

คำเสนอปิดผนึกเพื่อประนอมข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

Sealed Offer in International Arbitration

สุวิทย์ สุวรรณ
Suwit Suwan

ทนายความ หัวหน้าอาวุโส
บริษัท นาวินลอร์ จำกัด อาคารจัสมีน ทาวเวอร์ ชั้น 27 เลขที่ 200 ถนนแจ้งวัฒนะ ปากเกร็ด นนทบุรี 11120
Senior Partner
Navinlaw Ltd., Jasmine Tower, 27th Floor, 200 Chaengwattana Road, Pakkred, Nonthaburi 11120
Corresponding author E-mail: suwit@navinlaw.com
(Received: July 9, 2025; Revised: October 20, 2025; Accepted: October 30, 2025)

บทคัดย่อ

คำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักจะลงท้ายด้วยส่วนที่เป็นประกาศิต 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นคำชี้ขาดที่ว่าด้วยจำนวนค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทนที่ฝ่ายแพ้คดีจะต้องชำระหรือใช้คืนให้แก่ฝ่ายชนะคดีหรือปฏิบัติการชำระหนี้รูปแบบอื่นให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดี รวมเรียกว่าเป็น **คำชี้ขาดในเนื้อความแห่งคดี** ส่วนที่สองเป็นคำชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่ายซึ่งมักกำหนดจำนวนค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่ฝ่ายแพ้คดีต้องชำระหรือใช้คืนให้แก่ฝ่ายชนะคดี เรียกว่า **คำชี้ขาดในส่วนค่าใช้จ่าย** ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการมีจำนวนสูงขึ้นอย่างสม่ำเสมอ แม้ว่าเทคโนโลยีจะได้รับการพัฒนาให้ก้าวหน้าอย่างต่อเนื่องและมีการนำเอาเทคโนโลยีมาใช้ในการกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวางก็ตาม คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนอกจากต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายของตนแล้วยังจะถูกบังคับโดยคำชี้ขาดให้ชำระภาระหรือชดเชยค่าใช้จ่ายของฝ่ายที่ชนะคดีด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่า “Costs follow the event” หรือ “ผู้แพ้เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย” ที่ถือปฏิบัติกันอยู่ในวงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์นี้กำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ต่อมาถูกนำไปใช้กันอย่างแพร่หลายทั่วโลกทั้งในประเทศคอมมอนลอว์และประเทศซีวิลลอว์ คู่พิพาทที่หวังวิตกว่าจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่สูงลิ่วหากตนตกเป็นฝ่ายแพ้คดี สามารถนำเอาวิธีการยื่นคำเสนอปิดผนึกเพื่อประนอมข้อพิพาทมาใช้เป็นเครื่องมือจำกัดหรือลดค่าใช้จ่ายดังกล่าว หลักปฏิบัติในเรื่องการทำคำเสนอปิดผนึกเพื่อประนอมข้อพิพาทถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะนำเสนอหลักกฎหมายและประเพณีปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวที่แพร่หลายอยู่ในสถาบันอนุญาโตตุลาการหลักของโลกให้ผู้ประกอบธุรกิจและนักกฎหมายไทยได้รับทราบและนำไปใช้ให้เป็นประโยชน์หากต้องเข้าไปเกี่ยวพันกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

คำสำคัญ: คำเสนอศาลเดออร์แบงค์, ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ, ผู้แพ้คดีรับผิดชอบค่าใช้จ่าย, คำเสนอปิดผนึกเพื่อประนอมข้อพิพาท, คำเสนอที่ใช้เป็นพยานหลักฐานไม่ได้ยกเว้นเพื่อการประเมินค่าใช้จ่ายโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

Abstract

Final awards coming out of international arbitration proceedings traditionally end with two dispositive parts: one deals with damages, compensation or specific performance (award on merits); the other deals with costs and allocation of such costs (award on costs). Despite advanced technology and extensive use thereof in international arbitration proceedings, the costs of such proceedings continue to rise. The principle of “Costs Follow the Event” or “Loser Pays”, requires the unsuccessful parties embroiled in international arbitration to pay not only the damages and compensation under the awards on merits, but also arbitration costs and legal costs incurred by the successful parties. Parties to international arbitration who are concerned of the potential risks of being held liable to the successful parties for exorbitant amounts of both damages and costs in case of adverse outcome have used the “Sealed Offer” as a tool to cap or minimize the costs of arbitration. The principle of “Costs Follow the Event” and the “Sealed Offer” measure originated in England and are widely recognized in both common law and civil law countries around the world. The “Sealed Offer” is relatively new to Thailand. The writer wishes to inform legal practitioners and business operators in Thailand of the law and practice on the subject matters prevalent in major arbitration hubs of the world. The writer also hopes that this article will be of help to them if they become involved in international arbitration.

Keywords: Calderbank Offer, Costs of Arbitration, Costs Follow the Event, Sealed Offer, Without Prejudice Save As to Costs

1. บทนำ

เมื่อเกิดความขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้าธุรกิจหรือเรื่องทางแพ่งทั่วไป คู่ขัดแย้งหรือคู่กรณีพิพาทในสังคมที่พัฒนาแล้วมักจะหาทางระงับข้อพิพาทนั้นด้วยการเจรจาต่อรองกันโดยตรงเพื่อยุติข้อขัดแย้งอย่างสมานฉันท์ การยุติข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ถือว่าเป็นวิธีที่ดีที่สุด เพราะเป็นการประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและอาจรักษาความสัมพันธ์ที่ดีทางธุรกิจไว้ได้อย่างต่อเนื่อง หากการเจรจาต่อรองระหว่างกันเองไม่เป็นผลหรือไม่อาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด คู่พิพาทอาจยกระดับความพยายามในการแสวงหาข้อยุติโดยใช้กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) และเก็บการดำเนินคดีในศาลไว้เป็นทางเลือกสุดท้าย

ในประเทศไทยการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป ได้แก่ การไกล่เกลี่ย (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ในต่างประเทศเช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนียของสหรัฐอเมริกา นอกจากจะมีการใช้กลไกการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของ ADR ตามปกติแล้ว ยังมี ADR ในรูปแบบอื่น ๆ อีก เช่น การระงับข้อพิพาทโดยศาลเอกชน โดยคู่พิพาทตกลงร่วมกันจ้างผู้พิพากษาที่เกษียณแล้ว (Rent-a-Judge หรือ Private Judging) มาพิจารณา ได้ส่วนสืบพยานและวินิจฉัยข้อพิพาทในรูปแบบศาลเฉพาะกิจทำหน้าที่พิจารณาคดีภายในขอบเขตที่คู่พิพาทกำหนดร่วมกัน การพิจารณาคดีเป็นความลับ ผู้พิพากษาได้รับค่าตอบแทนตามจำนวนที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้า โดยผลของสัญญาตั้งศาลเอกชนดังกล่าวซึ่งได้รับอนุมัติล่วงหน้าจากผู้พิพากษาของศาลปกติของมลรัฐ คู่พิพาทมีข้อผูกพันตามสัญญา (ตั้งศาล) ที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาที่ตนได้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งโครงการ Rent-a-Judge หรือ Private Judging นี้มีการนำไปใช้อย่างแพร่หลายในมลรัฐเท็กซัสสำหรับคดีละเมิดทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายซึ่งส่วนมากเป็นเรื่องอุบัติเหตุทางรถยนต์ (Personal Injury Cases)

ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2562 จุดเด่นของการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัติ คือ หากการไกล่เกลี่ยสำเร็จจนเกิดข้อตกลงระงับข้อพิพาทและคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว อีกฝ่ายสามารถนำข้อตกลงฯ ไปร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามข้อตกลงฯ ได้คล้ายกับกรณีร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹ นอกจากนี้ หากการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จและอายุความของสิทธิเรียกร้องที่นำมาไกล่เกลี่ยได้ครบกำหนดไปแล้วระหว่างการไกล่เกลี่ยหรือกำลังจะครบกำหนดใน 60 วันนับแต่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง กฎหมายกำหนดให้ขยายอายุความออกไปโดยอัตโนมัติอีก 60 วันนับแต่วันสิ้นสุดการไกล่เกลี่ย² ข้อด้อยประการสำคัญคือการไกล่เกลี่ยใช้ได้กับข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 5 ล้านบาท³ และข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถนำไปฟ้องบังคับในศาลต่างประเทศได้เหมือนกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหากลูกหนี้ตามข้อตกลงฯ มีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศหรือทรัพย์สินของลูกหนี้ดังกล่าวตั้งอยู่ในต่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีอนุสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศรองรับให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยมีผลบังคับใช้ข้ามพรมแดนได้เหมือนอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศปี ค.ศ. 1958 (UN Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 หรือ New York Convention)

¹ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พุทธศักราช 2562, มาตรา 32.

² พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พุทธศักราช 2562, มาตรา 6.

³ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พุทธศักราช 2562, มาตรา 20 (4).

สำหรับคู่สัญญาที่ทำสัญญาทางการค้ากันไว้ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาบริการ สัญญาให้สิทธิ สัญญาร่วมทุน สัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง ฯลฯ ซึ่งเป็นสัญญาหลักที่กำหนดกรอบนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (Underlying Contract) และในสัญญาหลักดังกล่าวมีข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Clause) ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักด้วยการอนุญาโตตุลาการ ข้อสัญญาดังกล่าวย่อมถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ซึ่งมีผลบังคับใช้แยกต่างหากจากสัญญาหลัก กล่าวคือ แม้สัญญาหลักจะถูกบอกเลิกหรือตกเป็นโมฆะไม่ว่าด้วยเหตุใด สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักดังกล่าวก็ยังอยู่รอด (Survives) และมีผลบังคับใช้ตามหลัก Severability หรือ Separability⁴ ในกรณีเช่นนี้ หากมีข้อพิพาทตามสัญญาหลักเกิดขึ้น คู่สัญญาไม่อาจจะระงับข้อพิพาทกันด้วยกลไกอย่างอื่นนอกจากการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เว้นแต่จะมีการเจรจาตกลงยอมความกันได้ก่อน

กรณีที่มีความจำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ปัจจัยหลักที่มีผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยตรงคือค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Costs) ซึ่งได้แก่ ค่าทนาย ค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการ ค่าธรรมเนียมสถาบันที่กำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ดของทนายความและคณะอนุญาโตตุลาการ และที่สำคัญที่สุดได้แก่ความเสี่ยงที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่คู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีรวมทั้งแบกรับภาระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการแทนคู่พิพาทฝ่ายชนะคดีหากตนแพ้คดี

ในประเทศหรือเขตการปกครองที่มีการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนด้วยการอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวาง เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ สิงคโปร์ ฮองกง สวิตเซอร์แลนด์ คู่พิพาทในคดีอนุญาโตตุลาการที่เป็นฝ่ายผู้เรียกร้อง (Claimant) หรือผู้เรียกร้องแย้ง (Counter-Claimant) อาจหาวิธีลดภาระหรือจำกัดค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้โดยการแสวงหาการสนับสนุนทางการเงินจากบริษัทเงินทุนหรือสถาบันการเงินที่ประกอบธุรกิจให้การสนับสนุนทางการเงินแก่คู่พิพาทที่เป็นผู้เรียกร้องหรือผู้เรียกร้องแย้งในคดีอนุญาโตตุลาการ (Third-Party Funders หรือ TPF) โดยทั่วไป TPF จะให้สนับสนุนทางการเงินแก่คู่พิพาทโดยเป็นผู้รับภาระออกค่าทนายความ ค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการ ค่าธรรมเนียม/ค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายของทนายความและคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนค่าใช้จ่ายของบรรดาผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาที่จำเป็นทั้งหมดแทนคู่พิพาทที่ขอรับการสนับสนุนทางการเงินก็ต่อเมื่อ⁵

- (1) ผู้ขอรับการสนับสนุนทางการเงินมีโอกาสชนะคดีสูงและคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามมีทรัพย์สินเพียงพอที่จะนำมาชำระแก่คู่พิพาทฝ่ายที่ตนให้การสนับสนุน (2) จำนวนค่าเสียหายที่คู่พิพาทฝ่ายที่ตนให้การสนับสนุนเรียกร้องจากคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามมีจำนวนสูงและคุ้มค่าแก่การลงทุน บริษัท TPF บางแห่งในอังกฤษกำหนดทุนทรัพย์หรือจำนวนที่เรียกร้องขึ้นต่ำของคดีที่ตนจะเข้ารับภาระให้การสนับสนุนไว้ที่ 10 ล้านปอนด์

⁴ UNCITRAL Model Law on International Arbitration 2006, Article 16 (1); พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545, มาตรา 11.

⁵ สุวิทย์ สุวรรณ, “การให้การสนับสนุนทางการเงินแก่คู่พิพาทในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยบุคคลนอกคดี,” *ดุลพาท นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม* 71, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2567): 83.

(3) หมายความว่าหรือที่ปรึกษากฎหมายของ TPF ประเมินแล้วว่าโอกาสชนะคดีมีสูง และ (4) คณะทนายความหรือสำนักงานทนายความของคู่พิพาทที่ตนสนับสนุนทางการเงินมีขีดความสามารถ มีประสบการณ์เพียงพอที่จะเป็นทนายดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของลูกความไปจนคณะอนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดเป็นที่สุด ธุรกิจของ TPF เป็นธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูง หากคู่พิพาทที่ตนสนับสนุนชนะคดี ผลตอบแทนที่ TPF จะได้รับจากคู่พิพาทอาจมีจำนวนสูงเท่ากับร้อยละ 20 – 40 ของค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับตามคำชี้ขาด แต่ถ้าหากคู่พิพาทที่ตนสนับสนุนแพ้คดี TPF จะไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือเงินใช้คืนใด ๆ ทั้งสิ้นจากคู่พิพาท

ในกรณีที่ไม่สามารถแสวงหาการสนับสนุนทางการเงินจาก TPF ได้ ทางเลือกที่เหลืออยู่ของคู่พิพาทฝ่ายที่เป็นผู้คัดค้าน (Respondent) ในคดีอนุญาโตตุลาการในการที่จะลดหรือจำกัดค่าใช้จ่ายคือการยื่นคำเสนอประนอมข้อพิพาทต่อคู่กรณีเพื่อประนอมข้อพิพาท (Without Prejudice Offer) ซึ่งมีทั้งคำเสนอเปิดผนึก (Open Offer) และคำเสนอปิดผนึก (Sealed Offer) เนื้อหาหลักของคำเสนอทั้งแบบเปิดและแบบปิดผนึกก็คือการเสนอจำนวนเงินที่ฝ่ายผู้เสนอพร้อมจะชำระให้แก่คู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามเพื่อระงับคดีและกำหนดระยะเวลาที่คู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามจะต้องทำคำสนองหรือตอบรับคำเสนอนั้น คำเสนอแบบเปิดผนึกนั้นมีข้อเสียคือการเปิดเผยตัวเลขให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบก่อนมีการวินิจฉัยชี้ขาดเนื้อหาของคดี อาจมีผลทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเกิดความลำเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยชี้ขาดจำนวนค่าเสียหายให้ต่ำหรือสูงกว่าตัวเลขที่อยู่ในคำเสนอ อันจะมีผลทำให้ฝ่ายนั้นหลุดพ้นหรือต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการแทนอีกฝ่ายหนึ่ง⁶ คำเสนอเปิดผนึกจึงมีผู้นิยมใช้น้อยกว่าคำเสนอแบบปิดผนึก บทความนี้จะกล่าวถึงคำเสนอปิดผนึกในฐานะที่เป็นกรรมวิธีหนึ่งในการลดหรือจำกัดค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

2. ความหมาย

ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คำเสนอปิดผนึกเพื่อประนอมข้อพิพาท (“คำเสนอปิดผนึก”) หมายถึง คำเสนอที่คู่พิพาทในคดีฝ่ายหนึ่งยื่นให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อขอประนอมข้อพิพาทโดยมุ่งหวังจะลดภาระค่าใช้จ่ายในการเป็นคดี เริ่มต้นด้วยการที่ผู้เสนอยื่นคำเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรให้คู่กรณีที่พิพาทพิจารณาพร้อมกับกำหนดระยะเวลาให้สนองรับ ขณะเดียวกันก็นำสำเนาหรือฉบับของคำเสนอดังกล่าวใส่ซองปิดผนึกยื่นให้คณะอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่กำกับดูแลคดีเก็บรักษาไว้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันฯ จะไม่เปิดซองจนกว่ากระบวนการสืบพยานได้เสร็จสิ้นและคณะอนุญาโตตุลาการพร้อมที่จะทำคำชี้ขาดในเนื้อความแห่งคดี (Merits) แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการอาจทราบว่ามีคำเสนอเป็นซองปิดผนึกแต่ไม่ทราบรายละเอียดของคำเสนอที่อยู่ในซองจนกว่าจะถึงเวลาเปิดซอง บางครั้งอาจไม่รู้ด้วยซ้ำว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายทำคำเสนอ (กรณีมีคู่พิพาทร่วมหลายราย) ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับคำเสนอ

⁶ Chartered Institute of Arbitrators, *Chapter 14: Remedies, Costs, Interest & Currency* (International Arbitration Workbook Model 1 - Law, Practice & Procedure, 2017), 244.

(Offeree) ไม่สนองรับคำเสนอภายในกำหนดที่ระบุไว้ในคำเสนอ ส่งผลให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกันต่อไปจนสิ้นกระบวนการและผลปรากฏว่าคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ฝ่ายผู้รับคำเสนอ (Offeree) ชนะคดีแต่จำนวนค่าเสียหายตามคำชี้ขาดต่ำกว่าหรือเท่ากับจำนวนค่าเสียหายที่ผู้เสนอได้ระบุไว้ในคำเสนอ ผู้ชนะคดีที่ปฏิเสธคำเสนอจะไม่ได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายส่วนที่เกิดขึ้นกับตนในช่วงตั้งแต่วันสุดท้ายที่อาจตอบรับคำเสนอได้ ไปจนถึงวันที่คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาด เหตุที่ต้องปิดผนึกของที่บรรจุคำเสนอมีให้คณะอนุญาโตตุลาการล่วงรู้เงื่อนไขของคำเสนอก็เพื่อสร้างความมั่นใจให้ผู้เสนอได้ในระดับหนึ่งว่าการยื่นคำเสนอจะไม่ทำให้สภาพวิสัยของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาตัดสินอย่างไรอคติต้องเสียไป

คำในภาษาอังกฤษที่สื่อความหมายถึงคำเสนอปิดผนึกมีสองคำคือ Sealed Offer กับ Calderbank Offer (บางครั้งก็เรียกว่า Calderbank Letter) Calderbank Offer มีความหมายเฉพาะเจาะจงกว่า Sealed Offer เนื่องจากเป็น Legal Terminology ที่เกิดขึ้นจาก Case Law และหมายถึงคำเสนอปิดผนึกเพื่อวัตถุประสงค์ในการประนีประนอมข้อพิพาทซึ่งโดยทั่วไปไม่อาจนำมาเป็นพยานหลักฐานยืนยันผู้ทำคำเสนอได้ยกเว้นเป็นการใช้เพื่อการกำหนดค่าใช้จ่าย (Without prejudice save as to costs) Calderbank เป็นชื่อของคู่ความในคดีแพ่งคดีหนึ่งซึ่งศาลอุทธรณ์ของอังกฤษได้ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานในเรื่องคำเสนอปิดผนึกในปี พ.ศ. 2518⁷ คดีนี้เป็นคดีหย่าและฟ้องแบ่งสินสมรสระหว่างนายและนาง Calderbank มูลค่าประมาณ 78,000 ปอนด์ รวมทั้งบ้านซึ่งทั้งสองอยู่กินกันมา 17 ปี ศาลชั้นต้นพิพากษาให้นาย Calderbank ฝ่ายสามีได้รับส่วนแบ่ง 10,000 ปอนด์ และให้นาง Calderbank ฝ่ายภริยาชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย (ค่าทนายและค่าใช้จ่ายของทนาย) ที่ฝ่ายสามีต้องเสียไปในการเป็นคดีความ ภริยาไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นจึงได้ยื่นอุทธรณ์ หนึ่งในสองประเด็นที่อุทธรณ์คือเรื่องการที่เธอต้องถูกบังคับให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายให้ฝ่ายสามี เธอเห็นว่าเธอไม่ควรต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทางกฎหมายของฝ่ายสามีเนื่องจากก่อนสืบพยานในศาลชั้นต้นเธอได้ยื่นคำเสนอประนีประนอมยอมความกับสามีโดยยอมยกบ้านให้สามี แต่สามีไม่ยอมรับคำเสนอ ทำให้คดียืดเยื้อมาจนถึงศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ตัดสินให้เธอชนะในประเด็นนี้ (ไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายให้ฝ่ายสามี) เนื่องจากมูลค่าของบ้านสูงถึง 12,000 ปอนด์ การที่ไม่ยอมรับคำเสนอและต่อมาศาลพิพากษาให้ได้ส่วนแบ่งเพียง 10,000 ปอนด์ ซึ่งต่ำกว่าราคาบ้านถึง 2,000 ปอนด์ ถือว่าเป็นการปฏิเสธคำเสนอโดยไม่มีเหตุผล แม้จะถือว่าเป็นฝ่ายชนะคดี สามีก็ไม่ควรได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย ฝ่ายที่แพ้คดีสามารถนำเอาคำเสนอมาใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อให้ศาลพิจารณากำหนดค่าใช้จ่ายทางกฎหมายให้เป็นคุณแก่ฝ่ายตนได้

Calderbank Offer มีลักษณะพิเศษต่างจาก Sealed Offer เล็กน้อยในบริบทของการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือในกรณีทั่วไปเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้ว ย่อมหมดอำนาจหน้าที่ (*functus officio*) ไม่สามารถแก้ไขคำชี้ขาดหรือนำพยานหลักฐานใหม่ขึ้นมาพิจารณาเพิ่มเติมได้อย่างไรก็ตาม หากคู่พิพาทได้ทำคำเสนอแบบ Calderbank Offer ไว้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำเอา

⁷ *Calderbank v Calderbank* [1975] All ER 333 (EWCA).

Calderbank Offer มาเป็นพยานหลักฐานเพื่อชี้ขาดเพิ่มเติมในประเด็นค่าใช้จ่ายได้⁸ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) ของประเทศอันเป็นถิ่นฐาน (Seat) ของการอนุญาโตตุลาการด้วย

3. เหตุผล ความจำเป็นและวัตถุประสงค์หลักของการใช้มาตรการคำแนะนำปิดผนึก

การยื่นคำแนะนำปิดผนึกเป็นมาตรการทางวิธีสบัญญัติ (Procedural Measure) ที่คู่พิพาท (ส่วนมากเป็นฝ่ายผู้คัดค้านหรือ Respondents) นำมาใช้เพื่อจำกัดวงเงินขั้นสูง (Cap) หรือลดภาระค่าใช้จ่ายในคดีอนุญาโตตุลาการ⁹ ผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศย่อมมีข้อสงสัยได้ว่าการยื่นคำแนะนำปิดผนึกสามารถช่วยลดภาระหรือจำกัดค่าใช้จ่ายในคดีได้อย่างไร เพื่อตอบข้อสงสัยนี้ ผู้เขียนจำเป็นต้องกล่าวถึงหลักการและแนวปฏิบัติในเรื่องค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในสภาพที่เป็นอยู่ในปัจจุบันพอเป็นสังเขปดังนี้

3.1 ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ (Costs of Arbitration)

แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) จะไม่ได้แจ่มแจ้งไว้ว่าค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยค่าใช้จ่ายประเภทใดบ้างก็ตาม แต่ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อ 40 (2) ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ” ไว้ค่อนข้างละเอียดและชัดเจน โดยกำหนดว่า “ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ” หมายรวมถึงค่าใช้จ่ายตามรายการดังต่อไปนี้เท่านั้น¹⁰

- (ก) ค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการ
- (ข) ค่าเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่สมเหตุผลของอนุญาโตตุลาการ
- (ค) ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุผลของผู้เชี่ยวชาญและความช่วยเหลืออื่น ๆ ที่คณะอนุญาโตตุลาการร้องขอ
- (ง) ค่าเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ของพยานในจำนวนที่สมเหตุผลและได้รับอนุมัติจากคณะอนุญาโตตุลาการ
- (จ) ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่นที่เกิดขึ้นแก่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ (ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความ) ในจำนวนที่สมเหตุผลและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นชอบ

⁸ Harold S. Crowter, “Offers to Settle,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 55, no. 4 (November 1989): 240.

⁹ Poupak Anjomshoaa, White & Case (Europe) LLP, “Costs awards in international arbitration and the use of ‘sealed offers’ to limit liabilities for costs,” p.3-8, accessed 30 September 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d967835d-23a1-4418-b8d7-e1f8223e61a9#:~:text=Costs%20awards%20in%20international%20arbitration,White%20%26%20Case%20LLP>

¹⁰ UNCITRAL Arbitration Rules 2013, Article 40 (2).

(ณ) ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์กรที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ (Appointing Authority) รวมทั้งค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของเลขาธิการ ของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UN Permanent Court of Arbitration)

ข้อบังคับข้อที่ 34.1 ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศของฮ่องกง (HKIAC Administered Arbitration Rules 2018) ได้กำหนดความหมาย และแจกแจงค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการไว้ทำนองเดียวกัน เป็นที่น่าสังเกตว่าค่าใช้จ่ายที่แจกแจงไว้ ข้างต้นนั้น บางรายการมีคำว่า “สมเหตุสมผล” (Reasonable) กำกับไว้เพื่อให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ตัดสินชี้ขาด ในเรื่องค่าใช้จ่ายไม่ว่าจะเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ นายทะเบียนสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือศาลใช้เป็น กรอบอ้างอิงในการใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าใช้จ่ายที่ฝ่ายที่แพ้คดีต้องรับผิดชอบคดีให้อีกฝ่ายหนึ่งที่ชนะคดี ป้องกันมิให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้จ่ายเกินตัว เช่น เดินทางด้วยเครื่องบินในชั้นที่ 1 พักในโรงแรม 6 ดาว หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือฝ่ายเลขานุการเกินความจำเป็น หรือป้องกันมิให้คู่พิพาทที่กระเป่าหนักใช้ทนาย อย่างสิ้นเปลือง (Over-Lawyering) โดยคาดหวังว่าจะได้รับการใช้คืนเต็มจำนวนตามใบเสร็จรับเงิน สถาบัน หรือศูนย์อนุญาโตตุลาการบางแห่งออกระเบียบในรายละเอียดให้อนุญาโตตุลาการหรือทนายความถือเป็น แนวปฏิบัติหากหวังจะได้รับการใช้คืนค่าใช้จ่ายจากคู่กรณีเต็มตามใบเสร็จ เช่น ค่าเดินทางโดยเครื่องบิน ของอนุญาโตตุลาการในชั้นนักธุรกิจก็อาจถือเป็นค่าเดินทางที่สมเหตุสมผลได้ตามบัญชีอัตราค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่าง ประเทศของฮ่องกง¹¹ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระยะเวลา

ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบางท่านจำแนกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง กับการอนุญาโตตุลาการเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรก คือ ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการโดยตรง (Costs of Arbitration) ซึ่งประกอบด้วยค่าปฎิการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย ของสถาบันที่กำกับดูแลรวมทั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตั้งอนุญาโตตุลาการ (Appointing Authority) ค่าเช่า อาคารสถานที่และอุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการประชุมปรึกษาหารือและการสืบพยาน ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับพยาน ผู้เชี่ยวชาญ พยานที่เป็นบุคคลภายนอก ค่าล่ามและผู้แปลเอกสาร ค่าถอดเทปคำเบิกความหรือเทปบันทึก การประชุมกำหนดวิธีพิจารณา (Procedural Meetings) กลุ่มที่สอง ได้แก่ ค่าทนายความหรือที่ปรึกษา กฎหมายของคู่กรณีที่พิพาทรวมทั้งค่าใช้จ่ายของบุคคลดังกล่าว (Legal Costs) นอกจากนี้ ยังอาจหมาย รวมถึงค่าบริการของผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาเฉพาะด้าน เช่น นักบัญชี นักเศรษฐศาสตร์ วิศวกร เป็นต้น¹²

¹¹ Clause 4.2 (a) of the Practice Note on Costs of Arbitration (2019), HKIAC Administered Arbitration Rules (2018).

¹² Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration* (New York: Kluwer Law International, 2003), 653 at 24-80; Martin Hunter and Alan Redfern, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), 396 at 8-91, 8-92, 8-93.

ค่าใช้จ่ายทั้งสองกลุ่มที่กล่าวมาถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถเรียกหรือได้รับการใช้คืน (Recoverable Costs) โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจหรือดุลยพินิจกำหนดให้ฝ่ายที่แพ้คดีชดใช้ให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดีตามหลัก Costs follow the event ที่จะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป นอกจากนี้ค่าใช้จ่ายทั้งสองกลุ่มที่กล่าวมาแล้ว ยังมีค่าใช้จ่ายอีกประเภทหนึ่งที่มีการพูดถึงกันมากในวงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่ปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีคดีอนุญาโตตุลาการใดที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้เป็นค่าใช้จ่ายที่ฝ่ายแพ้คดีต้องชดใช้ให้แก่ฝ่ายชนะคดี ค่าใช้จ่ายที่วานี้ ได้แก่ ค่าป่วยการหรือค่าเสียเวลาของผู้บริหาร (Executives) และหัวหน้าฝ่ายกฎหมายและนักกฎหมายที่ทำงานประจำในองค์กรหรือหน่วยงานของคู่พิพาท (In-house Counsel) ซึ่งถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายแฝง (Hidden Costs)

3.2 หลักที่ว่าผู้แพ้เป็นผู้ชำระค่าใช้จ่าย (The principles of costs follow the event)

หลักที่ว่าผู้แพ้เป็นผู้ชำระค่าใช้จ่าย (Costs follow the event) นี้เป็นหลักพื้นฐานในระบบกฎหมายของอังกฤษ ตีบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษและเวลส์ หมวดที่ 36¹³ ซึ่งใช้สำหรับคดีความในศาล และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ มาตรา 61 (2)¹⁴ ซึ่งใช้สำหรับคดีอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 61 (2) ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษบัญญัติว่า “Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs.” ซึ่งแปลเป็นไทยได้ว่า “เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดค่าใช้จ่ายให้เป็นไปตามหลักผู้แพ้คดีเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่าย ทั้งนี้เว้นแต่พฤติการณ์จะปรากฏแก่คณะอนุญาโตตุลาการการวินิจฉัยชี้ขาดให้ผู้แพ้คดีต้องชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดหรือบางส่วนจะเป็นการไม่สมควร”

คำว่า “The event” ในบริบทของมาตรา 61 หมายถึง “The successful outcome of the arbitration” หรือผลสำเร็จในคดีหรือผลของการชนะคดี¹⁵ คำว่า Costs follow the event จึงมีความหมายว่าค่าใช้จ่ายเป็นไปตามผลของการชนะคดีหรือผู้แพ้เป็นผู้ชำระค่าใช้จ่าย

มาตรา 60 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษยังได้บัญญัติไว้ด้วยว่า “An agreement which has the effect that a party is to pay the whole or part of the costs of the arbitration in any event is only valid if made after the dispute in questions has arisen” ซึ่งถอดความเป็นไทยได้ว่า “ข้อตกลงที่มีผลทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชำระค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดหรือบางส่วนไม่ว่าผลคดีจะเป็นอย่างไรจะมีผลผูกพันต่อเมื่อข้อตกลงนั้นได้

¹³ England & Wales, Civil Procedure Rules 1998, Part 36.

¹⁴ English Arbitration Act 1996, Section 61 (2).

¹⁵ Chartered Institute of Arbitrators, *Chapter 14: Remedies, Costs, Interest & Currency*, 240.

ทำขึ้นหลังเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว” ถ้อยคำในมาตรา 60 สื่อความหมายว่าการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้ล่วงหน้าก่อนเกิดข้อพิพาทเพื่อกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชำระค่าใช้จ่ายในคดีอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่ต่างไปจากหลัก Costs follow the event (เช่น กำหนดให้ค่าใช้จ่ายตกเป็นប់แก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่ว่าผลคดีจะเป็นเช่นใด) ย่อมไม่อาจทำได้ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) ของอังกฤษ ซึ่งได้แก่ Arbitration Act 1996 หากทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 60 สัญญาอนุญาโตตุลาการเฉพาะส่วนที่ว่าด้วยความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายจะไม่มีผลผูกพัน กฎหมายอนุญาโตตุลาการของฮ่องกงมีบทบัญญัติคล้ายคลึงกัน กล่าวคือคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนเกิดข้อพิพาทให้ต่างฝ่ายต่างรับภาระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการส่วนของตนไม่ว่าผลคดีจะเป็นเช่นใด หากกำหนดไว้ (ล่วงหน้า) ถือว่าเป็นโมฆะ¹⁶ บทบัญญัติของกฎหมายอังกฤษและฮ่องกงในเรื่องค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการสื่อความหมายว่าหลักที่ว่าผู้แพ้คดีเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายหรือ Costs follow the event นั้นเป็นหลักที่มีความศักดิ์สิทธิ์ในระบบ Common Law

ความชัดเจนในหลักเรื่อง Costs follow the event นอกจากจะมีบัญญัติไว้ในกฎหมายอังกฤษและฮ่องกงแล้ว ยังมีบัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ฉบับปี 2013 ข้อ 42 (1)¹⁷ ซึ่งบัญญัติว่า The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case. ความหมายในภาษาไทยของข้อ 42 (1) คือ ฝ่ายแพ้คดีเป็นผู้ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก แต่มีข้อยกเว้นคือคณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดจำนวนค่าใช้จ่ายเป็นสัดส่วนให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องรับภาระโดยฝ่ายที่แพ้คดีไม่ต้องรับภาระแต่เพียงฝ่ายเดียวทั้งหมดก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งคดี (Circumstances of the cases)

ดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดและแบ่งแยกค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องรับภาระในสัดส่วนที่ต่างไปจากหลัก Costs follow the event โดยอาศัยพฤติการณ์แห่งคดีมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลายประเทศและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหลายสถาบัน เช่น

- พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ปี 1996 มาตรา 61 (2)
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประเทศเยอรมัน มาตรา 1057 (1)
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประเทศออสเตรเลีย มาตรา 609 (1)
- ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศเม็กซิโก มาตรา 1455
- กฎหมายอนุญาโตตุลาการของฮ่องกง Hong Kong Arbitration Ordinance (Cap. 609) มาตรา 74 (7) (a)

¹⁶ Hong Kong Arbitration Ordinance (Cap. 609), Section 74 (8) & (9).

¹⁷ UNCITRAL Arbitration Rules 2014, Article 42 (2).

- ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA International Arbitration Rules 2006) ข้อ 31
- ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ London Court of International Arbitration (LCIA Arbitration Rules 1998) ข้อ 28.4
- ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ Stockholm Chamber of Commerce 1999 ข้อ 40 (2)
- ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ CIETEC (China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules 2024) ข้อ 55 (2)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของออสเตรเลียไม่ได้บัญญัติในเรื่อง Costs follow the event อย่างชัดเจนเหมือนอังกฤษและฮ่องกง แต่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวางในการกำหนดว่าคู่พิพาทฝ่ายไหนเป็นฝ่ายต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและในจำนวนเท่าใด หรือจะต้องชดใช้ให้แก่กันเป็นจำนวนเท่าใด¹⁸ (Allocation of Costs) และในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดข้อพิพาทโดยยึดถือ Costs follow the event หรือผู้แพ้เป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายของตนเองและของฝ่ายชนะคดีเป็นหลักซึ่งสามารถเบี่ยงเบนได้ตามควรแก่กรณีขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งคดี ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้าระหว่างประเทศที่กรุงปารีส (ICC Arbitration Rules) ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวางในการกำหนดค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการและกำหนดสัดส่วนที่แต่ละฝ่ายจะต้องรับภาระไว้ในคำชี้ขาดโดยไม่พูดถึงพฤติการณ์แห่งคดีแต่อย่างใด¹⁹ หลักปฏิบัติของสิงคโปร์ก็เกินไปในทำนองเดียวกัน มีส่วนที่แตกต่างกันเล็กน้อยคือกฎหมายสิงคโปร์เน้นให้อำนาจนายทะเบียนศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (SIAC's Registrar) เป็นผู้ประเมินและกำหนดค่าปฎิการและค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการ (Taxation of Costs) ส่วนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เช่น ค่าทนายความ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะเป็นผู้กำหนด²⁰ ซึ่งโดยทั่วไปก็สอดคล้องกับหลัก Costs follow the event ของอังกฤษ

พฤติการณ์แห่งคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำมาใช้เป็นฐานในการชี้ขาดข้อพิพาทให้เบี่ยงเบนไปจากหลักที่ว่าผู้แพ้รับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมดฝ่ายเดียว อาจจำแนกได้ 3 ลักษณะดังนี้

- (1) พฤติการณ์ในผลของคดีที่คู่พิพาทมิได้แพ้ชนะกันอย่างเด็ดขาด โดยเฉพาะในคดีที่ฝ่ายผู้คัดค้านได้ยื่นข้อเรียกร้องแย้งเข้ามาในคดีและผู้เรียกร้องชนะบางส่วน ผู้เรียกร้องแย้งชนะบางส่วน ค่าใช้จ่ายในคดีที่เกิดขึ้นของแต่ละฝ่ายจึงจำเป็นต้องมีการปันส่วนหรือหักกลบลบหนี้กันให้สอดคล้องกับผลของการแพ้ชนะตามความเป็นจริง²¹

¹⁸ International Arbitration Act 1974 (Cth), Section 27.

¹⁹ ICC Arbitration Rules, Article 31 (3).

²⁰ The International Arbitration Act 1994 (Sing), Section 21; See also SIAC's Arbitration Rules 2013, Article 33.1.

²¹ Chartered Institute of Arbitrators, *Chapter 14: Remedies, Costs, Interest & Currency*, 240.

(2) พฤติการณ์ที่เกี่ยวกับความประพฤติ (Behaviors) ของคู่กรณีพิพาทในระหว่างการอนุญาโตตุลาการ เช่น มีการประวิงคดีด้วยการเลื่อนนัดพิจารณาบ่อยครั้ง ผิดนัดยื่นเอกสาร (Written Submissions) เป็นนิจ สร้างพยานหลักฐานเท็จ นำเสนอพยานหลักฐานเกินความจำเป็น เอาไรต์เอาเปรียบคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามอย่างไม่เป็นธรรม หากพฤติกรรมเช่นนี้ปรากฏแก่คณะอนุญาโตตุลาการเป็นพฤติกรรมฝ่ายที่ชนะคดี คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะไม่ชี้ขาดให้ฝ่ายแพคดีต้องรับผิดชอบใช้คืน (Reimburse) ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการของฝ่ายชนะคดีทั้งหมด²² (อาจกำหนดให้ใช้คืนแต่เพียงบางส่วนเท่านั้น)

(3) พฤติการณ์ที่เกี่ยวกับทัศนคติในเชิงบวกของคู่พิพาทในการประนีประนอมหรือระงับข้อพิพาท โดยสุจริตใจด้วยการยื่นคำเสนอประนีประนอมข้อพิพาทแบบปิดผนึกให้ฝ่ายตรงข้ามพิจารณาภายในเวลาอันควรหลังเริ่มคดี²³

โดยสรุป หลัก Costs follow the event หรือ Loser pays นี้เป็นหลักปฏิบัติที่ใช้กันอยู่อย่างกว้างขวางทั้งในประเทศ Common Law และ Civil Law ในปัจจุบัน นักธุรกิจและนักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปต่างรับรู้เป็นอย่างดีว่าหากเกิดข้อพิพาททางการค้าที่ต้องระงับด้วยกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีถิ่นฐานของการอนุญาโตตุลาการ (Seat) อยู่ในประเทศที่การอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีประสิทธิภาพและใช้กันอย่างแพร่หลาย เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา อังกฤษ สวีเดน เยอรมัน ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ ฮองกง และจีน ปัจจัยในเรื่องผู้แพ้เป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายตามหลัก Costs follow the event จะเป็นปัจจัยหลักที่พวกเขาต้องนำมาพิจารณาในการจัดทำประมาณค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะพิเศษอยู่อย่างหนึ่งที่ต่างจากประเทศ Common Law อื่น ๆ กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นคดีความในศาล (Litigation) โดยทั่วไปคู่กรณีต่างฝ่ายต่างต้องรับภาระค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความของตนเอง ศาลจะไม่กำหนดให้ฝ่ายแพคดีต้องชดเชยค่าทนายให้ฝ่ายที่ชนะคดีเว้นแต่จะมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้ทำเช่นนั้นหรือคู่กรณีได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้า แต่ถ้าเป็นคดีอนุญาโตตุลาการ หลัก Costs follow the event หรือ Loser pays จะถูกนำมาใช้เหมือนประเทศอื่น ๆ ที่กล่าวมา ตามรายงานผลสำรวจของเนติบัณฑิตยสภาแห่งกรุงนิวยอร์ก²⁴ ปรากฏว่า ในจำนวนคำชี้ขาดคดีอนุญาโตตุลาการที่กระทำในกรุงนิวยอร์กหรือภายใต้กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กระหว่างปี พ.ศ. 2548 – 2565 นั้น มีคำชี้ขาดถึงร้อยละ 80 ของจำนวนคำชี้ขาดทั้งหมดที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ฝ่ายแพคดีต้องชำระ (Reimburse) ค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย (ค่าทนายความบวกค่าใช้จ่ายของทนายความ) ให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดีตามหลัก Costs follow the event

²² Ibid., 239.

²³ Ibid., 241.

²⁴ Committee on International Commercial Dispute, *Awards of Costs in International Arbitration in New York: Current Approaches and Best Practices* (The Association of the Bar of the City of New York, 2024), 5.

3.3 ค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูงในการอนุญาโตตุลาการ

ในคดีอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนไทย-เยอรมันระหว่างบริษัท Walter Bau AG แห่งประเทศเยอรมัน (ผู้เรียกร้อง) กับกรมทางหลวง/รัฐบาลไทย (ผู้คัดค้าน) ซึ่งผู้คัดค้านเป็นฝ่ายแพคดี คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านจ่ายค่าเสียหายฐานผิดสัญญาสัมปทานให้แก่ผู้เรียกร้องเป็นเงิน 29.21 ล้านยูโร ซึ่งเป็นการชี้ขาดในเนื้อความแห่งคดี (Award on Merits) ในส่วนค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ผู้เรียกร้องได้เรียกร้องให้ผู้คัดค้านชดเชยค่าใช้จ่ายแก่ผู้เรียกร้องเป็นเงิน 5,606,443 ยูโร คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านจ่ายเงินชดเชยค่าใช้จ่าย (Award on Costs) ให้ผู้เรียกร้องบางส่วนเป็นเงิน 1,806,557 ยูโร หรือประมาณ 68,287,968 บาท ทำให้ผู้คัดค้านซึ่งนอกจากจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายของตนเอง จำนวน 1,993,331 ยูโรหรือประมาณ 75,347,911 บาทแล้ว ยังต้องรับภาระค่าใช้จ่ายของฝ่ายผู้เรียกร้องบางส่วนจำนวน 68,287,968 บาทอีกด้วย²⁵ (คดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ชี้ขาดให้ฝ่ายผู้เรียกร้องได้รับการชดเชยคืนค่าใช้จ่ายเต็มจำนวน 5,606,443 ยูโร เนื่องจากผู้เรียกร้องไม่ได้ชนะคดีเต็มตามข้อเรียกร้องทุกข้อ)

ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัทไทยลาวลีกไนต์ (ประเทศไทย) จำกัด (ผู้เรียกร้อง) กับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (สปป.ลาว) (ผู้คัดค้าน) นั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้ สปป.ลาว ผู้คัดค้านเป็นฝ่ายแพคดี ผู้เรียกร้องได้เรียกร้องให้ผู้คัดค้านใช้คืน (Reimburse) ค่าใช้จ่ายให้ตนจำนวนทั้งสิ้นประมาณ 2.6 ล้านเหรียญสหรัฐฯ แต่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านใช้คืนเพียง 1,000,000 เหรียญ เนื่องจากจำนวนค่าเสียหายที่ผู้เรียกร้องมา 447 ล้านเหรียญนั้นคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาพยานหลักฐานที่ผู้เรียกร้องนำเสนอแล้ว ชี้ขาดให้เพียง 56,210,000 เหรียญหรือเท่ากับร้อยละ 12.5 ของทุนทรัพย์ที่เรียกร้องเท่านั้น จึงมีพฤติการณ์พิเศษที่ถือได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรชี้ขาดให้ฝ่ายชนะคดีได้รับการชดเชยคืนค่าใช้จ่ายเต็มจำนวนที่เรียกร้อง อย่างไรก็ตาม หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดคดีในปี พ.ศ. 2552 และสปป.ลาว ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่พิพาทต้องสูญเสียค่าใช้จ่ายทางกฎหมายอีกจำนวนมหาศาลในกระบวนการฟ้องร้องเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดและเพิกถอนคำชี้ขาดในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศสและมาเลเซีย กว่านิติสงครามนี้จะยุติลงต้องใช้เวลาถึง 9 ปี นับตั้งแต่มีคำชี้ขาดหรือ 11 ปีนับแต่เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ²⁶

ในคดีอนุญาโตตุลาการอีกคดีหนึ่งซึ่งผู้เขียนมีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะทนายร่วมของฝ่ายผู้เรียกร้อง ผู้เรียกร้องเป็นบริษัทสัญชาติญี่ปุ่นและผู้คัดค้านเป็นบริษัทสัญชาติไทย มูลความแห่งคดีเป็นเรื่องผิดสัญญาบริการ ผู้เรียกร้องเรียกร้องค่าเสียหาย (ค่าบริการที่ค้างชำระพร้อมดอกเบี้ย) คิดเป็นเงินไทยประมาณ 14 ล้านบาท ผู้คัดค้านต่อสู้ว่าไม่ได้ผิดสัญญา ผู้เรียกร้องต่างหากเป็นฝ่ายผิดสัญญาพร้อมกับยื่นข้อเรียกร้อง

²⁵ *Walter Bau AG (in liquidation) v. Kingdom of Thailand*, Arbitral Award dated July 1, 2009, Para. 15.7 & 15.8.

²⁶ สุวิทย์ สุวรรณ, “มิติที่หลากหลายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กรณีศึกษาจากคดีระหว่าง บริษัท ไทย-ลาวลีกไนต์ จำกัด กับรัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว,” *ตุลพาท นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม* 70, 1 (มกราคม-เมษายน 2566): 116.

แย้งเป็นเงินประมาณ 34 ล้านบาท สัญญาบริการระบุให้ใช้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ (Governing Law) และสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาบริการกำหนดให้สิงคโปร์เป็นถิ่นฐาน (Seat) ของการอนุญาโตตุลาการและให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (SIAC's Arbitration Rules) คดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยผู้ชี้ขาดคนเดียว (Sole Arbitrator) การประชุมปรึกษาหารือเพื่อบริหารจัดการคดีระหว่างผู้ชี้ขาด คู่พิพาท ทนายคู่พิพาท รวมทั้งการสืบพยานทั้งหมด 6 ปากกระทำผ่านระบบจอวิดีโอ การยื่นหรือรับส่งเอกสารในคดีทั้งหมดใช้การรับส่งทาง Email ทั้งสิ้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่วันยื่นคำบอกกล่าวขออนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) ไปจนถึงวันทำคำชี้ขาดใช้เวลาทั้งสิ้น 8 เดือน หลังสืบพยานเสร็จสิ้นและก่อนที่จะออกคำชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการขอให้นายทะเบียน SIAC กำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของ SIAC รวมทั้งค่าป่วยการของคณะอนุญาโตตุลาการที่เป็นตัวเลขสุดท้าย (Final Account) พร้อมกันนั้นคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้สั่งให้คู่พิพาทยื่นคำแถลงการณ์ปิดคดีและบัญชีค่าใช้จ่ายในส่วนของตนโดยพร้อมเพรียงกัน

นายทะเบียน SIAC กำหนดค่าธรรมเนียมค่าใช้จ่ายของ SIAC และค่าป่วยการบวกค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการรวมเป็นเงินทั้งสิ้นประมาณ 2,540,000 บาท ผู้เรียกร้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่เป็นค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความรวมเป็นเงินประมาณ 9,100,000 บาท ขณะที่ผู้คัดค้านยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่เป็นค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความฝ่ายตนรวมเป็นเงินประมาณ 9,750,000 บาท

ในที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้เรียกร้องชนะคดีและได้รับค่าเสียหาย (ค่าบริการที่ค้างชำระ) ประมาณ 14 ล้านบาทเต็มตามข้อเรียกร้อง และยกข้อเรียกร้องแย้งของผู้คัดค้าน ในส่วนที่เกี่ยวกับค่าใช้จ่าย (Award on Costs) คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านใช้คืน (Reimburse) ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความผู้เรียกร้องประมาณ 8,170,000 บาท (จากจำนวนที่เรียกร้องทั้งหมด 9,100,000 บาท) เหตุที่ผู้เรียกร้องไม่ได้รับชดเชยคืนเต็มจำนวน 9,100,000 บาท ก็เพราะผู้เรียกร้องแก้ไขข้อเรียกร้องและขอขยายเวลายื่นข้อเรียกร้องที่แก้ไขสองครั้งทำให้ผู้คัดค้านต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมในการแก้ไขคำให้การแก้ข้อเรียกร้อง) และชี้ขาดให้ผู้คัดค้านเป็นผู้รับภาระค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการบวกกับค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมของ SIAC รวมเป็นเงินทั้งหมดประมาณ 2,540,000 บาท แต่เพียงฝ่ายเดียว (เงินจำนวน 2,540,000 บาทนี้ SIAC ได้ประเมินและเรียกเก็บจากคู่พิพาทฝ่ายละกึ่งหนึ่งเป็นการล่วงหน้าแล้ว คำชี้ขาดจึงมีผลทำให้ผู้คัดค้านต้องใช้คืนให้แก่ผู้เรียกร้องกึ่งหนึ่งจำนวน 1,270,000 บาท)

คดีอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของ SIAC ที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าหากไม่มีประเพณีปฏิบัติในเรื่องฝ่ายแพ้คดีต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเป็นคดีตามหลัก Costs follow the event แล้ว เจ้าหนี้ที่มีความจำเป็นและมีความชอบธรรมที่จะต้องใช้สิทธิทางศาลหรือทางกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่ (Legitimate Claims) อาจตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบลูกหนี้ในทางปฏิบัติและไม่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายตามที่ควร เนื่องจากต้นทุนค่าใช้จ่าย

เมื่อเปรียบเทียบกับผลที่จะได้ไม่อยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมหรือที่เรียกว่า “ได้ไม่คุ้มเสีย” การอนุญาตตุลาการเพื่อเรียกร้องเอาค่าเสียหายเพียง 14 ล้านบาทแต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงถึง 10,370,000 บาท (ค่าทนาย 9,100,000 บาท + ค่าธรรมเนียมสถาบันฯ กับค่าป่วยการอนุญาตตุลาการอีก 1,270,000 บาท) เป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุสมผลเลยในทางปฏิบัติ ในทางกลับกัน หากมองจากมุมของฝ่ายลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้คัดค้านในคดีคดีที่มีทุนทรัพย์ที่เรียกร้องเพียง 14 ล้านบาท แต่ต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายของตนเองและของฝ่ายเจ้าหนี้จำนวนถึง 21,390,000 บาท (2,540,000 + 9,100,000 + 9,750,000) เมื่อตกเป็นฝ่ายแพ้คดี ก็อาจกล่าวได้ว่าค่าใช้จ่ายของการแพ้คดีเป็นสิ่งที่น่าสะพรึงกลัวอย่างยิ่ง คำเสนอปิดผนึกจึงเป็นมาตรการหนึ่งซึ่งฝ่ายที่มีความเสี่ยงสูงในการแพ้คดีอาจนำมาใช้ในการจำกัดหรือลดค่าใช้จ่ายได้หากแพ้คดี

4. แบบวิธีการและผลของคำเสนอปิดผนึกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่าย

4.1 แบบและเนื้อหาของคำเสนอปิดผนึก

ผู้เสนอต้องทำคำเสนอปิดผนึกต้องเป็นลายลักษณ์อักษรส่งให้คู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามพร้อมนำสำเนาหรือฉบับของคำเสนอดังกล่าวใส่ซองปิดผนึกส่งให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการหรือส่งให้แก่สถาบันอนุญาโตตุลาการที่กำกับดูแลคดีอนุญาโตตุลาการของตน เนื้อหาของคำเสนอปิดผนึกควรประกอบด้วยข้อความดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

(ก) วันที่ทำคำเสนอ

(ข) คำว่า “Without Prejudice Save As to Costs”

(ค) ระบุว่าเป็นคำเสนอแบบ Calderbank Offer หรือเป็นคำเสนอตามนัยแห่งคดี Calderbank v. Calderbank

(ง) เงื่อนไขที่เสนอเพื่อประนีประนอมข้อพิพาทหรือประนีประนอมยอมความ จำนวนเงินที่เสนอเป็นค่าเสียหาย (รวมหรือไม่รวมค่าใช้จ่าย) ตลอดกำหนดเวลาที่จะชำระ

(จ) กำหนดเวลาที่จะต้องสนองรับคำเสนอ (โดยทั่วไป ควรให้เวลาอย่างน้อย 21 วัน²⁷ ในการสนองรับ)

(ฉ) ลายมือชื่อผู้ทำคำเสนอ

คำเสนอต้องชัดเจนไม่คลุมเครือและปราศจากเงื่อนไขปลีกย่อยหรือข้อสงวนสิทธิ์ต่าง ๆ เช่น ไม่ควรมีข้อความที่ว่าคำเสนอนี้ยังไม่ผ่านการอนุมัติของคณะกรรมการบริษัท เป็นต้น

²⁷ Norton Rose Fulbright, “Sealed Offers in International Arbitration,” *International Arbitration Report* no. 7 (September 2016): 43, accessed 29 September 2024, <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/b1bf16b3/sealed-offers-in-international-arbitration>

คำว่า “Without Prejudice Save As to Costs” ในคำเสนอปิดผนึกมีความหมายว่า คำเสนอไม่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อใช้ยื่นผู้ทำคำเสนอได้เว้นแต่จะเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการนำไปใช้ในการประเมินค่าใช้จ่ายที่คู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องรับภาระ คำเสนอที่มีคำว่า Without Prejudice กำกับไว้เพียงอย่างเดียวจะมีความหมายว่าคำเสนอนั้นไม่สามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานในคดีได้²⁸ จากประสบการณ์ของผู้เขียน Without Prejudice มีสองความหมาย ขึ้นอยู่กับบริบทที่นำไปใช้ หากนำไปใช้ในเรื่องการถอนฟ้องหรือจำหน่ายคดี จะมีความหมายว่า “ไม่ตัดสิทธิ์” หรือ “ไม่กระทบต่อสิทธิ์ที่มีอยู่เดิม” (Withdrawal without prejudice หมายถึง การถอนฟ้องโดยไม่ตัดสิทธิ์ที่จะฟ้องใหม่หรือ Dismissal without prejudice หมายถึง การจำหน่ายคดีโดยไม่ตัดสิทธิ์ที่จะฟ้องใหม่) แต่หากนำไปใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือเจรจาต่อรองเพื่อนำไปสู่การประนีประนอมยอมความ Without Prejudice จะหมายถึงการเก็บรักษาเอกสารเป็นความลับ ไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ (เว้นแต่ผู้ทำเอกสารจะยินยอม) ทำให้เอกสารที่ยื่นหรือโต้ตอบระหว่างคู่กรณีที่พิพาท ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างแน่นหนา ทั้งนี้เพื่อตอบสนองนโยบายของรัฐที่มุ่งส่งเสริมการเจรจาต่อรองเพื่อระงับคดีในส่วนแพ่งระหว่างเอกชนอย่างอิสระและเสรี ศาลอังกฤษได้ตัดสินวางหลักกฎหมายเพื่ออ้างไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของการได้รับความคุ้มครองตามหลัก Without Prejudice นี้มากกว่าร้อยปี²⁹

4.2 ควรยื่นคำเสนอปิดผนึกเมื่อใด

คู่พิพาทที่ได้ตัดสินใจจะใช้มาตรการยื่นคำเสนอปิดผนึก สามารถจะยื่นคำเสนอเมื่อใดก็ได้แล้วแต่ตนจะเห็นสมควรตามคำแนะนำของทนายความของตน ในทางปฏิบัติสามารถยื่นได้ตั้งแต่วันที่รับคำเสนอข้อพิพาทจากสถาบันที่กำกับคดีหรือจากคณะอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี และควรยื่นก่อนที่จะเสร็จสิ้นการสืบพยาน ทั้งนี้เพราะการยื่นคำเสนอหลังเสร็จสิ้นการสืบพยานนั้น ผู้ทำคำเสนอแทบจะไม่ได้ประโยชน์จากการลดหรือจำกัดค่าใช้จ่าย ค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่กรณีหลังการสืบพยานเสร็จสิ้นคงมีเพียงค่าทนายความในการจัดทำคำแถลงการณ์ปิดคดีเป็นหลัก ตามหลักทั่วไป ยิ่งยื่นเร็วยิ่งประหยัดค่าใช้จ่ายที่ตนอาจต้องแบกรับกรณีที่ตกเป็นฝ่ายแพ้คดี

เวลาที่ยื่นต้องมีความสัมพันธ์กับจำนวนเงินที่จะยื่นในคำเสนอ เพราะทั้งเวลาและจำนวนเงินเป็นปัจจัยร่วมทางยุทธวิธีของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ การวิเคราะห์รูปคดีอย่างตรงไปตรงมา (Objective Analysis) บวกกับการนำเอาหลัก “รู้เขา-รู้เรา” มาใช้จะทำให้ผู้ทำคำเสนอปิดผนึกตัดสินใจได้ง่ายขึ้น การยื่นคำเสนอเร็วไปอาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับคำเสนอที่หักเหว่าคดีของฝ่ายผู้เสนอ มีจุดอ่อน เช่นเดียวกับการเสนอตัวเลขที่สูงเกินไปก็อาจทำให้ฝ่ายที่ได้รับคำเสนอที่หักเหว่าผู้ทำคำเสนอไม่มีโอกาสชนะคดีและเลือกที่จะดำเนินคดีต่อเพื่อให้ได้ค่าชดเชยในจำนวนที่สูงกว่า ในทางกลับกัน การทำคำเสนอด้วยตัวเลขต่ำหลังจากที่ได้ศึกษาเอกสารที่ยื่นเข้ามาในคดีถี่ถ้วนแล้ว อาจมีโอกาสมากขึ้นให้คู่พิพาท

²⁸ Michael O’Shea and Gowling WLG, The Basics: What Does “Without prejudice” mean and when do I need to use it?, p.3, accessed 29 September 2024, <https://gowlingwlg.com/insights-resources/articles/2019/without-prejudice-meaning-and-when-to-use-it>

²⁹ *Walker v Wilsher*, (1889) 23 QB D 239.

หวั่นไหวเพราะคิดไปว่าคดีของตนมีจุดอ่อนหรือพยานหลักฐานของตนไม่แน่นหนาพอ ซึ่งอาจทำให้มีการเจรจาต่อรองและประนีประนอมยอมความกันเร็วขึ้น อาจกล่าวได้ว่า การทำข้อเสนอปิดผนึกเพื่อประนอมข้อพิพาทเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์

โดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่ายิ่งยื่นเร็วยิ่งประหยัดค่าใช้จ่ายแต่ตัวเลขที่เสนอจะต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับรูปคดี คดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ดำเนินภายใต้การกำกับดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ตั้งอยู่ในประเทศคอมมอนลอร์หรือมีถิ่นฐาน (Seat) อยู่ในประเทศคอมมอนลอร์ เช่น อังกฤษ ฮองกง สิงคโปร์ ออสเตรเลีย มาเลเซีย และนิวซีแลนด์ ถ้าเป็นคดีที่สู้กันด้วยข้อเท็จจริงเป็นหลัก งานคดีส่วนใหญ่จะเน้นหนักด้านเอกสาร มีการยื่นคำคู่ความและเอกสารอื่น ๆ (Written Submissions) หลายรอบ คดีที่มีความสลับซับซ้อนอาจมีการยื่นหรือแลกเปลี่ยนเอกสารกันถึง 8-9 รอบ บางรอบใช้เวลาเป็นสัปดาห์ บางรอบเป็นเดือนหรือหลายเดือน เริ่มจากผู้เรียกร้องยื่น Statement of Claim ฝ่ายผู้คัดค้านยื่น Statement of Defense ผู้เรียกร้องยื่น Reply to Statement of Defense ผู้คัดค้านยื่น Rejoinder to the Reply ผู้เรียกร้องตอบโต้ด้วยการยื่น Sur-Rejoinder เท่าที่ทราบผู้คัดค้านสามารถยื่น Rebuttal และผู้เรียกร้องยื่น Sur-Rebuttal ได้อีก การยื่นคำคู่ความที่กล่าวมาจะจบที่รอบใดนั้น ขึ้นอยู่กับข้อกำหนด (Procedural Order) ของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะได้ทำขึ้นหลังจากที่ได้ประชุมปรึกษาหารือกับคู่พิพาท จนได้ฉันทามติร่วมกันและกำหนดเป็น Timelines ออกมาตั้งแต่เริ่มต้นคดีจากนั้นแต่ละฝ่ายจะยื่นหรือแลกเปลี่ยนเอกสารตาม Timelines ซึ่งปกติประกอบด้วยการยื่นบันทึกคำให้การพยานและรายงานหรือความเห็นผู้เชี่ยวชาญของทั้งสองฝ่ายรอบแรก บางคดีมีการยื่นแถลงการณ์หรือบันทึกว่าด้วยหลักกฎหมายที่ใช้อ้างอิงสนับสนุนคำกล่าวอ้างหรือข้อโต้แย้งของตนเข้ามาในขั้นตอนนี้ (Memorial on Points of Law or Legal Authority) สอดแทรกเข้ามาในขั้นตอนนี้ ตามด้วยการยื่นคำขอให้ฝ่ายตรงข้ามยื่นพยานเอกสารพร้อมเหตุผลประกอบคำขอว่าเอกสารนั้นมีความเกี่ยวพันและความสำคัญต่อคดีอย่างไร (Request to produce documents with statements of their relevance and materiality) ซึ่งแต่ละฝ่ายมีสิทธิปฏิเสธพร้อมแสดงเหตุผลเป็นรายการ ๆ ไปพร้อมแจ้งให้ทุกฝ่ายทราบ จากนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่ารายการเอกสารที่แต่ละฝ่ายปฏิเสธมานั้นมีเหตุผลสมควรหรือไม่ หากไม่สมควรคณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยยืนยันให้ยื่นโดยแจ้งให้แต่ละฝ่ายทราบ รอบถัดไปแต่ละฝ่ายอาจต้องยื่นตารางเร็ดเฟิร์น (Redfern Schedules) ซึ่งแสดงอันดับเอกสารที่ฝ่ายตรงข้ามขอ เหตุผลที่ขอ คำรับหรือคำปฏิเสธที่จะส่งเอกสารของตน ข้อโต้แย้งของฝ่ายตรงข้ามและผลการวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่ยุ่งยากและสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายมากสำหรับทนายความและลูกค้าเพราะรายการเอกสารทั้งสองฝ่ายอาจมีหลายร้อยอันดับ ถัดจากตารางเร็ดเฟิร์นอาจเป็นการยื่นบันทึกคำให้การพยานและความเห็นพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นรอบที่สอง ตามมาด้วยการจัดทำเอกสารทั้งหมดเป็นรูปเล่มและทำดัชนีเอกสาร (Indices) เพื่อใช้เป็นพยานเอกสารที่อ้างอิงร่วมกันระหว่างสืบพยาน ตามด้วยการยื่นแถลงการณ์ก่อนสืบพยาน (Pre-hearing Written Submission) และการสืบพยานในที่สุด ในสหรัฐอเมริกา คู่พิพาทในคดีอนุญาโตตุลาการมีเสรีภาพ (Procedural Freedom) ที่จะใช้กลไกหรือวิธีการสืบค้นและรวบรวมพยานหลักฐานที่เรียกว่า Discovery ได้อย่างกว้างขวางเหมือนกับการดำเนินคดีในศาล กระบวนการ Discovery เป็นกระบวนการค้นหาพยานหลักฐานและการเตรียมเอกสารก่อนการสืบพยานที่ใช้เวลา

ไม่น้อยไปกว่าระบบการยื่นเอกสาร (Written Submissions) ของคดีอนุญาโตตุลาการในอังกฤษ สิงคโปร์ หรือฮ่องกง การสืบพยานมักจะใช้เวลาอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการทางเอกสารทั้งหมด บางคดีใช้เวลาในขั้นตอนการเตรียมและยื่นเอกสารเป็นแรมปีเพื่อการสืบพยานจริงเพียงสองสัปดาห์ คดีอนุญาโตตุลาการที่มีทุนทรัพย์ที่พิพาทสูง มีความยุ่งยากซับซ้อนและเป็นที่สนใจของสาธารณชน (High-Profile Cases) คู่พิพาทอาจต้องจ่ายค่าทนายและค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการเป็นรายชั่วโมง ในนิวยอร์ก ลอนดอน สิงคโปร์ หรือ ฮ่องกง ถือเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ทนายความที่เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จะเบิกค่าทนายในอัตราตั้งแต่ชั่วโมงละ 500 เหรียญสหรัฐฯ ไปจนถึงชั่วโมงละ 1,000 เหรียญสหรัฐฯ สำนักงานทนายความส่วนใหญ่จะได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการเป็นกอบเป็นกำจากการที่มีคณะทนายความของตนร่วมทำคดีอนุญาโตตุลาการโดยแต่ละคนใช้เวลาหลายร้อยชั่วโมงกับการทำงานด้านพิธีการทางเอกสารที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าการยื่นคำเสนอปิดผนึก แต่เนิ่น ๆ ย่อมเป็นการลดชั่วโมงการทำงานของทนายฝ่ายตรงข้ามซึ่งมีผลทำให้ผู้ยื่นสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายทางกฎหมายได้อย่างมากหากตกเป็นฝ่ายแพ้คดีและฝ่ายชนะคดีปฏิเสธที่จะสนองรับคำเสนอโดยไม่มีเหตุผล

4.3 ผลกระทบของคำเสนอปิดผนึกที่มีต่อค่าใช้จ่ายกรณีไม่มีการสนองรับคำเสนอ

หากฝ่ายผู้เรียกร้องซึ่งเป็นผู้ได้รับคำเสนอจากผู้คัดค้านเป็นฝ่ายชนะคดีและผลปรากฏว่าได้รับค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนตามคำชี้ขาดมากกว่าจำนวนค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนที่ผู้คัดค้านระบุไว้ในคำเสนอ กรณีนี้ถือว่าผู้เรียกร้องมีเหตุผลสมควรที่ปฏิเสธคำเสนอของผู้คัดค้าน ผู้คัดค้านจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทางกฎหมายให้แก่ฝ่ายผู้เรียกร้องเต็มจำนวนที่เรียกร้องมาอย่างสมเหตุผล (Reasonable Costs) ตามหลัก Costs follow the event แต่ถ้าหากปรากฏว่าฝ่ายผู้เรียกร้องที่ชนะคดีได้รับค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนตามคำชี้ขาดเท่ากับหรือน้อยกว่าจำนวนที่ผู้คัดค้านระบุไว้ในคำเสนอ ผู้ชนะคดีจะไม่อาจเรียกร้องให้ผู้คัดค้านชดใช้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายของผู้เรียกร้องที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่วันสุดท้ายที่ตนอาจสนองรับคำเสนอไปจนถึงวันที่มีการทำคำชี้ขาด

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นค่าใช้จ่ายทางกฎหมายที่ฝ่ายแพ้คดีต้องชดใช้ให้แก่ฝ่ายชนะคดีนั้นต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุผล (Reasonable Costs) ความสมเหตุผลนี้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลายประเทศและในกฎการอนุญาโตตุลาการของสถาบันหลายแห่ง ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้มีการนำเอาหลัก Costs follow the event ไปใช้ในทางที่ผิด เช่น แทนที่ฝ่ายที่ชนะคดีจะว่าจ้างทนายความและตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน (Party Arbitrator) ตามความเหมาะสมในรูปคดี กลับใช้ทรัพยากรที่เหนือกว่าฝ่ายตรงข้ามโดยแต่งตั้งทนายความจากสำนักงานที่มีชื่อเสียงระดับโลกจำนวนหลายคนอย่างสิ้นเปลืองและเกินความจำเป็น (Over-Lawyer) รวมทั้งแต่งตั้งนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงเกียรติคุณระดับนานาชาติและมียานลั่นมือเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนทั้งที่คดีไม่มีข้อยุ่งยากและไม่มีความซับซ้อนทางกฎหมายถึงระดับที่จำเป็นจะต้องตั้งบุคคลดังกล่าว เพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลอนุญาโตตุลาการของหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC Court of Arbitration) ถึงกับต้องถามผู้ที่ได้รับการทาบทามให้เป็นอนุญาโตตุลาการทุกคนก่อนที่จะยืนยันการแต่งตั้งว่าในขณะที่ได้รับการทาบทามนั้น

ผู้ถูกทบทวนมีคดีอนุญาโตตุลาการที่ตนเกี่ยวข้องในฐานะทนายความหรืออนุญาโตตุลาการค้างพิจารณาอยู่ก็คดี³⁰ ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการแต่งตั้งบุคคลที่มีงานล้นมือเป็นอนุญาโตตุลาการ วิธีการที่คณะอนุญาโตตุลาการหลายท่านมักนำมาใช้ในการพิจารณาความสมเหตุผลของค่าใช้จ่ายคือใช้อัตราค่าป่วยการของสถาบันอนุญาโตตุลาการระดับโลกหรือระดับภูมิภาคเป็นมาตรฐานอ้างอิงในการกำหนดค่าใช้จ่ายประเภทค่าป่วยการที่ฝ่ายแพ้คดีจะต้องรับผิดชอบ ส่วนค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความนั้นจะพิจารณาความสมเหตุผลด้วยการเปรียบเทียบบัญชีค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการก่อนมีการทำคำชี้ขาด

5. ตัวบทกฎหมายที่รองรับคำเสนอปิดผนึก

คดี *Calderbank v. Calderbank* ที่ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษตัดสินในปี พ.ศ. 2519 เป็นคดีสำคัญ (Landmark Decision) ที่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญในกฎหมายวิธีสบัญญัติของอังกฤษ มีการนำเอาบทบัญญัติที่ว่าด้วยคำเสนอปิดผนึกไปบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Rules of Court, Part 36) ก่อนหน้านั้นการยื่นคำเสนอเพื่อประนอมข้อพิพาทในศาลทำได้โดยวิธีนำเงินมาวางศาลเพื่อชำระหนี้ (Payment-in Courts) เท่านั้น ต่อมาประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ เช่น ฮอลแลนด์ สิงคโปร์ ออสเตรเลียก็นำเอากฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษไปเป็นแม่แบบในการตรากฎหมายวิธีพิจารณาความของตน แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความดังกล่าวก็ใช้เฉพาะการยื่นคำเสนอปิดผนึกในคดีที่เกิดขึ้นในศาลเท่านั้น ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการ มีกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) ของสองประเทศเท่านั้นที่บัญญัติเรื่องคำเสนอปิดผนึกอย่างมีระบบ คือประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศมาเลเซีย

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศมาเลเซีย (Malaysia Arbitration Act 2005) บัญญัติไว้ดังนี้

Sect. 44 (2) Unless otherwise agreed by the parties, where a party makes an offer to the other party to settle the dispute or part of the dispute and the offer is not accepted and the award of the arbitral tribunal is no more favorable to the other party than was the offer, the arbitral tribunal in fixing and allocating the costs and expenses of the arbitration, may take the fact of the offer into account in awarding costs and expenses in respect of the period from the making of the offer to the making of the award.

³⁰ Andreas Reiner, "Final Offers and Sealed Offers as a Means of Reducing the Time and Cost of Arbitration," *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, no. 1-2 (2012): 438.

Sect. 44 (3) An offer to settle made under subsection (2) shall not be communicated to the arbitral tribunal until it has made a final determination of all aspects of the dispute other than the fixing and allocation of costs and expenses.

(คำแปลภาษาไทย)

มาตรา 44 (2) เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยื่นคำเสนอต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อประนอมข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนและคำเสนอไม่ได้รับการสนองรับ หากผลของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ได้รับข้อเสนอมากไปกว่าคำเสนอในการกำหนดและแบ่งแยกค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องรับภาระ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำเอาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคำเสนอดังกล่าวมาพิจารณาเพื่อทำคำชี้ขาดในส่วนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาตั้งแต่มีการยื่นคำเสนอไปจนถึงเวลาที่ทำคำชี้ขาด

มาตรา 44 (3) คำเสนอที่ยื่นตามมาตรา 44 (2) จะต้องไม่ถูกเปิดเผยให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบจนกว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะได้วินิจฉัยข้อพิพาทครบทุกประเด็นยกเว้นประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ

ในผนวกที่สอง ข้อที่ 6 ท้ายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Arbitration Act 1996, Schedule 2, Article 6 (updated as of January 2011)) มีบทบัญญัติที่เหมือนมาตรา 44 (2) และ 44 (3) ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของมาเลเซียเกือบทุกตัวอักษร

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของฮ่องกงมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงคำเสนอเพื่อประนอมข้อพิพาทอยู่เหมือนกันแต่ไม่ละเอียดชัดเจนเหมือนกฎหมายของมาเลเซียและนิวซีแลนด์ โดยมาตรา 74 (2) ของกฎหมายฮ่องกง (Hong Kong Arbitration Ordinance Cap 609) บัญญัติว่า “*The arbitral tribunal may, having regard to all relevant circumstances (including the fact, if appropriate, that a written offer of settlement of the dispute concerned has been made), direct in the award under subsection (1) to whom and by whom and in what manner the costs are to be paid*” ซึ่งมีความหมายในภาษาไทยว่า “เมื่อได้นำเอาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในคดี (รวมทั้งข้อเท็จจริงที่ว่ามีการยื่นคำเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อประนอมข้อพิพาท) มาประกอบการพิจารณาแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดตามอนุมาตรา (1) กำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชำระค่าใช้จ่ายให้อีกฝ่ายหนึ่งภายใต้วิธีการ (เงื่อนไข) อย่างใดอย่างหนึ่งที่ตนเห็นควรก็ได้”

ในประเทศที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) ไม่มีความชัดเจนเหมือนมาเลเซีย นิวซีแลนด์ หรือฮ่องกง คณะอนุญาโตตุลาการมักจะใช้คำตัดสินในคดี *Calderbank v Calderbank* เป็นหลักอ้างอิงในการยอมรับนับถือคำเสนอปิดผนึกและใช้อำนาจหรือดุลยพินิจที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการถิ่นฐาน (*lex arbitri at the seats of arbitration*) ได้ให้ไว้อย่างกว้างขวางในการผ่อนผันและให้ความเป็นธรรม

แก่ฝ่ายที่แพ้คดีโดยอาศัยพฤติการณ์พิเศษในคดีที่เช่นการยื่นคำเสนอปิดผนึกเป็นข้อพิจารณา³¹ และไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลัก Costs follow the event อย่างเคร่งครัดเสมอไป

สำหรับประเทศไทย การยื่นคำเสนอแม้ไม่มีกฎหมายห้าม แต่ในทางปฏิบัติคงไม่มีคู่พิพาทกล้ายื่น เนื่องจากเกรงว่าจะเป็นการส่งสัญญาณผิด ๆ ไปยังคณะอนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามว่าคดีของตนไม่น่าจะมีโอกาสชนะ และแม้จะยื่นไปก็จะไม่เกิดผลในด้านการประหยัดหรือลดค่าใช้จ่ายเพราะค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความซึ่งโดยปกติเป็นส่วนสำคัญของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ถือเป็นค่าใช้จ่ายที่คณะอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้ในคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 46 วรรคแรกของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อไม่สามารถชี้ขาดเรื่องค่าทนายความและค่าใช้จ่ายทนายความได้ การพิจารณาหลัก Costs follow the event และผลกระทบเรื่องค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการยื่นคำเสนอปิดผนึกอาจเป็นเรื่องไกลเกินเหตุสำหรับการอนุญาโตตุลาการที่มีถิ่นฐาน (Seat) ในประเทศไทย เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า “ค่าใช้จ่าย” ตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ข้อ 2) หมายรวมถึงค่าบริการของผู้แทนหรือบุคคลเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งได้รับการแต่งตั้งตามข้อ 12 ในทางปฏิบัติผู้แทนหรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามข้อ 12 ส่วนมาก ได้แก่ ทนายความ ดังนั้น แม้ทนายความจะไม่ได้รับค่าตอบแทนในฐานะทนายความในคดีอนุญาโตตุลาการตามคำชี้ขาดที่ทำตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันฯ ก็ตาม ทนายความก็ยังมิได้รับค่าตอบแทนในฐานะผู้แทนของคู่พิพาทหรือบุคคลที่ช่วยเหลือคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ ในส่วนข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC นั้น แม้ค่าทนายความรวมทั้งค่าใช้จ่ายของทนายความจะไม่ถือเป็นค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่ระบุไว้ในข้อ 75 และ 76 แต่ก็มีข้อบังคับของสถาบันข้อ 84 กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดความรับผิดในค่าธรรมเนียม ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งชำระไปเพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการไว้ในคำชี้ขาด แสดงว่าข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ได้ให้ความชัดเจนไว้ในระดับหนึ่งว่าคณะอนุญาโตตุลาการสามารถชี้ขาดให้คู่พิพาทที่แพ้คดีชดเชยค่าทนายความให้ฝ่ายชนะคดีได้ อย่างไรก็ตาม ในทัศนะของผู้เขียน หากพิจารณาเฉพาะบริบทของการจัดการกับค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของการเป็นคดี (Costs) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของทั้งสองของสถาบันในประเทศไทยยังไม่ทันสมัยและมีความเป็นสากลเท่ากับบทบัญญัติในเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คูได้จากป.วิ.พ. มาตรา 149 ที่บัญญัติว่า ค่าฤชาธรรมเนียมหมายรวมถึงค่าทนายความด้วย มาตรา 161 กำหนดให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบในชั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมตามหลัก Costs follow the event และมาตรา 165 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้โจทก์ต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมของจำเลยหากปฏิเสธข้อเสนอลี้ภัยของจำเลยโดยไม่มีเหตุผลและยืนยันที่ดำเนินคดีต่อไป (ซึ่งคล้ายกับระบบ Payment-into-Courts ของอังกฤษ) ในการที่จะพัฒนาระบบการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้มีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับในหมู่นักธุรกิจและนักลงทุนทั้งในและนอกประเทศ การแก้ไขกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการให้ทันสมัยอยู่เสมอเป็นเรื่องที่ควรกระทำอย่างยิ่ง

³¹ Jayems Dhingra, “It Is Time to Unseal Sealed Offers in International Arbitration - As a Negotiation Strategy or Pressure Tactics?,” *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 28, no. 3 (2012): 511-532, accessed 15 September 2024, <https://ssrn.com/abstract=3861070>

6. บทสรุป

การใช้กลไกคำเสนอปิดผนึกมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือเปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้ยุติคดีได้เร็วขึ้น และแม้จะไม่มี การสนองรับและกระบวนการพิจารณาต้องดำเนินต่อไปจนถึงขั้นมีคำชี้ขาดก็ตาม ผู้ทำคำเสนอก็ยังมีโอกาสที่จะได้รับความเป็นธรรม ถือเป็นกลไกที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับฝ่ายผู้คัดค้านในการต่อสู้กับข้อเรียกร้องที่มีค่าเสียหายที่เรียกร้องสูงเกินจริงและไม่เป็นธรรม ข้อเสียน่าจะมีประการเดียวคือการยื่นคำเสนอปิดผนึกอาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการแยกการพิจารณาคดีในส่วนที่เป็นเนื้อความแห่งคดี (Merits) และทำคำชี้ขาดในส่วนนี้ (Award on Merits) ไปก่อน จากนั้นจึงพิจารณาเรื่องค่าใช้จ่ายและทำคำชี้ขาดในส่วนค่าใช้จ่ายภายหลัง (Award on Costs) ทำให้เกิดความล่าช้าและมีค่าใช้จ่ายเกิดแก่คู่พิพาทมากยิ่งขึ้น การแยกพิจารณาและทำคำชี้ขาดเป็นสองส่วนนี้น่าจะไม่เกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการภายใต้ กฎของหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC) เนื่องจากคำชี้ขาดทุกคดีต้องผ่านการพิจารณากลับกรองโดย ICC Court of Arbitration ซึ่งต้องเสียเวลาอยู่แล้ว ทั้งนี้เว้นแต่เป็นคดีใหญ่ มีความยุ่งยากซับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายสูงควรค่าต่อการแยกพิจารณาและทำคำชี้ขาด³²

ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด กลไกประนอมข้อพิพาทด้วยวิธียื่นคำเสนอปิดผนึกนี้จะนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์หรือมีประสิทธิผลในประเทศใดประเทศหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อประเทศนั้นมีสภาพแวดล้อมหรือโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย (Legal Infrastructures) ที่เอื้ออำนวย กล่าวคือมีระบบกฎหมายที่ชัดเจน สามารถคาดเดาผลลัพธ์ของคดีได้สูง (High Predictability) เป็นธรรมและเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม มีการรื้อหรือผู้คุมกฎ (ศาล สถาบันอนุญาโตตุลาการ เนติบัณฑิตยสภา สภานายความ) และผู้เล่น (คู่พิพาทและทนายความ) ที่มีความเป็นสุภาพบุรุษและมาตรฐานจริยธรรมสูงในสายเลือดโดยไม่ต้องพึ่งพาประมวลจริยธรรมที่ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Integrity & Professionalism)

สำหรับประเทศไทย แม้การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความจะเป็นเรื่องปกติธรรมดา แต่การประนอมข้อพิพาทผ่านกลไกการทำคำเสนอปิดผนึกถือได้ว่าเป็นเรื่องใหม่และไม่น่าจะเกิดขึ้นหรือเป็นที่ยอมรับในอนาคตอันใกล้ สาเหตุที่สำคัญมีหลายประการ ประการแรกคือขาดตัวบทกฎหมายรองรับ ประการที่สอง ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของทนายความยังไม่ถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่บีบบังคับให้คู่พิพาทต้องรีบประนอมข้อพิพาทหรือยุติคดี และประการที่สาม คู่พิพาทและทนายความไทยไม่นิยมประนอมข้อพิพาทแบบเป็นกิจจะลักษณะหรือเป็นลายลักษณ์อักษร บทความนี้มุ่งหวังที่จะให้ความรู้และความเข้าใจ แก่นักธุรกิจและนักกฎหมายไทยที่ยังไม่คุ้นชินกับกลไกและทางเลือกเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในบางประเทศเป็นสำคัญ

³² Andreas Reiner, "Final Offers and Sealed Offers as a Means of Reducing the Time and Cost of Arbitration," 453.