารรับ-ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วยเครือข่ายการสื่อสาร และการสอบถามข้อมูลผ่านระบบออนไลน์ เป็นต้น แต่ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ e-commerce เป็นการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายที่ครอบคลุมการซื้อการขายสินค้าและบริการ โดยกระทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรศัพท์ โทรทัศน์ คอมพิวเตอร์ เครือข่ายอินเทอร์เน็ต เป็นต้น[18]

ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Transaction) ในความหมายขององค์การความร่วมและการพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD) หมายถึงการซื้อขายหรือบริการไม่ว่าจะเป็นการซื้อขาย

---

[17] ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศ พ.ศ. 2535 ข้อ 5 และร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกัน พ.ศ. .... มาตรา 3 ได้ให้ความหมายคำว่า “เทคโนโลยีสารสนเทศ” ไว้ดังนี้ “เทคโนโลยีสารสนเทศ” หมายความว่า ความรู้ในผลิตภัณฑ์หรือในกระบวนการดำเนินการใดๆ ที่อาศัยเทคโนโลยีซอฟต์แวร์ (Software) ฮาร์ดแวร์ (Hardware) การติดต่อสื่อสาร การรวบรวมและการนำข้อมูลมาใช้ทันการ เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพ ทั้ง ทางด้านการผลิต การบริการ การบริหาร และการดำเนินงานรวมทั้งเพื่อการศึกษาและการเรียนรู้ ซึ่งจะส่งผล ต่อความได้เปรียบ ทางด้านเศรษฐกิจ การค้า และการพัฒนาด้านคุณภาพของประชาชนในสังคม”

[18] www.ictlawcenter.etda.or.th, “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Transaction) กับ การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) เหมือนกันหรือไม่ อย่างไร”, ค้นคืนเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก https://ictlawcenter.etda.or.th/faqs

ระหว่างธุรกิจ ครัวเรือน ส่วนตัว หรือรัฐบาล หรือองค์กรเอกชน โดยมีการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านทางเครือข่านคอมพิวเตอร์ แต่การชำระเงินหรือการส่งของอาจจะใช้วิธีปกติก็ได้[19]

ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ความหมายตาม มาตรา 4 ของพรบ.ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 หมายถึง ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

ในขณะที่พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-commerce นั้น มีผู้ให้คำนิยามไว้เป็นจำนวนมาก แต่ไม่มีคำจำกัดความใดที่ใช้เป็นคำอธิบายไว้อย่างเป็นทางการ ซึ่งมีดังนี้[20]

"พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การดำเนินธุรกิจโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์" (ศูนย์พัฒนาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์, 2542)"

"พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การผลิต การกระจาย การตลาด การขาย หรือการขนส่งผลิตภัณฑ์และบริการโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์" (WTO, 1998)

"พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ ธุรกรรมทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมเชิงพาณิชย์ทั้งในระดับองค์กรและส่วนบุคคล บนพื้นฐานของ การประมวลและการส่งข้อมูลดิจิทัลที่มีทั้งข้อความ เสียง และภาพ" (OECD, 1997)

จากความหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์กับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ผู้วิจัยเห็นว่าสองคำนี้มีความหมายที่ใกล้เคียงกันแต่อันที่จริงแล้วมีความหมายต่างกันและเห็นได้ว่าธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์(Electronic Transaction)มีขอบเขตที่กว้างกว่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-commerce)

กล่าวโดยสรุปผู้วิจัยเห็นว่าจากแนวคิดที่ต้องการให้มีการติดต่อสื่อสาร ค้าขาย หรือทำธุรกรรมใดๆได้อย่างไร้พรมแดน โดยใช้เทคโนโลยีเป็นสื่อกลาง จึงทำให้เกิดการคิดค้นรูปแบบการติดต่อ ซื้อขายและทำธุรกรรมแบบใหม่ที่ไม่ต้องเป็นการทำแบบเฉพาะหน้า ซึ่งเป็นที่มาของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์กับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และนับว่าตัวแปรสำคัญที่ทำให้การซื้อขายระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคเปลี่ยนไปจากเดิม กล่าวคือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงอาจจะเกิดจากการติดต่อซื้อขายผ่านระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั่นเอง ดังนี้ทำให้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบเดิมไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ จึงมีการคิดค้นพัฒนาระบบการ

---

[19] www.oecd.org, "The OECD Definitions of Internet and E-Commerce Transactions", ค้นคืนเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก https://www.oecd.org/internet/ieconomy/2771174.pdf

[20] www.thaiecommerce.org, "ความรู้เบื้องต้น E-Commerce", ค้นคืนวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://www.thaiecommerce.org/index.php?lay=show&ac=article&Id=538636758&Ntype=6

ระงับข้อพิพาทออนไลน์ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

การพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีและการสื่อสารในปัจจุบันทำให้การติดต่อสื่อสารระหว่างกันทำได้สะดวก รวดเร็ว ประหยัด และมีคุณภาพในการสื่อสารที่สูงขึ้น ดังนั้นจึงทำให้หน่วยงานต่างๆ ของภาครัฐและภาคเอกชนมีการปรับตัวเพื่อสร้างโอกาสในการแข่งขัน และเพื่อเสริมประสิทธิภาพในการทำงานให้สะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายมากขึ้น การนำเทคโนโลยีสารสนเทศในรูปแบบต่างๆเข้ามาทดแทนหรือเสริมกระบวนการในการทำงานจึงมีให้เห็นอย่างแพร่หลาย ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการนั้นมีแนวความคิดที่มีการวางรากฐานของการยอมรับรูปแบบของการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ เห็นได้จากบทบัญญัติใน New York Convention (1958) และ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) (แก้ไขปี 2006)

นอกจากนี้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้มีการพัฒนารูปแบบ วิธีการเพื่อนำเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาช่วยเหลือในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น และพัฒนาไปสู่อนุญาโตตุลาการออนไลน์ในปัจจุบัน ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะอธิบายลักษณะของเทคโนโลยีต่างๆ ที่นำมาใช้หรือมีแนวโน้มว่ามีการนำมาใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ดังนี้

3.2 การรับและการส่งเอกสารผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์

3.2.1 จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail)

จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) คือ รูปแบบการติดต่อสื่อสารอีกประเภทหนึ่งที่ใช้เครือข่ายอินเตอร์เน็ต เพื่อช่วยให้การติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลสะดวก และรวดเร็วยิ่งขึ้น เมื่อเปรียบเทียบระหว่างกรณีของการส่งจดหมายธรรมดานั้น ผู้ส่งจะต้องมีการระบุชื่อและที่อยู่ของผู้รับ ในการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน ที่ผู้ส่งจะต้องระบุที่อยู่ของผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น เรียกว่า E-mail address เช่น Sireekarn@gmail.com โดย e-mai address เปรียบเสมือนชื่อบุคคล เลขที่บ้าน และที่อยู่ในการส่งจดหมายธรรมดา ซึ่งประกอบไปด้วย ชื่อผู้ใช้ (User name) คือ Sireekarn และ โดเมนเนม (Domain name) คือ gmail.com

ปัจจุบันลักษณะของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ประกอบด้วย 2 ส่วนหลัก คือ 1) ส่วนหัว (Header e-mail) ได้แก่ อีเมล์ของผู้ส่ง อีเมล์ของผู้รับ หัวข้อเรื่อง วัน เวลาจากเครื่องผู้ส่ง และ 2) ส่วนเนื้อความ (Body e-mail) ส่วนเนื้อความของอีเมล์เป็นเนื้อหาที่ต้องการสื่อสาร นอกจากนี้การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ส่งอาจใช้โปรแกรมในการรับส่ง ซึ่งปัจจุบันมีโปรแกรมหลายชนิดที่ทำหน้าที่ในการรับและส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เช่น Groupmail, MailList Controller,

Microsoft Outlook Express เป็นต้น ในส่วนกระบวนการรับ–ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ มีกระบวนการเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อนมาก เพราะต้องใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นประกอบด้วย เช่น Modem และเครือข่ายอินเตอร์เน็ต ซึ่งต้องผ่านสื่อกลางหรือผู้ให้บริการอีกหลายแห่ง เช่น Hotmail.com, Gmail.com เป็นต้น[21]

จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นวิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ในลักษณะของข้อมูลดิจิทัล[22] ระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ส่งและผู้รับ โดยมีการนำวิธีการนี้มาใช้ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 1960 และในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 1970 ได้มีการจัดรูปแบบและเรียกการใช้งานระบบนี้ว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E–mail) ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 2010 ซึ่งเป็นช่วงเริ่มต้นของระบบเครือข่ายอินเตอร์เน็ต ระบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ให้บริการบนเครือข่ายอินเตอร์เน็ตของผู้ให้บริการบางรายยังต้องกำหนดให้ผู้รับและผู้ส่งข้อมูลเข้าใช้งานระบบเครือข่าย (Online) ในเวลาเดียวกัน คล้ายกับระบบการส่งข้อความผ่านเครือข่าย (Instant messaging) แต่ในปัจจุบันระบบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้มีการพัฒนาให้มีการทำงานแบบเก็บรักษาและส่งต่อ (Store and forward model) คือ การรับ การเก็บรักษา และการส่งต่อข้อความ โดยที่ผู้ใช้งานไม่จำเป็นต้องอยู่ในระบบเครือข่ายในเวลาเดียวกัน

การใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในปัจจุบัน จะใช้ในรูปแบบของการติดต่อสื่อสาร ประสานงาน แลกเปลี่ยนความคิดเห็น การส่งเอกสารที่มีจำนวนไม่มากนัก และเป็นการติดต่อในลักษณะที่ไม่เร่งด่วน มีความสำคัญในระดับกลาง เนื่องจากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถแนบเอกสารหรือส่งต่อเอกสารจะมีการจำกัดขนาดของข้อมูลที่มีการส่งตามที่ผู้ให้บริการกำหนด นอกจากนี้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ยังมีระบบป้องกันโดยการใช้การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในการป้องกันและตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง

3.2.2 การเข้าถึงข้อมูลผ่านระบบเครือข่าย (File Sharing, Client–Serve และ Peer to Peer Network)

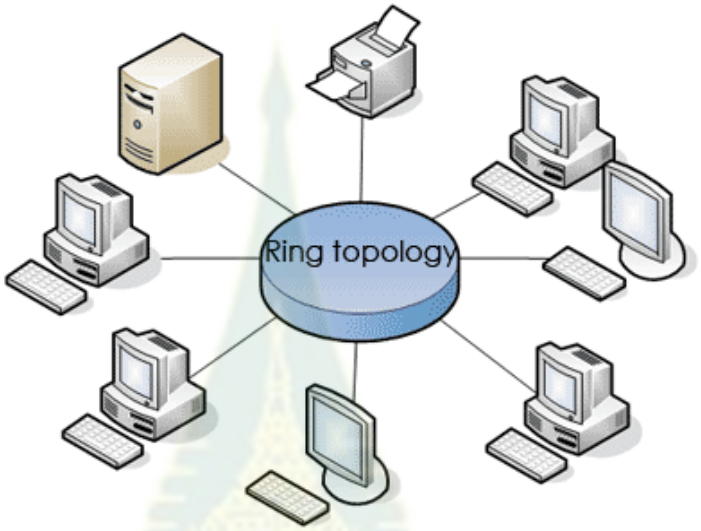
ระบบเครือข่ายภายใน (Local–area network หรือ LAN) เป็นการขยายขอบเขตทางภูมิศาสตร์การทำงานของเครื่องตคอมพิวเตอร์ที่มีขอบเขตจำกัด (เฉพาะภายใน

---

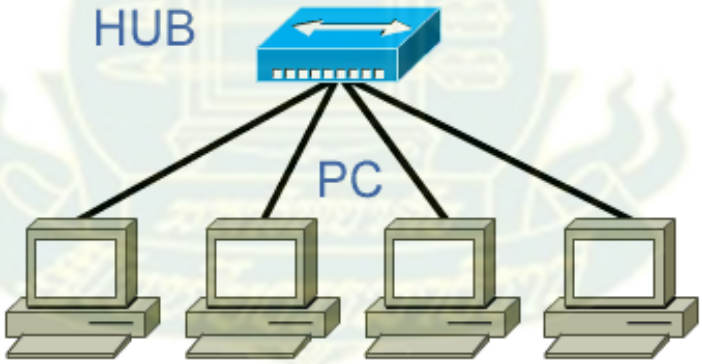
[21] สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ , *กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ จำกัด (ฉบับปรับปรุง ครั้งที่ 1)* (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพมหานคร: พาณิชพระนคร (2535) จำกัด, 2544, หน้า 45–55

[22] ข้อมูลดิจิตัล คือ การที่เครื่องคอมพิวเตอร์รับข้อมูลจากผู้ใช้แล้วจะแปลงข้อมูลนั้นให้เป็นรูปแบบสัญญาณไฟฟ้าแล้วจึงประมวลผลตามคำสั่งที่ได้รับ จากนั้นจึงเปลี่ยนข้อมูลรูปแบบสัญญาณไฟฟ้ากลับมาให้อยู่ในรูปแบบที่มนุษย์เข้าใจผ่านทางอุปกรณ์แสดงผลข้อมูลอีกครั้งหนึ่ง

ตัวเอง) ให้มีขอบเขตที่กว้างขึ้น เช่น ภายในชั้นสำนักงาน หรือภายในอาคารสำนักงานทั้งหลัง เป็นต้น ประกอบด้วยเครือข่ายเพียงอันเดียว หรือประกอบด้วยเครือข่ายย่อยหลายๆ อัน เชื่อมต่อกัน ซึ่งแต่ละเครือข่ายย่อยๆอาจจำแนกเป็นกลุ่มผู้ใช้งานที่เชื่อมต่ออยู่กับอุปกรณ์เชื่อมต่อเครือข่ายเดียวกันหรือเชื่อมต่อไปยัง server เดียวกัน[23]



ภาพที่ 2.1 เครือข่ายแบบ Token Ring



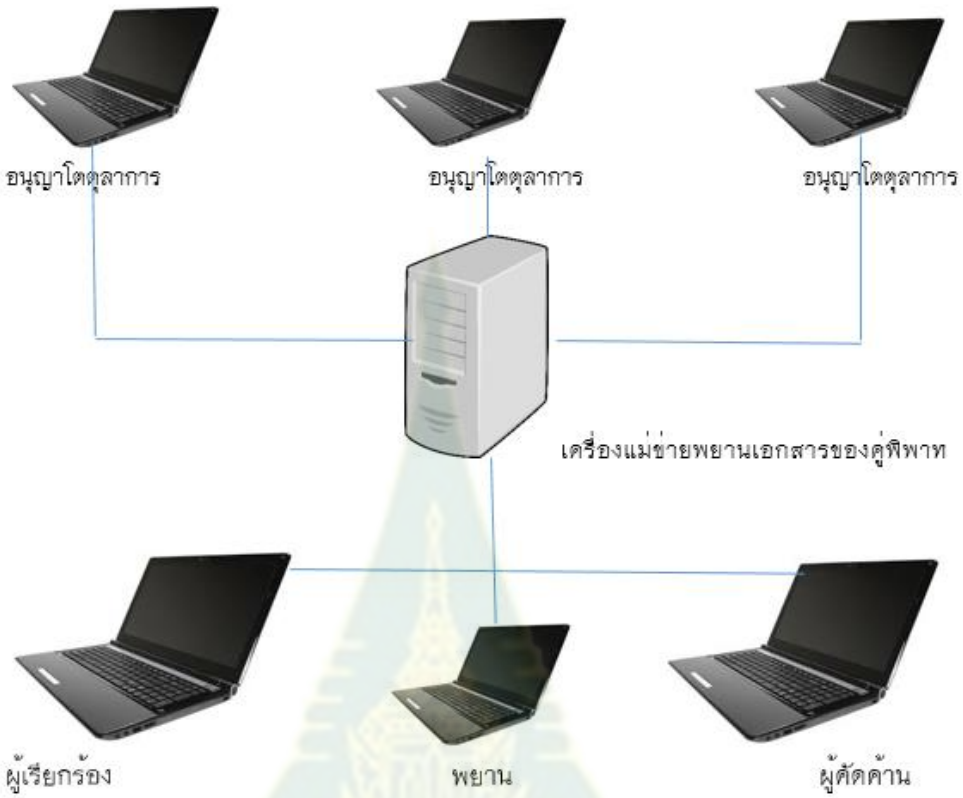
ภาพที่ 2.2 เครือข่ายขนาดเล็กเชื่อมต่อกลุ่มผู้ใช้ ประกอบด้วยคอมพิวเตอร์ 4 เครื่อง

[23] สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, *คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544*, กรุงเทพมหานคร: พาณิชพระนคร (2535) จำกัด, 2545, หน้า 123

การแบ่งปันข้อมูล (File Sharing) เป็นการแบ่งปันข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบเครือข่ายภายในทั้งในลักษณะที่เป็นการแบ่งปันแบบสาธารณะ (ผู้ใช้ทุกคนในเครือข่ายสามารถเข้าถึงข้อมูลได้) หรือแบ่งปันแบบส่วนบุคคล (เฉพาะผู้ใช้ที่ได้รับอนุญาตหรือกำหนดให้เข้าถึงได้เท่านั้น) ซึ่งในการแบ่งปันข้อมูลสามารถกำหนดระดับของการเข้าถึงข้อมูลได้หลายระดับ แต่ทั้งนี้ด้วยวิธีการในการแบ่งปันข้อมูลมีหลากหลาย บางกรณีเป็นการแบ่งปันข้อมูลนอกระบบเครือข่ายภายใน เช่น การทำสำเนาใส่อุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลแบบพกพา การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ดังนั้น หากจะกล่าวถึงการแบ่งปันข้อมูล (File sharing) หมายถึง การอนุญาตให้ผู้ใช้อื่นเข้าถึงข้อมูลบนเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใชรายอื่นหรือในเครื่องแม่ข่ายระบบเครือข่ายภายในอันเดียวกัน ทั้งนี้ไม่ว่าระบบเครือข่ายภายในดังกล่าวจะมีขนาดใหญ่หรือเล็กเพียงใดก็ตาม การแบ่งปันข้อมูลทำให้ผู้ใช้หลายคนสามารถใช้งานไฟล์ข้อมูลหรือแฟ้มข้อมูลเดียวกันในเวลาเดียวกัน โดยการเข้าถึงอาจมีการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงที่แตกต่างกัน เช่น สิทธิในการอ่านข้อมูลหรือดูข้อมูลเพียงอย่างเดียว และสิทธิในการอ่านและเขียนข้อมูล คือ การดูและแก้ไขข้อมูลได้[24]

การนำระบบแบ่งปันข้อมูลมาใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ จะช่วยลดภาระในการจัดทำเอกสารที่ต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก และทำให้สะดวกในการับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาท โดยการแปลงเอกสารให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จากนั้นสร้างเครือข่ายภายในเฉพาะกิจสำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สามารถเข้าถึงข้อมูลเอกสารต่างๆ ได้ พร้อมทั้งกำหนดสิทธิในการเข้าถึงในระดับต่างๆ ตามความเหมาะสม

[24] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 124



ภาพที่ 2.3 การเข้าถึงข้อมูลผ่านระบบเครือข่ายแบบแม่ข่ายและลูกข่าย

การเข้าถึงข้อมูลผ่านระบบเครือข่ายแบบแม่ข่ายและลูกข่าย (Client –server) เป็นรูปแบบหนึ่งของเครือข่ายแบบ server-based โดยจะมีคอมพิวเตอร์หลักเครื่องหนึ่งเป็นเซิร์ฟเวอร์ (server) ซึ่งจะไม่ได้ทำหน้าที่ประมวลผลทั้งหมดให้เครื่องลูกข่าย (Client) โดยเครื่องแม่ข่ายทำหน้าที่เสมือนเป็นที่เก็บข้อมูลระยะไกล (Remote disk) และประมวลผลบางอย่างให้กับลูกข่ายเท่านั้น เช่น ประมวลผลคำสั่งในการดึงข้อมูลจากเครื่องแม่ข่ายฐานข้อมูล (databased server) เป็นต้น เครือข่ายแบบ Client/Server นั้น เครื่องแม่ข่ายจะต้องทำงานบริการให้กับครื่องลูกข่ายที่ร้องขอเข้ามา ซึ่งนับว่าเป็นงานประมวลผลที่หนักพอควร ดังนั้นเครื่องแม่ข่ายก็ควรจะเป็นเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการรับงานหนักๆในเครือข่าย

การใช้การเข้าถึงข้อมูลผ่านระบบเครือข่ายแบบแม่ข่ายและลูกข่ายจะช่วยให้ลดภาระในการจัดทำสำเนาเอกสารต่างๆที่จำเป็นต้องใช้การดำเนินกระบวนพิจารณาโดยนำเข้าข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารที่เกี่ยวข้องในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย รวมถึงโปรแกรมประยุกต์ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เครื่องลูกข่ายสามารถเข้าถึงได้ โดยการใช้ระบบเครือข่ายแบบแม่ข่ายและลูกข่ายทำให้การเชื่อมต่อทำได้อย่างกว้างขวางขึ้น เพราะสามารถเข้าถึงเครื่อง

แม่ข่ายได้โดยผ่านระบบ Local Area Network (LAN) ที่ใช้ภายในองค์กรหรือภายในพื้นที่ และ Wide Area Network (WAN) ซึ่งเป็นการสื่อสารระยะไกล ผ่านระบบเครือข่ายไร้สาย เช่น Internet เป็นต้น ทำให้สามารถเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องได้แม้จะไม่ได้อยู่นพื้นที่เดียวกัน และเมื่อใช้ประกอบกับการติดต่อสื่อสารรูปแบบอื่น เช่น การประชุมทางเสียงและภาพ (Video Conferencing) ก็จะทำให้เกิดความสะดวกในกรณีที่ผู้เกี่ยวข้องอยู่ในสถานที่ที่ห่างไกลหรืออยู่ต่างประเทศและช่วยลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนพิจารณาได้[25]

3.3 การสื่อสารผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์

3.3.1 การสื่อสารแบบเสมือนอยู่ต่อหน้า (Real-time Communication)

การสื่อสารแบบเสมือนอยู่ต่อหน้า หรือ Real-time Communication เป็นการสื่อสารระหว่างบุคคลที่ผู้ใช้สามารถโต้ตอบกันไปกลับได้ทันทีผ่านระบบเครือข่ายการสื่อสาร โดยการติดต่อกันนั้นผู้ใช้สามารถส่งข้อความตัวอักษร ข้อความภาพ ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว และหรือข้อความเสียงไปยังผู้รับได้ ซึ่งผู้ใช้จะต้องเข้าใช้ระบบการสื่อสารในเวลาเดียวกัน และการส่งข้อความต่างๆสามารถส่งจากผู้ใช้รายหนึ่งไปยังผู้ใช้ในระบบทุกคนได้ เช่น การสนทนาผ่านอินเตอร์เน็ต (Chat) ห้องสนทนา (Chat room) การประชุมทางเสียงและภาพ หรือการใช้เทคโนโลยี Voice or Video over IP หรือที่เรียกว่า VOIP เป็นต้น[26]

1) ห้องสนทนา (Chat room) ในเบื้องต้นใช้เพื่อเป็นการจำกัดความของระบบ synchronous conferencing ซึ่งคำว่า ห้องสนทนา นี้หมายความรวมถึงเทคโนโลยีอื่นใดที่จัดการให้มีการสนทนาออนไลน์ (Online Chat) แบบเสมือนอยู่ต่อหน้า (Real Time) และเป็นการสื่อสารตอบสนองออนไลน์กับบุคคลอื่น โดยจุดมุ่งหมายของห้องสนทนา คือ การส่งข้อมูลข่าวสารแบบข้อความกันใกลุ่มของผู้ใช้งาน ซึ่งในห้องสนทนานี้ผู้ใช้งานสามารถส่งข้อความถึงบุคคลอื่นมากกว่าหนึ่งคนในการส่งข้อความครั้งเดียว ซึ่งจะแตกต่างจากโปรแกรม instant messaging ที่จะส่งได้เฉพาะผู้ที่กำลังสนทนาอยู่ด้วยเพียงคนเดียว

โดยทั่วไปการเข้าสู่ห้องสนทนาจะใช้การเชื่อมต่ออินเตอร์เน็ตหรือการเชื่อมต่อเครือข่ายในลักษณะอย่างอื่นที่คล้ายกัน ซึ่งเทคโนโลยีในปัจจุบันได้พัฒนาโปรแกรมห้องสนทนาในบางโปรแกรมสามารถแบ่งปันแฟ้มข้อมูล (File sharing) การใช้กล้อง webcam ในการสนทนาได้

---

[25] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 127-128

[26] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 129-130

เมื่อพิจารณาถึงการพัฒนาโปรแกรมห้องสนทนาในปัจจุบัน ผู้วิจัยเห็นว่าการใช้ห้องสนทนาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการออนไลน์สามารถเพิ่มประสิทธิภาพ และความรวดเร็วในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การติดต่อประสานงานในการกำหนดวันนัด การเจรจาต่อรองระหว่างคู่ความ ถ้อยแถลงต่างๆ ดังนั้นการใช้โปรแกรมห้องสนทนาที่กำหนดกลุ่มผู้ใช้เฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นเครื่องมือในการติอต่อสื่อสารได้อย่างสะดวกและมีประสิทธิภาพ

2) การประชุมทางไกลทางจอภาพ (Video Conference) คือการประชุมที่ผู้ร่วมประชุมอยู่ต่างสถานที่กันสามารถทำการประชุมร่วมกันได้โดยให้ความรู้สึกเหมือนกับนั่งประชุมอยู่ในห้องเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นภาพหรือเสียงโดยผ่านระบบการสื่อสารโทรคมนาคมในรูปแบบต่างๆ เป็นตัวเชื่อม การพูดคุยแบบเห็นภาพเริ่มมีการคิดค้นตั้งแต่ในช่วงปี พ.ศ. 2463 โดยเริ่มจากประดิษฐ์โทรศัพท์ภาพ (Picture Telephone) โดยห้องทดลองเบลล์ (Bell Labaratories) ในปี พ.ศ. 2507 เพื่อที่จะมาแทนที่โทรศัพท์ที่ใช้กันอยู่ โดยผู้ใช้สามารถเห็นภาพของคู่สนทนา แต่ผู้ใช้ส่วนใหญ่ไม่ต้องการเห็นหน้าของคนที่ไม่เคยรู้จักเวลาที่คุยกัน ทำให้การพัฒนาของโทรศัพท์ภาพต้องล้มเลิกไป

ในเวลาต่อมาผู้พัฒนาระบบดังกล่าวจึงเปลี่ยนแนวการพัฒนาโดยเน้นที่ผู้ทำธุรกิจเป็นหลักจึงปรับเปลี่ยนเป็นที่มาของการประชุมวีดิโอผ่านจอภาพ (Video Conference) ในปัจจุบันโดยใช้เครือข่ายโทรคมนาคม เช่น เครือข่ายโทรศัพท์ เครือข่ายบริการสื่อสารร่วมระบบดิจิตัลหรือไอเอสดีเอ็น (Intergrated Service Digital Network, ISDN) เครือข่าย Over Internet Protocal (IP) หรือที่เรียกว่า IP Network เครือข่ายคอมพิวเตอร์ภายในองค์กรหรือแลน (Local Area Network, LAN) เครือข่ายอินเตอร์เน็ตต่างๆ ซึ่งเครือข่ายเหล่านี้เป็นตัวเชื่อม จึงเริ่มได้รับความนิยมมากขึ้น[27]

อุปกรณ์เบื้องต้นที่ใช้ในการประชุม Video Conference

1. MCU (Multipoint Control Unit), VDO Conference Endpoint เป็นอุปกรณ์ที่ทำหน้าที่ในการผสม(multiplexing) ข้อมูล ไม่ว่าจะเป็นภาพ เสียง เพื่อส่งต่อเข้าระบบเชื่อมต่อสัญญาณจากจุดต่างๆที่เกี่ยวข้อง

2. ไมโครโฟน ควรจะเป็นไมโครโฟนที่มีความไวสูงในการรับเสียง มีความสามารถปรับระดับเสียงได้โดยอัตโนมัติ เพื่อให้รับเสียงที่มาจากทิศทางต่างๆ รอบห้องได้

---

[27] สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ , *กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์* (ฉบับปรับปรุง ครั้งที่ 1) พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร: พาณิชพระนคร (2535) จำกัด , 2544, หน้า 60–65

3. กล้องสำหรับจับภาพและตำแหน่งของผู้พูด

4. เครื่องฉายภาพวีดิทัศน์ (Video Projector)

5. จอภาพ ใช้ในการแสดงภาพเคลื่อนไหวและภาพนิ่ง

6. ลำโพง

นอกเหนือจากนี้อาจจะมีอุปกรณ์เพิ่มเติม เช่น คอมพิวเตอร์ เครื่องเล่นและบันทึกเสียงวีดิทัศน์ (Video Cassette Recorder, VCR)

การใช้เทคโนโลยี Voice or Video over IP หรือที่เรียกว่า VOIP ในบางครั้งเรียกว่า IP Internet , Internet telephone หรือ Digital Phone เป็นการสื่อสารทางเสียงผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต หรือเครือข่ายอื่นๆ ที่ใช่ Internet Protocal โดยสัญญาณจะถูกตัดแบ่งเป็น packet ส่งผ่านไปบนเครือข่ายที่ใช้สำหรับการสื่อสารข้อมูลทั่วไป แทนการใช้วงจรสื่อสารเฉพาะตามวิธีการสื่อสารในระบบโทรศัพท์แบบดั้งเดิม ซึ่งวิธีการนี้ทำให้สัญญาณมีขนาดเล็กลงสามารถส่งผ่านโดยแทรกไปตามช่องว่างของเครือข่ายได้ เปรียบเสมือนการใช้รถยนต์วิ่งแทรกกันตามช่องว่างที่มีอยู่ของถนน ซึ่งแตกต่างจาก Video Conference ที่การส่งสัญญาณจะส่งผ่านช่องสัญญาณ 1 ช่องของวงจรสื่อสารและสามารถส่งผ่านได้เพียงคราวละ 1 สัญญาณเท่านั้น เปรียบเสมือนการส่งสัญญาณโดยใช้ขบวนรถไฟ เมื่อขบวนรถไปยังวิ่งผ่านไม่หมดทั้งขบวน (ยังไม่จบการสื่อสาร) รถไฟขบวนอื่น(การสื่อสารอื่น) ก็ไม่สามารถใช้ทางรถไปเส้นนั้นได้ เมื่อสามารถใช้เครือข่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นจึงทำให้อัตรค่าบริการถูกลงมาก

การใช้งาน VOIP เมื่อผู้ใช้บริการเชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเตอร์เน็ต และเรียกใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ออกแบบมาโดยแฉพาะที่เรียกว่า Soft Phone หรือโปรแกรมที่ใช้ Video Codex ร่วมกับไมโครโฟนและหูฟัง เพื่อพูดคุยกับปลายทางได้ สามารถใช้งานได้ทั้งในการสื่อสารกับปลายทางที่เป็น VOIP เช่นเดียวกันซึ่งส่วนใหญ่จะไม่มีการเก็บค่าบริการ แต่ทั้งสองข้างจะต้องเข้าสู่เครือข่ายอินเตอร์เน็ตและออนไลน์พร้อมกัน หรือจะติดต่อไปยังปลายทางที่เป็นหมายเลขโทรศัพท์ปกติทั้งโทรศัพท์ประจำหรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ก็ได้ ในกรณีนี้จะต้องมีการสมัครเป็นสมาชิกและชำระค่าบริการล่วงหน้า แต่ค่าบริการจะถูกกว่าการโทรศัพท์ปกติมาก ข้อด้อยของ VOIP คือ บางกรณีคุณภาพเสียงอาจจะไม่ดีเท่าโทรศัพท์ปกติ และอาจจะมีกรณีการรับส่งสัญญาณล่าช้า ทำให้พูดสวนกันไม่ถนัด ต้องรอให้แต่ละฝ่ายพูดให้จบก่อนจึงจะพูดได้ และข้อด้อยอีกหนึ่งประการ คือ VOIP จะไม่สามารถใช้งานได้เมื่อไฟฟ้าดับหรือเครือข่ายอินเตอร์เน็ตเกิดขัดข้อง[28]

[28] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 66-67

กล่าวโดยสรุปการใช้ระบบการประชุมผ่านจอภาพ หรือระบบ VOIP ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์จะเป็นทางเลือกหนึ่งซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่อยู่ต่างสถานที่กัน สามารถติดต่อสื่อสารกันได้เสมือนนั่งอยู่ในห้องประชุมเดียวกัน ระยะแรกที่การสื่อสารผ่านระบบเครือข่ายเริ่มมีการพัฒนา การสื่อสารแบบเสมือนอยู่ต่อหน้าจะทำได้เฉพาะการประชุมทางไกลผ่านจอภาพ (Video Conference) ผ่านระบบสัญญาณโทรศัพท์ในระบบ ISDN เท่านั้น ซึ่งค่าใช้จ่ายในการใช้งานระบบ ISDN ค่อนข้างสูง ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาระบบ VOIP ขึ้น ซึ่งเป็นการสื่อสารผ่านระบบเครือข่ายอินเตอร์เน็ตที่มีการพัฒนาความเร็วในการรับส่งข้อมูลได้เพิ่มขึ้นอย่างมากเทียบเท่ากับการใช้ระบบ ISDN ทำให้ปัจจุบันการใช้งานระบบ VOIP เพิ่มขึ้นอย่างมาก แต่หากพิจารณาในประเด็นเรื่องของการรักษาความลับในการติดต่อสื่อสาร การที่ระบบ VOIP ป็นการสื่อสารผ่านระบเครือข่ายอินเตอร์เน็ตซึ่งเป็นระบบเปิด การส่งผ่านข้อมูลมีการผ่านไปยังผู้ให้บริการและเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย (Server) หลายเครื่อง ดังนั้นการถูกบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลการออนไลน์ทำการแฮก (Hack) เพื่อเข้าถึงการติดต่อสื่อสารมีโอกาสเกิดขึ้นได้สูง เพราะเป็นการสื่อสารผ่านโปรแกรม(Softwre) ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบรักษาความปลอดภัยของเครือข่ายที่ใช้งาน แต่การใช้ประชุมทางไกลผ่านจอภาพซึ่งเป็นการติดต่อแบบโทรศัพท์ ซึ่งเป็นวงจรการสื่อสารที่จะถูกแฮกได้ยากกว่า เนื่องจากเป็นการสื่อสารผ่านวงจรการสื่อสาร (Hardware)

4. หน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

การค้นหาแนวทางในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาแนวทางพัฒนาการระงับข้อพิพาทออนไลน์ของต่างประเทศ เนื่องจากการศึกษาแนวทางของต่างประเทศจะทำให้แนวทางการพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับการดำเนินการของประเทศอื่นๆ ซึ่งจะส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ของประเทศไทยได้รับการยอมรับ นอกจากนี้ยังส่งผลให้ได้รับความเชื่อถือจากผู้บริโภคในต่างประเทศอีกด้วย โดยในการศึกษาหาแนวทางผู้วิจัยจะทำการศึกษาหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในต่างประเทศสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1 ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Arbitration and Mediation Center)

ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1994 มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีระงับข้อพิพาทนอกศาลเกี่ยวกับพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เป็นกระบวนการที่อยู่ภายใต้การจัดการของ Internet Corporation for Assigned Names Numbers หรือ ICANN โดยมีหน้าที่จัดให้มีการระงับข้อพิพาทนอกศาลเหนือข้อพิพาททางชื่อโดเมนโดยใช้วิธีอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้ากับผู้มีสิทธิในชื่อโดเมนซึ่งตนได้จดทะเบียน โดยการดำเนินการระงับข้อพิพาทจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เรียกว่า Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy หรือ UDRP Policy และ UDRP Rules ที่ยกร่างโดย ICANN ซึ่งกำหนดให้ผู้เสนอข้อพิพาทสามารถเสนอข้อพิพาทโดยยื่นข้อเรียกร้องเกี่ยวกับโดเมนไปยังศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย โดยทำเป็นหนังสือทั้งในรูปแบบกระดาษและในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งข้อเรียกร้องจะต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ ต่อจากนั้นศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยก็จะดำเนินการส่งข้อเรียกร้องดังกล่าวไปให้กับผู้คัดค้านเพื่อให้ผู้คัดค้านได้ทำคำคัดค้านภายใน 20 วันนับแต่วันเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยทำเป็นหนังสือทั้งในรูปแบบกระดาษและในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งต้องระบุถึงข้อโต้แย้งตามข้อเรียกร้องของผู้เสนอข้อพิพาท ตลอดจนเหตุผลที่จะทำให้ผู้คัดค้านยังคงรักษาการจดทะเบียนและการใช้ชื่อโดเมนเนมที่พิพาทได้อยู่ อีกทั้งต้องระบุชื่อ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ ที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หมายเลขโทรศัพท์และหมายเลขโทรสารของผู้คัดค้านและตัวแทนของผู้คัดค้าน ทั้งนี้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ และเมื่อได้รับคำคัดค้านหรือระยะเวลายื่นคำคัดค้านสิ้นสุดลง ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยจะดำเนินการแต่งตั้ง “คณะผู้พิจารณา” (Panel) ซึ่งคณะผู้พิจารณาจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาโดยเปิดโอกาสให้คู่พิพาทมีการนำพยานหลักฐานและเสนอข้อต่อสู้ได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น และคณะผู้พิจารณาจะต้องปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน ในการติดต่อสื่อสารหรือยื่นเอกสารระหว่างคู่พิพาทกับคณะผู้พิจารณาหรือกับทางศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยจะถูกดำเนินการโดยวิธีการหรือรูปแบบตามที่ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยกำหนดไว้ในข้อบังคับเพิ่มเติมของทางสถาบัน(Supplement Rules) นอกจากนี้ ในการดำเนินกระบวนพิจารณาจะไม่มีการสืบพยานเว้นแต่ทางคณะผู้พิจารณาเห็นว่า การสืบพยานมีความสำคัญต่อการตัดสินชี้ขาดเรียกร้อง เมื่อสิ้นสุดการพิจารณา คณะผู้พิจารณาจะต้องทำคำชี้ขาดโดยข้อบังคับกำหนดไว้ให้คณะผู้พิจารณาต้องส่งคำชี้ขาดให้กับทางศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยภายใน 14 วันนับแต่วันที่คณะ

ผู้พิจารณาได้รับการแต่งตั้ง โดยกระบวนการทั้งหมดจะต้องแล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา 2 เดือน นับแต่มีการเสนอข้อพิพาทให้กับทางศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย

อย่างไรก็ตามด้วยจำนวนข้อพิพาทที่เพิ่มจำนวนมากขึ้น ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยจึงได้มาตั้งสำนักงานที่ประเทศสิงคโปร์ เมื่อปีค.ศ. 2010 และจัดให้มีการอบรมให้ความรู้รวมถึงมีการให้บริการในด้านต่างๆเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ชื่อโดเมนเนม เป็นต้น[29]

4.2 สหภาพยุโรป (European Union)

สหภาพยุโรปนั้นถือว่าได้ให้ความสำคัญต่อการระงับข้อพิพาทนอกศาลมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 โดยในปัจจุบันได้มีการพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์เป็นของตนเอง ภายใต้ชื่อ “The Online Dispute Resolution (ODR) platform” ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยคณะกรรมการสหภาพยุโรป ทั้งนี้ระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ของสหภาพยุโรปนั้นได้ใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการที่อยู่ในสหภาพยุโป ประเทศนอร์เวย์ ประเทศไอซ์แลนด์ และประเทศลิกเตนสไตน์ โดยใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการซื้อสินค้าหรือบริการที่เกิดการธุรกรรมพาณิชอิเล็กทรอนิกส์[30]

โครงสร้างของระบบ ODR platform นั้นไม่ได้เชื่อมต่อผู้ประกอบการโดยตรง แต่ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นผู้บริโภคสามารถเสนอข้อพิพาทได้ทันที ทั้งนี้ระบบ ODR platform มีวัถตุประสงค์หลักในการช่วยผู้บริโภคและผู้ประกอบการให้ได้รับความเป็นธรรม โดยไม่ต้องไปฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากมีความสะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าวิธีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งระบบ ODR ของสหภาพยุโรปนั้นมีความสะดวกต่อผู้ใช้บริการเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีการให้บริการแบบเป็นขั้นตอน โดยได้อธิบายรายละเอียดของขั้นต่อนต่างๆไว้ชัดเจนในเวปไซด์ นอกจากนี้ยังได้มีการแปลเป็นภาษาต่างๆให้ครอบคลุมภาษาของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป

การเริ่มขั้นตอนของระบบODR นั้นเริ่มต้นจากผู้ยื่นคำร้องสามารถยื่นคำร้องผ่านระบบออนไลน์ โดยกรอกรายละเอียดของผู้ยื่นคำร้อง ผู้ประกอบการ รายละเอียดการซื้อขายสินค้า และข้อเรียกร้องที่ผู้ยื่นคำร้องต้องการระงับข้อพิพาท โดยต้องยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องประกอบเข้ามาประกอบการพิจารณาด้วย เช่น ใบเสร็จรับเงิน ใบสั่งซื้อสินค้า เป็นต้น เมื่อระบบได้รับคำร้องของผู้ยื่นคำร้องก็จะทำการติดต่อไปที่ผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ประกอบการมีสิทธิ์จะเลือกว่า

---

[29] www.wipo.int/portal/en/, “WIPO Arbitration and Mediation Center”, ค้นคืนเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://www.wipo.int/amc/en/center/background.html

[30] www.ec.europa.eu, “About the ODR platform”, ค้นคืนเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2561, จาก https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks

ต้องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้หรือไม่ โดยมีเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง หากผู้ประกอบการต้องการระงับข้อพิพาทด้วยระบบ ODR ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งกลับมาผ่านระบบ ODR เช่นเดียวกัน และรายละเอียดในการใช้งานของระบบ ODR จะถูกส่งกลับไปยังผู้ประกอบการ ทั้งนี้ผู้ประกอบการมีสิทธิที่จะโต้แย้งข้อพิพาทที่ได้รับจากผู้ยื่นคำร้อง รวมถึงมีสิทธิยกข้อโต้แย้งหรือยกข้อเรียกร้องขึ้นมาใหม่ได้ เมื่อระบบได้รับคำโต้แย้งจากผู้ประกอบการแล้ว ข้อเรียกร้องจะถูกพิจารณาและจะส่งผลของคำชี้ขาดผ่านระบบ ODR โดยระบบจะมีการแจ้งเตือนเมื่อผลคำชี้ขาดได้เสร็จสิ้นแล้ว

อย่างไรก็ตามระบบ ODR ก็ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ทุกกรณี เนื่องจากเหตุผลหลายประการ ประการแรก คือ ผู้ประกอบการอาจจะปฏิเสธการระงับข้อพิพาทโดยระบบ ODR และการที่ผู้ประกอบการมีระบ ODR แขวนไว้หน้าเวปไซด์ ก็ไม่หมายความว่าผู้ประกอบการจะต้องเข้าร่วมการระงับข้อพิพาทโดยระบบ ODR โดยอัตโนมัติเสมอไป เนื่องจากระบบ ODR ไม่ได้มีสภาพบังคับทางกฎหมายแต่อย่างใด ประการที่สอง เมื่อข้อเรียกร้องของผู้ยื่นคำร้องถูกส่งไปยังผู้ประกอบการ และผู้ประกอบการไม่ส่งคำตอบรับเพื่อระงับข้อพิพาทภายใน 30 วัน ข้อเรียกร้องดังกล่าวก็เป็นอันสิ้นผลไปจากระบบ ประการสุดท้าย ระบบ ODR อาจจะไม่เหมาะสมกับข้อพิพาทบางประเภท เช่น ในกรณีที่ผู้บริโภคไม่มีรายละเอียดที่สามารถติดต่อผู้ประกอบการ นอกจากนี้ระบบ ODR ยังมีข้อจำกัดในการใช้ ดังนี้[31]

1) ผู้ยื่นคำร้องและผู้ประกอบการจะต้องอยู่ในในสหภาพยุโป ประเทศนอร์เวย์ ประเทศไอซ์แลนด์ และประเทศลิกเตนสไตน์ เท่านั้น

2) ข้อเรียกร้องจะต้องเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ทำผ่านระบบออนไลน์เท่านั้น

3) ผู้ยื่นคำร้องจะต้องมี e-mail ที่ถูกต้องแน่นอน เพื่อที่จะได้ส่งให้ผู้ประกอบการ

4) ผู้ยื่นคำร้องจะต้องไม่เคยนำข้อพิพาทยื่นฟ้องคดีต่อศาลมาก่อน

4.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา (The Virtual Magistrate –VMAG)

จากที่กล่าวมาข้างต้นโครงการ The Virtual Magistrate (VMAG) เป็นโครงการแรกที่ริเริ่มในปี ค.ศ. 1996 โดยมีความมุ่งหมายที่จะสร้างระบบกรระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการออนไลน์ซึ่งเกิดจากความร่วมมือระหว่าง the National Conference of Automated Information

---

[31] www.ec.europa.eu, “How to make a complaint”, ค้นคืนเมื่อวันที่ 26กุมภาพันธ์ 2561, จาก https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks

Research (NCAIR) และ the Cyberspace Law Institution (CLI) โดยความร่วมมือของ AAA (American Arbitration Association) กับ Villanova Law School แต่ในระยะแรกโครงการไม่ประสบผลสำเร็จเนื่องจากข้อบกพร่องบางประการ กล่าวคือ โครงการจำกัดขอบเขตอยู่เฉพาะการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการนำเอาข้อความที่ผิดกฎหมายหรือเป็นอันตรายมาไว้ในอินเตอร์เน็ต และปัญหาในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลการออนไลน์ไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2000 NCAIR และ CLI โดยความร่วมมือของ the Chicago-Kent College of Law ได้มีการปรับปรุง The Virtual Magistrate ซึ่งให้ความสำคัญกับการให้บริการในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการออนไลน์สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้บริโภค (consumer Conflict) ตลอดจนข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา (Online contract) หรือเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาออนไลน์ (online Intellectual Property) หรือการกระทำละมิดทางออนไลน์ (online tort) แต่การปรับปรุงแก้ไขครั้งนี้ยังคงทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามเช่นเดิม[32]

เมื่อคู่พิพาทตกลงที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการออนไลน์และตกลงที่จะปฏิบัติตามผลของคำชี้ขาด ผู้จัดการโปรแกรมจะทำการเลือกผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอมของคู่พิพาท การติดต่อกันจะกระทำผ่านทาง E-mail นอกจากนี้ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน ตลอดจนข้อความต่างๆจะถูกส่งโดยตรงเข้าไปยังโปรแกรมที่เรียกว่า “a password-protected listserv (the grist)” ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ใช้ในการแจกจ่ายเอกสารหรือข้อมูลต่างๆไปสู่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบนการอนุญาโตตุลาการทุกคน ในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการทางออนไลน์และอาจซักถามคำถามหรือเรียกเอกสารเพิ่มเติมจากคู่พิพาทได้ ตลอดจนอนุญาตให้เรียกร้องทำการแก้ไขข้อเรียกร้องและกระทำการใดๆที่จะทำให้คู่พิพาทมีโอกาสแสดงความเห็นของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้เต็มที่

โครงการ The Virtual Magistrate กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีคำชี้ขาดภายใน 72 ชั่วโมง นับแต่คู่พิพาทตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการออนไลน์ และภายหลังจากมีคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการจะส่งคำชี้ขาดให้กับคู่พิพาททาง E-mail คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยโครงการ The Virtual Magistrate จะถูกนำมาลงไว้เพื่อเป็นการแนะนำและให้ข้อมูลกับผู้ที่ใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่อไป

---

[32] Gabrielle Kaufmann-Kohler and Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, 2004, p.5

4.4 ประเทศไทย

สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center :THAC) ได้พัฒนาระบบทอล์คดีดี (TalkDD) ซึ่งเป็นผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทพาณิชย์ออนไลน์ (Online Dispute Resolution: ODR) รายแรกของประเทศไทย ที่ดำเนินการผ่านออนไลน์ทั้งสิ้น โดยมีผู้เชี่ยวชาญที่ได้การรับรองเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางให้กับคู่กรณี ช่วยให้ผู้ซื้อมีความมั่นใจในร้านค้าเพิ่มขึ้น ซึ่งขณะนี้ระบบได้เปิดให้ใช้งานแล้ว โดยรองรับร้านค้าบนเว็บไซต์ และบนอีมาร์เก็ตเพลส แต่ยังไม่รองรับกับโซเชียลคอมเมิร์ซ เนื่องจากยังมีความเป็นตัวบุคคลค่อนข้างสูง

วัตถุประสงค์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการจัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริม พัฒนา และสร้างองค์ความรู้ในกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกทุกรูปแบบ รวมถึงการอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการยอมรับโดยเฉพาะในการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้เหตุผลที่สถาบันอนุญาโตตุลาการได้นำระบบ ODR พัฒนาเป็น Talk DD แก้ปัญหาข้อพิพาทผ่านคนกลาง เนื่องจากในปี พ.ศ. 2557 การซื้อสินค้าและบริการผ่านระบบออนไลน์ในไทยมีการเติบโตอย่างก้าวกระโดด โดยมีมูลค่าสูงถึง 2 ล้านล้านบาท และมีผู้ประกอบการกว่า 5 แสนราย ขณะเดียวกันพบว่า ข้อพิพาทในการซื้อ-ขายระหว่างลูกค้าและร้านค้าออนไลน์มีอัตราเพิ่มสูงขึ้นเช่นกัน แต่ด้วยปัจจุบันกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทย ยังเป็นการดำเนินงานแบบตัวต่อตัว ซึ่งผู้ร้องเรียนจะต้องติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วยตนเอง เช่น สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) และสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) กรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นต้น แม้ว่าหน่วยงานเหล่านี้จะเปิดช่องทางในการรับเรื่องร้องเรียนเบื้องต้นและมีการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่ปัญหาที่พบคือ ไม่มีหน่วยงานใดที่สามารถให้บริการการระงับข้อพิพาทแบบครบวงจรและรวดเร็ว อีกทั้งยังขาดบุคลากรและเทคโนโลยีที่เหมาะสมในการดำเนินงานที่เพียงพอต่อปริมาณข้อร้องเรียนที่เพิ่มมากขึ้น[33] สำหรับรูปแบบการให้บริการของ Talk DD นั้น ผู้ซื้อและผู้ค้าสามารถดำเนินการได้ ดังนี้

1. ร้านค้าออนไลน์ลงทะเบียนเข้าร่วมเป็นสมาชิกโครงการ ได้รับตราสัญลักษณ์ Talk DD ไปติดที่เว็บไซต์ของตน

2. ผู้ซื้อทำการร้องเรียนผ่านระบบโดยกดที่ตราสัญลักษณ์จากหน้าเว็บไซต์ของหรือผ่านเว็บไซต์ TalkDD.com เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น เช่น ได้รับสินค้าไม่ถูกต้อง ไม่ได้รับสินค้า เป็นต้น เพื่อเจรจากับร้านค้า

[33] www.digitalagemag.com, ค้นคืนเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2561, จาก https://www.digitalagemag.com

3. หากเจรจาประนอมข้อพิพาทกันผ่านระบบอัตโนมัติไม่สำเร็จ 2 ครั้ง จะเข้าสู่กระบวนการประนอมข้อพิพาทออนไลน์ โดยมีผู้ประนอมข้อพิพาทออนไลน์จาก THAC เป็นตัวกลาง

4. หากประนีประนอมสำเร็จ ระบบจะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (Settlement Agreement) พร้อมส่งมอบให้ทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย

5. หากการประนอมข้อพิพาทไม่สำเร็จระบบจะจัดทำข้อแนะนำ (Recommendation) จากผู้ประนอมให้ทั้ง 2 ฝ่าย

6. หากคู่กรณีประสงค์ที่จะเข้าสู่กระบวนการประนอมเต็มรูปแบบ หรือเข้าสู่กระบวนการศาลก็สามารถทำได้ทันที

อย่างไรก็ตามหากผู้ขายไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่ทาง THAC ระบุไว้ จะต้องถูกตัดออกจากการเป็นสมาชิก และไม่สามารถใช้ตราสัญลักษณ์ของ Talk DD ได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม THAC จะทำการรวบรวมข้อมูลรายชื่อร้านค้าที่เข้าร่วมโครงการและทำการอัพเดตตลอดเวลา เพื่อเป็นหลักประกันความมีตัวตนของร้านค้า และรองรับข้อพิพาทของผู้ประกอบการร้านค้าออนไลน์ไทยจากผู้ซื้อทั่วโลก นอกจากนี้ THAC ยังร่วมมือกับพันธมิตรอื่นๆ ทั้งในส่วนของผู้ซื้อและผู้ค้าบนระบบออนไลน์ รวมถึงหน่วยงานภาครัฐและเอกชนในการสร้าง ODR Ecosystem เพื่อให้การระงับข้อพิพาทในการซื้อ–ขายออนไลน์เกิดขึ้นอย่างสร้างสรรค์ เพื่อให้กลุ่มผู้ค้าออนไลน์ใช้ประโยชน์ของระบบอย่างเต็มที่ ดังนี้จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยมีใช้การระงับข้อพิพาทออนไลน์โดยวิธีการไกล่เกลี่ยออนไลน์เท่านั้น แต่ยังไม่ได้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ทั้งนี้ทางสถาบันอนุญาโตตุลาการมีนโยบายที่จะพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้บังคับในอนาคตเพื่อรองรับข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้น

กล่าวโดยสรุปเมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่หน่วยงานต่างๆเกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในต่างประเทศหรือในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศต่างประเทศนั้นได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากสะดวก รวดเร็วและประหยัด ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานใดให้บริการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์โดยตรง ดังนั้นจึงส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในประเทศไทย เนื่องจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังให้ความเชื่อถือและไว้วางใจกับระบบศาล ในขณะที่บริบทของการซื้อขายสินค้าและบริการที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง ดังนั้นจึงเป็นที่มาของการทำวิจัยเล่มนี้ เพื่อให้มีการพัฒนาแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย

บทที่ 3
กฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท
ด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์

ภายหลังจากที่ได้ทราบถึง แนวคิด ทฤษฎี หลักการ เทคโนโลยีและหน่วยงานที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์ดังกล่าวในบทที่ 2 แล้ว ในบทที่ 3 ผู้วิจัยจะกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ซึ่งจะมีความสำคัญต่อการพัฒนาแนวทางของระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์และสร้างกลไลที่เหมาะกับการระงับข้อพิพาทในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่าการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยภาคเอกชน ความสำเร็จหรือล้มเหลวของกระบวนอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งคือ ความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นคู่พิพาทเอง หรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง รวมถึงความรู้ความชำนาญทางเทคโนโลยีของทุกฝ่าย ทั้งนี้กระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่เกิดขึ้นประเทศต่างๆนั้น อาจแบ่งได้ 2 ประเภทคือ การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่เกี่ยวข้องเฉพาะภายในประเทศ (domestic online arbitration) กล่าวคือคู่พิพาททุกฝ่ายก็ดี ลักษณะของข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นเรื่องภายในประเทศเหล่านั้นไม่มีส่วนเกี่ยวพันกับต่างประเทศ และเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (international online arbitration) เช่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ หรือข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ซึ่งการแบ่งประเภทดังกล่าวนี้ผู้วิจัยใช้หลักดินแดน (Territorial principal) มาจัดประเภทดังกล่าว คล้ายกับกรณีการอนุญาโตตุลาการแบบปกติ ดังนี้เมื่อพิจารณาไปถึงการอนุญาโตตุลาการแบบปกติ จะเห็นได้ว่าทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่มาของการกฎหมายอนุญาโตตุลาการบางประเทศจึงมี 2 ฉบับ คือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration act) ฉบับหนึ่ง และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (international arbitration act) อีกฉบับหนึ่ง เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการนำเอากฎเกณฑ์ภายในประเทศไปใช้กับเรื่องระหว่างประเทศ[34]

---

[34] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557, หน้า 26

อย่างไรก็ตาม การแบ่งประเภทการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (international arbitration) ออกจากการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration) เป็นเรื่องค่อนข้างยุ่งยากและมีปัญหามาก จึงเป็นเหตุให้อีกหลายประเทศไม่แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ฉบับ ดังนั้นประเทศเหล่านี้จึงมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพียงฉบับเดียวใช้บังคับทั้งไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ แต่ปัญหาสำหรับประเทศที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเดียว คือ การนำกฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย และปัญหานี้เป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้คู่พิพาทระหว่างประเทศไม่เลือกประเทศเหล่านี้เป็นประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เพราะไม่สามารถคาดเคาผลการบังคับใช้กฎหมายได้[35] ดังนั้นจึงส่งผลให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่ได้รับความนิยมเป็นประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเทศไทยมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเดียว คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ในบทที่ 3นี้ผู้วิจัยจะขอทำการศึกษากฎหมายและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยจะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับอนุสัญญา New York Convention กฎหมายต้นแบบ(Model Law) กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายไทย เพื่อจะได้ทราบลักษณะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อนำมาพัฒนาแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย สำหรับกฎหมายของประเทศไทยผู้วิจัยจะอธิบายถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับในประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายที่จะนำมารองรับกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ คือพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

1. กฎหมายที่เกี่ยวกับอนุสัญญา New York Convention

ในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมนำมาเป็นแม่แบบในการบังคับกันใช้นั้นมี 2 ฉบับ คือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) ซึ่งมีการลงนามกันที่ New York จึงมักจะเรียกกันว่า “New York

[35] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 27

Convention" และ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) (แก้ไขปี 2006) ซึ่ง New York Convention ถือเป็นอนุสัญญาที่เสาหลักของการอนุญาโตตุลาการ โดยวิวัฒนาการของ New York Convention เริ่มต้นจากในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 การอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศที่ใช้กันอยู่มีอุปสรรคที่หลายประการ คือ ประการแรกประเทศต่างๆ ไม่ให้ความสำคัญกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเมื่อมีกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วมีการทำสัญญาอนุญาไว้ก่อนหน้านั้น หรือ กรณีที่คู่พิพาทฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลก็ยังคงพิจารณาคดีต่อไปโดยไม่คำนึงถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ประการต่อมา คือ การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นทำได้ยาก[36]

จนกระทั่งปี พ.ศ. 2466 ประเทศต่างๆ จึงมีความร่วมมือระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923)[37] เพื่อทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถเกิดขึ้นได้ และอีก 4 ปีต่อมา มีอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องการบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศขึ้น (Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927)[38] ความร่วมมือระหว่างประเทศและอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว ถือเป็นก้าวที่สำคัญของวงการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ เมื่อขั้นตอนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับการแก้ไขโดยความร่วมมือระดับนานาชาติ ทำให้ปัญหาและอุปสรรคของกระบวนการอนุญาโตตุลาการเรื่องอื่นๆ น้อยลง

อย่างไรก็ตามการบังคับใช้ Geneva Protocol 1923 และ Geneva Convention 1927 ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรจะเป็น เนื่องจากมีปัญหาที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์หลายประการ เช่น การกำหนดภาระการพิสูจน์เหตุแห่งการปฏิเสธคำชี้ขาดไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง หรือการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศมีมาตรการซ้ำซ้อน ฯลฯ ทำให้การบังคับใช้ทั้ง Geneva Protocol 1923 และGeneva Convention 1927 ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จนกระทั่งปี พ.ศ. 2501 จึงมีอนุสัญญาที่สำคัญฉบับหนึ่งขึ้นมาใช้บังคับแทนคือ "อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign

---

[36] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบาย พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2558, หน้า 53

[37] ต่อไปนี้เรียกว่า "Geneva Protocol 1923"

[38] ต่อไปนี้เรียกว่า "Geneva Convention 1927"

Arbitral Awards 1958)" ซึ่งมีการลงนามกันที่ New York จึงมักจะเรียกกันว่า "New York Convention"[39] อนุสัญญาฉบับนี้ถือว่าเป็นเสาหลักของการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

New York Convention เปิดให้ประเทศต่างๆ ลงนามเมื่อปี 2501 จนขณะนี้มีประเทศลงนามแล้ว 158 ประเทศ[40] การลงนาม New York Convention นั้น มาตรา 1(3)[41] ให้เสรีภาพแก่ประเทศสมาชิกสามารถตั้งข้อสงวนสิทธิ์ได้ 2 ประการคือ

ประการแรก เป็นข้อสงวนสิทธิการบังคับใช้ New York Convention ของประเทศสมาชิก กล่าวคือ เมื่อลงนาม ประเทศสมาชิกอาจตั้งข้อสงวนสิทธิว่าประเทศตนจะยอมรับและบังคับคำชี้ขาดที่ทำในประเทศสมาชิก New York Convention เท่านั้น สำหรับข้อสงวนสิทธิแรกนี้มีสำคัญน้อยลงไปเรื่อย เมื่อมีประเทศสมาชิก New York Convention มากขึ้น

ประการที่สอง เป็นข้อสงวนสิทธิเรื่องประเภทของข้อพิพาท โดยประเทศสมาชิกอาจจำกัดการบังคับใช้ New York Convention เฉพาะคำชี้ขาดที่เกิดจากข้อพิพาททางการค้าเท่านั้น

New York Convention แม้จะเป็นอนุสัญญาซึ่งใช้ชื่อว่า "การบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศ" แต่เนื้อหาสาระของ New York Convention ไม่ได้บัญญัติเฉพาะการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศเท่านั้น แต่ยังบัญญัติเรื่องที่สำคัญอีกเรื่องคือการยอมรับและบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย ส่วนกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการอย่างไร เช่น จำนวนอนุญาโตตุลาการจะมีจำนวนเท่าใด วิธีดำเนินกระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการจะทำอย่างไร สิ่งเหล่านี้ New York Convention ยังคงให้เป็นอำนาจของกฎหมายอนุญาโตตุลาการแต่ละประเทศที่จะกำหนดกันได้เอง อย่างไรก็ตาม New York Convention ได้บัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญไว้ให้เป็นเหตุที่ศาลของประเทศสมาชิก New York Convention อาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้ ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสมาชิก New York Convention จึงต้องให้

---

[39] ต่อไปนี้เรียกว่า "New York Convention"

[40] www.uncitral.org, "Status Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)", ค้นคืนเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2561 จาก http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

[41] New York Convention มาตรา 1(3) 1บัญญัติว่า "When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State marking such declaration."

ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้ใน New York Convention ด้วย เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยไม่แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งทราบ

แม้ว่า New York Convention เป็นอนุสัญญาที่มีประเทศลงนามมากที่สุดฉบับหนึ่ง และเป็นที่ยอมรับกันในแวดวงของการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศก็ตาม New York Convention ก็มีข้อบกพร่องบางประการกล่าวคือ

ประการแรก เนื่องจากในปี พ.ศ. 2501 เทคโนโลยีการสื่อสารยังไม่มีความก้าวหน้าเมื่อเทียบกับเทคโนโลยียุคต่อๆ มา ทำให้บทบัญญัติของ New York Convention บางมาตรา เช่น มาตรา 2 เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการมีปัญหาในการแปลความและบังคับใช้เป็นอย่างมาก

ประการที่สอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า New York Convention บัญญัติเฉพาะเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ ส่วนเรื่องกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการอย่างไรนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันไป ความแตกต่างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ บางเรื่องไม่กระทบต่อ New York Convention แต่บางเรื่องมีผลกระทบค่อนข้างมาก เช่น เรื่องอำนาจการเพิกถอนคำชี้ขาด

กระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทจำเป็นต้องแสดงความประสงค์เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการออกมาโดยการตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดของการอนุญาโตตุลาการ และบ่อเกิดอำนาจของผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นผู้วิจัยจะอธิบายรายละเอียดดังนี้

1.1 ความหมายและรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

New York Convention ได้บัญญัติเกี่ยวกับความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 2 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า “ประเทศสมาชิกต้องยอมรับสัญญา...การเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นต่ออนุญาโตตุลาการ...”[42] ซึ่งหมายความว่าข้อพิพาท

[42] New York Convention มาตรา 2(1) บัญญัติว่า “Each Contracting State shell recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.”

ภายใต้ New York Convention นั้น อาจเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือยังไม่เกิดขึ้นขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ได้ และเนื่องจากประเทศสมาชิก New York Convention มี 158 ประเทศ รวมถึงประเทศที่ไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในอนาคตด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันประเทศต่างๆ ยอมรับให้มีการตกลงกันเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือข้อพิพาทในอนาคตต่ออนุญาโตตุลาการได้

แต่มีบางประเทศแม้จะยอมรับให้ข้อพิพาทในอนาคตเสนอต่ออนุญาโตตุลาการกันได้ก็จริงแต่เมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ดังนี้กฎหมายของบางประเทศจะยังไม่บังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทันที แต่จะให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาตกลงทำสัญญาซื้อขาย โดยสัญญาซื้อขายดังกล่าวมีข้อตกลงกันว่าหากมีข้อพิพาท (อนาคต) เกิดจากสัญญาซื้อขาย คู่พิพาทจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ต่อมาผู้ซื้อไม่ยอมชำระราคา ผู้ขายจึงฟ้องคดีต่อศาล ผู้ซื้อร้องขอต่อศาลให้สั่งจำหน่ายคดี ดังนี้ ในบางประเทศแทนที่ศาลจะสั่งจำหน่ายคดี แต่ศาลจะสั่งให้คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อเสนอข้อพิพาท (ที่เกิดขึ้นแล้ว) ดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการ และหากฝ่ายใดไม่ยอมทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลก็จะบังคับให้ทำสัญญานั้น และจากนั้นหากปรากฏว่าคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ศาลสั่งให้ทำใหม่ ศาลจึงจะสั่งจำหน่ายคดี[43]

มีข้อน่าสังเกตว่าการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการภายหลังข้อพิพาทเกิดแล้วนั้น แม้กฎหมายให้ทำได้แต่ทางปฏิบัติแล้วคู่พิพาทมักตกลงกันยากกว่ากรณีข้อพิพาทยังไม่เกิด ทั้งนี้ก็เพราะเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หมายความว่า คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอ้างว่าตนถูกโต้แย้งสิทธิตามสัญญาหลักเพราะคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา แต่อีกฝ่ายอ้างว่าไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา เช่นนี้เป็นการยากที่จะให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องตกลงกันในประเด็นต่างๆ ของการอนุญาโตตุลาการมากมาย ยิ่งไปกว่านั้นคู่พิพาทซึ่งได้เปรียบในการฟ้องคดีต่อศาลย่อมไม่ต้องการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทเกิดจากการซื้อขายระหว่างประเทศ คู่พิพาทฝ่ายที่เห็นว่าศาลของประเทศตนมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว อาจทำให้ฝ่ายตนได้เปรียบคู่พิพาทอีกฝ่าย ย่อมไม่ต้องการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจต้องดำเนินการกันในประเทศที่เป็นกลางและทำให้ตนไม่ได้เปรียบอีก

---

[43] Redfern & Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet&Maxwell, 1999, para. 3-02., ใน *สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช* ,รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่องกระบวนการเข้าสู่อนุญาโตตุลาการต่างประเทศในระบบของกลุ่มอาเซียน, สำนักอัยการสูงสุด, กรุงเทพ, 2557, หน้า 31-32

ฝ่ายหนึ่ง ด้วยเหตุนี้เองทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศคู่สัญญานิยมที่จะตกลงกันเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้าเพื่อป้องกันปัญหาที่กล่าวมาแล้ว

New York Convention และกฎหมายต้นแบบ เป็นที่ยอมรับว่าข้อพิพาทที่อาจเสนอต่ออนุญาโตตุลาการไม่ได้จำกัดเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาเท่านั้น แต่ข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์อีกประเภท เช่น ข้อพิพาทจากมูลละเมิด[44] ก็สามารถเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถือหลักการนี้เช่นกัน เช่น นายหมูขับรถยนต์ชนนายไก่ทำให้รถยนต์ของนายไก่เสียหาย และนายไก่ได้รับบาดเจ็บ กรณีนี้หากนายไก่เรียกค่าเสียหายจากการละเมิดของนายหมู เช่นนี้นายหมูและนายไก่สามารถทำสัญญาอนุโตตุลาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ เพราะถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์แล้ว

อย่างไรก็ตาม New York Convention กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร[45] หมายความว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถทำด้วยวาจาได้ กล่าวคือ

ก) สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำในรูปข้อตกลงในสัญญาหลัก หรือ ทำแยกต่างหากจากสัญญาหลัก และลงลายมือชื่อ หรือ

ข) ปรากฏข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในเอกสารแลกเปลี่ยน หรือโทรเลข ซึ่งกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องมีลายมือชื่อคู่สัญญา[46]

หลักการสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นรูปแบบเดียวกันหมดในประเทศภาคี (Uniform) ซึ่งมีผลที่สำคัญตามมา 3 ประการคือ

ประการแรก ประเทศภาคีไม่อาจกำหนดบทบัญญัติเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการแตกต่างไปจากนี้ได้ ไม่ว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้มากกว่า หรือน้อยกว่านี้ย่อมทำไม่ได้

ประการที่สอง คู่พิพาทไม่อาจพิสูจน์ความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีการอื่นใดได้ และประการที่สาม เกิดแนวความคิดที่ไม่ลงรอยกัน ว่าจะสามารถนำหลัก

---

[44] Canada: Ontario Court, General Division (Day J.) 1 October 1992, Canada Packers Inc.et al. v. Terra Nova Tankers Inc วินิจฉัยว่า ข้อพิพาททางละเมิดอาจเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ (MAL 35), ค้นคืนเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2561,จาก http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/899/70/IMG/V9389970.pdf?OpenElement

[45] New York Convention มาตรา 2(2) บัญญัติว่า "2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams."

[46] Berg A., The New York Convention of 1958, (The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982), หน้า 193-195. ใน *สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช* ,รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่องกระบวนการเข้าสู่อนุญาโตตุลาการต่างประเทศในระบบของกลุ่มอาเซียน. สำนักอัยการสูงสุด, กรุงเทพ, 2557, หน้า 33

กฎหมายปิดปาก (estoppel) มาใช้บังคับได้หรือไม่ กล่าวคือแม้ไม่ปรากฏสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่คู่พิพาทได้ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว เช่น การตั้งอนุญาโตตุลาการ กรณีนี้จะถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

ในส่วนของรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น New York Convention มาตรา 2 (2) ว่าด้วยรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นบทบัญญัติที่มีปัญหามากที่สุด เนื่องจากขณะยกร่าง New York Convention นั้นการติดต่อสื่อสารยังไม่ทันสมัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเทียบกับการพัฒนาการสื่อสารออนไลน์ในยุคปัจจุบัน ทำให้บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติ New York Convention ไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน เมื่อเป็นเช่นนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศภาคี หรือแม้แต่กฎหมายต้นแบบ จึงบัญญัติแตกต่างจาก New York Convention เช่น สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร หากปรากฏว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการขัดกับบทบัญญัติ New York Convention มาตรา 2(2) หลักการที่ถือว่าเป็น uniform ข้างต้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์กันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลของหลายประเทศไม่เห็นด้วยกับกฎเกณฑ์ดังกล่าว[47]

ศาลของประเทศเยอรมณี Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court] of FR Germany ได้วินิจฉัยว่า New York Convention อนุญาตให้คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายของประเทศภาคีสมาชิก New York Convention ได้ แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดรูปแบบตาม New York Convention ก็ตาม[48] และ Oberlandesgericht [Court of Appeal] of Cologne[49] ได้อธิบายให้เหตุผลว่า บทบัญญัติมาตรา 2 แห่ง New York Convention ไม่ใช่

---

[47] สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , *รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่องกระบวนการเข้าสู่อนุญาโตตุลาการต่างประเทศในระบบของกลุ่มอาเซียน.สำนักอัยการสูงสุด* ,กรุงเทพ, 2557, หน้า 33-34

[48] Germany No. 42, Buyer v. Seller, *Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court]*, III ZR 30/9142, 3 December 1992 sub 5, XX Yearbook Com. Arb., 666-670 (1995), Retrieved June 10, 2018, from: https://vpn.stou.ac.th/+CSCO+dh756767633A2F2F6A6A6A2E7879686A72656E656F7667656E677662612E70627A++/CommonUI/document.aspx?id=IPN5479

[49] Germany No. 44 / E13, Seller v. Buyer, Oberlandesgericht [Court of Appeal], Cologne, Not indicated, 16 December 1992 sub 4, XXI Yearbook Com. Arb., 535-541 (1996), Retrieved June 11, 2018, from: https://vpn.stou.ac.th/+CSCO+dh756767633A2F2F6A6A6A2E7879686A72656E656F7667656E677662612E70627A++/CommonUI/document.aspx?id=IPN5895

บทบัญญัติที่เป็น Uniform ซึ่งดูได้จาก New York Convention มาตรา 7(1) ว่าด้วยเรื่อง “more-favourable-right-provision”[50] ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิคู่พิพาทผู้บังคับคำชี้ขาดสามารถเลือกใช้กฎหมาย หรือความตกลงหรืออนุสัญญาใดๆ ที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดมาใช้ เพื่อบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ ดังนั้นเมื่อมีการอ้าง New York Convention มาตรา 7(1) จึงหมายความว่าไม่อาจนำ New York Convention มาใช้บังคับเพื่อบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศได้ และการบังคับกรณีดังกล่าวต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่ทำการบังคับคำชี้ขาด บทบัญญัติที่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่นำมาใช้บังคับ ดังนั้นบทบัญญัติ New York Convention มาตรา 2 จึงไม่ใช่ Uniform แต่ประการใด[51]

1.2 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการประการหนึ่ง คือการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการหมายความว่า เมื่อคู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ และต่อมาปรากฏข้อพิพาทเกิดขึ้น แทนที่คู่พิพาท ผู้ถูกโต้แย้งสิทธิจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ กลับนำข้อพิพาทนั้นฟ้องต่อศาล กรณีเช่นนี้หากศาลไม่ยอมรับและบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลจะดำเนินคดีที่ฟ้องร้องต่อไปจนเสร็จสิ้นทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งๆ ที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงนำมาสู่ความร่วมมือระหว่างประเทศ The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 และพัฒนามาเป็น New York Convention มาตรา 2 ในที่สุด

New York Convention กำหนดหลักเกณฑ์การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการในมาตรา 2 (3) ว่า เมื่อคู่พิพาทนำคดีมาฟ้องต่อศาลของประเทศที่เป็นภาคี New York Convention แล้ว และคู่พิพาทอีกฝ่ายคัดค้าน ศาลต้องสั่งให้คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะปรากฏว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ และบทบัญญัติดังกล่าวไม่ให้ดุลยพินิจศาลที่จะพิจารณาสั่งเป็นอย่างอื่นได้

---

[50] หลัก more-favourable-right-provision ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “mfr”.

[51] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบาย พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, หน้า 116-117

1.3 การยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

New York Convention ใช้คำว่า “การยอมรับ” ผนวกเข้ากับคำว่า “การบังคับคำชี้ขาด” น่าจะเป็นประเพณีในการบัญญัติอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับคำพิพากษาและคำชี้ขาดต่างประเทศ ทั้งนี้ New York Convention ไม่ได้ให้ความหมายที่ชัดเจนของความหมายทั้ง 2 คำแต่ประการใด

แม้ว่า New York Convention ไม่ได้อธิบายว่าการยอมรับคำชี้ขาดที่ว่านั้นหมายความว่าอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำ New York Convention มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ประเทศภาคีสมาชิกต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการผูกพัน (Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding...)” แล้ว เห็นได้ว่าการยอมรับคำชี้ขาดหมายถึงการยอมรับว่าคำชี้ขาดมีผล “ผูกพัน” ซึ่งมีความหมายแตกต่างกับคำชี้ขาดที่ “ถึงที่สุด” กล่าวคือคำชี้ขาดถึงที่สุดเป็นคำชี้ขาดที่ไม่สามารถดำเนินการคัดค้านคำชี้ขาดนั้นได้แล้วไม่ว่าจะเป็นการคัดค้านตามกฎหมายหรือคัดค้านตามสัญญาก็ตาม แต่คำชี้ขาดที่ผูกพันนั้นอาจเป็นคำชี้ขาดที่ยังอยู่ระหว่างการคัดค้านก็ได้ กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 36(2) ยอมรับหลักการนี้

ส่วนความหมายที่แท้จริงของคำว่าคำชี้ขาด “ผูกพัน” นั้นยังคงเป็นความลึกลับ Professor Sanders ซึ่งเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการยกร่าง New York Convention ก็ยอมรับเช่นกันว่าความหมายของคำว่า “ผูกพัน” นั้นยังขาดความชัดเจน โดยกล่าวว่า คำว่า “ผูกพัน” นั้น เป็นผลมาจากแนวความคิดประนีประนอมมากกว่า ทำให้ประเทศต่างๆ ที่บังคับคำชี้ขาดอาจแปลความคำว่า “ผูกพัน” แตกต่างกัน ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพยายามไม่ให้คำชี้ขาดบังคับได้โดยการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า “คำชี้ขาดนั้นยังไม่ผูกพัน”

1.4 การบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ

การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญ เนื่องจากบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้ดำเนินการต่างๆ จนจบสิ้น หากปรากฏว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้ ทำให้การดำเนินการต่างๆ ที่ผ่านมาต้องเสียเปล่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีข้อพิพาทการค้าระหว่างประเทศ การบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศค่อนข้างมีความยุ่งยาก ด้วยเหตุนี้จึงเกิดอนุสัญญา Geneva ว่าด้วยการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 และต่อมามี New York Convention แทน

คำชี้ขาดที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ New York Convention ซึ่งมาตรา 1(1) วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญว่า New York Convention จะใช้บังคับแก่การยอมรับและบังคับคำชี้ขาด 2 ประเภทเท่านั้น คือ

1) คำชี้ขาดที่ทำในประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่บังคับคำชี้ขาดและ

2) คำชี้ขาดที่ไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ (domestic award) ของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดด้วย

ดังนั้นคำชี้ขาดที่เป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ จึงไม่อยู่ในบังคับของ New York Convention และNew York Convention กล่าวถึงคำชี้ขาดไว้ 2 ประเภท กล่าวคือคำชี้ขาดภายในประเทศและคำชี้ขาดจากต่างประเทศโดย New York Convention กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เฉพาะการบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศเท่านั้น หมายความว่าประเทศภาคีสมาชิก New York Convention ต้องมีกฎหมายภายในของตนเองอนุวัติตาม New York Convention ในเรื่องการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ ส่วนการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศเป็นเรื่องของกฎหมายของแต่ละประเทศจะกำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งอาจแตกต่างหรือเหมือนกับ New York Convention ก็ได้ ประเทศส่วนใหญ่จะแยกบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศออกจากการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศ เช่น พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

หลักการการแบ่งแยกคำชี้ขาดภายในประเทศและคำชี้ขาดต่างประเทศนั้น New York Convention ถือหลักดินแดน กล่าวคือ คำชี้ขาดใดทำในประเทศหนึ่งและนำไปบังคับอีกประเทศหนึ่งถือว่าเป็นการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ แต่หากการบังคับคำชี้ขาดทำในประเทศที่ทำคำชี้ขาดถือว่าเป็นการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศ

การแยกบทบัญญัติการบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศออกจากการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศด้วยเหตุผลที่สำคัญคือ ประเทศต่างๆ เห็นว่ากฎเกณฑ์การบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศและการบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศอาจมีมาตรฐานที่แตกต่างกัน และโดยปกติแล้วกฎเกณฑ์การบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศจะมีลักษณะเข้มงวดมากกว่า ดังนั้นเพื่อไม่ให้กฎเกณฑ์การบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศกระทบต่อกฎเกณฑ์ตามพันธะที่มีต่อ New York Convention ประเทศต่างๆ จึงสร้างกฎเกณฑ์การบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศแยกต่างหากจากกฎเกณฑ์การบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ

กระบวนการยื่นขอบังคับคำชี้ขาด มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

New York Convention มาตรา 4 กำหนดกระบวนการบังคับคำชี้ขาดไว้ดังนี้ คือ การร้องขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจากต่างประเทศนั้น คู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นเอกสารต่อไปนี้ คือ

(1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

(2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

ถ้าคำชี้ขาด หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำเป็นภาษาของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดคู่พิพาทผู้ประสงค์บังคับคำชี้ขาดนั้น ต้องแปลคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ

นั้นเป็นภาษาของประเทศที่บังคับคำชี้ขาด โดยคำแปลดังกล่าวต้องได้รับการรับรองจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปล หรือผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้ว หรือโดยผู้แทนทางการทูตหรือกงสุล

อย่างไรก็ตาม เหตุที่ศาลของประเทศภาคี New York Convention อาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้นั้น แบ่งเป็นเหตุที่คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ และเหตุที่ศาลอาจยกขึ้นมาเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้เอง

ก) เหตุที่คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(2) คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่ได้รับแจ้งล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(3) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาด วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(4) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(5) คำชี้ขาดยังไม่ผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

ข) เหตุที่ศาลอาจยกขึ้นปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้เอง

(1) ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือ

(2) ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ตาม การบังคับคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention มาตรา 5(1)(e) มีปัญหาสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก New York Convention ให้อำนาจประเทศที่ทำคำชี้ขาดมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด แต่ไม่ได้กำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนไว้ ทำให้ประเทศที่ทำคำชี้ขาดอาจกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้อย่างไรก็ได้ เป็นเหตุให้การบังคับคำชี้ขาดที่ทำในประเทศสมาชิก New York Convention มีความแตกต่างกัน

ประการที่สอง เมื่อมีการร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดในประเทศที่ทำคำชี้ขาด และหากปรากฏว่าคู่พิพาทผู้ชนะคดีร้องขอบังคับคำชี้ขาด ศาลที่บังคับคำชี้ขาดควรดำเนินการอย่างไร หากศาลดำเนินการบังคับคำชี้ขาด แต่ต่อมาปรากฏว่าศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดเพิกถอนคำชี้ขาดอาจทำให้มีความยุ่งยากตามมาได้

2. กฎหมายต้นแบบ (Model Law)

แม้ว่าประเทศต่างๆ จะมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการใช้บังคับของตนเอง แต่ความแตกต่างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้ New York Convention ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวความคิดที่จะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ มีลักษณะไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น ด้วยเหตุนี้คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law “UNCITRAL” จึงจัดทำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)[52] ขึ้นเพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไปเป็นแนวทาง หรือต้นแบบในการปรับแก้หรือยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนให้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน โครงสร้างของกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ยังคงยึดถือแนวความคิดตามบทบัญญัติของ New York Convention และ UNCITRAL Arbitration Rules of 1976 อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) มีความสำคัญต่อพัฒนาการกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ โดยประเทศต่างๆ กว่า 60 ประเทศ[53] นำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาเป็นต้นร่างในการยกร่างกฎหมายใหม่ของตน เช่น

---

[52] ต่อไปนี้เรียกว่า “กฎหมายต้นแบบ (Model Law)”

[53] www.uncitral.org, “Status UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006”, ค้นคืนเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2561, จาก http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

ประเทศบรูไน กัมพูชา มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และประเทศไทย บางประเทศแม้จะไม่รับกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาเป็นต้นร่างโดยตรง แต่ก็ได้ยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่ของตน โดยใช้เกณฑ์ที่เปิดกว้างมากกว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) เช่น พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ฉบับใหม่ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทมากกว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) เป็นต้น ด้วยเหตุนี้อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) ถือเป็นการก้าวเข้าสู่ยุคกฎหมายอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่

สิ่งที่ทำให้กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มีความสำคัญในการพัฒนาการกฎหมายอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่คือ การให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทในการที่จะตกลงเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น เป็นเหตุให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ มีความใกล้เคียงกันมากขึ้น เป็นการลดความขัดแย้งเรื่องจะใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศใด บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ เพราะหากประเทศต่างๆ ถือหลักเช่นเดียวกับกฎหมายต้นแบบ (Model Law) แล้ว กระบวนการอนุญาโตตุลาการขั้นตอนต่างๆ จะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาหรือคู่พิพาทเว้นแต่เรื่องสำคัญๆ เท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งคือ เจตนารมณ์ของคู่สัญญาเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งนั่นเอง

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายไว้ 2 ประการ คือ ใช้บังคับเฉพาะเรื่องระหว่างประเทศ และข้อพิพาทต้องเป็นข้อพิพาททางการค้าเท่านั้น ทั้งนี้ก็เพื่อไม่ต้องการให้กฎเกณฑ์ของภายในประเทศบางเรื่องที่ขัดกับหลักการค้าระหว่างประเทศมีผลกระทบต่อกระบวนการการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศได้ อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆ อาจนำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) เป็นแบบยกร่างกฎหมายของประเทศตน แต่ใช้บังคับรวมถึงการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศด้วย ซึ่งสามารถทำได้หากมั่นใจว่ากฎเกณฑ์ภายในประเทศตนจะไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มีการประกาศใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 จนมีการแก้ไขอีกครั้งในปี ค.ศ. 2006 ซึ่งการแก้ไขครั้งนี้ยังคงหลักการส่วนใหญ่ไว้เช่นเดียวกับเหมือนกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ปี ค.ศ. 1985 แต่แก้ไขบางเรื่องให้ทันสมัยมากขึ้น เช่น เรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับหลักการทำสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีมากกว่าปี ค.ศ. 1985 นอกจากนี้ยังเพิ่มหลักการคุ้มครองชั่วคราวให้มีประสิทธิภาพมากกว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) ปี ค.ศ. 1985 กฎหมายต้นแบบ (Model Law) ซึ่งมีโครงสร้างมาจาก New York Convention และ UNCITAL Arbitration Rules of 1976 เป็นความหวังว่าจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศต่างๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกันอันจะเอื้อต่อระบบ

การอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ และมาตรการเหล่านี้จะนำไปสู่ความมั่นใจของเหล่าบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศจะได้รับการเยียวยาตามระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่ยอมรับ อันเป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งในการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศ

ในส่วนกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ผู้วิจัยจะขอแยกพิจารณาตามหัวข้อเพื่อเปรียบเทียบกับNew York Convention แยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

2.1 ความหมายและรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) ให้คำจำกัดความของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เหมือนกับ New York Convention ว่าหมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้[54]

อย่างไรก็ตามเมื่อกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มีการปรับปรุง ความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้มีการปรับปรุงด้วย โดยทำเป็น 2 ทางเลือก คือ

ทางเลือกที่ 1 ให้ความหมายสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เหมือนเดิมทุกประการ

ทางเลือกที่ 2 บัญญัติความหมายไว้คล้ายเดิม แต่ตัดข้อความว่า “สัญญาอนุโตตุลาการอาจทำเป็นข้อตกลงในสัญญาหลัก หรืออาจทำแยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้” ออก

ในด้านรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 7(2) ยังคงถือหลักเกณฑ์ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกับ New York Convention มาตรา 3(2) แม้มีความพยายามใช้คำว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้อง “มีหลักฐานเป็นหนังสือ (evidenced in writing) แต่ก็เกรงกันว่าหากใช้ถ้อยคำดังกล่าวแล้วอาจทำให้มีการแปลความกันว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำด้วยวาจา

---

[54] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 7(1) บัญญัติว่า “(1) “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.”

ได้[55] ดังนั้นจึงยังคงบทบัญญัติของ New York Convention ไว้ แต่ได้ขยายคำว่า “ลายลักษณ์อักษร” ให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติและการพัฒนาทางการสื่อสารในปัจจุบัน

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) เริ่มประกาศใช้ครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2528 แม้พัฒนาการของเทคโนโลยีขณะนั้นจะก้าวเข้าสู่ยุคคอมพิวเตอร์แล้วก็ตาม แต่เมื่อก้าวเข้าสู่ยุคของโลกออนไลน์แล้วมีการนำการสื่อสารผ่านทางอินเตอร์เน็ตมาใช้กันอย่างแพร่หลาย ทำให้บทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ว่าด้วยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 จำเป็นต้องมีการปรับปรุงใหม่ ด้วยเหตุนี้กฎหมายต้นแบบ จึงมีการปรับปรุงใหม่เมื่อปี พ.ศ. 2549 และส่วนที่สำคัญที่นำมาปรับปรุง ได้แก่รูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการ

แต่เดิมกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 7(2)[56] กำหนดหลักเกณฑ์รูปแบบของสัญญาว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษร หาก

ก) ปรากฏในเอกสารซึ่งลงลายมือชื่อของคู่สัญญา หรือ

ข) ปรากฏในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบกันทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือทางสื่อสารอื่นๆ ซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญา หรือ

ค) มีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือขัดคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธ ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

---

[55] A/CN.9/232, para.42.

[56] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 7(2) บัญญัติว่า “The arbitration agreement shall be in writing An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statement of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.”

หลักเกณฑ์ดังกล่าวแม้จะมีการพัฒนาแนวคิดเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ยังไม่สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติ ดังนั้นเมื่อมีการปรับปรุงใหม่ในปี 2549 กฎหมายต้นแบบ (Model Law) จึงกำหนดรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการใหม่ไว้ดังนี้[57]

ก) สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษร หากข้อความของสัญญาถูกบันทึก ไม่ว่ารูปแบบใด ไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาหลักจะได้ทำด้วยวาจา ด้วยการกระทำ หรือด้วยวิธีการอื่นใด

ค) สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ถ้าข้อมูลของสัญญาสามารถเข้าถึงเพื่อที่จะสามารถอ้างอิงได้ในภายหลัง

ง) มีการกล่างอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธ ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว[58] กรณีนี้เป็นกรณีที่มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว ฝ่ายหนึ่งยื่นข้อเรียกร้อง (ฟ้อง) และอีกฝ่ายยื่นคำร้องคัดค้าน (คำให้การ)

---

[57] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) 2006 มาตรา 7(2)-(6) บัญญัติว่า “(2) The arbitration agreement shall be in writing.

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

(4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

(5) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(6) The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an Arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.”

[58] แนวความคิดนี้เกิดจากการยกร่างกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ซึ่งผู้แทนประเทศบัลแกเรียได้หยิบยกเรื่องการอ้างข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในคำเรียกร้องและอีกฝ่ายไม่ปฏิเสธขึ้นมา แต่ประธานที่ประชุมเห็นว่ากรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งผู้แทนจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เห็นด้วยจนในที่สุดกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ได้บัญญัติบทบัญญัติดังกล่าวไว้

โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้อ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการในข้อเรียกร้อง หรือข้อคัดค้านแล้วแต่กรณี และอีกฝ่ายไม่ปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว ดังนี้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

จ) สัญญามีการกล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการทำเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าการกล่าวถึงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

2.2 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายต้นแบบ (Model Law) นั้นยังคงยึดหลักการของ New York Convention มาตรา 2(3) แต่เพิ่มรายละเอียดบางประการเพื่อให้เกิดความชัดเจน กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 8 กำหนดหลักเกณฑ์ว่าในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้อง อาจยื่นคำร้องต่อศาลไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การ ให้มีคำสั่งให้ไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการ โดยศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้ศาลมีคำสั่งให้คู่พิพาทไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล กว่าศาลจะมีคำสั่งประการหนึ่งประการใดต้องใช้เวลาพอสมควรทำให้เป็นช่องทางให้คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะประวิงคดีทั้งๆ ที่ทราบดีว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีข้อบกพร่องแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 8(2) จึงได้บัญญัติแก้ปัญหาดังกล่าวโดยให้คู่พิพาทสามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการไปพร้อมๆ กับกระบวนพิจารณาของศาลตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งได้ เช่น คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่งนำข้อพิพาทฟ้องร้องต่อศาลขณะที่ศาลดำเนินการไต่สวนว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการบกพร่องตามมาตรา 14 หรือไม่คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการได้

มีปัญหาว่าศาลที่สั่งให้คู่พิพาทไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้น ต้องคำนึงว่าสัญญาดังกล่าวตกลงให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศของศาลที่สั่งเท่านั้นหรือไม่ เช่น ศาลประเทศ A จะสั่งให้คู่พิพาทไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการกัน ซึ่งตามสัญญาคู่สัญญาต้องไปดำเนินการที่ประเทศ B ได้หรือไม่เพื่อความชัดเจนประเด็นนี้กฎหมายต้นแบบ (Model Law) จึงบัญญัติขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายในมาตรา 1(2) ว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการในประเทศตน เว้นแต่ การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราว การยอมรับคำชี้ชาด และการบังคับคำชี้ขาด กล่าวคือกฎหมายต้นแบบ

(Model Law) ใช้บังคับแก่ 4 กรณีที่กล่าวมาแล้ว แม้ว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะทำในประเทศอื่นก็ตาม ดังนั้นกรณีกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 8(1) จึงใช้บังคับแม้ว่าคู่สัญญาตกลงกันให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการกันในประเทศอื่นก็ตาม

2.3 การยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ขณะที่ New York Convention ไม่ได้แยกคำว่า “การยอมรับ” ออกจากคำว่า “การบังคับ” คำชี้ขาด แต่กฎหมายต้นแบบ (Model Law) กลับมีความพยายามทำให้ถ้อยคำทั้งสองแยกออกจากกันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การบังคับคำชี้ขาดต้องมีการร้องขอต่อศาล ขณะที่การยอมรับคำชี้ขาดนั้น เป็นผลทางกฎหมายที่เป็นนามธรรม โดยคู่พิพาทไม่ต้องมีการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งยอมรับคำชี้ขาด การแยกคำ 2 คำนี้ออกจากกันถือว่ามีประโยชน์อย่างมาก ในการวินิจฉัยเรื่องการฟ้องซ้ำ กล่าวคือ เมื่อคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับว่าผูกพันคู่พิพาทแล้ว ข้อพิพาทนั้นย่อมระงับไป การจะดำเนินการฟ้องร้องคดีในศาลกันใหม่ หรือการเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการอีก ย่อมทำไม่ได้

2.4 การบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ

การยกร่างกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35 ว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้น คณะทำงานยกร่างได้มีการหารือกันในประเด็นว่าควรจะต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดไว้ในกฎหมายต้นแบบ (Model Law) อีกหรือไม่ เพราะบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้มีอยู่แล้วในNew York Convention แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นสำหรับประเทศสมาชิก New York Convention แต่ประการใด และสำหรับประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก New York Convention ก็จะไม่ยอมรับบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดนี้[59] มิฉะนั้นประเทศเหล่านี้คงเป็นภาคีสมาชิก New York Convention แล้ว อย่างไรก็ตาม ในที่สุดกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการยอมรับบังคับคำชี้ขาดในมาตรา 35 และมาตรา 36

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(1) บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 36 คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ให้มีผลผูกพันและสามารถ

---

[59] A/CN.9/246, para.142 Retrieved June 3, 2018, from: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement

บังคับได้ เมื่อมีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ”[60] บทบัญญัตินี้อาจทำให้เกิดปัญหาสำหรับประเทศที่เป็นภาคีสมาชิก New York Convention และได้ตั้งข้อสงวนสิทธิไว้ตามมาตรา 1(3) ว่าประเทศตนจะจำกัดการบังคับใช้ New York Convention เฉพาะแต่ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิก New York Convention ด้วยกันเท่านั้น แต่กฎหมายต้นแบบ (Model Law) กลับบัญญัติว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันและบังคับได้ ไม่ว่าจะทำขึ้นในประเทศใดก็ตาม ทำให้เกรงว่าจะเกิดความสับสนในการบังคับใช้ New York Convention มาตรา 1(3) และกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(1)[61] นอกจากนี้การที่จะบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำขึ้นในประเทศใด อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 36 ทั้งหมด โดยไม่จำแนกคำชี้ขาดต่างประเทศและคำชี้ขาดภายในประเทศ ทำให้เห็นว่ากฎหมายต้นแบบ (Model Law) ไม่ถือหลัก “ดินแดน” ดังเช่น New York Convention

บทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(1) เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์จะปฏิบัติต่อคำชี้ขาดที่ได้จากการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำขึ้นในประเทศใดก็ตาม[62] ด้วยเหตุนี้ คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(1) จึงจำแนกคำชี้ขาดออกเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศ (international award) ออกจากคำชี้ขาด ซึ่งไม่ใช่ระหว่างประเทศ (non-international award) ซึ่งแตกต่างจาก New York Convention การจำแนกประเภทคำชี้ขาดเช่นนี้เป็นการแสดงเจตนารมณ์ที่สำคัญของ กฎหมายต้นแบบ (Model Law) ว่าต้องการลดความสำคัญของประเทศที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และให้ความสำคัญกับการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น[63] ดังนั้นประเทศที่ประสงค์จะนำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาเป็นแบบการยกร่างกฎหมายประเทศตน จึงต้องพิจารณาประเด็นนี้อย่างรอบคอบ[64] กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ

---

[60] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(1) บัญญัติว่า “An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.”

[61] A/CN.9/246, para.142, Retrieved June 3, 2018, from: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement

[62] A/CN.9/246, Article 35, para.3. Retrieved June 10, 2018, from: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement

[63] A/CN.9/246, Article 35, para.3. Retrieved June 23, 2018, from: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement

[64] A/CN.9/246, Article 35, para.3. Retrieved June 20, 2018, from: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/46/PDF/V8482846.pdf?OpenElement

เช่น ประเทศสิงคโปร์ แม้รับกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาเป็นกฎหมายภายในของตน แต่ยกเว้นหมวด 7 ว่าด้วยการยอมรับ และบังคับคำชี้ขาด เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ยังคงถือหลักการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศและการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศตาม New York Convention

คำชี้ขาดต่างประเทศ และคำชี้ขาดระหว่างประเทศนั้นมีความหมายต่างกัน กรณีแรกเป็นเรื่องของ New York Convention ซึ่งถือหลัก “ดินแดน” เป็นหลักเกณฑ์การจำแนกคำชี้ขาดต่างประเทศ ออกจากคำชี้ขาดภายในประเทศ ส่วนคำชี้ขาดระหว่างประเทศเป็นคำชี้ขาดที่ได้จากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 1(3) ได้บัญญัติความหมายของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ[65] โดยไม่ได้ถือหลักดินแดนดังเช่น New York Convention ดังนั้นคำชี้ขาดบางกรณีอาจเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศ แต่ไม่ใช่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศก็ได้ ตัวอย่างเช่น คู่พิพาทเป็นชาวต่างชาติทั้งคู่ ได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ณ ประเทศ A ซึ่งมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับกฎหมายต้นแบบ (Model Law) เมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท คู่พิพาทผู้ชนะคดีบังคับคำชี้ขาด

---

[65] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 1(3)(4) ได้ให้คำจำกัดความ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้ดังนี้

“(3) An arbitration is international if:

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determines in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

(4) For the purposes of paragraph (3) of this article:

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement;

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.”

ณ ประเทศ A ดังนี้เห็นได้ว่าคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศตามกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 1(3) แต่เป็นคำชี้ขาดภายในประเทศสำหรับ New York Convention[66]

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ แม้จะนำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาเป็นต้นแบบการยกร่าง แต่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวของกฎหมายต้นแบบ (Model Law) โดยประเทศเหล่านี้ยังคงจำแนกคำชี้ขาดเป็นคำชี้ขาดภายประเทศและคำชี้ขาดต่างประเทศตาม New York Convention เช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

กระบวนการยื่นขอบังคับคำชี้ขาด

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(2)[67] วางหลักเกณฑ์กระบวนการยื่นขอบังคับคำชี้ขาดไว้ดังนี้คือ การร้องขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจากต่างประเทศนั้น คู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นเอกสารต่อไปนี้ คือ

(1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

(2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

ถ้าคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำเป็นภาษาของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดคู่พิพาทผู้ประสงค์บังคับคำชี้ขาดนั้น ต้องแปลคำชี้ขาด หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นภาษาของประเทศที่บังคับคำชี้ขาด โดยคำแปลดังกล่าวต้องได้รับการรับรอง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายต้นแบบ (Model Law) ได้ตั้งข้อสังเกตว่ากระบวนการดังกล่าว ตามมาตรา 35 นั้นถือว่าเป็นองค์ประกอบขั้นสูงสุด ดังนั้นประเทศต่างๆ อาจกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องนี้น้อยกว่าที่กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35 กำหนดก็ได้[68]

เหตุที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

---

[66] ดูคดี PT First Media Tbk v Astro Nusantara International BV & Ors [2013] SGCA 57 Retrieved June 1, 2018, from: http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5cdea230-4fb7-4a59-8414-1b2290459243

[67] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 35(2) บัญญัติว่า "(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in an official language of this State, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language."

[68] ข้อสังเกตุในเชิงอรรถ มาตรา 35 "The conditions set forth in this paragraph are intended to set maximum standards. It would, thus, not be contrary to the harmonization to be achieved by the model law if a State retained even less onerous conditions."

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 36 กำหนดเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้ไว้เหมือนกับ New York Convention มาตรา 5 โดยมาตรา 36 กำหนดเหตุการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดไว้ 2 ประเภท ประเภทแรกเป็นเหตุที่คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ และประเภทที่สองเป็นเหตุที่ศาลอาจยกขึ้นมาเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้เอง

ก) เหตุที่คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์[69]

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(2) คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่ได้รับแจ้งล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

---

[69] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 36(1)(a) "(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

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

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

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

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or..."

(3) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้น สามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขต แล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(4) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(5) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

ข) เหตุที่ศาลอาจยกขึ้นมาได้เอง[70]

(1) ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือ

(2) ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังกล่าวมาแล้วข้างต้นว่า New York Convention มาตรา 5(1)(e) มีปัญหาสำคัญ 2 ประการ กฎหมายต้นแบบ (Model Law) พยายามแก้ปัญหาดังกล่าว

ปัญหาเหตุแห่งการเพิกถอนที่ยังมีความแตกต่างกันนั้น เพื่อให้อำนาจการตรวจสอบทั้งของประเทศ ที่ทำคำชี้ขาดและประเทศที่บังคับคำชี้ขาดมีความใกล้เคียงกัน ดังนั้นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 34จึงกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนไว้ 2 ประเภท คือเหตุที่คู่พิพาทผู้ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ และเหตุที่ศาลอาจยกขึ้นมาเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดได้เอง

---

[70] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 36(1)(b) “if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.”

ก) เหตุที่คู่พิพาทผู้ร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดต้องพิสูจน์[71]

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศนี้ (ได้แก่ประเทศที่ทำคำชี้ขาด) ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(2) คู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่ได้รับแจ้งล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(3) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

---

[71] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 34(2)(a) บัญญัติว่า "(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some Incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the Appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to Present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or..."

(4) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศนี้ (ได้แก่ประเทศที่ทำคำชี้ขาด) ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

ข) เหตุที่ศาลอาจยกขึ้นมาเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดได้เอง[72]

(1) ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ ได้ตามกฎหมายหรือ

(2) ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ปัญหาเรื่องศาลที่บังคับคำชี้ขาดจะดำเนินการอย่างไร หากปรากฏว่าขณะนั้นมีการร้องขอให้ศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดเพิกถอนคำชี้ขาด โดยกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 36(2)[73] กำหนดหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่การร้องขอบังคับคำชี้ขาดยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

3. กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการอย่างแพร่หลาย เนื่องจาก บริษัท ห้างร้าน หรือร้านค้าปลีกต่างๆล้วนใช้การอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาลด้วยการกำหนดให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค จากการศึกษาพบว่าหลักกฎหมายต่างๆที่ประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้กับปัญหาการกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น ประกอบด้วยหลักกฎหมายที่บัญญัติในประมวลกฎหมาย

---

[72] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 34(2)(b) “(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.”

[73] กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 36(2) บัญญัติว่า “(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

(Codified law) ได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act 1925 หรือ FAA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในระดับสหรัฐ ในส่วนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระดับมลรัฐต่างๆ เช่น การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) ต้องใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (The California Arbitration Act) มาใช้บังคับ รวมถึงหลักกฎหมายที่ศาลวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานขึ้นเอง (Judge-made-law) อันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของระบบกฎหมาย Common Law ดังนั้นผู้วิจัยขอกล่าวถึงหลักกฎหมายต่างๆที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายลักษณะ Common law เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการนี้มีความสอดคล้องกัน

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act 1925 หรือ FAA) เป็นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการฉบับแรกของสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อต้นศตวรรษที่ 20 การประกอบธุรกิจมีความคล่องตัวมากขึ้นในขณะเดียวกันก็มีคดีเพิ่มขึ้นสู่ศาลมากขึ้นเรื่อยๆ กลุ่มผู้ประกอบการจึงหาวิธีการที่จะทำให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับในสัญญาต่างๆได้ ซึ่งต่อมาก็ได้มีการยกร่างกฎหมายของสหรัฐขึ้นมาฉบับหนึ่ง ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกา (The American Bar Association หรือ ABA) ในปี 1925 โดยปราศจากการคัดค้าน และรัฐสภาก็ได้รับเอาร่างกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นกฎหมาย โดยมีการแก้ไขเพียงเล็กน้อย[74]

พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 ได้รับการยกร่างเป็นกฎหมายครั้งแรกเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1925 และได้รับการประกาศใช้เป็นกฎหมายฉบับที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1947 นับตั้งแต่ปีค.ศ. 1925 ถึง ค.ศ. 1965 ยังไม่มีการนำ พรบ. อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 มาใช้เลยจนกระทั่งศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการตัดสินคดีเมื่อ ค.ศ. 1965 โดยศาลสูงได้นำพรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 มาใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทุกประเภทที่เป็นสัญญาทางพาณิชย์

นอกจากนี้ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกายังได้กล่าวว่าพรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 ไม่เพียงแต่ประกาศถึงการมีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการของรัฐเท่านั้น แต่ยังถอนอำนาจของมลรัฐในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทที่คู่สัญญาตกลงกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย ประเด็นที่ศาลสูงวางแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการนำพรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 มาใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ต้องเข้าหลักเกณฑ์ 2 ประการ

---

[74] Jon O. Shimabukuro, "*The Federal Arbitration Act: Background and Recent Developments*" Congressional Research Service Reports, Congressional Research Service, Washington, 2002, หน้า 3-5

คือ ประการแรก ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร และประการที่สอง ต้องมีหลักฐานว่าสัญญาหลักเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างมลรัฐด้วย

พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 แบ่งบทบัญญัติไว้เป็น 3 หมวด ในหมวดที่ 1 เป็นบทบัญญัติทั่วไป หมวดที่ 2 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ และหมวดที่ 3 เป็นบทบัญญัติของ Inter-American Convention on International Commercial Arbitration จากบทบัญญัติ มาตรา 2 ของ พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 บัญญัติไว้ว่า "ข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษรใน...สัญญาทางพาณิชย์ที่ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหลังจากที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น...มีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพิกถอนไม่ได้และสามารถใช้บังคับได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมสำหรับการเพิกถอนสัญญา"[75] เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 2 จะเห็นได้ว่ามีความสำคัญมากและไม่มีศาลใดจะผ่อนคลายการบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้เว้นแต่มีเหตุในการปฏิเสธตามหลักสัญญาทั่วไป นอกจากนี้ได้มีคดีที่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้ตัดสินไว้เป็นคดีต้นแบบเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ คดี Allied-Bruce Terminix Companies.Inc. V. Dobson ได้ตัดสินว่า พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925ต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนกฎหมายมลรัฐ (ที่บัญญัติให้ข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตใช้บังคับไม่ได้) เนื่องจากสัญญาของคู่กรณีเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ

อย่างไรก็ตามมลรัฐต่างๆ ยังมีอำนาจหลงเหลืออยู่บ้างในการควบคุมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สังเกตุจากมาตรา 2 พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 ได้บัญญัติไว้ตอนท้ายว่า "ข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษรใน.....ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ...อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมสำหรับการเพิกถอนสัญญา" จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าพรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 ของสหรัฐให้มลรัฐมีอำนาจตามประเพณีที่จะบัญญัติเหตุต่างๆซึ่งอาจทำให้สัญญาใดๆ รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะได้เช่นกัน

---

[75] Section 2 ของ The Federal Arbitration Act 1925 (FAA) บัญญัติว่า

"Section 2. Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract."

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ประกอบไปด้วยหลายมลรัฐ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละมลรัฐก็อาจจะมีความแตกต่างกันไป กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางมลรัฐอาจจะมีนโยบายขัดต่อนโยบายของพรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 ที่สนับสุนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงบางมลรัฐไม่มีกฎหมายเฉพาะในการควบคุมข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่มีแนวทางวินิจฉัยของศาลไปในทางที่ทำลายข้อสันนิษฐานที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Califomia) ที่ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐได้ตัดสินคดี Wheeler V. ST.Joseph.Hosp. ได้วางหลักไว้ว่าความตกลงอุญาโตตุลาการที่ให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการให้บริการทางแพทย์ไม่สามารถบังคับได้เนื่องจากคนไข้มิได้อ่านสัญญาและมิได้รับคู่ฉบับสัญญา และในคดี David V. Manufacturers Hanover Trust Co. ซึ่งศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่าความตกลงอนุญาโตตุลาการใช้บังคับไม่ได้เนื่องจากตัวพิมพ์มีขนาดเล็กเกินไป เป็นต้น

จากแนวทางคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐตลอด 20 ปีที่ผ่านมาศาลได้กำหนดประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการให้อยู่ภายในขอบเขตของ พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 ซึ่งมีหลักการว่าให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับเช่นเดียวกับสัญญาอื่นๆ ดังนั้น ความตกลงให้ใช้การอนุญาโตตุลาการจึงมีผลสมบูรณ์ ไม่ถูกเพิกถอน และพรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 นั้นสามารถใช้ได้กับการระงับข้อพิพาททางแพ่งเกือบทุกกรณี ยกเว้นข้อพิพาททางแพ่งบางประเภทที่ไม่อาจตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้เนื่องจากอยู่ภายใต้อำนาจรัฐที่จะเป็นผู้พิจารณาตัดสิน แต่หากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายหลักทรัพย์ ประเทศสหรัฐอเมริกายอมให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้

อย่างไรก็ตามหากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ไม่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้ แต่ถ้าหากเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (E-commerce contract) ที่แม้จะมีประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่พิพาทก็สามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากสภาพกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันมีลักษณะที่ไม่แน่นอน ดังนั้นข้อพิพาทเหล่านี้จึงเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาผู้วิจัยขอกล่าวโดยสรุปว่าข้อพิพาทที่จะระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ คือ ข้อพิพาททางแพ่งทุกประเภทที่ไม่เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายหลักทรัพย์และข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้บริโภคก็สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน เห็นได้จากหลักการที่บัญญัติไว้ในพรบ.อนุญาโตตุลาการ

แห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 และแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่เป็นบรรทัดฐาน ทำให้เห็นว่ามีการสนับสนุนให้มีการใช้การอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล

4. กฎหมายประเทศไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 210–220 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ใช้กับการระงับข้อพิพาททางแพ่งทุกชนิดรวมถึงข้อพิพาททางธุรกิจ การค้า และการลงทุนต่างๆที่ดำเนินการในประเทศไทย โดยกฎหมายฉบับแรกใช้กับการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ส่วนฉบับที่หลังใช้กับการอนุญาโตตุลาการในศาล ซึ่งในการวิจัยนี้ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เท่านั้น นอกจากนั้นยังมีกฎหมายอีกหนึ่งฉบับที่เข้ามาเกียวข้องกับการอนุญาโตตุลการออนไลน์ คือ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ผู้วิจัยจะขอแยกพิจารณารายละเอียดดังนี้

4.1 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับแรกของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แต่เมื่อใช้บังคับเป็นเวลานาน บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายใหม่ โดยนำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law–UNCITRAL) องค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1958 จนเป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ทั้งนี้ บทบัญญัติส่วนใหญ่ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเฉพาะส่วนที่เป็นหลักสำคัญก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่มีบทบัญญัติบางประการที่อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ทำให้นานประเทศขาดความเชื่อมั่นในระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยอยู่บ้าง อย่างไรก็ตามหากบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กรณีอนุญาโตตุลาการและศาลที่มีเขตอำนาจพยายามช่วยให้การปฏิบัติตามกฎหมายเกิดผลแล้วก็น่าจะแก้ปัญหาเดิมที่มีอยู่ได้บ้าง และน่าจะช่วยส่งเสริมให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทยเพิ่มขึ้น ไม่ใช่เพียงจะเป็นประโยชน์ต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเท่านั้นแต่จะเป็นประโยชน์ต่อวงการ

กฎหมายธุรกิจและเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยส่วนรวมด้วย[76]การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีต่อสนธิสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 3 ฉบับ ด้วยกัน ได้แก่

1) โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด พ.ศ. 2466 (Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923) ซึ่งได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด พ.ศ. 2473

2) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พ.ศ. 2470 (Geneva Convention on Execution of Foreign Arbitration Awards of 1927) ซึ่งได้มีพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับในประเทศตั้งแต่วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2474

3) อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พ.ศ. 2502 (New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards of 1958) ที่เรียกว่า "อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก" ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2503 ซึ่งได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530[77]

ผู้วิจัยเห็นว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถูกบัญญัติขึ้นโดยต้นแบบจากกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากกว่าร้อยละ 70 ทำให้กฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่ดีและทันสมัย ซึ่งมีการนำมาใช้ได้ทันเวลาต่อยุคสมัยของการค้าระหว่างประเทศกำลังรุ่งเรือง โดยออกมารองรับกับสถานการณ์ในปัจจุบันของสังคมที่เจริญทางด้านการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้มีการยกร่างโดยนำเอากฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาเป็นต้นแบบในการร่าง[78] นั้น ผู้วิจัยจะขอแยกพิจาณารายละเอียดเกี่ยวกับพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 ตามหัวข้อดังต่อไปนี้

---

[76] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ทางแก้ใหม่ของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย?,” *วารสารนิติศาสตร์*, 3, 2, (1 มีนาคม 2545): หน้า 1–23.

[77] สุรางคณา แก้วจำนงค์, *ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 165–167

[78] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557, หน้า 40–41

4.1.1 ความหมายและรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ตามพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 5 ไม่ได้มีการให้ความหมายของหรือคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ในบทบัญญัติมาตรา 11 ได้กล่าวถึงความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

“ สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า พรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรค 1 ได้กล่าวถึงความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยสามารถแยกสาระสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้[79]

1. สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง
2. ข้อพิพาทจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ เป็นข้อพิพาทที่ยังไม่เกิดขึ้นก็ได้
3. ข้อพิพาทนั้นจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ก็ได้
4. สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

นอกจากนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาในการใช้อนุญาโตตุลาการ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดการอนุญาโตตุลาการและเป็นบ่อเกิดอำนาจอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากถ้าไม่มี

[79] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 84-88

สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือมีสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ไม่มีผลบังคับ หรือมีเหตุทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้บังคับได้ คู่พิพาทจะต้องนำข้อพิพาทฟ้องร้องคดีต่อศาล

ส่วนรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น พรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรค 2 และ วรรค 3 ไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เพียงต้องการหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาเท่านั้น ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่เป็นโมฆะ แต่ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ การทำหลักฐานเป็นหนังสืออาจอยู่ในรูปแบบใดๆก็ได้ รวมถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการในแบบอิเล็กทรอนิกส์ก็สามารถทำได้[80]

การทำสัญญาในรูปแบบผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อาจทำได้โดยการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์ไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าต้องการใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยเขียนข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) โดยอีกฝ่ายตอบกลับโดยทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เช่นกัน หรือ อาจจะเป็นการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แล้วแนบไฟล์ที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลการมาตรฐาน (Standard arbitration clause) โดยมีการระบุ ข้อกำหนดและเงื่อนไข (Terms and Conditions) หรือข้อกำหนดการใช้ (Condition of Use) ซึ่งในเอกสารนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ ลักษณะดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร[81]

อย่างไรก็ตามจากข้อพิจารณาข้างต้นจะเห็นได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถทำได้ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็จะต้องพิจารณาถึงรูปแบบอิเล็คทรอนิกส์ลักษณะใดที่กฎหมายยอมรับ ดังนี้จึงต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ประกอบด้วย กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้วางหลักการเกี่ยวกับการยอมรับข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีค่าเทียบเท่ากับเอกสารลายลักษณ์อักษร (Writing) หรือถือเป็นเอกสารต้นฉบับ (Original) และยอมรับให้ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signature) มีผลเป็นการลงลายมือชื่อตามกฎหมาย รวมถึงให้มีการรับฟังข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาลได้ ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวต่อไป

---

[80] สุพจี รุ่งโรจน์, “การสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อขจัดอุปสรรคของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย”. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฉบับเนื่องในวาระครบรอบ 20 ปี*, ปีที่, ฉบับพิเศษ ครบรอบ 20 ปี : หน้า 449-461

[81] “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 449-461

4.1.2 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ตามพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 14 ได้กำหนดวิธีการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องมีบทบัญญัติหรือวิธีการบังคับตามสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ มาตรา 14 บัญญัติ ไว้ว่า

" ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้อง อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำส่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้"

จากบทบัญญัติมาตรา 14 ดังกล่าววางหลักเกณฑ์ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลแทนการนำคดีสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนี้มาตรา14 จึงกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

(1) คู่พิพาทได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีต่อศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

หมายความว่า คู่สัญญาได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เบื้องต้นแล้ว แต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ยอมเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการ แต่นำคดีไปฟ้องต่อศาลแทน

(2) คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี

หมายความว่า เมื่อมีการผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งนำคดีมาฟ้องศาลแทนการนำคดีไปเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องมีความประสงค์จะให้มีการอนุญาโตตุลาการอยู่อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลจำหน่ายคดีได้ โดยระยะเวลาการยื่นคำร้องคือ ไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามถ้าไม่มีการยื่นคำร้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คู่พิพาทฝ่ายที่อ้างว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถยกข้อต่อสู้ได้ เนื่องจากถือได้ว่าเป็นการสละ

สิทธิ์ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ[82] ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3425/2545[83]

ในกรณีของศาลที่คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาว่าศาลใดคือศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 14 ที่บัญญัติว่า “....คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้อง อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี....” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อได้ส่งหมายเรียกและคำฟ้องให้จำเลยแล้ว ให้จำเลยทำคำให้การเป็นหนังสือยื่นต่อศาลภายใน 15 วัน” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติ มาตรา 14 ของตามพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 คู่พิพาทต้องยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งเป็นไปตามพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 9[84] ซึ่งได้ระบุศาลต่างๆไว้ แต่ถ้าพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคหนึ่ง คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่ออกหมายเรียกให้ตนยื่นคำให้การ ดังนี้ หากคู่พิพาทยื่นคำร้องต่อศาลให้จำหน่ายคดีตามพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 9 นั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากอาจจะไม่ใช่ศาลเดียวกับศาลที่พิจารณาคดีที่คู่พิพาทฝ่ายผู้ฟ้องคดีนำไปฟ้อง ผู้ร้องต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่ออกหมายเรียกให้ตนยื่นคำให้การตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคหนึ่ง เท่านั้น เนื่องจากเป็นศาลที่มีอำนาจจำหน่ายคดีแต่เพียงศาลเดียว ดังนั้น การตีความว่า

---

[82] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 86-87

[83] คำพิพากษาฎีกา 3425/2545 แม้จำเลยที่ 1 ผู้ค้ำประกันบริษัท ส. มีสิทธิยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับข้อสัญญาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการให้เป็นผู้ชี้ขาดระหว่างโจทก์กับบริษัท ส. ซึ่งเป็นข้ออ้างที่บริษัท ส. มีอยู่ขึ้นต่อสู้โจทก์ได้ก็ตาม แต่จำเลยที่ 1 มิได้ยกขึ้นให้การโต้แย้ง ทั้งมิได้ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าประเทศกลางก่อนวันสืนพยานเพื่อให้ศาลไต่สวนถึงเหตุที่โจทก์นำคดีมาฟ้องโดยมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลการนั้นว่าชอบหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 10 (บทบัญญัติเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14) จึงถือได้ว่า จำเลยที่ 2 ได้สละสิทธิ์เกี่ยวกับข้อสัญญาเรื่องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดระหว่างกันแล้ว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

[84] พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการในเขตศาลหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา ข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้”

“ศาลที่มีเขตอำนาจ” ตามมาตรา 14 พรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 จึงหมายถึงศาลที่รับฟ้องคดีเท่านั้น ไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจ ตามมาตรา 9 พรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545[85]

(3) ให้ศาลไต่สวนคดีก่อนมีคำสั่ง

หมายความว่า ศาลจะต้องไต่สวนคดีก่อนเสมอ ตามมาตรา 14 พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติไว้ว่า “..... เมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำส่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย....” กล่าวคือ หากมีเหตุประการใดประการหนึ่งดังที่บัญญัติในมาตรา 14 ศาลจะไม่สั่งจำหน่ายคดี แต่หากปรากฏว่าในการไต่สวนไม่ปรากฏเหตุประการใดประการหนึ่งดังที่บัญญัติในมาตรา 14 ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่พิพาทไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไป

เหตุที่ศาลจำหน่ายคดีตาม พรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 มาตรา 14 ได้กำหนดไว้ 3 กรณี ดังนี้

(1) สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ กล่าวคือ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจตกเป็นโมฆะได้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งอื่นๆ เช่น สัญญามีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ตามคู่สัญญาสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 เป็นต้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการใช้บังคับไม่ได้ กล่าวคือ สัญญาใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่นๆอันมิใช่สัญญาเป็นโมฆะ เช่น คู่กรณีตกลงกันเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการ

(3) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติได้ กล่าวคือ การที่สัญญาไม่อาจดำเนินการได้ตามสัญญา อาจเป็นเพราะข้อความในสัญญาอนุญาโตตุลาการคลุมเครือไม่ชัดเจน หรือขัดกับเจตนาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติศาลจะตีความไปในทางที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการปฏิบัติได้

(4) ในระหว่างศาลพิจารณาคำร้อง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้

---

[85] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557, หน้า 112–113

หมายความว่า เมื่อมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ในการที่ศาลพิจารณาคำร้องเพื่อมีคำสั่งประการใดประการหนึ่ง อาจจะใช้เวลาพอสมควร หรือคู่พิพาทที่ประสงค์จะประวิงคดีใช้ช่องการยื่นฟ้องคดีต่อศาลเป็นเครื่องมือทั้งๆที่ไม่มีข้อบกพร่องประการใด ดังนี้มาตรา 14 วรรค 2 จึงได้บัญญัติทางแก้ไขปัญหานี้ไว้ กล่าวคือ คู่พิพาทสามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการไปพร้อมกับกระบวนการตามมาตรา 14 วรรคหนึ่งได้

4.1.3 กระบวนการอนุญาโตตุลาการและวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้นมีความแตกต่างจากการดำเนินกระบวนพิจารณาในชั้นศาล เนื่องจาก การดำเนินคดีในศาลมีกระบวนการและวิธีการด้านกฎหมายที่ควบคุมและบังคับใช้เพื่อการพิจารณาคดีทั้งหมดตามกฎเกณฑ์อย่างเคร่งครัดด้วยองค์ประกอบต่างๆ อาทิ พยาน การอุทธรณ์ คำตัดสิน และฎีกา จึงต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน ข้อดีคือมีคำชี้ขาดที่เป็นลายลักษณ์อักษรบังคับใช้ตามกฎหมาย แต่การอนุญาโตตุลาการ เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทในข้อขัดแย้ง ด้วยวิธีการแต่งตั้งและให้อำนาจคนกลางในการตัดสินชี้ขาดด้วยความสมัครใจของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย การตัดสินดังกล่าวมีการสืบหลักฐานต่างๆ แต่ก็ให้ความยืดหยุ่นด้วยการรับฟังความต้องการของคู่กรณีให้ได้ชี้แจงและแจ้งความต้องการของตนเองอย่างเป็นธรรม ดังนี้จึงเห็นได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความคล่องตัวกว่าการดำเนินคดีในศาล อย่างไรก็ตามกระบวนการต่างๆของการอนุญาโตตุลาการมีกฎเกกณฑ์ที่นำมาใช้ใกล้เคียงกับศาล เช่น การส่งคำคู่ความ การสืบพยาน การพิจารณาคดี การทำคำชี้ขาด ซึ่งอำนาจต่างๆ เหล่านี้กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องมีกระบวนการอย่างไรบ้าง ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะขออธิบายถึงรายละเอียดดังนี้

1) การส่งคำคู่ความ

ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง ของพรบ.อนุญาโตตุลาการพ.ศ. 2545 ได้บัญญัติเรื่องการส่งคำคู่ความไว้ว่า

“ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าได้ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นหรือได้ส่งไปยังสำนักทำการงาน ภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าได้ส่งไปยังสำนักทำการงาน หรือภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ตอบรับ ถ้าเป็นการส่งภายในประเทศหรือโดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับการส่งเอกสารในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล”

จากกรณีดังกล่าวเมื่อนำมาใช้กับการส่งเอกสารทุกอย่างในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเห็นได้ว่าต้องมีการระบุว่าต้องส่งไปที่ใด รวมถึงวิธีการส่งว่าต้องส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ตอบรับ ถ้าเป็นการส่งภายในประเทศหรือโดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง เมื่อพิจารณาแล้ว มาตรา 7 วรรคหนึ่งได้มีการขยายความของวิธีการส่งให้รวมถึง “โดยวิธีอื่นใด” ดังนั้นกรณีดังกล่าวทำให้เห็นว่ามาตรา 7 วรรคหนึ่งสามารถตีความว่าใช้ได้รวมถึงการส่งด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นเพียงการตีความจากตัวบทกฎหมายหมายเท่านั้น

2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จหรือความล้มเหลวนั้นขึ้นอยู่กับคุณสมบัติและความสามารถของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จึงจำเป็นต้องพิจารณาคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีเรื่องที่จะต้องพิจารณา กล่าวคือ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ความเป็นกลางและความยุติธรรม ซึ่งหลักการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในหมวด 2 และหมวด 3 ของพรบ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังนี้

จำนวนของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นเลขคี่ สังเกตุได้บัญญัติใน มาตรา 17 ที่บัญญัติไว้ว่า “ ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ วิธีการตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามาตรา 18 วรรคหนึ่ง(2)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าจำนวนอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดีนั้นจะต้องมีจำนวนเป็นเลขคี่ จะเป็นเลขคู่ไม่ได้ เพราะหากกำหนดเป็นเลขคู่อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อต้องทำคำชี้ขาดอาจหาเสียงข้างมากในการตัดสินข้อพิพาทไม่ได้ และในการชี้ขาดต้องใช้คะแนนเสียงข้างมาก กรณีที่คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ เช่น มีอนุญาโตตุลาการ 2 คน และคู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน ให้อนุญาโตตุลาการนั้นร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคนเพื่อเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะทำให้จำนวนอนุญาโตตุลาการกลายเป็นเลขคี่และน่าจะสามารถหาคะแนนเสียงข้างมากได้เมื่อต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท

ส่วนจำนวนอนุญาโตตุลาการจะมีเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับคู่กรณีที่จะตกลงกัน เช่น ร่วมกันตั้งเพียง 1 คน หรือมี 3 คน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งฝ่ายละหนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการ 2 คนนั้นร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม หรือคู่กรณีร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม หรือมี 5 คน โดยแต่ละฝ่ายตั้งฝ่ายละ 2 คน และอนุญาโตตุลาการ 4 คนร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 5 หรือคู่กรณีร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 5 จำนวนอนุญาโตตุลาการจะสัมพันธ์กับค่าใช้จ่าย เวลาและความเที่ยงตรงของการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท กล่าวคือ ถ้าจำนวนอนุญาโตตุลาการน้อยเกินไป คือ 1 คน ย่อมประหยัดค่าใช้จ่ายเพราะคู่กรณีร่วมกันออกค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการเพียงคนละครึ่ง แต่ก็มีความเสี่ยงหากอนุญาโตตุลาการไม่มีความเชี่ยวชาญ หรือประพฤติมิชอบเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อีกฝ่ายหนึ่งย่อมเสียเปรียบหากไม่รู้ข้อเท็จจริงว่ามีการเข้าข้างหรือประพฤติมิชอบ ถ้ามีจำนวน 3 คนก็จะทำให้การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเที่ยงตรงและรอบคอบมากกว่าจำนวนเพียงคนเดียวแต่ก็เสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในส่วนค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้ามีจำนวนมากขึ้น เช่น 5 คน ก็ย่อมเสียค่าใช้จ่ายมากในเรื่องค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากและอาจเสียเวลามากเนื่องจากอนุญาโตตุลาการอาจหาเวลาว่างตรงกันที่จะทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ยาก อย่างไรก็ตามถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันในเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการก็ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ตาม พรบ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 17 วรรคสาม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวจะทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในเรื่องค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีอาจร่วมกันเสียค่าป่วยการเพียงคนละครึ่งเท่านั้น[86]

ในการตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นตามปกติคู่พิพาทจะเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนและมีความเท่าเทียมกันในการตั้งอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีมีสิทธิตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละเท่ากัน รวมถึงคู่กรณีอาจมีการระบุตัวผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้าในสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือมีการตั้งในภายหลังคือหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ แต่การระบุไว้ล่วงหน้านั้นอาจมีปัญหาได้หากบุคคลดังกล่าวถึงแก่ความตายหรือไม่ยอมรับการตั้งหรือไม่สามารถทำหน้าที่ได้ด้วยประการอื่น ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงไม่นิยมระบุชื่อผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้าในสัญญา แต่อาจจะระบุวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ แต่หากคู่กรณีไม่ระบุก็จะเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

---

[86] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 110–111

เมื่อมีการแต่งตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการโดยบุคคลนั้นยินยอมแล้ว บุคคลนั้นก็ต้องทำหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ คือ พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจนกว่าจะเสร็จสิ้น จึงจะหมดหน้าที่ลง และเมื่อตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการก็มีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดอย่างไรหรือไม่นั้นก็เป็นเรื่องที่สำคัญสำหรับอนุญาโตตุลาการและบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ต่างๆของคู่พิพาทเอง อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอต่อตนโดยปฏิบัติตามสัญญาและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต่าง ๆ อันจำเป็นสำหรับการระงับข้อพิพาทดังกล่าวต่าง ๆ ดังนี้

(1) หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ

เมื่อบุคคลใดได้รับการทาบทามหรือตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการบุคลนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ ซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนเพราะอาจกระทบกระเทือนถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในแง่ที่อาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคู่กรณีพิพาทขึ้นได้เช่น เป็นญาติกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 วรรคสอง ดังนี้

“บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะแจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว”

3) การพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องพิจารณาข้อพิพาทเฉพาะที่เสนอต่อตนเท่านั้น อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาชี้ขาดประเด็นพิพาทที่มิได้เสนอต่อตนไม่ได้ เพราะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเท่าที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกินกว่าที่ตนได้รับมอบหมาย คำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นคำชี้ขาดที่เกินขอบอำนาจและไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นเหตุให้การเพิกถอนคำชี้ขาด และเหตุที่ศาลจะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นดังที่เป็นเหตุหนึ่งที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 และ 43 แห่ง พรบ. อนุญาโตตุลาการฯ ดังนี้

มาตรา 40 วรรคสาม บัญญัติว่า

“ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

.....

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกิดขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้...”

มาตรา 43 บัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

.....

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้”

ในการทำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต้องทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้คือ ต้องทำเป็นหนังสือตาม มาตรา 37 ที่บัญญัติไว้ว่า

“คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคนการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากถือว่าเพียงพอแล้วแต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46

คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง และให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นว่านั้น

เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาท”

4.1.4 การยอมรับและบังคับคำชี้ขาด

พรบ.อนุญาโตตุลการ พ.ศ. 2545 ได้กล่าวถึงเรื่องการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดไว้ในหมวด 7 ซึ่งมาตรา 41 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

กระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น” ซึ่งมาตรา 41 วรรคสองเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการยอมรับคำชี้ขาดไม่ว่าจะเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศหรือภายในประเทศ ให้มีผลบังคับใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดกับอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพัน

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำขึ้นในประเทศใดจะมีหลักเกณฑ์และรายละเอียดโดยหลักเป็นอย่างเดียวกัน อันเป็นการบัญญัติเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งมาตรา 42 ของ พรบ.อนุญาโตตุลการ พ.ศ. 2545 ได้วางหลักการไว้คือ

“เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รีบทำการไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน

ผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเอกสารดังต่อไปนี้มาแสดงต่อศาล

1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

3) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้ว หรือปฏิญาณตนต่อหน้าศาลหรือต่อหน้าเจ้าพนักงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบาน หรือปฏิญาณ หรือรับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปลหรือผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไทยในประเทศที่มีการคำทำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาดแล้วจะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

(1) ผู้ดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาด

ในการดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นผู้ที่จะขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคือคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาด ซึ่งก็คือ ฝ่ายที่ชนะตามคำชี้ขาดนั้นไม่ว่าจะชนะเต็มตามที่ตนเรียกร้องหรือชนะแต่เพียงบางส่วน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้บางส่วนตามที่เรียกร้องโดยไม่ได้ให้ทั้งหมดตามที่เรียกร้อง

(2) ต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ

คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดในเรื่องที่เกี่ยวข้องนั้น พรบ.อนุญาโตตุลาการฯ

มาตรา 9 ได้วางหลักไว้ว่า หากข้อพิพาทที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาหรือการค้าระหว่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศไทยก็ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น แต่ถ้าข้อพิพาทที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองคู่ก็กรณีก็สามารถยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าเป็นการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศก็จะแตกต่างไปเล็กน้อย คือ ศาลที่มีเขตอำนาจนั้นจะไม่มีศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตเพราะไม่มีการพิจารณาในประเทศไทย

นอกจากนั้นคู่กรณีฝ่ายที่จะบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นเอกสารต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด คือ ต้นฉบับคำชี้ขาดหรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการหากคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการทำเป็นภาษาต่างประเทศ โดยผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้ว หรือปฏิญาณตนต่อหน้าศาลหรือต่อเจ้าพนักงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบานหรือปฏิญาณ หรือรับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปลหรือผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไทยในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่โจทก์อ้างจะเป็นสำเนาซึ่งรับรองโดยผู้ที่มิได้มีส่วนรับรู้กับการทำสัญญา และคำแปลคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมิได้ระบุว่าใครเป็นผู้แปล และผู้แปลสาบานตัวแล้วหรือไม่ อีกทั้งไม่มีเจ้าหน้าที่รับรองก็ไม่ทำให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ถ้าผู้คัดค้านมิได้กล่าวอ้างว่าสำเนาสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำแปลคำชี้ขาดไม่ถูกต้องอย่างไร คำคัดค้านดังกล่าวก็ไม่มีผลต่อความน่าเชื่อถือของการนำเอกสารดังกล่าวมาบังคับเพราะไม่ใช่ข้อสำคัญแห่งคดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 1916/3855)[87]

[87] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548, หน้า 170–173

5. พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544[88]

พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มีวัตถุประสงค์ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่การทำธุรกรรมในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะปรับเปลี่ยนวิธีการในการติดต่อสื่อสารที่อาศัยการพัฒนาการเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีความสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวมีความแตกต่างจากวิธีการทำธุรกรรมซึ่งมีกฎหมายรองรับอยู่ในปัจจุบันเป็นอย่างมาก อันส่งผลให้ต้องมีการรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เสมอกับการทำเป็นหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือ การรับรองวิธีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ตลอดจนการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเป็นการส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้น่าเชื่อถือ และมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไปที่เคยปฏิบัติอยู่เดิมควรกำหนดให้มีคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทำหน้าที่วางนโยบายกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ติดตามดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์รวมทั้งมีหน้าที่ในการส่งเสริมการพัฒนาการทางเทคโนโลยีเพื่อติดตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยีซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาศักยภาพตลอดเวลาให้มีมาตรฐานน่าเชื่อถือ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวข้องอันจะเป็นการส่งเสริมการใช้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ด้วยการมีกฎหมายรองรับในลักษณะที่เป็นเอกรูป และสอดคล้องกับมาตรฐานที่นานาประเทศยอมรับ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้[89]

แต่เนื่องจากพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ยังไม่มีบทบัญญัติรองรับในเรื่องตราประทับอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถระบุถึงตัวผู้ทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นเดียวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ต้องมีการประทับตราในหนังสือเป็นสำคัญ รวมทั้งยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สามารถนำเอกสารซึ่งเป็นสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้แทนต้นฉบับหรือให้เป็นพยานหลักฐานในศาลได้และโดยที่ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างระบบราชการตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และกำหนดให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางแผน ส่งเสริม พัฒนา และดำเนินกิจการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ประกอบกับปัจจุบันธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้มีการใช้อย่าง

---

[88] มีการแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2551

[89] หมายเหตุท้าย พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

แพร่หลาย จำเป็นที่จะต้องมีหน่วยงานธุรการเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแล เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และเป็นฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยสมควรจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์สังกัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารขึ้นทำหน้าที่แทนศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติอันจะเป็นการส่งเสริมความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และเสริมสร้างศักยภาพการแข่งขันในเวทีการค้าระหว่างประเทศ จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว[90] ดังนี้จึงเป็นที่มาของการแก้ไขเพิ่มเติมพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และได้ออกเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

การทำธุรกรรมในปจจุบันมีแนวโนมที่จะปรับเปลี่ยนวิธีการในการติดตอสื่อสารที่อาศัยการพัฒนาการเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส ซึ่งมีความสะดวก รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ แตเนื่องจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส ดังกลาวมีความแตกตางจากวิธีการทำธุรกรรมซึ่งมีกฎหมายรองรับอยูในปจจุบันเปนอยางมาก อันสงผลใหตองมีการรองรับสถานะทางกฎหมายของขอมูลทางอิเล็กทรอนิกสใหเสมอกับการทำเปนหนังสือ หรือหลักฐานเปนหนังสือ การรับรองวิธีการสงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส การใชลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส ตลอดจนการรับฟงพยานหลักฐานที่เปนขอมูลอิเล็กทรอนิกส เพื่อเปนการสงเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกสใหน่าเชื่อถือ และมีผลในทางกฎหมายเชนเดียวกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไปที่เคยปฏิบัติอยูเดิมในทางกฎหมาย เช่นเดียวกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไปที่เคยปฏิบัติอยูเดิม ควรกำหนดใหมีคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส ทำหนาที่วางนโยบายกำหนดหลักเกณฑเพื่อสงเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส ติดตาม ดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส รวมทั้งมีหนาที่ในการสงเสริมการพัฒนาการทางเทคโนโลยีเพื่อติดตามความก้าวหนาของเทคโนโลยี ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาศักยภาพตลอดเวลาใหมีมาตรฐานน่าเชื่อถือ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแกไขปญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวของอันจะเปนการสงเสริมการใชธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกสทั้งภายในประเทศและระหวางประเทศ ดวยการมีกฎหมายรองรับในลักษณะที่เปนเอกภาพและสอดคลองกับมาตรฐานที่นานาประเทศยอมรับ พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับแกธุรกรรมในทางแพงและพาณิชยที่ดำเนินการโดยใชขอมูลอิเล็กทรอนิกส เวนแตธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิใหนำพระราชบัญญัตินี้ ทั้งหมดหรือแตบางสวนมาใชบังคับ รวมถึงใหใชบังคับแกการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกสของ ภาครัฐดวย เชน คำขอ การอนุญาต การจดทะเบียน คำสั่งทางปกครอง การชำระเงิน การประกาศ หรือการดำเนินการใดๆ ตามกฎหมาย

[90] หมายเหตุท้าย พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

กับหนวยงานของรัฐหรือโดยหนวยงานของรัฐ ถาไดกระทำในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสตามหลักเกณฑและวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา ก็ใหถือวามีผลโดยชอบดวยกฎหมายเชนเดียวกับการดำเนินการตามหลักเกณฑและ วิธีการที่กฎหมายในเรื่องนั้นกำหนด[91]

จากหลักการของพระราชบัญญัตินี้กำหนดหามมิใหปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส ดังนั้น ขั้นตอนตางๆ หรือแบบในการทำธุรกรรมจึงสามารถกระทำโดยใชขอมูลทางอิเล็กทรอนิกสไดดังที่หมวด 1 ของ พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว โดยสามารถสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

5.1 การอ้างหลักฐานเป็นหนังสือในรูปขอมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดใหการใดตองทำเปนหนังสือ มีหลักฐานเปนหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดง ถาไดมีการจัดทำขอความขึ้นเปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสที่สามารถเขาถึงและนำกลับมาใชไดโดยความหมายไมเปลี่ยนแปลง ใหถือวาขอความนั้นไดทำเปนหนังสือ มีหลักฐานเปนหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแลว และในกรณีที่บุคคลลงลายมือชื่อในหนังสือใหถือวาขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นมีการลงลายมือชื่อแลว ถาบุคคลนั้นใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจาของลายมือชื่อไดและสามารถจะแสดงไดวาเจาของลายมือชื่อนั้นรับรอง ขอความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกสวาเปนของตน โดยวิธีดังกลาวจะตองเปนวิธีการที่เชื่อถือได โดย ซึ่งหลักการนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 บัญญัติไว้ว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 9 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูล

---

[91] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 35 บัญญัติว่า “คำขอ การอนุญาต การจดทะเบียน คำสั่งทางปกครอง การชำระเงิน การประกาศ หรือการดำเนินการใดๆตามกฎหมายกับหน่วยงานของรัฐหรือโดยหน่วยงานของรัฐ ถ้าได้กระทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับและให้ถือว่ามีผล โดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายในเรื่องนั้นกำหนด ทั้งนี้ในพระราชกฤษฎีกาอาจกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดๆ หรือให้หน่วยงานของรัฐออกระเบียบเพื่อกำหนดรายละเอียดในบางกรณีด้วยก็ได้

ในการออกพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่ง พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องแจ้งให้ทราบ ต้องขึ้นทะเบียนหรือต้องได้รับใบอนุญาตแล้วแต่กรณีก่อนประกอบกิจการก็ได้ ในกรณีนี้ให้นำบทบัญญัติในหมวด 3 และบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

อิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความ นั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการปิดอากรแสตมป์หากได้มีการชำระเงินแทนหรือ ดำเนินการอื่นใดด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่หน่วยงานของรัฐซึ่ง เกี่ยวข้องประกาศกำหนด ให้ถือว่าหนังสือ หลักฐานเป็นหนังสือ หรือเอกสาร ซึ่งมีลักษณะเป็นตราสารนั้นได้มีการปิดอากรแสตมป์และขีดฆ่าตามกฎหมายนั้นแล้ว ในการนี้ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของหน่วยงานของรัฐดังกล่าว คณะกรรมการจะกำหนดกรอบและแนวทางเพื่อเป็นมาตรฐานทั่วไปไว้ด้วยก็ได้”

5.2 การนำเสนอและเก็บรักษาต้นฉบับในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาขอความใดในสภาพที่เปนมาแตเดิมอยางเอกสารตนฉบับถาไดนำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปขอมูลอิเล็กทรอนิกสโดยใช้วิธีการที่เชื่อถือได ในการรักษาความถูกต้องของขอความครบถวนและไมมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ ของขอความ เวนแตการรับรองหรือบันทึกเพิ่มเติมหรือการเปลี่ยนแปลงใดๆ และสามารถที่จะแสดงขอความนั้นในภายหลังไดแลว ใหถือวาไดมีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสาร ตนฉบับตามกฎหมายแลว ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10

“ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่ เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ ถ้าได้นำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตาม หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ให้ถือว่าได้มีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว

(1) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความตั้งแต่ การสร้างข้อความเสร็จสมบูรณ์และ

(2) สามารถแสดงข้อความนั้นในภายหลังได้

ความถูกต้องของข้อความตาม (1) ให้พิจารณาถึงความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ของข้อความ เว้นแต่การรับรองหรือบันทึกเพิ่มเติม หรือการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ ตามปกติในการติดต่อสื่อสาร การเก็บรักษา หรือการแสดงข้อความซึ่งไม่มีผลต่อความถูกต้องของ ข้อความนั้น

ในการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของวิธีการรักษาความถูกต้องของข้อความตาม (1) ให้ พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการสร้างข้อความนั้น ในกรณีที่มีการทำสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งสำหรับใช้อ้างอิงข้อความของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศ กำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกดังกล่าวใช้แทนต้นฉบับได้[92]

5.3 การรับฟังขอมูลอิเล็กทรอนิกสเปนพยานหลักฐาน

กฎหมายฉบับนี้วางหลักเกณฑ์ในการหามไมใหปฏิเสธการรับฟังขอมูลอิเล็กทรอนิกสเปนพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพียงเพราะเหตวุาเปนขอมูลอิเล็กทรอนิกส โดยการพิเคราะหถึงความนาเชื่อถือของขอมูลดังกล่าวจะพิเคราะหถึงลักษณะหรือวิธีการที่ใช สราง เก็บ รักษา หรือสื่อสารขอมูลอิเล็กทรอนิกส ลักษณะหรือวิธีการรักษาความครบถวนและไมมีการเปลี่ยนแปลงของขอความ ลักษณะหรือวิธีการที่ใชในการระบุหรือแสดงตัวผูสงขอมูล รวมทั้ง พฤติการณที่เกี่ยวของทั้งปวง ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11[93]

“ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานใน กระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้น ให้พิเคราะห์ถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ลักษณะหรือวิธีการเก็บรักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ ลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย”

5.4 คำเสนอคำสนองในรูปขอมูลอิเล็กทรอนิกส์

คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสก็ได[94] โดยการแสดงเจตนาหรือคำบอกกลาวอาจทำเปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสได[95]และบุคคลใดเปนผูสง

---

[92] มาตรา 10 วรรคสี่ เพิ่มโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

[93] มาตรา 11 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

[94] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำ สนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

[95] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 14 “ในระหว่างผู้ส่งข้อมูลและผู้รับข้อมูล การแสดงเจตนาหรือคำบอกกล่าวอาจทำ เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้”

ขอมูลไมวาจะเปนการสงโดยวิธีใดใหถือวาขอมูลอิเล็กทรอนิกสเปนของผูนั้น โดยมีหลักเกณฑในการสงหรือการรับขอมูล ดังนี้ในระหว่างผูสงขอมูลและผูรับขอมูล ใหถือวาเปนข้อมูลอิเล็กทรอนิกสของผูสง ขอมูล หากขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นไดสงโดยบุคคลผูมีอำนาจกระทำการแทนผูสงขอมูลเกี่ยวกับขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นหรือระบบขอมูลที่ผู้สงขอมูลหรือบุคคลผูมีอำนาจกระทำการแทนผูสงขอมูลไดกำหนดไวลวงหนาใหสามารถทำงานไดโดยอัตโนมัติ[96] ผูรับขอมูลชอบที่จะถือวาขอมูลอิเล็กทรอนิกสเปนของผูสงขอมูลและชอบที่จะดำเนินการไปตามขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นไดถาผูรับขอมูลไดตรวจสอบโดยสมควรวาขอมูล อิเล็กทรอนิกสนั้นเปนของผูสงขอมูล

5.5 การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส

ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส หมายความวา อักษร อักขระ ตัวเลข เสียงหรือสัญลักษณอื่นใดที่สรางขึ้นใหอยูในรูปแบบอิเล็กทรอนิกสซึ่งนำมาใชประกอบกับขอมูลอิเล็กทรอนิกสเพื่อแสดงความสัมพันธระหวางบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส โดยมีวัตถุประสงคเพื่อระบุตัวบุคคลผูเปนเจาของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสที่เกี่ยวของกับขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นและเพื่อแสดงวาบุคคลดังกลาวยอมรับขอความในขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้น ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสที่มีลักษณะดังนี้ใหถือวาเปนลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสที่เชื่อถือได เชน ขอมูลสำหรับใชสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นไดเชื่อมโยงไปยังเจาของลายมือชื่อโดยไมเชื่อมโยงไปยังบุคคลอื่นภายใตสภาพที่นำมาใช ในขณะสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสนั้น ขอมูลสำหรับใชสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสอยูภายใตการควบคุมของเจาของลายมือชื่อโดยไมมีการควบคุมของบุคคลอื่น

การเปลี่ยนแปลงใดๆที่เกิดแกลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสนับแตเวลาที่ไดสรางขึ้นสามารถจะตรวจพบได และในกรณีที่กฎหมายกำหนดใหการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสเปนไปเพื่อรับรองความครบถวนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงของขอความ การเปลี่ยนแปลงใดแกขอความนั้นสามารถตรวจพบไดนับแตเวลาที่ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส เปนตน ซึ่งก็อาจยังมีวิธีการ

---

[96] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 15 “บุคคลใดเป็นผู้ส่งข้อมูลไม่ว่าจะเป็นการส่งโดยวิธีใด ให้ถือว่าข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้นั้น ในระหว่างผู้ส่งข้อมูลและผู้รับข้อมูล ให้ถือว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งข้อมูล หาก ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ส่งโดย

(1) บุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ส่งข้อมูลเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรือ

(2) ระบบข้อมูลที่ผู้ส่งข้อมูลหรือบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ส่งข้อมูลได้กำหนดไว้ล่วงหน้าให้สามารถทำงานได้โดยอัตโนมัติ”

อื่นอีกที่แสดงไดวาเปนลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสที่เชื่อถือได้ ซึ่งการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสมีหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ดังนี้

“ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เชื่อถือได้

(1) ข้อมูลสำหรับใช้สร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เชื่อมโยงไปยังเจ้าของลายมือชื่อโดยไม่เชื่อมโยงไปยังบุคคลอื่นภายใต้สภาพที่นำมาใช้

(2) ในขณะสร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น ข้อมูลสำหรับใช้สร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ อยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าของลายมือชื่อโดยไม่มีการควบคุมของบุคคลอื่น

(3) การเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่เกิดแก่ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นับแต่เวลาที่ได้สร้างขึ้นสามารถ จะตรวจพบได้และ

(4) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นไปเพื่อรับรองความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ การเปลี่ยนแปลงใดแก่ข้อความนั้นสามารถตรวจพบได้นับแต่เวลาที่ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

บทบัญญัติในวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการจำกัดว่าไม่มีวิธีการอื่นใดที่แสดงได้ว่าเป็นลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เชื่อถือได้ หรือการแสดงพยานหลักฐานใดเกี่ยวกับความไม่น่าเชื่อถือของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์”

อย่างไรก็ตามกรณีมีการใชขอมูลสำหรับใชสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสเพื่อสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสที่จะมีผลตามกฎหมาย เจาของลายมือชื่อตองใชความระมัดระวังตามสมควรเพื่อ ไมใหมีการใชขอมูลสำหรับใชสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสโดยไมไดรับอนุญาต แจงใหบุคคลที่คาดหมายไดโดยมีเหตุอันควรเชื่อวาจะกระทำการใดโดยขึ้นอยูกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสหรือ ใหบริการเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสทราบโดยไมชักชาเมื่อเจาของลายมือชื่อรูหรือควรได รูวาขอมูลสำหรับใชสรางลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกสนั้นสูญหาย ถูกทำลาย ถูกแกไข ถูกเปดเผย โดยไมชอบ หรือถูกลวงรูโดยไมสอดคลองกับวัตถุประสงค รวมถึงการที่เจาของลายมือชื่อรูจากสภาพการณที่ปรากฏวากรณีมีความเสี่ยงมากพอที่ขอมูลสำหรับใช้สรางลายมือชื่อ

หลักการสำคัญของกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส นอกจากนี้พระราชบัญญัติวาดวยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส พ.ศ. 2544 ไดวางหลักการสำคัญเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส ไวในหมวดที่ 1 วาดวยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกสโดยใน หมวดนี้ไดบัญญัติขึ้นตามแนวทางของกฎหมายแมแบบวาดวยการพาณิชยอิเล็กทรอนิกส (Model Law on Electronic Commerce 1996) ของคณะกรรมาธิการ

กฎหมายการคาระหวางประเทศแหงสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ทั้งนี้ สาระสำคัญของบทบัญญัติในหมวดนี้ คือ การรับรองสถานะทางกฎหมายของขอมูลอิเล็กทรอนิกสใหเสมอดวยกระดาษ เพื่อใหการดำเนินการใดๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ สามารถทำในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสไดและมีผลผูกพันตามกฎหมาย

กล่าวโดยสรุปผู้วิจัยมีความเห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ไดรับรองสถานะหรือผลทางกฎหมายของขอความที่ทำใหอยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส เพื่อมิใหมีการปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใชทางกฎหมายไวใน มาตรา 7 ซึ่งมาตรานี้นับเปนมาตราที่สำคัญที่สุดของพระราชบัญญัติโดยเปนการกำหนดหลักการพื้นฐานมิใหมีการเลือกปฏิบัติระหวางสิ่งที่จัดทำขึ้นในรูปของกระดาษทั้งในรูปของหนังสือหลักฐานเปนหนังสือ หรือตนฉบับ (Original) กับสิ่งที่จัดทำขึ้นในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส อยางไรก็ตาม แมบทบัญญัติตามมาตรา 7 จะกำหนดเปนหลักพื้นฐานในการรับรองผลหรือสถานะทางกฎหมายของขอมูลอิเล็กทรอนิกส แตความสมบูรณทางกฎหมายของขอมูลอิเล็กทรอนิกสตามมาตรานี้ บัญญัติขึ้นเพื่อมิใหมีการปฏิเสธผลทางกฎหมายเทานั้น ไมได หมายความว่าจะเปนการรับรองความถูกตองสมบูรณของขอความที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นแตอยางใดทั้งนี้ โดยบทบัญญัติตามมาตรา 7 เปนเพียงมาตราหลักทั่วไปซึ่งปรับใชไดกับขอความทุกชนิดที่อยูในรูปของขอมูล อิเล็กทรอนิกส แตหากตองการทำข้อมูลอิเล็กทรอนิกสใหอยูในรูปของหนังสือ หลักฐานเปน หนังสือ ลงลายมือชื่อ การเก็บรักษาเอกสาร หรือเพื่อประโยชนอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนด จะตองเปนไปตามขอกำหนดตามที่กฎหมายบัญญัติไวในมาตราตางๆ

ในส่วนของการทำเปนหนังสือตามมาตรา 8 หลักเกณฑในมาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่อขยายหลักการทั่วไปของมาตรา 7 โดยเนนในรายละเอียดถึงเงื่อนไขในกรณีที่กฎหมายกำหนดใหการใดตองทำเปนหนังสือ มีหลักฐานเปนหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดง เชน ประมวลกฎหมายแพงและพาณิชยมาตรา 653 ซึ่งกำหนดวา การกูยืมเงินเกินกว่า 50 บาทขึ้นไปจะฟองรองบังคับคดีไดตองมีหลักฐานเปนหนังสือ ดังนั้นคำวา“หลักฐานเปนหนังสือ” ตามประมวลกฎหมายแพงและพาณิชย มาตรา 653 ก็สามารถทำในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสไดเมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับอยางไรก็ตาม แมจะมีบทบัญญัติ ในมาตรา 7 รับรองสถานะของ ขอมูลอิเล็กทรอนิกสไวอยูแลวก็ตาม แตหากในกรณีที่ตองมีการจัดทำหนังสือหลักฐาน เปนหนังสือ หรือเอกสารใหอยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส ดังเชน กรณีของประมวลกฎหมายแพงและพาณิชยมาตรา 653 ที่ยกมาขางตนนั้น การจะทำใหอยูในรูปของ ขอมูลอิเล็กทรอนิกสจะตองอยูภายใตเงื่อนไขของมาตรา8ดวยว่า เมื่อไดมีการจัดทำหนังสือ หลักฐานเปนหนังสือ หรือเอกสารใหอยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส ขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้น จะตองสามารถเขาถึงและนำกลับมาใชไดโดยความหมาย

ไมเปลี่ยนแปลง อยางไรก็ตาม หลักการของบทบัญญัติขางตนที่กำหนดใหตองสามารถเขาถึงและนำกลับมาใชไดโดย ความหมายไมเปลี่ยนแปลงนั้นคำวา “สามารถเขาถึงได” หมายความรวมถึงขอความ (Information) ที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสที่สามารถอานออกและอธิบายได (Readable and interpretable) โดยการใชโปรแกรมหรือซอฟตแวร (Software) และรวมถึงขอมูลอิเล็กทรอนิกสที่จำเปนตองแปลงขอมูลนั้นใหสามารถอานเขาใจไดดวย (Such information readable) นอกจากนั้น คำวา “นำกลับมาใชได” (Usable) นั้น มิไดครอบคลุมเฉพาะมนุษยเทานั้นที่ใชได แตยังหมายความรวมถึงการใชโดยการประมวลผลดวยเครื่องคอมพิวเตอรดวย (Computer Processing) สวนความหมายของคำวา “ความหมายไมเปลี่ยนแปลง” นั้นตองมี ลักษณะถาวรไมมีการแกไขเปลี่ยนแปลง กลาวคือขอมูลนั้นตองไมไดสรางขึ้นโดยใชมาตรฐานที่ต่ำเกินไป และขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นตองสามารถอานและเขาใจได (Readability or intelligibility)ทั้งนี้เหตุที่ตองกำหนดเงื่อนไขในการเขาถึงและนำกลับมาใชไดโดยความหมายไมเปลี่ยนแปลงเนื่องจากอาจมีการใชเทคโนโลยีที่สรางขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้น แตกตางไปจากเทคโนโลยีที่ใชเมื่อมีการอานหรือใชขอมูลอิเล็กทรอนิกสในภายหลังและกรณีอาจมีความ เปนไปไดวาเมื่อมีการใชเทคโนโลยีที่แตกตางกัน ก็อาจทำใหไมสามารถอานหรือแปลงขอความที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสที่สรางขึ้นโดยเทคโนโลยีแตกตางกันนั้นได

นอกจากนี้ พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้ให้ความหมายของลายมือชื่อไว้ในมาตรา 9 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่บุคคลพึงลงลายมือชื่อในหนังสือ ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการลงลายมือชื่อแล้ว ถ้า

(1) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ

(2) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี

วิธีการที่เชื่อถือได้ตาม (2) ให้คำนึงถึง

ก. ความมั่นคงและรัดกุมของการใช้วิธีการหรืออุปกรณ์ในการระบุตัวบุคคลสภาพพร้อมใช้งานของทางเลือกในการระบุตัวบุคคล กฎเกณฑ์เกี่ยวกับลายมือชื่อที่กำหนดไว้ในกฎหมายระดับความมั่นคงปลอดภัยของการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การปฏิบัติตามกระบวนการในการระบุตัวบุคคลผู้เป็นสื่อกลาง ระดับของการยอมรับหรือไม่ยอมรับ วิธีการที่ใช้ในการระบุตัวบุคคลในการทำธุรกรรม วิธีการระบุตัวบุคคล ณ ช่วงเวลาที่มีการทำธุรกรรมและติดต่อสื่อสาร

ข. ลักษณะ ประเภท หรือขนาดของธุรกรรมที่ทำ จำนวนครั้งหรือความสม่ำเสมอในการทำธุรกรรม ประเพณีทางการคาหรือทางปฏิบัติความสำคัญ มูลคาของธุรกรรมที่ทำ หรือ

ค. ความรัดกุมของระบบการติดตอสื่อสาร[97]

ใหนำความในวรรคหนึ่งมาใชบังคับกับการประทับตราของนิติบุคคลดวยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกสดวยโดยอนุโลม”[98]

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มาตรา 9 บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของลายมือชื่อในข้อมูลอิเล็กทรอนิกสเพื่อระบุหรือยืนยันตัวบุคคล เปนอีกมาตราที่ขยายเงื่อนไขในรายละเอียดเพิ่มเติมจากการรับรอง สถานะทางกฎหมายของขอมูลอิเล็กทรอนิกสตามที่บัญญัติไวในมาตรา7 โดยมาตรา 8 นี้ วางหลักการในการรับรองการใชลายมือชื่อในขอมูลอิเล็กทรอนิกสใหมีผลเชนเดียวกับที่กำหนดไวในระบบกระดาษกลาวคือ โดยสวนใหญเมื่อมีการใช “ลายมือชื่อ” จะใชเพื่อวัตถุประสงคในการ ยืนยันตัวบุคคลและกำหนดความผูกพันของบุคคลผูลงลายมือชื่อนั้นโดยอาจแตกตางกันไป ขึ้นอยูกับเอกสารที่จะลงลายมือชื่อนั้น เช่น การลงลายมือชื่อในฐานะคูสัญญา หรือการลงลายมือชื่อสลักหลังตราสารทางการเงิน เปนตน อยางไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 9 นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นบนพื้นฐานของหลักความเทาเทียมกันระหวาง “ลายมือชื่อหรือลายเซ็นบนกระดาษ” กับ “ลายมือชื่อที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส”และเนื่องจากวิธีการทางเทคโนโลยีที่นำมาใชในการลงลายมือชื่อขอความที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสอาจมีความแตกตางกันไปขึ้นอยูกับความประสงคของคูกรณีที่ใชลายมือชื่อนั้นวาประสงคจะใชลายมือชื่อที่สรางหรือกำหนดขึ้นมาแบบงายๆ หรือตองการใช

บทบัญญัติดังกลาวมิไดมีการบัญญัติถึงเทคโนโลยีที่สามารถนำมาใชในการลงลายมือชื่อไววาหมายถึงเทคโนโลยีใดบาง ซึ่งหมายความวาผูลงลายมือชื่อสามารถใช้วิธีการใดก็ได เพียงแตวิธีการดังกลาวควรเปนวิธีการที่เชื่อถือได ทั้งนี้ เหตุที่กฎหมายไดมีการกำหนดเกี่ยวกับวิธีการที่นาเชื่อถือไว ก็เพื่อความปลอดภัยหรือความนาเชื่อถือในการใชวิธีการระบุหรือยืนยันตัวบุคคล ซึ่งตัวอยางพฤติการณที่อาจใชเปนแนวทางในการพิจารณาความนาเชื่อถือไวอาทิ ประสิทธิภาพหรือความซับซอนของเครื่องมือหรืออุปกรณที่ใชลักษณะของกิจกรรมทางการคา ความสม่ำเสมอในการทำการคาของคูกรณี ประเภทและขนาดของธุรกรรม กฎเกณฑทางกฎหมายที่กำหนดใหมีการลงลายมือชื่อ ศักยภาพของระบบการติดตอสื่อสาร การปฏิบัติตามขั้นตอนในการสรางลายมือชื่อ จารีตประเพณีทางการคา ความสำคัญและประโยชนในเชิงเศรษฐกิจของขอมูลอิเล็กทรอนิกส ทางเลือกอื่นในการสรางหรือลงลายมือชื่อ และตนทุนที่เกิดขึ้น ความเปนไปได้

---

[97] มาตรา 9 วรรคสอง เพิ่มโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

[98] มาตรา 9 วรรคสาม เพิ่มโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551

ในการยอมรับหรือไมยอมรับวิธีการในการระบุตัวบุคคล ณ ขณะที่มีการตกลงใหใชวิธีการนั้น หรือ ณ ขณะที่มีการติดตอสื่อสารกัน

การรับฟงพยานหลักฐานและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ในบทบัญญัติตามมาตรา 11 ไดกำหนดหามมิใหปฏิเสธการรับฟงขอมูลอิเล็กทรอนิกสเปน พยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพียงเพราะเหตุที่ขอมูลนั้นอยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส ทั้งนี้เพราะปจจุบันหลักเกณฑการรับฟงพยานหลักฐานที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นนอกเหนือจากศาลชำนัญพิเศษตางๆ ที่มีขอกำหนดของตนเองแลว ศาลอื่นๆ เปนดุลพินิจของศาลที่จะรับฟงหรือไมก็ได เพราะมิไดมีหลักเกณฑ์บัญญัติไวโดยชัดแจงวาตองรับฟง แตเมื่อบัญญัติใหตองรับฟงแลวมิไดหมายความวาพยานหลักฐานที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสทุกชิ้นจะตองมีน้ำหนักนาเชื่อเสมอไป ดังนั้นมาตรานี้จึงไดกำหนดหลักเกณฑ์

ปจจุบันในการรับฟงพยานหลักฐานที่เปนขอมูลอิเล็กทรอนิกส หรือขอมูลคอมพิวเตอรนั้น ศาลทรัพยสินทางปญญาและการคาระหวางประเทศกลาง และศาลลมละลายกลางไดออกขอกำหนดเกี่ยวกับการรับฟงพยานหลักฐานที่เปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสเพื่อใชการพิจารณารับฟงพยานหลักฐานที่เปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสของศาล โดยกำหนดไวดังนี้

1) ขอกำหนดคดีทรัพยสินทางปญญา และการคาระหวางประเทศ พ.ศ. 2540 ของศาลทรัพยสินทางปญญาและการคาระหวางประเทศ ขอ 33 ศาลอาจรับฟงขอมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอรหรือประมวลผลโดยเครื่อง คอมพิวเตอรเปนพยานหลักฐานในคดีได หาก

(1) การบันทึกขอมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร หรือการประมวลโดยเครื่องคอมพิวเตอรเปนการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผูใชเครื่องคอมพิวเตอร และ

(2)การบันทึกและการประมวลผลขอมูลเกิดจากการใชเครื่องคอมพิวเตอรปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอรอยางถูกตอง และหากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอรขัดของก็ไมกระทบถึงความถูกตองของขอมูลนั้น การกระทำตามปกติของผูใชตาม (1) และความถูกตองของการบันทึกและการ ประมวลผลขอมูลตาม (2) ตองมีการรับรองของบุคคลที่เกี่ยวของหรือดำเนินการนั้น

2) ขอกำหนดศาลลมละลาย พ.ศ. 2542 ขอ 18 ศาลอาจรับฟงขอมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอรหรือประมวลผลโดยเครื่อง คอมพิวเตอรเปนพยานหลักฐานในคดีได หาก

(1) การบันทึกขอมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร หรือการประมวลโดยเครื่องคอมพิวเตอรเปนการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผูใชเครื่องคอมพิวเตอร และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลขอมูลเกิดจากการใชเครื่องคอมพิวเตอร ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอรอยางถูกตอง และหากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอรขัดของก็ไมกระทบถึงความถูกตองของขอมูลนั้น

การกระทำตามปกติของผูใชตาม (1) และความถูกตองของการบันทึกและการประมวลผลขอมูลตาม (2) ตองมีการรับรองของบุคคลที่เกี่ยวของหรือดำเนินการนั้น

5.6 สัญญาและเจตนาในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกส (มาตรา 13 และมาตรา 14)

มาตรา 13[99] และมาตรา 14[100] ของพระราชบัญญัตินี้ ไดบัญญัติหลักเกณฑเกี่ยวกับการแสดงเจตนา และการทำสัญญาวาจะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมายแมกระทำขึ้นอยูในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส โดยบทบัญญัติตามมาตรานี้ไดคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ดังนั้นคูสัญญาจึงสามารถตกลงเปนอยางอื่นได กลาวคือคูสัญญาอาจตกลงกัน วาในกรณีที่สัญญาซื้อขายมีมูลคาสูงจะตองทำสัญญากันในรูปของกระดาษเทานั้นก็ได ทั้งนี้ แมบทบัญญัติตามมาตรา 7 ของกฎหมายฉบับนี้จะได้รับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกสไวแลวก็ตามแตบทบัญญัติมาตรา 13 ก็ไดกำหนดขึ้นเพื่อสรางความแนนอนของผลทางกฎหมาย โดยเฉพาะอยางยิ่งในกรณีที่มีการตั้งโปรแกรมใหเครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานโดยอัตโนมัติในการทำคำเสนอและคำสนอง โดยไมมีการแทรกแซงของมนุษยเลย สวนบทบัญญัติมาตรา 14 เพิ่มเติมในภายหลังเพื่อใหครอบคลุมการแสดงเจตนาฝายเดียว เชน การแจงความชำรุด บกพรองของสินคา การขอเสนอชำระราคา หรือ การยอมรับสภาพหนี้ เปนตน

อยางไรก็ตาม นอกจากมาตรา 13 จะใชไดกับการทำคำเสนอและคำสนองที่สรางสงหรือรับทางอิเล็กทรอนิกสแลว ยังใชไดกับกรณีที่มีการทำแตเพียงคำเสนอหรือคำสนองอยางหนึ่งอยางใดทางอิเล็กทรอนิกสเทานั้นดวย และแมวากฎหมายจะกำหนด เกี่ยวกับการทำคำเสนอและคำสนองเอาไวแตก็ไมไดกำหนดเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ในการเกิดขึ้นของสัญญา

---

[99] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสก็ไดและหามมิใหปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นไดทำคำเสนอหรือคำสนองเปน ขอมูลอิเล็กทรอนิกส์”

[100] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 14 “ในระหวางผูสงขอมูลและผูรับขอมูล การแสดงเจตนาหรือคำบอกกลาวอาจทำเปนขอมูลอิเล็กทรอนิกสก็ได”

5.7 เวลาและสถานที่สงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส (มาตรา 22 – มาตรา 24)

สืบเนื่องจากการติดตอสื่อสารดวยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกสโดยเฉพาะอยางยิ่งในการติดตอทางเครือขายสาธารณะเชน เครือขายอินเทอรเน็ตนั้น คอนขางมีความซับซอนและตางไปจากเดิมมาก เพราะตองติดตอผานระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมตอกันเปนทอดๆ กลายเปนเครือข่ายขนาดใหญผานคอมพิวเตอรจำนวนมากมาย อาทิ การสงขอมูลนั้นตองผานเครื่องบริการ (Server) หรืออุปกรณจัดหาเสนทาง (Router) จำนวนมาก แตระยะเวลาที่ส่ง หรือ ไดรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นรวดเร็วมาก ในขณะเดียวกันก็มีความซับซอนในการกำหนดเกี่ยวกับสถานที่มีการสงหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส เพราะมีความเปนไปไดที่อยูของผูสงขอมูล อิเล็กทรอนิกสจะปรากฏหรือถูกระบุเปนสถานที่หนึ่ง แตมีการสงขอมูลอิเล็กทรอนิกสจริงจากอีกสถานที่หนึ่ง

นอกจากนี้การสงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสโดยเฉพาะอยางยิ่ง ในการติดตอทางเครือขาย อาจมีวิธีการสงและรับที่อาจระบุตัวบุคคล ระบุเวลาสถานที่สงและรับขอมูล อิเล็กทรอนิกสไดยากและแตกตางไปจากวิธีการสงและรับแบบเดิมๆ เชน การสงจดหมายโดย ทางไปรษณีย ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงตองกำหนดหลักการกว้างๆเพื่อรองรับวิทยาการสมัยใหมนี้ไว้ดวย พระราชบัญญัติฉบับนี้ไดกำหนดวิธีการสงและการรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสไวเพื่อแกปญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติอันเกิดจากการติดตอทางอิเล็กทรอนิกสโดยเฉพาะ อยางยิ่งในการติดตอทางเครือขายหรือทางอินเทอรเน็ตซึ่งวิธีการสงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส อาจจะแตกตางไปจากการติดตอกันดวยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกสอื่น เชน การติดตอกันทางโทร เลข หรือโทรพิมพ ซึ่งสามารถที่จะระบุตัวบุคคล ระบุเวลารวมทั้งระบุสถานที่สงและรับขอมูล

มาตรา 22 และมาตรา 23 ไดกำหนดเกี่ยวกับเวลาที่มีการสงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยใหถือวามีการสงขอมูลอิเล็กทรอนิกสเมื่อขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นไดเขาสูระบบขอมูลที่อยูนอกเหนือการควบคุมของผูสงขอมูลหรือบุคคลซึ่งไดสงขอมูลนั้นในนามของผูสงขอมูล ซึ่งอาจจะเปนระบบขอมูลของบุคคลผูเปนสื่อกลาง (Intermediary) หรือระบบขอมูลของผูรับขอมูลก็ได ทั้งนี้คำวา “ระบบขอมูล” นั้น หมายถึง กระบวนการประมวลผลดวยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกสสำหรับสราง สง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลขอมูลอิเล็กทรอนิกส นั่นเอง อยางไรก็ตาม “การสงและการ รับขอมูลอิเล็กทรอนิกส”ไมไดบัญญัติขึ้นเพื่อแทนที่หลักเกณฑทั่วไปในการสงและรับตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาแตอยางใด นอกจากนั้นในการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับ การรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสก็ไดมีการกำหนดใหถือวามีการรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสตอเมื่อขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นเขาสูระบบขอมูลที่ไดกำหนดไว

ในกรณีสถานที่ซึ่งถือวามีการสงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้น มาตรา 24[101] แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ เนื่องจากในการกำหนดเกี่ยวกับสถานที่ในการติดตอสื่อสารทางระบบเครือขายอินเทอรเน็ตนั้นคอนขางยากที่จะกำหนดหรือรูสถานที่ที่มีการสงและรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสจริง ทั้งนี้เนื่องจากในการติดตอทางอินเทอรเน็ตนั้น แมมีการลงทะเบียนสถานที่หรือที่อยูของผูสง หรือรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสไว แตบุคคลซึ่งสงหรือรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสก็อาจสงหรือรับขอมูล อิเล็กทรอนิกสจากอีกที่หนึ่งก็ได ดังนั้น ในกรณีที่คูกรณีมิไดตกลงเปนอยางอื่น กฎหมายจึงไดกำหนดใหสถานที่ที่มีการสงหรือรับ คือ ที่ทำการงานของผูสงขอมูลหรือผูรับขอมูล และในกรณีที่ มีที่ทำการงานหลายแหงใหถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวของมากที่สุดกับการทำธุรกรรมนั้น และ หากไมสามารถกำหนดสถานที่ทำการงานที่เกี่ยวของที่สุดได ก็ให “สำนักงานใหญ” เปนที่สง หรือรับ และในกรณีที่ไมมีที่ทำการงานใหถือ“ถิ่นที่อยูปกติ” เปนสถานที่สงหรือรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส

5.8 วิธีการแบบปลอดภัย (มาตรา 25)

บทบัญญัติตามมาตรา 25[102] ของพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติขึ้นเพื่อใหกฎหมายมีความยืดหยุนในการปรับใชกับเทคโนโลยีตางๆ ที่มีอยูในปจจุบัน และที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต กลาวคือ เมื่อพิจารณาจากมาตราตางๆ ตามที่ปรากฏในหมวดหนึ่งจะพบวามีหลายมาตราที่ได มีการระบุถึงการใชวิธีการที่เชื่อถือไดในการนำขอมูลอิเล็กทรอนิกสมาใชในรูปแบบตางๆ ดังนั้น มาตรา25จึงเป็นบทบัญญัติที่ทำให้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้มีความน่าเชื่อถือ และได้รับการยอมรับ

กรณีการเก็บรักษาเอกสารหรือขอความนั้นถือว่ามีส่วนสำคัญเป็นอย่างมากในการนำข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ออกมาใช้ เนื่องจากข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นรูปแบบการ

---

[101] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 24 “การสงหรือการรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสใหถือวาไดสง ณ ที่ทำการงานของผูสงขอมูล หรือไดรับ ณ ที่ทำการงานของผูรับขอมูล แลวแตกรณีในกรณีที่ผูสงขอมูลหรือผูรับขอมูลมีที่ทำการงานหลายแหง ใหถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวของมากที่สุดกับธุรกรรมนั้น เปนที่ทำการงานเพื่อประโยชนตามวรรคหนึ่ง แตถาไมสามารถกำหนดไดวาธุรกรรมนั้นเกี่ยวของกับที่ทำการงานแหงใดมากที่สุด ใหถือเอาสำนักงานใหญเปนสถานที่ที่ไดรับหรือสงขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นในกรณีที่ไมปรากฏที่ทำการงานของผูสงขอมูลหรือผูรับขอมูล ใหถือเอาถิ่นที่อยูปกติเปนสถานที่ที่สงหรือไดรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส์

[102] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 25 “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกสใดที่ไดกระทำตามวิธีการแบบปลอดภัยที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ใหสันนิษฐานวาเปนวิธีการที่เชื่อถือได”

เก็บรักษาไม่ได้มีวิธีการเหมือนกับข้อมูลทั่วไป ซึ่งหากถ้ามีการเก็บรักษาที่ไม่ดี อาจก่อให้เกิดความเสียหายเนื่องจากข้อมูลไม่ตรงกับต้นฉบับที่ทำไว้ก็เป็นได้ ดังนั้นมาตรา 12[103] ของพรบ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดมาตรการการเก็บรักษาเอกสารหรือขอความในรูปของขอมูล อิเล็กทรอนิกส โดยกำหนดเงื่อนไขในทำนองเดียวกันกลาวคือ ตองสามารถเขาถึงขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นและนำกลับมาใชไดโดยความหมายไมเปลี่ยนแปลง รวมทั้งไดเก็บขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นใหอยูในรูปแบบที่เปนอยูในขณะที่สราง สง หรือไดรับขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นหรืออยูในรูปแบบที่สามารถแสดงขอความที่สราง สง หรือไดรับใหปรากฏอยางถูกตองได หลักเกณฑเกี่ยวกับการเก็บรักษาขอมูลอิเล็กทรอนิกสตามมาตรานี้ กำหนดให้ขอความหรือเนื้อหาที่อยูในรูปของขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นตองตรงกับขอความหรือเนื้อหาของเอกสารกอนการจัดเก็บใหอยูในรูปแบบของขอมูลอิเล็กทรอนิกส แมวาในการแปลงขอความใหอยูในรูปของ

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยพบว่าพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังมีข้อบกพร่องในการบังคับใช้เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่นำมาใช้กับวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ได้โดยตรง ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าหากมีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทยนั้น สามารถนำพรบ.ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาใช้ร่วมกับพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อรองรับการมีผลทางกฎหมายของกระบวนการต่างๆที่เกิดขึ้นบนระบบออนไลน์ เช่น การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การสืบพยาน หรือการส่งเอกสารผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปในบทที่3นี้ผู้วิจัยทำการศึกษากฎหมายและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยทำการศึกษากำหมายที่เป็นเสาหลักของการ

---

[103] พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 12 “ภายใตบังคับบทบัญญัติมาตรา 10 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดใหเก็บรักษาเอกสารหรือขอความใด ถาไดเก็บรักษาในรูปขอมูลอิเล็กทรอนิกสตามหลักเกณฑดังตอไปนี้ใหถือวาไดมีการเก็บรักษาเอกสารหรือขอความตามที่กฎหมายตองการแลว

(1) ขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นสามารถเขาถึงและนำกลับมาใชไดโดยความหมายไมเปลี่ยนแปลง

(2) ไดเก็บรักษาขอมูลอิเล็กทรอนิกสนั้นใหอยูในรูปแบบที่เปนอยูในขณะที่สรางสงหรือไดรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกสนั้น หรืออยูในรูปแบบที่สามารถแสดงขอความที่สราง สง หรือไดรับใหปรากฏอยางถูกตองไดและ

(3) ไดเก็บรักษาขอความสวนที่ระบุถึงแหลงกำเนิดตนทางและปลายทางของขอมูลอิเล็กทรอนิกสตลอดจนวันและเวลาที่สงหรือไดรับขอความดังกลาว ถามี

ความในวรรคหนึ่งมิใหใชบังคับกับขอความที่ใชเพียงเพื่อวัตถุประสงคในการสงหรือรับขอมูลอิเล็กทรอนิกส์

หนวยงานของรัฐที่รับผิดชอบในการเก็บรักษาเอกสารหรือขอความใด อาจกำหนดหลักเกณฑรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเก็บรักษาเอกสารหรือขอความนั้นไดเทาที่ไมขัดหรือแยงกับบทบัญญัติในมาตรานี้”

อนุญาโตตุลาการคือ New York Convention และModel Law และสำหรับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา คือ พรบ.อนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act 1925 หรือ FAA) รวมถึงได้ศึกษากฎหมายไทย คือ พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพรบ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เพื่อจะได้ทราบลักษณะหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อนำมาพัฒนาแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย ซึ่งกฎหมายต่างๆที่ผู้วิจัยศึกษาเหล่านี้จะนำมาใช้เป็นหลักการในการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

บทที่ 4
บทวิเคราะห์

ใบบทที่ 4 นี้ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์สภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นประเด็นดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและรูปแบบของสัญญkอนุญาโตตุลาการออนไลน์

ก่อนที่จะมีการวิเคราะห์เรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้น จะต้องทราบถึงความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการออนไลน์” หมายความว่าอย่างไร ซึ่งจากการเก็บข้อมูลและการสัมภาษณ์ของผู้วิจัยพบว่า มีการให้ความหมายแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก เห็นว่า อนุญาโตตุลาการออนไลน์ คือ การอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมที่กระทำผ่านวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดตั้งแต่ต้นจนจบกระบวนการ ไม่ว่าจะเป็นกาiติดต่อสื่อสารระหว่างคู่พิพาทหรือคู่พิพาทกับอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดไม่จำเป็นต้องเดินทางมาพบ

แนวทางที่สอง เห็นว่า อนุญาโตตุลาการออนไลน์ คือ การอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมแต่นำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับกระบวนการเพียงบางส่วน เช่น ให้มีการยื่นข้อเรียกร้องผ่านอีเมล์ หรือใช้การสืบพยานผ่านวิธีการอิเล็กทรอนิกส์

จากความหมายของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่แบ่งออกเป็น 2 แนวทางข้างต้นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นสนับสนุนกับแนวทางแรก เนื่องจาก การอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นควรจะต้องหมายถึงการอนุญาโตตุลาการที่นำกระบวนการทางเทคโนโลยีและอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ทั้งหมด เพราะการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เพียงบางส่วน เช่น มีการส่งเอกสารผ่านอีเมล์ หรือใช้วิธีการสืบพยานผ่านวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ เป็นเพียงการอำนวยความสะดวกในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมเท่านั้น แต่ไม่ทำให้การอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมกลายมาเป็นการอนุญาโตตุลาการออนไลน์แต่อย่างใด

ประเด็นต่อไปที่ผู้วิจัยนำมาพิจารณาคือ สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม กล่าวคือการอนุญาโตตุตาการนั้นเกิดจากสัญญามิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่พิพาทต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ ดังนี้การที่จะมีการอนุญาโตตุลาการได้คู่พิพาทจะต้องมีข้อตกลงทำสัญญาอนุญาอนุญาโตตุลาการ

ก่อนเสมอ จึงเป็นที่มาของแบบขอสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีลักษณะอย่างไร เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 11 ของพรบ.อนุญาโตตุลาการออนไลน์ พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติไว้ว่า

"สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว"

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้กฎหมายมิได้ต้องการแบบของสัญญาแต่อย่างใด เพียงต้องการหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญาเท่านั้น ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือสัญญาอนญาโตตลุาการ ก็ไม่เป็นโมฆะ เพียงแต่บังคับกันไม่ได้ ทั้งนี้การทำาหลักฐานเป็นหนังสือนั้นอาจอยู่ในรูปแบบใดๆ ก็ได้รวมถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ เนื่องจากมาตรา 11 วรรคสองได้บัญญัติว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการ...เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้...." จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการขยายความว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่จำต้องทำเป็นหลักฐานหนังสือเท่านั้น จะอยู่ในรูปแบบอื่นๆก็ได้ นอกจากนี้ มาตรา 11 ก็ยังสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 7(2) ที่วางหลักว่า

ก) สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษร หากข้อความของสัญญาถูกบันทึก ไม่ว่ารูปแบบใด ไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาหลักจะได้ทำด้วยวาจา ด้วยการกระทำ หรือด้วยวิธีการอื่นใด

ค) สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ถ้าข้อมูลของสัญญาสามารถเข้าถึงเพื่อที่จะสามารถอ้างอิงได้ในภายหลัง

ง) มีการกล่างอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว กรณีนี้เป็นกรณีที่มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว ฝ่ายหนึ่งยื่นข้อเรียกร้อง (ฟ้อง) และอีกฝ่ายยื่นคำร้องคัดค้าน (คำให้การ) โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้อ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการในข้อเรียกร้อง หรือข้อคัดค้านแล้วแต่กรณี และอีกฝ่ายไม่ปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว ดังนี้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

จ) สัญญามีการกล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการทำเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าการกล่าวถึงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว”

ในทางปฏิบัติมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น EDI จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E–mail) เป็นต้น การทำสัญญาอนญาโตตลุาการโดยใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์อาจทำได้ โดยการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์ไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท โดยเขียนข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แล้วอีกฝ่ายตอบกลับมาโดยทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน หรืออาจเป็นในลักษณะของการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ถงึคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วแนบไฟล์(attachment) ที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงอนญาโตตลุาการมาตรฐาน (standard arbitration clause) เช่น ในลักษณะ ข้อกำาหนดและเงื่อนไข (Terms and Conditions) หรือ ข้อกำาหนดการใช้ (Condition of Use) ซึ่งในเอกสารนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ ก็ถือว่าเป็นการทำสัญญาอนุโตตลุาการเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม สัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้น แม้กฎหมายจะยอมรับให้ทำาได้ แต่รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะใดที่กฎหมายยอมรับจะต้องพิจารณาตามพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับสถานภาพของสัญญาที่เกิดขึ้นโดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ การยอมรับข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีค่าทางกฎหมายเทียบเท่ากับเอกสารลายลักษณ์อักษร (Writing) หรือถือเป็นเอกสารต้นฉบับ (Original) และการยอมรับให้ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signature) ให้มีผลเป็นลายมือชื่อทางกฎหมาย ตลอดจนให้มีการรับฟังข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาลได้ “ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์” ที่จะได้รับการยอมรับตามพรบ.ว่าด้วยธุรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 นั้น จะต้องเป็นข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือ ประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือ

โทรสาร อีกทั้งต้องเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงได้และนำกลับมาใช้ได้โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง จึงจะถือว่ามีหลักฐานเป็นหนังสือ ตามมาตรา 8 พรบ.ว่าด้วยธุรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 อีกทั้งการลงลายมือชื่อที่กฎหมายยอมรับ ต้องมีลักษณะเป็นอักษร อักขระ ตัวเลข เสียงหรือสัญลักษณ์อื่นใดที่สร้างขึ้นให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น และเพื่อแสดงว่าบุคคลดังกล่าวยอมรับข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ซึ่งต้องเป็นไปตามมาตรา 4 พรบ.ว่าด้วยธุรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

จากการสัมภาษณ์ดร.พสิษฐ์ อัศววัฒนาพร ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2561 การนำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทยนั้นควรมีการสนับสนุนเป็นอย่างยิ่ง โดยควรนำใช้กับคดีที่ไม่มีข้อยุ่งยากมากหรือคดีที่ไม่มีความซับซ้อนมากนัก ภาครัฐควรเข้ามาสนับสนุนด้านโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ยกเว้นภาษีรายได้ หรือส่งเสริมการลงทุนให้กับหน่วยงานที่จัดทำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เนื่องจากการทำระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นใช้ทุนทรัพย์สูงในการลงทุน และควรให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการในการจัดทำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์โดยเฉพาะ นอกจากนี้ดร.พสิษฐ์ อัศววัฒนาพร ให้ความเห็นว่าหากมีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทยนั้น กฎหมายที่มีอยู่เพียงพอต่อการรองรับเนื่องจากสามารถนำพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาปรับใช้คู่กัน ไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายใด

แต่อย่างไรก็ตามจากการสัมภาษณ์อาจารย์สุพจี รุ่งโรจน์ ผู้พิพากษาประจำสำนักประธานศาลฎีกาช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลแขวงพระนครใต้ เมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2561 ได้มีความเห็นว่าแตกต่างว่ากฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอในการนำมาปรับใช้กับวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ต้องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการตีความ ดังนั้นจึงควรมีการบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะแยกมาต่างหากเพื่อบังคับใช้กับวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

จากการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถทำได้ตามกฎหมาย แต่ก็ต้องเป็นรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามลักษณะของพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ด้วย จึงถือเป็นหลักฐานเป็นหนังสือและการลงลายมือชื่อที่กฎหมายดังกล่าวยอมรับ ดังนั้นการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประทศไทยจึงสามารถทำได้โดยใช้กฎหมาย 2 ฉบับมารองรับเพื่อพิจารณาถึงรูปแบบของสัญญา จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการตีความเมื่อมีการนำ

วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้เนื่องจากจะต้องคำนึงถึงการตีความว่าอย่างไรถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์

แต่ในทางปฏิบัติยังไม่มีการนำอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทย เนื่องจากสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เปิดให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์ที่มีอยู่ในประเทศไทยนั้น มีเพียงการไกล่เกลี่ยออนไลน์ ซึ่งเป็นของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center : THAC) ดังนั้นจึงส่งผลให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในประเทศไทย และหากมีการนำการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทย ควรจะมีบทบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะมาใช้บังคับซึ่งผู้วิจัยจะขอกล่าวต่อไปในข้อเสนอแนะ บทที่ 5

2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการออนไลน์

เมื่อทำการศึกษาวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ที่มีอยู่ในประเทศต่างๆ นั้น จะเห็นได้ว่า การอนุญาโตตุลาการออนไลน์มีกระบวนการและวิธีพิจารณาคล้ายกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์แบบดั้งเดิม เพียงแต่กระบวนการและวิธีพิจารณาทั้งหมดกระทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ทั้งสิ้น ซึ่งประกอบไปด้วย การส่งคำคู่ความ การสืบพยาน การพิจารณาคดีผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นในส่วนนี้จึงมีประเด็นปัญหา กล่าวคือ ถ้ากระบวนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการออนไลน์เกิดขึ้น จะมีกฎหมายใดรองรับความมีผลต่างๆของวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ผู้วิจัยขอแยกพิจารณาประเด็นปัญาต่างๆ ดังนี้

2.1 การส่งคำคู่ความ

ในการส่งคำคู่ความนั้น ตามมาตรา 7 พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติว่า

“ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตาม พระราชบัญญัตินี้ ถ้าได้ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นหรือได้ส่งไปยังสำนักทำการงาน ภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าได้ส่งไปยังสำนักทำการงาน หรือภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทาง ไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบ โดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ถ้าเป็นการส่งภายในประเทศ หรือโดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับการส่งเอกสารในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล”

จากบทบัญญัตินี้เห็นได้ว่าการส่งเอกสารหรือคำคู่ความต่างๆนั้นจะส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ตอบรับก็ได้ ทั้งนี้ให้รวมถึงวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง แม้ว่ามาตรา 7 ไม่ได้พูดถึงการส่งด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ มีเพียงการบัญญัติว่า “โดยวิธีอื่นใด” ซึ่งกรณีดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่า คำว่าโดยวิธีอื่นใดนี้ ให้หมายความรวมถึง การส่งด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนเป็นเพียงการให้ศาลตีความเท่านั้น ดังนั้นหากมีการส่งคำคู่ความหรือส่งเอกสารต่างๆ ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์อาจจะต้องให้ศาลตีความตามมาตรา 7 ของพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลแต่ละท่าน อาจจะนำมาสู่หลักเกณฑ์ที่ไม่มีความแน่นอน

นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องการส่งและรับคำคู่ความ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการส่งและรับคำคู่ความด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ กรณีดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ คือ เมื่อใดจะถือว่าคำคู่ความได้ส่งไปถึง หรือเมื่อใดถือว่าอีกฝ่ายได้รับคำคู่ความ จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่ามีพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่สามารถมารองรับปัญหาดังกล่าวได้ กล่าวคือ มาตรา 22 ของพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า “การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้มีการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล” ซึ่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หมายถึง คำคู่ความ และ ให้ถือว่าอีกฝ่ายได้รับคำคู่ความเมื่อนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล แต่ถ้าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ส่งไปยังระบบข้อมูลอื่นของผู้รับข้อมูลซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลกำหนดไว้ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น เป็นไปตาม มาตรา 23 ของพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงไม่มีกฎหมายมาใช้บังคับโดยเฉพาะในเรื่องการส่งคำคู่ความในการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ มีเพียงพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มารองรับความมีผลทางกฎหมายของการส่งหรือรับคำคู่ความของวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เท่านั้น ทั้งนี้เวลาในการรับส่งข้อมูลเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในการพิจารณาว่ามีการยื่นคำคัดค้านหรือข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาหรือไม่ เนื่องจาก เวลาในการยื่นจะมีความสำคัญในการพิจารณาว่าขาดอายุความหรือไม่

อย่างไรก็ตามจากการสัมภาณ์พบว่า หากมีการยื่นคำคู่ความทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีการจัดระบบการยืนยันตัวบุคคลรวมถึงมีระบบการเก็บรักษาข้อมูลที่ปลอดภัยเพื่อรักษาความถูกต้องของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมา

2.2 การพิจารณาคดี

การพิจารณาคดีโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นมีหลักการที่สำคัญ คือ สะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย รวมถึงต้องมีผู้เชี่ยวชาญเข้ามาดูแลทางด้านเทคโนโลยี และในขั้นตอนของการพิจารณาคดีนั้นเมื่อเทียบกับการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม ตามมาตรา 25 ของพรบ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เปิดช่องไว้ให้คู่พิพาท ตกลงกันเองเกี่ยวกับการดำาเนินกระบวนพิจารณาได้ทั้งหมด คู่พิพาทสามารถกำหนดให้มีการประชุมหรือสืบพยานผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ เช่น การสืบพยานโดยวิธี Video Confernce หรือ Skype เป็นต้น ดังนั้นเมื่อมีการพิจารณาคดีจึงมีประเด็นเกี่ยวกับสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) เนื่องจากสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นสถานที่ที่มีการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการนับตั้งแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การสืบพยานบุคคล รวมถึงทำคำชี้ขาด ซึ่งกระบวนการต่างๆ เหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ และจะอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดนั้นเป็นไปตามหลักดินแดน กล่าวคือ ถ้าการอนุญาโตตุลาการดำเนินการในประเทศใด ก็ใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศนั้นบังคับและส่งผลให้ศาลประเทศนั้นเข้ามามีบทบาท ดังนั้นในการพิจารณาคดีแบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์จึงควรจะมีการกำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการไว้แน่นอน เนื่องจากในกระบวนการพิจาณาคดีของอนุญาโตตุลาการออนไลน์อาจจะมีการสืบพยานที่ประเทศหนึ่งโดยผ่านวิธี Video Conference ในขณะที่มีการพิจาณาคดีโดยวิธีเดียวกันอีกประเทศหนึ่ง

สำหรับการสืบพยานบุคคลนั้น จากการสัมภาษณ์จากผู้เชี่ยวชาญพบว่า ในบางกรณีอาจมีข้อขัดข้องทางเทคนิค เช่นสัญญาณไม่ชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความน่าเชื่อถือของบุคคล นอกจากนี้การถามค้านพยาน หรือการตอบคำถามของอนุญาโตตุลาการ อาจไม่สะดวกเหมือนกับการสืบพยานแบบดั้งเดิมสำหรับพยานเอกสารที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งตาม พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 11ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานใน กระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่ปัญหาที่พบบ่อยครั้งคือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถทำสำเนาและทำซ้ำได้ง่าย และไม่สามารถแยกออกได้ว่าข้อมูลใดเป็นข้อมูลต้นฉบับที่แท้จริง ดังนี้จึงต้องพิจารณาตาม พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 10 ที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับการนำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยได้ใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความตั้งแต่การสร้างข้อความเสร็จสมบูรณ์และสามารถแสดงข้อความนั้นได้ภายหลัง ให้ถือเป็นต้นฉบับเอกสาร

ประเด็นวิเคราะห์ต่อมาคือการกำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ปกติคู่พิพาทต้องคำนึงถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ท่าทีของศาลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นเป็นส่วนสำคัญเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้ตามวัตถุประสงค์ของคู่พิพาท และคู่พิพาทอาจตกลงกันให้สถานที่อื่นนอกจากสถานที่ดำาเนินการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการก็ได้ นอกจากนี้หากคู่พิพาทไม่ได้กำหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ให้เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดโดยต้องคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาท และความสะดวกของคู่พิพาท และหลักความเสมอภาคตามพรบ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25 ประกอบด้วย

สำหรับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ หากคู่พิพาทไม่ได้กำาหนดสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการไว้ อาจส่งผลยุ่งยากตามมาเนื่องจากมีความไม่แน่นอนในเรื่องของสถานที่หรือในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดซึ่งอาจกำาหนดประเทศที่อนุญาโตตุลาการอาศัยอยู่ อาจทำให้คู่พิพาทเกิดความขัดข้องบางประการ เช่น การออกหมายเรียกพยาน การขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และในกรณีที่ต้องการเพิกถอนคำชี้ขาดก็อาจจะมีปัญหาว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

จากการสัมภาษณ์ อาจารย์รณชัย สักกาวีละ นิติกรชำนาญการพิเศษส่วนไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท ศาลแขวงดุสิต เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2561 เห็นว่านอกหนือจากประเด็นกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นแล้ว มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาในส่วนของเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ด้วย เนื่องจาก หลักการที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการ คือ การรักษาความลับของคู่ความ สะดวก รวดเร็ว ประหยัด และเป็นธรรม ดังนั้นเมื่อมีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์แล้วจะต้องนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาร่วมด้วย แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักการรักษาความลับของคู่ความ กรณีดังกล่าวจะต้องไปดูถึงขั้นตอนต่างๆของผู้ให้บริการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ เช่น การส่งเอกสาร หรือ การสืบพยานต่างๆนั้นจะต้องกระทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ทั้งสิ้น ดังนี้ระบบของอนุญาโตตุลาการออนไลน์ควรเป็นระบบที่มีความปลอดภัยสูงในการรักษาความลับของคู่ความ การเข้าถึงข้อมูลของคู่พิพาทจะต้องมีการรักษาความปลอดภัยเป็นอย่างดี

เมื่อพิจารณาจากประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยพบว่ายังไม่มีกฎหมายใดมารองรับกับกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการออนไลน์เลย มีเพียงการนำพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และ พรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาปรับใช้ ดังนั้นจึงเป็นที่มาของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้เพื่อให้มีผลเป็นการรับรองการพิจารณาคดีของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเด็นของเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า

หน่วยงานที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการออนไลน์จะต้องมีระบบรักษาความปลอดภัยความลับของคู่ความ รวมถึงภาครัฐควรเข้ามาสนับสนุนในด้านเทคโนโลยีให้กับภาคเอกชน เนื่องจากการจัดทำระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นใช้ทุนทรัพย์สูงในการดำเนินการ ซึ่งผู้วิจัยจะขอกล่าวในบทที่ 5 ต่อไป

3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการทำคำชี้ขาด

เมื่อจบกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการแล้วคณะอนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาด ซึ่ง พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 37 วรรคแรก กำหนดรูปแบบของคำชี้ขาดไว้ว่า “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากถือว่า เพียงพอแล้วแต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย” รวมถึงคำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 26 วรรคหนึ่งและให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นว่านั้น ดังนี้เมื่อพิจารณาถึงประเด็นการทำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ นั่นก็คือ การทำคำชี้ขาดในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต้องพิจารณาพรบ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ประกอบด้วย เนื่องจากคำชี้ขาดที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ จะถือเป็นคำชี้ขาดที่มีผลบังคับตามกฎหมายได้นั้นต้องทำเป็นหนังสือ ต้องนำหลักการตามมาตรา 8 พรบ.ว่าด้วยธุรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาปรับใช้ รวมถึงการลงลายมือชื่อที่กฎหมายยอมรับต้องมีลักษณะเป็น อักษร อักขระ ตัวเลข เสียงหรือสัญลักษณ์อื่นใดที่สร้างขึ้นให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น และเพื่อแสดงว่าบุคคลดังกล่าวยอมรับข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ซึ่งต้องเป็นไปตามมาตรา 4 พรบ.ว่าด้วยธุรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาผู้วิจัยเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ มีลักษณะบางประการที่แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม คู่พิพาทมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทำาความเข้าใจ เนื่องจากส่งผลทางกฎหมายหลายประการอันจะส่งผลถึงการขอเพิกถอนการขอบังคับและยอมรับตามคำาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายหลังด้วย ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์โดยเฉพาะซึ่งจะขอกล่าวในบทที่ 5

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

เมื่อพัฒนาการทางเทคโนโลยีทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะเปลี่ยนไปจากเดิม จึงมีการคิดค้นพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกขึ้นมาให้เพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย ดังนั้นการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบดั้งเดิมจึงพัฒนาเป็นการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution : ODR) ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะธุรกรรมที่ทำขึ้นบนระบบอิเล็กทรอนิกส์ และการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบดั้งเดิมที่ได้รับความนิยมในบริบทของการค้าหรือการซื้อขายระหว่างประเทศ คือ การอนุญาโตตุลาการ ดังนี้เมื่อการอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมยังไม่ได้ตอบสนองความต้องการของคู่พิพาทในยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว แม้การอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิมจะสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายกว่าการดำเนินคดีในศาลก็ตาม แต่ในปัจจุบันมีการซื้อขายระหว่างประเทศผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมาก กล่าวคือ ผู้ซื้อและผู้ขายที่อยู่คนละประเทศกันไม่จำเป็นต้องเจอกัน ดังนี้การอนุญาโตตุลาการออนไลน์แบบดั้งเดิมจึงได้พัฒนาเป็นการอนุญาโตตุลาการออนไลน์(Online Arbitration) ซึ่งนานาประเทศได้มีการคิดค้นพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์รวมถึงกฎหมาย หรือ ข้อบังคับของสถาบันต่างๆที่จะนำมาใช้กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

การอนุญาโตตุลาการทางออนไลน์ (Online Arbitration) เป็นกรณีที่บุคคลที่สามเข้ามาทำหน้าที่ในฐานะผู้ชี้ขาด (tribunal) มีอำนาจเสมือนหนึ่งตุลาการ (quasi–judicial process) คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีและสามารถบังคับได้ทั่วโลก ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการทางออนไลน์จึงมีลักษณะค่อนข้างเป็นทางการมากกว่า การระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่น แต่ด้วยเทคนิคทางเทคโนโลยีสามารถทำให้ปรับเปลี่ยนรูปแบบความเป็นทางการของอนุญาโตตุลาการให้มีความยืดหยุ่นและสะดวกแก่คู่กรณีมากขึ้น เช่น การแลกเปลี่ยนเอกสารระหว่างคู่กรณีและผู้ชี้ขาดสามารถดำเนินการผ่านทางอีเมล์ได้ หรือเป็นการสนทนาแบบกลุ่มผ่านทางหน้าเว็บเพจ ในกรณีที่ต้องการการสื่อสารโต้ตอบกันในทันทีทันใด (real time communication) ก็อาจใช้เทคโนโลยี ห้องสนทนา (chat room) บริการการสื่อสารออนไลน์ (instant messaging) รวมทั้งการประชุมทางไกลผ่าน VDO (VDO conference) เพื่อใช้ในกระบวนการ

พิจารณาโดยที่ทั้งคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการไม่ต้องมาปรากฏตัวอยู่ต่อหน้ากันจริง (without the physical presence)[104]

การพัฒนาการระงับข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกระบวนการรับข้อพิพาทที่มีการดำเนินการผ่านทางออนไลน์เพื่อให้สอดคล้องและเป็นการรองรับรับข้อพิพาทต่างๆที่เกิดจากธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการออนไลน์สามารถใช้ได้กับทั้งการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และข้อพิพาทที่ไม่ได้เกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในต่างประเทศนั้นมีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลาย เช่น ประทศสหรัฐอมริกามีหน่วยงานภาคเอกชน คือ Arbitration Resolution Service ที่เปิดให้บริการการระงับข้อพิพาทโดยการอนญาโตตุลาการออนไลน์ ซึ่งระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดจากสัญญาและนิติสัมพันธ์ ประเทศจีนมี หน่วยงานภาคเอกชน คือthe China International Economic and Trade Arbitration Commission (หรือ CIETAC) เป็นต้น ในขณะที่ประเทศไทยมีเพียงการระงับข้อพิพาทออนไลน์ในรูปแบบการไกลเกลี่ยออนไลน์เท่านั้น โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center หรือ THAC) ได้พัฒนาระบบ ทอล์คดีดี (TalkDD) ซึ่งเป็นผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทพาณิชย์ออนไลน์ (Online Dispute Resolution: ODR) รายแรกของประเทศไทย ที่ดำเนินการผ่านออนไลน์ทั้งสิ้น โดยมีผู้เชี่ยวชาญที่ได้การรับรองเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางให้กับคู่กรณี ช่วยให้ผู้ซื้อมีความมั่นใจในร้านค้าเพิ่มขึ้น ซึ่งขณะนี้ระบบได้เปิดให้ใช้งานแล้ว โดยรองรับร้านค้าบนเว็บไซต์และบนอีมาร์เก็ตเพลส แต่ก็ยังไม่ได้รับความนิยมเท่าที่ควร

อย่างไรก็ตามการอนญาโตตุลาการออนไลน์ ถือว่าเป็นเรื่องใหม่และมีลักษณะบางประการแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม เช่น การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ การส่งคำคู่ความ เอกสาร คำร้อง คำขอที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างคู่พิพาทกันเองหรือระหว่างคู่พิพาทกับสถาบันอนุญาโตตลุาการ การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การสืบพยาน การรับฟังพยานหลักฐาน การทำคำชี้ขาดในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ จะต้องดำเนินการอย่างไรจึงจะชอบด้วยกฎหมายจากความยุ่งยากที่กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัดในการใช้ เนื่องจาก จะต้องมีบุคคลที่เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีเข้ามาควบคุมดูแล

---

[104] สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, “การรับฟังความคิดเห็น”, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง รายงานสรุปผลการศึกษาตามโครงการเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะทางการจัดตั้งศูนย์รับเรื่องร้องเรียนอันเกิดจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, วันที่ 16 กันยายน 2556,

จาก https://thainetizen.org/wp-content/uploads/2013/09/lawtu-etda-odr-seminar-doc-20130916.pdf.

เพราะข้อมูลในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงหรือทำซ้ำได้ง่าย ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการวิธีการความปลอดภัยในการดูแลรักษาการรับ ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เพื่อรักษาความเป็นต้นฉบับ

ทั้งนี้ประเทศไทยก็เป็นอีกหนึ่งประเทศที่มีความพยายามที่จะพัฒนาการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของนานาอารยประเทศ แต่ก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่รองรับกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งต้องพิจารณาในแต่ละขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ คือนำกฎหมาย 2 ฉบับมาใช้ประกอบกันและเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การอนุญาโตตุลาการออนไลน์มีรายละเอียด ขั้นตอนต่างๆ ยุ่งยากมากพอสมควร เนื่องจากมีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้นนอกเหนือจากตัวบทกฎหมายที่ต้องมีความชัดเจนและครอบคลุมแล้ว ต้องประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญทางด้านเทคโนโลยีเข้ามามีส่วนช่วยเหลือในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ด้วย

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและสัมภาษณ์ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องจากหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน พบว่าปัญาที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในประเทศไทยนั้น เนื่องจากขาดการสนันสนุนจากภาครัฐ และขาดบุคคลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยี รวมถึงประชาชนส่วนใหญ่ยังคงให้ความเชื่อถือกับระบบศาลมากกว่า นอกจากนี้ยังไม่มีกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์แน่นอนมาใช้บังคับ ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะว่าควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติเป็นหมวดหนึ่งในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันก็ได้ เพื่อกำหนดวิธีการขั้นตอนต่างๆ และเพื่อรองรับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ให้มีสภาพบังคับตามกฎหมาย

นอกจากนี้เมื่อพิจาณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์โดยเฉพาะ ในขณะที่รูปแบบของการซื้อขายสินค้า หรือการให้บริการต่างๆได้เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากเทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทมากขึ้น ดังนั้นลักษณะของข้อพิพาทจึงได้เปลี่ยนแปลงไปด้วย จึงเป็นสาเหตุที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม หมวด 9 ในพรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ว่าด้วยความหมายและรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ในการใช้ที่แน่นอน เนื่องจากที่ผ่านมาใช้เป็นการตีความจากบทบัญญัติ มาตรา 11 พรบ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบกับ มาตรา 4 มาตรา 8 และมาตรา 9 ของพรบ.ว่าด้วยธุรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยเพิ่มเติมเป็นบทบัญญัติ มาตรา 47/1 ดังนี้

“มาตรา 47/1 สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์อาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือ เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์แยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาหรือปรากฏข้อสัญญาในเอกสารในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์แล้ว”

2. ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ว่าด้วยการส่งเอกสารและคำคู่ความเพื่อให้สอดคล้องกับการส่งเอกสารในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยบัญญัติเป็น มาตรา 47/2 ดังนี้

“มาตรา 47/2 ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตามหมวด 9 นี้ ให้ใช้วิธีการการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้มีการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล

การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล

หากผู้รับข้อมูลได้กำหนดระบบข้อมูลที่ประสงค์จะใช้ในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลได้กำหนดไว้นั้น แต่ถ้าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ส่งไปยังระบบข้อมูลอื่นของผู้รับข้อมูลซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลกำหนดไว้ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น

3. ควรแก้ไขเพิ่มเติมเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ศาลที่มีเขตอำนาจหากกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามมาตรา 47/3 ดังนี้ “ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาคหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามหมวดนี้”

4. ควรแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการออนไลน์และอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ไว้ในมาตรา 47/4 ที่บัญญัติว่า “การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการออนไลน์และอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการออนไลน์ตามหมวดนี้ ให้เป็นไปตามหมวด 2 และหมวด 3 ของพระราชบัญญัตินี้”

5. ควรแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ให้เป็นไปตามหมวด 4 ของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเพิ่มเติมเป็นมาตรา 47/5 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ให้เป็นไปตามหมวด 4 ของพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้วิธีพิจารณาทั้งหมดตามหมวด 4 ต้องกระทำผ่านวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์”

6. ควรแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาด รวมถึงการทำคำชี้ขาด โดยบัญญัติเป็นมาตรา 47/6 บัญญัติว่า “การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ให้เป็นไปตามหมวด 7 ของพระราชบัญญัตินี้

การทำคำชี้ขาดตามหมวดนี้ให้ทำเป็นคำชี้ขาดในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อรับรองความถูกต้อง”

ทั้งนี้ผู้วิจัยจัดทำเป็นร่างพรบ.อนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่..) พ.ศ. .... โดยมีรายละเอียดดังนี้

หมวด 9

การอนุญาโตตุลาการออนไลน์

มาตรา 47/1 สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์อาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือ เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์แยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาหรือปรากฏข้อสัญญาในเอกสารในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการออนไลน์แล้ว

มาตรา 47/2 ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตามหมวด 9 นี้ ให้ใช้วิธีการการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้มีการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล

การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล

หากผู้รับข้อมูลได้กำหนดระบบข้อมูลที่ประสงค์จะใช้ในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลได้กำหนดไว้นั้น แต่ถ้าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ส่งไปยังระบบข้อมูลอื่นของผู้รับข้อมูลซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลกำหนดไว้ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น

มาตรา 47/3 ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาคหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามหมวดนี้

มาตรา 47/4 การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการออนไลน์และอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการออนไลน์ตามหมวดนี้ ให้เป็นไปตามหมวด 2 และหมวด 3 ของพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 47/5 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ให้เป็นไปตามหมวด 4 ของพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้วิธีพิจารณาทั้งหมดตามหมวด 4 ต้องกระทำผ่านวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์

มาตรา 47/6 การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ให้เป็นไปตามหมวด 7 ของพระราชบัญญัตินี้

การทำคำชี้ขาดตามหมวดนี้ให้ทำเป็นคำชี้ขาดในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อรับรองความถูกต้อง

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ธวัชชัย สุวรรณพานิช.(2557). *คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ธนิดา เงินยวง. (2552). *การระงับข้อพิพาทออนไลน์สำหรับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์.* (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิพม์). มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, กรุงเทพฯ.

พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

นงลักษณ์ นามโภชน์. (2550). *ธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ*. (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, กรุงเทพฯ.

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.(2557). *รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาวิจัยเรื่องกระบวนการเข้าสู่อนุญาโตตุลาการต่างประเทศในระบบของกลุ่มอาเซียน*. กรุงเทพมหานคร: สำนักอัยการสูงสุด.

สุพจี รุ่งโรจน์. (2556). “การสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อขจัดอุปสรรคของการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในประเทศไทย”. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฉบับเนื่องในวาระครบรอบ 20 ปี*, จาก http://www.tai.coj.go.th/doc/data/tai/tai_1492656241.pdf

สุรางคณา แก้วจำนงค์. (2539). *ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.กรุงเทพฯ.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Alan Redfern, Martin Hunter and Nigel Blackaby. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet&Maxwell.

Albert Jan van den Berg.(1999).*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. Hague: Kluwer Law International

Colin, R.. (2002). *Online Dispute Resolution for Business:B2B, e-commerce, consumer, employment,insurance, and other commercial conflicts*. San Francisco: Jossey-Bass.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958

Domenico Di Pietro & Martin Platte. (2001). *Enforcement of International Arbitration Awards The New York Convention of 1958 .London*: Cameron May.

Ethan,K. & Janet, R. (2001). *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. San Francisco: Jossey-Bass.

G. K. Kohler and T. Schultz.(2004). *Online Dispute resolution Challenges for Contemporary Justice*. Bedfordshire: Kluwer Law International.

Jakkrit, K. (2016). *The research report "the concept and strategy regarding the development of index/indicators of rule of Law in Thailand*. from http://www.tijthailand.org/useruploads/files/rule_of_law_index_[tij_-_tdri].pdf

Julio César Betancourt and Elina Zlatanska. (2013). *Online Dispute Resolution (ODR): What Is It,and Is It the Way Forward?* . Kluwer Law International.

Lucille M. Ponte. (2005). *Cyberjustice: Online Dispute Resolution(ODR) for E–Commerce*. New Jersey: Pearson Prentice Hall.

Matthew Barry. (2013). *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts.* Kluwer Law International.

Mirèze Philippe. (2017). *Equal Access to Information & Justice: The Huge Potential of Online Dispute Resolution Greatly Under explored (I).* Fromhttps://vpn.stou.ac.th/+CSCO+0h756767633A2F2F7879686A72656E656F7667656E677662616F7962742E70627A++/2017/09/12/equal–access–information–justice–huge–potential–online–dispute–resolution–greatly–underexplored–ii/

Mirèze Philippe.(2014). *'Boxing' Choices for Better Dispute Resolution, International Journal of Online Dispute Resolution*, 1(1), 70–90.

Mohamad Salahudine Abdel Waha. (2004).*The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for Dispute Resolution*. Kluwer Law International.

Omar Husain Qouteshat. (2017). *The Enforcement of Electronic Arbitral Awards in International Commercial Disputes under the New York Convention: The Case of Dubai and DIFC Courts*. Thesis of the degree of Doctor of Philosophy Lancashire Law School, University of Central Lancashire.

Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh. (2012). *Technology and the Future of Dispute Systems Design*. Kluwer Law International.

Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirty-third session, New York, Retrieved 29 February-4 March 2016, from https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V16/014/73/PDF/V1601473.pdf?OpenElement

Ronald A. Brand. (2012). *Party Autonomy and Access to Justice In the UNCITRAL Online Dispute Resolution Project*. The Loyola University Chicago International Law Review The Federal Arbitration Act 1925

Thomas Schultz. (2006). *Online Arbitration: Binding or Non-Binding?*. Kluwer Law International.

T. Schultz, G. Kaufmann-Kohler, D. Langer, V. Bonnet.(2001).*Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues*. E-Com Research Project of the University of Geneva UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ตัวอย่างผู้ให้บริการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

รายชื่อผู้ให้บริการการอนุญาโตตุลาการออนไลน์

ชื่อหน่วยงาน	ประเทศ
1. Arbitration Resolution Service	ประเทศสหรัฐอเมริกา
2. The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)	สาธารณรัฐประชาชนจีน
3. TAMARA E-abitration	ประเทศเนอร์เธอร์แลนด์
4. BITCAD	ประเทศสหรัฐอเมริกา

ภาคผนวก ข

กลุ่มการสัมภาษณ์และคำถามสัมภาษณ์

กลุ่มการสัมภาษณ์

1. กลุ่มอาจารย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการ จำนวน 5 คน
2. บุคลากรหน่วยงานรัฐ จำนวน 4 คน
3. บุคลากรในหน่วยงานภาคเอกชน จำนวน 1 คน
4. บุคคลหรือผู้ประกอบการที่ใช้ระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ จำนวน 3 คน

คำถามสัมภาษณ์ประกอบงานวิจัยกลุ่ม 1 2 และ 3

คำถามสัมภาษณ์เชิงลึกเรื่อง โครงการวิจัยเรื่องสภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยมีคำถามจำนวน 4 คำถาม

1. ท่านเห็นว่า ถ้ามีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในการระงับข้อพิพาท ท่านเห็นด้วยหรือไม่ อย่างไร และควรนำมาใช้กับคดีประเภทใดบ้าง
2. ท่านเห็นว่าอะไรคืออุปสรรคในการนำอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทย
3. ท่านเห็นว่าหน่วยงานรัฐ หรือ ภาครัฐควรเข้ามามีบทบาทมาสนับสนุนวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์หรือไม่ อย่างไร
4. ท่านเห็นว่าหากมีนำให้วิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในประเทศไทย ควรมีการปรับปรุงหรือแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างไรบ้าง

หมายเหตุ ในกรณีถ้าท่านผู้ให้สัมภาษณ์ไม่สะดวกให้สัมภาษณ์เชิงลึกได้ ขอความอนุเคราะห์ขอข้อมูลที่เกี่ยวข้องตอบกลับมาได้ที่ E-mail : Sireekarn_y@hotmail.com

คำถามสัมภาษณ์ประกอบงานวิจัยกลุ่ม 4

คำถามสัมภาษณ์เชิงลึกเรื่อง โครงการวิจัยเรื่องสภาพปัญหากฎหมายที่รองรับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยมีคำถามจำนวน 4 คำถาม

1. ท่านเห็นว่า ถ้ามีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ในการระงับข้อพิพาทของการซื้อขาย ท่านเห็นด้วยหรือไม่ อย่างไร และควรนำมาใช้กับคดีประเภทใดบ้าง
2. ท่านเห็นว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์นั้น ควรให้เป็นหน่วยงานภาครัฐ หรือ ภานเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ
3. ท่านเห็นว่าภาครัฐควรเข้ามามีบทบาทมาสนับสนุนวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์หรือไม่ อย่างไร(คำถามผู้ประกอบการ)
4. หากมีการนำสัญลักษณ์ของการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ติดไว้หน้าร้านค้าออนไลน์ที่ท่านกำลังตัดสินใจซื้อ ท่านเห็นว่ามีผลต่อการตัดสินใจซื้อสินค้าของท่านหรือไม่อย่างไร (คำถามผู้บริโภค)

หมายเหตุ ในกรณีถ้าท่านผู้ให้สัมภาษณ์ไม่สะดวกให้สัมภาษณ์เชิงลึกได้ ขอความอนุเคราะห์ขอข้อมูลที่เกี่ยวข้องตอบกลับมาได้ที่ E-mail : Sireekarn_y@hotmail.com

รายชื่อบุคลากรที่ได้สัมภาษณ์

1. กลุ่มอาจารย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการ

1.1 ผู้ช่วยศาสตราจารย์พงศ์จิรา เชิดชู
อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

1.2 ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิภุส แสนเจริญ
อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

1.3 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธนัชพร กังสังข์
อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

1.4 ดร. ธีรเดช มโนลีหกุล
อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

1.5 อาจารย์ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ
อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

2. บุคลากรหน่วยงานรัฐ

2.1 อาจารย์สุพจี รุ่งโรจน์ ผู้พิพากษาประจำสำนักประธานศาลฎีกา
ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลแขวงพระนครใต้

2.2 อาจารย์รณชัย สักกาวีละ นิติกรชำนาญการพิเศษส่วนไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท
ศาลแขวงดุสิต

2.3 ดร.พสิษฐ์ อัศววัฒนาพร ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ

3. บุคลากรในหน่วยงานภาคเอกชน

3.1 ดร.รุ่งแสง กฤตยพงษ์ ทนายความ บริษัท กำธร สุรเชษฐ แอนด์ สมศักดิ์ จำกัด

4. ผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าผ่านระบบออนไลน์หรือผู้ประกอบการที่ใช้ออนไลน์ในการให้บริการ

4.1 นายอมรพงษ์ แดงสุภา ผู้บริโภคที่ซื้อของผ่านระบบออนไลน์

4.2 นางสาวเกวลิน ต่อปัญญาชาญ ผู้บริโภคที่ซื้อของผ่านระบบออนไลน์

4.3 บริษัท ลาซาด้า จำกัด (ประเทศไทย)

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ–สกุล	นางสาวสิรีกานต์ อยู่เรือง
วัน เดือน ปีเกิด	6 เมษายน 2526
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง LL.M. in International Trade Law, University of Essex, ประเทศอังกฤษ LL.M. in Intellectual Property Law, Queen Mary, University of London ประเทศอังกฤษ
สถานที่ทำงาน	มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี
ตำแหน่ง	อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อ-สกุล ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัศวโรจน์

ประวัติการศึกษา

- นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมดี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2515
- เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2516
- Master of Laws (International Legal Studies) New York University พ.ศ. 2520
- นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2523
- Master of Laws (General Studies) New York University พ.ศ. 2527
- นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2543
- ศิลปศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ มหาวิทยาลัยรังสิต พ.ศ. 2551

สถานที่ทำงาน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ตำแหน่ง อาจารย์พิเศษประจำสาขาวิชานิติศาสตร์