

รายงาน

กลุ่มที่ 6

Day 7-June 24

- Information Privacy Law I (Paul Schwartz)

- Information Privacy Law II (Paul Schwartz)

Day 10-June 27

- International Arbitration (Andrew Guzman)

โดย

1. นายวิชัย ช่างหัวหน้า ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์
2. นางพิมพ์รัตน์ วรรณะหทัย ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลอุทธรณ์
3. นายองอาจ เทพหัสดิน ณ อยุธยา ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษารองหัวหน้าศาลจังหวัดพระโขนง
4. นางกาญจนา งามญาติ เสวตนัย ผู้พิพากษาศาลอาญาธนบุรี
5. นางสาวณัชชา จิราอัครีมากุล ผู้พิพากษาศาลจังหวัดแม่สอด ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดตาก

สารบัญ

| | |
|--|----|
| กฎหมายว่าด้วยข้อมูลความเป็นส่วนตัว (Information Privacy Law) | 1 |
| อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) | 9 |
| บรรณานุกรม | 27 |
| ภาคผนวก | |
| Information Privacy Law | 28 |

กฎหมายว่าด้วยข้อมูลความเป็นส่วนตัว (Information Privacy Law)

สภาพปัญหา : ในโลกโซเชี่ยลมีเดียของไทย ยังไม่ให้ความสำคัญความเป็นส่วนตัวเท่าที่ควร ยังพบมีการละเมิดสิทธิ์อยู่ทั่วไปไร้กฎหมายคุ้มครองอย่างจริงจัง ยิ่งทุกวันนี้เทคโนโลยีได้เข้ามาอยู่ในชีวิตประจำวันขึ้นเรื่อย ๆ ในทุกมิติ ตั้งแต่การบริโภคข้อมูลข่าวสารธุรกรรมทางการเงิน การสื่อสาร ระหว่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลส่วนตัวที่จัดกระจายอยู่ในพื้นที่ต่าง ๆ รวมถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หน่วยงานของรัฐ สถาบันการเงิน เว็บบอร์ด รวมถึงเว็บไซต์ เครื่องข่ายสังคมออนไลน์ เช่น เฟซบุ๊ก ไลน์ อินสตาแกรม ทวิตเตอร์ ในมุมมองของปัญหาการละเมิดความเป็นส่วนตัวจึงควรสอดคล้องกัน ถึงแม้ว่าเรื่องความเป็นส่วนตัวโดยมากจะเกี่ยวข้องกับการเปิดเผยความลับ แต่ข้อมูลที่เก็บอยู่ในฐานข้อมูลของบุคคลต่าง ๆ ไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นความลับ เช่น ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ เชื้อชาติ เพศ วันเกิด อีเมลล์ จึงทำให้เรื่องความเป็นส่วนตัว เริ่มเป็นที่ถกเถียงกันในสังคมมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อโจมตีกันจากความขัดแย้งทางการเมือง หรือ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีชื่อเสียง ด้วยเหตุที่เทคโนโลยีเข้าไปมีบทบาทในชีวิตประจำวันของผู้คนหลายมิติ ส่งผลให้ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดความเป็นส่วนตัวมีลักษณะแตกต่างกันออกไป ซึ่งเรื่องการละเมิดความเป็นส่วนตัว แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1. ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับสิทธิ์ผู้บริโภค 2. ความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น จึงเป็นประเด็นคำถามขึ้นมาว่าข้อมูลในส่วนของผู้บริโภคที่ใช้บริการ ไปนั้นเป็นของผู้ให้บริการหรือของผู้บริโภคในการที่จะมีการเก็บรักษาข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภคหรือเอาข้อมูลนั้นไปใช้ในทางไหนบ้าง จึงสมควรที่จะศึกษาหลักคิดระบบกฎหมายในต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายอเมริกันเปรียบเทียบกับมีสภาพปัญหาและวิธีการจัดการอย่างไรเพื่อนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยในอนาคตต่อไป

ลักษณะของกฎหมายข้อมูลความเป็นส่วนตัว หมายถึงการรวบรวมการใช้และการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งรวมถึงการดึงข้อมูลการแปลงข้อมูล เก็บ แยก ไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (สมาร์ตโฟน ไอแพด) นำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของและทำให้เจ้าของลดคุณค่าหรือรับความเสียหาย

ทั้งนี้เนื่องจากเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารพัฒนาไปไกลกว่าอดีตเป็นอันมากจากที่จะโทรศัพท์ต้องอยู่ที่บ้านแต่ปัจจุบันติดต่อได้ทุกที่และอุปกรณ์มีความเล็กทันสมัยพกพาไปได้ทุกที่และมีความสามารถในการบันทึกข้อมูลอย่างง่ายดาย

ข้อมูลส่วนบุคคล คือ ข้อมูลต่างๆที่ระบุตัวตนของบุคคลคนหนึ่งได้ ยกตัวอย่างเช่น อยากทราบว่าคนไทยใช้ไอโฟนเท่าใด ข้อมูลนี้ไม่ระบุเจาะจงว่าคนใดคนหนึ่งไม่ถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งสรุปว่าต้องเป็นข้อมูลที่ระบุตัวตนของคนใดคนหนึ่งเท่านั้น

การที่เราให้ข้อมูลต่างๆผ่านอุปกรณ์ไอโฟน ก็เป็นช่องทางให้บุคคลที่เกี่ยวข้อง เทคโนโลยีสามารถนำข้อมูลมาขยายเข้าถึงว่าเป็นใครมีความเป็นอยู่อย่างไร ซึ่งง่ายต่อการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลได้

ความเป็นส่วนตัวอาจเกิดขึ้นในภาพรวม ในองค์กรของรัฐหรือบริษัทเอกชนก็ได้ ซึ่งกฎหมายในลักษณะอย่างนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายในเรื่องอื่นๆมากมาย เช่น กฎหมายข้อมูลกฎหมายภาษี กฎหมายสังคม ซึ่งการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคลถือว่าเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

ยกตัวอย่าง บริษัทเอกชน เอฟทีซี ทำหน้าที่ได้ส่วนเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ ก็มีองค์กรเอเอสเอ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ได้ส่วนการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงข้อมูลตรวจคนเข้าเมืองเพื่อหาข้อมูลทำงานด้านความมั่นคง

ความปลอดภัยของข้อมูลเกิดขึ้นทั่วโลกเช่นเกาหลีหรือสหรัฐอเมริกา และมีการละเมิด
ความผิดต่อข้อมูลส่วนบุคคลมากขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้น จึงมีการก่อตั้งหน่วยงานของรัฐที่มีความ
รับผิดชอบข้อมูลส่วนบุคคลทำหน้าที่ตรวจสอบการละเมิดกฎหมาย

กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลเป็นที่ยอมรับและยอมรับกัน ทั่วโลกทั้งนี้เนื่องจากความ
พัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีการสื่อสารที่ทันสมัยในปัจจุบัน

ในสมัยก่อนเมื่อประมาณสามสิบปีที่แล้วจะเห็นว่าคอมพิวเตอร์สมัยนั้นมีความใหญ่โต
มากตั้งอยู่ในห้องอาคารทั้งอาคาร แตกต่างจากปัจจุบันที่คอมพิวเตอร์ที่มีขนาดเล็กสามารถพกพา
ไปที่ใดก็ได้และตอนนี้มีความเชื่อมต่อเครือข่ายไปทั่วโลก ซึ่งอุปกรณ์ดังกล่าวนี้มีประโยชน์ก็
จริงแต่ขณะเดียวกันก็จะเป็นช่องทางการละเมิดข้อมูลได้เนื่องจากการเชื่อมโยงเครือข่ายไปทั่ว
โลก

ข้อมูลส่วนบุคคลที่ตั้งในเว็บเพจในอินเทอร์เน็ต ซึ่งในเว็บเพจนี้จะมีทั้งข้อมูลของ
เจ้าของเว็บเพจ เพลง ข้อมูลบุคคลในมหาวิทยาลัย

หลักเกณฑ์การปฏิบัติกับข้อมูลส่วนบุคคลอย่างเป็นธรรม เปรียบข้อมูลเหมือนน้ำ
ประกอบด้วย H₂O เสมือนการแยกกฎหมายความเป็นส่วนตัว

FIPPs เป็นหน่วยงานทำหน้าที่ดูแลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีแนวคิดที่ว่าข้อมูลส่วนบุคคลควร
ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมด้วย

ข้อจำกัดในการรวบรวมข้อมูล การรวบรวมข้อมูลส่วนตัวควรได้รับอำนาจตามกฎหมาย
ด้วยความเป็นธรรมและด้วยความรู้เห็นของเจ้าของข้อมูล ซึ่งความเข้มงวดของกฎหมายขึ้นอยู่กับ
สถานที่ที่นำไปใช้

เปรียบได้กับการแยกองค์ประกอบของน้ำแล้วนำส่วนที่แยกมารวมกันแล้วไปทำในสิ่งที่
เป็นประโยชน์ตามต้องการ

ดังที่กล่าวแล้วว่ากฎหมายมีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ ดังนั้นหากเกิดเหตุ
ละเมิดใน อเมริกาจึงต้องยุ่งยากนำกฎหมายหลายเรื่องมาใช้ประยุติในคดี

กฎหมายความผิดต่อส่วนตัว ประเทศส่วนใหญ่จะเดินตามกฎหมาย อียู เพราะมีคำนิยาม
และรายละเอียดรวมอยู่ในที่เดียวกัน จึงง่ายต่อการรับไปร่างเป็นกฎหมายภายในของประเทศ
ต่างๆ แตกต่างจากกฎหมายความผิดต่อส่วนตัวของ สหรัฐฯ เพราะมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมาย
หลายเรื่องและมีทั้งกฎหมายของสหรัฐฯ กับ ของมลรัฐ

กฎหมายข้อมูลส่วนตัวของ สหภาพยุโรป มีอยู่ในที่เดียวกันเปรียบเสมือนรถม้าของการ
มีอยู่ในที่เดียวกันเรียกว่า omnibus privacy laws ส่วนของอเมริกานั้น กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคล
นั้นมีอยู่กระจัดกระจายแยกส่วนเป็นเรื่องๆ ไป กล่าวคือมีทั้งกฎหมายในส่วนของมลรัฐและของ
สหรัฐรวมกันไปมีลักษณะแยกชิ้นส่วนเรียกว่า sectoral privacy laws

กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป ได้แก่

- 1 EU Draft Data Protection Regulation (released 2012, not yet enacted)
- 2 EU Draft Data Protection Directive (1995), “harmonized” through national data protection legislation in 28 member countries
- 3 National data legislation: e.g. Federal Data Protection Law (Germany), Law on data processing, data files and individual liberties (France), Data Protection Act (United Kingdom)
- 4 Sectoral laws as well in EU member nations: Germany: Telecommunications Act, Telemedia Act, Criminal Procedure Code, Social Security Code

กฎหมายข้อมูลส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Fair Credit Reporting Act (1970),
Family Education Rights and Privacy Act (FERPA)(1974), Privacy Act (1974), Electronics
Communications Privacy Act (1986), Video Privacy Protection Act (1988), Communications
Assistance for Law Enforcement Act (1994), Drivers Privacy Protection Act (1994),

Communications Decency Act § 230 (1996), Children's Online Privacy Protection Act (1998), Gramm-Leach-Bliley Act (GLB Act)(1999), Health Insurance Portability and Accountability Act Regulations (2002)

นักเขียนนิยายได้กล่าวถึงบุคคลในเยอรมันกับอเมริกา ได้ถูกห้ามตีพิมพ์เนื่องจากเป็นการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล และสิ่งที่พิมพ์ไปแล้วก็ถูกเรียกคืนผิดต่อกฎหมายความเป็นส่วนตัว

ยกเว้นคดีของคาราอเมริกันเขียนเรื่องราวตัวเองแต่เกี่ยวข้องกับความเร็วของแฟนหนุ่มที่มีความประพฤติไม่ดี ฝ่ายชายฟ้องต่อศาลสหรัฐ ศาลตัดสินยกฟ้องเพราะตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่จะเขียนเรื่องตัวเองได้

right to be let me live alone

การกระทำที่รุกรานความเป็นส่วนตัวโดยมีเจตนาด้วยการดูถึงเจตนาถือว่าเป็นความผิดที่ชัดเจน

บุคคลในยุคปัจจุบันมีแนวโน้มการกระทำผิดในละเมิดสิทธิส่วนตัวนี้มีมาก อย่างเช่น อุบัติเหตุบนท้องถนน ผู้หญิงคนหนึ่งประสบอุบัติเหตุได้ถูกนำตัวเข้าไปในรถพยาบาล ขณะนั้นมีนักข่าวเข้าไปสัมภาษณ์ด้วย มีการบันทึกภาพในการทำข่าวและบันทึกการสนทนาของผู้หญิงดังกล่าวด้วย พอผู้หญิงคนดังกล่าวไปพื้นที่โรงพยาบาลก็ได้ทราบว่าเป็นเรื่องของเธอได้ออกเป็นข่าว จึงมีการฟ้องการละเมิดดังกล่าวถือเป็นการกระทำผิดร้ายแรง

เพราะจะมีคนมาพูดถึงเรื่องราวที่ถูกบันทึกย่อมมีความรุนแรงน่าตกใจของผู้ต้องประสบในการรุกรานเข้าไปในความเป็นส่วนตัว เพราะว่าเหมือนกับเรื่องเกิดขึ้นในรถพยาบาลซึ่งผู้พิพากษาได้พูดถึงว่าหากเป็นเรื่องภายนอกถนนที่คนผ่านไปมาไม่ถือว่าเป็นละเมิดสิทธิ

การเปิดเผยข้อเท็จจริงในข้อมูลส่วนบุคคล เป็นความผิดอีกประเภทหนึ่ง เป็นการนำข้อมูลของบุคคลมาเปิดเผยแต่ต้องไม่เกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายซึ่งปัจจุบันข้อมูลดังกล่าวถือ

ว่าชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ย้อนไปดูที่ผู้หญิงเขียนเรื่องตัวเองกับแฟนซึ่งศาลตัดสินว่ามีสิทธิที่จะเขียนเรื่องตัวเอง

การละเมิดในส่วนต่อมา คือ False Light ไม่ใช่ข้อมูลที่แท้จริงและเป็นความผิดที่ร้ายแรง ซึ่งบุคคลที่นำข้อมูลที่ไม่จริงออกไปเผยแพร่ สิ่งแรกผู้ให้นำไปเผยแพร่ต้องรู้ถึงความไม่จริง หรือประมาทอย่างร้ายแรง

การกระทำผิดลักษณะนี้คล้ายคลึงกับกฎหมายเรื่องหมิ่นประมาทของสหรัฐอเมริกา ในกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในทางทฤษฎีสามารถฟ้องได้ทั้งเรื่องหมิ่นประมาทและ False Light

การกระทำในส่วนต่อมา คือ Name or likeness การเลียนชื่อคนมีชื่อเสียงทำให้ชื่อเสียงเสื่อมลง ตัวอย่างคดีพิธีกร โทรทัศน์สหรัฐชื่อ Johnny carson ที่บริษัทเครื่องสุชานำชื่อเขาไปเรียกชื่อส้วมเคลื่อนที่ในผลิตภัณฑ์ของบริษัท ถือเป็นการละเมิด

ข้อยกเว้นกล่าวถึงบุคคลมีชื่อเสียงได้ หากเป็นการเขียนหรือนำมาล้อเลียนในทางที่ดีขึ้น หรือรู้กันทั่วไปว่าบุคคลมีชื่อเสียงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องได้ถือว่าไม่ผิดละเมิด

การกระทำในส่วนต่อมาสุดท้าย คือ distinctive voices การเลียนเสียงที่มีเอกลักษณ์ของคนมีชื่อเสียงนักร้องดัง ตัวอย่าง การนำบุคคลอื่นมาร้องแทนในเพลงเดียวกัน ซึ่งนักร้อง Bette Midler ฟ้องบริษัทที่นำนักร้องประกอบมาร้องเพลงของเธอ หรือคดีของ Tom Waits ร้องเพลงโฆษณามันฝรั่งเลย์ แล้วนำคนอื่นมาร้องแทนถือเป็นละเมิดความผิดต่อส่วนตัว

กฎหมาย US privacy law แตกต่างจากกฎหมายประเทศอื่น เนื่องจากมีทั้งกฎหมายระดับรัฐกับมลรัฐ แต่ กฎหมายของ EU มีเป็นหมวดหมู่รวมเป็นฉบับเดียว

มีคำกล่าวอ้างของอาจารย์ในมหาวิทยาลัย privacy law ของสหรัฐ บังคับใช้กับกฎหมายแต่ละประเภท เช่น Fair Credit Reporting Act (1970) บังคับเกี่ยวกับเครดิต ไม่เกี่ยวกับข้อมูลอื่น หรือ Children's Online Privacy Protection Act (1998) บังคับเกี่ยวกับเด็กแต่ไม่เกี่ยวกับผู้ใหญ่ Gramm-Leach-Bliley Act (1999) มีส่วนหนึ่งของการกล่าวถึงกฎหมาย privacy law ใช้เฉพาะ

สถาบันการเงินเท่านั้นไม่เกี่ยวกับคนธรรมดาที่ไปใช้ธุรกรรมด้วย ซึ่งกฎหมายแต่ละเรื่องมีที่มาแตกต่างกัน จึงยากที่จะรวมเป็นเรื่องเดียวกันอย่างเช่น EU

ตัวอย่าง กฎหมาย Gramm-Leach-Bliley Act (1999) มีบทบัญญัติห้ามเฉพาะไม่ให้ส่งข้อมูลลูกค้าแก่บริษัทอื่นแต่ไม่ห้ามการส่งข้อมูลไปยังสาขาของบริษัท ดังนั้น หากมีการส่งข้อมูลระหว่างบริษัทในเครือสาขา ทางลูกค้ามีอย่างเดียวกันคือการถอนเงินออกจากบริษัทไปทำธุรกรรมกับบริษัทอื่น แต่หากเป็นการส่งข้อมูลต่างบริษัทลูกค้ามีสิทธิห้ามไม่ส่งได้เรียกว่า opt out

ปัญหาก็คือคนทั่วไปหรือลูกค้าไม่ค่อยได้อ่านรายละเอียดในสัญญาถึงสิทธิดังกล่าว จึงเป็นหน้าที่ของ FTC ทำการตรวจสอบ และมีปัญหาที่กฎหมายสหรัฐไม่อาจรวมเป็นที่เดียวกันได้ เพราะความต่างกันของกฎหมายสหรัฐกับกฎหมายมลรัฐ ซึ่งบางเรื่องกฎหมายมลรัฐมีความเข้มงวดกว่ากฎหมายสหรัฐก็มี

FTC Safeguards Rule & Privacy Rule เป็นหน่วยงานมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่จะบังคับใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและความมั่นคงของสหรัฐด้วยมีอำนาจคือ

๑ มีอำนาจยับยั้งการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและการค้าหลอกลวง ในสถาบันการเงินจะถูก FTC ควบคุมดูแล ในอำนาจเข้าจัดการ

เช่น สถาบันการเงินต้องแจ้งเตือนที่ชัดเจนไม่คลุมเครือ กล่าวคือต้องระบุว่าเราจะต้องจัดการข้อมูลของท่านดังนี้ หากไม่ดำเนินการนี้ ทาง FTC จะเข้ามาจัดการให้ต้องจัดทำให้ถูกต้องตามกฎเกณฑ์

๒ มีอำนาจในการออกกฎความมั่นคง ซึ่งในบริษัทต้องมีโปรแกรมที่ใช้ปกป้องข้อมูลของลูกค้าต้องออกแบบรักษาความปลอดภัยให้เหมาะสมกับบริษัท

เช่น บริษัทต้องมีลูกจ้างที่ทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยของข้อมูลและมีแผนรักษาความปลอดภัยให้กับลูกค้า สิ่งที่เกิดขึ้นก็คือบริษัทก็จะจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัยมาทำหน้าที่

จัดการข้อมูลของลูกค้า ซึ่งต้องเลือกบริษัทรักษาความปลอดภัยที่มีมาตรการรักษาความปลอดภัย
ข้อมูลที่เหมาะสม

๓ มีบทบาทในฐานะตำรวจ (กฎหมายที่ให้อำนาจก็คือ Pursuant to FTC Act (1914) และ
EU-US Treaty) ทำหน้าที่จัดการกับบริษัทที่มีหน้าที่รักษาความปลอดภัยแต่ไม่ทำหน้าที่หรือไม่
ฝึกพนักงานให้มีความสามารถรักษาข้อมูล ถือว่าไม่ทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยที่สมบูรณ์หรือ
ส่งข้อมูลให้บุคคลอื่นโดยไม่ยินยอม หลอกลวงลูกค้า หรือเปิดเผยข้อมูลแก่ลูกค้าไม่เพียงพอ
หรือมีการกระทำลักษณะที่ไม่เป็นธรรม

คดีตัวอย่างที่ FTC ฟ้อง GOOGLE BUZZ ซึ่งทำหน้าที่ดึงผู้คนเข้ามาใช้โดย กูเกิล ได้
พยายามผลักดันให้ลูกค้าของ จีเมลล์ กูเกิล เข้าไปอยู่ใน GOOGLE BUZZ ถือว่า กูเกิล ไม่ได้บอก
ลูกค้าถึงข้อมูลว่าถูกผลักดันให้เข้าไปใน GOOGLE BUZZ ถือว่าเป็นการกระทำที่หลอกลวงมี
ความผิดการรักษาข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่สมบูรณ์ผิดต่อกฎหมาย FTC ต่อมาบริษัทกูเกิลยอมโดย
ได้ติดตั้งโปรแกรม a comprehensive privacy program และ FTC ได้ให้บริษัทที่สามทำการ
ตรวจสอบและให้ติดตั้งโปรแกรมดังกล่าวเป็นเวลา ๓๐ ปี

จากการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายดังกล่าวทั้งหมด สรุปได้ว่าปัญหาการละเมิด
สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นปัญหาที่มีความรุนแรงแผ่ขยายเกิดความเสียหายไปอย่างรวดเร็วตาม
กระบวนกลไกของเทคโนโลยีที่ทันสมัยในยุคปัจจุบัน สมควรที่ประเทศไทยจะได้พัฒนาระบบ
กฎหมายและองค์กรด้านปกป้องสิทธิความเป็นส่วนตัวในอนาคตต่อไปอย่างเร่งด่วนเพื่อให้ทัน
กับการพัฒนาของเทคโนโลยีในยุคปัจจุบัน

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration)

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่สัญญา สัญญาที่ว่าเป็นเรียกว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement)

สิ่งที่ศึกษาในครั้งนี มีหัวข้อสำคัญเป็นเค้าโครงการบรรยาย กล่าวคือ

๑ การเข้าสู่กระบวนการของ อนุญาโตตุลาการ ต้องได้รับความตกลงของคู่กรณี ประเด็นของความสมบูรณ์ของการเข้าสู่กระบวนการและผลของการบังคับใช้

๒ ขั้นตอนหรือกระบวนการที่จะใช้บังคับคืออนุญาโตตุลาการ หลังจากมีกระบวนการอนุญาโตมีการพิจารณาโดยตัวของกระบวนการเอง และวิธีการบังคับว่ามีความสมบูรณ์ของกระบวนการหรือไม่

๓ ขั้นตอนการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งคู่กรณีต้องนำคำชี้ขาดไปใช้บังคับกับประเทศที่ผู้แพ้คดีมีทรัพย์สินตั้งอยู่

อนุญาโตตุลาการคืออะไร

ทุกคนมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยใช้กระบวนการทางศาล แต่หากคู่พิพาทสละสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลก็สามารถเลือกที่จะไม่ใช่สิทธิก็ได้ โดยใช้กระบวนการทางเลือกที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการได้ โดยคู่ความสละสิทธิที่จะให้ผู้พิพากษาตัดสินคดีหรือเขตอำนาจของศาลในประเทศต่างๆ

กล่าวคือเมื่อคู่กรณีสละสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลก็สามารถทำได้แต่ไม่มีสิทธิที่จะกลับมาใช้กระบวนการปกติได้อีก

คู่ความต้องคำนึงถึงกระบวนการที่เป็นกลางเพราะคู่กรณีจะไม่มีใจในการเลือก ศาลของประเทศคู่กรณี หรือแม้กระทั่งในเวทีภายในประเทศคู่กรณีอาจไม่เลือกที่จะใช้สิทธิทาง ศาลก็เนื่องด้วยความลับของธุรกิจเพราะกระบวนการทางศาลจะต้องมีการเปิดเผยความลับ

อีกปัจจัยอีกประการคือเขตอำนาจการบังคับใช้ที่ใช้ภายในประเทศเท่านั้น แต่หากเป็น กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการสามารถนำคำวินิจฉัยไปใช้ในระหว่างประเทศไม่จำกัดเขต แคนธิปไทยหรือเขตศาล

นอกเหนือจากนั้นแล้วคู่พิพาทสามารถเลือกใช้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ ยกตัวอย่าง กระบวนการ discovery ในอเมริกา คู่กรณีสามารถสละสิทธิมาใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้

แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการ อนุญาโตตุลาการก็มีข้อเสียที่คู่กรณีกลับใจจะย้อนกลับมา ใช้กระบวนการภายหลังค่อนข้างลำบากกล่าวคือหากคู่ความเลือกที่จะใช้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการแล้วต้องเลือกทางที่เลือกตลอดไป

กระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีวิธีการเข้าสู่กระบวนการได้อย่างไร

กรณีมีข้อพิพาทระหว่างกันที่คู่กรณีไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งคู่กรณีมีความต้องการ แตกต่างกัน โดยบางฝ่ายมีความต้องการที่จะให้ดำเนินคดีในศาลของตนแต่ก็จะเป็นการเพิ่มความ ยากและค่าใช้จ่ายกับอีกฝ่ายที่อยู่คนละประเทศ

ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายที่ใช้กับกระบวนการพิจารณาพิพาทต้องการใช้บังคับกับเรื่องอะไรที่ไหน วิธีการก็ คือคู่กรณีคิดตกลงร่วมกันคิดวิธีพิจารณาของตนเอง หรือพิจารณาว่าองค์กรต่างๆมีการคิดวิธีการ ดำเนินคดีไว้แล้วโดยเลือกมาใช้กับคดีของตนเองเลย

กระบวนการหนึ่งที่เป็นข้อต่อสู้คดีก็คือว่ากระบวนการไม่สมบูรณ์ แต่หากคู่กรณีเลือกที่ จะใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการแล้วจะกลับไปใช้กระบวนการทางศาลปกติอีกไม่ได้

และมีประเด็นที่คู่กรณีโต้แย้งถึงเขตอำนาจของคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่ามีเขตอำนาจ
พิจารณาคดีนั้นหรือไม่

นอกจากนี้ต้องพิจารณาว่ากระบวนการบังคับคดีที่จะนำไปใช้กับประเทศที่คู่กรณีมี
ทรัพย์สินอยู่

ขั้นตอนการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการขั้นแรกคือการเริ่มเข้าสู่กระบวนการ
ต่อมาคือกระบวนการที่จะใช้วิธีพิจารณาอย่างไร และต่อมาคือขั้นตอนที่ศาลเข้ามาตรวจสอบ
ความถูกต้องของกระบวนการและขั้นตอนสุดท้ายได้แก่กระบวนการบังคับคดี

กฎหมายที่ใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่

new york convention เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่หลายประเทศนำไปออกเป็น
กฎหมายภายในบังคับภายในประเทศ

unictrral model law เป็นกฎหมายแม่แบบของ ยูเอ็น ถือเป็นกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับ
อนุญาโตตุลาการ

ส่วนของประเทศไทยก็มีกฎหมายไทยที่มีส่วนที่บัญญัติมาจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

new york convention ประเทศที่เป็นสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้มีถึง ๑๔๕ ประเทศ มี
บทบัญญัติที่ให้ประเทศสมาชิกยอมรับและยินดีเข้ามาเป็นสมาชิกของอนุสัญญา ได้แก่
ต้องยอมรับการบังคับใช้กับคำชี้ขาด และต้องบังคับคำชี้ขาดแม้คำชี้ขาดไม่ได้เกิดใน
ประเทศของตนเองก็ตาม ซึ่งเป็นการแก้ไขเรื่องเขตอำนาจศาลปกติที่คำพิพากษาของศาล
ประเทศหนึ่งจะนำไปใช้กับประเทศอื่น แต่หากเป็นคำชี้ขาดอนุญาโตแล้วไม่ถูกจำกัดเรื่องเขต
อำนาจ

อนุสัญญาที่มีการเปิดโอกาสให้เลือกอนุญาโตตุลาการและแนวทางการทบทวนการ
พิจารณาคดีของศาล ซึ่งคู่กรณีอาจเลือกประเทศในแถบยุโรป เอเชียหรือในสหรัฐอเมริกาก็ได้

หลักของ CHOICE OF LAW

๑ เราจะเลือกกฎหมายสารบัญญัติอะไรในการดำเนินคดีอนุญาโตตุลาการ สิ่งที่ต้องคิด
อันดับแรกว่า new york convention กำหนดเรื่องนั้นไว้หรือไม่ และจะใช้บทกฎหมายอะไรมา
ประยุกต์ใช้และความเกี่ยวเนื่องของกฎหมายเพื่อดูว่าจะบังคับอย่างไร

๒ เลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะใช้กับกระบวนการ

๓ กฎหมายอะไรที่จะใช้ครอบคลุมถึงข้อตกลงในสัญญา

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นของกระบวนการเกิดขึ้นเนื่องมาจากความแตกต่างของกฎหมาย
แต่ละประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ในประเทศของตนต่างกัน

ประเด็นของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ มีความสำคัญกับ CHOICE OF LAW ถึงกับมี
คำพูดว่า

"เราจะไม่เข้าใจของกฎหมายอนุญาโตตุลาการได้เลยหากไม่เข้าใจ CHOICE OF LAW "

คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการไม่ค่อยมีความลงรอยกันที่จะเป็นบรรทัดฐานให้ผู้ดำเนิน
กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาปรับใช้เป็นแนวเดียวกัน

ความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในข้อพิจารณาว่ามีความสมบูรณ์หรือไม่อย่างไร ต้องพิจารณาถึงข้อตกลงในสัญญาว่ามี
ความสมบูรณ์ที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหาธุรกิจที่นักธุรกิจต้องคุยกัน
แต่ปัญหาหากกฎหมายเป็นเรื่องของทนายความ ซึ่งนักธุรกิจไม่ค่อยสนใจว่าสัญญามีข้อตกลง
สมบูรณ์หรือไม่

การพิจารณาว่าข้อพิพาทใดที่คู่พิพาทตกลงใช้อุญาโตตุลาการหรือไม่ ซึ่งศาลต้องพิจารณาว่าตัวข้อสัญญามีความครอบคลุมถึงความสมบูรณ์ที่มีการร่างสัญญาหรือไม่

UNCITRAL ARBITRATION CLAUSE ๑

ตัวอย่าง ในการร่างข้อตกลงสัญญาที่มีความสมบูรณ์ "ข้อพิพาทใดที่เกิดขึ้นนี้ต้องยุติด้วยอนุญาโตตุลาการในวันที่มีการทำสัญญา ซึ่งทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอมของสัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว โดยใช้ข้อกำหนดของ UNCITRAL Arbitration Rules " เพราะหากเกิดข้อพิพาทภายหลังอย่างไรก็ต้องใช้กฎในวันทำสัญญา

UNCITRAL ARBITRATION CLAUSE ๒

ตัวอย่าง ในการร่างข้อตกลงสัญญาที่มีความสมบูรณ์ "ข้อพิพาทใดที่เกิดขึ้นนี้ต้องยุติด้วยอนุญาโตตุลาการในวันที่มีการทำสัญญา ซึ่งทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอมของสัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว โดยใช้ข้อกำหนดของอนุญาโตตุลาการ ๓ คน"

ข้อสัญญาควรรระบุ

สถานที่ของอนุญาโตตุลาการ ใช้กฎหมายอะไร ความสมบูรณ์ของสัญญา ข้อบังคับ ภาษา หรือองค์กรที่จะมีอำนาจในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

ข้อพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญา

๑ ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีอยู่หรือไม่

๒ ข้อสัญญามีผลบังคับได้หรือไม่

เนื่องจากคู่สัญญาอยู่คนละประเทศจึงมีข้อพิจารณาว่าจะใช้กฎหมายใดมาเป็นตัวบังคับ ขึ้นอยู่กับคู่กรณีที่จะตกลงกัน แต่คู่กรณีส่วนมากไม่ได้ระบุไว้ในข้อสัญญา ซึ่งกรณีนี้ต้องใช้หลักที่สัญญาทำที่ประเทศใดก็ใช้กฎหมายของประเทศนั้น แต่ก็มีศาลบางประเทศก็ใช้กฎหมายที่ใช้ในการตีความข้อสัญญา

บางครั้งคู่สัญญาได้ระบุไว้ก็ตามแต่ข้อสัญญาไม่ชัดเจน ดังนั้นบางประเทศก็ปรับใช้กับกฎหมายประเทศที่เป็นกลาง และอาจมีปัญหาที่สามารถใช้ได้ทั้งสองประเทศของคู่สัญญาก็ต้องใช้กฎหมายของประเทศที่สามารถมีผลบังคับใช้

New York Convention, Art. II(1): ให้ใช้กับกฎหมายที่ขึ้นให้ใช้อินญาโตตุลาการ มีสาระสำคัญว่าหากคู่ความเลือกที่จะใช้อินญาโตตุลาการแล้วยอมปิดประตูที่จะใช้กระบวนการทางศาล

ยกตัวอย่างเช่น บริษัทประกันภัย ข้อสัญญาระหว่างผู้เอาประกันกับผู้รับประกันภัยว่าจะใช้อินญาโตตุลาการโดยให้ผู้ตัดสินเป็นผู้ประเมินอิสระ ซึ่งหากมีการใช้ผู้ประเมินอิสระก็ไม่ปิดประตูไปสู่ศาล ซึ่งกรณีนี้ต้องกลับไปดูกฎหมายในแต่ละประเทศว่ามีการบัญญัติเรื่องอินญาโตตุลาการไว้อย่างไรซึ่งขึ้นอยู่กับศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าจะใช้กฎหมายใด

ผู้พิพากษาอาจพิจารณาแล้วว่าข้อตกลงในสัญญาเป็นอินญาโตตุลาการแบบความหมายเหมือนกับว่าได้ยินเสียงกบ กาบ ก็วินิจฉัยว่านั่นก็คือเปิด อุปมาอุปมัยข้อพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงอินญาโตตุลาการหรือไม่ พิจารณาข้อหลักเกณฑ์ดังนี้

1. Based on law
2. Opportunity to present case
3. No secret communications
4. Proper procedures to receive evidence
5. Impartial tribunal
6. Decision legally enforceable
7. Parties have consented

เมื่อผู้ประเมินอิสระชี้ขาด คู่กรณีสามารถที่จะนำคำชี้ขาดนั้นมาให้ศาลพิจารณาได้อีก
กล่าวคือ การพิจารณาว่าเป็นอนุญาโตตุลาการหรือไม่ต้องพิจารณาบริบททั้งหมดไม่ใช่ดูที่ข้อ
สัญญาข้อใดข้อหนึ่ง

ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงแตกต่างหากจากข้อสัญญาหลักหรือไม่ ซึ่งมี
ข้อพิจารณาดังนี้

! Suppose a contract is in dispute

! Contains an arbitration clause

! But defendant claims contract is void

! Should court send the dispute to arbitration?

หลักการแบ่งแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการกับสัญญาหลัก มีทฤษฎีที่ดีเห็นว่าหากสัญญา
อนุญาโตตุลาการข้อใดเสียไปสัญญาหลักย่อมเสียไปทั้งหมด แต่ปัจจุบันเห็นว่าแม้ข้อสัญญาใด
บางข้อไม่มีผลใช้บังคับ แต่หากมีข้อสัญญาใดมีผลบังคับก็สามารถใช้อนุญาโตตุลาการได้ไม่ทำ
ให้สัญญาเสียไปทั้งหมด

สรุปทฤษฎีใหม่ จะถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกับสัญญาหลักแยกเป็นอิสระจากกัน
โดยพิจารณาเพียงสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ แม้ข้อสัญญาหลักมี
ข้อบกพร่องก็สามารถพิจารณาร่วมกันไปได้ เช่น เรื่องการชำระหนี้ตามสัญญาหลัก แต่ข้อตกลง
สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้

หลักการแบ่งแยกที่เห็นบ่อยครั้งก็คือวินิจฉัยว่าสัญญาหลักเสียไปแต่อนุญาโตตุลาการยัง
มีผลบังคับใช้อยู่ อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีผลบังคับ ศาลย่อมส่งเรื่องนั้นไปให้อนุญาโตตุลาการ
วินิจฉัย ซึ่งถือหลักเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

หลัก COMPETENCE-COMPETENCE ใช้ในประเทศเยอรมนี

มีข้อพิจารณาว่า " ข้อพิพาทอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และขอบเขตของ อนุญาโตตุลาการมีผลถึงไหน" นำไปใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ใครเป็นผู้ตัดสินใจให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ศาล หรือให้ อนุญาโตตุลาการตั้งเป็นคณะกรรมการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีขอบเขตอำนาจถึงไหน

กระบวนการ COMPETENCE-COMPETENCE ของเยอรมนีนี้ คล้ายกับว่าจะผลักดันไป ให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน

แต่กระบวนการของสหรัฐอเมริกา ศาลจะดูที่เจตนาของกลุ่มสัญญาว่ามีเจตนาที่จะนำคดีเข้าสู่ กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากไม่มีการตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ก็เข้าสู่ กระบวนการไม่ได้แม้กลุ่มสัญญาบางฝ่ายอยากเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ตาม

ข้อสัญญาควรมีสาระสำคัญอย่างไรบ้าง

มีข้อตกลงชัดเจนว่าสัญญาทำที่ไหน ใช้องค์กรใดชี้ขาด กฎหมายที่บังคับใช้ ข้อตกลง อนุญาโตตุลาการระบุว่าใช้อนุญาโตตุลาการ มีองค์คณะกี่คน ใช้ภาษาใดบังคับ

เกณฑ์พิจารณาขั้นต่ำที่ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้คือ

มีข้อตกลงว่าต้องการส่งข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการ แต่มีข้อพิจารณาว่าหากมีข้อตกลง ว่าข้อพิพาทให้ระงับด้วยอนุญาโตตุลาการ มีปัญหาว่าข้อพิจารณานี้องค์กรใดเป็นผู้ให้คำตอบ ซึ่ง หลักการพื้นฐานของเรื่องนี้ ต้องมองเพียงข้อสัญญาดังกล่าวมีระบุเรื่องอนุญาโตตุลาการแล้วมี ผลบังคับใช้ได้

ตัวอย่างที่ ๑ กลุ่มสัญญาระบุว่ายินยอมให้ใช้อนุญาโตตุลาการที่ปารีส ประเทศฝรั่งเศส กรณีนี้ก็ให้ไปดูกฎหมายของฝรั่งเศส ซึ่งฝรั่งเศสมีกฎหมายเรื่องอนุญาโตไว้ก็ให้ใช้รายละเอียด ของประเทศฝรั่งเศส แต่ก็เกิดปัญหาว่ากฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ระบุว่าใช้ภาษาอะไร ซึ่งกรณีนี้ก็ถือ หลักให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัย

ตัวอย่างที่ ๒ คู่สัญญาระบุว่าให้ใช้ออนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ กรณีนี้หอการค้าระหว่างประเทศมีบัญญัติบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการไว้แล้วเช่นกัน ก็ต้องใช้กระบวนการตามข้อบัญญัตินั้น

ตัวอย่างที่ ๓ คู่สัญญาระบุว่าคู่ความตกลงให้ใช้ออนุญาโตตุลาการ กรณีนี้ไม่ได้ระบุว่าให้ใช้กฎเกณฑ์ที่ใด ใช้กระบวนการใด ซึ่งไม่มีความชัดเจนเหมือน ๒ ตัวอย่างแรก ขึ้นอยู่กับคู่กรณีว่าจะเลือกอนุญาโตตุลาการที่ไหนก็ได้ ก็เกิดปัญหาขัดแย้งที่จะหาสถานที่อนุญาโตตุลาการที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายตนมากที่สุด กรณีนี้หากเป็นที่สหรัฐอเมริกาคู่สัญญาจะรีบไปหาศาลเพื่อให้ศาลเลือกสถานที่ในการตั้งอนุญาโตตุลาการ

โดยสรุป ข้อตกลงน้อยที่สุดของอนุญาโตตุลาการควรมีข้อตกลงดังนี้

We need consent to arbitrate.

What else?

What if arbitration clause says only:

“Disputes to be settled by arbitration.”

We need a way to know what rules apply

ประเด็นในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา มีความจำเป็นหรือไม่ที่สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องพิจารณาจากอนุสัญญา นิวยอร์ก คอนเวนชัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อความที่รัฐต้องให้สิทธิข้อตกลงใดต้องบังคับให้ตามความตกลงข้อสัญญาตามความตกลงในอนุสัญญา นิวยอร์ก คอนเวนชัน มีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่ามีความจำเป็นต้องลงนามของคู่สัญญา กล่าวคือสัญญาต้องทำเป็นหนังสือและมีการลงนามครบทุกฝ่าย

แต่ประเด็นดังกล่าวก็มีแนวคิด ไปอีกทางหนึ่งคือ

2006 UNCITRAL MODEL LAW:

Requires only a recorded agreement, even an oral agreement or one concluded by conduct

สรุปได้แปลความคำว่า in writing ไปในทางผ่อนคลายเป็นการทำหลักฐานเป็นหนังสือแล้วแต่ไม่แปลความไปถึงต้องมีการลงนาม ถือว่าสัญญาที่มีผลบังคับได้

ประเด็นการแปลความดังกล่าวเกิดขึ้นเฉพาะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่จะไม่สืบสวนหากเป็นระบบกฎหมาย ซีวิลลอว์

สรุปหลัก “IN WRITING” ได้ว่าหากมีข้อตกลงสัญญาที่สมบูรณ์แล้ว สัญญาที่ไม่มีความจำเป็นต้องลงนามก็ถือว่ามีความตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วมีผลบังคับได้

ประเด็นพิจารณาว่าสัญญาที่มีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ จากอนุสัญญานิวยอร์คคอนเวนชัน เห็นว่าข้อตกลงมีผลสมบูรณ์เว้นแต่ข้อตกลงสัญญามีผลบกพร่อง

ตัวอย่าง สัญญาอนุญาโตตุลาการ ใช้บังคับได้ในประเทศใด เช่น

! Arbitration in country of Patria สัญญาทำที่แพทเทีย

! Parties are from United States and Thailand คู่สัญญาระหว่างสหรัฐกับไทย

! Substantive law is law of Italy ข้อสัญญาระบุให้ใช้กฎหมายอิตาลี

กรณีอย่างนี้หากประเทศแพทเทียมีกฎหมายที่ระบุให้อนุญาโตตุลาการใช้บังคับได้ แต่หากไม่มีกฎหมายให้บังคับได้ ก็ต้องดูกฎหมายของไทยหรือของกฎหมายอิตาลี

การตีความข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการบางครั้งต้องใช้กฎหมายอื่นในการแปลความ ซึ่งต้องเกิดข้อพิพาทก่อนจึงเกิดการตีความ

การแปลความศาลอาจแปลความไปในแนวทางภายในประเทศหรือต่างประเทศก็ได้

ข้อพิพาทที่ไม่สามารถยุติได้ด้วยอนุญาโตตุลาการ NON-ARBITRABILITY ในมุมมองของอนุญาโตตุลาการ กรณีนี้อนุสัญญานิวยอร์ค คอนเวนชัน ให้อำนาจประเทศสมาชิกไป

กำหนดกฎหมายภายในว่าสามารถทำอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นไปตามแนวนโยบายของ
รัฐบาลนั้นที่ให้เหตุผลในกฎหมายระบุว่าคดีประเภทไหนทำอนุญาโตตุลาการบ้าง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเด็นเรื่องผู้บริโภครและการแข่งขันค้าเสรี เป็นส่วนที่ไม่
อาจทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งอาจแตกต่างจากประเทศอื่นซึ่งมีข้อสังเกตว่าส่วนมากมักจะ
มีผลให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการได้

ข้อพิจารณาเรื่องข้อสัญญามีผลสมบูรณ์หรือไม่ หากสมบูรณ์บังคับตั้งอนุญาโตตุลาการ
ได้ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

1. Is there an *arbitration* agreement?

2. Is it valid?

a) Separability

b) Who decides if it is valid?

c) What terms are essential?

d) "In Writing" (NYC II(2))

e) "Null and Void"

f) Non-arbitrability

กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ มีปัญหาว่าต้องใช้ข้อบังคับอะไร ซึ่งเราต้องทำ
ความเข้าใจใน ๒ เรื่องคือ

1) The role of the seat สถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

2) The relationship between international law, domestic law, and party choice

1) The role of the seat สถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ต้องดำเนินการภายในประเทศที่ทำสัญญา แต่การสืบพยานอาจไปทำที่ต่างประเทศก็ได้ แต่ต้องใช้กระบวนการพิจารณาของสถานที่ดำเนินการของสัญญาจึงมีความสำคัญมาก

ตัวอย่าง คู่ความตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าทำสัญญาที่ปารีส เพราะฉะนั้นเราจะพิจารณาได้ทันทีว่ากฎหมายที่ใช้จะต้องใช้กฎหมายประเทศฝรั่งเศส เป็นสถานที่ดำเนินการ เป็นต้น

อนุญาโตตุลาการมีความต้องการให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ใช้สถานที่ดำเนินการกับกฎหมายที่ใช้เป็นที่เดียวกัน จึงมีความพยายามตีความให้ใช้กฎหมายอันเดียวกัน โดยพิจารณาข้อพิจารณา ๓ ประการคือ

๑ The law of the seat almost always governs

arbitration procedures

In theory the parties can choose procedural law, but

there is a very, very strong presumption that it is the

law of the seat

๒ Annulment normally only happens only in seat

๓ Law of the seat usually governs arbitration

agreement unless parties choose otherwise

ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของประเทศใดก็จะมี การตีความไปตามแนวของอนุญาโตตุลาการกรณีคู่สัญญาไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา

กฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะบัญญัติอย่างไรก็ได้แต่ต้องมีหลักมาตรฐานขั้นต่ำข้างต้นเพื่อพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการไปในทางเดียวกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคู่สัญญาไม่ได้ตกลงหรือระบุกว้างๆ ว่าให้ใช้วิธีพิจารณาขององค์กรทั่วไปอย่างเช่นระบุว่าให้ใช้กระบวนการพิจารณาของสมาคมระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินไปตามที่ตกลง

แม้กฎหมายภายในประเทศจะแตกต่างกันแต่ทุกประเทศต้องมีข้อบัญญัติระบุว่าคู่ความมีสิทธิเท่าเทียมกันและมีสิทธิเต็มที่ในการต่อสู้คดี

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จะมีการกำหนดระยะเวลาดำเนินการไว้ทั้งในกฎหมายและข้อสัญญา แต่ทางปฏิบัติคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้ยกประเด็นนี้ขึ้นมาเป็นข้อสำคัญ

การบังคับคดีจะเกิดขึ้นต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ฝ่ายใดแพ้คดีแล้ว คู่ความฝ่ายที่แพ้อาจโต้แย้งให้คำชี้ขาดนั้นสูญเสียไป แต่ข้อต่อสู้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการเสียไปทั้งหมดนั้นเป็นเรื่องยากมาก แม้จะมีระบุทางออกนี้ไว้ใน นิวยอร์ค คอนเวนชันก็ตาม อย่างเช่น

NY Convention Art V(1)(e): Annulment can take place in “*the country in which, or under the laws of which, that award was made.*” คำชี้ขาดไม่ผูกพันหรือถูกเพิกถอนหากประเทศที่มีการดำเนินการที่ออกคำชี้ขาดนั้น ให้อำนาจศาลบางศาลของประเทศนั้นเพิกถอนคำชี้ขาดได้ คำถามต่อไปว่าศาลใดที่มีอำนาจดังกล่าว คำตอบก็คือศาลที่เป็นฐานของที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Annulment is permitted in: (i) **the country in which** it was made; or (ii) **the country under the law of which** it was made)

เหตุที่ต้องบัญญัติ **the country in which** เนื่องจากคู่ความในอนุญาโตตุลาการมาจากหลายประเทศและกฎหมายแตกต่างกัน

ศาลที่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมีอยู่ ๒ ความเห็นคือ

๑ Majority view: the applicable procedural law is what matters (so annulment only in seat) ประเทศที่ดำเนินการ

๒ Very small number of courts take a different view (law of arbitration agreement) ประเทศที่คู่สัญญาตกลงกัน

เหตุที่เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

๑ no valid arbitration agreement ความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาอย่างร้ายแรง

๒ Lack of opportunity to present case ขัดกับแนวนโยบาย

๓ Process not according to agreement or law of seat ไม่ตรงกับข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

๔ Award exceeds scope of arbitration วินิจฉัยเกินขอบอำนาจ

๕ Dispute not capable of settlement by arbitration ข้อพิพาทไม่อาจยุติได้โดยอนุญา

๖ Award contrary to public policy ขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศนั้น

เหตุเพิกถอนพิเศษบางประการ

๑ Arbitrator partiality อนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลาง

๒ Fraud มีการฉ้อฉล

๓ Decision “seriously wrong on the merits คำชี้ขาดมีความผิดพลาดร้ายแรง ซึ่งเป็นข้อผิดพลาดของอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการผิดพลาดแต่ไม่ถึงกับที่จะทำให้อุทธรณ์ได้

ขั้นตอนการบังคับเอากับทรัพย์สินของฝ่ายชนะคดีที่จะบังคับเอากับทรัพย์สินของฝ่าย แพ้คดีมีบัญญัติไว้ในนิวยอร์ก คอนเวนชัน (NY Convention) ว่าประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะมีเฉพาะข้อยกเว้นอยู่ในมาตรา ๕ ของอนุสัญญา

มาตรา ๕ อนุมาตรา ๑ ได้แก่

- a) incapacity or invalidity คู่กรณีขาดโอกาสเสนอพยานหลักฐานได้เต็มที่
- b) lack of notice or unable to present case
- c) not within terms of submission เกินขอบเขตอำนาจ
- d) procedure not in accordance with arb agreement or

law of the seat กระบวนพิจารณาขัดกับข้อตกลง

- e) award has not become binding or has been annulled

มาตรา ๕ อนุมาตรา ๒ ได้แก่

- a) subject matter not capable of settlement by

arbitration in country of enforcement

- b) recognition is contrary to public policy

สิ่งต่อไปนี้ไม่สามารถยกขึ้นอ้างยกเลิกคำชี้ขาด ได้แก่

๑ Cannot refuse based on error on the merits อ้างเหตุข้อผิดพลาดคำพิพากษาที่ผิด

๒ Cannot refuse for most procedural errors กระบวนพิจารณาความผิดพลาดเว้นแต่ เป็นข้อผิดพลาดร้ายแรง

๓ Cannot refuse because relevant law differs from your

own อ่างความแตกต่างของกฎหมายไม่ได้

สรุปก็คือพื้นฐานที่จะอ้างเพิกถอนคำชี้ขาดได้มีเพียง ข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา
กระบวนการอนุญาตโตตุลาการจะยุติด้วยตัวของกระบวนการนั่นเองไม่ต้องพึ่งการพิจารณาของ
ศาล เพราะฉะนั้นข้อตกลงและกระบวนการที่ถูกต้องแล้วคำชี้ขาดย่อมมีผลบังคับ

สำนักการต่างประเทศไทย

บรรณานุกรม

- Day 7-June 24

- Information Privacy Law I (Paul Schwartz)

- Information Privacy Law II (Paul Schwartz)

Day 10-June 27

- International Arbitration (Andrew Guzman)

สำนักการต่างประเทศ

ภาคผนวก

สำนักการต่างประเทศ



Information Privacy Law: Morning Session

Prof Paul Schwartz

IELE Program: June 24

www.paulschwartz.net

pschwartz@law.berkeley.edu



สำนักก.