

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของ
พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545



นางสาวนรีลักษณ์ แพไชยภูมิ

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2546

ISBN 974-17-3831-5

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SOME OBSERVATIONS ON THE INTERNATIONAL CHARACTERISTICS
OF ARBITRATION ACT B.E. 2545



Miss Nareeluc Pairchaiyapoom

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2003

ISBN 974-17-3831-5

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ
พ.ศ. 2545

โดย

นางสาวนริศกษณ์ แพ้ไชยภูมิ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ไชยวัฒน์ บุนนาค)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา

(รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)

..... กรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์)

..... กรรมการ

(อาจารย์วิชัย อริยะนันท์)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4386085034 : MAJOR LAWS

KEY WORD : ARBITRATION / ARBITRATION ACT B.E. 2545 / INTERNATIONAL CHARACTERISTICS / COMPARATIVE STUDY

MISS NAREELUC PAIRCHAIYAPOOM : THESIS TITLE. (SOME OBSERVATIONS ON THE INTERNATIONAL CHARACTERISTICS OF ARBITRATION ACT B.E. 2545)

THESIS ADVISOR : ASSOCIATE PROFESSOR PHIJAISAKDI HORAYANGKURA, 233 pp. ISBN 974-17-3831-5.

This thesis is to study the dispute resolution under the Arbitration Act B.E. 2545 of Thailand (the "Act"), and certain legal developments which are internationally accepted elsewhere. The study focuses on a comparison between the Act and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in order to sift the principles and problems in enforcing the law. Consequently, I have proposed that the Act should be revised by aiming at the revision of the law so that it shall be widely accepted by parties from other advanced countries.

According to the research, I found that the Act generally contains various international concepts derived from the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Nevertheless, there are some points which are inconsistent with the international practice that may cause difficulty and inconvenience in implementing the law. As a result, I have raised some concerns and highlighted such problems into 6 points, including arbitration in the government contract, arbitrator's liability, non-differentiation between domestic arbitration and international arbitration, interim measure during arbitration, and legal profession and the arbitrator.

To conclude, this thesis proved my hypothesis that the Arbitration Act B.E. 2545 of Thailand in comparison to the international practices includes international concepts but there are some points that need to be reconsidered and amended in order to make it to become widely accepted and brings greater income to Thailand.

Field of study.....Law.....

Academic year.....2003.....

Student's signature.....

Advisor's signature.....

Co-advisor's signature.....-

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ด้วยความเมตตากรุณาอย่างยิ่งของท่านรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ซึ่งกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ให้คำแนะนำ ดูแลเอาใจใส่ และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไชยวัฒน์ บุณนาค, ท่านศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อิศวโรจน์, ท่านอาจารย์วิชัย อริยะนันทกะ และท่านอาจารย์ธารทิพย์ จงจักรพันธ์ ซึ่งกรุณาสละเวลาอันมีค่ามารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ตรวจสอบแก้ไข ตลอดจนให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนตั้งแต่ในชั้นเค้าโครงวิทยานิพนธ์ จนสำเร็จแล้วเสร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์คัมภีร์ แก้วเจริญ รองอธิการสูงสุด และคุณอัศววัฒน์ เทพหัสดิน ณ อยุธยา ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่ได้ให้ผู้เขียนมีโอกาสเข้าพบเพื่อสัมภาษณ์ อีกทั้งยังกรุณาอธิบาย และให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณคุณปาลิรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ ที่ช่วยตรวจแก้วิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน รวมทั้งเอื้อเฟื้อข้อมูล และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนขอขอบคุณพระรองศ์ พุทธิภาย สำนักงานอนุญาตโตตุลาการ, เจ้าหน้าที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เจ้าหน้าที่ห้องสมุดรัฐสภา, เจ้าหน้าที่สำนักเลขาธิการวุฒิสภา กลุ่มงานบริการเอกสารอ้างอิง สำนักกรรมการ 1 และ 2 ที่เอื้อเฟื้อข้อมูลอันเป็นประโยชน์อย่างมาก รวมทั้งพี่ ๆ ห้องบัณฑิตศึกษา และพี่ ๆ เจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในการอำนวยความสะดวก และให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนในขั้นตอนต่าง ๆ ของการทำวิทยานิพนธ์

ท้ายที่สุดที่ขาดเสียมิได้ และมีความสำคัญต่อผู้เขียนเป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา คุณตา คุณยาย พี่สาว และคุณน้า รวมทั้งขอขอบคุณผู้บังคับบัญชา และบรรดาพี่ ๆ เพื่อน ๆ ของผู้เขียนซึ่งคอยสนับสนุน ให้ความหวังใจ และมอบกำลังใจอันเต็มเปี่ยมให้กับผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

นริลักษณ์ แพไชยภูมิ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช - ญ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
1.7 ตารางเปรียบเทียบหลักการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และ หลักการอนุญาโตตุลาการตามแนวทางของต่างประเทศอันเป็นสากล	6
บทที่ 2 ความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษาเปรียบเทียบพระ ราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้า ระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL).....	32
2.1 การส่งเอกสาร.....	37
2.1.1 วิธีการส่งเอกสาร.....	37
2.1.2 การมีผลของการส่งเอกสาร.....	37
2.2 ศาลที่มีเขตอำนาจ.....	40

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.3 สัญญาอนุญาตตุลาการ.....	44
2.3.1 ความสามารถในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการ.....	49
2.3.2 ความสมัครใจในการทำสัญญา (Consent of Contract).....	52
2.3.3 หลักฐานแห่งสัญญา (Evidence of Contract).....	53
2.3.3.1 ใบตราส่ง.....	55
2.3.4 การบังคับใช้สัญญาอนุญาตตุลาการ.....	58
2.4 คณะอนุญาตุลาการ.....	60
2.4.1 จำนวนอนุญาตุลาการ.....	60
2.4.2 วิธีการแต่งตั้งอนุญาตุลาการ.....	65
2.4.3 สถานะ และ คุณสมบัติของอนุญาตุลาการ.....	68
2.4.3.1 การคัดค้านอนุญาตุลาการ.....	70
2.4.4 การเข้ามามีส่วนร่วมของชาวต่างชาติในการอนุญาตุลาการ.....	75
2.4.5 การสิ้นสุดการเป็นอนุญาตุลาการ.....	76
2.5 อำนาจวินิจฉัยของอนุญาตุลาการ.....	77
2.6 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาตุลาการ.....	82
2.6.1 การปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน (Equality)	82
2.6.2 บทบาทของคู่กรณี และ อนุญาตุลาการในการดำเนิน กระบวนการพิจารณา.....	83
2.6.3 การสืบพยาน.....	84
2.6.3.1 การขานัดพิจารณาในการอนุญาตุลาการ.....	85
2.6.3.2 อำนาจไต่สวนของอนุญาตุลาการ.....	86
2.7 คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา.....	87
2.7.1 ความหมาย และ ประเภทของคำชี้ขาด.....	87
2.7.2 กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่กรณี.....	88
2.7.3 หลักเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาด.....	92

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.7.4 การตีความ และ แก้ไขข้อบกพร่องในคำชี้ขาด.....	95
2.7.5 การสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา.....	96
2.8 การคัดค้านคำชี้ขาด การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด และ การปฏิเสธ ไม่บังคับตามคำชี้ขาด.....	97
2.8.1 การคัดค้านคำชี้ขาด.....	97
2.8.2 เหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาด.....	97
2.8.3 ปัญหาเรื่องการตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน”	101
2.8.4 การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด.....	102
2.8.5 การปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ.....	105
2.9 การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล.....	107
2.10 บทบาทศาล.....	109
2.10.1 หน้าที่ในการบังคับให้มีการอนุญาโตตุลาการ.....	110
2.10.2 หน้าที่สนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ.....	111
2.10.3 หน้าที่ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ.....	113
บทที่ 3 วิเคราะห์ปัญหาความไม่เป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545.....	118
3.1 การอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง.....	118
3.1.1 ศาลที่มีอำนาจในการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง.....	119
3.1.2 การกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง.....	121
3.1.3 กฎหมายที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง.....	125
3.1.4 การปฏิบัติชำระหนี้ของหน่วยงานภาครัฐ.....	127
3.1.5 ปัญหาความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง.....	128

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.2 ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ.....	130
3.2.1 บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ.....	130
3.2.2 ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ.....	132
3.2.2.1 แนวความคิดเรื่องความคุ้มกัน และ ความรับผิดชอบ อนุญาโตตุลาการ.....	132
3.2.2.2 ประเภทของความรับผิดชอบ.....	134
3.3 การมิได้แบ่งแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และ กฎหมาย อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ.....	146
3.3.1 การกำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐาน มาใช้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545.....	149
3.4 การขอใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวในสัญญาอนุญาโตตุลาการ.....	152
3.4.1 รูปแบบของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	153
3.5 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับการเป็นอนุญาโตตุลาการ.....	157
บทที่ 4 บทสรุป และ ข้อเสนอแนะ.....	160
รายการอ้างอิง.....	171
บรรณานุกรม.....	176
ภาคผนวก.....	181
ภาคผนวก ก.	182
ภาคผนวก ข.	201
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	223

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในยุคโลกาภิวัตน์ ที่มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจค่อนข้างสูงกว่าประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากในช่วงที่ผ่านมาประเทศไทยมีการขยายตัวทางการค้า การลงทุนทั้งภายใน และ ระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น มีการเจริญเติบโต และเปิดกว้างสู่นานาชาติมากขึ้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงต้องปรับตัวให้พร้อมในทุก ๆ ด้าน เพื่อให้ทันกับความเจริญทางเศรษฐกิจโลก และ การแข่งขันทางการค้า ส่งผลให้ควรมีการพัฒนา ปรับปรุง รวมทั้งปฏิรูปกฎหมายทั้งกฎหมายภายใน และ กฎหมายระหว่างประเทศให้ทันสมัยยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถรองรับกับยุคโลกาภิวัตน์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน รวมทั้งส่งเสริมเศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนการพัฒนาประเทศไทยให้เจริญก้าวหน้าต่อไป

ปัจจุบันเห็นได้ว่าทั้งภาคเอกชน และ ภาครัฐของไทยมีการติดต่อค้าขายกับชาวต่างประเทศมากขึ้น ส่งผลให้มีการลงนามในสัญญาการลงทุนที่มีมูลค่าสัญญาค่อนข้างสูง ทำให้มีกระบวนการเกิดขึ้นของสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา รวมทั้งการระงับข้อพิพาทตามสัญญาค่อนข้างซับซ้อน และต้องเป็นระบบเพื่อปกป้องผลประโยชน์ฝ่ายตนมากที่สุด โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกกล่าวถึงเพียงแต่ขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้มาจากแนวคิดที่ว่าในการติดต่อทำการค้าระหว่างกันนี้ อาจมีข้อพิพาท หรือ ความขัดแย้งเกิดขึ้นได้อันก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่าจะนำกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบใดมาปรับใช้ซึ่งท่าน CLIVE SCHMITHOFF เคยกล่าวไว้ว่า “ It is almost a truism to state that arbitration is better than litigation, conciliation better than arbitration, and prevention of legal disputes better than conciliation”¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับคำกล่าวข้างต้น เนื่องจากหากเราป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทได้ย่อมเป็นการดีที่สุด แต่ในทางปฏิบัติการไม่ให้มีข้อพิพาทเลยนั้น ไม่สามารถทำได้

¹ Clive schmithoff, Export Trade, The Law and Practice of International Trade, อ้างถึงใน วิชา อริยะนั้นทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ใน คู่มือการศึกษา วิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 422.

โดยปกติเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักธุรกิจต่างชาติมักวิตกกังวลว่าเมื่อทำสัญญาผูกพันกับคนไทย เข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้วเกิดข้อพิพาทกับคู่สัญญาฝ่ายไทย หากนำคดีขึ้นสู่ศาลไทยภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทยแล้ว ตนจะเสียเปรียบคู่กรณีพิพาทซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ หรือ เอกชนไทย ดังนั้น ในการเจรจาทำสัญญา นักธุรกิจต่างชาติจึงมักพิจารณาการระงับข้อพิพาทหรือแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งที่รวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพ และ ให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย อันเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาชน รวมทั้งภาครัฐ และ เอกชน ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในวงการค้าทั้งภายใน และ ระหว่างประเทศ ว่ามีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และ เป็นธรรม คู่สัญญาชาวต่างชาติจึงมักเรียกร้องให้มีข้อกำหนดว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ระบุไว้ในสัญญา หรือ แยกเป็นสัญญาต่างหาก (Arbitration Agreement) เพื่อให้คู่สัญญายื่นข้อเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแทนการยื่นฟ้องต่อศาล ทั้งนี้ เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่เกิดจากการคัดเลือก และ แต่งตั้งจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันให้มาทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์กระบวนการพิจารณาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยอมรับกัน อันเป็นองค์กรที่เป็นกลางและสอดคล้องตามประเพณีสากลในทางการค้าระหว่างประเทศ

ในส่วนของประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้บังคับใช้มาเป็นระยะเวลาาน ส่งผลให้บทบัญญัติในบางส่วนจึงไม่ทันสมัยกับความต้องการ พัฒนาการ และ เทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป ก่อให้เกิดอุปสรรคปัญหาข้อขัดข้องในบางเรื่อง เช่น ปัญหาสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการบันทึกข้อมูลโดยเทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น E-mail ถือเป็นสัญญาที่ใช้บังคับได้หรือไม่, ปัญหาจำนวนอนุญาโตตุลาการ และ คุณสมบัติอนุญาโตตุลาการที่อาจทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่มีประสิทธิภาพ, ปัญหาการวินิจฉัยขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ , ปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด, ปัญหาการขอใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่กรณีก่อนดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ทำให้ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้เพื่อให้ทันกับความต้องการ และ บทบาทของอนุญาโตตุลาการที่เพิ่มมากขึ้น กระทรวงยุติธรรมจึงได้เสนอแนวคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2540 เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าว ในที่สุดจึงได้มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ขึ้น และ ประกาศใช้ไปเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2545 โดยปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติส่วนที่ล้าสมัยให้ดียิ่งขึ้น โดยอิงกับแนวของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีการพัฒนาสู่ความเป็น

สากลมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนก็พบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีบทบัญญัติบางประการที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นนอกจากจะเป็นการขัดขวางต่อการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการ และ มีผลกระทบต่อความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยแล้ว ยังเป็นผลให้เกิดความเคลือบแคลงใจในบรรยากาศการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยของชาวต่างชาติอีกด้วย ดังนั้น เพื่อให้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยสามารถเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ และ เป็นที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายทั้งภายใน และ ระหว่างประเทศ จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงปัญหา ข้อบกพร่อง ข้อขัดข้อง และ อุปสรรคต่าง ๆ ที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อันจะเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้ เพื่อหาแนวทางพัฒนาให้การอนุญาโตตุลาการของไทยมีมาตรฐานอันเป็นสากล และ ได้รับการยอมรับเพิ่มขึ้น ซึ่งจะทำให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้นำไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด รวมทั้งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศในควมมีศักยภาพของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ ด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. ศึกษาถึงแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และ แนวทางตามกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีลักษณะสากล
2. ศึกษาถึงบทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่อาจเป็นอุปสรรค หรือ ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ และ พัฒนากฎหมายต่อไป
3. ศึกษาถึงบทบัญญัติที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ให้มีความเป็นสากล อันทำให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สามารถใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แพร่หลาย และเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศมากยิ่งขึ้น

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ทั้งที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2545 มีความเป็นสากลอยู่มาก แต่ก็มีหลักฐานว่ายังมีข้อบกพร่องบางประการที่ไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของสากล ซึ่งหากได้รับการปรับปรุงแก้ไขจะทำให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และ ยังทำให้การอนุญาตตุลาการในประเทศไทยเป็นที่นิยมแพร่หลาย และ ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศมากขึ้นเช่นกัน

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวิจัยในเรื่องนี้มีขอบเขตเนื้อหาครอบคลุมเฉพาะการศึกษาแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 และ แนวทางการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการตามกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งอนุสัญญาตลอดจนข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยเน้นศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นการพรรณนา และ วิเคราะห์ข้อมูลควบคู่กันไป (Descriptive and Analytical Method) โดยการค้นคว้า รวบรวมข้อมูล เอกสารจากตำรา บทความ วารสาร ตำบทยกกฎหมาย รายงานการวิจัย รายงานการสัมมนา บันทึกการประชุม และ สิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ ทั้งของประเทศไทย และ ต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด หลักการ กฎเกณฑ์ แนวทางการตีความ รวมทั้งปัญหา และอุปสรรคในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
2. ทำให้ทราบถึงแนวทางของการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับในทางสากล
3. ทำให้ทราบถึงแนวทางเพื่อการพัฒนาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ และ อนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคี
4. นอกจากนี้หากพบว่ามีข้อบกพร่องตามที่ตั้งสมมติฐานไว้ย่อมจะได้ข้อเสนอแนะ และแนวทางแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งจะมีส่วนช่วยในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้ดำเนินการไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.7 ตารางเปรียบเทียบหลักการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และ หลักการอนุญาโตตุลาการตามแนวทางของต่างประเทศอันเป็นสากล²

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
การส่งเอกสาร	<p>แยกเป็น 2 ประเด็น คือ</p> <p>ก. การส่งภายในประเทศ กฎหมายกำหนดให้ส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ไปยังบุคคลที่ระบุไว้ในเอกสาร หรือ ส่งไปยังสำนักทำการงาน ภูมิลำเนา หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้รับ ในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าส่งไปยังสำนักทำการงาน หรือ ภูมิลำเนา หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบก็ให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว</p> <p>ข. การส่งไปต่างประเทศ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือ ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ แต่อาจใช้วิธีดังกล่าว หรือ วิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการส่งแล้วก็ได้ เพราะมุ่งพิจารณาแก่การส่งเท่านั้น (ดูหน้า 37 – 38)</p>	<p>ในทางสากลมีหลัก Mail Box Rule ที่ประเทศส่วนใหญ่ยึดถือเป็นต้นแบบอยู่โดยหลักนี้มองที่ <u>การส่งมีผลเมื่อส่ง</u> เท่านั้น โดยในกฎหมายต้นแบบ ๑ มาตรา 3 บัญญัติถึงการรับ-ส่งเอกสารโดยมองว่า ให้ถือว่าได้รับแล้ว หากส่งถึงผู้รับซึ่งหน้า หรือ ส่งไปยังสถานประกอบธุรกิจ ถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติ หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้รับ แต่หากไม่ปรากฏที่อยู่ใดเลย แม้สืบหาตามสมควรแล้ว หากได้ส่งไปยังสถานประกอบธุรกิจ หรือ ถิ่นที่อยู่ปกติ หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ที่ทราบเป็นครั้งสุดท้ายของผู้รับโดยส่งจดหมายลงทะเบียน หรือ วิธีการอื่นใดอันแสดงความพยายามในการส่งก็ให้ถือว่าส่งโดยชอบแล้ว และ ให้ถือว่าได้รับเอกสารในวันที่ส่งเอกสารนั้น</p> <p>กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดว่าต้องส่งโดยวิธีไหน บางกรณีอาศัยเทียบเคียงเอากับเรื่องการส่งคำชี้ขาด แต่ส่วนมากก็ยึดหลักการส่งมีผลเมื่อส่งเช่นกัน (ดูหน้า 38 – 40)</p>

² “แนวทางของต่างประเทศอันเป็นสากล” ผู้เขียนเน้นศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และ ศึกษากฎหมายของต่างประเทศบางประการซึ่งเป็นที่ยอมรับจากนานาอารยประเทศ

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
<p>บทบาทศาล</p>	<p>ศาลยังคงเข้ามามีบทบาทแยกใหญ่ ๆ เป็น 3 ประเภท</p> <p>ก. <u>หน้าที่บังคับให้มีอนุญาโตตุลาการ</u> เช่น ให้คู่กรณีไปดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการก่อน</p> <p>ข. <u>หน้าที่สนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ</u> เช่น แต่งตั้ง, ถอดถอนอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีปัญหา, ออกหมายเรียกพยาน, มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว</p> <p>ค. <u>หน้าที่ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ</u> เนื่องจากอนุญาโตตุลาการโดยตนเองไม่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาด</p> <p>การอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น ยังคงต้องพึ่งพาศาลอยู่จึงไม่สามารถตัดความสัมพันธ์ในส่วนนี้ระหว่างอนุญาโตตุลาการ และ ศาลออกได้ แต่ต้องคงความสัมพันธ์อยู่เพื่อพึ่งพาศาลกันต่อไป (ดูหน้า 109 – 117)</p>	<p><u>มีหน้าที่หลัก 3 ประการ</u>อย่าง ที่กล่าวในแนวของประเทศไทย แต่จะมีบทบาทเล็กน้อยต่างกันไป ประเทศคอมมอนลอร์ส่วนมากไม่นิยมให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการมากนัก โดยบางประเทศให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือได้ในกรณีที่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐเท่านั้น บางประเทศก็ให้อำนาจศาลเข้ามาแทรกแซงมาก</p> <p>แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันมี<u>แนวโน้มที่จะลดบทบาทศาลในการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น</u> เช่น ประเทศอังกฤษ เดิมให้ศาลเข้ามามีบทบาทมาก แต่ภายหลังแก้กฎหมายจำกัดบทบาทศาลมากขึ้นในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นไปตามแนวทางกฎหมายต้นแบบ ๆ ที่พยายามจำกัดอำนาจศาลให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น (ดูหน้า 110 – 114)</p>
<p>นิยามของสัญญาอนุญาโตตุลาการ</p>	<p>สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ อาจเป็นข้อหนึ่งในสัญญาหลัก หรือ เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ (ดูหน้า 44)</p>	<p>เป็นไปในทำนองเดียวกัน คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง ข้อตกลงที่คู่สัญญาดตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตในทางนิติสัมพันธ์ไม่ว่าโดยสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ อาจเป็นข้อหนึ่งในสัญญาหลัก หรือ เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
		<p>ได้ ตามกฎหมายต้นแบบ ๗ มาตรา 7 (1) แต่มีกฎหมายบางประเทศระบุเจาะจงลงไปอีก เช่น เยอรมัน ระบุว่าข้อพิพาทในกิจการบางอย่างจะใช้ อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดได้ ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น</p> <p>โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลัก (Arbitration Clause) หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกเทศ (Arbitration Agreement) ก็ได้ (ดูหน้า 44 – 45)</p>
ลักษณะของข้อพิพาทที่มอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้	<p><u>นิติสัมพันธ์ทางแพ่ง (เว้นแต่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถานะบุคคล)</u> และ <u>ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง</u>ก็มอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้เช่นกัน ทั้งนี้ ต้องไม่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (ดูหน้า 46)</p>	<p><u>นิติสัมพันธ์ทางแพ่ง และ ในบางประเทศยังมีกำหนดสงวนข้อพิพาทบางประเภทให้ศาลยุติธรรมเท่านั้น</u> เช่น สหรัฐอเมริกา เรื่องการผูกขาด หรือ เรื่องหุ้นส่วนบริษัทบางกรณี , เยอรมัน เช่น เรื่อง cartel agreement, นอร์เวย์ เช่น เรื่องเกี่ยวกับ instalment purchase เป็นต้น</p> <p>ส่วนเรื่องข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยังแยกเป็น 3 แนว คือ</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.ไม่ให้ระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ 2.ให้ระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ 3. พิจารณาเนื้อหาว่า ถ้าเป็นความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ก็มอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้ หากไม่ใช่ก็ไม่ได้ <p>อย่างไรก็ตาม หากดูจากแนว</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
		โน้มประเทศส่วนใหญ่ยอมให้ข้อพิพาททางปกครองระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ หากเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาททางปกครองทางพาณิชย์ (ดูหน้า 46)
สัญญาหลัก และ ข้อตกลงเกี่ยวกับ การ อนุญาโตตุลาการ	เป็นเอกเทศแยกจากกัน แม้ สัญญาหลักจะเป็นโมฆะ แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการยังใช้ได้ (Separability Doctrine) (ดูหน้า 47 - 48)	ยึดหลัก Separability Doctrine เหมือนกัน เป็นเอกเทศออกจากสัญญาหลัก แม้ข้อตกลงจะรวมอยู่ในสัญญาหลักก็ตาม แต่ยังมีบางประเทศที่เห็นว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีความเป็นเอกเทศ และ ไม่อาจแยกออกจากสัญญาหลักได้ ถ้าสัญญาหลักบกพร่อง สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถใช้บังคับได้ เช่น ออสเตรเลีย, อินเดีย, แอฟริกาใต้ แต่ก็เป็นส่วนน้อยมาก โดยหลักจึงถือว่าเป็นเอกเทศแยกจากกัน (ดูหน้า 47 - 48)
ความสมัครใจในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ	โดยหลักคู่สัญญาทุกฝ่ายต้องสมัครใจตกลงยินยอม เข้ามาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องเข้ามาทำการอนุญาโตตุลาการ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 และ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 ที่กำหนดให้ต้องระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทุกกรณี (ดูหน้า 52)	ทุกฝ่ายต้องแสดงเจตนาสมัครใจตกลงกัน ยอมที่จะผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ส่วนข้อยกเว้นแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ ซึ่งโดยมากหากมีข้อยกเว้นก็คือ กฎหมายกำหนดบังคับให้ไประงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (ดูหน้า 52)
หลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการ	ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ เช่น สัญญาที่คู่	ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่ลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือ เอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือ ทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือ มีการกล่าวอ้างถึงในข้อเรียกร้อง หรือ ข้อคัดค้านแล้วอีกฝ่ายไม่ปฏิเสธ</p> <p>ในส่วนนี้ประเทศไทยมีความก้าวหน้ามากเพราะบัญญัติถึงสื่อที่ได้รับ การยอมรับแล้วในปัจจุบัน ในขณะที่กฎหมายต้นแบบ ๗ หรือ กฎหมายบางประเทศยังไม่ได้บัญญัติไว้เลย (ดูหน้า 53 – 58)</p>	<p>โทรพิมพ์ หรือ เครื่องมือสื่อสารอื่นใด ซึ่งเป็นหลักฐานของข้อตกลง หรือ กล่าวถึงในเอกสารใด ๆ โดยอีกฝ่ายมิได้ปฏิเสธการตกลงนั้น</p> <p>ในส่วนนี้หลักที่ยอมรับสากลคือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ</p> <p><u>หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ต้องเป็นการสื่อสารอื่นใดอันเป็นที่ยอมรับได้ ซึ่งต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ</u> แต่หากพิจารณาตามกฎหมายต้นแบบ ๗ มาตรา 7(2) อันเป็นแม่แบบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งชาติต่าง ๆ ได้บัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการพัฒนาไปตามยุคสมัย เช่น ปัจจุบันสัญญาทาง e-mail มีแนวโน้มจะเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้น แม้ไม่ได้บัญญัติในกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติก็ถือว่าใช้ได้ด้วย (ดูหน้า 53 – 54)</p>
<p>การบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ</p>	<p>กรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาลโดยไม่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การ หรือ ภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และ เมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำ</p>	<p>กรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทต่อศาลโดยไม่นำไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาก่อน ฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันยื่นคำให้การ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน เว้นแต่สัญญาเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้</p> <p>แม้ประเด็นยังอยู่ในการพิจารณาของศาล การอนุญาโตตุลาการก็อาจเริ่มขึ้น หรือ</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือ ใช้บังคับไม่ได้ หรือ มีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี (ดูหน้า 58 – 59)</p>	<p>ดำเนินการต่อไปได้ และอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งขาดได้ <u>จุดนี้ประเทศต่าง ๆ บัญญัติไว้คล้ายคลึงกัน แต่อาจต่างกันในเรื่องกำหนดเวลาที่ฝ่ายถูกฟ้องจะยื่นคำร้องต่อศาล โดยต่างกันไปตามที่แต่ละประเทศเห็นสมควร อย่างไรก็ตามโดยมากถือหลักตามกฎหมายต้นแบบ ๑ มาตรา 8 ที่ให้ฝ่ายที่ถูกฟ้องยื่นคำร้องก่อนวันยื่นคำให้การได้ (ดูหน้า 58)</u></p>
<p>วิธีคุ้มครองชั่วคราว</p>	<p><u>คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือ ขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้</u> ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าทำได้ก็ให้จัดการตามคำร้อง โดยให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่มีส่วนเกี่ยวข้องมาใช้โดยอนุโลม แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วันนับแต่ศาลมีคำสั่ง ให้ถือว่าคำสั่งเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว (ดูหน้า 152 – 154, 156 - 157)</p>	<p><u>คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อน หรือ ระหว่างการอนุญาโตตุลาการ เพื่อใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว และ ศาลมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามคำร้องขอได้ กรณีนี้ ในทางสากลจะยินยอมให้มีการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ โดยยอมรับว่าต้องให้ศาลเป็นคนสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่ในบางประเทศให้อนุญาโตตุลาการสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ เช่น สิงคโปร์ อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการสามารถสั่งคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินได้</u></p> <p>ในส่วนที่ว่าคู่ความจะยื่นต่อศาลได้โดยตรงหรือไม่ โดยมากยินยอมให้คู่ความยื่นคำร้องต่อศาลโดยตรง แต่บางประเทศยังให้คู่ความยื่นผ่านอนุญาโตตุลาการอยู่ (ดูหน้า 154 – 156)</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
จำนวนอนุญาโตตุลาการ	<p>ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ และ ในกรณีที่คู่สัญญากำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกคนหนึ่งเป็นประธาน ส่วนกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว (ดูหน้า 60 – 64)</p>	<p><u>บทบัญญัติของหลายๆ ประเทศไม่ได้กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ หรือ เลขคู่ แต่ในทางปฏิบัติโดยหลักนิยมตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 3 คน</u></p> <p>แต่บางกรณีก็มีมากกว่า 3 คนได้ เช่น อนุญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้าง เป็นต้น หรือ อาจตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ก็ได้ และหลายประเทศก็ไม่ได้ห้ามไว้ แต่จะเป็นการยากต่อการหาเสียงข้างมาก จึงไม่เป็นที่นิยม (ดูหน้า 62 – 63)</p>
วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	<p>ให้คู่สัญญาดตกลงกันแต่งตั้ง -กรณีกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีเพียงคนเดียว และ คู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้ ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจศาลให้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน -กรณีกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการมากกว่า 1 คน ให้คู่สัญญาแต่ละฝ่าย ตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่า ๆ กัน และ อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคน แต่ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่สัญญาอีกฝ่าย หรือ ทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ให้คู่สัญญาฝ่าย</p>	<p>กรณีอนุญาโตตุลาการคนเดียว ให้คู่สัญญาร่วมกันแต่งตั้ง และกรณีกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการมากกว่า 1 คน ให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่า ๆ กัน และอนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนมาเป็นประธาน หากตั้งไม่ได้ก็ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ศาลตั้งได้</p> <p>มีข้อสังเกตว่าในกฎหมายต้นแบบ ๆ มาตรา 11(3)(a) ก็ระบุให้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอให้แต่งตั้งจากอีกฝ่ายเช่นกัน แต่ในส่วนนี้บางประเทศไม่ได้กำหนดระยะเวลาเช่นนี้ หากแต่</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	หนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ ดำเนินการตั้งอนุญาตตุลาการตามที่ เห็นสมควร (ดูหน้า 65 – 67)	โดยหลักการเป็นไปในแนวเดียวกัน (ดูหน้า 67 – 68)
สถานะของ อนุญาตตุลาการ	<u>เป็นอิสระ และ เป็นกลาง</u> (มาตรา 19) และ อนุญาตตุลาการต้อง เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุสงสัยใน ความเป็นกลาง หรือ ความเป็นอิสระ นับแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งตลอดจน ระหว่างเวลาดำเนินการ อนุญาตตุลาการต่อคู่สัญญาทุกฝ่าย (ดูหน้า 68 – 69)	<u>เป็นอิสระ และ เป็นกลาง แต่</u> <u>บางประเทศมองว่าอนุญาตตุลาการ</u> <u>สามารถทำหน้าที่เป็นทนาย หรือ เข้า</u> <u>ข้างฝ่ายที่แต่งตั้งตนขึ้นมาได้ หรือบาง</u> <u>ประเทศมองว่าสถานะเป็นอิสระ และ</u> <u>เป็นกลางนี้ใช้เฉพาะอนุญาตตุลาการ</u> <u>คนที่เป็นกลางเท่านั้น</u> แต่อย่างไรก็ตาม ในแนวทางสากลเชื่อว่า อนุญาตตุลาการทุกคนต้องเป็นผู้มี ความเป็นกลาง และ เป็นอิสระจากการ ครอบงำของกลุ่มความ นอกจากนี้อนุญาตตุลาการ ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตนเองที่ เป็นเหตุอันควรสงสัยได้ถึงความเป็น เป็นกลาง หรือ ความเป็นอิสระนับแต่ เวลาได้รับแต่งตั้งตลอดจนระหว่าง ดำเนินการอนุญาตตุลาการ (ดูหน้า 68)
เหตุแห่งการคัด ค้าน	เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็น เหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลาง หรือ ความเป็นอิสระ หรือ ขาดคุณสมบัติ ตามที่ตกลงกัน แต่จะคัดค้าน อนุญาตตุลาการที่ตนแต่งตั้งไม่ได้ เว้น แต่มีได้รู้ หรือ ควรรู้ถึงเหตุคัดค้านใน ขณะที่ตั้งอนุญาตตุลาการนั้น (มาตรา 19 วรรค 3) (ดูหน้า 70)	เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลาง หรือ ความเป็นอิสระ หรือ ขาดคุณสมบัติของ อนุญาตตุลาการตามที่ตกลงกัน และ จะคัดค้านอนุญาตตุลาการฝ่ายที่ตน แต่งตั้งไม่ได้ เว้นแต่มีได้รู้ หรือ ควรรู้ ถึงเหตุคัดค้านนั้นมาก่อนที่จะแต่งตั้ง อนุญาตตุลาการนั้น และ บางประเทศ อาจบัญญัติเหตุอื่นมากกว่านี้ก็ได้ แต่ โดยทั่วไปถือหลักเพียงแค่นี้ (ดูหน้า 70 – 72)

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
วิธีการคัดค้าน	<p>คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 15 วัน นับแต่วันที่<u>ได้รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ</u> หรือ <u>รู้ถึงข้อเท็จจริง</u> และ หากอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือ คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้าน ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคำคัดค้านนั้น และ ถ้าการคัดค้านโดยวิธีดังกล่าวไม่บรรลุผล หรือ กรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่<u>ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้าน</u> หรือ <u>รู้ถึงข้อเท็จจริง</u> และ เมื่อศาลได้สวนคำคัดค้านแล้ว อาจมีคำสั่งให้ยอมรับ หรือ ยกเสียซึ่งคำคัดค้านได้ และ ระหว่างนั้นอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น</p> <p>กรณีมีเหตุจำเป็น อนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาคัดค้านออกไปได้อีกไม่เกิน 15 วัน (ดูหน้า 73 – 74)</p>	<p>ต้องมีหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ ทราบข้อเท็จจริงใด ๆ และ <u>ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น</u> เว้นแต่อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านยอมถอนตัว หรือ คู่สัญญาอีกฝ่ายเห็นชอบกับการคัดค้าน</p> <p>ถ้าการคัดค้านโดยวิธีดังกล่าวไม่สำเร็จผล ฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลภายใน 30 วัน นับแต่วันที่<u>ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้าน</u> เพื่อให้ศาลวินิจฉัยโดยคำพิพากษาให้เป็นที่สุด และ ระหว่างที่ศาลพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไป และ ทำคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้คู่พิพาทอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้</p> <p>วิธีการคัดค้านตามที่กล่าวมานี้ มาจากกฎหมายต้นแบบ ๗ มาตรา 13 ซึ่งหลาย ๆ ประเทศยึดเป็นแบบอย่าง แต่ในเรื่องของระยะเวลาอาจแตกต่างกันออกไป เพียงแค่มีหลักการในการทำงานเองเดียวกันนี้ และ หลัก Competence de la competence ก็เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับในทางสากลมานานแล้ว (ดูหน้า 73)</p>
การสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการ	<ul style="list-style-type: none"> - ตาย - อนุญาโตตุลาการถูกคัดค้านตามมาตรา 20 	<ul style="list-style-type: none"> - ตาย - ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยพิถีพิถันไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายใน

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>- อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยไม่ยินยอมรับการตั้ง, ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด, ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือ เสมือนไร้ความสามารถ หรือ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น การอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อ</p> <p>- อนุญาโตตุลาการขอลอนตัว</p> <p>- คู่พิพาทตกลงให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง</p> <p>แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการได้ และ ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามวิธีที่กำหนดให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ (ดูหน้า 76 – 77)</p>	<p>เวลาอันสมควร</p> <p>- อนุญาโตตุลาการขอลอนตัว</p> <p>- คู่พิพาทตกลงให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง</p> <p>แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดลงหรือไม่ของอนุญาโตตุลาการนั้น และ คำวินิจฉัยของศาลกรณีนี้ ถือเป็นที่สุด และ ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนโดยวิธีเดียวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ได้สิ้นสุดลงนั้น <u>ในบางประเทศอาจกำหนดเหตุแห่งการสิ้นสุดของอนุญาโตตุลาการมากกว่านี้ตามแต่ความจำเป็น และ ทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ</u> (ดูหน้า 77)</p>
อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยขอบอำนาจตนเอง	<p>ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่ หรือ ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ, ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ประเด็นข้อพิพาทนั้นว่าอยู่ในขอบเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการหรือไม่</p> <p>เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเองแล้ว คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายใน 30 วันนับแต่ได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นก็</p>	<p>ยึดหลัก competence de la competence ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขอบอำนาจของตนเอง, คำคัดค้านใด ๆ, ความมีอยู่หรือ ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ, อำนาจพิจารณา ฯลฯ เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยแล้ว คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายใน 30 วันนับแต่ได้รับแจ้งคำชี้ขาด เพื่อให้ศาลวินิจฉัยข้อปัญหาดังกล่าว คำพิพากษาของศาลให้ถือเป็นที่สุด</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	ได้ และ แม้คำร้องดังกล่าวจะอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และ ทำคำชี้ขาดต่อไปได้ (มาตรา 24) (ดูหน้า 78 – 79, 81)	และระหว่างที่ศาลพิจารณาคำร้อง คณะอนุญาโตตุลาการก็อาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไป และ ทำคำชี้ขาดได้ (ดูหน้า 77 – 80)
วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ	<p>คู่กรณีสามารถตกลงกำหนดวิธีพิจารณากันเองได้ว่าจะใช้ภาษา และ สถานที่ใดในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ</p> <p>หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการไปตามที่เห็นเหมาะสม</p> <p>อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน ให้โอกาสสืบพยานนำเสนอคดีอย่างเต็มที่ และ รับฟังด้วยความเป็นธรรม</p> <p><u>ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม (ดูหน้า 82 – 83)</u></p>	<p>คู่กรณีสามารถตกลงกันเองได้เช่นกันว่าจะใช้ภาษา และ สถานที่ใดในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ</p> <p>หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการไปตามที่เห็นเหมาะสม</p> <p>อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน ให้โอกาสสืบพยานนำเสนอคดีอย่างเต็มที่ และ รับฟังด้วยความเป็นธรรม</p> <p>(ดูหน้า 82)</p>
การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ	<p>การเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาให้ถือว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทใด ๆ เริ่มต้นเมื่อ</p> <p>- วันที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่กรณีอีกฝ่าย เพื่อระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ</p> <p><u>ในส่วนประเทศไทยมีกำหนดรายละเอียดเพิ่มขึ้นอันต่างจากกฎหมายต้นแบบ ๆ ดังนี้</u></p> <p>- เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอก</p>	<p>การเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาให้ถือว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทใด ๆ เริ่มต้นในวันที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่กรณีอีกฝ่าย เพื่อระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ แต่แต่ละประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขเพิ่มขึ้นได้ และ คู่กรณีก็อาจกำหนดเพิ่มขึ้นได้ตามวัตถุประสงค์ของแต่ละคน</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>กล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายให้ตั้ง อนุญาโตตุลาการ หรือ ให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการ</p> <p>- เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้</p> <p>- เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งได้ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้</p>	
<p>ค่าแถลงข้อเรียกร้อง และ ค่าคัดค้าน</p>	<p>ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกัน หรือ อนุญาโตตุลาการกำหนด (กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกัน) ฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นพิพาท และ คำขอบังคับของตน ส่วนฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องแสดงคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน โดยอาจแนบเอกสารที่เกี่ยวข้อง หรือ บัญชีพยานมาด้วยก็ได้</p> <p>กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงเป็นอื่นฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้อง หรือ ค่าคัดค้านระหว่างพิจารณาได้ เว้นแต่อนุญาโตตุลาการเห็นว่า การแก้ไขเป็นการไม่สมควร เมื่อคำนึงถึงความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น (ดูหน้า 83)</p>	<p>ผู้เรียกร้องต้องระบุข้อเท็จจริงสนับสนุนค่าแถลงเรียกร้อง หรือ ประเด็นแห่งคดีของตน ส่วนผู้คัดค้านต้องระบุถึงคำคัดค้าน และ เหตุผลการคัดค้านด้วย โดยอาจแนบบัญชีพยาน และ เอกสารที่เห็นว่าเกี่ยวข้อง และ ประสงค์จะอ้างเป็นพยาน</p> <p>คู่กรณีทั้งสองต้องยื่นค่าแถลงเรียกร้อง และ ค่าคัดค้านมาภายในกำหนดเวลาที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ หรือ กำหนดโดยคณะอนุญาโตตุลาการ</p> <p>ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้อง หรือ ค่าคัดค้านระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการได้ (ดูหน้า 83)</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
สิทธิในการตั้ง ทนาย	ตามกฎหมายใหม่ไม่ได้บัญญัติไว้แต่ถือเป็นสิทธิพื้นฐานที่ทุกคนมีได้	คู่ความมีสิทธิตั้งทนายความ เพื่อดำเนินการต่อสู้แทนตนเองได้
การสืบพยาน	<p>กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงเป็นอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานด้วยวาจา หรือ รับฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา หรือ เป็นหนังสือ หรือ ฟังเพียงเอกสาร หรือ พยานหลักฐานอื่นก็ได้</p> <p>คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสืบพยานในช่วงกระบวนการพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรได้ถ้าได้รับคำร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง</p> <p>คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดุลพินิจที่จะไม่ออกนั่งพิจารณาคดีโดยพิจารณาพยานเอกสาร หรือ สืบพยานยังงี้ก็ได้</p> <p>คณะอนุญาโตตุลาการต้องแจ้งกำหนดนัดสืบพยาน และ นัดพิจารณาให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าพอสมควร</p> <p>ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือ ข้อมูลทั้งหมดที่คู่พิพาทฝ่ายใดเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ จะต้องส่งให้แก่ฝ่ายตรงข้ามด้วย และ ให้รวมถึงรายงานของผู้เชี่ยวชาญ หรือ เอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ประกอบการชี้ขาดด้วย (ดูหน้า 84)</p>	<p>คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ว่า</p> <ul style="list-style-type: none"> - จะสืบพยานด้วยวาจา หรือ รับฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา หรือ เป็นหนังสือ หรือ ฟังเพียงเอกสาร หรือ วัตถุพยานเท่านั้น แต่หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ อนุญาโตตุลาการสามารถเป็นผู้กำหนดได้ว่า จะสืบพยานอย่างไร - คู่กรณีต้องได้รับแจ้งกำหนดนัดต่าง ๆ ล่วงหน้าพอสมควร - คู่กรณีต้องส่งคำแถลงข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือ ข้อมูลทั้งหมดที่ตนได้เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ จะต้องส่งให้แก่ฝ่ายตรงข้ามด้วย และ ให้รวมถึงเอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ประกอบการชี้ขาดด้วย (ดูหน้า 84)

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
การขาดนัดของคู่กรณี	<p>คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่ง ดังต่อไปนี้</p> <ul style="list-style-type: none"> - สั่งยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกเรื่องไม่ยื่นข้อเรียกร้อง - สั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าฝ่ายที่ถูกเรียกเรื่องไม่ยื่นคำคัดค้าน แต่ไม่ให้ถือว่าเขายอมรับตามข้อเรียกร้อง - ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาในวันนัดสืบพยาน หรือ นัดพิจารณา หรือ ไม่เสนอพยานหลักฐานใด ๆ ศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อ และมีคำสั่งขาดต่อไปได้ <p>ทั้งนี้ เว้นแต่คู่กรณีได้ตกลงเป็นอย่างอื่น (ดูหน้า 85 – 86)</p>	<p>คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่ง ดังต่อไปนี้</p> <ul style="list-style-type: none"> - สั่งยุติกระบวนการพิจารณา ในกรณีที่ผู้เรียกเรื่องไม่ยื่นคำแถลงเรียกร้องตามกำหนด - สั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ ในกรณีที่ผู้คัดค้านไม่ยื่นคำคัดค้าน แต่ไม่ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านเป็นการยอมรับตามที่ผู้เรียกร้องกล่าวอ้าง - ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หากฝ่ายใดขาดนัดพิจารณา หรือ ไม่เสนอพยานหลักฐาน ศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อ และมีคำสั่งขาดต่อไปได้ตามพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่ (ดูหน้า 85)
บทบาทของอนุญาโตตุลาการ	<p>โดยหลักอนุญาโตตุลาการต้องวางตนเป็นกลาง นิ่งเฉย (Passive) รับฟังพยานหลักฐานตามที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเสนอ อย่างไรก็ตาม มาตรา 31 วรรคท้ายได้ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนได้ตามที่เห็นสมควร เป็นการเพิ่มบทบาททาง Active Role ให้กับอนุญาโตตุลาการ (ดูหน้า 86)</p>	<p>โดยมากให้อนุญาโตตุลาการเป็นกลาง นิ่งเฉย และ ฟังคู่กรณีสืบพยาน ไม่มีการไต่สวนหาความจริงโดยอนุญาโตตุลาการ แต่พิจารณาชี้ขาดไปตามที่คู่กรณีสืบมา (บทบาทในทาง Passive) แต่บางประเทศให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในทาง Active สามารถสอบถาม ไต่สวนได้เมื่อมีข้อสงสัย และ ยิ่งไปกว่านั้น บางประเทศให้ถือว่าอนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายแต่งตั้งเป็นเสมือนทนายความของฝ่ายตนเอง คือ เถียง, ต่อสู้แทนฝ่ายตน โดยผู้ที่มีบทบาทเป็นกลางจริง ๆ</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
		คือ อนุญาตตุลาการที่เป็นประชาชนซึ่ง ขาดเท่านั้น
การตั้งผู้เชี่ยวชาญ	<p>อนุญาตตุลาการมีอำนาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่ง หรือ หลายคน เพื่อทำความเห็นเฉพาะประเด็นใด ประเด็นหนึ่งที่ต้องชี้ขาดก็ได้ หรือ เรียกให้คู่พิพาทให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้เชี่ยวชาญ หรือ จัดทำ หรือ ดำเนินการให้ได้มาซึ่ง เอกสาร, วัตถุใด ๆ ที่เกี่ยวกับประเด็น ข้อพิพาทเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถ ตรวจสอบได้</p> <p>ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจตกลงเป็นอื่น ได้</p> <p>เมื่อผู้เชี่ยวชาญทำความเห็น เป็นหนังสือ หรือ ด้วยวาจาแล้ว หากคู่ พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอแล้ว คณะ อนุญาตตุลาการเห็นสมควรให้ผู้เชี่ยวชาญ นั้นมาให้ข้อเท็จจริงเพื่อให้คู่พิพาท มีโอกาสซักถามได้</p>	<p>อนุญาตตุลาการมีอำนาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่ง หรือ หลายคน เพื่อทำความเห็นเฉพาะประเด็นใด ประเด็นหนึ่งที่ต้องชี้ขาดก็ได้ หรือ เรียกให้คู่พิพาทให้รายละเอียดเรื่อง ที่ เกี่ยวข้อง จัดหาเอกสาร สิ่งของใดให้ แก่ผู้เชี่ยวชาญได้เสนอรายงานเป็นลายลักษณ์อักษร หรือ ด้วยวาจาแล้ว หาก ฝ่ายใดร้องขอ หรือ คณะ อนุญาตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า จำเป็น อาจกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญเข้า ร่วมสืบพยานเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาส ซักถามได้</p> <p>ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจตกลงเป็น อื่นได้</p> <p>อย่างไรก็ตามบางประเทศไม่มีบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้เป็นการ เฉพาะ แต่เป็นที่ยอมรับในทางสากล อยู่แล้วว่าอนุญาตตุลาการสามารถตั้ง ผู้เชี่ยวชาญมาพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เฉพาะประเด็นได้ เนื่องจาก อนุญาตตุลาการเป็นผู้เชี่ยวชาญ เฉพาะด้าน และ อาจไม่รู้ปัญหาทุก เรื่อง จึงควรนำผู้รู้มาพิจารณาใน ประเด็นปัญหาเฉพาะมากกว่า</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
<p>กฎหมายซึ่งใช้บังคับกับข้อพิพาท</p>	<p>คู่พิพาทสามารถตกลงให้ใช้กฎหมายอะไรมาบังคับกับข้อพิพาทก็ได้ กรณีที่กำหนดถึงกฎหมายประเภทใด โดยไม่ได้กำหนดชัดเจนว่ากฎหมายสารบัญญัติ หรือ สบัญญัติ ให้หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ <u>แต่ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้กำหนดกฎหมายไว้</u> ให้ <u>อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามกฎหมายไทย</u> เว้นแต่กรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายให้พิจารณาหลักกฎหมายขัดกันตามแต่ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม</p> <p>อย่างไรก็ตาม คู่พิพาทอาจกำหนดชัดเจนให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริต และเป็นธรรม</p> <p>การวินิจฉัยต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และ ต้องพิจารณาธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าด้วย ในกรณีที่ข้อพิพาททางการค้า (ดูหน้า 88 – 92)</p>	<p>คู่พิพาทสามารถตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทก็ได้ หากไม่ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการปรับใช้กฎหมายโดยพิจารณาจากหลักกฎหมายขัดกัน และหากไม่ได้กำหนดว่าจะนำกฎหมายนั้นมาใช้เป็นกฎหมายสารบัญญัติ หรือ สบัญญัติ ให้หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ</p> <p>ส่วนใหญ่ประเทศทั้งหลายมักกำหนดให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยใช้หลักความเป็นธรรมในลักษณะผู้ไกล่เกลี่ยฉันทมิตรได้ แต่คู่กรณีต้องให้อำนาจไว้โดยชัดเจน และ ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า และ เจื้อนใจของสัญญาด้วย (ดูหน้า 89)</p>
<p>การทำคำชี้ขาด</p>	<p><u>ให้ชี้ขาดไปตามเสียงข้างมาก</u></p> <p>ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ ให้ประธานอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำคำชี้ขาด หรือ มีคำสั่ง หรือ วินิจฉัยไปเพียงผู้เดียว เว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น (ดูหน้า 92, 94)</p>	<p><u>ให้ชี้ขาดไปตามเสียงข้างมาก</u></p> <p>เว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น แต่โดยมากประเทศส่วนใหญ่ก็ยึดหลักชี้ขาดตามเสียงข้างมากอยู่แล้ว <u>มีบางประเทศกำหนดให้ชี้ขาดโดยมติเอกฉันท์</u> เช่น บราซิล, เปรู, เวเนซุเอลา (ดูหน้า 93 – 94)</p>
<p>การตกลงระงับข้อพิพาท</p>	<p>ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทประนีประนอมยอมความกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา</p>	<p>คู่พิพาททั้งสองฝ่ายอาจตกลงระงับข้อพิพาทในระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ และ ให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	หากคู่พิพาทร้องขอ และ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลง หรือ การประนีประนอมยอมความนั้นไม่ฝ่าฝืนกฎหมายก็ให้คณะอนุญาโตตุลาการ ทำคำชี้ขาดไปตามข้อตกลง ประนีประนอมยอมความนั้น คำชี้ขาด เนื่องจากการประนีประนอมยอมความ ให้มีสถานะเช่นเดียวกับคำชี้ขาดใน ประเด็นข้อพิพาท	ทันที ทั้งนี้คู่กรณีอาจขอให้บันทึกข้อ ตกลงระงับข้อพิพาทไว้ในแบบคำชี้ ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ได้
แบบของคำชี้ขาด	ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือ ชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ คณะ อนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก <u>แต่ต้อง จดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการ ผู้ที่ไม่ลงลายมือชื่อด้วย</u> (ดูหน้า 92, 94)	ส่วนมากให้ทำเป็นหนังสือลง ลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก (กรณีมีอนุญาโตตุลาการมากกว่า 1 คน) และ ระบุเหตุแห่งการไม่ลงลาย มือชื่อด้วย แต่บางประเทศอาจกำหนด <u>ให้อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องลงลาย มือชื่อด้วย</u> (ดูหน้า 93 – 94)
เนื้อหาของคำชี้ขาด	ระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัย วัน สถานที่ และ จะชี้ขาดเกินขอบเขตแห่ง สัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ คำขอของ คู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่ชี้ขาดตามข้อตกลง ประนีประนอมยอมความ หรือ กำหนด ค่าธรรมเนียม, ค่าใช้จ่าย หรือ ค่าป่วย การชั้นอนุญาโตตุลาการ เมื่อทำคำชี้ ขาดเสร็จให้ส่งสำเนาให้แก่คู่พิพาททุก ฝ่ายด้วย (ดูหน้า 92, 94)	ระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัย วัน สถานที่ แต่หากคู่กรณีกำหนดว่า ไม่ต้องระบุเหตุผล ก็ไม่ต้องระบุ และ อาจไม่มีการระบุในกรณีที่เป็นคำชี้ ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอม ความ เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จให้ส่งสำเนา ให้แก่คู่พิพาททุกฝ่ายด้วย (ดูหน้า 93 – 94)
การสิ้นสุดของ กระบวนพิจารณา	เมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด หรือ โดยคำสั่งคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ - คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกกร้องถอน	เมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด หรือ โดยคำสั่งคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ - ผู้เรียกกร้องถอนข้อเรียกร้อง

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>ข้อเรียกร้อง เว้นแต่ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องคัดค้านการถอนข้อเรียกร้อง และ อนุญาโตตุลาการเห็นด้วย</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่พิพาทตกลงให้ยุติกระบวนการพิจารณา - คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือ ไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง พร้อมการยุติกระบวนการพิจารณา (ดูหน้า 96) 	<p>เว้นแต่ผู้คัดค้านจะคัดค้านการถอนข้อเรียกร้อง</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่พิพาทตกลงให้ยุติกระบวนการพิจารณา - คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปนั้นไม่มีความจำเป็น หรือ ไม่อาจกระทำได้ <p>ทั้งนี้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงพร้อมกับการสิ้นสุดการดำเนินกระบวนการพิจารณา (ดูหน้า 96)</p>
การแก้ไขและตีความคำชี้ขาด	<p>ภายใน 30 วันนับแต่วันทำคำชี้ขาด</p> <ul style="list-style-type: none"> - อนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขการพิมพ์ผิดพลาดในคำชี้ขาดเองได้ <p>ภายใน 30 วันนับแต่ได้รับคำชี้ขาด</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดในการคำนวณตัวเลข หรือ ข้อผิดพลาด ผิดหลงเล็กน้อย หรือ ให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความประเด็นใดประเด็นหนึ่งให้ถูกต้องได้ แต่ต้องแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบก่อนด้วย <p>ถ้าอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่าสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขคำชี้ขาดให้ถูกต้อง หรือ ตีความให้ชัดเจนภายใน 30 วัน นับแต่วันได้รับการร้องขอ และ ให้ถือเป็นส่วน</p>	<p>ภายใน 30 วันนับแต่วันทำคำชี้ขาด</p> <ul style="list-style-type: none"> - อนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขการพิมพ์ผิดพลาดในคำชี้ขาดเองได้ <p>ภายใน 30 วันนับแต่ได้รับคำชี้ขาด</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดในการคำนวณตัวเลข หรือ ข้อผิดพลาด ผิดหลงเล็กน้อย หรือ ให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความประเด็นใดประเด็นหนึ่งให้ถูกต้องได้ แต่ต้องแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบก่อนด้วย <p>ถ้าอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่าสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขคำชี้ขาดให้ถูกต้อง หรือ ตีความให้ชัดเจนภายใน 30 วัน นับแต่วันได้รับการร้องขอ และ ให้ถือเป็น</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>หนึ่งของคำชี้ขาด</p> <p>- คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมในข้อเรียกร้องที่ได้เสนอในระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้วินิจฉัยในคำชี้ขาดหากอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าสมควรอาจทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้ใน 60 วัน</p> <p>กรณีจำเป็นคณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาแก้ไข ติความ อธิบายความ หรือ ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้ (ดูหน้า 95)</p>	<p>ส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด</p> <p>- คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมในข้อเรียกร้องที่ได้เสนอในระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้วินิจฉัยในคำชี้ขาดหากอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าสมควรอาจทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้ใน 60 วัน</p> <p>กรณีจำเป็นอาจขยายระยะเวลาแก้ไข ติความ หรือ ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้</p> <p>ทั้งนี้บางประเทศอาจกำหนดระยะเวลาแตกต่างกันไป แต่โดยหลักส่วนใหญ่มักกำหนดตามกฎหมายต้นแบบ ๆ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น (ดูหน้า 95 – 96)</p>
การคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาด	<p>การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้ โดยขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด</p> <p>คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือ กรณีที่ขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไข, ติความ หรือ มีคำชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไข หรือ ติความคำชี้ขาด หรือ ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว</p> <p>ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด</p>	<p>การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยขอให้ศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาด ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ หากคู่กรณีที่ร้องขอพิสูจน์ให้เห็นว่า</p> <p>- คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องเรื่องความสามารถ หรือ สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้</p> <p>- ไม่มีการแจ้งให้ผู้ร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้ง หรือ การพิจารณาของ</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>พิสูจน์ได้ว่า</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น - สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือ ตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว - ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ บุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น - คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ ข้อตกลงนั้นก็ได้ 	<p>คณะอนุญาโตตุลาการ อันทำให้ผู้ร้องไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีได้</p> <ul style="list-style-type: none"> - คำชี้ขาดไม่เป็นไปตามข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ เช่น คำชี้ขาดเกินขอบเขต แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแยกจากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตได้ ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ ข้อตกลงนั้นก็ได้ - องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ มิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงไว้ - ประเด็นข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ - คำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน <p>ทั้งนี้คำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดต้องยื่นภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ผู้ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้รับคำชี้ขาด หรือ นับแต่วันที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเพิ่มเติม</p> <p>เมื่อได้รับคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดจากฝ่ายหนึ่งและศาลเห็นสมควร อาจระงับการพิจารณาการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ เพื่อให้โอกาสคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้ง หรือ ทำการอื่นใดที่จะเป็นการขจัดเหตุแห่งการเพิกถอนหมดไป (ดูหน้า 100-101)</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>-องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้</p> <p>-ปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย</p> <p>- การยอมรับ หรือ การบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน</p> <p>- ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามิเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคือออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้ง หรือ ดำเนินการตามสมควรเพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนหมดไป (ดูหน้า 97 – 99)</p>	
การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด	<p>คำชี้ขาดผูกพันคู่กรณีไม่ว่าจะเกิดขึ้นในประเทศใด แต่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้เมื่อได้ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ</p> <p>กรณีคำชี้ขาดทำในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี และ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่</p>	<p>คำชี้ขาดผูกพันคู่กรณีไม่ว่าจะเกิดขึ้นในประเทศใด แต่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้เมื่อได้ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ</p> <p>คู่พิพาทที่ประสงค์บังคับตามคำชี้ขาด ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจพร้อมแนบเอกสารดังต่อไปนี้</p> <p>- ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง</p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>ประเทศไทยยอมตนเข้าสู่ผูกพันเท่านั้น</p> <p>เมื่อคู่พิพาทประสงค์บังคับตามคำชี้ขาด ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจพร้อมแนบเอกสารดังต่อไปนี้</p> <ul style="list-style-type: none"> - ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือ สำเนาที่รับรองถูกต้อง - ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ สำเนาที่รับรองถูกต้อง - คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาด และ สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้ว หรือ ปฏิญาณคนต่อหน้าศาล หรือ ต่อหน้าเจ้าพนักงาน หรือ บุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบาน หรือ ปฏิญาณ หรือ รับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจรับรองการแปล หรือ ผู้แทนทางการทูต หรือ กงสุลไทยในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด หรือ สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น โดยต้องยื่นเข้ามาภายใน 3 ปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวแล้ว ให้รีบไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน (ดูหน้า 102 – 104) 	<p>- ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ สำเนาที่รับรองถูกต้อง</p> <p>- ถ้าคำชี้ขาด หรือ สัญญาไม่ได้ทำเป็นภาษาทางราชการของรัฐ คู่กรณีต้องยื่นคำแปลเป็นภาษาดังกล่าว โดยรับรองความถูกต้องด้วย</p> <p>บางประเทศอาจให้คู่กรณียื่นเอกสารมากกว่านี้ก็ได้ (ดูหน้า 104 – 105)</p>
<p>การปฏิเสธ การยอมรับนับถือ และ บังคับตามคำชี้ขาด</p>	<p>คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ ไม่ว่าคำชี้ขาดทำขึ้นในประเทศใด หากคู่กรณีซึ่งจะถูกบังคับพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บก 	<p>คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธได้ หากคู่กรณีซึ่งจะถูกบังคับพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า</p> <ul style="list-style-type: none"> - คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องเรื่องความสามารถหรือสัญญา

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>พร้อมเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น</p> <ul style="list-style-type: none"> - สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ - ไม่มีการแจ้งผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งหรือ การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ บุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น - คำวินิจฉัยไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้น สามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ ข้อตกลงนั้นก็ได้ <p>-องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้</p> <p>องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <ul style="list-style-type: none"> - คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือ ได้ถูกเพิกถอน หรือ ระงับใช้โดยศาลที่ 	<p>อนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้</p> <ul style="list-style-type: none"> - ไม่มีการแจ้งผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งหรือ การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ผู้ที่จะถูกบังคับไม่สามารถเข้าสู่คดีได้เพราะเหตุประการอื่น - คำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ เกินขอบเขตแต่ถ้าสามารถแยกออกจากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตได้ ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขต - องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ - คำชี้ขาดยังไม่ผูกพันเป็นยุติหรือ ถูกเพิกถอน หรือ ระงับใช้แล้วโดยศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาด <p>หากปรากฏต่อศาลว่า</p> <ul style="list-style-type: none"> - ข้อพิพาทไม่สามารถระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ - การยอมรับนับถือ หรือ การบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>มีเขตอำนาจ หรือ ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่กรณีที่ยังอยู่ในระหว่างขอให้ศาลเพิกถอน หรือ ระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีไปได้ และ ให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนได้</p> <p>หรือ หากปรากฏต่อศาลว่า คำชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ ถ้าบังคับจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (ดูหน้า 105 – 107)</p>	<p>ศาลที่มีการร้องขอให้ยอมรับ หรือ บังคับตามคำชี้ขาด เมื่อเห็นสมควรอาจเลื่อนการมีคำพิพากษาในคำร้องขอของกลุ่มกรณีไปได้ และ สั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายวางประกันตามสมควรได้</p>
การอุทธรณ์	<p><u>ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่ง หรือ คำพิพากษาของศาลเว้นแต่</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - การยอมรับ หรือ การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน - คำสั่ง หรือ คำพิพากษาฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน - คำสั่ง หรือ คำพิพากษานั้น ไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ - ผู้พิพากษา หรือ ตุลาการซึ่งพิจารณาคดีนั้น ได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา - เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้ชีวิตการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของ 	<p><u>ในกฎหมายต้นแบบ ๆ ไม่มีบัญญัติเอาไว้ แต่โดยทั่วไป ห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาศาล เว้นแต่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ บางประเทศยอมให้อุทธรณ์ได้ต่อเมื่อผู้พิพากษาได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา</u></p>

ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	<p>คู่พิพาท การอุทธรณ์ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา หรือ ศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี (ดูหน้า 107 – 108)</p>	
<p>ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และ ค่าป่วยการ อนุญาโตตุลาการ</p>	<p>ใ้อนญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดไว้ในคำชี้ขาด แต่ไม่รวมค่าทนายความ และ ค่าใช้จ่ายทนายความ ทั้งนี้ คู่กรณีอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้</p> <p>กรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในคำชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้สั่งเรื่องค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และ ค่าป่วยการชั้นอนุญาโตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร</p>	<p>ใ้อนญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดเอง แต่บางประเทศให้ศาลเป็นผู้กำหนด</p>
<p>ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ</p>	<p>ความรับผิดชอบทางแพ่ง – อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดชอบทางแพ่ง หากทำตามหน้าที่เว้นแต่จงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเสียหาย</p> <p>ความรับผิดชอบทางอาญา – อนุญาโตตุลาการผู้ใดเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สิน หรือ ประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการ หรือ ไม่กระทำการในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>ส่วนผู้ที่เป็นผู้ให้ ขอให้ หรือ รับว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือ ประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อจูงใจให้</p>	<p>ในกฎหมายต้นแบบ ๑ ไม่ได้บัญญัติไว้ คงให้เป็นไปตามนโยบาย และ ทางปฏิบัติของแต่ละประเทศมากกว่า แต่ประเทศส่วนใหญ่ยังไม่นิยมใ้อนญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง และ ทางอาญา แต่ก็มีแนวโน้มที่จะมีการบัญญัติมากขึ้น แต่อัตราโทษจะแตกต่างกันไปหรือบางประเทศมีบทกำหนดโทษที่ต่างออกไป เช่น อาร์เจนตินา หากอนุญาโตตุลาการรับสินบนนั้น อนุญาโตตุลาการผู้นั้นต้องออกจากความเป็นอนุญาโตตุลาการในคดี และ ต้องห้ามเป็นอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป และ ก็มีโทษปรับ และ จำคุก หรือ ทั้งจำทั้งปรับด้วยเช่นกัน</p>

		(ดูหน้า 132 – 136)
ประเด็น	พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545	ต่างประเทศ
	กระทำการ ไม่กระทำการ หรือ ประวิง การทำการใด ๆ ในหน้าที่ ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ปรับไม่ เกิน 100,000 บาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ (ดูหน้า 130 – 132, 134, 136 - 145)	



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

ความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กับ กฎหมายต้นแบบว่าด้วย อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วย กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL MODEL LAW)

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบทบาทสำคัญกระบวนการหนึ่งในการบริหารงานยุติธรรมที่เอื้ออำนวยต่อการเจริญเติบโตทางพาณิชย์ และ อุตสาหกรรม คือ เป็นวิธีระงับข้อพิพาททางแพ่งที่รวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม ดังนั้น ในประเทศที่เจริญแล้วทั้งหลายจึงได้มุ่งส่งเสริมและพัฒนาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการขึ้น เพื่อให้เป็นวิธีระงับข้อพิพาททางแพ่งคู่ไปกับการพิจารณาคดีของศาล การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทได้มาก เนื่องจากคู่พิพาทสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขามาเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ อันทำให้ข้อพิพาทระงับได้อย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้ระงับข้อพิพาทเข้าใจปัญหาต่าง ๆ เป็นอย่างดี ไม่ต้องนำสืบมากมายให้เสียเวลาอันทำให้เกิดประโยชน์ตามมาอีกประการคือ ทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายได้มาก

ในปัจจุบัน ความนิยมระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการขยายออกไปมาก สัญญาทางพาณิชย์หรือ อุตสาหกรรม โดยเฉพาะสัญญาใหญ่ ๆ เช่น สัญญาที่รัฐเป็นคู่สัญญามักจะใส่ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการไว้ด้วยเสมอ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้ออกมาเพื่อสนองตอบต่อความเจริญทางเศรษฐกิจ และการพาณิชย์ระหว่างประเทศในปัจจุบัน และ สร้างความเชื่อถือให้แก่วงการธุรกิจ อุตสาหกรรมทั้งภายใน และ ระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้ใช้บังคับมานานหลายปีแล้ว บทบัญญัติบางส่วนไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ และ สังคมที่เปลี่ยนไป จึงสมควรยกเลิกกฎหมายดังกล่าว และ ปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่โดยอาศัยต้นแบบจากกฎหมายที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลแล้ว คือ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการของเราเป็นที่ยอมรับ และ ทัดเทียมกับนานาประเทศอันเป็น

การส่งเสริมการใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้กว้างขวางขึ้นทั้งระดับภายใน และ ระหว่างประเทศ¹

ในชั้นแรกผู้เขียนใคร่ขอเสนอถึงประวัติความเป็นมา และ หลักการโดยสรุปของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) เพื่อแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของกฎหมายดังกล่าว พิจารณาได้ดังนี้

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) เกิดจากการที่คณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายแห่งเอเชีย และ อาฟริกา (ASIAN AFRICAN LEGAL CONSULTATIVE COMMITTEE หรือ AALCC) ซึ่งมีสำนักงานเลขาธิการอยู่ที่กรุงนิวเดลี ประเทศอินเดีย ได้เสนอต่อสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ.1977 ให้มีการปรับปรุงอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือ และ การบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ.1958 อันเนื่องมาจากปัญหาความไม่เป็นเอกภาพในการบังคับตามคำชี้ขาดของศาลภายในของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญา ซึ่งคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายแห่งเอเชีย และ อาฟริกาเสนอให้มีการพิจารณาปรับปรุงอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 เกี่ยวกับการตรวจสอบความยุติธรรม และ กระบวนการพิจารณา และการสละสิทธิโดยปริยายในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งทำให้ได้ข้อสรุปโดยคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW หรือ UNCITRAL) ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ว่าควรจะดำเนินการร่างกฎหมายต้นแบบ (MODEL LAW) หรือ กฎหมายเอกภาพ (UNIFORM LAW) มากกว่าการแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 และ เมื่อพิจารณาเลื้อยระหว่างกฎหมายต้นแบบกับกฎหมายเอกภาพว่าควรร่างตามกฎหมายประเภทใดนั้น พบว่ากฎหมายเอกภาพจะบังคับใช้ก็โดยการทำอนุสัญญาขึ้นใหม่ซึ่งอาจแตกต่างกันได้ตามภาคีแต่ละประเทศก็โดยการอนุญาติให้มีการตั้งข้อสงวนไว้ในอนุสัญญาเท่านั้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากขาดความยืดหยุ่น เพราะประเทศต่าง ๆ ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้เหมาะสมกับกฎหมายภายในของประเทศตน² ทำให้เกิดข้อสรุปว่าควรจะร่างกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศใน

¹ กระทรวงยุติธรรม, “ข้อมูลประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

² Redfern and Hunter., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Third Edition (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 17.

รูปของกฎหมายต้นแบบ (MODEL LAW) อีกทั้งคณะผู้ร่างเห็นว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าของประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกันมาก และ ก่อให้เกิดความยุ่งยากในทางอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมาก จึงควรมีระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเพียงระบบเดียว และ ควรเป็นกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศกำลังพัฒนาด้วย เลขานุการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติจึงได้ทำการศึกษา และ เห็นว่าควรมีกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปเป็นแบบอย่างในการร่าง หรือ ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเรื่องนี้ได้บ้างตามความเหมาะสมกับประเทศตน อันจะทำให้กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะกลมกลืน คล้ายคลึง หรือ มีมาตรฐานเดียวกันมากที่สุด³ กล่าวคือ ก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ในทางปฏิบัติ และ ยังประโยชน์ต่อนักธุรกิจที่ใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท นักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการ และ ผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศอีกต่อไป

การร่างกฎหมายต้นแบบโดยคณะทำงานของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้ใช้ระยะเวลาประมาณ 3 ปี (ค.ศ.1982-1984) จึงได้นำเสนอร่างดังกล่าวต่อการประชุมของคณะกรรมการระดับรัฐบาลในการประชุมที่กรุงเวียนนา ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1985 แล้วต่อมาจึงเสร็จสมบูรณ์ตามมติของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1985 และ ได้รับการรับรองตามมติของที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ ณ กรุงเวียนนา ตามมติครั้งที่ 40/72 เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.1985 โดยได้มีมติไว้เป็นข้อความส่วนหนึ่งว่า “เพื่อการยอมรับถึงคุณค่าของการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นวิธีการหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ และ ให้ความเชื่อมั่นว่าการจัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการซึ่งรัฐต่าง ๆ ทั้งที่มีระบบกฎหมาย สังคม หรือ เศรษฐกิจที่แตกต่างกันให้การยอมรับนั้น จะนำไปสู่การพัฒนาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ”

³ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย: ปัญหาและทางแก้,” วารสารกฎหมาย 17 (2540): 31.

ส่วนหลักการในวัตถุประสงค์ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ในการร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศได้แสดงไว้ในเอกสารรายงานของสหประชาชาติ A/CN/9/207 เรื่อง “Possible features of Model Law on International Arbitration” ไว้ว่า

- เพื่อให้อิสระแก่การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยการจำกัดบทบาทของศาลภายในประเทศ และ ช่วยให้เกิดผลของความเป็นอิสระในการแสดงเจตนา โดยให้คู่สัญญาที่มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีใด
- กำหนดโครงสร้างสำหรับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้จนเสร็จสิ้นในกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา
- กำหนดบทบัญญัติที่เป็นหลักการเพื่อเป็นบทบังคับสำหรับความยุติธรรม และการพิจารณาโดยชอบ
- กำหนดบทบัญญัติเพื่อสนับสนุนการบังคับตามคำชี้ขาด และความชัดเจนถึงประเด็นที่เป็นข้อขัดแย้งในทางปฏิบัติ

ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ จึงมีอยู่ด้วยกัน 8 หมวด⁴ คือ

หมวด 1 บททั่วไป เช่น บทนิยามหลักในการตีความ , ขอบเขตที่ศาลจะแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ และ ศาลหรือหน่วยงานอื่นที่มีบทบาทให้ความช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการ

หมวด 2 สัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น บทนิยามของคำว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ , หลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการ , ผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และ การฟ้องคดีโดยฝ่าฝืนสัญญาอนุญาโตตุลาการ และ มาตรการเพื่อช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการของศาล

⁴ ดู United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration ในภาคผนวก ข.

หมวด 3 องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการ เช่น จำนวนอนุญาโตตุลาการ , การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ , เหตุที่จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการ , วิธีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ , ทางแก้ไขกรณีละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

หมวด 4 ขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เช่นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจชี้ขาดหรือไม่ , ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้หรือไม่ และอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

หมวด 5 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ เช่น หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่ต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน , วิธีพิจารณา สถานที่ และ ภาษาที่ใช้ในการพิจารณาต้องเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกัน , คำร้อง , คำตอบแก้ , การสืบพยานบุคคล และ พยานเอกสาร , การพิจารณาโดยฝ่ายหนึ่งขาดนัด และ ความช่วยเหลือของศาลในการหาพยานหลักฐาน

หมวด 6 การทำคำชี้ขาด และ การสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา เช่น กฎหมายสารบัญญัติที่ใช้กับข้อพิพาท , การทำคำชี้ขาดโดยคณะอนุญาโตตุลาการ , การประนีประนอมยอมความ , รูปแบบ และ เนื้อหาของคำชี้ขาด , การสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา และ การแก้ไขคำชี้ขาด

หมวด 7 การคัดค้านคำชี้ขาด มีมาตราเดียว คือ การยกเลิกคำชี้ขาด

หมวด 8 การยอมรับนับถือ และ บังคับตามคำชี้ขาด เช่น การรับรองคำชี้ขาด , การบังคับตามคำชี้ขาด และ เหตุที่จะปฏิเสธการรับรอง และ การบังคับตามคำชี้ขาด

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นี้มีหลักการใหม่ ๆ ที่สำคัญหลายประการซึ่งรับเอาแนวคิดมาจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ และได้พัฒนาไปจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เดิมอย่างมาก ในบทนี้จึงจะได้ศึกษาถึงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่มีความเป็นสากลแล้วว่ามีอะไรบ้าง และ วิเคราะห์ว่าแต่ละหลักมีข้อดี ข้อเสีย มีรายละเอียดเหมือน หรือ แตกต่างกันอย่างไร

2.1 การส่งเอกสาร

การส่งเอกสารตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 7 บัญญัติว่า “กรณีที่คุณคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าได้ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือ ได้ส่งไปยังสำนักทำางาน ภูมิลำเนา หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือ ในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าได้ส่งไปยังสำนักทำางาน หรือ ภูมิลำเนา หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบ โดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือ ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ถ้าเป็นการส่งภายในประเทศ หรือ โดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น ได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติใหม่ที่เพิ่มขึ้นมาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เดิม และ ต่างจากหลักตามประมวลกฎหมายแพ่ง และ พาณิชย์ โดยนำหลัก Mail Box Rule ที่ได้รับการยอมรับในทางสากลมาปรับใช้ พิจารณาได้ ดังนี้

การส่งเอกสารตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 วางหลัก 2 ประการ คือ

2.1.1 วิธีการส่งเอกสาร แยกได้เป็น

- “ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น” คือ ส่งให้กับตัวผู้รับ
- ส่งไปยังสำนักทำางาน ภูมิลำเนา หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้รับ
- ส่งไปยังสำนักทำางาน ภูมิลำเนา หรือ ที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายของผู้รับที่ทราบ หรือ ใช้วิธีอื่นที่แสดงถึงความพยายามในการส่งแล้ว เช่น ประกาศหนังสือพิมพ์ , ให้เจ้าพนักงานจัดส่ง ในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ของผู้รับแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว

เว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น ก็ต้องเป็นไปตามนั้น

2.1.2 การมีผลของการส่งเอกสาร

โดยปกติ “การส่ง” หมายถึง การส่งตามประมวลกฎหมายแพ่ง และ พาณิชย์ ที่การ แสดงเจตนามีผลเมื่อไปถึงผู้รับ คือ อยู่ในอำนาจที่ผู้รับทราบได้ แต่ปัจจุบันพระราชบัญญัติ

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใช้หลัก Mail Box Rule ตามสากล คือ การส่งมีผลเมื่อส่ง (เน้นที่การส่งเป็นสิ่งสำคัญ) ซึ่งกฎหมายต้นแบบ ๆ ก็เน้นที่การส่งเช่นกัน

ในชั้นกรรมการร่างกฎหมายฯ นั้น เดิมในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... มาตรา 7 ได้ใช้คำว่า “การสื่อสารทางโทรคมนาคม” แต่คณะกรรมการร่างกฎหมายฯ เห็นว่าเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และ อาจเกิดปัญหาในการตีความได้จึงให้ฝ่ายเลขานุการฯ ไปปรับปรุงมาใหม่ จนแก้มาเป็นบทบัญญัติในปัจจุบัน⁵

ประเด็นที่ตามมา คือ ตรงที่มาตรา 7 ใช้คำว่า “ไปรษณีย์ลงทะเบียน” หรือ “ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ” นั้น เป็นส่วนที่เพิ่มเติมจากกฎหมายต้นแบบ ๆ เหตุผลเนื่องจาก ในชั้นกรรมาธิการผู้แทนราษฎรมองว่า การส่งเอกสารภายในประเทศนั้น การส่งโดยลงทะเบียนตอบรับจะคุ้มครองผู้รับมากกว่า พิสูจน์ได้ดีกว่าการส่งไปรษณีย์ธรรมดา จึงให้บทบัญญัติในส่วนนี้ใช้บังคับเฉพาะกับการส่งเอกสารภายในประเทศเท่านั้น แต่ไม่ใช่บทบัญญัติส่วนนี้กับการส่งเอกสารไปต่างประเทศ เพราะการส่งไปต่างประเทศมันพิสูจน์ได้แค่การส่งเท่านั้น จะพิสูจน์ปลายทางไม่ได้ จึงยากที่จะนำหลักการเรื่องนี้ไปใช้กับคู่กรณีชาวต่างชาติ

หากพิจารณาที่แนวทางต่างประเทศ มักไม่มีการระบุเรื่องการส่งเอกสารโดยเฉพาะ แต่อาจเทียบเคียงได้กับเรื่องการส่งคำชี้ขาด พิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศฝรั่งเศส : มีการกำหนดให้ส่งโดยไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ⁶ (registered letter with a return receipt) เช่นกัน เพราะประเทศฝรั่งเศสมองว่าเป็นวิธีส่งที่แน่นอน และ คุ้มครองผู้รับมากกว่าการส่งไปรษณีย์ธรรมดา

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ไม่ได้ระบุถึงวิธีการส่งเอกสาร แต่กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ระบุให้ส่งกับตัวคู่กรณี หรือ โดยไปรษณีย์ลงทะเบียน เว้นแต่ตกลงเป็นอย่างอื่น⁷ ขณะเดียวกันข้อบังคับของ AAA

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 1(16/2542)85/2541,” 26 พฤศจิกายน 2541.

⁶ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1477

ระบุให้การส่งคำชี้ขาดทำโดยไปรษณีย์เท่านั้น ดังนั้นการส่งคำชี้ขาดธรรมดาโดยทางไปรษณีย์ที่ไม่ได้ลงทะเบียนภายใต้ข้อบังคับ AAA จึงถือเป็นการส่งคำชี้ขาดโดยถูกต้องแล้ว

ประเทศสวีเดน : คู่กรณีมีอิสระไม่ถูกผูกมัดโดยการส่งไปรษณีย์ลงทะเบียนแต่อย่างไร⁸ จึงส่งโดยวิธีใดก็ได้

ประเทศอังกฤษ : คู่กรณีมีอิสระในการตกลงว่าจะส่งเอกสารแบบใดก็ได้ กรณีไม่มีข้อตกลง เช่น คำชี้ขาด กฎหมายกำหนดให้อนุญาตศาลการต้องส่งเอกสารให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องโดยไม่ชักช้าเท่านั้น⁹

ในส่วนของกฎหมายต้นแบบ ๑ มีบัญญัติเรื่องการส่งเอกสารได้ตอบไว้ในมาตรา 3 ซึ่งเมื่อพิจารณาเนื้อความแล้ว เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้ใช้ถ้อยคำเกือบทั้งหมดเหมือนกับกฎหมายต้นแบบ ๑ มาตรา 3 (1) (2)¹⁰ แต่ในส่วนของไทยเพิ่มจากกฎหมายต้นแบบ ๑ ตรงที่กำหนดให้เฉพาะการส่งภายในประเทศต้องทำโดยไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือ ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ โดยอย่างที่คุณเขียนได้กล่าวข้างต้นว่า คณะผู้ร่างมองว่าเป็นทางที่จะให้ความคุ้มครองกับคนไทยมากกว่า ซึ่งจากการพิจารณากฎหมายต่างประเทศ และ กฎหมายต้นแบบ ๑ ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า เรื่องการส่งนี้ ประเทศไทยได้วางแนวทางมาตามแนวสากลประเทศแล้ว โดยยึดหลักการส่งมีผลเมื่อส่ง เว้นแต่กรณีในประเทศที่ยังต้องคุ้มครองมากขึ้นด้วยเหตุผลบางประการ

ข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ เป็นเรื่องน่าแปลกที่กฎหมายต้นแบบ ๑ ซึ่งใช้กับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศกำหนดให้ใช้การส่งเอกสารโดยไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือ วิธีอื่นที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามแล้ว แต่ของประเทศไทยกลับไม่ได้บัญญัติเช่นนั้น แต่ให้ใช้การส่งไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือ ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับกับการส่งภายในประเทศ ส่วนทางระหว่างประเทศจะพิจารณาเพียงแต่มีการส่งออกไปเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดให้ส่งโดยไปรษณีย์ลงทะเบียน

⁷ ดู The Uniform Arbitration Act, Section 8

⁸ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law Act, Article 193(1) และ Concordat, Article 35 (5)

⁹ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 55

¹⁰ ดู UNCITRAL Model Law, Article 3

เหมือนอย่างกฎหมายต้นแบบ ๆ ซึ่งในกรณีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับกฎหมายของไทยในแง่ที่ว่า การส่งเอกสารไปต่างประเทศนั้น การพิสูจน์ทำได้ยาก การบัญญัติให้พิจารณาเพียงแค่การส่งจึงชอบแล้ว ส่วนการส่งภายในประเทศ ให้ส่งโดยไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือ ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่เหมาะสมแล้ว เนื่องจากเป็นการคุ้มครองผู้รับ และ ผู้ส่งมากกว่า โดยทั้งสองกรณีสามารถนำมาเป็นหลักที่มาปรับใช้ได้เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป โดยอาจนำมาเป็นเพียงการประยุกต์ใช้ มิใช่การนำมาใช้ทั้งบทบัญญัติ

2.2 ศาลที่มีเขตอำนาจ

เนื่องจากศาลทั่วประเทศมีอยู่เป็นจำนวนมาก กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดเขตอำนาจศาล ต่าง ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ กฎหมายที่กำหนดเขตอำนาจศาลได้แก่ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ, พระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นต้น

หลักการสำคัญในเรื่องเขตอำนาจศาล ไม่ว่าจะศาลใดก็ตาม ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ

1. เขตศาล คือ ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ที่กฎหมายกำหนดให้ศาลนั้น ๆ มีเขตอำนาจครอบคลุมท้องที่ใดบ้าง
2. อำนาจศาล คือ อำนาจของศาลที่จะพิจารณาคดีประเภทใด

ศาลทุก ๆ ศาลนั้น ต้องมีทั้งเขตศาล และ อำนาจศาล หากขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งแล้ว ไม่ถือว่าศาลนั้นมีเขตอำนาจตามกฎหมาย เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง มีเขตศาลครอบคลุมกรุงเทพมหานคร และ จังหวัดใกล้เคียง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สิน ฯ มาตรา 5 วรรคสอง) และ มีอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีแพ่ง และ คดีอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศกลาง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สิน ฯ มาตรา 7) ดังนั้นหากมีคดีอาญาทำร้ายร่างกายเกิดที่กรุงเทพ คดีดังกล่าวหาอยู่ในอำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางไม่ แม้จะมีเขตศาลเหนือคดีดังกล่าวก็ตาม แต่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทในกรณีนี้ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง จึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 9 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาล บัญญัติไว้ดังนี้ “ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศภาค หรือ ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือ ศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือ ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้” เห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ไว้หลายแห่งต่างจากเดิมมาก สาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้มีหลายศาลเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการ ไปขอความช่วยเหลือจากศาลในทุก ๆ ด้าน เช่น ที่มาตรา 9 กำหนดให้มีศาลทรัพย์สิน ฯ เข้ามาเกี่ยวข้องเนื่องจากต้องการให้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน อันเป็นการอำนวยความสะดวกแก่คู่ความทางหนึ่งเช่นกัน

เจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างกฎหมายฯเพียงต้องการปรับหลักการของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกับการที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น คือ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 ได้กำหนดให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง และ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาคมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทอันเป็นคดีที่เกี่ยวข้องพันทั้งการค้าในประเทศ (domestic commercial transaction) และการค้าระหว่างประเทศ (international commercial transaction) จึงเป็นสาเหตุให้กระทรวงยุติธรรมต้องปรับระบบอนุญาโตตุลาการในขณะนั้นใหม่ให้สอดคล้องกับระบบที่ใช้เป็นสากล โดยนำเอากฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) มากำหนดเป็นหลักการของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... นี้ โดยมีข้อมุ่งหมายเพิ่มเติมอีกประการ คือ ประสงค์จะให้ป็นแรงจูงใจให้นักธุรกิจและนักกฎหมายต่างประเทศเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการและส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้¹¹

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกข้อความของกองกฎหมายต่างประเทศเรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...,” 14 ตุลาคม 2541.

ดังนั้น มาตรา 9 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงไม่ใช่การขยายอำนาจศาล แต่ให้สิทธิคู่กรณีที่จะเลือกศาลเพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเลือกศาลมีข้อจำกัดบางประการ คือ ศาลที่คู่กรณีจะเลือกได้ต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ และ สิทธิในการเลือกศาลบางกรณีจะถูกจำกัด¹² ไม่ใช่เลือกศาลได้ตามใจชอบ (กรณีไม่ใช่เรื่อง Forum Shopping¹³ แต่อย่างไร)

ข้อสังเกตอีกประการ คือ ในมาตรา 9 ไม่มีบัญญัติถึง “ศาลที่มูลคดีเกิดในเขต” แต่หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 แล้ว เห็นได้ว่ามาตรา 9 ไม่ได้ตั้งใจที่จะตัดศาลที่มูลคดีเกิดออกไป ในขณะที่เดียวกันมาตรา 9 กลับบัญญัติถึงศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งตรงนี้น่าจะหมายความรวมถึง ศาลที่มูลคดีเกิดด้วย

ดังนั้น แม้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 9 จะเป็นบทบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาล แต่หาใช่บทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดเขตอำนาจศาลเหมือนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ ไม่ เขตอำนาจศาลต่าง ๆ ยังคงเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ บัญญัติไว้ มาตรา 9 เป็นเพียงบทบัญญัติให้สิทธิผู้เกี่ยวข้องที่จะเลือกศาลใดศาลหนึ่งเพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

หากนำบทบัญญัติในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ไปเทียบกับ มาตรา 43 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 แล้ว จะเห็นได้ว่า มีข้อสังเกตเพิ่มขึ้นอีกประการ คือ แม้มาตรา 9 เพิ่มศาลทรัพย์สิน ฯ เข้ามาให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้กล่าวถึงศาลปกครองแต่อย่างใด ซึ่งในเรื่องนี้อาจทำให้เกิดคำถามได้ว่า “ศาลปกครอง” มีอำนาจพิจารณาตามกฎหมายนี้หรือไม่ ในชั้นกรรมาธิการยกร่าง ฯ มีการโต้แย้งมากกว่า¹⁴

¹² ฐวัชชัย สุวรรณพานิช, “เขตอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545,” บทบัญญัติ 58 (ธันวาคม 2545): 66.

¹³ วิชัย อริยนันทกะ, “สรุปผลการสัมมนาเรื่องการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยวิธีอนุญาโตตุลาการและประนอมข้อพิพาท: ประสบการณ์ในสหรัฐอเมริกาและไทย,” บทบัญญัติ 48 (มีนาคม 2535): 157.

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกข้อความของกองกฎหมายต่างประเทศเรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...,” 14 ตุลาคม 2541.

1. เมื่อสัญญาทางปกครอง โดยปกติขึ้นศาลปกครองอยู่แล้ว ดังนั้นเมื่อใช้ อนุญาตตุลาการจะมีเหตุผลอะไรที่ไม่ไปศาลปกครอง ในเมื่อใช้ หรือ ไม่ใช้อนุญาตตุลาการก็ต้องไป ศาลปกครองอยู่ดี
2. ระบบอนุญาตตุลาการเป็นระบบระงับข้อพิพาทที่มาจากเอกชนและ อนุญาตตุลาการ ส่วนใหญ่ปรับใช้หลักกฎหมายเอกชนในคดี ประกอบกับเหตุที่คู่สัญญาเลือกใช้อุญาตตุลาการเพราะ ไม่ต้องการให้คดีขึ้นสู่ศาลปกครอง อีกทั้งองค์ความรู้เกี่ยวกับศาลปกครองไทยยังน้อยมาก จึงไม่นำใช้ ศาลนี้มาพิจารณาคืออนุญาตตุลาการ

ปรากฏว่าในชั้นพิจารณาข่าง ๗ กรรมการข่างที่เห็นด้วยกับความเห็นที่สองมีน้อยกว่า มาก กรรมการส่วนใหญ่บอกว่าถ้ามีการอนุญาตตุลาการในสัญญาปกครอง ต้องขึ้นศาลปกครอง จึงสรุปได้ว่า ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 9 เช่นกัน เนื่องจากโดยปกติความถือเป็นศาล ที่มีการพิจารณาคืออนุญาตตุลาการอยู่ในเขตอำนาจ และ คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต จึงเป็น ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีอนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องเขตอำนาจของศาลปกครองนี้ก็เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาและติดตามต่อไป กรณีที่มีปัญหาเขตอำนาจศาลทับซ้อนกันก็ต้องส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจศาลตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณา ซึ่งในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ในปัจจุบัน หากศาลไม่แน่ใจว่าคดีอยู่ในอำนาจ ของตนหรือไม่ หรือ เป็นกรณีที่คู่กรณีร้องขอให้มีการชี้ขาดอำนาจศาลก็จะมีการให้ความเห็นโดยแต่ละ ศาลซึ่งอาจจะเป็นความเห็นที่พ้องกันหรือแย้งกันก็ได้ แล้วจะส่งให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจ ศาลเป็นผู้ชี้ขาดอีกครั้ง

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.3 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติถึงนิยามของ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ไว้ในมาตรา 11 วรรค 1 ดังนี้ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมด หรือ บางส่วนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือ เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวพิจารณาได้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นได้โดยความสมัครใจของคู่กรณี โดยข้อพิพาทที่จะระงับทางอนุญาโตตุลาการได้อาจเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ จะเกิดขึ้นก็ได้ โดยในการนี้ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ เป็นการรุกรอนอำนาจศาลแต่อย่างใด ทั้งนี้ อาจเกิดจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญา หรือ มูลเหตุในลักษณะอื่น ๆ ก็ได้

หากพิจารณาที่แนวทางของต่างประเทศในเรื่องนิยามของสัญญาอนุญาโตตุลาการพิจารณาได้ดังนี้

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่ตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือ ข้อพิพาทที่เกิดในอนาคตอันเกิดจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แน่นอนโดยอนุญาโตตุลาการ คือ ต้องมีการตกลงไว้ก่อนล่วงหน้า และมีหลักฐานเป็นหนังสือ¹⁵

ประเทศสวีเดน : สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่กรณีตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด (Submission) และ สัญญาที่คู่กรณีเสนอข้อพิพาทที่จะเกิดในอนาคต (arbitration clause) อันเกิดจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แน่นอนให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด หากข้อตกลงให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทไม่มีขอบเขตจำกัด และไม่ระบุให้ชัดเจน ย่อมไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้¹⁶

¹⁵ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 178

¹⁶ ดู The Swedish Arbitration Act 1999, Section 1

ประเทศฝรั่งเศส : สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด (Compromis) และ สัญญาที่คู่กรณีเสนอข้อพิพาทที่จะเกิดในอนาคตจากสัญญาหลักที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด (Clause Compromissoire)¹⁷

จากนิยามของสัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งของประเทศไทย และ ต่างประเทศ เห็นได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ หากแบ่งตามลักษณะของข้อพิพาทแล้ว สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท ดังนี้

- ก. สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว
- ข. สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดในอนาคต

อาจทำระบรวมไว้กับสัญญาหลัก (Arbitration Clause) หรือ แยกเป็นสัญญาอีกฉบับต่างหากก็ได้ (Arbitration Agreement) ในปัจจุบันทุกประเทศก็ยอมรับหลักการนี้ แต่ก็มีกฎหมายของบางประเทศ เช่น เยอรมัน ระบุว่าข้อพิพาทในกิจการบางอย่างจะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 นั้น ไม่มีบทนิยามศัพท์ แต่ในชั้นร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... ผู้แทนกระทรวงยุติธรรมได้ชี้แจงเหตุผลของการเพิ่มเติมบทนิยามศัพท์ว่า เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่นี้ได้นำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL MODEL LAW) เป็นแบบในการยกร่าง โดยบทนิยามในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ....นี้ ได้แปลมาจากกฎหมายแม่แบบเช่นกัน จึงเห็นควรให้มีบทนิยามศัพท์ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่ที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เห็นว่าคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” มีคำจำกัดความไว้แล้วอย่างชัดเจนตามร่างมาตรา 10 จึงเห็นควรให้ตัดนิยามใน (1) คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ออก ส่วนคำนิยามอื่น ๆ ยังคงไว้¹⁸

¹⁷ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1442

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 1 (16/2542) 85/2541,” 26 พฤศจิกายน 2541.

ข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ไม่ได้กำหนดว่า ต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้นอย่างในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 5 เดิม ซึ่งในชั้นประชุมเพื่อยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นั้น Dr. Gerold Herman¹⁹ ได้ให้ข้อสังเกตไว้ต่อคณะกรรมการยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ว่า การที่เรากำหนดว่า “ระงับข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น” (Civil Case) อาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ว่า คดีครอบครัว, มรดก ฯลฯ ก็ระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งที่จริง ๆ ไม่ได้หมายความว่าเช่นนั้น ดังนั้น Dr. Gerold Herman เลยเสนอให้ตัดข้อความดังกล่าวออก เพราะหากยังคงเขียนไว้ อาจทำให้ชาวต่างชาติสับสนได้

ประเด็นนี้อาจเกิดข้อสงสัยตามมาได้ว่า ข้อพิพาททางอาญาจะตกลงระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ในเมื่อไม่ได้กำหนดให้เสนอเฉพาะข้อพิพาททางแพ่งต่ออนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นปัญหาเพราะโดยหลักการของการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว จึงส่งผลให้ข้อพิพาททางอาญานั้น คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไม่ได้ แม้ว่าจะมีความเห็นเสนอให้นำอนุญาโตตุลาการไปใช้ในทางอาญาด้วย แต่ผู้เขียนเห็นว่าความผิดอาญาเป็นความผิดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งต้องมอบให้ศาลซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเท่านั้น เป็นผู้พิจารณาพิพากษา ดังนั้นจึงไม่เข้าข่ายข้อพิพาทที่จะมาระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้อยู่แล้ว

ยังมีข้อพิพาทในบางกรณีที่สงวนไว้ให้ศาลยุติธรรมพิจารณาเท่านั้น เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา สงวนไว้ให้ศาลยุติธรรมพิจารณาในเรื่องข้อพิพาทภายในครอบครัว , เรื่องหุ้นส่วนบริษัทบางกรณี , เรื่องการผูกขาด (anti-trust) ประเทศเยอรมัน ในเรื่อง cartel agreement หรือ ในประเทศนอร์เวย์ ห้ามมิให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อตกลงที่เกี่ยวกับ instalment purchase ส่วนประเทศอังกฤษ ไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงข้อพิพาทที่ไม่อาจมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดเป็นพิเศษ แต่อาจมีประเด็นในชั้นศาลว่าจะรับบังคับให้ตามคำชี้ขาดหรือไม่ โดยศาลจะวินิจฉัยเป็นกรณี ๆ ไป นอกจากนี้สมัยก่อนบางประเทศยังห้ามอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีที่มีทุนทรัพย์สูงเกินจำนวนที่กำหนดด้วย เช่น ประเทศสวีเดน อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาคดีที่มีทุนทรัพย์เกินกว่า 4,500 Swedish crowns เป็นต้น

¹⁹ Hermann, “Round Table Discussion on the Drafting of Thailand’s Arbitration Act : Comment or question from a panel member,” in *Draft Arbitration Act of Thailand* (September 1996), p. 7.

นอกจากนี้ ในกรณีที่ข้อพิพาทเป็นมูลหนี้ตามสัญญา สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำขึ้นในเวลาเดียวกับสัญญาหลัก (Principal Contract) หรือ ทำหลังจากที่มีสัญญาแล้วก็ได้ โดยจะแยกเป็นสัญญาหนึ่งต่างหากจากสัญญาหลัก หรือ ทำเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาหลักที่เรียกว่า Arbitration Clause ก็ได้²⁰ สำหรับกรณีหลัง ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) แม้จะเป็นเพียงเงื่อนไขหนึ่งที่รวมอยู่ในหลาย ๆ ข้อของสัญญาหลัก แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการตกลงทำเงื่อนไขข้อนี้ต่างจากการทำสัญญาธุรกิจอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ สัญญาทางธุรกิจมีวัตถุประสงค์ผูกพันสัมพันธภาพทางธุรกิจ เช่น ซื้อขาย ส่งมอบสินค้า และ ชำระราคาตามที่กำหนด แต่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมุ่งหมายให้คู่สัญญาต้องนำเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้น หรือ เกี่ยวเนื่องกับสัญญาหลักต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อการวินิจฉัยชี้ขาด อันมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่แยกออกต่างหากเป็นคนละเรื่องกันกับวัตถุประสงค์ของสัญญาหลักจึงมีความเห็นในทางทฤษฎีว่าเป็นคนละสัญญา เป็นเอกเทศไม่ขึ้นแก่กัน ตามหลัก Severability หรือ Separability Doctrine²¹

ในที่นี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงหลักเอกเทศของสัญญา (Severability หรือ Separability Doctrine) ของต่างประเทศคร่าว ๆ พิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : บัญญัติไว้ว่า เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ไม่ว่าจะทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ เป็นอันสมบูรณ์ แม้ว่าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ หรือ ไม่มีอยู่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกเป็นอิสระจากสัญญาหลัก²²

ประเทศฝรั่งเศส : ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระจากสัญญาหลัก แต่หลักนี้ก็กลับไม่ปรากฏการยอมรับโดยแจ้งชัดในอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติถือตามหลักดังกล่าว เพราะบางครั้งมีการแปลความหมายจากฝ่ายตุลาการว่าควรมีความเสมอภาคกันต่อกรณีระหว่างประเทศ และ ภายในประเทศ²³

²⁰ อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 32.

²¹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 161.

²² ดู The English Arbitration Act 1996, Section 7

²³ ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VI (1981) France, 11.4

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : สัญญาอนุญาโตตุลาการมีความเป็นเอกเทศแยกออกจากสัญญาหลัก และไม่อาจถูกโต้แย้งได้แม้สัญญาหลักไม่สมบูรณ์²⁴

เห็นได้ว่า ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาหลักแต่ประการใด²⁵ ดังนั้นในกรณีที่สัญญาหลักเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ แต่หากมีประเด็นข้อพิพาทเรียกร้องค่าเสียหายอันเกี่ยวเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญา ก็จะต้องนำเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ เพราะสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้โมฆะตามไปด้วย

เห็นได้จาก ในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางจนแทบจะถือเป็นยุติในประเทศต่าง ๆ ว่า ถ้ามูลหนี้ตามสัญญาหลักเป็นมูลหนี้ที่ตามปกติกฎหมายยอมรับบังคับให้ ก็ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมแยกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลัก แม้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะทำในรูปข้อตกลงที่บรรจุรวมไว้ในฉบับเดียวกับสัญญาหลักก็ตาม ประเทศที่ยึดหลักนี้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา เยอรมัน อิตาลี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และ เนเธอร์แลนด์²⁶ แต่ในขณะเดียวกันบางประเทศเห็นว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีความเป็นเอกเทศ ไม่อาจแยกจากสัญญาหลักได้ ถ้าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ หรือ บกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีผลใช้บังคับไปด้วย ได้แก่ ออสเตรเลีย อินเดีย และแอฟริกาใต้ นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่านก็มีความเห็นต่อไปอีกว่า ถึงแม้สัญญาธุรกิจจะกำหนดให้มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Governing Law) เป็นกฎหมายของประเทศหนึ่ง แต่ก็ถือไม่ได้ว่ากฎหมายประเทศนั้นจะใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย เนื่องมาจากผลความเป็นเอกภาพของข้อตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้อาจมีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันบังคับกับสัญญาหลักได้

ดังนั้น เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการทำสัญญาไว้ระหว่างคู่กรณี หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายนิติกรรมสัญญา พิจารณาได้ดังนี้

²⁴ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 178(3) , Article 186

²⁵ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 50-51.

²⁶ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 109-110.

2.3.1 ความสามารถในการทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการ²⁷

ก. ผู้เยาว์

นิติกรรมใด ๆ ที่ผู้เยาว์ทำลงไปจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน (ประมวลกฎหมายแพ่ง และ พินัยชีพ มาตรา 21) หรือ จะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือ เป็นผู้ปกครองผู้เยาว์เป็นผู้กระทำแทน (ประมวลกฎหมายแพ่ง และ พินัยชีพ มาตรา 1571) อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดว่านิติกรรมบางอย่างผู้แทนโดยชอบธรรมจะกระทำแทนผู้เยาว์ หรือ ยินยอมให้ผู้เยาว์ทำได้ต่อเมื่อศาลอนุญาตเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่ง และ พินัยชีพ มาตรา 1574)

การมอบข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการวินิจฉัยก็เป็นกิจการประเภทหนึ่งที่อยู่แทนโดยชอบธรรมต้องขออนุญาตศาลจึงทำแทนผู้เยาว์ หรือ ยินยอมให้ผู้เยาว์ทำได้ ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล สัญญาอนุญาตโตตุลาการก็ไม่มีผลผูกพันคู่กรณี และไม่ผูกพันผู้เยาว์ ซึ่งในกรณีนี้ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นว่าอาจจะได้รับอนุญาตจากศาลภายหลังได้²⁸

ข. คนวิกลจริต และ คนไร้ความสามารถ

คนวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ถ้าไปทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการ สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ขณะทำสัญญานั้นบุคคลนั้นเป็นคนวิกลจริตและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ว่าบุคคลนั้นวิกลจริตเช่นนี้ สัญญาอนุญาตโตตุลาการจะเป็นโมฆียะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพินัยชีพ มาตรา 30)

ในกรณีที่คนวิกลจริตที่ศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วไปทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการ สัญญาอนุญาตโตตุลาการนั้นก็จะเป็นโมฆียะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพินัยชีพ มาตรา 29)

²⁷ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตโตตุลาการนอกศาล, หน้า 33-39.

²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพินัยชีพว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 49.

ในกรณีที่คนไร้ความสามารถเป็นผู้เยาว์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569 กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครอง คือบิดาและมารดา หรือบิดา หรือมารดาเป็นผู้อนุบาล ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่า ไม่ว่าจะโดยฐานะที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล ผู้เยาว์ซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการแทนคนไร้ความสามารถได้เว้นแต่ศาลจะอนุญาต (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 และมาตรา 1574(13)) ทั้งนี้รวมถึงกรณีที่บุตรบรรลุนิติภาวะแล้วด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569/1 โดยมาตรา 1598/18 กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของผู้ปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่คนไร้ความสามารถเป็นบุคคลที่สมรสแล้ว ผู้อนุบาล ได้แก่ สามีหรือภริยาแล้วแต่กรณี (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1463 และแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2533 มาตรา 1476) ก็ชัดเจนว่าคู่สมรสที่เป็นผู้อนุบาลของคู่สมรสที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น มีอำนาจจัดการสินส่วนตัวของคนไร้ความสามารถและมีอำนาจจัดการสินสมรสแต่เพียงผู้เดียว แต่จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น

ค. คนเสมือนไร้ความสามารถ

คนเสมือนไร้ความสามารถ คือ คนที่ไม่สามารถจัดการงานของตนเองได้ เพราะกายพิการ จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ประพฤติสุรุษสุร้าย เสเพลเป็นอาชฉิน หรือ ดิตสุรยาเมา และ ศาลได้มีคำสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้ความดูแลของผู้พิทักษ์ โดยปกติเขาสามารถทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้เหมือนคนทั่วไป เว้นแต่นิติกรรมที่กฎหมายระบุไว้ในมาตรา 34 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ที่คนเสมือนไร้ความสามารถจะทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน หากไม่ได้รับความยินยอม นิติกรรมจะตกเป็นโมฆียะ การทำความตกลงให้อนุญาตตุลาการพิจารณาคดีข้อพิพาทก็เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 34 (11))

ในกรณีคนเสมือนไร้ความสามารถที่บรรลุนิติภาวะแล้วไม่จะมีคู่สมรสหรือไม่ผู้พิทักษ์ก็สามารถให้ความยินยอมแก่การทำสัญญาอนุญาตตุลาการของคนเสมือนไร้ความสามารถได้ แต่หากคนเสมือนไร้ความสามารถยังเป็นผู้เยาว์อยู่ ผู้ที่ใช้อำนาจปกครองจะเป็นผู้พิทักษ์ซึ่งถูกจำกัดอำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองไว้ ดังนั้นจึงให้ความยินยอมแก่คนเสมือนไร้ความสามารถในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น

ง. คู่สมรส

ในกรณีจัดการสินสมรสระหว่างสามีภรรยา นั้น กฎหมายกำหนดให้สามี ภรรยาต้องจัดการร่วมกัน หรือ ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงการมอบข้อพิพาทให้ออนุญาตตุลาการชี้ขาดด้วย หากฝ่ายใดไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรส คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องศาลให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ภายในอายุความ 1 ปี นับแต่วันที่ารู้เหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอน หรือ 10 ปี นับแต่วันที่ได้อำนาจนิติกรรมนั้นไว้

ถ้ากรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่นิติกรรมนั้นแล้วหรือในขณะที่ทำนิติกรรมนั้น บุคคลภายนอกได้กระทำโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ก็จะฟ้องศาลให้เพิกถอนไม่ได้

จ. ตัวแทน

ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไปนั้นจะมอบข้อพิพาทให้อุญาตตุลาการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้ ดังนั้น หากตัวแทนไม่ได้รับมอบอำนาจเป็นการเฉพาะแล้ว ก็ไม่มีอำนาจทำได้ หากทำไปโดยปราศจากอำนาจ และ ตัวการไม่ให้สัตยาบัน สัญญาอนุญาตตุลาการที่ตัวแทนทำไปก็ห้ามมีผลผูกพันตัวการไม่ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 801(6) และ 823)

ฉ. ผู้แทนนิติบุคคล

ผู้แทนนิติบุคคลไม่ใช่ตัวแทนตามความหมายของสัญญาตัวแทน ดังนั้น หากสัญญาหลัก หรือ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจการอันอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลแล้ว นิติบุคคลก็สามารถทำสัญญาอนุญาตตุลาการได้โดยผู้แทนของนิติบุคคลเป็นผู้แสดงเจตนา แต่ต้องปฏิบัติตามกฎ และ ข้อบังคับของนิติบุคคล และ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจ และ หน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคล เช่น ต้องมีกรรมการลงนามตามจำนวนที่กำหนดพร้อมประทับตราของนิติบุคคลเป็นสำคัญ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70)

ช. ทนายความ

โดยปกติทนายความจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำเนินคดีในศาล และ ดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ แทนคู่ความได้ตามที่สมควร ตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 62 กำหนดไว้ แต่ไม่ได้ระบุเรื่องการทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ชัดเจน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ทนายความจะทำสัญญาอนุญาตตุลาการโดยไม่ได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งไม่ได้ โดยดูตามแนวทางของ

ประเทศฝรั่งเศส เพราะเห็นได้จากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความยังต้องมอบอำนาจชัดเจนเช่นกัน จึงอาจพิจารณาได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายน่าจะรวมถึงการทำการอนุญาโตตุลาการด้วย

ซ. ลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

ตามหลักกฎหมายลูกหนี้ที่ถูกฟ้องคดีล้มละลายยังมีความสามารถจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ แต่เมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้นที่มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ รวมถึงการประนีประนอมยอมความ และดำเนินคดีต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย ดังนั้น ลูกหนี้จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตัวเองไม่ได้ และ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเข้ามาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากกรรมการเจ้าหนี้แล้วเท่านั้น เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองเจ้าหนี้เป็นสำคัญ

2.3.2 ความสมัครใจในการทำสัญญา

อนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีสัญญาระหว่างคู่กรณี ซึ่งโดยหลักทั่วไปของสัญญา คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และ เจตนาที่แสดงออกต้องตรงกันที่จะผูกพันตามสัญญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับในหลายประเทศว่า เจตนาในการทำสัญญาต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ใช่โดยปริยาย

กรณีอาจเป็นปัญหาได้ในสัญญามาตรฐานสำเร็จรูป หากผู้ทำสัญญาต้องตกอยู่ในภาวะจำยอมเข้าทำสัญญา เนื่องจากมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และ ในสัญญาระบุ Arbitration Clause ไว้จะใช้บังคับได้หรือไม่ กรณีนี้ เนื่องจากประเทศไทยมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาบังคับใช้แล้ว จึงต้องนำกฎหมายนี้มาวิเคราะห์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หาก Arbitration Clause เข้าหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลอาจไม่บังคับตามสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ตกลงยอมรับข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า หัวใจสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ คือ การตกลงกันนั่นเอง

2.3.3 หลักฐานแห่งสัญญา (Evidence of Contract)

เดิมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 6 กำหนดให้ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้น แต่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 วรรค 2 กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ และ ลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ เช่น ปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือ ทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือ มีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้อง หรือ ข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว แม้หากเสนอด้วยวาจาแต่ตอบรับเป็นหนังสือ (Oral Offer & Written Acceptance) หรือ เสนอเป็นหนังสือแต่ตอบรับด้วยวาจา (Written Offer & Oral Acceptance) ก็ไม่มีผล เพราะถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด

เห็นได้ว่าหากพิจารณากฎหมายใหม่ตามหลักนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะพบว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่ไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ แต่กำหนดไว้เพียง “ให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ” เท่านั้น เหตุเพราะอาจเกี่ยวพันกับการเป็นโมฆะของสัญญาอันอาจทำให้เกิดปัญหาตามมาได้ ดังนั้น การไม่ทำตามมาตรา 11 วรรค 2 ก็ไม่ได้มีผลทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะแต่อย่างใด

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ แม้บทบัญญัติมาตรา 11 วรรค 2 นี้ มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) มาตรา 7 (2) มากก็ตาม แต่จะพบว่าบทกฎหมายของไทยมีความทันสมัยมากกว่า เพราะครอบคลุมถึงการลงลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ กรณีที่ไม่ได้ลงชื่อ หากเป็นการส่งทางโทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ หรือ ทางอื่นด้วย เช่น อีเมล อันเป็นการสอดคล้องกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการเจริญเติบโตทางการค้า ทำให้กฎหมายฉบับนี้รับรองให้ธุรกิจซื้อขายทางคอมพิวเตอร์ (E-commerce) เป็นหลักฐานที่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้

เหตุที่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากกฎหมายต้นแบบ ๑ ได้ร่างขึ้นโดยมุ่งให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ข้อ 2 วรรค 2 ซึ่งสมัยที่ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั้น เทคโนโลยีเครื่องมือสื่อสารยังไม่ทันสมัย ไม่ก้าวไกล คณะกรรมการการค้าแห่งสหประชาชาติจึงไม่ได้คำนึงถึง

อย่างไรก็ตามศาลประเทศต่าง ๆ ก็ยอมรับเป็นอย่างเดียวกันกับมาตรา 11 วรรค 2 พระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เนื่องจากเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายยิ่งไปกว่าถ้อยคำตาม ตัวอักษร ฉะนั้นการที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 วางหลักที่ทันสมัยกว่ากฎหมายต้น แบบ ๆ ย่อมเป็นการดีแล้ว อันทำให้ปรับเข้ากับสภาวะการณ์ปัจจุบันได้เป็นอย่างดี และ อาจปรับใช้กับ อนาคตภายหน้าได้ด้วย หากจำเป็นต้องเปลี่ยนตามกฎหมายต้นแบบ ๆ ไม่ จึงถือว่าหลักในเรื่องหลักฐานของ สัญญาอนุญาตตุลาการของไทยมีความเป็นสากลแล้ว

ในร่างเดิมก่อนเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภา มาตรา 11 วรรค 2 ใช้คำว่า “การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์” แต่พอเข้าสู่ชั้นกรรมาธิการวิสามัญของวุฒิสภาได้แก้ไขเป็น “โดยมี การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” นั้น มีการถกเถียงกันในที่ประชุมวุฒิสภาโดยนายเสรี สุวรรณภานนท์ ได้แสดงความเห็นด้วยกับร่างเดิม เพราะหากบัญญัติว่าเป็น “โดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” เป็น การบัญญัติที่แคบ แต่การบัญญัติว่า “สื่ออิเล็กทรอนิกส์” ตามร่างเดิมจะกว้างกว่าเพราะมีกฎหมาย ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์รองรับอันเป็นวิธีการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์แทนเอกสาร ดังนั้นข้อมูลดังกล่าว ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะครอบคลุมทุกอย่างตั้งแต่ลายมือชื่อ เอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง²⁹

นายวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ (กรรมาธิการ) ได้ชี้แจงต่อกรณิดังกล่าวว่า แม้คณะ กรรมาธิการวิสามัญจะเปลี่ยนแปลงเรื่องนี้ แต่ก็ยังยึดโยงอยู่กับกฎหมายพระราชบัญญัติธุรกรรมทาง อิเล็กทรอนิกส์ ที่นำเรื่องลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้ แต่เหตุที่ระบุเฉพาะประเด็นเรื่อง “การลงลายมือ ชื่ออิเล็กทรอนิกส์” เนื่องจากถ้าใช้คำว่า “สื่ออิเล็กทรอนิกส์” จะมีความหมายค่อนข้างกว้าง ในชั้น กรร มาธิการวิสามัญจึงพิจารณาแล้วเห็นว่าคำว่า “สื่ออิเล็กทรอนิกส์” อาจทำให้น่าสับสนที่ไปที่ไปได้ยาก รวมถึงอาจต้องตีความว่าเป็นเรื่องทางวิทย์ หรือ สื่ออื่น ๆ ด้วย ดังนั้นกรณีส่งหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลทาง อิเล็กทรอนิกส์ คณะกรรมาธิการวิสามัญจึงกำหนดเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่มีการลงลายมือชื่อ อิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น จึงจำเป็นต้องระบุว่า “โดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” ไว้ในกฎหมาย³⁰

²⁹ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมวุฒิสภา, ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญทั่วไป) เป็นพิเศษ,” 28 กุมภาพันธ์ 2545.

³⁰ เรื่องเดียวกัน

ต่อมาในชั้นลงมติที่ประชุมวุฒิสภาโดยคะแนนเสียงข้างมากเห็นควรให้แก้ไขตามที่ คณะกรรมาธิการวิสามัญเสนอมา คือ เป็น “การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” ตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น

นอกจากนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ยังทำให้เป็นที่ยุติว่าสัญญา อนุญาโตตุลาการจะทำโดยวาจาไม่ได้ ปัญหาอาจเกิดตามมาในแง่ว่าดูเทียบกับมาตรา 42 เรื่อง “การ บังคับตามคำชี้ขาด” ต้องมีต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ สำเนามาแสดง แต่บางครั้ง โทรสาร, การตกลงทางอิเล็กทรอนิกส์ ไม่มีต้นฉบับ ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็ยังเป็นประเด็นที่ UNCITRAL กำลังถกเถียงกันอยู่ ซึ่งบทบัญญัติส่วนนี้ของไทยก้าวหน้ากว่าอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือ อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 มาก ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ร่างมาตั้งแต่ปี 1958 บทบัญญัติส่วนนี้จึงไม่ทันสมัย และในขณะที่ร่างนี้ได้มีการคำนึงถึงเหตุการณ์และเทคโนโลยีในอนาคตที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งในประเด็นนี้ก็มีความพยายามแก้ไขกันในกฎหมายต่างประเทศเช่นกัน ปัญหาอีกประการที่เกิดขึ้นข้อสงสัย คือ หากจะบังคับตามคำชี้ขาดแล้วต้นฉบับของ เอกสารจะหาได้จากที่ใด ประเด็นนี้ในกฎหมายของไทยก็มีได้บัญญัติไว้เช่นกัน จึงมีผู้ให้แนวคิดว่า ปัญหานี้แก้ไขได้โดย Print Out เอกสารออกมาเวลาที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาด

2.3.3.1 ใบตราส่ง

เอกสารที่อาจเป็นปัญหาที่ Dr.Gerold Herman ตั้งข้อสังเกตไว้³¹ อีกอัน คือ ใบตราส่ง (Bill of Lading) ซึ่งใบตราส่งเป็นเอกสารที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากในบรรดาเอกสารที่ใช้ในการขนส่งของทางทะเลทั้งหมดเพราะใบตราส่ง (Bill of Lading) เป็นเอกสารที่ผู้ประกอบการขนส่งเป็นผู้จัดทำและออกให้

ในทางปฏิบัติทางการค้า ผู้ประกอบการขนส่งจะออกให้แก่ผู้ส่งของทุกครั้ง ไม่ว่าผู้ส่งของจะขอให้ออกหรือไม่ แต่ในทางกฎหมายภายในส่วนใหญ่และกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศผู้ขนส่งจะออกใบตราส่งให้เมื่อผู้ส่งของเรียกเอาใบตราส่ง

³¹ Hermann, “Round Table Discussion on the Drafting of Thailand’s Arbitration Act : Comment or question from a panel member,” in Draft Arbitration Act of Thailand, p. 10.

ใบตราส่งจะมีข้อความระบุถึงลักษณะและรายละเอียดทั่วไปของสินค้าที่รับ
ขน โดยต้องจดแจ้งไว้ชัดเจน นอกจากนี้มีข้อความที่สำคัญเกี่ยวกับท่าต้นทาง ปลายทาง ข้อยกเว้น
ความรับผิดของผู้ขนส่ง วัน และ สถานที่ออกใบตราส่ง ลายมือชื่อผู้ขนส่ง ซึ่งล้วนแต่เป็นข้อมูลและเป็น
หลักฐานสำคัญ ดังนั้น ใบตราส่งจึงเป็นเพียง “หลักฐานแห่งสัญญารับขนของทางทะเล” เท่านั้น มิใช่
สัญญารับขนของ เพราะใบตราส่ง

1. ผู้ขนส่งออกให้ภายหลังจากสัญญารับขนของทางทะเลเกิดขึ้นแล้ว
เป็นเพียงหลักฐานแห่งความตกลงและเงื่อนไขต่าง ๆ ตามสัญญารับขนของที่ผู้ออกใบตราส่งนำมา
บันทึกไว้ในใบตราส่งนั้น
2. ลงนามโดยผู้ออกใบตราส่ง คือ ผู้ขนส่งฝ่ายเดียว มิได้ลงนามโดยคู่
สัญญาทั้งสองฝ่าย

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าใบตราส่งมีความสำคัญทั้งในแง่กฎหมายและแง่หลัก
ฐานแห่งการขนส่งของทางทะเลเพราะใบตราส่งมีหน้าที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

- (1) เป็นหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าผู้ขนส่งได้รับสินค้าไว้เพื่อจัดการขนส่ง
ทางทะเลไปยังจุดหมายปลายทางที่ผู้ส่งของกำหนด
- (2) เป็นหลักฐานแห่งสัญญารับขนของทางทะเล
- (3) เป็นเอกสารแห่งสิทธิที่จะครอบครองของหรือสินค้าตามใบตราส่ง

จากหน้าที่ของใบตราส่ง 3 ประการก่อให้เกิดปัญหาว่าเหตุใดเอกสารที่ออก
และมีผู้ลงนามโดยถูกต้อง มีข้อความเกี่ยวกับตัวสินค้าที่รับไว้เพื่อขนส่ง มีเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับหน้าที่
ความรับผิดและข้อจำกัดความรับผิดของผู้รับขนของ ฯลฯ ในลักษณะที่เป็นสัญญาเหมือนสัญญาอื่น ๆ
ทั่วไป เอกสารนี้น่าจะเป็นตัวสัญญา แต่กลับบอกว่าเป็น “หลักฐานแห่งสัญญารับขนของทางทะเล” ไม่
ถือว่าเป็นสัญญา

ข้อสงสัยข้างต้นพิจารณาได้ว่า “สัญญารับขนของทางทะเล” (Contract of
Carriage or Contract of Affreightment) เป็นความตกลงระหว่างผู้ส่งของและผู้ขนของทางทะเลที่ผู้รับ
ขนตกลงจะขนของจากที่หนึ่งไปยังอีกที่โดยทางเรือเดินทะเลให้แก่ผู้ส่งของ โดยจะได้ค่าระวางเป็นค่า
ตอบแทนในการให้บริการขนส่ง สัญญารับขนของทางทะเลเกิดขึ้นเมื่อผู้ส่งของและผู้ขนของพุดตกลง

กันเกี่ยวกับของ การบรรทุก ค่าระวาง ฯลฯ เช่นนี้ถือว่าสัญญารับขนของทางทะเลเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว เพราะสัญญาข้อมเกิดเมื่อคู่สัญญาตกลงกันโดยไม่มีกฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างไร ไบตราส่งส่วนใหญ่ให้อัญญาโตตุลาการที่ London หากดูตามหลักการที่กล่าวมาข้างต้นและพระราชบัญญัติอัญญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 สัญญานี้ข้อมไม่มีผลใช้บังคับเพราะไม่ได้ลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คำถามที่เกิดตามมาคือในทางกฎหมายทะเลจะมีอัญญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งคำตอบในกรณีนี้ก็คือ แม้ไม่ได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแต่ตามกฎหมายเกณฑ์สากลที่ผู้ประกอบการค้าทางเรือยอมรับกันในธุรกิจขนส่งของทางทะเลว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขนส่งและผู้ส่งของเป็นไปตามข้อตกลงที่ทำไว้ด้วยวาจาและเป็นสัญญารับขนของทางทะเล และ หากมีข้อโต้แย้งระหว่างคู่สัญญาว่าตกลงกันได้อย่างไร คู่สัญญาอาจนำสืบได้ว่าตกลงกันไว้ได้อย่างไร แม้ข้อความที่สืบได้จะคลาดเคลื่อนกับที่เขียนไว้ในไบตราส่งก็ต้องถือว่าผู้ขนส่งและผู้ส่งของมีความตกลงผูกพันตามที่สืบได้เช่นนั้น และ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็สามารถสละสิทธิไม่ยกเรื่องการทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายขึ้นมาโต้แย้งคัดค้านได้³²

สัญญาอัญญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นตามหลักที่กล่าวมาข้างต้นจึงถือเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์แล้ว และ ความสมบูรณ์ดังกล่าวไม่เสียไป แม้ภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือ สิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือ ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือ เสมือนไร้ความสามารถ (มาตรา 12 พระราชบัญญัติอัญญาโตตุลาการ พ.ศ.2545) ในกรณีที่คู่สัญญาเสียชีวิต หรือ สิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคลสามารถบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายได้โดยผู้ชำระบัญชีเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายแทน

และเมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือ ความรับผิดชอบใด ๆ สัญญาอัญญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้อง หรือ ความรับผิดชอบนั้นข้อมผูกพันผู้รับโอนด้วย (มาตรา 13 พระราชบัญญัติอัญญาโตตุลาการ พ.ศ.2545)

สาเหตุที่กฎหมายหลาย ๆ ประเทศจำเป็นต้องบัญญัติให้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องต้องผูกพันตามสัญญาอัญญาโตตุลาการด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการหลีกเลี่ยงข้อผูกพันตามสัญญา

³²กมล สนธิเกษตริณ, “ไบตราส่งเป็นหลักฐานแห่งสัญญารับขนของทางทะเล,” ใน รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร, เมษายน 2534), หน้า 227-232.

อนุญาตตุลาการ เพราะโดยปกติ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีย่อมมีสิทธิที่จะนำคดีข้อพิพาทมาสู่ศาล ดังนั้น หากจะใช้วิธีระงับข้อพิพาทวิธีอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการจะต้องให้คู่กรณีสมัครใจทำสัญญาตามที่ตกลงกัน จึงปรากฏเป็นปัญหาในประเทศต่าง ๆ ว่า บางครั้งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งประสงค์เลี่ยงความผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ตนได้ทำไว้ โดยการโอนสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้ที่พิพาทกัน แล้วอ้างว่าผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องไม่ได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้กับลูกหนี้ด้วย จึงไม่จำเป็นต้องใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อมีข้อพิพาทผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องนำคดีมาฟ้องศาล ซึ่งหากกฎหมายยอมให้มีพฤติกรรมดังกล่าวได้ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำได้จะขาดความศักดิ์สิทธิ์ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงกำหนดให้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องต้องผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย แต่อาจมีความแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด

2.3.4 การบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ

กรณีที่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาล โดยไม่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การ หรือ ภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และ เมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือ ใช้บังคับไม่ได้ หรือ มีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย (มาตรา 14 วรรค 1 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545)

บทบัญญัตินี้มีความแตกต่างจากกำหนดเวลาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 10 ที่อนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องยื่นคัดค้านได้ก่อนวันสืบพยาน หรือ วันพิพากษา (กรณีไม่มีวันสืบพยาน) โดยบทบัญญัติใหม่มีความใกล้เคียงกับข้อ 2 วรรค 3 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 และ กฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 8 (1) ด้วย บทบัญญัติที่ต่างกันเล็กน้อย คือ กำหนดเวลาแตกต่างจากเดิม โดยกฎหมายต้นแบบ ฯ กำหนดแค่ให้ยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันยื่นคำให้การเท่านั้น ไม่ได้เขียนละเอียดอย่างของไทย แต่ทั้งนี้คงมีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ ต้องยื่นคำร้องเข้ามาอย่างช้าที่สุดภายในวันที่มีสิทธิยื่นคำให้การได้ โดยไม่จำเป็นต้องยื่นคำให้การ อาจยื่นคำร้องเข้ามาอย่างเดี๋ยวในกรณีที่มีมั่นใจว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการใช้ได้สมบูรณ์ ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานสากลที่คู่กรณีไม่ยากใจหรือถึงวันพิพากษา จึงต้องยื่นในช่วงต่อสู้คดี ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลก่อนกำหนดยื่นคำให้การ เพื่อให้ศาลสั่งจำหน่ายคดี หากไม่ยื่นคำร้องไว้แต่เข้ามาต่อสู้คดีในศาล ก็ต้องถือว่า

ทั้งสองฝ่ายไม่ประสงค์จะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เป็นอันระงับไป หรือ ถ้าไม่มายื่นคำร้องต่อศาล และไม่เข้ามาต่อสู้คดีในศาลด้วย แต่กลับนำข้อพิพาทไปเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ กรณีนี้ แม้จะเป็นการแสดงให้เห็นว่าคุณสัญญาฝ่ายนั้นยังประสงค์ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการอยู่ ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีไม่ได้ และ ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปแม้อีกฝ่ายจะขาดนัดยื่นคำให้การ และ ขาดนัดพิจารณาคดีก็ตาม

หลักการดังกล่าวที่ผู้เขียนได้เรียนชี้แจงข้างต้น เป็นหลักการที่ต่างจากแนวคิดในอดีตมาก ในอดีตนั้น เคยมีแนวคิดที่ว่าแม้คู่สัญญาจะตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการในสัญญา แต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเอาคดีขึ้นสู่ศาลจะถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นยกเลิกไปเลย³³ โดยไม่ได้สนใจคู่ความอีกฝ่าย แต่ปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวได้หมดไปแล้ว เนื่องจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาได้เข้ามาแทนที่ อันแสดงให้เห็นพัฒนาการทางความคิดของอนุญาโตตุลาการ เช่น บทบาทของศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมมีผล ศาลต้องให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากศาลได้รับคำร้องขอของคู่กรณี เว้นแต่สัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้³⁴

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 14 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติคล้ายมาตรา 8 (2) ของกฎหมายต้นแบบ ฯ ได้นำบทบัญญัติที่ดีในกฎหมายต้นแบบฯ มาเป็นแบบอย่าง โดยกำหนดต่อไปอีกว่า ในระหว่างที่ศาลพิจารณาคำร้องขอให้จำหน่ายคดี คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็ให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดได้ แม้ว่าศาลกำลังพิจารณาว่าควรบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นหรือไม่ โดยไม่ต้องรอให้ศาลมีคำวินิจฉัยในคำร้องนั้นก่อน เพราะเหตุผลในกฎหมายต้นแบบ ฯ นั้น ศาลต้องการคุ้มครองฝ่ายที่ต้องการใช้อนุญาโตตุลาการ และมีเจตนาสุจริต หากฝ่ายที่ทุจริตฟ้องศาล เพื่อหวังจะถ่วงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายที่สุจริตก็ควรได้รับการคุ้มครอง โดยเปิดให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจดำเนินการต่อไปได้ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินอย่างต่อเนื่อง และ รวดเร็ว แต่หากฝ่ายที่ขอให้ไปอนุญาโตตุลาการไม่สุจริต อีกฝ่ายก็ฟ้องศาลได้ และ ให้ฝ่ายตรงข้ามเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย และ ค่าป่วยการทั้งหมดได้

³³ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 58.

³⁴ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1458

2.4 คณะอนุญาโตตุลาการ

2.4.1 จำนวนอนุญาโตตุลาการ

โดยหลักการนั้นบุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาท หรือ เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ต้องไม่ใช่คู่กรณีในข้อพิพาท คือ เป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นกลาง จะมีจำนวน 1 ท่าน หรือ 2 ท่าน หรือ มากกว่าก็ได้ หรือ เป็นกรณีที่ 2 ท่านเป็นหลัก แต่ถ้าปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 ท่านมีความเห็นต่างกัน อาจตั้งอีก 1 ท่าน มาทำหน้าที่เป็นกรรมการตัดสินก็ได้³⁵ โดยได้รับเลือกจากคู่กรณีพิพาท หรือ ได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีตกลงไว้ หรือ ตามที่กฎหมายกำหนดโดยเฉพาะ

แต่หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 17 ได้บัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่ และ กรณีที่กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีก 1 คน เป็นประธานอนุญาโตตุลาการ และ ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว เช่นนี้จากการศึกษาของผู้เขียนทราบว่าตั้งแต่ชั้นกรรมการร่างกฎหมายฯ ได้มีมติเห็นชอบให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่และให้ปรับถ้อยคำในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... เล็กน้อย คือ ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ ก็ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ทำให้สามารถทราบเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างกฎหมายฯ ได้ว่า ต้องการให้มีอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่เป็นหลัก³⁶ วัตถุประสงค์คือ ต้องการให้อนุญาโตตุลาการหาเสียงข้างมากได้ ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้เหมือนกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอินเดีย³⁷ แต่ต่างจากกฎหมายของประเทศอื่น ๆ รวมทั้งกฎหมายต้นแบบ ๆ ด้วย เพราะกฎหมายต้นแบบ ๆ กำหนดเพียงแต่ให้คู่กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ แต่หากมิได้กำหนดไว้ถึงให้มีอนุญาโตตุลาการ 3 คน ไม่ได้มีบทบัญญัติให้มีเป็นจำนวนคี่อย่างในประเทศไทย

³⁵ Enid A.Marshall, Gill : The Law of Arbitration, Fourth edition (London: Sweet & Maxwell, 2001), pp. 28-31.

³⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 2 (23/2542) 91/2541,” 24 ธันวาคม 2541.

³⁷ ดู India Arbitration and Conciliation Act 1996, Chapter III: Composition of Arbitral Tribunal, Article 10

ในชั้นนี้ ผู้เขียนขอเปรียบเทียบผลดีและผลเสียของการกำหนดจำนวน
อนุญาโตตุลาการ³⁸ ดังนี้

- อนุญาโตตุลาการคนเดียว การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการคนเดียวมีข้อดี คือ การนัดหมาย ประชุม หรือ พิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการสามารถทำได้โดยสะดวก และ ง่าย ประหยัดค่าใช้จ่ายในกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งมีภาระค่าใช้จ่ายเพียงอนุญาโตตุลาการคนเดียว และ ทำให้การชี้ขาดทำได้รวดเร็วขึ้นเพราะไม่ต้องรอฟังอนุญาโตตุลาการคนอื่น

ข้อเสีย คือ หากคู่กรณีไม่สามารถตกลงร่วมกันได้ในการเลือกอนุญาโตตุลาการก็ต้องให้บุคคลภายนอก เช่น ศาล มาเป็นคนกลางเลือกอนุญาโตตุลาการให้ ซึ่งอาจทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมกับข้อพิพาท เพราะบุคคลภายนอกอาจไม่รู้ข้อเท็จจริงดีเท่าคู่กรณี

- อนุญาโตตุลาการสองคน อาจเกิดได้ในบางสัญญา ข้อเสียที่อาจเกิดได้ คือ ไม่อาจหาข้อยุติในการตัดสินของอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนได้ หากตัดสินไม่ตรงกันก็ต้องแต่งตั้งคนนอกมาเป็นคนชี้ขาดตัดสิน อันก่อให้เกิดความล่าช้า และ เสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เท่ากับว่าเริ่มต้นพิจารณาใหม่ทั้งหมด

- อนุญาโตตุลาการสามคน เป็นวิธีที่ได้รับความนิยมมากที่สุด และเป็น ที่พอใจแก่ทั้งสองฝ่ายมากที่สุดด้วย ส่วนใหญ่มักกำหนดให้แต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน และ อนุญาโตตุลาการที่แต่ละฝ่ายตั้ง ก็ร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามขึ้น วิธีการนี้จึงมีข้อดีมากกว่าเสีย เพราะได้อนุญาโตตุลาการที่เป็นที่พอใจของคู่กรณี เข้าใจวัฒนธรรม ภาษา และ ระบบกฎหมายของคู่กรณี ผลชี้ขาดเป็นที่แน่นอน และ เป็นที่พอใจของคู่กรณีทุกฝ่าย จากการเป็นที่ยอมรับดังกล่าว กฎหมายต้นแบบ ๆ จึงได้ร่างมาในแนวนี้อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อเสียอยู่บ้างตรงที่เสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น และ ใช้ระยะเวลาพิจารณาตัดสินนานขึ้น

³⁸ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3: 192-195.

- อนุญาโตตุลาการมากกว่าสามคน วิธีนี้ไม่เป็นที่ยอมรับ เนื่องจากก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น และ เกิดความล่าช้าเพิ่มขึ้นมากจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการใหญ่เกินความจำเป็น โดยมากวิธีนี้มักใช้ในกรณีข้อพิพาททางการเมืองระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อนจึงอาจต้องนำผู้เชี่ยวชาญ หรือ ผู้ที่เป็นที่ยอมรับของประเทศคู่กรณี หรือ ตัวแทนจากประเทศที่สามเข้าร่วมพิจารณา แต่กรณีนี้อาจใช้ในกรณีที่มีคู่พิพาทมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป

เห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ในมาตรา 11 และ มาตรา 16 คือ เดิมให้ตั้งผู้ชี้ขาดมาคู่ และ ตัดสิน ทำให้กลายเป็นกระบวนการ 2 ขั้นตอนที่ยุ่งยากและ ซ้ำซ้อน การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้เป็นเลขคี่ เพราะจะให้อนุญาโตตุลาการที่เป็นประธานมีเสียงชี้ไปทางใดทางหนึ่ง (ไม่ได้เผด็จการ แต่ตัดสินได้) อันเป็นการตัดปัญหาการหาผู้ชี้ขาด และ ทำให้หาเสียงข้างมากได้แน่นอน

จากการที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น เดิม มาตรา 11 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ “มีกี่คนก็ได้” แต่เมื่อมีคำวินิจฉัยแล้ว ไม่สามารถหาเสียงข้างมากได้ กฎหมายเดิมให้ตั้งผู้ชี้ขาดเป็นคนชี้ว่าจะไปทางไหน จะเห็นว่ากระบวนการซ้ำซ้อนกัน คือ ต้องปรึกษาระหว่างอนุญาโตตุลาการก่อน หากหาเสียงข้างมากไม่ได้ ค่อยหาผู้ชี้ขาด แต่ฉบับใหม่กำหนดไว้ว่าต้องเป็นเลขคี่เพื่อหาเสียงข้างมาก แต่หากไม่สามารถหาเสียงข้างมากได้ ก็ให้ประธานอนุญาโตตุลาการชี้เลยว่าจะไปทางไหน อันเป็นการส่งเสริมให้ผู้ชี้ขาดโดยรวดเร็ว และ ราบรื่น แต่ก็ส่งผลข้างเคียง คือ ทำให้ประธานอนุญาโตตุลาการกลายเป็นคนที่สำคัญมาก ดังนั้น การเลือกประธานอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งสำคัญ และ ต้องดูให้ดี หากประธานอนุญาโตตุลาการดี ก็เป็นการยกมาตรฐานอนุญาโตตุลาการทางหนึ่ง

ในส่วนแนวทางของต่างประเทศ ผู้เขียนขอยกมาพิจารณา ดังนี้

ประเทศฝรั่งเศส : กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator) หรือ หลายคนในจำนวนเป็นเลขคี่ (uneven in number) ถ้าคู่กรณีจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน ต้องมีการตั้งอนุญาโตตุลาการโดยความตกลงของคู่กรณีตามบทบัญญัติเช่นนั้น ถ้าไม่มีข้อตกลงเช่นนี้ให้ประธานศาลชั้นต้นเป็นคนตั้ง³⁹ ดังนั้นคู่กรณีจึงมีอิสระในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

³⁹ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1453

ประเทศอังกฤษ : ให้คู่กรณีมีอิสระในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทของตน ไม่ว่าจะ มี ประชาน หรือ ผู้ชี้ขาดหรือไม่ หากไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้ากำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ 2 คน หรือ จำนวนอื่นที่ทั้งสองฝ่ายตั้งจำนวนเท่ากัน ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกคนเพื่อเป็นประชานอนุญาโตตุลาการ⁴⁰

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ให้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามความต้องการของคู่กรณี แต่ถ้าไม่ได้ตกลงไว้ให้มีคนเดียว⁴¹ ส่วน Uniform Arbitration Act ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติโดยทั่วไปจำนวนอนุญาโตตุลาการมีการกำหนดไม่แน่นอน กฎหมายของมลรัฐส่วนมากก็ไม่มีกำหนดเรื่องนี้

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : ไม่มีกำหนดเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ แต่อนุสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐ (Concordat) มีบทบัญญัติเรื่องนี้ โดยกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต้องประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 3 คน เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น อาจตั้งคนเดียวหรือ ตั้งเป็นจำนวนเลขคู่โดยไม่มี การตั้งประชานก็ได้⁴² ในคดีที่มีอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ คู่กรณีอาจให้มีการออกเสียงของประชาน หรือ ใช้เสียงข้างมาก หรือ มติเอกฉันท์⁴³

การกำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมายบังคับให้อนุญาโตตุลาการมีจำนวนเลขคี่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นหลักการที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของคู่กรณีที่ควรจะมีสิทธิในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการในข้อตกลงแห่งสัญญาได้ ยิ่งไปกว่านั้นในเรื่องนี้ Dr. Gerold Hermann ได้แสดงความเห็นไว้ว่ากฎหมายไม่ควรจำกัดเสรีภาพของคู่กรณีในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการตามที่ตนต้องการ⁴⁴ และนอกจากนั้นยังมีความเห็นเพิ่มเติมโดยคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาาระบบอนุญาโตตุลาการว่า กรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีเหตุผลที่จะพยายามปก

⁴⁰ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 15

⁴¹ ดู The Federal Arbitration Act หรือ The United States Arbitration Act, Section 5

⁴² ดู International Arbitration Convention (Concordat), Article 10

⁴³ ดู International Arbitration Convention (Concordat), Article 11(4)

⁴⁴ Hermann, "Round Table Discussion on the Drafting of Thailand's Arbitration Act : Comment or question from a panel member," in Draft Arbitration Act of Thailand, p. 37.

ป็องครุ่กรณีจากการตัดสินใจที่ไม่ฉลาด เพราะโดยมากคู่สัญญาผู้ใดว่าตนต้องการอะไร และ เขามีความเชื่อชาญเพียงพอ กฎหมายจึงไม่ควรไปกำหนดให้เป็นไปตามที่กฎหมายต้องการ การที่กฎหมายกำหนดให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกคนเมื่อกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้เป็นจำนวนคู่ ซึ่งถ้าคู่กรณีได้ฝ่ายหนึ่งข้อกำหนดกฎหมายโดยดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยองค์คณะที่เป็นเลขคู่ และมีค่าชี้ขาดขึ้น ค่าชี้ขาดดังกล่าวจะใช้ได้หรือไม่

กรณีนี้ หากพิจารณาแล้วว่าจะขัดต่อกฎหมาย แต่หาใช้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ อันจะทำให้สัญญาเป็นโมฆะได้ สัญญาดังกล่าวจึงมีผลสมบูรณ์

แต่กรณีดังกล่าวจะถือได้ว่าเป็นการที่องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ ตาม มาตรา 40 (จ) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดความขัดกันต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดได้ เพราะบทบัญญัติส่วนที่ว่าด้วยการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดได้กำหนดถึงกรณีที่ศาลจะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด หากผู้ที่จะถูกบังคับพิสูจน์ได้ว่าองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทกำหนดไว้ (มาตรา 43(5) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545) หรือไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาคูแล้วจะทำให้คำชี้ขาดที่เกิดจากการที่คู่กรณีกำหนดจำนวนเลขคู่ และ ไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีก 1 คน ตามที่กฎหมายกำหนดอีกฝ่ายอาจร้องคัดค้านขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้โดยเหตุที่องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันคำชี้ขาดนั้นไม่อาจร้องขอให้ศาลปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น จากเหตุที่คำชี้ขาดเกิดจากองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี หรือ ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงได้

จากเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งในการที่บทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับจำนวนองค์คณะอนุญาโตตุลาการ เพราะผู้เขียนเห็นว่า แม้กำหนดองค์คณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นจำนวนคี่แล้ว ก็ไม่ใช่ว่าจะหาเสียงข้างมากได้เสมอไป อาจหาเสียงข้างมากไม่ได้ก็ได้ ดังนั้น จะเป็นจำนวนคี่ หรือ จำนวนคู่ก็ไม่สำคัญ แต่ควรคำนึงถึงความสลับซับซ้อน ความยุ่งยากแห่งคดี จำนวนทุนทรัพย์ หากจำนวนทุนทรัพย์น้อยแต่ต้องตั้งอนุญาโตตุลาการหลายคนอาจจะสิ้นเปลืองได้ และ ที่สำคัญควรดูความเหมาะสมตามข้อเท็จจริงให้พอกับเรื่องก็เพียงพอแล้ว

2.4.2 วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไป วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ⁴⁵ มีดังนี้

ก. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณี

เป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด เพราะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจกำหนดในสัญญาให้คู่กรณีเป็นคนแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง ซึ่งวิธีการนี้ถูกต้องดีกว่าการให้คนอื่นมาตั้งให้แทน เนื่องจากคู่กรณีเป็นผู้ที่รู้ข้อเท็จจริง และ ปัญหาต่างๆ อย่างดีที่สุด จึงทำให้แต่งตั้ง และ คัดเลือกผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการได้ดีที่สุด อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นต้องได้รับการยอมรับจากทุก ๆ ฝ่าย มิฉะนั้น ฝ่ายที่ไม่พอใจอาจยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้ และ ผู้ที่ถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการต้องยินยอมด้วย หน้าที่ในการชี้ขาดจึงจะลุล่วงไปได้

ข. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสมาคมการค้า

วิธีการนี้จะทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และมีประสบการณ์ แต่เนื่องจากสมาคมการค้าไม่ได้เป็นผู้รู้ปัญหาที่เกิดตีเท่าคู่กรณี อนุญาโตตุลาการที่ได้เลือกมาแม้จะเก่ง แต่ก็อาจไม่เหมาะแก่กรณีพิพาทได้ ข้อสังเกตอยู่ที่ว่า อนุญาโตตุลาการที่มาจากการคัดเลือกของสมาคมการค้ามักนำประสบการณ์ทางการค้าของตนมาเป็นฐานในการตัดสินข้อพิพาท ซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการอาจขาดความเป็นกลางได้ (Non Neutral Arbitrator) โดยแต่ละฝ่ายอาจทำหน้าที่เหมือนเป็นทนายความให้กับผู้ที่เลือกตนมา โดยใช้พยานหลักฐานที่คู่กรณียื่นให้ตนมาแสดงตนเป็นทนายความ ซึ่งมีใช้ในฐานอนุญาโตตุลาการ และ เป็นการเปล่าประโยชน์ที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในเมื่อเขาทำหน้าที่เหมือนเป็นทนายความแล้ว⁴⁶

⁴⁵ วิไล ประมวลกฎหมาย, “การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 35-40.

⁴⁶ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3: 197-198.

ก. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการจะเข้ามามีบทบาทเมื่อคู่กรณีกำหนดให้ใช้ระเบียบ หรือ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ และ ไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนด หรือ ตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามไม่ได้ สถาบันจึงมีอำนาจเข้ามาแต่งตั้งให้ โดยอาศัยอำนาจตามข้อบังคับของสถาบัน

ง. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยระบบรายชื่อ (List System)

เป็นวิธีที่แต่ละฝ่ายจัดรายชื่อบุคคลหลาย ๆ คนที่มีคุณสมบัติเหมาะสมเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อแลกส่งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายจนได้บุคคลที่คู่กรณีเสนอชื่อเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามคงเป็นการยากที่จะได้บุคคลที่คู่กรณีประสงค์เหมือนกันจากกรณีดังกล่าว วิธีการนี้จึงไม่ค่อยได้รับความนิยม ตัวอย่างการใช้วิธีนี้ เช่น วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีคณะกรรมการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (Appointing Authority) ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อ 6 และ ข้อ 7.3 ในกรณีที่ไม่มีอาจตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือ ไม่มีอาจตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ ซึ่งคณะกรรมการจะจัดส่งรายชื่อคนที่เห็นว่าเหมาะสม และ คู่กรณีสองฝ่ายพิจารณาคัดคนที่ไม่เลือกออกส่งคืนให้คณะกรรมการ และ คณะกรรมการจะแต่งตั้งโดยเลือกบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องการโดยเรียงลำดับตามรายชื่อที่ได้ส่งมา นอกจากนี้ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน ก็ได้กำหนดวิธีนี้ไว้ในข้อ 13, 14 และ ข้อ 15 เช่นกัน เห็นได้ว่าวิธีนี้ยังมีข้อดีตรงที่ได้อนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายพึงพอใจ

จ. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้ง

วิธีนี้ได้รับความนิยม และ เป็นที่ยอมรับมากวิธีหนึ่ง เกี่ยวพันสืบเนื่องมาจากวิธีแต่งตั้งโดยคู่กรณี ตามที่ระบุไว้ในข้อ ก. เนื่องจากวิธีปกติทั่วไปที่ได้รับความนิยมมักให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน และ อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งก็ร่วมกันเลือกอนุญาโตตุลาการอีกคนมาเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดี คู่กรณีจะได้อนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติตามที่ต้องการ และ มีความมั่นใจ และ เชื่อมั่นในอนุญาโตตุลาการคนที่สามต่อไป เพราะเลือกโดยคนที่ตนเลือกมาเอง จึงมีความไว้วางใจในคน ๆ นั้นได้

ฉ. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยศาล

วิธีนี้เกิดในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ไม่ว่าจะอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือ คนที่สาม หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจตาม

กฎหมาย ให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่าย อันเป็นไปตามกฎหมายต้นแบบ ฯ ข้อ 11 (3) (4)

วิธีการดังกล่าวมาทั้งหมดเป็นวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่สามารถนำมาใช้ในกรณีที่มีการตกลงกันได้ ตกงกันไม่ได้ และ ไม่ได้ตกลงกันระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยการบังคับใช้ของคู่กรณี สถาบันอนุญาโตตุลาการ และ ศาล เป็นต้น

หากพิจารณาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 แล้ว จะพบว่าในมาตรา 18 มีหลักว่า กรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงเป็นอื่น กรณีที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้ฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน หรือ กรณีที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีมากกว่า 1 คน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่า ๆ กัน และ อนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทไม่ได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ หากอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจตกลงตั้งประธานได้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ ประธานอนุญาโตตุลาการแทนได้ ทั้งนี้ หากคู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้ หรือ คู่พิพาทไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ หรือ บุคคลที่สาม หรือ หน่วยงานอื่นใดไม่ดำเนินการตามที่กำหนดไว้ ให้ศาลดำเนินการตามที่เห็นสมควรได้

เห็นได้ว่าวิธีการดังกล่าวได้แก้ไขปัญหาในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 13 เดิม โดยเดินตามแบบกฎหมายต้นแบบ ฯ ข้อ 11 (3) (4) อันจะทำให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการต่อไปได้ เพราะเดิมไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ให้คู่ความในการไปร้องขอต่อศาล อาจเป็นการเปิดช่องให้คู่ความไปยื่นเป็นเวลา 2-3 เดือน โดยไม่จำเป็น แต่กฎหมายใหม่กำหนดวิธีการ และ ระยะเวลาไว้เพื่อช่วยให้เข้าสู่กระบวนการได้เร็วขึ้น แม้จะเกิดกรณีที่คู่สัญญาไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ อนุญาโตตุลาการไม่อาจร่วมกันแต่งตั้งประธานอนุญาโตตุลาการได้ กฎหมายใหม่กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจเข้ามาดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ ประธานอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นหลักที่มาจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อ 6.2 และ ข้อ 7.2 ซึ่งเป็นแนวทางสำหรับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือ สามคน หรือ มากกว่าสามคนขึ้นไป การตีความตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวที่ต้องการให้บังคับใช้แก้ปัญหาคกรณีที่คู่กรณีไม่อาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันได้ หรือ กรณีที่คู่กรณีมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน

กำหนดเวลา อย่างไรก็ตามก็ตีปกคือนุญาโตตุลาการที่เกินกว่าสามคนมักไม่เป็นที่นิยม เนื่องจากล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น

2.4.3 สถานะ และ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

ลักษณะของอนุญาโตตุลาการเป็นทั้งเรื่องของสัญญา (Contractual nature) และ กระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Judicial process)⁴⁷ ดังนั้นบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีสถานะ และ คุณสมบัติที่ติดตามที่กฎหมายกำหนด และ เป็นที่ยอมรับ

สถานะของอนุญาโตตุลาการตามหลักอันเป็นที่ยอมรับของสากลนั้น เป็นที่ทราบกันดีว่า อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียง ปราศจากอคติ เป็นอิสระจากคู่ความ⁴⁸ ปราศจากการครอบงำจากผู้อื่น ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความเป็นธรรม คือ ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย ให้โอกาสคู่กรณีทุกฝ่ายในการต่อสู้คดี หรือ นำเสนอพยานหลักฐานมาสืบอย่างเต็มที่ โดยคู่กรณีอาจร่วมกันกำหนดคุณสมบัติอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ได้ เช่น เป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านนั้น ๆ ที่เป็นประเด็นพิพาทอยู่ หรือ ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด คือ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างตั้งขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นคนกลางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงต่างจากศาลตรงที่หากคดีไปสู่ศาล คู่ความจะไม่มีโอกาสทราบล่วงหน้าหรือไม่มีทางเลือกเลยว่าจะให้ผู้พิพากษาท่านใดเป็นผู้วินิจฉัย ในขณะที่หากใช้อนุญาโตตุลาการคู่กรณีสามารถแต่งตั้ง และ เลือกผู้จะมาทำหน้าที่ชี้ขาดได้ตามความพอใจของตน โดยคำนึงว่าผู้นั้นมีความเป็นกลาง และ ให้ความยุติธรรมแก่ตนได้ แต่จากหลักการนี้ก็ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาว่า อาจมีกรณีที่คู่กรณีเข้าใจผิดว่าตนต้องเลือกคนที่เข้ามาช่วยคดีของตนได้ในลักษณะทนายความ อันไม่ใช่ความประสงค์ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการนี้ ส่วนผู้ที่ได้รับเลือกมาเป็นอนุญาโตตุลาการก็เข้าใจว่าตนต้องช่วยผู้ที่เลือกตนเข้ามา ซึ่งแท้จริงแล้วเป็นความคิดที่ผิดมาก ๆ แต่ในทางปฏิบัติมีหลายกรณีที่เป็นเช่นนี้

⁴⁷ อเนก ศรีสนิท, “การตั้งอนุญาโตตุลาการ,” บทบัญญัติ 47 (กันยายน 2534): 33.

⁴⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 24.

อันที่จริงเรื่องทางพาณิชย์ และ อุตสาหกรรม มีวิธีการต่าง ๆ เป็นพิเศษโดยเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ถ้าพิจารณาถึงศาล จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาที่เข้าใจถึงปัญหาจริง ๆ หายาก ต้องสืบพยานให้ท่านเห็นว่าเรื่องต่าง ๆ เหล่านั้นในธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าเป็นอย่างไร ทำให้เสียเวลาไปโดยเปล่าประโยชน์ แต่ถ้าเขาเลือกบุคคลที่รู้เรื่องเหล่านี้ดี ก็ไม่ต้องมานั่งสืบพยานอีกให้เสียเวลา เพราะเขารู้ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอยู่แล้ว ประโยชน์จริง ๆ ที่มีในการกำหนดคุณสมบัติจึงอยู่ตรงนี้ แต่มักเข้าใจผิดไปว่าหากคนมาช่วย ทั้งตัวผู้เลือก และ ผู้ถูกเลือกจึงต้องเข้าใจหลักนี้ให้ดี ว่าไม่ใช่เลือกคนที่เข้าไปช่วย แต่เลือกคนที่เป็นกลางเข้าไปชี้ขาดได้โดยถูกต้องเท่านั้น

ในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนี้ ในชั้นการพิจารณาของกรรมาธิการสภาผู้แทนราษฎรมีความเห็นแบ่งเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่ากฎหมายน่าจะกำหนดคุณสมบัติอนุญาโตตุลาการไว้ด้วยว่าควรจะเป็นอย่างไร เช่น อายุ , วุฒิการศึกษา , ความรู้ ฯลฯ เพราะมองว่าเป็นการคุ้มครองคู่ความ และ ก่อให้เกิดมาตรฐาน แต่อีกฝ่ายมองในแง่อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชน เป็นคนที่เอกชนเลือกมาเอง จะเป็นใคร คุณสมบัติอย่างไรก็ได้ ขอแค่เป็นกลาง อิสระก็พอ คุณสมบัติอื่นนอกจากนี้สามารถไปกำหนดกันเองในสัญญาได้ เช่น ต้องการคนที่พูดภาษาจีนได้ , มีความรู้ด้านวิศวะ ฯลฯ เป็นต้น ในที่สุด มาตรา 19 วรรคแรกตอนท้าย จึงออกมาโดยเป็นผลมาจากการประนีประนอมความคิดของทั้งสองฝ่ายว่า หากสถาบันอนุญาโตตุลาการใดกำหนดไว้อย่างไร อนุญาโตตุลาการที่จะตั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่สถาบันกำหนดไว้ ซึ่งในทางปฏิบัติไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เพราะส่วนมากสถาบันอนุญาโตตุลาการจะไม่กำหนดคุณสมบัติเรื่องอื่น ๆ เว้นแต่ เรื่องความเชี่ยวชาญในปัญหา หรือ สาขาที่ต้องตัดสินซึ่งอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ผ่านมาตรฐานนี้ทั้งหมด เว้นแต่เรื่องความเป็นกลาง และ ความเป็นอิสระ กฎหมายจึงออกมาเพื่อคุ้มครองคู่ความ และ กำหนดมาตรฐานตรงนี้ แต่ถ้าคู่ความไม่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการของตนมีคุณสมบัติตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการกำหนดก็สามารถตกลงเป็นอื่นได้ แต่หากไม่เขียนคุณสมบัติในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และ ไม่อิงหน่วยงานใด ๆ จะเกิดข้อสงสัยว่าคุณสมบัตินั้นจะใช้ได้ไหม ดังนั้น จึงมีความเห็นว่าคุณสมบัติทั่วไป คู่ความสามารถกำหนด หรือ ตกลงกันเองในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ส่วนกฎหมายกำหนดแค่ความเป็นกลาง และ ความเป็นอิสระเท่านั้น⁴⁹

⁴⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 5 (50/2542) 27/2542,” 22 เมษายน 2542.

2.4.3.1 การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

กรณีที่มีผู้สงสัยซึ่งความเป็นกลาง หรือ หลักความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยต่อคู่พิพาทโดยไม่ ชักช้า เว้นแต่ได้แจ้งให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าแล้ว โดยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว นับแต่เวลาที่ได้ รับการตั้ง และ ตลอดเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้ข้อสงสัยดังกล่าวหมดไป (มาตรา 19 วรรค 2 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545)

ในเรื่องนี้ ตามมาตรา 12 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ ฯ ก็มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียง กันว่า โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้โดยอาศัยเหตุที่ว่า มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็น กลาง หรือ ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาจาก แนวคิดในคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่าต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมเป็นกลางเพื่อก่อให้เกิดการ พิจารณาและตัดสินอย่างเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายซึ่งพิจารณาได้ว่าคุณสมบัติอนุญาโตตุลาการ โดย ทั่วไป นอกจากต้องเป็นบุคคลที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย คือ มีความสามารถตามกฎหมาย มีความรู้ใน ประเด็นที่พิพาท มีประสบการณ์ และ ยังต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ คือ

1) เป็นกลาง คือ ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ปราศจากอคติต่อทั้งคู่กรณี และ ประเด็นข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการต้องไม่เข้าข้างฝ่ายใด หรือ แสดงความสนใจคู่กรณีซึ่งมีผลต่อ การตัดสินได้ แม้โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งมักจะเห็นใจ หรือ มีความรู้สึกร่วมกับคู่กรณี ที่แต่งตั้งตนก็ตาม อนุญาโตตุลาการนั้นก็ควรไม่นำความผูกพัน และ ความเห็นใจดังกล่าวมาพิจารณาตัดสิน ข้อพิพาท

2) เป็นอิสระ คือ ปราศจากการครอบงำ หรือ ควบคุมจากผู้อื่น โดยมีผู้ กล่าวไว้ว่า การที่อนุญาโตตุลาการไม่มีความสัมพันธ์ทางการเงินกับคู่กรณีอันก่อให้เกิดความกดดันใน การพิจารณาตัดสินข้อพิพาท ซึ่งความสัมพันธ์ทางการเงินระหว่างคู่กรณีดังกล่าวอาจเป็นตัวทำให้ขาด ความเป็นอิสระได้ อันมีลักษณะเป็นนามธรรมมากกว่าเรื่องความเป็นกลาง และ เป็นสิ่งที่กว้างมากจึง ต้องพิจารณาความเกี่ยวข้องว่ามีผลต่อการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทหรือไม่⁵⁰

⁵⁰ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3: 214.

กรณีนี้ พิจารณาแนวทางของต่างประเทศได้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : นักกฎหมายแบ่งความคิดออกเป็น 2 แนวทาง คือ

- อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นโดยคู่กรณี หรือ อนุญาโตตุลาการคนที่สาม (ผู้ชี้ขาด) ต้องเป็นกลางทั้งสิ้น และ ไม่ถือว่าตนเองเป็นตัวแทน หรือ ที่ปรึกษาของฝ่ายที่ตั้งตนขึ้นมา โดยต้องตัดสินใจอย่างไม่เอนเอียง
- อนุญาโตตุลาการอาจไม่ต้องเป็นกลางก็ได้ เน้นแต่ให้ อนุญาโตตุลาการคนกลางเป็นกลางคนเดียวก็พอ

หากพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษจะพบว่า กฎหมาย กำหนดให้ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องมีความซื่อสัตย์ ทำหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและมีความ เป็นกลาง ไม่ลำเอียง ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท โดยคู่กรณีอาจกำหนดคุณสมบัติพิเศษของบุคคลที่จะ เป็นอนุญาโตตุลาการได้⁵¹ เช่น เป็นผู้เชี่ยวชาญปัญหาที่พิพาท

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ขอมให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องเป็นกลางก็ได้ แต่ต้อง ทำโดยชัดแจ้งและเปิดเผย เช่น คู่กรณีต้องกำหนดไว้ในสัญญาให้อนุญาโตตุลาการฝ่ายที่ตนแต่งตั้งมีบทบาทในการเป็นที่ปรึกษาหรือตัวแทนได้ หากมีกรณีที่อนุญาโตตุลาการถูกคัดค้านต่อศาล โดยทั่วไปศาล จะไม่ถอดถอนอนุญาโตตุลาการก่อนหรือระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา แม้ศาลจะมีอำนาจทำเช่นนั้น ได้ ศาลจะตรวจสอบเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการหลังจากที่ทำคำชี้ขาด เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ประสงค์จะทำลายคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการนั้น⁵²

⁵¹ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 33

⁵² Rene David, Arbitration in International Trade (Deventer/Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1985), pp. 254-255.

ประเทศฝรั่งเศส : อนุญาโตตุลาการต้องเป็นกลาง เพราะหากไม่เป็นกลางมีผลเท่ากับปฏิเสธการรับรอง และ บังคับตามคำชี้ขาดทั้งสิ้น⁵³ อันเป็นผลมาจากนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศของฝรั่งเศสที่รับรองสิทธิปกป้องตนเองขั้นพื้นฐานของกลุ่มกรณี หากอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางเท่ากับว่าสิทธิเหล่านี้ถูกละเมิด

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในกรณีที่ไม่ได้ดำเนินการตามความตกลงของกลุ่มกรณี หรือ เมื่อมีข้อสงสัยในความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ แต่กลุ่มกรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการฝ่ายที่ตนแต่งตั้งไม่ได้⁵⁴

ในบางประเทศบัญญัติวิธีการไว้โดยเฉพาะว่าจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการคนใดได้บ้าง เช่น ประเทศอิหร่าน การคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นทำได้เฉพาะอนุญาโตตุลาการที่เป็นคนกลางเท่านั้น ในขณะที่ประเทศเดนมาร์กให้คัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ทั้งคณะ แต่การคัดค้านคนกลางกับการคัดค้านผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากกลุ่มกรณีนั้น ระดับการคัดค้านไม่เท่ากันและถือความเคร่งครัดในตัวคนกลางมากกว่า

เห็นได้ว่า อนุญาโตตุลาการในทุก ๆ ประเทศนั้น ไม่พึงประสงค์บุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับกลุ่มกรณี เนื่องจากเล็งเห็นแล้วว่าจะไม่มีความเป็นธรรม นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติอีกประการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติ คือ สิ่งที่ศาลหรือ องค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือ คนที่สามต้องคำนึงถึง คือ ความเหมาะสมในการตั้งอนุญาโตตุลาการให้มีสัญชาติต่างจากกลุ่มกรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งแม้ไม่ใช่การรับประกันว่าจะเป็นอิสระ และไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด แต่อย่างน้อยก็เพื่อแสดงถึงความพยายามในการทำให้อนุญาโตตุลาการปราศจากข้อคัดค้านได้มากที่สุดซึ่งก็เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติในทางการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

⁵³ Redfern and Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3: 211.

⁵⁴ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 180(1),180(2)

คู่กรณีคนที่ไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้นั้น แต่มีข้อสงสัยในความเป็นกลาง หรือ ความเป็นอิสระ หรือ ขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้นั้นอาจคัดค้านได้โดยยื่นหนังสือแสดงเหตุ แห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือ รู้ถึงข้อเท็จจริง และ หากอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือ คู่ พิพาทอีกฝ่ายไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้าน ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำชี้ขาดนั้น และ ถ้าการ คัดค้านไม่บรรลุผล หรือ กรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัด ค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ภายใน 30 วัน นับแต่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยชี้ขาด หรือ นับแต่วันที่รู้ ถึงข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี และ ถ้าศาลได้สวนคำคัดค้านแล้วให้สั่งยอมรับ หรือ ยกคำคัดค้านนั้นเสีย ส่วนอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนชี้ขาดได้ เว้นแต่ศาลจะ สั่งเป็นอย่างอื่น (มาตรา 20 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545) ซึ่งมาตรา 20 นี้เป็นการนำมาตรา 13 (1) (2) (3) ของกฎหมายต้นแบบ ฯ มาเป็นหลักในการยกเว้น แต่ยังมีปัญหาอยู่บางประการ

จากกฎหมายต้นแบบ ฯ พิจารณาได้ว่าเป็นการให้อำนาจในการพิจารณาคุณสมบัติของ อนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการเอง เช่นเดียวกับผู้พิพากษาโดยอาศัยแนวความคิด “Competence de la Competence” ซึ่งเป็นอำนาจในการพิจารณาประเด็นเรื่องอำนาจ คือ เป็นความคิดที่ให้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจรับพิจารณาเรื่องนั้น ๆ หรือไม่⁵⁵ คือ ชี้ขาดขออำนาจ ตนเอง เช่น สัญญาหลักเป็นโมฆะ อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้เองว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท นั้นหรือไม่ ประเด็นนี้ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้เขียน แต่เป็นหลักสากล พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงนำมาบัญญัติไว้ว่า แม้ต่อสู่ว่าสัญญาเป็นโมฆะ ตัว อนุญาโตตุลาการเองมีอำนาจชี้ขาดได้ว่า สัญญานั้นเป็นโมฆะหรือไม่ เพื่อไม่ต้องให้กระบวนการย้อน กลับไปที่ศาลใหม่กลายเป็นให้ศาลที่ก่อนที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินไปได้ ซึ่งไม่ได้ช่วย ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการโดยราบรื่นตามจุดประสงค์ อนุญาโตตุลาการจึงควรวินิจฉัยขออำนาจ ตนเองได้ การให้ศาลเข้ามาช่วยเพื่อให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการโดยราบรื่น แต่ไม่ใช่ช่วยทุกขั้นตอน

ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า วิธีนี้เป็นประโยชน์ต่อทางปฏิบัติเพื่อป้องกันไม่ให้มีวิธีการใด มาเป็นอุปสรรค หรือ ขัดขวางต่อการอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการได้ทำลงอย่างระมัดระวัง และ เหมาะสมแล้ว อนุญาโตตุลาการจะได้ไม่กังวลว่าตนจะถูกคัดค้านตลอดเวลาในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ จึงสมควรให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่ และ สมบูรณ์เพื่อให้การ

⁵⁵ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 41.

อนุญาตตุลาการมีประสิทธิภาพ และ ดำเนินไปอย่างรวดเร็ว แต่อำนาจอย่างเต็มที่ของอนุญาตตุลาการก็อาจถูกตรวจสอบโดยศาลเพื่อความมั่นใจว่าอนุญาตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบ ซึ่งเป็นหลักการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Policy) ที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตบางประการในมาตรา 20 คือ หากพิจารณาที่มาตรา 20 แล้ว อาจแปลความได้ว่า การคัดค้านอนุญาตตุลาการ มี 2 วิธี คือ

- 1) วิธีคัดค้านองค์คณะอนุญาตตุลาการคนเดียว
- 2) วิธีคัดค้านองค์คณะอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน

จากข้อสังเกตดังกล่าว อาจทำให้เกิดปัญหาได้ โดยอาจมีการเข้าใจผิดว่ากรณีคัดค้านอนุญาตตุลาการกรณีมีองค์คณะมากกว่า 1 คน อนุญาตตุลาการสามารถเข้าร่วมพิจารณาข้อคัดค้านในคุณสมบัติของตนเองได้ แต่กรณีคัดค้านอนุญาตตุลาการองค์คณะคนเดียว อนุญาตตุลาการไม่อาจพิจารณาข้อคัดค้านดังกล่าวได้ ซึ่งจริง ๆ แล้ว ไม่มีเหตุผลที่กำหนดเช่นนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าให้อำนาจอนุญาตตุลาการพิจารณาตัดสินประเด็นต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาตตุลาการได้ ในขณะที่กฎหมายต้นแบบ ๆ ไม่ได้บัญญัติถึงความแตกต่างของวิธีการคัดค้านแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 20 ยังบัญญัติให้ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการนับแต่ทราบเหตุอันทำให้คัดค้านได้ หรือ นับแต่ตั้งอนุญาตตุลาการ ซึ่งมีความแตกต่างกันระหว่างการคัดค้านอนุญาตตุลาการที่มีองค์คณะหนึ่งคน และ มากกว่าหนึ่งคน โดยกำหนดเวลายื่นคัดค้านอนุญาตตุลาการที่มีองค์คณะมากกว่า 1 คน ภายใน 15 วัน ขณะที่การคัดค้านอนุญาตตุลาการที่มีองค์คณะคนเดียวมีกำหนด 30 วัน และ ในมาตรา 20 วรรค 3 ยังให้ขยายเวลาในการคัดค้านอนุญาตตุลาการออกไปได้อีกไม่เกิน 15 วัน ซึ่งในเรื่องการขยายเวลาคัดค้านนี้ในกฎหมายต้นแบบ ๆ ไม่มีกำหนดไว้ อันทำให้หลักการดังกล่าวไม่ชัดเจน

2.4.4 การเข้ามามีส่วนร่วมของชาวต่างชาติในการอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นปัญหาเรื่องอนุญาโตตุลาการที่เป็นชาวต่างชาติ คือ ไม่ใช่บุคคลสัญชาติของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายของหลายประเทศไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวมาเป็นอนุญาโตตุลาการ เช่น โปรตุเกส ชิลี โคลัมเบีย เอกวาดอร์ ฮอนดูรัส เวเนซุเอลา บางประเทศให้คนต่างด้าวเป็นได้โดยอาศัยหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (reciprocity) เช่น เชคโกสโลวาเกีย⁵⁶

ในบางประเทศไม่มีข้อห้ามของกฎหมายว่าอนุญาโตตุลาการต้องเป็นพลเมือง หรือ มีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งต้องเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่นนอกเหนือจากคู่กรณี เช่น เมื่อสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เป็นบุคคลสัญชาติอื่นมากกว่าสัญชาติของคู่กรณี⁵⁷ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสไม่มีข้อห้ามในเรื่องนี้แต่อย่างใด คือ คู่กรณีสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการชาวต่างชาติในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ รวมทั้งอนุญาโตตุลาการภายในประเทศด้วย

สำหรับประเทศไทย เดิมเคยมีข้อสงสัยกันมากกว่าบุคคลต่างด้าวจะเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ปัจจุบัน คำตอบในประเด็นนี้ชัดเจนแล้ว คือ “เป็นได้” แต่จะต้องได้รับใบอนุญาตให้ทำงาน(work permit) ก่อน ทั้งนี้ คณะกรรมการร่างกฎหมายฯพิจารณาแล้วเห็นควรกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ทำหน้าที่ว่าความ หรือว่าความร่วมกับทนายความไทยในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายที่สงวนอาชีพบางอย่างสำหรับคนไทย แต่เพื่อพัฒนา และ ส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยให้เป็นที่ยอมรับนานาชาติ⁵⁸ และ เพื่อดึงดูดชาวต่างชาติให้มาทำอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย อันจะทำให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการ

⁵⁶ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 65.

⁵⁷ ดู UNCITRAL Arbitration Rules, Article 6

⁵⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่องร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 4 (48/2542) 25/2542,” 8 เมษายน 2542.

พาณิชย์ระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ อีกทั้งเป็นการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในประเทศ ตลอดจน นำความรู้ เทคนิค และ วิทยาการจากต่างประเทศเข้ามาเผยแพร่ อันจะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจ และ การพัฒนาทางวิชาการ จึงได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้ชาวต่างชาติสามารถเข้ามาทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ รวมทั้งว่าความในกระบวนการอนุญาตตุลาการได้ในบางกรณีซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทเป็น กฎหมายต่างประเทศและเป็นกรณีที่ไม่ว่าจำเป็นต้องร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการใน ราชอาณาจักรไทย⁵⁹ ตามที่ปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพ และ วิชาชีพที่ห้ามคนต่าง ด้วทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2543 มาตรา 3

2.4.5 การสิ้นสุดการเป็นอนุญาตตุลาการ

เมื่อมีการแต่งตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการโดยชอบแล้ว บุคคลดังกล่าวก็สามารถ ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการได้ แต่การเป็นอนุญาตตุลาการของเขาก็อาจสิ้นสุดลงได้ หากเข้าเงื่อนไข ๒ ข้อ คือ

ก. เหตุตามมาตรา 20 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 คือ ถูก กัดค้ำน เหตุแห่งการกัดค้ำนมาจากแนวคิดในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการว่า ต้องวางตนเป็น กลางเพื่อให้การพิจารณา และ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นธรรมต่อกฎเกณฑ์ทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้ ผู้ที่เป็น อนุญาตตุลาการต้องตระหนักถึงหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งจะทำให้เกิดความสงสัยในอิสระ และ ความเป็นกลางได้

ข. อนุญาตตุลาการผู้นั้นตาย ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็น คนไร้ความสามารถ หรือ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือ ไม่ยินยอมรับการแต่งตั้ง หรือ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ ภายในเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น เช่น เจ็บป่วย กฎหมายให้การเป็นอนุญาตตุลาการของเขาสิ้นสุดลง เมื่ออนุญาตตุลาการผู้นั้นถอนตัว หรือ คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุด ของการเป็นอนุญาตตุลาการได้ (มาตรา 21 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545)

⁵⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชกฤษฎีกา กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการในราชอาณาจักรไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับ แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 (ฉบับที่...) พ.ศ...”

ข้อสังเกตประการหนึ่งจากมาตรา 21 นี้ คือ ในการแต่งตั้งบุคคลใดเป็น อนุญาโตตุลาการต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่จะรับการแต่งตั้งด้วย แม้ได้ให้ความยินยอมไว้ใน ขณะที่แต่งตั้ง แต่ภายหลังไม่เต็มใจปฏิบัติหน้าที่ หากเขาไม่ถอนตัว หรือ คู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ คู่ พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้วินิจฉัยได้ โดยศาลอาจมีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่แทน อนุญาโตตุลาการผู้นั้นก็ได้ตามวิธีการที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 22

จากข้อ 2.4 ทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น มีข้อสังเกตว่าเป็นการสมควรหรือไม่ที่พระราช บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาถึงการคัดค้านคุณสมบัติของ อนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้า เพราะการประวิงคดี ในขณะที่ กฎหมายต้นแบบ ๑ กำหนดให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยคำคัดค้านในคุณสมบัติของ อนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีไม่พอใจคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการก็สามารถร้องต่อศาลได้ ซึ่งเป็น การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการทำนองเดียวกับผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาคัดค้านเหตุคัดค้านตน อีกทั้ง กฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สวิตเซอร์แลนด์ และ ฝรั่งเศส ก็ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ วินิจฉัยอำนาจของตนได้เช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 2.5 ต่อไป

2.5 อำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

หากพิจารณากฎหมายต้นแบบ ๑ จะเห็นได้ว่าในเรื่องอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายต้นแบบ ๑ มาตรา 16 ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อ พิพาทที่คู่กรณีเสนอแก่ตนหรือไม่ รวมทั้งวินิจฉัยข้อโต้แย้งใด ๆ เกี่ยวกับความมีอยู่ หรือ ความสมบูรณ์ ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นการขจัดปัญหาสมัยเดิม ๆ ที่ว่าใครจะเป็นผู้วินิจฉัย และ สัญญาใช้ บังคับได้หรือไม่ ซึ่งในสมัยเดิมนี้อาจมีปัญหามากกว่าจะแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักได้ หรือไม่

มาตรา 16 ของกฎหมายต้นแบบ ๑ ทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ สำเร็จไปได้ด้วยความรวดเร็ว เพราะมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องพึ่งศาลอื่น

จะทำให้การระงับข้อพิพาทล่าช้าไปอีก⁶⁰ เนื่องจากต้องยื่นคำร้องต่อศาล และ ศาลต้องพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจหรือไม่ ฯลฯ การที่มาตรา 16 วางหลักเช่นนี้ย่อมทำให้ข้อพิพาทระงับไปโดยไม่ชักช้า

การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 24 บัญญัติในทำนองเดียวกับกฎหมายต้นแบบ ฯ โดยกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของตนนั้น เป็นการเพิ่มเติมมาจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ.2530 ในชั้นการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... นายปิณฑงศ์ เต็มเจริญ แสดงความเห็นชอบกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...แต่ได้เสนอความเห็นบางประการอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่าทำอะไรซ้ำๆของอนุญาโตตุลาการจึงเกิดความศักดิ์สิทธิ์ โดยเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... มาตรา 20 ที่ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น

นายปิณฑงศ์แสดงความเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ดังกล่าวว่าการที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้นิจฉัยคำคัดค้านนั้นจะต้องเพิ่มข้อความที่เขียนว่า “อนุญาโตตุลาการที่ถูกร้องคัดค้านจะต้องไม่เข้าร่วมประชุมด้วย” ต้องไม่เป็นผู้ร่วมในการวินิจฉัยคำคัดค้าน เพราะเป็นการคัดค้านตัวเขาซึ่งในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... มาตรา 20 วรรค 1 ไม่ได้เขียนไว้โดยนายปิณฑงศ์มองว่าเกิดจากการลอกมาจากกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีนี้อาจไม่สอดคล้องกับวิธีพิจารณาของประเทศไทย และ ยังเสนอความเห็นอีกประการ คือ การที่มีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลแล้วกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการควรจะพึงศาลเฉพาะกรณีที่เป็นจริง ๆ เท่านั้น⁶¹

⁶⁰ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่มที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2540), หน้า 33.

⁶¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1, ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป),” 25 เมษายน 2544.

อย่างไรก็ตามเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุนว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบขอบอำนาจของตนเองได้ โดยเป็นอำนาจที่ติดมากับสัญญาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และ ถือเป็นอำนาจที่จำเป็นในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการให้ลุล่วงสมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตรวจสอบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไข หรือ ข้อกำหนดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการรวมตลอดถึงเอกสารสัญญาอื่น ๆ โดยอำนาจที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาขอบอำนาจของตนเองอาจถูกตรวจสอบอีกครั้งโดยศาล แต่ต้องไม่เป็นการกีดกันอนุญาโตตุลาการในการใช้อำนาจพิจารณาตรวจสอบอำนาจของตนเองในชั้นแรกก่อน โดยยึดถือตามแนวความคิด “อำนาจในการพิจารณาประเด็นในเรื่องอำนาจ” (Competence de la Competence) ซึ่งเป็นความคิดว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นไหม เช่น คู่สัญญาตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการ แต่ตกลงแค่ประเด็นเดียว ในขณะที่ประเด็นที่เข้าสู่อนุญาโตตุลาการไม่ใช่ประเด็นนั้น อนุญาโตตุลาการก็วินิจฉัยเองได้ว่าคนไม่มีอำนาจพิจารณาในประเด็นนี้ อันเป็นหลักมาจากแนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทจากคู่กรณีตามข้อกำหนดในสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทเสมือนหนึ่งเป็นผู้พิพากษา (Quasi Judge) อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาขอบอำนาจของตนเองได้เช่นเดียวกับผู้พิพากษา มีอำนาจพิจารณาคำคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของตน เพื่อประโยชน์ในการทำตามที่ที่ได้รับมอบหมายจากคู่กรณี

ในทางตรงข้ามก็มีแนวคิดนักกฎหมายฝ่ายคัดค้านที่อ้างหลักว่า อนุญาโตตุลาการไม่ควรวินิจฉัยอำนาจของตนเอง แต่ควรให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณา เพราะศาลเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา แต่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ควรมีอำนาจตัดสินปัญหา อันก่อให้เกิดความลำเอียงได้ ทำให้การตัดสินไม่ยุติธรรม และ นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่าหากให้อนุญาโตตุลาการตัดสินปัญหาเรื่องนี้ แล้วอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าสัญญาสมบูรณ์ มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อมาจนมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินนำปัญหาขึ้นสู่ศาล หากศาลตัดสินว่าสัญญาไม่สมบูรณ์จะทำให้กระบวนการพิจารณาเสียไป แต่สำหรับประเทศไทย อย่างที่กล่าวมาข้างต้น ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาตัดสินขอบอำนาจของตนเองได้ อันเป็นไปตามแนวกฎหมายต้นแบบ ๆ และ ศาลประเทศ

แนวทางของต่างประเทศนั้น กฎหมายของหลายประเทศได้สนับสนุนผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยยอมรับหลัก doctrine of separability ให้ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาหลัก และ หลายประเทศนำไปใช้ในคำวินิจฉัยของศาล หลักนี้เป็นประโยชน์อย่างมากต่อการ

อนุญาโตตุลาการอย่างทีกล่าวมาข้างต้น ป้องกันการประวิงคดีของกลุ่มที่จะไม่ใช้การอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างเหตุความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลัก พิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : ยังมีได้นำหลัก separability มาใช้อย่างเต็มที่เหมือนประเทศอื่น ๆ แต่ก็ให้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้⁶² ซึ่งนำมาจากกฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 16

ประเทศสหรัฐอเมริกา : กฎหมายรัฐบาลกลาง และ มลรัฐกำหนดหลักเกณฑ์ว่า ถ้าคู่กรณีปฏิเสธ การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁶³ การคัดค้านดังกล่าวให้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น ตัดสิน โดยอนุญาโตตุลาการ

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : อนุญาโตตุลาการตัดสินขออำนาจตนเอง⁶⁴

ประเทศฝรั่งเศส : ถ้ามีกรณีคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการก็ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน คำตัดสินเป็นที่สุดจนกระทั่งมีคำชี้ขาด⁶⁵

แม้แต่ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และ คนชาติของรัฐอื่น (ICSID Convention) ก็มีบทบัญญัติทำนองนี้ ใน Article 32, 41 โดยให้อำนาจแก่ผู้ประนามข้อพิพาท และ อนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับขออำนาจตนเอง (principle of competence-competence jurisdiction) รวมทั้งวินิจฉัยว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ภายใต้ ICSID หรือไม่ ซึ่งการวินิจฉัย กรณีนี้อาจทำในรูปวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้น หรือ วินิจฉัยพร้อมทำข้อเสนอแนะก็ได้

สรุปได้ว่า เป็นที่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดอำนาจของตนเองเพื่อคงไว้ซึ่ง ความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลง หรือ สัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ในสัญญาให้มี สภาพบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ได้ตกลงกันไว้

⁶² ดู The English Arbitration Act 1996, Section 30

⁶³ ดู The United States Arbitration Act, Section 4; Uniform Arbitration Act, Section 2

⁶⁴ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 186(1)

⁶⁵ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1466

กรณีที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (Interim Award) เกี่ยวกับความมีอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลให้พิจารณาประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งวิธีการร้องขอต่อศาลให้พิจารณาขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นการคานอำนาจของอนุญาโตตุลาการ โดยการตรวจสอบจากศาลอีกครั้ง

ข้อดีของการให้ศาลตรวจสอบ คือ ทำให้คู่กรณีทราบถึงความเป็นไปของการอนุญาโตตุลาการ และ เป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย ประหยัดเวลา หากศาลตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีขอบอำนาจ ซึ่งหากไม่มีการตรวจสอบโดยศาลอนุญาโตตุลาการก็จะดำเนินการต่อไป ซึ่งในที่สุดอาจมีการคัดค้านคำชี้ขาดได้ และ หากศาลพิจารณาแล้วว่าคำชี้ขาดไม่ชอบจริงตามที่คู่ความได้คัดค้านมา จะทำให้เปลืองเวลา และ ค่าใช้จ่ายโดยไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ

ข้อเสียก็มีเช่นกัน คือ ทำให้เกิดมีการแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้จากภายนอก ซึ่งขัดกับหลักการอนุญาโตตุลาการที่เป็นเรื่องมอบอำนาจให้บุคคลไม่ใช่ให้ศาลพิจารณา การให้ศาลมาตรวจสอบยังเป็นการขัดกับหลัก competence de la competence ด้วย และ อาจเป็นหนทางนำไปสู่การประวิงคดีของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่สุจริตอันทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าได้

โดยความเห็นส่วนตัว ผู้เขียนเห็นด้วยกับการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดประเด็นเรื่องขอบอำนาจของตนเอง เนื่องจากการเปิดกว้างให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาได้ว่าตนเองมีอำนาจหรือไม่และเพื่อไม่ให้คู่พิพาทถ่วงเวลาเข้าสู่ศาล เพราะหากให้ศาลพิจารณาจะเสียเวลาดำเนินคดี นอกจากนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ได้มอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา ตัดสินข้อพิพาท อันเป็นการสอดคล้องกับหลัก Competence de la Competence ซึ่งเป็นแนวทางสากลที่วางหลักให้อนุญาโตตุลาการสามารถชี้ได้ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่ และยังเป็นการแก้ปัญหาที่จะต้องไปศาลอีกเพื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะได้ดำเนินไปได้

2.6 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ (Judicial Way) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัด เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องพิธีการ และ ความซับซ้อนของศาล แต่อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาชี้ขาดตามหลักแห่งความยุติธรรม

2.6.1 การปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน (Equality)

โดยที่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 25 วางหลักอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปไว้ว่า คู่กรณีต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และมีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐาน เสนอคดีข้ออ้าง ข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเต็มที่ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

กรณีนี้ หากเทียบกับกฎหมายต้นแบบ ฯ เห็นได้ว่า ในกฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 18 มีรายละเอียดที่ชัดเจนเพียงพอและเหมาะสม ที่สำคัญมีบทบัญญัติที่ประกันความยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ได้แก่ บทบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน และ แต่ละฝ่ายได้สิทธิอย่างเต็มที่ที่จะเสนอพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณา กฎหมายบัญญัติเพื่อมุ่งให้อนุญาโตตุลาการตัดสินด้วยความเสมอภาค เป็นกลาง ปราศจากอคติ หรือ อิทธิพลครอบงำจากบุคคลอื่น และ ไม่ต้องกังวลเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ อีกฝ่ายเป็นเอกชน ซึ่งโดยปกติจะกล่าวหาว่าทั้งสองฝ่ายมีความเท่าเทียมกันนั้นเป็นไปได้ เพราะทั้งสองฝ่ายย่อมต่างกันอย่างมากในสถานะ และ อำนาจต่าง ๆ หากอนุญาโตตุลาการเกรงกลัวฝ่ายรัฐมากกว่าแล้วตัดสินให้ฝ่ายเอกชนซึ่งไม่ได้รับความเป็นธรรมแพ้ โดยไม่พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างเป็นกลางแล้ว การตั้งอนุญาโตตุลาการก็หาประโยชน์ไม่ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องยึดหลักความเสมอภาคเป็นที่ตั้งเสมอ ไม่ว่าคู่กรณีจะเป็นใครก็ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้นำหลักนี้มาใช้ โดยเอามาตรา 18 ของกฎหมายต้นแบบ ฯ เป็นที่ตั้ง

ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการบางท่าน โดยทฤษฎีกฎหมาย ทำหน้าที่ทั้งตุลาการ มีการซักถามพยานเพื่อความชัดเจน และ ให้ข้อเท็จจริงสมบูรณ์ได้ แต่บางครั้งทำหน้าที่เหมือนทนายความไปซักค้านฝ่ายที่ไม่ได้แต่งตั้งตนเอง ซึ่งจริง ๆ แล้วผิด เพราะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตนเหมือนผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี ต้องให้ความเป็นธรรมทั้งสองฝ่าย การซักถามเพื่อความชัดเจนในข้อเท็จ

จริงบางอย่าง สามารถทำได้ แต่หากเป็นการซักถามเพื่อทำลายน้ำหนักฝ่ายตรงข้ามไม่สามารถทำได้ เนื่องจากเป็นหน้าที่ของทนายความที่จะดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มความแต่ละฝ่ายอยู่แล้ว อนุญาตตุลาการ ต้องเป็นคนกลางที่จะชี้ขาดตัดสินคดี ไม่ใช่ไปทำหน้าที่เป็นทนายความพิทักษ์ประโยชน์ฝ่ายที่แต่งตั้งตน

2.6.2 บทบาทของคู่กรณี และ อนุญาตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

คู่กรณีอาจกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการได้ หากไม่ได้กำหนดคณะอนุญาตตุลาการอาจกำหนดโดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดี และ ความสะดวกของคู่กรณีได้ นอกจากนี้คณะอนุญาตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นเพื่อดำเนินการประชุม ปรีกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคล ผู้เชี่ยวชาญ คู่พิพาท หรือ เพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่ เอกสารใด ๆ ก็ได้ ตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 การให้คู่พิพาทสามารถเลือก และ กำหนดสถานที่พิจารณาทำให้การพิจารณามีลักษณะไม่เป็นทางการ (Informal) ไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนเหมือนศาลการพิจารณาจึงเป็นไปในลักษณะไม่เคร่งครัด ไม่มีการต่อสู้เอาชนะกันเหมือนในศาล ทำให้คู่พิพาทผ่อนคลายความรู้สึกที่ไม่ดีลงไปบ้าง จึงมีบรรยากาศของความเป็นมิตรกันมากกว่า ซึ่งจะเป็นผลดีทั้งสองฝ่าย เพราะคู่พิพาทยังสามารถฟังพยานข้อเท็จจริงต่อไปได้อีก

นอกจากนี้คู่กรณีอาจตกลงกำหนดภาษาที่จะใช้ในกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญโดยเฉพาะต่อการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากคู่กรณีอาจใช้ภาษาต่างกัน จึงให้คู่กรณีมีอิสระที่จะตกลงเลือกใช้ภาษาที่ใช้กับการอนุญาตตุลาการ และเป็นภาษาที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารระหว่างคณะอนุญาตตุลาการ และ คู่กรณีด้วย แต่หากไม่ได้ตกลงก็ให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นผู้กำหนดภาษาที่จะใช้ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาจนถึงทำคำชี้ขาด และ หากไม่ได้กำหนดไว้เฉพาะก็ให้ข้อตกลงนี้ใช้บังคับรวมถึงข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้องที่ทำเป็นหนังสือ การสืบพยาน คำชี้ขาด คำวินิจฉัย การสื่อสารใด ๆ ที่ทำโดย หรือ ทำต่อคณะอนุญาตตุลาการด้วย และ คณะอนุญาตตุลาการอาจสั่งให้แนบคำแปลเอกสารเป็นภาษาตามที่คู่พิพาทตกลงไว้ หรือ อนุญาตตุลาการกำหนดไว้ก็ได้ โดยคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริง สนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นพิพาท และ คำขอของตน ส่วนฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องแสดงข้อต่อสู้ของตนในคำคัดค้านโดยอาจแนบเอกสาร หรือ บัญชีระบุพยานมาด้วยก็ได้ และ อาจแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้อง หรือ คำคัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ เว้นแต่คณะอนุญาตตุลาการจะเห็นว่า การแก้ไขนั้นไม่เหมาะสม เมื่อคำนึงถึงความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 28 และ มาตรา 29 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นไปในการทำงานเดียวกับ มาตรา 19 ถึงมาตรา 23 ของกฎหมายต้นแบบ ฯ

2.6.3 การสืบพยาน

คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานด้วยวาจา หรือ รับฟังคำแถลง การณ์ด้วยวาจา หรือ เป็นหนังสือ หรือ ฟังเพียงเอกสาร หรือ พยานหลักฐานอื่นก็ได้ และมีอำนาจ ดำเนินการสืบพยานเช่นว่าในช่วงกระบวนการพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรได้ถ้าได้รับคำร้องขอ เว้นแต่ คู่กรณีตกลงกันว่าไม่ต้องสืบพยาน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดุลพินิจที่จะไม่ออกนั่งพิจารณา คดีโดยพิจารณาพยานเอกสาร หรือ สืบพยานยังงี้ก็ได้ เว้นแต่คู่พิพาทตกลงเป็นอย่างอื่น ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 30 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งร่างมาในทำนองเดียวกับ มาตรา 24 (1) (2) (3) ของกฎหมายต้นแบบ ฯ และ เป็นบทบัญญัติใหม่ซึ่งเดิมไม่เคยมีกฎหมายแบบนี้เลย โดยยังกำหนดให้ เป็นหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่จะแจ้งกำหนดนัดสืบพยาน และ นัดพิจารณา ให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าพอ สมควร เพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่ เอกสาร หลักฐาน ข้อมูลและ รวบรวมรายงานทั้งหมด ที่คู่กรณี เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และ ต้องส่งให้แก่ฝ่ายตรงข้ามด้วย

ในกฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 24 นั้น ให้สิทธิคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะสืบทั้งพยานบุคคล พยานเอกสาร และ พยานวัตถุ หรือ อย่างเดียว และ คู่กรณีได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าภายในเวลาอัน สมควรถึงการพิจารณา การพบปะของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อตรวจสอบสภาพสินค้า ทรัพย์สิน หรือ เอกสาร คู่กรณียังต้องรับรู้ว่ามีฝ่ายเสนอคำร้อง คำแถลง เอกสารต่าง ๆ ต่อ คณะอนุญาโตตุลาการอย่างไรบ้าง และ อนุญาโตตุลาการต้องบอกกล่าวทุกอย่างให้คู่กรณีรับรู้ด้วย

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นเหตุผลที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการได้รับความนิยม คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่ ยืดหยุ่นกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลมาก ไม่มีการเอาแพ้-ชนะกันทางเทคนิคอย่างการ พิจารณาคดีในศาล อนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นที่จะต้องเคร่งครัดกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งอย่างในศาล ดังนั้น กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงสามารถปรับให้เหมาะสมกับข้อ พิพาทในแต่ละเรื่อง และ ความต้องการของคู่กรณีได้ แม้โดยหลักการจะถือว่าการดำเนินกระบวนการ พิจารณาคดีทั้งหมดเป็นอำนาจ และ ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ตามที่มีคำกล่าวว่า *Arbitrator is the master of the procedure* แต่ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักสอบถาม หรือ โน้มน้าวให้คู่กรณีเห็นด้วย ก่อนเสมอ

2.6.3.1 การขาดนัดพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ

ในทางปฏิบัติสากล และ กฎหมายต้นแบบ ๑ นั้น มาตรา 25 ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นของการที่อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาข้อพิพาทต่อหน้าคู่ความทั้งสองฝ่าย คือ การพิจารณาข้อพิพาทโดยมีคู่กรณีเข้าร่วมการพิจารณาฝ่ายเดียว เพราะอีกฝ่ายขาดนัด ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาพยานหลักฐานต่อไป และ ทำคำชี้ขาดจากพยานหลักฐานที่ปรากฏ ถ้าฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมเป็นฝ่ายที่ถูกกล่าวหาที่ไม่ถือว่ายินยอมรับข้อกล่าวหาแต่อย่างใด แต่ถ้าฝ่ายที่ถูกกล่าวหาไม่เข้าร่วมการพิจารณาแต่แรก อนุญาโตตุลาการจะยุติการพิจารณาเลย

หากพิจารณาแนวทางต่างประเทศ พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของคู่กรณีหลังจากที่ได้รับแจ้งโดยชอบ (due notice) แต่โดยหลักทั่วไป ยอมรับว่าถ้าคู่กรณีได้รับแจ้งเกี่ยวกับสถานที่ และ วันเวลาพิจารณาแล้ว แต่ไม่มาร่วมพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการไปฝ่ายเดียว ส่วนกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ส่วนใหญ่ระบุเรื่องการขาดนัดไว้ชัดเจน

ประเทศฝรั่งเศส : ไม่มีข้อกำหนดเรื่องขาดนัดไว้ คู่กรณีที่ได้รับแจ้งโดยชอบแล้วไม่มาปรากฏตัวภายในเวลาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาไปโดยไม่มีคู่กรณีฝ่ายนั้น และ ทำคำชี้ขาดไปได้

สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 คู่กรณีอาจถือว่าขาดนัดได้ หากเข้าหลักตามมาตรา 31 (1) - (3) คือ

- (1) กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามมาตรา 29 วรรค 1 อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณาได้
- (2) ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านตามมาตรา 29 วรรค 1 แต่ไม่ให้ถือว่า การไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าวเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น ศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้
- (3) คู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันนัดสืบพยาน หรือ นัดพิจารณา หรือ ไม่เสนอพยานหลักฐานใด ๆ ศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อ และมีคำชี้ขาดต่อไปได้

ที่มีหลักเช่นนี้ในทางปฏิบัติสากล เพราะอนุญาโตตุลาการต้องไม่ปล่อยให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประวิงคดีโดยไม่เหมาะสม และ ปราศจากเหตุผลอันสมควร ดังนั้น หากได้มีการบอกกล่าวนัดพิจารณาโดยชอบแล้วคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาตามนัดโดยไม่แจ้งเหตุผล ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไป โดยกำหนดนัดพิจารณาใหม่พร้อมแจ้งแก่คู่กรณีอีกครั้งหนึ่ง ถ้ายังไม่มาตามนัดอีก อนุญาโตตุลาการก็น่าจะพิจารณาคดีโดยขาดนัดได้ มิฉะนั้นจะไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณีฝ่ายที่ให้ความร่วมมืออย่างดี แต่อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ปรากฏจากพยานหลักฐาน หากชี้ขาดให้ฝ่ายที่ขาดนัดแพ้เพียงเพราะเหตุที่เขาขาดนัดเท่านั้น อันจะทำให้ความเป็นกลาง และ ความเป็นธรรมของอนุญาโตตุลาการเสียไป

2.6.3.2 อำนาจไต่สวนของอนุญาโตตุลาการ

อำนาจไต่สวนของอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้ มีบทบัญญัติแยกออกมาต่างหากอยู่ใน มาตรา 31 วรรคท้าย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อันเพิ่มเติมจากกฎหมายต้นแบบ ๗ คือ ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนดำเนินการสั่งให้คู่กรณีขาดนัดพิจารณา และ ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนรวมไปถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน หรือ ขาดนัดพิจารณาแล้วแต่กรณี

ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจไต่สวนของอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับอำนาจไต่สวนของศาล เช่น นำพยานมาสืบเพิ่มเติม เรียกพยานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ โดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องขอ และมีอำนาจถามคำถามใด ๆ ก็ได้ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ข้อเท็จจริงชัดเจนยิ่งขึ้น เป็นต้น การมีบทบัญญัติดังกล่าวจึงพิจารณาได้อีกว่าบทบาทของอนุญาโตตุลาการอาจทำในลักษณะไต่สวนก็ได้ เนื่องจากแสดงออกไว้ในมาตรานี้ โดยบทบาทในทางไต่สวนของอนุญาโตตุลาการยิ่งเด่นชัดขึ้น เมื่อพิจารณาในมาตราต่อไป คือ มาตรา 32 อันเป็นการย้่าชัดถึงบทบาทในทาง ACTIVE ของอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำความเห็นเฉพาะประเด็นที่ต้องชี้ขาดก็ได้ หรือ เรียกให้คู่กรณีให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้เชี่ยวชาญโดยทำการดำเนินการให้ได้มาซึ่งเอกสารวัตถุใด ๆ เกี่ยวกับประเด็นพิพาทให้ผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบได้ และ อาจให้ผู้เชี่ยวชาญมาให้ข้อเท็จจริงได้ในภายหลังที่ผู้เชี่ยวชาญทำความเห็นเป็นหนังสือ หรือ ด้วยวาจาแล้วก็ได้ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งร้องขอเพื่อให้คู่กรณีซักถาม และ นำพยานผู้เชี่ยวชาญของตนมาสืบได้

2.7 คำชี้ขาด และการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

2.7.1 ความหมาย และ ประเภทของคำชี้ขาด

คำชี้ขาด หมายถึง คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททุกประเด็นที่คู่กรณีเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ รวมถึงการตัดสินในประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และ วิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยคำชี้ขาดต้องเป็นที่สุด และ ผูกพันคู่กรณี ซึ่ง Redfern และ Hunter ระบุว่าไม่ว่าคำตัดสินจะเกิดขึ้นตอนใดของกระบวนการจะต้องมีความเป็นที่สุด สำหรับประเด็นพิพาทที่ได้พิจารณาแล้ว และ ผูกพันคู่กรณีไม่ให้ไปดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอีกจึงจะถือว่าเป็นคำชี้ขาด⁶⁶

คำชี้ขาดแบ่งออกเป็น 4 ประเภท⁶⁷

ก. คำชี้ขาดระหว่างกาล (Interim Award) คือ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในระหว่างกระบวนการพิจารณาในข้อพิพาทบางประเด็น และ ยังคงเหลือประเด็นบางประเด็นที่ยังต้องรอการวินิจฉัยชี้ขาดอีก คำชี้ขาดระหว่างกาลมักตัดสินยุติในเรื่องประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และ กฎหมายที่มีผลบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกว่า “คำชี้ขาดเบื้องต้น” (Preliminary Award) และ อีกกรณีเป็นการตัดสินประเด็นข้อพิพาทบางประเด็นของข้อพิพาททั้งหมด เรียกว่า “คำชี้ขาดเฉพาะส่วน” (Partial Award) อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสคู่กรณีอาจขอให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยครอบคลุมทุกประเด็นพิพาทในคำชี้ขาดอันเป็นที่สุดฉบับเดียวก็ได้ (one single final award)

ข. คำชี้ขาดเมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา (Final Award) คือ คำตัดสินที่สร้างขึ้นเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงแล้ว และ เป็นคำตัดสินที่ระงับข้อพิพาททั้งหมดโดยไม่มีประเด็นใด ๆ เหลืออีก

⁶⁶ Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3: 364.

⁶⁷ Ibid., pp.379-385.

ก. คำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัด (Default Award) คือ คำตัดสินที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาที่ฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมการพิจารณา เรียกอีกอย่างว่า คำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte proceeding) ดังนั้น แม้คู่กรณีอีกฝ่ายจะขาดนัดพิจารณา และ ไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก็ถือว่าคำชี้ขาดมีผลเป็นที่สุด และ ผูกพันคู่กรณีเหมือนกรณีที่คู่กรณีทั้งสองอยู่ร่วมในการพิจารณา

ง. คำชี้ขาดตามยอมของคู่กรณี (Consent Award) คือ คำตัดสินที่เกิดจากการประนีประนอมของคู่กรณีในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยการประนีประนอมยอมความดังกล่าวอาจทำขึ้นเป็นสัญญา และมีผลให้อำนาจของการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงด้วย เนื่องจากไม่มีข้อพิพาทให้ทำการพิจารณาต่อไป ซึ่งคำชี้ขาดประเภทนี้ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 36 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อันสอดคล้องกับมาตรา 30 (1) (2) ของกฎหมายต้นแบบ ฯ

2.7.2 กฎหมายที่ใช้บังคับกับคู่กรณี

โดยปกติกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทไม่ว่าประเภทใด คือ กฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้ แต่เดิมเมื่อมีการกำหนดกฎหมายขึ้นมาก็เกิดปัญหาตามมาว่า กฎหมายดังกล่าวที่กำหนดไว้ หมายถึงกฎหมายอะไร กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือ กฎหมายว่าด้วยการขัดกัน

ตามหลักอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี และ เป็นการระงับข้อพิพาทที่มุ่งเน้นที่ความรวดเร็ว ประหยัด และ ความรอมชอม ตกลงกำหนดด้วยผู้ชี้ขาด และ กฎหมายที่ใช้ระหว่างคู่กรณีได้ โดยคู่กรณีอาจกำหนดให้กฎหมายที่ใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายของประเทศหนึ่ง กฎหมายที่ใช้กับการบังคับเป็นกฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็ได้ แต่การทำเช่นนั้นอาจเกิดปัญหาความยุ่งยากสับสนตามมา ในทางปฏิบัติจึงนิยมกำหนดกฎหมายประเทศเดียวกันเพื่อตัดปัญหาที่จะตามมา หรือ อีกทางคู่พิพาทอาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการเป็นคนกำหนดกฎหมายที่จะใช้กับกรณีก็ได้ เว้นแต่ระหว่างคนไทยด้วยกัน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้ชี้ขาดโดยปรับใช้กฎหมายไทยเท่านั้น

ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดไว้ ซึ่งตามมาตรา 34 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้หมายถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกัน การบัญญัติไว้เช่นนี้เป็นการขจัดปัญหาที่เคยมีมาในอดีตที่คู่พิพาทในกรณีที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับต่างประเทศสงสัยว่ากฎหมายที่กำหนดไว้คือกฎหมายอะไร ระหว่างกฎหมายขัดกัน หรือ กฎหมายสารบัญญัติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงต้องนำกฎหมายสารบัญญัติที่คู่กรณีกำหนดมาปรับใช้แก่ข้อพิพาทที่เป็นปัญหาต่อไป อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดกฎหมายขัดกันที่จะนำมาใช้ได้ กรณีมีเรื่ององค์ประกอบต่างประเทศ แต่ต้องให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดซึ่งยืดหยุ่นมากขึ้น และ ตรงกับหลักของกฎหมายต้นแบบ ฯ

กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้กำหนดกฎหมายไว้ มาตรา 34 วรรค 2 ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามกฎหมายไทย เว้นแต่กรณีที่มียุติบัตรประกอบต่างประเทศ (Foreign Element) ก็ให้เป็นอำนาจอนุญาโตตุลาการเลือกใช้กฎหมายเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศใดมาปรับใช้ก็ได้ ตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร แต่ก็ต้องให้เหตุผลได้ว่า เพราะเหตุใดจึงเลือกกฎหมายประเทศนี้ ซึ่งหลักการนี้ตรงกับกฎหมายต้นแบบ ฯ เพราะเขาต้องการให้การอนุญาโตตุลาการยืดหยุ่นมากขึ้น โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ส่วนข้อพิพาทที่เป็นเรื่องทางการค้า อนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยโดยดูแต่กฎหมายที่คู่กรณีกำหนดหาได้ไม่ จำต้องดูธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้น ๆ ประกอบกันด้วย ซึ่งเป็นผลดี เพราะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญของตนเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้ามาใช้ตัดสินคดีได้ อันเป็นเหตุผลที่แท้จริงที่คู่กรณีเลือกใช้อุญาโตตุลาการ เพราะใช้ผู้เชี่ยวชาญได้

มีกฎหมายเก่าแก่ที่น่าสนใจอยู่ประเทศหนึ่ง คือ กฎหมายของประเทศโปแลนด์ ที่ศาลอนุญาโตตุลาการของโปแลนด์วางกฎหมายไว้ในข้อ 42 ว่า ให้อนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัยไปตามความรู้ และ ความสำนึกอันดีที่สุด โดยคำนึงถึงจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น รวมทั้งคำนึงถึงหลักเจตนาสุจริต และ หลักความยุติธรรมด้วย

ปัจจุบัน จะพบว่ามิสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากที่ระบุว่า หากเกิดข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาให้นำคดีขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยไปตามหลักที่ได้ตกลงไว้ตามสัญญา โดยให้คำนึงถึงจารีตประเพณีทางการค้าด้วย (to decide solely on the basis of the terms of the

contract and the customs of the trade be concerned) เห็นได้ว่าไม่มีการระบุว่าให้พิจารณาคดีโดยใช้กฎหมายภายใน (a specific municipal law) ของประเทศใด อันชี้ให้เห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะเป็นคำชี้ขาดที่ไม่อิงกับกฎหมายใดเลย คือ เป็นคำชี้ขาดที่ไม่ใช่ของประเทศใด (Denationalisation of the international awards) และ หลักเกณฑ์นี้แหละ จะเป็นที่มาอันสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศต่อไปในอนาคต

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 วรรค 3 ได้กำหนดบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับ amiable compositeur⁶⁸ ไว้ด้วย แต่ใช้ถ้อยคำต่างจากกฎหมายต้นแบบ ๆ คือ ในกฎหมายต้นแบบ ๆ ได้มีการยอมรับเอาคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศด้วยโดยบัญญัติในมาตรา 28 (3) ว่าให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยคำนึงถึงหลักความเที่ยงธรรม และ ยุติธรรม หรือ ในลักษณะผู้ไกล่เกลี่ยฉันทมิตรก็ได้หากคู่กรณีกำหนดชัดเจน แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ไม่ได้กำหนดชัดเจนให้ใช้ผู้ไกล่เกลี่ยฉันทมิตรได้ แต่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ว่าคู่พิพาทอาจกำหนดโดยชัดเจนให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริต และเป็นธรรมได้ ซึ่งถือเป็นบทบาทบัญญัติที่เปิดช่องให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องตัดสินตามกฎหมาย แต่ใช้หลักความสุจริต และ ความเป็นธรรมมาตัดสินข้อพิพาทได้ อันเป็นการส่งเสริมให้ใช้หลักกฎหมายได้กว้างขวาง และ ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากต่อระบบอนุญาโตตุลาการของไทยด้วย นอกจากนี้ยังต่อยอดอีกอันเป็นหัวใจของการอนุญาโตตุลาการคือ สัญญา หรือ ความตกลงระหว่างคู่กรณีว่าแม้จะใช้หลักที่ไม่ตรงกับกฎหมายก็ทำได้ ถ้าคู่กรณีตกลงกันไว้เช่นนั้น

amiable compositeur เป็นการอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย โดยที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งระบุให้ตัดสินในฐานะผู้ประนีประนอมที่เป็นเพื่อนของคู่กรณี เป็นการให้อำนาจตัดสินที่ค่อนข้างเด็ดขาด จึงสามารถตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายได้ แต่ในทางปฏิบัติ ผู้ตัดสินมักใช้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดีของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ⁶⁹ (ex aequo et bono⁷⁰) แทนซึ่งหลักการดังกล่าวมีต้นกำเนิดในประเทศฝรั่งเศส

⁶⁸ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 11.

⁶⁹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 62.

อย่างไรก็ดี การไม่ยึดติดกับกฎหมายโดยเคร่งครัดของอนุญาโตตุลาการที่ใช้หลักผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นเพื่อนของกลุ่มในการตัดสินข้อพิพาทนี้ต้องไม่ขัดกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และทำได้ต่อเมื่อคู่กรณีได้มอบอำนาจโดยชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการที่ใช้หลักนี้ได้ เมื่ออนุญาโตตุลาการที่ใช้หลักดังกล่าวนี้ในการตัดสินข้อพิพาทและหลักการดังกล่าวนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีดังกล่าวย่อมมีผลบังคับตาม คำชี้ขาดนั้นจะไม่ยอมให้มีการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีการดังกล่าวก็ตาม เนื่องจากถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณาและทำการชี้ขาด

ดังนั้นการนำหลักสุจริตและยุติธรรมมาใช้โดยไม่ยึดติดเฉพาะกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นจะช่วยให้อนุญาโตตุลาการสามารถปรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินแก่ข้อเท็จจริงเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยสามารถนำหลักในการพิจารณาข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยไม่ต้องยึดติดกับกฎหมายเคร่งครัดมาใช้ได้ แต่หากการแปลความหลักเกณฑ์นี้เป็นประโยชน์อย่างมากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะสำหรับอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่นักกฎหมายแต่มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาที่พิพาทจะได้ใช้หลักดังกล่าวในการตัดสินชี้ขาดพิพาท การที่มาตรา 34 วรรค 3 บัญญัติเช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นชอบด้วยแล้ว

ในขณะที่ขบถบทบัญญัตินี้อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ เช่น ในถ้อยคำที่กำหนดว่า “คู่พิพาทอาจกำหนดโดยชัดแจ้งให้ใช้หลักความสุจริต และ เป็นธรรม” มีประเด็นปัญหา คือ อาจเกิดความเข้าใจผิดว่าถ้าไม่ได้มีการมอบอำนาจชัดแจ้งจะใช้หลักนี้ไม่ได้ นอกจากนี้คำว่า “สุจริต และ เป็นธรรม” ไม่เคยมีการแปลความหมายไว้ว่ามีความหมายแต่อาศัยเทียบฎีกาเอา จริง ๆ แล้ว หลักสุจริต และ เป็นธรรม ก็มีบัญญัติในมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ความเป็นธรรม (Equity) ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้ได้ โดยต้องให้คู่ความกำหนด ทั้งที่จริง ๆ ไม่รู้ว่าตัดสินยุติธรรมหรือไม่ แต่ศาลฎีกาก็ไม่ได้วางหลักชัด ๆ ในทางปฏิบัติศาลก็ออกนอกกฎหมายมาก แม้ตีความว่าเป็นธรรมอาจไม่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายก็ได้ จึงเป็นการเปิดช่องให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจได้

⁷⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 67.

ประเด็นปัญหาหนึ่งที่มีผู้ตั้งข้อสงสัยไว้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะใช้หลักกฎหมายปกครองได้หรือไม่ ในเรื่องนี้มีหลายความเห็น นักกฎหมายบางท่านก็เห็นว่าสามารถใช้หลักกฎหมายปกครองได้ แต่ปัจจุบันกฎหมายปกครองไทยยังไม่มีกร่างเป็นกฎหมายเฉพาะ ต้องรอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษา ก่อน ซึ่งอาจต้องใช้เวลานาน ดังนั้นจึงควรเร่งออกกฎหมายปกครองทางสารະบัญญัติออกมา ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายปกครองไทยกำลังเข้าสู่ระบบกฎหมาย Common Law คือ การรอแนวคำพิพากษาเพื่อพัฒนาเป็นกฎหมาย ซึ่งคงต้องใช้เวลานานมาก ผู้เขียนเห็นว่าทางออกสำหรับปัญหานี้คือ การไปศึกษาแนวทางการใช้กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มาจากกฎหมายปกครองของต่างประเทศ เนื่องจากหากปรับใช้กฎหมายแพ่งกับเรื่องสัญญาทางปกครองอาจไม่เหมาะสม เพราะวัตถุประสงค์คนละแบบกัน สัญญาทางปกครองมุ่งรักษาผลประโยชน์สาธารณะ และเกี่ยวกับคนส่วนใหญ่ ส่วนกฎหมายแพ่งมุ่งประโยชน์ของเอกชน (คู่กรณี) เท่านั้น ไม่ได้มีประโยชน์สาธารณะมาเกี่ยวข้อง จึงไม่ควรนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้กับเรื่องทางปกครอง แต่ควรเร่งออกกฎหมายสารະบัญญัติทางปกครองและศึกษาแนวบรรทัดฐานของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ มาปรับใช้กับแต่ละกรณี

2.7.3 หลักเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาด

การทำคำชี้ขาดนั้น ไม่ว่ากฎหมายของประเทศใดก็ถือหลักอย่างเดียวกันว่า ต้องทำโดยเสียงข้างมาก เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอื่น ซึ่งในกฎหมายต้นแบบ ๆ มาตรา 29 ก็บัญญัติไว้ ส่วนกฎหมายไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 35 และ นอกจากต้องอยู่ใต้หลักการดังกล่าวแล้วยังต้องอยู่ภายใต้มาตรา 37 อีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งมีหลักอยู่ว่า คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีมากกว่าหนึ่งคน ให้ลงลายมือชื่อโดยอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากก็พอแล้ว แต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการคนที่ไม่ลงลายมือชื่อไว้ด้วย ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 37 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นี้ สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ ๆ มาตรา 31 อย่างชัดเจน และ คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง หากไม่ได้ตกลงเป็นอื่น แต่จะชี้ขาดเกินขอบเขตแห่งสัญญาไม่ได้เว้นแต่เป็นคำชี้ขาดตามยอม หรือ เป็นการกำหนดค่าธรรมเนียม และ ค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือ ค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการ

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาล คือ ห้ามมิให้ชี้ขาดเกินกว่าคำขอของคู่กรณี ซึ่งในเรื่องนี้พิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ให้ชี้ขาดโดยเสียงข้างมาก โดยคำชี้ขาดต้องถึงที่สุดและทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด และ ในทางปฏิบัติก็ไม่นิยมระบุเหตุผลในคำชี้ขาดเลย ในทางตรงกันข้ามคดีที่ทำในสหรัฐอเมริกา ภายใต้ข้อบังคับ UNCITRAL⁷¹ ต้องระบุเหตุผลในคำชี้ขาดเช่นเดียวกับข้อบังคับ AAA ที่ให้ระบุเหตุผลในคำชี้ขาด⁷² นอกจากนี้กฎหมายของมลรัฐที่ใช้ UNCITRAL Model Law มีบทบัญญัติให้ระบุเหตุของการไม่ลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการด้วย⁷³ ทั้งที่ปกติกฎหมายรัฐบาลกลางไม่มีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อในคำชี้ขาดเลย

ประเทศฝรั่งเศส : ต้องทำคำชี้ขาดโดยคะแนนเสียงข้างมาก คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคน ถ้าอนุญาโตตุลาการบางคนไม่ยอมลงลายมือชื่อ อนุญาโตตุลาการคนอื่นจะต้องเขียนหมายเหตุลงในคำชี้ขาด มิฉะนั้น คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ ปกติมีลักษณะคล้ายคำพิพากษาของศาล แต่คู่กรณีตกลงกันเป็นอื่นได้ แต่อนุญาโตตุลาการก็ต้องระบุข้อกล่าวหา และ ข้อโต้แย้งของคู่กรณี คำชี้ขาด และ เหตุผลของคำชี้ขาด⁷⁴

ประเทศอิตาลี : คำชี้ขาดต้องทำต่อหน้าอนุญาโตตุลาการทุกคน และตัดสินโดยใช้เสียงข้างมาก คำชี้ขาดทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการต้องลงลายมือชื่อของตนในประเทศอิตาลี และ ระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดด้วย⁷⁵

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ : คำชี้ขาดต้องทำโดยเสียงข้างมาก เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และ ต้องตัดสินตามหลักกฎหมายเว้นแต่คู่กรณีตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดด้วยความเป็นธรรม⁷⁶

⁷¹ ดู UNCITRAL Arbitration Rules, Article 32

⁷² ดู AAA International Rules, Article 28

⁷³ ดู UNCITRAL Model Law, Article 31

⁷⁴ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1470-1473

⁷⁵ ดู The Italian Code of Civil Procedure, Article 823

⁷⁶ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 189

ประเทศอังกฤษ : ให้คู่กรณีสามารถตกลงเรื่องแบบของคำชี้ขาด ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงไว้ คำชี้ขาดต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และ ลงลายมือชื่ออนุญาตตุลาการทุกคน ประกอบด้วยเหตุผล เว้นแต่กรณีที่คู่กรณีตกลงให้ไม่ต้องระบุเหตุผล และ นอกจากนี้ ต้องระบุสถานที่ และ วันที่ทำคำชี้ขาดด้วย⁷⁷

สำหรับแนวทางของประเทศไทย ถัดตามแนวของกฎหมายต้นแบบ ๓ มาตรา 31(1) (2) ที่ให้ชี้ขาดโดยเสียงข้างมากโดยต้องลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก และ จดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการคนที่ไม่ได้ลงชื่อไว้ นอกจากนี้คำชี้ขาดต้องระบุวัน เวลา สถานที่ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการด้วย และ ให้ถือว่าคำชี้ขาดได้ทำขึ้นที่นั่น โดยถือว่าการระบุรายละเอียดเหล่านี้มีความสำคัญ เพราะการระบุวัน เวลา สถานที่ จะทำให้ตรวจสอบได้ง่ายว่าคำชี้ขาดทำขึ้นภายในกำหนดเวลาที่กฎหมาย หรือ คู่กรณีตกลงกันไว้หรือไม่ และ การระบุสถานที่เพื่อประโยชน์ในชั้นบังคับคดีว่าทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายประเทศนั้นหรือไม่ อันเป็นไปตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบ ๓ มาตรา 31 (3) อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในทางปฏิบัติแล้ว จะพบว่าการนำสถานที่ทำการพิจารณา และ ทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาเป็นจุดเกาะเกี่ยวทางกฎหมายนั้น เป็นเพียงแต่การหาความสะดวกในการแก้ปัญหากฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ใช่เรื่องจริงในทางปฏิบัติ เพราะในทางปฏิบัติบ่อยครั้งที่ไม่ได้ทำ ณ สถานที่ที่ทำการพิจารณา คือ อาจใช้วิธีส่งไปให้ลงนามทางไปรษณีย์ อีกทั้งการพิจารณาส่วนใหญ่อาจอยู่นอกสถานที่ที่เริ่มพิจารณาครั้งแรก เนื่องจากอาจมีการเดินเผชิญสืบ⁷⁸ มีแค่บางประเทศเท่านั้นที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องทำโดยความเห็นที่เป็นเอกฉันท์ เช่น บราซิล เปรู เวเนซุเอลา⁷⁹

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷⁷ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 52

⁷⁸ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” บทบัญญัติ 47 (กันยายน 2534): 8.

⁷⁹ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 114.

2.7.4 การตีความ และ แก้ไขข้อบกพร่องในคำชี้ขาด

ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำชี้ขาด หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงเป็นอื่น คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดในการคำนวณ หรือ ข้อผิดพลาดผิดพลาดเล็กน้อยในการพิมพ์ให้ถูกต้องได้ โดยให้ส่งสำเนาคำร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบด้วย (มาตรา 39 (1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545)

กรณีที่ได้ตกลงไว้แล้วคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความ อธิบายข้อความส่วนหนึ่งในคำชี้ขาดได้

ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องดังกล่าวข้างต้นมีเหตุผลสมควรให้แก้ไข หรือ ตีความให้เสร็จภายใน 30 วัน นับแต่ได้รับคำร้อง โดยการตีความให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดด้วย

ทั้งนี้ หากคู่พิพาทไม่ได้ร้องขอ แต่คณะอนุญาโตตุลาการพบข้อผิดพลาด อาจแก้ไขได้เองภายใน 30 วัน นับแต่วันชี้ขาดด้วย

นอกจากนี้ คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำชี้ขาด และเมื่อแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบ เว้นแต่จะตกลงเป็นอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเรียกร้องได้ ถ้าเห็นว่าคำร้องดังกล่าวมีเหตุผลสมควร โดยทำให้เสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันได้คำร้อง อย่างไรก็ตาม กรณีอาจมีเหตุจำเป็นได้ กฎหมายจึงอนุญาตให้ขยายระยะเวลาแก้ไข ตีความ อธิบายความ หรือ ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้ โดยการตีความ อธิบายความ หรือ ทำคำชี้ขาดดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน เหมือนเกณฑ์การทำคำชี้ขาดตามมาตรา 37

กรณีดังกล่าวข้างต้น เป็นกรณีข้อผิดพลาด ผิดหลง หรือ ข้อเรียกร้องเล็กน้อย กฎหมายจึงอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการตามคำขอได้ หากพิจารณาได้ว่ามีเหตุสมควรจริงตามหลักสากล การแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยก็ได้รับอนุญาตให้ทำได้เช่นกัน เพราะหากพิจารณาเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการต้องการให้ข้อพิพาทสามารถประนีประนอม และ รักษาสัมพันธภาพฉันท์มิตรกัน ได้มากกว่าที่จะมุ่งแพ้ ชนะ เนื่องจากคู่ความยังต้องเจรจาติดต่อค้าขายกันต่อไป ดังนั้นการแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยจึงไม่ใช่สิ่งต้องห้าม เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ หากให้คู่ความเอาข้อบกพร่องเรื่องนี้ไป

ยื่นร้องขอต่อศาลคงจะเป็นการทำให้ภาระของศาลเพิ่มขึ้นทั้งที่ไม่ควรจะเป็น อันทำให้เจตนารมณ์ของการอนุญาตตุลาการที่มุ่งแบ่งเบาภาระศาลเสียไป

2.7.5 การสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

การดำเนินการทางอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการทำคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด หรือ โดยคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการ

คำสั่งยุติกระบวนการพิจารณานั้น คณะอนุญาตตุลาการจะสั่งเมื่อเข้ากรณีดังต่อไปนี้

ก. คู่พิพาทถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องคัดค้านการถอนข้อเรียกร้อง และ คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขอที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นนั้น

ข. คู่พิพาทตกลงให้ยุติกระบวนการพิจารณา

ค. คณะอนุญาตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือ ไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ ทั้งนี้ อำนาจของอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดพร้อมกับการยุติกระบวนการพิจารณา โดยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 38 (1-3)

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าบัญญัติเหมือนกับกฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 32 ซึ่งไทยก็ได้บัญญัติมาตรานี้ขึ้นใหม่ตามแนวทางของต่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับ โดยผู้เขียนเห็นว่า การระบุว่ากระบวนการจะสิ้นสุดเมื่อไรนี้ เป็นสิ่งที่ดี และ เป็นการทำให้ชัดเจนขึ้นว่าการอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อใด ซึ่งมีได้หลายกรณีตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และ ยังเป็นการขจัดปัญหาที่สงสัย และ ทำให้อำนาจของอนุญาตตุลาการสิ้นสุดลง (Functus Officio⁸⁰) อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายไทยมีบทบัญญัติไปในทางเดียวกับกฎหมายต้นแบบและกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ก็เป็นสิ่งที่ทำให้เห็นแนวโน้มของพัฒนาการที่ดีของกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศไทย

⁸⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 78.

2.8 การคัดค้านคำชี้ขาด การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด และ การปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด

2.8.1 การคัดค้านคำชี้ขาด

เมื่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความบกพร่อง หากเป็นเรื่องเล็กน้อยอาจมีการแก้ไข หรือ เพิ่มเติมได้ แต่ถ้าความบกพร่องนั้นถึงขนาดที่ทำให้คำชี้ขาดนั้นใช้บังคับไม่ได้ คู่กรณีอาจคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด โดยอาศัยเหตุตามมาตรา 40 (1) (ก. – จ.) ซึ่งบทบัญญัตินี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้เพิ่มเติมขึ้นเป็นหมวดใหม่โดยเดินตามแนวของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 และ คล้ายกับกฎหมายต้นแบบ ๗ มาตรา 34 ด้วยอันเป็นการออกกฎหมายอนุวรรตการตามสนธิสัญญาที่เราได้เป็นภาคี อันทำให้บทบัญญัติของเราได้รับการยอมรับมากขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ใช้บังคับทั้งอนุญาโตตุลาการภายใน และ ระหว่างประเทศ จึงต้องเขียนกฎหมายให้ทันกับกระแสโลกาภิวัตน์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 90 วัน นับแต่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือ นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไข หรือ ตีความ คำชี้ขาด หรือ ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้แยกเป็นหมวดต่างหากในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในขณะที่เดิมไม่อนุญาตให้คู่กรณีฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาดคัดค้านได้ คู่กรณีฝ่ายที่แพ้จึงทำได้แต่ไปต่อสู้ในชั้นบังคับคดีเท่านั้น แต่ตามกฎหมายปัจจุบันเท่ากับเปิดโอกาสให้ คู่กรณีที่แพ้ และ คู่กรณีที่ชนะแต่ไม่พอใจคำชี้ขาด ยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้ หากพิสูจน์ได้ตามเหตุดังที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป

2.8.2 เหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาด

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

กรณีนี้อาจเกิดปัญหาโต้เถียงได้ว่าในเมื่อการเป็นอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสมัครใจแล้ว การจะมาอ้างว่าอีกฝ่ายเป็นผู้บกร่องเรื่องความสามารถตามกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายนั้นจะพิสูจน์ได้ยาก เพราะเขาอาจรู้แต่แรกแล้วก็ได้ และ ในกรณีนี้จะใช้หลักกฎหมายปิดปากมาปรับใช้จะได้ไหม หากเขาอ้างว่าเขาไม่รู้มาก่อน แต่เพิ่งรู้ ในขณะที่ความจริงมีเหตุให้เขาจะรู้แต่แรกแล้ว เช่นนี้ผลจะเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาต่อไป

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือ ตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

กรณีนี้ต้องพิสูจน์กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ อีก ซึ่งอาจทำให้เสียเวลา และ หากพิสูจน์แล้วว่าจริง การอนุญาโตตุลาการที่ทำมาทั้งหมดก็เท่ากับเสียเปล่า

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ บุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

กรณีนี้ต้องพิสูจน์ความจริง และ เจตนาของคู่กรณีว่ามีเจตนาสุจริตหรือไม่

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้น สามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ ข้อตกลงนั้นก็ได้

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือ ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

มาตรานี้เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายที่ชนะ หรือ แพ้คดี ขอให้ศาลพิจารณาคำชี้ขาดได้ ซึ่งกฎหมายเดิมเปิดช่องให้ฝ่ายที่ชนะคดีเท่านั้นที่สามารถยื่นขอให้ศาลพิจารณายังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่ไม่เปิดช่องสิทธิดังกล่าวให้ฝ่ายผู้แพ้คดีกระทำการดังกล่าวได้ แต่เปิดช่องให้เพียงการค้านในชั้น

บังคับคดีเท่านั้น ส่วนผู้ชนะคดีก็ทำอะไรไม่ได้เช่นกัน แม้ตนจะไม่พอใจผลของคดีก็ตาม เช่น โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 40 ล้าน แต่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้เขาได้แค่ 20 ล้าน ผลคือ แม้จะชนะคดีแต่ผู้ที่แพ้คดีได้ประโยชน์ ผู้ถูกฟ้องยอมพอใจในคำชี้ขาด แต่โจทก์ก็ขาดทุนสถานเดียว ดังนั้นกฎหมายใหม่ให้ทั้งฝ่ายที่ชนะ และ แพ้คดีมีสิทธิคัดค้านคำชี้ขาด และ ขอให้ศาลพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดได้เลย หรือ คำนับได้โดยไม่ต้องรอตอนบังคับคดี ปัจจุบันจึงเพิกถอนคำชี้ขาดได้เลยโดยไม่ต้องรอให้โดนฟ้องก่อน ถือเป็นมาตรการที่ Balance สิทธิของคนแพ้-ชนะได้ดี

กรณีดังกล่าวทั้ง 5 กรณี แม้เป็นบทบัญญัติที่มีความเป็นสากล และ ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศแล้วก็ตาม แต่ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า ในอนาคตน่าจะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะคู่กรณีที่มีเจตนาไม่สุจริตอาจนำไปใช้เป็นเหตุในการประวิงคดีได้ และ เมื่อคู่กรณีที่ไม่สุจริตนำคำคัดค้านไปร้องต่อศาลแล้วก็เป็เหตุให้ศาลต้องกลับมาพิจารณาคำคัดค้านที่คู่กรณีอ้างมาอีก กระบวนการต่าง ๆ ก็ต้องเริ่มต้นใหม่ตั้งแต่แรก แล้วเช่นนี้การอนุญาโตตุลาการที่ทำไปจะมีประโยชน์หรือ และ จะเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่มีเจตนาไม่สุจริตนำมาใช้เป็นช่องทางประวิงคดี เพราะในแง่ผู้ถูกบังคับ หากประวิงคดีให้ช้าออกไปได้ ในข้อพิพาททางธุรกิจอาจทำให้ลดความเสี่ยงลงได้ตามหลักทางเศรษฐศาสตร์ หากมองอีกมุมหนึ่ง การประวิงคดีอาจทำให้ฝ่ายที่เป็นนักธุรกิจแบบสุจริตตกเป็นฝ่ายเสียหายก็ได้ ส่วนฝ่ายที่ไม่สุจริตจะได้ประโยชน์ จึงแล้วแต่จะมองมุมไหน จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันมาตรานี้เป็นข้อถียงใน UNCITRAL ด้วย (CA/CN 9/264, Article 34)

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 40 (2) ยังบัญญัติต่อไปว่าศาลอาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้อีก หากมีกรณีปรากฏว่าเป็นข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ การยอมรับบังคับคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้อง และ ศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคือออกไปตามความเห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้ง หรือ ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนหมดสิ้นไป

การยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดตามแนวทางต่างประเทศ พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : ให้ศาลยกเลิก หรือเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน (in whole or in part) ซึ่งคำชี้ขาดในกรณีนี้ อนุญาโตตุลาการทำการไม่ถูกต้อง ทำการเกินขอบอำนาจ ไม่ดำเนินการตามที่ตกลงกัน คำชี้ขาดไม่ถูกต้อง นำสงสัย ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ทำให้ไม่ถูกต้องในเรื่องแบบ (Form of the award) หรือ ดำเนินการชี้ขาดโดยไม่ถูกต้อง⁸¹

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ให้ศาลมีอำนาจยกเลิก หรือเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ แต่ในข้อจำกัดมาก เพราะถือเป็นที่สุด และ ผูกพันคู่กรณี เช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่าศาลมีอำนาจยกเลิก หรือ เพิกถอนคำชี้ขาดในกรณีดังนี้ คือ (1) คำชี้ขาดที่ได้มาจากการฉ้อฉล หรือ ทุจริตเรื่องสินบน (2) มีหลักฐานปรากฏในความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ (3) อนุญาโตตุลาการปฏิเสธการรับฟังพยานในประเด็นพิพาท ไม่อนุญาตให้เลื่อนการพิจารณาในกรณีที่มีเหตุผลสมควร หรือ กระทบการใด ๆ ที่ทำให้คู่กรณีเสียหาย (4) อนุญาโตตุลาการทำการเกินอำนาจ หรือใช้อำนาจไม่ถูกต้อง⁸² ใน Uniform Arbitration Act บัญญัติว่าคำชี้ขาดอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนเมื่อไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีสงวนสิทธิโดยยกขึ้นคัดค้าน กระบวนพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการได้⁸³ คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยอาจยื่นคำร้องต่อศาลได้ภายในกำหนด 90 วันหลังจากส่งคำชี้ขาด⁸⁴

ประเทศฝรั่งเศส : การโต้แย้ง หรือ คัดค้านคำชี้ขาดทำได้โดยการอุทธรณ์ (appeal from arbitral awards) และการยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดที่คู่กรณีไม่เห็นด้วยสามารถอุทธรณ์ได้ โดยอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ตามเหตุที่กฎหมายระบุไว้ เว้นแต่คู่กรณีจะสละสิทธิอุทธรณ์ไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁸⁵

⁸¹ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 68

⁸² ดู The United States Arbitration Act, Section 10

⁸³ ดู The Uniform Arbitration Act, Section 12

⁸⁴ ดู The United States Arbitration Act, Section 12 และ The Uniform Arbitration Act, Section 12 (5) (b)

⁸⁵ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1482 และ 1484

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : คำชี้ขาดจะถูกกระทบได้โดยการยกเลิก หรือ เพิกถอน (setting aside) และ การทบทวน (review) ซึ่งการเพิกถอนคำชี้ขาดมีข้อบังคับที่แตกต่างกันระหว่างการอนุญาโตตุลาการในประเทศ และ ระหว่างประเทศ⁸⁶

2.8.3 ปัญหาเรื่องการตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”

จากการที่ได้ศึกษามา ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของ Dr.Hermann ที่ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า การที่ใช้ถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้น อาจเกิดปัญหาตามมาได้⁸⁷ เนื่องจากเมื่อได้แก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการเดิมแล้ว พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการใหม่มีจุดเด่นอยู่ตรงที่ใช้กับทั้งการอนุญาโตตุลาการภายใน และ ระหว่างประเทศ การที่ใช้ถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” แม้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (ฉบับอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958) แต่ “ความสงบเรียบร้อย ฯ” ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก หมายความว่าความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ และ เรานำมาใช้กับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้ เพราะกฎหมายนี้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งนานาประเทศยอมรับ (เป็นมาตรฐานที่มองในแง่ระหว่างประเทศ)

แต่ปัญหาอาจเกิดเมื่อเรานำมาตรฐานนี้มาอยู่ในอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในที่นี้จึงควรจะหมายถึง ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศนั้น ๆ ซึ่งเป็นเรื่องยากในการที่จะวัดมาตรฐานความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชนในแต่ละประเทศซึ่งแตกต่างกันตามแต่ละประเทศ และ การหาเกณฑ์กลางทำได้ยากลำบาก จึงอาจเป็นจุดที่นักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในไทยเกิดความไม่แน่ใจว่าสิ่งที่เขาทำจะขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีหรือไม่ ในประเด็นนี้มีผู้เสนอแนวคิดให้ลบคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ออก แต่ในความคิดของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าแม้คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จะทำให้ชาวต่างประเทศมาอ่านแล้วเกิดปัญหาที่ตาม แต่ควรต้องคงไว้เนื่องจากเราเป็นเมืองพุทธ มีศาสนาในจิตใจ การระบุให้สัญญาต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดี

⁸⁶ Briner,Robert, “Switzerland,” in International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl.9 September 1988,Switzerland –30.

⁸⁷ Hermann, “Round Table Discussion on the Drafting of Thailand’s Arbitration Act: Comment or question from a panel member,” in Draft Arbitration Act of Thailand, p. 46.

ของประชาชนเป็นการดีแล้ว เราไม่จำเป็นต้องทำตามคำแนะนำของต่างชาติไปหมดทุกอย่าง แม้เราบัญญัติ เช่นนี้ก็เป็นตามสากลแล้ว การคงคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ไว้ แม้ชาวต่างชาติจะไม่เข้าใจแต่เราก็สามารถคงไว้โดยดำรงให้เป็นเอกลักษณ์ของเราได้ จึงหาจำเป็นต้องเปลี่ยนตามไม่ เพราะสิ่งสำคัญที่ห้ามลืม คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นี้ก็ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศด้วยเช่นกัน ในเมื่อไทยเราเป็นประเทศที่มีศาสนาในจิตใจ มีความเคารพ และ มีความเชื่อในศาสนา และเป็นประเทศที่มีศีลธรรม การคงไว้ซึ่งคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงไม่น่าจะเป็นปัญหาแต่อย่างใด

ประเด็นเรื่อง “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นประเด็นที่น่าสนใจมากในปัจจุบัน เพราะปัจจุบันรัฐทำสัญญากับเอกชนไม่ว่าเอกชนในประเทศ หรือ เอกชนต่างประเทศมาก และ มักจะต่อสู้กันในแง่ว่า ข้อตกลงขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ ปรัชญาหมายไม่ถูก โดยมักให้เหตุผลว่า หากอนุญาโตตุลาการตัดสินไม่ถูกต้องให้รัฐต้องเอาเงินภาษีของราษฎรไปจ่ายโดยไม่เป็นธรรม ก่อให้เกิดหนี้ และ ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นเหตุให้ร้องต่อศาล ให้ศาลทบทวนคำชี้ขาดไม่ให้เป็นหนี้สาธารณะ หรือ ภาระกับสังคมต่อไป และ ทำให้การพิจารณากลับสู่มาตรฐานเดิมที่คู่ความจะต่อสู้คดีตามลำดับขึ้นไปอีก ทำให้เจตนารมณ์การระงับข้อพิพาทด้วยความรวดเร็วของอนุญาโตตุลาการเสียไป ในที่สุด หากความเชื่อถือยังไม่ถูกสร้างอาจนำไปสู่การหาทางออกทางอื่น

2.8.4 การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติถึงเรื่องการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดไว้ในมาตรา 41 ถึง มาตรา 45 พิจารณาได้ ดังนี้

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำขึ้นในประเทศใด ทั้งกฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 35 และ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 41 ได้บัญญัติไว้ว่าให้ผูกพันคู่พิพาท และ เมื่อได้ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจยอมรับบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น กรณีนี้ พิจารณาได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแม้จะมีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ แต่เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่ใช่องค์กรของรัฐ แต่เป็นสิ่งที่คู่กรณีร่วมกันแต่งตั้งขึ้น เพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยจุดเริ่มต้นมาจากความตกลงของคู่กรณี คือ ตกลงเลือกผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาด เลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้ และ ตกลงว่าจะยอมรับปฏิบัติ

ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่อมาเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดออกมา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นผลมาจากความตกลงยินยอมของคู่กรณีจึงผูกพันคู่กรณีในเชิงศีลธรรมให้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดมากกว่าที่จะผูกพันในเชิงกฎหมายอย่างคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐตามกฎหมาย ศาลในฐานะองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐมีอำนาจบังคับคู่กรณีให้เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณา และ เมื่อพิพากษาก็ผูกพันให้คู่กรณีต้องทำตาม ดังนั้น เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาแล้ว หากคู่กรณียอมทำตามก็ไม่มีปัญหา แต่หากไม่ทำตามคู่กรณีจะบังคับเองหาได้ไม่ จึงต้องนำไปฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อันทำให้เรื่องหน้าที่ต้องปฏิบัติตามศีลธรรมกลายเป็นเรื่องทางกฎหมายที่ศาลต้องจัดการบังคับให้

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในศาลต่างประเทศ ศาลที่มีอำนาจจะมีคำพิพากษาคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี และ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น⁸⁸

กรณีนี้ เป็นการบัญญัติแนวปฏิบัติไว้ให้ประเทศไทยว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเฉพาะประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคีเท่านั้น และ จะบังคับให้เท่าที่ไทยยอมตนเข้าผูกพัน ดังนั้นหากไทยทำข้อสงวนอะไรไว้ก็ย่อมไม่ผูกพันตามที่ได้ทำข้อสงวนไว้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 42 บัญญัติว่าเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์ให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจพร้อมแนบเอกสารดังต่อไปนี้

- ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือ สำเนาที่รับรองถูกต้อง
- ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ สำเนาที่รับรองถูกต้อง
- คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาด และ สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมีผู้แปลซึ่งได้

สาบานตัวแล้ว หรือ ปฏิญาณตนต่อหน้าศาล หรือ ต่อหน้าเจ้าพนักงาน หรือ บุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบาน หรือ ปฏิญาณ หรือ รับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจรับรองการแปล หรือ ผู้แทนทางการทูต หรือ กงสุลไทยในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด หรือ สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น เห็นได้ว่า เดิมการแปล

⁸⁸ ดูพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 41

เป็นภาษาไทย หากจะฟ้องบังคับในศาลไทยต้องส่งไปรับรองคำแปลในต่างประเทศ แต่ปัจจุบันสามารถเอาผู้แปลมารับรองการแปลต่อหน้าศาลได้ โดยไม่ต้องส่งเอกสารไปรับรองที่ต่างประเทศ อันเป็นการอำนวยความสะดวกมากขึ้นและเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับกรุงนิวยอร์ก ข้อ 4(2)

โดยต้องยื่นเข้ามาภายใน 3 ปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวแล้ว ให้รับไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน เห็นได้ว่ามาตรานี้เป็นการกำหนดแนวปฏิบัติในการขอบังคับคำชี้ขาดมากกว่า จึงได้บัญญัติไว้อย่างเป็นทางการอันยึดต้นแบบมาจากอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก มาตรา 4 และ กฎหมายต้นแบบ ฯ มาตรา 35 อย่างไรก็ตามกฎหมายต้นแบบ ฯ ไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดระยะเวลาในการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดไว้ เพื่อวัตถุประสงค์เปิดกว้างสำหรับแต่ละประเทศในการกำหนดข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาไว้ แต่หากไม่จำกัดก็ย่อมเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของคู่กรณีที่จะร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเมื่อใดก็ได้ กรณีของประเทศไทยยึดแนวทางจากอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ที่ให้ดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดภายใน 3 ปี

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 23 กำหนดให้ฟ้องบังคับตามคำชี้ขาดภายใน 1 ปี นับแต่ส่งสำเนาคำชี้ขาดแก่คู่พิพาท แต่ปัจจุบันกฎหมายใหม่กำหนด 3 ปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เหตุผลที่แก้ เพราะเดิมมีปัญหาในกรณีทำยอม และ มีการผ่อนชำระหนี้เกินกว่า 1 ปีขึ้นไป หากผิดสัญญาในปีที่ 2 , 3 ถือว่าเกิน 1 ปี แล้ว ทำให้เกิดคำถามว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดได้หรือไม่ซึ่งแนวคำพิพากษาศาล ปกติตีความว่า 1 ปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ ปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 แก้เป็น 3 ปี นับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ อันเป็นการยืดเวลาออกมา และ เหมาะสมแล้ว จึงตัดความกังวลในจุดนี้ไป

ในส่วนองแนวทางต่างประเทศนั้น พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา : กำหนดว่าภายใน 1 ปี หลังจากมีคำชี้ขาด คู่กรณีอาจยื่นขอให้รับรองคำชี้ขาดต่อศาลของสหรัฐ (Federal Court) ผลทำให้คำชี้ขาดเปลี่ยนมาเป็นคำพิพากษาศาล โดยเรียกว่า คำพิพากษตามคำชี้ขาด นอกจากนี้ คำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (Interim award) และ คำชี้ขาดบางส่วน (partial award) อาจขอให้รับรองได้เช่นกัน⁸⁹

⁸⁹ ดู The United States Arbitration Act, Section 9

ประเทศฝรั่งเศส : กำหนดให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นคำตัดสินที่เป็นที่สุดแล้ว (res judicata)⁹⁰ การบังคับตามคำชี้ขาดต้องให้ศาลชั้นต้น ณ. สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด โดยเอกสารที่ต้องแสดงต่อศาล คือ ต้นฉบับคำชี้ขาด และ สำเนาสำัญญาอนุญาโตตุลาการ⁹¹

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : กำหนดว่าคำชี้ขาดเป็นที่สุดนับแต่มีการแจ้ง⁹² เพื่อความสะดวกในการบังคับตามคำชี้ขาด ศาลจะออกใบรับรองการบังคับให้⁹³

2.8.5 การปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หลังจากศาลได้รับคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด และ พิจารณาเสร็จแล้ว ศาลมีทางเลือกปฏิบัติอยู่ 2 กรณี ดังนี้

ก. พิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาด คือ กรณีที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอย่างถูกต้อง และ ต่อมาอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้คู่กรณีอีกฝ่ายปฏิบัติชำระหนี้แก่ผู้ร้องขอ และ จากการพิจารณาไม่ปรากฏว่าคำชี้ขาดไม่เข้าเหตุตามที่มาตรา 43 และ มาตรา 44 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บัญญัติไว้ ศาลจะมีคำพิพากษาบังคับไปตามคำชี้ขาด ซึ่งอาจมีทั้งกรณีที่พิพากษาคำชี้ขาดทั้งหมดโดยไม่ต้องแก้ไข หรือ อาจแก้ไขในข้อบกพร่องอันไม่ใช่สาระสำคัญ

ข. มีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด ได้แก่ กรณีตามมาตรา 43 และ มาตรา 44 ที่ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด ไม่ว่าคำชี้ขาดจะทำในประเทศใด กรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยเหตุประการใดประการหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

⁹⁰ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1476

⁹¹ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1477

⁹² ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 190

⁹³ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 193(2)

(2) สัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือ ตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ บุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือ คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือ ข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือ มิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือ ได้ถูกเพิกถอน หรือ ระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือ ภายใต้อำนาจของประเทศไทยที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่กรณีที่ยังอยู่ระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอน หรือ ระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และ ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับให้วางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

(7) ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 43 และ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เกี่ยวโยงกับ มาตรา 40 เรื่องการคัดค้านคำชี้ขาด เพราะเหตุแห่งการที่ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดเป็นเหตุเดียวกับการคัดค้านคำชี้ขาดตามมาตรา 40 ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ให้ได้ข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ 5 เหตุ แต่ในหมวดการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดกฎหมายบัญญัติเพิ่ม

อีกเหตุ คือ (6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือ ได้ถูกเพิกถอน หรือ ระบุว่าใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือ ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่กรณีที่ยังอยู่ระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอน หรือ ระบุว่าใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และ ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันเท่าที่เหมาะสมก็ได้

นอกจาก 6 เหตุที่กล่าวมาแล้วข้างต้น การปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาดยังสามารถทำได้ ตามมาตรา 44 อีก ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ (7) ดังนั้น จากเหตุผลแห่งการปฏิเสธทั้งหมด เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่นี้ได้พัฒนาไปสู่ความเป็นสากล โดยวางหลักเกณฑ์ให้ศาลตรวจสอบได้เฉพาะกระบวนการเท่านั้น ซึ่งเป็นมาตรฐานเดียวกันกับต่างประเทศ ส่วนประเด็นปัญหา อาจมีในแง่ความหมายของ “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” กล่าวคือ หลักกฎหมายยังไม่ชัดเจน ฝ่ายใดเห็นว่าตนได้ประโยชน์ก็ตีความตามนั้นและอาจยกมาตรฐานตนเอง อย่างไรก็ตามคำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หากศาลเข้ามาตรวจสอบในรายละเอียดมาก ต่างชาติจะไม่ยอมและอาจนำวิธีการคุ้มครองทางการทูตมาช่วยได้ นักลงทุนคงหนีไปกันหมด จึงเป็นการถูกต้องแล้วที่ให้ศาลตรวจสอบได้เฉพาะกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

2.9 การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล

หลังจากศาลชั้นต้นได้สวนคำร้องและมีคำสั่งปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการกฎหมายห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่ง หรือ คำพิพากษาของศาลเว้นแต่เข้าเหตุอุทธรณ์ 5 กรณี คือ

(1) การยอมรับ หรือ การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น คำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตของอนุญาโตตุลาการ หรือ คำชี้ขาดที่เกิดจากกลฉ้อฉล เป็นต้น

(2) คำสั่ง หรือ คำพิพากษาฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน การอุทธรณ์เพราะเหตุนี้อาจเกิดขึ้นทั้งในกรณีคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีตามคำชี้ขาดเป็นผู้อุทธรณ์ คำสั่งศาลชั้นต้นซึ่งไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด โดยอ้างว่าฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน และ ในกรณีผู้ที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดอุทธรณ์คำพิพากษาศาล

- (3) คำสั่ง หรือ คำพิพากษานั้น ไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
- (4) ผู้พิพากษา หรือ ตุลาการซึ่งพิจารณาคดีนั้น ได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา หรือ
- (5) เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้พิพาทตามมาตรา 16

การอุทธรณ์คำสั่ง หรือ คำพิพากษาตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา หรือ ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้มีการอุทธรณ์ต่อศาลเพียง 2 ศาลเป็นสิ่งดีและมีความเป็นธรรม เนื่องจากการถือว่าเมื่อศาลฎีกา หรือ ศาลปกครองสูงสุดตัดสินแล้วเป็นที่สุด ทำให้ขั้นตอนการดำเนินคดีในศาลและการตรวจสอบชั้นลง รวดเร็วขึ้น ช่วยลดความยุ่งยากได้มาก

การอุทธรณ์ตามระบบศาลของไทยนั้น จะเกิดเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว คู่ความไม่พอใจก็สามารถอุทธรณ์ได้ภายใน 1 เดือน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ หากศาลอุทธรณ์ตัดสินอย่างไรแล้ว ก็ยังไปศาลฎีกาได้ต่อไปอีก ซึ่งถ้านำวิธีการเช่นนี้มาใช้กับการอนุญาโตตุลาการแล้ว ระบบบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการก็จะยึดติดต่อไปอีก เพราะมีแต่จะขัดแย้ง หรือโต้แย้งกันไปอีกเรื่อย ๆ ซึ่งไม่น่าจะใช่เจตนารมณ์ที่สอดคล้องกับการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจะเป็นการดีกว่าหากใช้ระบบศาลสองชั้น อันทำให้การอุทธรณ์ทำได้ยาก และได้การวินิจฉัยที่เร็วขึ้นในลักษณะอุทธรณ์ครั้งเดียวไปศาลฎีกาเลย แต่ต้องเป็นเรื่องข้อกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่ปัญหาข้อเท็จจริง เพราะมีฉะนั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้ได้แย้งในปัญหาข้อเท็จจริงได้ง่าย ซึ่งไม่น่าจะชอบด้วยการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้ การรับรองให้อุทธรณ์ของผู้พิพากษาในการอนุญาโตตุลาการต่างจากหลักการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาสามารถรับรองให้อุทธรณ์ได้ แต่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 45 นี้ ผู้พิพากษาที่จะรับรองให้อุทธรณ์ได้ต้องเป็นผู้พิพากษาที่ทำความเห็นแย้งไว้เท่านั้น หากไม่ได้ทำความเห็นแย้งไว้ หรือ เห็นด้วยจะรับรองให้อุทธรณ์ไม่ได้ จึงเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าช่องทางการยื่นอุทธรณ์ยากกว่าหลักกฎหมายที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2.10 บทบาทศาล

เรื่องบทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายต้นแบบ ๑ มีวัตถุประสงค์ที่จะลดและกำหนดบทบาทอำนาจของศาลภายในประเทศอันเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้ชัดเจน โดยมาตรา 5 จำกัดอำนาจศาลเหนือกระบวนการพิจารณาว่า ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนี้ ศาลไม่อาจแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่กฎหมายให้อำนาจไว้ วัตถุประสงค์นี้เปรียบเทียบได้กับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญากรุงนิววยอร์กซึ่งมุ่งลดอำนาจศาลที่มีเหนือการยอมรับ และบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ (Foreign Award)

ในสวนประเทศไทย เดิมเคยมีการเข้าใจผิดของนักกฎหมาย หรือ ผู้พิพากษาบางท่านว่า การมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นการก้าวก่ายการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ ผู้เขียนเห็นว่าระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น จำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยศาลให้ช่วยประคับประคองไม่ให้เกิดปัญหาจนไม่สามารถดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาได้ ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาตกลงนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ภายหลังคู่สัญญาไม่เข้ามาด้วยความทุจริตของตน หากกฎหมายไม่เข้ามาช่วย คู่ความอาจขัดขืนไม่ยอมดำเนินการจนทำให้มีคำชี้ขาดไม่ได้ จึงมีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายเข้ามาช่วยในกรณีนี้ นอกจากนั้นในขั้นตอนการบังคับตามคำชี้ขาดต้องให้ศาลมาช่วยบังคับหากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพราะต้องทำให้คำชี้ขาดศักดิ์สิทธิ์ มิฉะนั้นประชาชนไม่ยอมรับ เมื่อกฎหมายยอมรับให้ประชาชนระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายก็ต้องช่วยให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปได้จนมีคำชี้ขาด และกฎหมายต้องยอมรับให้คำชี้ขาดศักดิ์สิทธิ์ด้วย ไม่ใช่ต้องฟ้องใหม่ตลอดเวลา มิฉะนั้นเป็นการเพิ่มขึ้นตอน แทนที่จะมีแค่ 3 ศาลธรรมดา กลายเป็นมี 4 ศาล เพราะมีอนุญาโตตุลาการเป็นอีกศาล เห็นได้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จหรือไม่ส่วนหนึ่งอยู่ที่ศาล

อย่างไรก็ตาม บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายต้นแบบ ๑ บัญญัติไว้ค่อนข้างจำกัด เนื่องจากการที่คู่กรณีเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเพราะไม่ต้องการไปศาล และ ต้องการให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาน้อยที่สุด ดังนั้นการทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระงับไปด้วยความรวดเร็ว ศาลไม่ควรเข้ามาแทรกแซง เว้นแต่ที่กำหนดในกฎหมายเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปได้ แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าศาลยังคงมีความสำคัญต่อการอนุญาโตตุลาการอยู่

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับระบบอนุญาโตตุลาการในหลายประเด็น ซึ่งสรุปเป็นหลัก ได้ 3 ประการ คือ

2.10.1 หน้าที่ในการบังคับให้มีการอนุญาโตตุลาการ หน้าที่นี้เห็นได้จากกรณีที่แม้คู่กรณีจะมีการทำสัญญาว่าต้องมีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น เมื่อมีข้อพิพาท เพื่อมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่หาได้ระบุไว้เป็นการเด็ดขาดว่าต้องตั้งอนุญาโตตุลาการก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาล ย่อมไม่เป็นการตัดสิทธิคู่กรณีให้นำคดีขึ้นสู่ศาล แต่หากคู่กรณีนำคดีขึ้นสู่ศาล โดยไม่ตั้งอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายร้องขอ ศาลต้องจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ อันเป็นการส่งเสริมระบบอนุญาโตตุลาการ และ แสดงว่ายอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาว่าเมื่อตกลงแล้วต้องไปอนุญาโตตุลาการ เพราะหากศาลไม่จำหน่ายคดี หรือ รอไว้สิ่งเมื่อมีคำพิพากษา จะเป็นการทำลายเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ และ ทำให้ข้อสัญญาไม่มีผลบังคับ

แนวทางของต่างประเทศ พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : ศาลจะพักกระบวนการพิจารณา (stay of court proceedings) เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็น โฆษะ (null and void) มีข้อบกพร่องโดยไม่สามารถดำเนินการ หรือ ปฏิบัติตามได้ แต่ถ้าศาลปฏิเสธการพักกระบวนการพิจารณา ก็ให้ศาลดำเนินการกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย⁹⁴

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ให้คู่กรณีที่ประสงค์จะปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับคู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วให้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการได้⁹⁵

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : หากมีการฟ้องคดีต่อศาล เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งร้องขอ ให้ศาลบังคับคู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อนได้⁹⁶

⁹⁴ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 9

⁹⁵ ดู The United States Arbitration Act, Section 3 และ The Uniform Arbitration Act, Section 2

⁹⁶ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 183-184

ประเทศฝรั่งเศส : ศาลต้องให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หากได้รับคำร้องขอจากคู่กรณี เว้นแต่สัญญาฉบับนั้นใช้บังคับไม่ได้⁹⁷

ส่วนในกฎหมายต้นแบบ ฯ ให้ศาลเข้าไปช่วยเหลือ โดยการให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไปดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ หากมีข้อเรียกร้องจากฝ่ายที่ถูกฟ้อง ทั้งนี้ ต้องก่อนที่ฝ่ายนั้นจะเริ่มต่อสู้คดี เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ใช้บังคับไม่ได้ หรือ ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้ว แต่มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล อนุญาโตตุลาการก็ยังสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

นอกจากนี้ยังมีเรื่องการแต่งตั้ง และการถอดถอนอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นหน้าที่ศาลต้องเข้ามา มีบทบาทเมื่อคู่กรณีร้องขอ เช่น คู่กรณีไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้, ไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่คนที่วางลงได้, ถอดถอนอนุญาโตตุลาการเมื่อมีปัญหาได้ ทั้งอังกฤษ⁹⁸ อเมริกา⁹⁹ สวิตเซอร์แลนด์¹⁰⁰ และ ฝรั่งเศส¹⁰¹ วางหลักการเดียวกันซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบาทของศาลในกรณีนี้ เป็นสิ่งจำเป็น หากไม่ให้ศาลเข้ามาช่วยในกรณีนี้ อาจทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่อาจดำเนินต่อไปได้และต้องไร้ผล ซึ่งจะไม่ต้องวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของคู่กรณีในการใช้ออนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท รัฐโดยศาลจึงต้องมามีบทบาททำให้สัญญาของคู่กรณีบังคับต่อไปได้ ดังนั้น การที่ศาลเข้ามาช่วยแต่งตั้ง , ถอดถอน ฯลฯ จึงน่าจะเป็นการสมควรแล้ว เพื่อไม่ให้เกิดทางตันที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ และ ยังเป็นการช่วยให้การดำเนินกระบวนการไม่สะดุดหยุดลงเพราะขาดผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

2.10.2 หน้าที่สนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายยอมรับว่าเมื่อเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว หากมีปัญหาต้องให้ศาลยื่นมือเข้ามาช่วยเหลือ เช่น การใช้อำนาจศาลในการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์ของคู่กรณี การออกหมายเรียกพยานตามมาตรา 33 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ

⁹⁷ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1458

⁹⁸ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 18 และ Section 27

⁹⁹ ดู The United States Arbitration Act, Section 5 และ The Uniform Arbitration Act, Section 3

¹⁰⁰ ดู Concordat, Article 12

¹⁰¹ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1463

คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งโดยความยินยอมของคณะอนุญาโตตุลาการร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกพยาน หรือ ส่งเอกสาร หรือ วัตถุใดก็ได้ อันเป็นหลักที่ต่างจากเดิม (พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 18)

แนวทางของต่างประเทศ พิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : ลดบทบาท และ อำนาจของศาลลง แต่ยังคงอำนาจบางประการที่จะสนับสนุน และบังคับการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจสั่งคำสั่งชั่วคราวซึ่งต้องทำโดยอนุญาโตตุลาการ หรือ มีคำสั่ง ตรวจสอบ กักทรัพย์ เป็นต้น¹⁰²

ประเทศสหรัฐอเมริกา : อนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการสั่งคำสั่งมาตรการชั่วคราว ถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจำเป็น คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้ศาลบังคับลักษณะเดียวกับ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ได้ อย่างไรก็ตามในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และ มลรัฐทั่วไปไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ แต่จากแนวคำพิพากษาของศาลมีหลายคดีที่อ้างอำนาจศาลดังนี้¹⁰³

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : ศาลเข้าไปช่วยเหลือเมื่อได้รับคำร้องจากอนุญาโตตุลาการ เช่น เรียกพยานมาให้ถ้อยคำ เป็นต้น¹⁰⁴

ประเทศฝรั่งเศส : ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลเข้าไปช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการถ้า คู่กรณีร้องขอในมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่กรณีระหว่างพิจารณา

UNCITRAL Model Law ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า บัญญัติเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวในศาลไว้ในมาตรา 9 ในส่วนประเทศไทยก็ได้นำหลักนี้มาบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการดำเนินการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการได้¹⁰⁵

¹⁰² ดู The English Arbitration Act 1996, Section 44

¹⁰³ ดู The United States Arbitration Act, Section 8

¹⁰⁴ ดู The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 183(3)

¹⁰⁵ ดูพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 16

จุดที่ต่างจากเดิมมากที่สุดอีกจุด คือ “การขอให้ศาลชี้ขาดในประเด็นข้อกฎหมาย” พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ศาลสามารถทำได้ แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ไม่มีบทบัญญัติในส่วนนี้ เพราะมองว่าเป็นอำนาจที่อนุญาโตตุลาการมีอยู่แล้ว อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินเองได้โดยไม่ต้องไปขอให้ศาลวินิจฉัยให้ ซึ่งคล้องกับหลักในมาตรา 42 เรื่อง “การทบทวน หรือ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” ที่มีหลัก คือ ศาลจะไม่เข้าไปดูเนื้อหา คดี แต่จะตรวจสอบเฉพาะว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำมาถูกต้องหรือไม่ องค์ประกอบคณะ อนุญาโตตุลาการถูกต้องหรือไม่ โดยศาลจะไม่เข้าไปดูในเนื้อหาคดีว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินถูกหรือ ผิดแต่อย่างใด

2.10.3 **หน้าที่ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ** คือ พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ให้ศาลเข้ามาช่วยพิจารณาว่าคำชี้ขาดนั้นถูกต้องตามกฎหมาย และ ชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ และ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการแสดง ความยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ของคำชี้ขาดว่าต้องให้คำชี้ขาดบังคับได้โดยชอบทางหนึ่ง เนื่องจาก อนุญาโตตุลาการโดยตัวของตนเองนั้นไม่มีอำนาจบังคับตามคำชี้ขาดจึงต้องให้ศาลช่วยเหลือ โดยฝ่ายที่ ขอบังคับต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลไต่สวน และ มีคำพิพากษตามนั้น คดีที่ขอให้ศาลบังคับตาม คำชี้ขาดอาจเป็นของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศก็ได้ หากเป็นประเทศที่เป็นภาคีข้อตกลง หรือ อนุสัญญาเกี่ยวกับไทย ซึ่งไทยเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และ บังคับตามคำชี้ขาดต่าง ประเทศ อยู่ 2 ฉบับ คือ ฉบับนครเจนีวา 1927 และ ฉบับกรุงนิวยอร์ก 1958 ดังนั้นศาลไทยต้องบังคับ ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศด้วย

แนวทางต่างประเทศ พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : ศาลออกคำสั่งรับรองคำชี้ขาดได้เมื่อคู่กรณียื่นคำร้องต่อศาลขอให้บังคับตาม คำชี้ขาด เว้นแต่จะมีเหตุคัดค้านคำชี้ขาดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณา อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ คำชี้ขาดได้มาโดยไม่ถูกต้องซึ่งคู่กรณีที่ไม่ว่าจะคำชี้ขาดอาจฟ้องขอ ให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมด หรือ บางส่วนได้¹⁰⁶

¹⁰⁶ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 66-68

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ : ปกติศาลจะจดทะเบียนคำชี้ขาด เว้นแต่คู่กรณีจะสละสิทธิและคู่กรณีอาจขอให้ศาลรับรองว่าคำชี้ขาดถึงที่สุดและผูกพันคู่กรณีได้มีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาล¹⁰⁷

ประเทศฝรั่งเศส : ให้บังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลออกเป็นคำบังคับ (exequatur) เมื่อคู่กรณีร้องขอ และ ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ ไม่ปรากฏข้อบกพร่องใด ๆ คู่กรณีที่ไม่พอใจอาจอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้¹⁰⁸

ส่วนเรื่องการตรวจสอบคำชี้ขาดตามที่อยู่เขียนได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.8.5 นั้น ในที่นี้ผู้เขียนขอนำมากล่าวโดยสรุปว่าศาลต้องใช้มาตรฐานเดียวกันในการตรวจสอบคำชี้ขาดไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำขึ้นที่ใด (ในประเทศ หรือ ต่างประเทศ) หากศาลเห็นว่าคำชี้ขาดขัดต่อ “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ก็มีอำนาจไม่บังคับให้ ดังนั้นการตีความว่าข้อความในสัญญาจะขัด “ความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือไม่ต้องตีความโดยกว้างและครอบคลุม เพราะหลักกฎหมายเรื่องนี้ยังไม่ชัดเจน แต่ควรต้องกำหนดมาตรฐานของตนเองขึ้นมา ส่วนกรณีคำชี้ขาดต่างประเทศ มีข้อสังเกตว่าศาลควรตรวจสอบเฉพาะกระบวนการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชน (เฉพาะวัตถุประสงค์) เพราะถ้าศาลเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศได้ในหลายประเด็นก็จะเกิดปัญหาที่ต่างชาติไม่ยอมรับ จนทำให้ในที่สุดจะนำวิธีการทูตมาช่วยแก้ปัญหา ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงว่าระบบอนุญาโตตุลาการในไทยไม่เป็นที่ประสบผลสำเร็จ ส่งผลให้นักลงทุนหันไปใช้ระบบอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศแล้วจึงนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมาบังคับในไทย โดยอาศัยอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1985 แทน ทำให้ศาลต้องยอมรับไปโดยปริยาย

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าระบบอนุญาโตตุลาการของเราจึงไม่อาจประสบความสำเร็จได้ หากไม่ได้รับความร่วมมือด้วยดีจากศาล ดังนั้น แนวคิดที่จะให้การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นระบบเอกชนโดยสมบูรณ์เด็ดขาดยังไม่อาจเป็นไปได้¹⁰⁹ ศาลยังคงต้องเข้ามาช่วยเหลือ และ ให้ความร่วมมือในบางเรื่องที่สำคัญซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปดำเนินการ

¹⁰⁷ ดู Concordat, Article 35

¹⁰⁸ ดู The French Code of Civil Procedure, Article 1477

¹⁰⁹ อเนก ศรีสนธิ, “บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ,” เอกสารประกอบการสัมมนา (อัคราเนนา) ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ 17-18 มีนาคม 2540 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.10.1, 2.10.2 และ 2.10.3 การที่ศาลทรงไว้ซึ่งความเป็นอิสระเป็นที่พึง
 สดุดทำให้ประชาชนจึงเป็นสิ่งที่ดีและการที่ศาลมีทัศนคติที่ดีต่อการอนุญาตตุลาการยอมเป็นการ
 สนับสนุนให้การค้า และ อุตสาหกรรมเจริญก้าวหน้าขึ้น อันเป็นการช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ
 ชาติไปในตัว

อย่างไรก็ตาม ยังมีความแตกต่างกันอยู่ว่าศาลจะเข้าไปแทรกแซงไม่ว่าจะโดยการช่วยเหลือ
 สนับสนุน ควบคุม ส่งเสริมอนุญาตตุลาการได้เพียงใด ขึ้นตอนใด จึงจะเหมาะสม ซึ่งบทบาทแตกต่าง
 กันของแต่ละประเทศ เนื่องจากแนวคิด และ ความจำเป็นของแต่ละประเทศ กฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือ
 สำคัญของรัฐที่ร่างขึ้นมาบังคับใช้ เหมาะกับสภาพเศรษฐกิจ และ สังคม รวมทั้งแนวความคิดทางประวัติ
 ศาสตร์ของแต่ละประเทศ เมื่ออนุญาตตุลาการเป็นเอกชนไม่มีอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อให้แน่ใจว่า
 การดำเนินกระบวนการพิจารณามีประสิทธิภาพ และ เป็นไปอย่างถูกต้อง จึงเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ
 ว่า ประสิทธิภาพของการอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากศาล ความสัมพันธ์ระหว่าง
 ศาลกับการอนุญาตตุลาการจึงได้กำหนดไว้ในกฎหมายแต่ละรัฐ ถือเป็นความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุด
 และ เกี่ยวโยงกับประสิทธิภาพของการอนุญาตตุลาการ

กล่าวอีกนัยหนึ่ง เห็นได้ว่าการอนุญาตตุลาการซึ่งมีประสิทธิภาพอย่างมากในการระงับข้อ
 พิพาท ก็มีจุดอ่อนอยู่ที่ การดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามคำชี้ขาด แม้ระบบอนุญาตตุลาการจะคัดเลือก
 คนที่มีประสบการณ์ ความรู้ ความเป็นกลาง เป็นที่ยอมรับของกลุ่ม สามารถดำเนินกระบวนการ
 อย่างคล่องแคล่วกว่าศาลภายใต้บรรยากาศที่เป็นมิตร แต่ภายหลังมีคำชี้ขาด บรรยากาศอาจเปลี่ยนไปก็
 ได้คู่กรณีอาจไม่เคารพต่อการปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ได้ จึงต้องอาศัยอำนาจศาลมาตรวจสอบ และ รับรอง
 การชี้ขาด แต่จะบัญญัติให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมีสภาพบังคับในตัวเองเหมือนคำพิพากษาคงไม่
 อาจทำได้ เพราะอนุญาตตุลาการตั้งโดยความตกลงของกลุ่มมีไช้องค์กรของรัฐอย่างศาล

วิธีการที่ศาลเข้ามาตรวจสอบ และ รับรองคำชี้ขาด¹¹⁰ แบ่งเป็น 2 ระบบ

- ระบบตรวจสอบวิธีการ ศาลจะเข้าไปตรวจสอบเฉพาะกระบวนการว่าตั้ง
อนุญาโตตุลาการมาถูกต้องหรือไม่ การดำเนินกระบวนการพิจารณาถูกต้องตามข้อกำหนดในสัญญา
อนุญาโตตุลาการหรือไม่ เป็นต้น แต่ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจว่าวินิจฉัยข้อ
เท็จจริง และ ปรับบทกฎหมายถูกต้องหรือไม่

- ระบบตรวจสอบวิธีการ และ เนื้อหา ระบบนี้ตรวจสอบแบบเดียวกับระบบข้าง
ต้นแต่ให้ศาลมีโอกาสก้าวล่วงไปถึงการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการว่าชอบด้วยกฎหมาย หรือ
สัญญาที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้นหรือไม่

ข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 แยกประเภท
อนุญาโตตุลาการเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศ และ อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ระบบตรวจสอบ
ของศาลแตกต่างกันระหว่างสองประเภทนี้ เดิมหากเป็นคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศ
ศาลจะตรวจสอบพอสมควรโดยดูเนื้อหาสาระว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในขณะเดียวกัน หากเป็น
คำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลจะไม่ดูว่าคำชี้ขาดถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ แต่จะ
ดูแค่รูปแบบว่าดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

แต่ปัจจุบันเป็นที่ยุติแล้วในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 เรายกระดับให้
เป็นสากล จึงใช้มาตรฐานเดียวกันกับคำชี้ขาดต่างประเทศ คือ ให้อำนาจศาลตรวจสอบได้เฉพาะ
กระบวนการของการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น วัตถุประสงค์เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนิน
ไปได้ด้วยดี และ เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง โดยพยายามไม่ให้ศาลเข้าไปรื้อ
คำชี้ขาดเพราะต้องการให้รวดเร็ว และ มีความศักดิ์สิทธิ์พอสมควร หามิอำนาจก้าวล่วงไปถึงเนื้อหา
สาระภายในไม่ และ หลักนี้ก็เป็นที่ยอมรับในทางสากลแล้วด้วย

¹¹⁰ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานภาครัฐ,”
(งานวิจัยส่วนบุคคล ในการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” วิทยาลัย
การยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2540), หน้า 34.

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าไม่ว่าในประเทศใดก็ต้องให้ศาลมีหน้าที่ 3 ประการนี้ ไม่ว่าจะ เป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศ หรือ ต่างประเทศ ก็ยึดหลักให้ศาลมีหน้าที่บังคับให้มีการ อนุญาโตตุลาการ , หน้าที่สนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และ หน้าที่ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เพียงแต่อาจมีบทบาทมากหรือน้อยแตกต่างกันไป อย่าง ไรก็ดี ปัจจุบันทุก ๆ ประเทศพยายามลดบทบาทของศาลที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการให้ น้อยลง ในส่วนของประเทศไทยก็เช่นกัน แต่การจะไม่ให้ศาลมาเกี่ยวข้องเลยเป็นไปได้ ทั้งนี้อาศัย เหตุตั้งที่กล่าวไว้ข้างต้น ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องได้รับความร่วมมือ และ ความเชื่อถือจากศาลเป็น พิเศษจึงจะสามารถอำนวยความยุติธรรม และ ทำให้การระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยวิธีการดังกล่าวเป็น ไปด้วยความรวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม สมประโยชน์แก่คู่พิพาท และ ผู้เกี่ยวข้องทุก ฝ่าย รวมทั้งเป็นการลดจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลได้อีกทางด้วย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

วิเคราะห์ปัญหาความไม่เป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงบทบัญญัติอันเป็นข้อสังเกตบางประการของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งหากได้รับการพิจารณาปรับปรุงแก้ไข อาจทำให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยจะเป็นที่ยอมรับในนานาอารยประเทศมากขึ้น

3.1 การอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ในปัจจุบันภาครัฐของไทยได้มีการทำสัญญากับเอกชนทั้งชาวไทย และ ชาวต่างชาติมาก ทั้งนี้เพื่อประโยชน์บางประการของรัฐซึ่งในการมีติดสัมพันธ์ระหว่างกันสิ่งหนึ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้คือ การมีข้อพิพาท จากอดีตที่ผ่านมา ในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติมักเกิดปัญหาหลายประการ เช่น เอกชนมีความเข้าใจในกฎหมายไม่ตรงกับรัฐ, กฎหมาย, รัฐบาล และ ลักษณะศาลปกครองต่างกัน หรือ เอกชนมีปัญหาในการเรียกคืนภาษี (VAT) จากรัฐไม่ได้ หรือ ปัญหาการจัดสรรผลประโยชน์ต่าง ๆ เหล่านี้¹ ส่วนใหญ่เอกชน (โดยเฉพาะชาวต่างชาติ) มักจะขอให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท หรือ ข้อขัดแย้งที่เกิดจากสัญญาดังกล่าว แต่จากแนวทางปฏิบัติเดิมของประเทศไทยอาจทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับวิธีระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาว่าจะอยู่ในขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และ หน่วยงานใดจะเป็นผู้เข้ามาช่วยเหลือ สนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณา ตลอดจนบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1, ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป),” 25 เมษายน 2544.

3.1.1 ศาลที่มีอำนาจในอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

สำหรับศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากสัญญาภาครัฐนั้น เนื่องจาก ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้กำหนดถึงเขตอำนาจศาลปกครองไว้ในมาตรา 9 ซึ่งบัญญัติให้ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีประเภทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง (มาตรา 9 (4)) และในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ว่าหมายถึง “สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” (มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542) สัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

1. เป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบครบ 2 ประการ คือ

- ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ
- ประการที่สอง เป็นสัญญาที่เข้าลักษณะสัญญาสัมปทาน สัญญาที่คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

2. เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ส่วน คำว่า “สัญญาสัมปทาน” คือ สัญญาอันก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับผู้ได้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ตอบแทนในทางบุคคลสิทธิซึ่งกันและกัน โดยเอกชนจะได้รับสิทธิในผลประโยชน์ในดินแดนของรัฐโดยการจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐ ซึ่งรูปแบบของสัญญาสัมปทานเดิมจะอยู่ในรูปความตกลงในการให้สัมปทานโดยตรงโดยการอนุญาตจากรัฐให้เอกชนสำรวจทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ และเอกชนต่างชาติจะให้ค่าภาคหลวง (Royalty) ตอบแทนแก่รัฐ แต่ปัจจุบันรูปแบบการให้สัมปทานได้เปลี่ยนแปลงไปในรูปของสัญญาร่วมลงทุน

ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ โดยให้เอกชนต่างชาติสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์และ นักลงทุนก็ต้องปฏิบัติตามที่รัฐโดยจ่ายค่าตอบแทนให้การพัฒนาเทคโนโลยี และการฝึกอบรมต่าง ๆ

สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งกิจการที่เรียกว่า “บริการ สาธารณะ” นั้น คือ กิจการของฝ่ายปกครองซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

ดังนั้น เมื่อสัญญาใดก็ตามที่รัฐได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเอกชนต่างชาติ และเข้านิยามของ คำว่า สัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แม้จะเป็นสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ย่อมต้องอยู่ภายใต้อำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ แต่หากเป็นสัญญาทาง พาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีลักษณะทางปกครอง ก็ควรต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ตามหลักการที่ว่ากฎหมายที่มีลักษณะพิเศษเป็นการเฉพาะ ย่อมมี ผลบังคับเหนือบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป² อย่างไรก็ตามสัญญาที่จะต้องขึ้นศาล ปกครองต้องเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคด้วย มิฉะนั้นขึ้นศาลยุติธรรม สัญญาจะใช้ อนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับการตีความของศาลปกครอง ส่วนภาครัฐจะเห็นสมควรใช้สัญญา อนุญาโตตุลาการหรือไม่ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของภาครัฐ³

การตีความความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” จากแนวปฏิบัติในปัจจุบัน “สัญญาทางปกครอง” อาจมีมากกว่า 4 อย่างนี้ก็ได้ เพราะหากตีความตามตัวอักษร “ให้หมายความรวม ถึง” ก็หมายความว่าอยู่ในตัวแล้วว่าจะมีความหมายมากกว่านี้ได้ เหมือนกับว่า 4 เรื่องที่กฎหมายกล่าวถึง เป็นเพียงแต่ตัวอย่างเท่านั้น จึงต้องยึดแนววินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจศาลเป็นหลัก

ปัญหาอาจเกิดได้เนื่องจากปัจจุบัน เวลามีกฎหมายศาลปกครอง หากเป็นกรณีที่ต้อง ตีความ ศาลปกครองจะส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจศาลเป็นผู้ตีความสัญญาดังกล่าว ก่อนเสมอว่า เป็นสัญญาทางปกครอง และ ต้องขึ้นศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันยังมีคำวินิจฉัยออกมา

² สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, “รายงานการประชุมเพื่อการดำเนินการร่างกฎหมายเกี่ยวกับ อนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 1/2543,” 4 พฤษภาคม 2543.

³ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 6,” 24 ธันวาคม 2544.

ไม่มากนัก จึงอยู่ที่คณะกรรมการชุดนี้ว่าจะตีความอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการบัญญัติออกมาเป็นแนวทางให้ชัดเจนไปเลยโดยมิต้องอาศัยการตีความทุกกรณีน่าจะเป็นการดีกว่า ยิ่งไปกว่านั้นขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลปกครองออกมามากนัก การให้มือนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยยังไม่มีบรรทัดฐาน และ ต้องไปขึ้นศาลปกครองอาจเป็นที่เคลือบแคลงใจของชาวต่างชาติได้ว่าสมควรแล้วหรือที่จะขึ้นศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ และ เขาจะได้รับความยุติธรรมหรือไม่ ประกอบกับการไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการแบ่งแยกลักษณะสัญญาที่ในอนาคตอาจมีสัญญาหลายแบบได้ การกำหนดไว้เช่นนี้อาจไม่เพียงพอจึงเป็นปัญหาที่ควรเร่งทำการศึกษา โดยอาจพิจารณาจากแนวทางของต่างประเทศประกอบว่ามีบัญญัติในเรื่องนี้อย่างไร และ ผลที่ตามมาเป็นอย่างไร

ในปัจจุบันนี้ การใช้อนุญาตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่บรรลุวัตถุประสงค์ คดีทุกคดีที่อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้รัฐเป็นฝ่ายแพ้คดี ฝ่ายรัฐจะนำเรื่องยื่นฟ้องต่อศาลเนื่องจากมีระเบียบของกระทรวงการคลังที่กำหนดว่าหากทางราชการต้องจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเท่านั้น⁴

3.1.2 การกำหนดให้ใช้อนุญาตตุลาการในสัญญาทางปกครอง⁵

เนื่องจากสัญญาอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการทำสัญญาซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือองค์กรของรัฐกับอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติเกี่ยวกับการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่เรียกกันว่า “สัญญาภาครัฐ” (State Contract)⁶ ทำให้สัญญาภาครัฐนี้มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาธุรกิจทั่วไป โดยการทำสัญญานั้นนอกจากจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของ

⁴ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 5,” 17 ธันวาคม 2544.

⁵ ในเรื่องนี้ผู้ให้ความเห็นคัดค้านมาตรา 15 โดยอ้างว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรา 15 ไม่เป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่การที่มีผู้นำประเด็นนี้มาต่อสู้นั้นเป็นไปเพื่อยืดเวลา หรือ ประวิงคดีมากกว่า

⁶ ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และ สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 55.

กฎหมายเอกชนแล้วยังต้องเป็นไปตามกฎหมายมหาชนด้วย โดยเฉพาะกฎหมายปกครอง และทางภาครัฐย่อมมีความเห็นว่าแม้รัฐจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาก็ตาม รัฐก็ยังคงเป็นองค์อธิปัตย์ที่มีอำนาจและอธิปไตยเป็นของตนเอง ทำให้สัญญาภาครัฐไม่อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐอื่น หรือต้องดำเนินการพิจารณาคดีตามข้อพิพาทในศาลของรัฐอื่น ส่วนทางด้านเอกชนก็มีความคิดเห็นว่า สัญญาภาครัฐนั้นไม่ควรจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหรือศาลแห่งประเทศที่รัฐนั้นเป็นคู่สัญญา เพราะมองว่าศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐอาจพิจารณาทำให้ตนเสียเปรียบ จึงทำให้หันมาใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เพื่อไม่ต้องดำเนินคดีในศาลของรัฐที่เป็นคู่สัญญา

ปัญหาที่เกิดตามมา คือ มีแนวคิดในทางกฎหมายออกเป็นหลายแนวความคิดว่าข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาตินั้นจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

กรณีนี้ เดิม รศ.อนันต์ จันทโรภากร มีความเห็นว่า เบื้องต้นจะต้องแยกว่ากิจการตามสัญญาภาครัฐเป็นกิจการทางพาณิชย์หรือไม่ ถ้าไม่ใช่กิจการทางพาณิชย์ก็ถือว่าเป็นการกระทำทางอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Acts) ซึ่งเป็นเรื่องที่จะเสนอให้ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่ถ้าหากสัญญานั้นเป็นสัญญาเกี่ยวกับกิจการทางพาณิชย์ก็จะมีแนวปฏิบัติเป็นสองแนวทาง คือ แนวทางแรกคือดูว่าความสามารถในการทำสัญญาของรัฐว่ารัฐมีอำนาจในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งจะนำไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ แนวทางที่สองจะพิจารณาในเรื่องว่าเป็นทางพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ โดยหากเป็นกิจการพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ถือว่า รัฐสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งความเห็นของท่านอาจารย์รศ.อนันต์ จันทโรภากร ท่านอิงจากกฎหมายและ แนวปฏิบัติของฝรั่งเศส ในแง่ที่ว่าพิจารณาว่าจะกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ในปัจจุบันนั้น ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อนว่าเป็นทางพาณิชย์ และ ไม่ใช่สัญญาทางปกครองอันถือเป็นประโยชน์สาธารณะซึ่งรัฐต้องดูแล

ในชั้นประชุมของกรรมการกฤษฎีการ่างกฎหมายฯ ครั้งที่ 1 นั้น ที่ประชุมกรรมการกฤษฎีการ่างกฎหมายฯ คณะที่ 1 เกิดความสงสัยเกี่ยวกับญัตินี้ที่ให้ผู้สัญญาสามารถตกลงกันใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐ โดยบัญญัติห้ามมิให้รัฐอ้างเอกสิทธิ์ที่จะไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงขอให้ผู้แทนจากกระทรวงยุติธรรมชี้แจงเหตุผล ความจำเป็นที่ต้องมีบทบัญญัตินี้ ซึ่งผู้แทนจากกระทรวงยุติธรรมได้ชี้แจงว่าปัจจุบันสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้มีการกำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่อไป

หากประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และ มีบทบัญญัติกำหนดให้สัญญาลักษณะดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งต้องพิจารณาโดยศาลปกครองก็อาจมีผลกระทบต่อ การที่ชาวต่างประเทศจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐด้วย ซึ่งกรรมการร่างกฎหมายฯ คณะที่ 1 มีข้อสังเกต ว่าสัญญาทางปกครองตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้มีการ ระบุรายละเอียดว่ากรณีใดถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยแท้จริง ซึ่งสัญญาทางปกครองตามร่าง พระราชบัญญัติดังกล่าวประสงค์จะถือตามความหมายของสัญญาทางปกครองตามร่างพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองฯ หรือไม่ ซึ่งผู้แทนกระทรวงยุติธรรมเห็นว่าควรถือตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองฯ ที่ประชุมกรรมการร่างกฎหมายฯ คณะที่ 1 จึงเห็นชอบในหลักการตามร่างที่เสนอ⁷

ต่อมาในการประชุมครั้งที่ 4 ได้มีการถกเกี่ยวกับมาตรานี้ อีก โดยฝ่ายเลขานุการฯ ได้ตั้ง ข้อสังเกตไว้ว่าอาจจะเกิดปัญหาได้หากร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มีผลประกาศใช้บังคับ แล้ว แต่ผู้แทนกระทรวงยุติธรรมยังคงยืนยันให้คงร่างมาตรานี้ไว้โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากประเทศไทย ยังต้องการการลงทุนจากต่างประเทศอีกมาก จึงควรคำนึงถึงความเท่าเทียมกันระหว่างภาครัฐและ ภาคเอกชนในการเข้าเป็นคู่สัญญา และปัจจุบันภาครัฐได้มีการทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศหลาย ฉบับ โดยได้มีการยอมรับการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทอยู่แล้ว ดังนั้นจึงไม่น่า จะมีผลกระทบต่อประโยชน์ของรัฐ ที่ประชุมพิจารณาแล้ว จึงเห็นชอบกับร่างฯ ที่เสนอ⁸

เมื่อร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... เข้าสู่ชั้นสภาผู้แทนราษฎร มาตรา 15 ได้ถูกยกขึ้นมากล่าวถึงโดยนายลิขิต ชีรเวทิน โดยได้ให้ข้อสังเกตว่ามาตรา 15 หากมองผิวเผินเหมือน เป็นการป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อรัฐ คือ รัฐไม่ควรมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน แต่ขณะที่ในความเป็น จริงก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าอาจมีการฮั้วกันอย่างลับ ๆ เกิดขึ้นได้ แล้วจะมีวิธีป้องกันอย่างไร นายลิขิต จึงเสนอความเห็นให้มีการตั้งองค์กรมหาชน (Public Organization) เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการใน ลักษณะองค์กรมหาชนทั่วไปเพื่อมาดูแลเรื่องนี้แทนที่จะตั้งเป็นครั้งคราว⁹

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมายฯ คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 1 (16/2542) 85/2541,” 26 พฤศจิกายน 2541.

⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมายฯ คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 4 (48/2542) 25/2542,” 8 เมษายน 2542.

⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1, ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป),” 25 เมษายน 2544.

เมื่อกลับมาพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 แล้ว จะพบว่า ในมาตรา 15 บัญญัติให้ใช้ออนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ได้ไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม และ ให้สัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา ข้อถกเถียงดังกล่าวจึงยุติลงได้ แต่เกิดปัญหาใหม่ขึ้นมาว่าสมควรแล้วหรือที่จะวางหลักไว้เช่นนั้น โดยมีตัวอย่างมาจากคดีที่กลุ่มบริษัทผู้รับเหมาก่อสร้าง (บีบีซีดี) ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) เนื่องจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่สามารถส่งมอบทางให้แก่กลุ่มผู้รับเหมาก่อสร้าง (บีบีซีดี) ได้ภายในกำหนด หรือ ที่รู้จักกันในนามคดี “ค่าโง่ทางด่วน 6,200 ล้านบาท” ผู้เขียนเห็นว่าเหตุผลอีกประการที่สนับสนุนให้ไทยวางหลักนี้ เนื่องจากดูตามแนวสากล คือ หลักการของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่ประเทศไทยเข้าได้ลงนามไว้ ซึ่งยอมรับถึงผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐหรือองค์กรของรัฐได้เข้าเป็นคู่สัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนและรวมตลอดถึงการพาณิชย์ระหว่างประเทศด้วย ตามหลักกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศโลกเสรีที่ถือว่าการที่รัฐเข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่ถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจึงไม่ได้รับการคุ้มกันทางอธิปไตย (Foreign Sovereign Immunity Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา)¹⁰

นอกจากนั้นคงปฏิเสธไม่ได้ว่าภาครัฐไทยเมื่อต้องการทำโครงการใหญ่ ๆ ภาครัฐไม่สามารถดำเนินการด้วยตนเองเนื่องจากประสบปัญหาด้านเงินทุน , เทคโนโลยี และ วิทยาการ จึงจำเป็นต้องอาศัยการลงทุนจากต่างชาติซึ่งมีเงินทุนและเทคโนโลยีที่พร้อมกว่าประเทศไทย ดังนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะเราจึงจำเป็นต้องบัญญัติข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ชาวต่างชาติเกิดความมั่นใจในการลงทุนว่าเขาจะได้รับการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม

อย่างไรก็ตามการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 15 นั้น ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่บังคับว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดในคดีนั้น ๆ แต่เพียงผู้เดียว คู่พิพาทอาจฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทต่อศาลก็สามารถทำได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะตกลงกันว่าจะฟ้องคดีต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล

¹⁰ Redfern and Hunter., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Third Edition (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 184.

3.1.3 กฎหมายที่ใช้กับสัญญาทางปกครอง

เดิมมีการต่อสู้ในทางความคิดมากกว่าจะให้ใช้อำนาจตุลาการในสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ เพราะสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ และ คนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจตุลาการเป็นแนวคิดของเอกชนที่ใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ความตกลง 2 ฝ่าย โดยเฉพาะกระบวนการพิจารณาเปลี่ยนได้ตามความตกลง จะนำมาใช้กับรัฐคงไม่เหมาะ แต่ในทางปฏิบัติพบว่ากรณีที่ดีมีทุนทรัพย์สูงจำเป็นต้องนำระบบอำนาจตุลาการมาใช้ แม้ว่าหน่วยงานภาครัฐจะไม่เต็มใจนักก็ตาม แต่เอกชนต่างชาติที่มาลงทุนในประเทศไทย มักไม่ต้องการขึ้นศาลในประเทศไทย และต้องการผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกลางมากกว่า จึงเป็นเหมือนการบังคับให้ภาครัฐต้องใช้อำนาจตุลาการในการระงับข้อพิพาททางปกครองไปโดยปริยาย

ปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 จึงออกมารองรับ และตอบปัญหาเรื่องดังกล่าว โดยไม่ได้บังคับว่าต้องใช้อำนาจตุลาการทุกกรณี แต่เป็นเพียงทางเลือกใหม่ทางหนึ่งในการระงับข้อพิพาทในทางปกครอง หากไม่เห็นด้วยก็ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีนี้

ปัญหาที่อาจเกิดตามมาในทางปฏิบัติ คือ ประเทศไทยเรายังไม่มีกฎหมายสาระบัญญัติทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะ กรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยตนเอง หรือ ทำกับเอกชนภายใต้กฎหมายมหาชน ดังนั้นสัญญาที่หน่วยงานรัฐทำกับเอกชนเดิมมักได้รับการปฏิบัติเสมือนสัญญาภายใต้กฎหมายแพ่งทั้งสิ้น จึงเป็นปัญหาว่าสัญญาทางปกครองจะใช้กฎหมายแพ่งมาปรับได้หรือไม่ หรือ ควรใช้กฎหมายมหาชน

เกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำกฎหมายแพ่งมาปรับกับเรื่องทางปกครองเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม แม้ตามทางปฏิบัติปัจจุบันบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองปรับใช้กฎหมายแพ่งกับคดีปกครองซึ่งเป็นเรื่องประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเป็นการไม่เหมาะสม แต่หากจะรอให้ศาลปกครองมีบรรทัดฐานคำพิพากษาออกมาเรื่อย ๆ จนพัฒนาเป็นกฎหมาย สำหรับประเทศไทย คงต้องใช้เวลานานมาก เพราะแนวคิดเรื่องทางปกครองนี้เพิ่งเข้ามาได้ไม่นานต่างจากประเทศอื่นที่มีระบบกฎหมายปกครองมาช้านาน¹¹ และมีการ

¹¹ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, “มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ,” *บทบัญญัติ* 56 (2543): 152.

“ตกผลึก” ของหลักกฎหมายแล้ว อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศส ผู้เขียนจึงเห็นควรมีการร่างกฎหมายออกมาเพื่อเป็นหลัก เป็นแนวทางปฏิบัติ โดยพยายามเอาแนวความคิดและหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปมาพิจารณาปรับเข้ากับกฎหมายไทย ซึ่งก็เป็นเรื่องที่มีความยากในการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองเพราะเป็นเรื่องทางปฏิบัติและมีรายละเอียดต้องทำการศึกษาวิจัย

ดังนั้น ขณะนี้ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง โดยตราเป็นพระราชบัญญัติอีกฉบับเป็นเอกเทศ โดยมีสาระสำคัญครบถ้วน การให้ศาลปกครองพิจารณาคดีเกี่ยวกับการปกครองโดยให้ศาลสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือ เกี่ยวกับการปกครองเองย่อมไม่เหมาะสม และ จะเป็นการพัฒนากฎหมายปกครองที่เชื่องช้า เท่าที่ผู้เขียนได้ศึกษาทราบมาว่า ปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เร่งค้นคว้าในเรื่องสัญญาทางปกครองในประเด็นต่าง ๆ อยู่ เพื่อจัดทำร่างกฎหมายสารบัญญัติทางปกครอง

ส่วนทางปฏิบัติปัจจุบัน ศาลปกครองย่อมมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองทำนองเดียวกับศาลปกครองในประเทศภาคพื้นยุโรป แต่ลักษณะนิติสัมพันธ์อย่างไรอยู่ในความหมายของสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายสารบัญญัติเพื่อใช้หลักกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองปรับใช้ให้สอดคล้องกับลักษณะนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ได้อย่างถูกต้อง และ เหมาะสม มิใช่ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแล้วย่อมเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป มักคู่ข้อตกลงในสัญญาก่อน หากไม่มีกำหนดไว้ในสัญญา ก็นำกฎหมายแพ่งมาใช้ การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 กำหนดให้คู่กรณีเลือกกฎหมายได้เองทำให้เกิดความแน่นอน เพราะเอกชนดูความแน่นอนเป็นเกณฑ์ ฉะนั้น ในขณะที่ยังไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย คู่สัญญาควรต้องเขียนสัญญาให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของตน

อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาทางปกครองอาจนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของสัญญาทางปกครองได้ เพราะสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานเมื่อเทียบกับสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอาจจะยังไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ส่วนหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับทางแพ่งบางเรื่องก็สามารถนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา การผิดสัญญา การคุ้มครองความสุจริตของคู่สัญญาก่อนทำสัญญา เป็นต้น ประเทศที่เป็นต้นแบบของกฎหมายปกครองต่างก็มีการนำเอากฎหมายแพ่งมาใช้ในเรื่องทางปกครองบ้างเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส, ประเทศเยอรมัน กฎหมายปกครองเยอรมันบางเรื่อง

บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองโดยอนุโลม แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองอยู่เสมอ

3.1.4 การปฏิบัติชำระหนี้ของหน่วยงานภาครัฐ

การเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของหน่วยงานภาครัฐจึงมีลักษณะเป็นภาระที่จำต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่รัฐบางคนขาดความรู้ ความเข้าใจความหมายและวัตถุประสงค์ของอนุญาโตตุลาการว่าเหตุใดรัฐจึงจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาทำการระงับข้อพิพาทประกอบกับข้อพิพาทส่วนใหญ่ตามสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชนต่างชาติ มักเป็นกรณีที่ฝ่ายเอกชนต่างชาติเรียกร้องมากกว่าฝ่ายรัฐจะเรียกร้อง เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมักจะไม่ดำเนินการใด ๆ ปล່อยให้ฝ่ายเอกชนต่างชาติดำเนินการยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะต้องใช้เวลานานในการประสานงานให้หน่วยงานภาครัฐยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเข้าร่วมกระบวนการ ยิ่งไปกว่านั้นหลังจากทั้งสองฝ่ายเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้วเสร็จ จนมีคำชี้ขาดออกมา ถ้าเป็นคำชี้ขาดให้หน่วยงานภาครัฐต้องชำระหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติ ก็จะเกิดปัญหาสำคัญ คือหน่วยงานภาครัฐมักจะไม่รื้อหรือไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด

การรื้อของหน่วยงานภาครัฐหลังจากได้รับคำชี้ขาดให้ชำระหนี้ ก่อให้เกิดความจำเป็นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่างชาติที่จะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลทำการพิพากษาตามคำชี้ขาด ในทางปฏิบัติหากอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดออกมาในทางตรงกันข้ามหน่วยงานภาครัฐก็จะยังคงยึดข้อต่อสู้เดิม และประสงค์จะให้ศาลได้เข้ามามีส่วนในการวินิจฉัยข้อพิพาท

ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ถ้าพิจารณาจากมุมมองของภาครัฐ จะไม่ใช่เรื่องร้ายแรง เพราะเป็นการชะลอการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของคู่สัญญาฝ่ายตรงข้าม แต่ถ้าพิจารณาวัตถุประสงค์ของการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยแท้จริงแล้ว หากภาครัฐจำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการเพราะเหตุที่มีเงื่อนไขสัญญาบังคับไว้ไม่ การที่สัญญาต่างๆ ของภาครัฐกำหนดข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไว้ก็เพื่อปฏิบัติให้สอดคล้องตามประเพณีการค้าระหว่างประเทศ อันจะทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายพอใจมากกว่าการที่จะให้ศาลของประเทศที่เป็นของคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามมาทำการวินิจฉัยข้อพิพาท อีกทั้งทำให้เกิดความรวดเร็วและประหยัดกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาล เมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่อาจสัมฤทธิ์ผลได้เพราะเหตุที่ภาครัฐชะลอการชำระหนี้ตามคำชี้ขาด ย่อมส่งผลเสียหายต่อเศรษฐกิจและการค้าตามมาด้วย ทำให้เอกชนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนด้วยเกรง

ว่าระบบการระงับข้อพิพาทที่ไร้ประสิทธิภาพจะทำให้ไม่อาจได้รับการชำระหนี้ อีกทั้งการชะลอการชำระหนี้ดังกล่าวยังแสดงให้เห็นถึงการขาดความร่วมมือของภาครัฐในการทำกิจกรรมต่างๆ เพื่อพัฒนาประเทศอีกด้วย

ดังนั้นปัญหาที่หน่วยงานภาครัฐชะลอการปฏิบัติการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่มีผลกระทบต่อการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ และระบบเศรษฐกิจของประเทศ เพราะในวงการค้าระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ให้ความมั่นใจในความเป็นกลางแก่คู่กรณีพิพาทได้มากกว่าศาลของประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นเมื่อภาครัฐซึ่งถูกบังคับตามคำชี้ขาดเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และมีคดีคัดค้านต่อสู้กันในศาลยืดเยื้อต่อไปเป็นเวลานาน ย่อมทำให้ต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเกิดความไม่มั่นใจที่จะทำธุรกิจการค้ากับประเทศไทย เนื่องจากสงสัยในระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยว่าจะให้ความคุ้มครองแก่ปัญหากรณีพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในภายหน้าได้หรือไม่

ภาครัฐจึงไม่ควรริร้อในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดหากคำชี้ขาดมีขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และ เอกชนต่างชาติได้นำคำชี้ขาดมาร้องต่อศาลปกครองไทยแล้ว เว้นแต่เห็นว่าเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ถูกต้องอย่างแท้จริงอันทำให้รัฐเสียเปรียบ โดยพิจารณาอยู่บนหลักความถูกต้อง และ หลักกฎหมาย โดยปราศจากอคติ มิฉะนั้นการที่รัฐไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมก่อให้เกิดผลเสียต่อประเทศชาติตามมามากมายดังที่กล่าวแล้วข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ปัญหานี้ ปัจจุบันภาครัฐได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าว จึงได้รับแก้ไข โดยออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2544 มาเป็นหลักให้หน่วยงานรัฐนำไปพิจารณา ทำให้หมดปัญหาไปในระดับหนึ่ง แต่ปัญหาเฉพาะคดียังคงต้องแก้ไขกันต่อไป

3.1.5 ปัญหาความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

โดยทั่วไปวิธีการตั้งอนุญาโตตุลาการเกิดจากการที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการของตนขึ้นมาฝ่ายละหนึ่งคน แล้วอนุญาโตตุลาการที่ได้รับเลือกจากแต่ละฝ่ายนั้น ก็ร่วมกันตั้งประธานอนุญาโตตุลาการขึ้นมาทำหน้าที่ชี้ขาดหนึ่งคน ในกรณีสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนนั้น ในทางปฏิบัติเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ จึงมักตั้งอัยการมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งเท่ากับว่าอัยการมี 2

หน้าที่ในเวลาเดียวกัน คือ เป็นเจ้าพนักงานรัฐ และเป็นอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้สัญญาระหว่างรัฐและ เอกชน (โดยเฉพาะชาวต่างชาติ) มักเป็นสัญญาที่มีทุนทรัพย์สูง การร่างสัญญาต้องทำด้วยความระมัดระวัง อัยการต้องเป็นผู้ตรวจร่างสัญญาให้รัฐ และ เมื่อสัญญามีปัญหา อัยการก็ต้องตรวจแก้ปัญหาด้วยเช่นกัน นอกจากนี้อธิบดีอัยการ หรือ อัยการที่เกษียณอายุแล้ว มักได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายเอกชนเนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ มีประสบการณ์ ที่ได้รับการยอมรับจากคู่กรณี อาจเคยเป็นอดีตหัวหน้าของอัยการที่มาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายรัฐ

ในเรื่องผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ คือ ความเป็นกลาง (neutrality) หากผู้เป็นอนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัดดังกล่าวแล้ว การพิจารณาคดีด้วยความเป็นกลางคงทำได้ยาก เพราะหน้าที่ในฐานะเจ้าพนักงานรัฐย่อมเป็นตัวกดดันให้เขาปฏิบัติหน้าที่โดยเอียงไปทางภาครัฐ หรือ เอียงไปในทางที่ว่าสัญญาถูกต้อง หรือ ไม่กล้าชี้ขาด ไปอีกทางประกอบกับพนักงานอัยการมีระเบียบกำหนดให้ต้องทำการเพื่อประโยชน์ของรัฐเสมอ ทำให้เกิดเป็นข้อสงสัยในความเป็นกลางของอัยการที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าการทำ “เพื่อประโยชน์ของรัฐ” ไม่ได้หมายความว่าต้องให้รัฐชนะคดีก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ ควรหรือไม่ที่จะนำอัยการมาเป็นอนุญาโตตุลาการให้กับภาครัฐ และ จะเอาเกณฑ์อะไรมาวัดว่าเป็นกลางแน่นอน

กระบวนการสรรหาอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งสำคัญอีกประการ แต่การตั้งอนุญาโตตุลาการของภาครัฐยังไม่มีกฎหมายกำหนดทั้งที่สำคัญที่สุด และ จำเป็นต่อการตอบปัญหาของประชาชน จึงควรวางกฎหมายให้ละเอียด และ มีหลักการมากขึ้น ซึ่งขณะนี้ได้มีการเร่งสร้างกระบวนการคัดเลือกอนุญาโตตุลาการดังกล่าวอยู่ เห็นได้ว่า กรณีสัญญาทางปกครอง แท้จริงแล้วเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก แม้คดีจะน้อยกว่ากรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่สำนักงานอนุญาโตตุลาการ และ ประชาชนก็ให้ความสนใจมากกว่ากรณีทั่ว ๆ ไป เพราะอาจกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐได้

3.2 ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ

ก่อนที่ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ ผู้เขียนขอแนะนำเสนอบทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ¹² เพื่อให้ให้เห็นเหตุอันนำไปสู่ปัญหาดังกล่าว พิจารณาได้ดังนี้

3.2.1 บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

(1) หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ เมื่อบุคคลได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนเองซึ่งอาจกระทบถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เช่น มีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด, เป็นญาติกับคู่กรณีฝ่ายใด เป็นต้น อันอาจทำให้การพิจารณาชี้ขาดไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการทุกท่านควรต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว เพื่อความโปร่งใส และ เป็นธรรมในการดำเนินคดี

(2) หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง อนุญาโตตุลาการนั้นจะแต่งตั้งตัวแทน หรือ มอบให้บุคคลอื่นปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแทนไม่ได้ เพราะการได้รับแต่งตั้งเนื่องมาจากคุณสมบัติเฉพาะตัว และ ความสามารถของคน ๆ นั้น เป็นสำคัญ และ คู่กรณีก็ต้องการให้บุคคลนั้นมาทำหน้าที่ดังกล่าว การเป็นอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องเฉพาะตัวของอนุญาโตตุลาการคนนั้น

(3) หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณีโดยเคร่งครัด ในกรณีที่สัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทระบุอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไว้ อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามข้อความในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นเพราะสัญญา อนุญาโตตุลาการจึงควรปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วน

¹² เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ และอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 99-106.

(4) หน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย การชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยใช้หลักกฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันปรับแก้ประเด็นพิพาท อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยเหตุผลตามสามัญสำนึก ความคิดเห็นส่วนตัว หรือ ตามใจชอบไม่ได้ เพราะอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 43 เว้นแต่กรณีที่คู่กรณีกำหนดให้ตัดสินโดยไม่ต้องใช้กฎหมายในลักษณะของการไกล่เกลี่ยฉันท์มิตร อนุญาโตตุลาการจึงสามารถตัดสินโดยไม่ใช้กฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการเขาก็จะไม่ตัดสินโดยไม่ใช้หลักเกณฑ์ หรือ ไม่ใช้กฎหมายใด ๆ ใช้เพียงความรู้สึก หรือ ความคิดของตนเท่านั้น แต่มักจะหาเกณฑ์บางอย่าง เช่น ความยุติธรรม มาใช้เป็นหลักในการตัดสินคดี

(5) หน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่เสนอแก่ตน อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่เสนอต่อตนเท่านั้น จะพิจารณาชี้ขาดในประเด็นที่ไม่ได้เสนอต่อตนไม่ได้ เพราะเท่ากับทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาตามสัญญา คำชี้ขาดนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม และ ศาลจะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น และ ยังเป็นสาเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ด้วย ตามมาตรา 43 (4) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

(6) หน้าที่ต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทุกฝ่ายเสนอพยานหลักฐานของตนอย่างเต็มที่ ไม่ว่าจะพยานเอกสาร พยานวัตถุ พยานบุคคล รวมทั้งการเบิกความ หรือ การแถลงต่าง ๆ ของคู่กรณีด้วย จะฟังพยานหลักฐานลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นขาดนัดพิจารณาโดยความผิดของตนเอง

อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องให้เวลาคู่กรณีสืบพยานเท่ากัน เพียงแต่ให้เขาสืบพยานอย่างเต็มที่ถึงที่สุดทุกฝ่าย และ การสืบพยานอย่างเต็มที่แต่ละฝ่ายอาจใช้ระยะเวลาต่างกันได้ ขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานว่าเขามีมากแค่ไหน แต่ทั้งนี้คงไม่ใช่ให้เวลาต่างกันอย่างมาก เพราะอย่างไรก็ต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ สิ่งสำคัญอยู่ที่อนุญาโตตุลาการต้องฟังความทั้งสองฝ่าย คือ ให้คู่กรณีมีโอกาสนำเสนอคดีข้างของตน อันเป็นไปตามหลัก audi alteram partem หากคัดพยานจนเป็นเหตุให้คู่กรณีไม่สามารถนำเสนอคดีของตนโดยไม่มีเหตุอันควรอาจทำให้เห็นได้ว่า

อนุญาตตุลาการนั้น โอนเอียง หรือ กระบวนพิจารณานั้นไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นเหตุให้ศาลทำลายคำชี้ขาดนั้นได้ภายหลัง¹³

3.2.2 ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการต้องทำหน้าที่ด้วยความ เป็นกลาง มีอิสระ ซื่อสัตย์สุจริต ตัดสินคดีโดยเป็นธรรมอยู่บนหลักความถูกต้อง และ เนื่องจากการ ทำงานของอนุญาตตุลาการถือเป็นหน่วยงานอิสระจึงได้มีการกำหนดจริยธรรมของอนุญาตตุลาการ เพื่อให้ยึดถือเป็นหลักปฏิบัติเป็นพิเศษ¹⁴

อย่างไรก็ตามในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณา บางครั้งอาจมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นได้ ทั้งที่ไม่ได้ตั้งใจ และ ตั้งใจให้เกิด เช่น ทำคำชี้ขาดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จึงเกิดปัญหาว่าอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของตนหรือไม่และ ถ้าอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบ จะต้องรับผิดชอบเพียงใด

จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่า เดิมทีอนุญาตตุลาการได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับ ผู้พิพากษา เพราะถือว่าปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับศาลแต่เป็นในทางกิ่งตุลาการ (Quasi Judge) และเพื่อ เป็นการอธิบายเรื่องความคุ้มครองและความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอแยก พิจารณาแนวความคิดเรื่องความคุ้มครอง และ ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ โดยแบ่งเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

3.2.2.1 แนวความคิดเรื่องความคุ้มครอง และ ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการ

(1) ระบบคอมมอนลอว์ เห็นว่าอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ในการปฏิบัติ หน้าที่ เนื่องจากได้รับความคุ้มครอง เพราะเขาถือว่าปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับศาล จึงต้องการให้

¹³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 8.

¹⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1, ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป),” 25 เมษายน 2544.

อนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระทางความคิดปราศจากการครอบงำ ให้ชี้ขาดไปโดยความเป็นธรรม แม้คู่กรณีไม่พอใจผลลัพธ์ก็ตาม ก็ไม่ต้องกลัวจะโดนเล่นงาน เพราะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องคดี เพื่อให้ได้คำชี้ขาดที่เป็นอิสระ มิฉะนั้น อาจโดนข่มขู่ หรือ ชักจูงให้อนุญาโตตุลาการตัดสินใจตามที่คู่กรณีต้องการ ดังนั้นหากจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีความผิดได้ ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน

แนวคิดนี้เห็นได้ชัดในประเทศอังกฤษ ซึ่งอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่กึ่งผู้พิพากษา และได้รับความคุ้มครองอย่างกว้างขวาง ซึ่งตามวัฒนธรรมประเพณีของอังกฤษ ผู้พิพากษาคือ คนที่มีประสบการณ์ในการทำงานมาก มีความเชี่ยวชาญ ลักษณะแบบเชียวมาเป็นเพราะมีทุกอย่างครบถ้วนแล้ว จึงมาเป็นผู้พิพากษา เขาจึงเชื่อว่าบุคคลเหล่านั้นไม่โง่งม ไม่ทำผิดแน่ เพราะต้องรักษาชื่อเสียงที่สั่งสมมา จึงให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวาง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐส่วนใหญ่ก็ให้ความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดกับการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เห็นได้จากคำพิพากษาหลาย ๆ คดีสะท้อนให้เห็นนโยบายความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวาง ในขณะที่เดียวกันบางรัฐ เช่น เซาท์ แคโรไลนา¹⁵ มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันเริ่มมีแนวความคิดที่จะไม่ให้ความคุ้มครองจากความรับผิดชอบในการปฏิบัติตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการทำการโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่กรณีการกระทำที่สุจริตย่อมได้รับความคุ้มครอง เพราะกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีการคุ้มครองทางวิธีพิจารณาที่มีอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาล¹⁶

(2) ระบบชิวิลลอว์ เห็นว่าอนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองอย่างจำกัดตามหน้าที่ คือ ไม่ต้องรับผิดชอบถ้าทำหน้าที่ถูกต้อง แต่จะต้องรับผิดชอบหากปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้อง และ ก่อความเสียหาย เช่น รับสินบน ลำเอียง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีเป็นเรื่องของสัญญา คือ สัญญาว่าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์

¹⁵ ดู The South Carolina Circuit Court Alternative Dispute Resolution Rules, Rule 9

¹⁶ Becker, The Liability of Arbitrators : The United States, 8 International Business Lawyer.341,343(1980) อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “ความรับผิดชอบแห่งของอนุญาโตตุลาการ : หลักการใหม่ในกฎหมาย อนุญาโตตุลาการไทย,” วารสารนิติศาสตร์ 32 (มิถุนายน 2545): 213.

ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตก็ได้รับความคุ้มกัน ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิด บางประเทศให้นำบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับหนี้ และ สัญญามาใช้ได้ เช่น เยอรมัน, ญี่ปุ่น

(3) ประเทศที่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการไว้ เกิดในบางประเทศทั้งระบบชีวิตลอร์ และ คอมมอนลอร์ คือ ไม่มีการกล่าวถึงในกฎหมายฉบับใด ๆ ของประเทศนั้นเลย ทั้งนี้ หากจะจะไม่ให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการเสียเลย แต่การคุ้มครองขึ้นอยู่กับหลักทั่วไป โดยมีแนวคิดว่าอนุญาโตตุลาการได้รับแต่งตั้งให้มาตัดสินข้อพิพาท เป็นการทำที่คู่กรณียินยอมให้บุคคลภายนอกมีอำนาจเหนือ และ ขอบปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการถูกฟ้อง ฝ่ายที่ฟ้องต้องพิสูจน์ความเสียหายให้ศาลเห็น เพราะถือว่าอนุญาโตตุลาการทำไปโดยชอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา ถ้าผู้ฟ้องไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าอนุญาโตตุลาการทำไปโดยมีเจตนาร้าย หรือ จงใจทุจริต ย่อมถือไม่ได้ว่าอนุญาโตตุลาการมีเจตนาอันจะเอาผิดลงโทษกับเขาไม่ได้

ในทางปฏิบัติประเทศไทยซึ่งมีการนำเอากฎหมายทั้งระบบชีวิตลอร์ และคอมมอนลอร์ มาใช้ผสมกัน โดยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแบบชีวิตลอร์ แต่ในแง่กระบวนการพิจารณานั้นเปิดกว้างสุดแต่คู่ความว่ามาจากไหน จะตกลงเลือกให้เป็นอย่างไรก็ได้ ส่วนมากจะมีบทบาทในทางเป็นกลางไม่ก้าวไปไต่สวนใด ๆ พิจารณาพิพากษาตามพยานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายนำเสนอเท่านั้น (Passive Role) การบัญญัติความรับผิดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 แยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ความรับผิดทางแพ่ง
2. ความรับผิดทางอาญา

3.2.2.2 ประเภทของความรับผิด

ความรับผิดทางแพ่ง การบัญญัติความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการอาจพบได้ทั่วไปในหลายประเทศ พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศอังกฤษ : เป็นที่ทราบกันดีว่าผู้พิพากษาของอังกฤษนั้น ได้รับความคุ้มกันอย่างเต็มที่จากการถูกฟ้องคดี แม้ความผิดจะเกิดจากการประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่ผู้

พิพากษาอังกฤษอาจถูกตรวจสอบโดยผู้พิพากษาตนเองได้ และ อาจถูกถอดถอนขับไล่ (impeached) ได้ ในบางสถานการณ์ เหตุที่ให้ความคุ้มครองเพื่อป้องกันคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีฟ้องผู้พิพากษาต่อศาล เพื่อหวังให้คดีตนได้รับการพิจารณาใหม่

อนุญาโตตุลาการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงผู้พิพากษามาเป็นเวลานาน จึง ถือว่าได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้พิพากษาดังที่กล่าวมาข้างต้นด้วย¹⁷

ประเทศฝรั่งเศส : ไม่มีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบ หรือ ความคุ้มครอง ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ แต่เป็นที่ยอมรับกันว่าอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ผู้พิพากษา เพราะมิได้ ทำคำพิพากษาแทนรัฐ และ ไม่ได้ทำเพื่อประชาชน ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่ตกอยู่ภายใต้หลัก ความคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา และ หากมีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าว ต้องใช้ หลักกฎหมายทั่วไป เรื่องของสัญญา และ ความรับผิดชอบตามสัญญาตามหลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศส

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ใน United States Federal Arbitration Act 1925 ซึ่งเป็นบทบัญญัติระดับสหพันธรัฐเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไม่ได้บัญญัติเรื่องความคุ้มครอง ของอนุญาโตตุลาการไว้ แต่กฎหมายระดับมลรัฐบางมลรัฐมีบัญญัติไว้ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียโดยให้ ความคุ้มครองแก่อนุญาโตตุลาการมากเทียบเท่าตุลาการต่อเมื่อปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการ¹⁸

นอกจากนี้ ความคุ้มครองของอนุญาโตตุลาการพบได้อีกใน Rules of Ethics for International Arbitrators of International Bar Association (IBA Rules of Ethics) โดยให้ ความคุ้มครองจากการถูกฟ้องคดีภายใต้กฎหมายรัฐ เว้นแต่ทำโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยไม่คำนึงถึงหน้าที่ตามกฎหมาย และ ยังกำหนดหน้าที่อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง หรือ สถานะซึ่งอาจก่อให้เกิดความสงสัยตามสมควรเกี่ยวกับความเป็นกลาง และ ความเป็นอิสระของตน¹⁹

¹⁷ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 29

¹⁸ ดู The State Bar of California, Section 1280.1

¹⁹ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, "จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ," บทบัญญัติ 51 (กันยายน 2538):

ประเทศสิงคโปร์ : บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบประมาทเลินเล่อในการกระทำ หรือ ละเว้นการกระทำในความสามารถของอนุญาโตตุลาการ และ ไม่ต้องรับผิดชอบเกิดความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือ วิธีพิจารณาในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือ กระบวนการทำคำชี้ขาด²⁰

นอกจากนี้ Arbitration Rules ของ SIAC ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการไว้ใน Rule 33 ยกเว้นความรับผิดชอบของทั้งตัวศูนย์ ฯ เจ้าหน้าที่ ลูกจ้าง ตัวแทน ตลอดจนอนุญาโตตุลาการ โดยบุคคลเหล่านี้ ไม่ต้องรับผิดชอบจากความประมาทเลินเล่อจากการกระทำ หรือ ละเว้นการกระทำในหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ หรือ ที่เกี่ยวข้องใด ๆ กับการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ฯ ที่ทำขึ้นภายในศูนย์ ฯ และ ไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุความผิดพลาดใด ๆ ในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือ การทำคำชี้ขาด เห็นได้ว่าคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการหลายด้าน โดยเฉพาะในเรื่องความประมาทเลินเล่อซึ่งถ้าหากมีขึ้น ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบของการประมาทเลินเล่อ นั้น โดยผลของกฎหมาย

ในส่วนของประเทศไทย มีบัญญัติอยู่ใน มาตรา 23 วรรค 1 โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่ง หากทำตามหน้าที่ เว้นแต่จงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเสียหาย จะเห็นได้ว่าหลักการอยู่ที่ให้ความคุ้มครองเป็นสำคัญว่า ถ้าทำในหน้าที่ไม่ต้องรับผิด คุ้มครองอนุญาโตตุลาการผู้สุจริต อย่างไรก็ตาม แม้อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครอง แต่เมื่อใดก็ตามที่อนุญาโตตุลาการทำผิด จะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการกระทำละเมิด (มาตรา 420) หรือไม่ เพราะมาตรา 420 คือการล่วงสิทธิผู้อื่นโดยจงใจ

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเฉพาะแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ จึงไม่นำมาตรา 420 มาใช้ จึงจะให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบได้เฉพาะกรณีจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น จะให้รับผิดชอบในกรณีอื่น ๆ เช่น ประมาทเลินเล่อไม่ร้ายแรง จะมาเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบไม่ได้

อย่างไรก็ตามไม่มีความชัดเจนว่าเพราะอะไรจึงกำหนดให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบ แต่คงเพราะเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา, เพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อ

²⁰ ดู The Singapore Arbitration Act 2001, Article 59

ให้การอนุญาตตุลาการได้รับความเชื่อถือจากประชาชนว่าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต เป็นธรรม และ ทำหน้าที่อย่างเต็มที่ หากไม่ให้อนุญาตตุลาการรับผิดเลย ผู้เขียนเห็นว่าจะไม่เป็นการสร้างหลัก ประกันที่ดีแก่คู่กรณีที่เลือกระบบอนุญาตตุลาการ ซึ่งส่งผลให้ความนิยมในการใช้ระบบ อนุญาตตุลาการลดลง ยิ่งไปกว่านั้นการเรียกร้องให้มีความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการอาจมาจากแนว คิดที่ยึดติดกับศาลอีกประการหนึ่งด้วย

สังเกตได้ว่า อนุญาตตุลาการมีการปฏิบัติหน้าที่ใกล้เคียงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะมีลักษณะ กึ่งตุลาการ (Semi Judicial) ในเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการนี้เคยบัญญัติไว้ใกล้เคียงกับความ รับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2538 มาตรา 8 ที่ให้เจ้า หน้าที่ของรัฐต้องรับผิดทางแพ่งเมื่อกระทำการโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และ ทำให้ รัฐเสียหาย²¹

ความรับผิดทางอาญา

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้ามาพบว่า ในร่างพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ.... ตามร่างเดิมก่อนเข้าสู่ชั้นประชุมสภาผู้แทนราษฎร ไม่มีการบัญญัติความรับผิด ทางอาญาของอนุญาตตุลาการไว้ คณะกรรมการร่างฯ คงมีแต่มติเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ.... มาตรา 21 ที่ยกเว้นความรับผิดของอนุญาตตุลาการทางแพ่ง เมื่อ อนุญาตตุลาการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่กระทำการโดยทุจริตเท่านั้น²²

แต่เมื่อร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ... เข้าสู่การประชุม สภาผู้แทนราษฎร นายวิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ ได้ขอสงวนความเห็นในร่างพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ พ.ศ... ที่คณะกรรมการธิการของสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาแล้ว โดยนายวิศิษฐ์เห็นว่า

²¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545: ทางแก้ไขใหม่ของการ อนุญาตตุลาการในประเทศไทย?”, วารสารนิติศาสตร์ 32 (มีนาคม 2545): 11-12.

²² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 2 (23/2542) 91/2541,” 24 ธันวาคม 2541. และ ครั้งที่ 5 (50/2542) 27/2542, 22 เมษายน 2542.

บุคคลที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมากเนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณี รวมทั้งอาจมีกรณีรัฐเข้าไปเป็นคู่สัญญารวมอยู่ด้วย การมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นมาก การที่ร่างที่คณะกรรมการฯ ได้มีการแก้ไขไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ หรือ ผู้ที่ให้สินบนแก่อนุญาโตตุลาการต้องมีความรับผิดชอบอาจจะเป็นการไม่เหมาะสม นายวิศิษฐ์จึงขออนุญาตสงวนความเห็นไว้ในที่ประชุมว่าควรให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบอาญาในกรณีที่เรียก รับ หรือ ขอมรับทรัพย์สินประโยชน์อื่นใด และให้มีโทษ และ ผู้ให้สินบน หรือ ให้ประโยชน์แก่อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีโทษเช่นกัน โดยนายวิศิษฐ์เป็นผู้เสนอให้เพิ่มเติมข้อความตามมาตรา 23 วรรค 2 และ วรรค 3 และได้ยืนยันว่าในหลายประเทศมีกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบในทางอาญาได้²³

ความเห็นของนายวิศิษฐ์ที่กล่าวมาข้างต้นมีผู้ให้ความเห็นสนับสนุนหลายราย เช่น นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค ได้สนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบอาญาเนื่องจากมองว่าการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผล และ ภาระหน้าที่ไม่แตกต่างไปจากศาล และ อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของรัฐ ซึ่งก็คือ ส่วนได้เสียของประชาชนโดยรวมด้วย เพราะกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ใช้เฉพาะเอกชน แต่ใช้กับสัญญาของรัฐด้วยอันเป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากไม่มีใครสามารถรับประกันได้ว่าบุคคลที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการเชื่อถือได้ทุกคน แต่ประเด็นอยู่ที่ว่าการชี้ขาดเป็นไปโดยสุจริตใจ หรือ ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือ เรียกสินบนหรือผลประโยชน์หรือไม่ และ ผลควรเป็นอย่างไร นายพีระพันธุ์ยังเชื่ออีกว่าหากบุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบริสุทธิ์ใจจริง ย่อมไม่เกรงกลัวต่อบทบัญญัติให้รับผิดชอบอาญาดังกล่าว และ ไม่น่าเป็นสาเหตุให้หากคนมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่ได้อย่างที่คณะกรรมการฯ เสี่ยงข้างมากกล่าวอ้าง²⁴

นางธารทิพย์ จงจักรพันธ์ ในฐานะคณะกรรมการเสี่ยงข้างมากได้ชี้แจงเหตุผลที่ไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบอาญาไว้ว่า เนื่องจากในชั้นร่างกฎหมายมีความเห็นว่าโดยพื้นฐานอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน เป็นความสมัครใจของเอกชนด้วยกันที่จะทำสัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยบุคคลที่ 3 ที่ตนสมัครใจเลือกขึ้นมาโดยไม่ใช้กระบวนการศาล ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนแล้ว การตรวจสอบอนุญาโตตุลาการนั้นคู่กรณี

²³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1, ครั้งที่ 23 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ),” 17 ตุลาคม 2544.

²⁴ เรื่องเดียวกัน

ก็สามารถทำได้ตลอดเวลาระหว่างกระบวนการอนุญาตตุลาการ คือ หากเห็นว่าอนุญาตตุลาการทำการโดยมิชอบ หรือ มีแนวโน้มจะทุจริต คู่กรณีก็สามารถถอนอนุญาตตุลาการคนนั้นได้ หรือ หลังจากที่อนุญาตตุลาการได้ทำการชี้ขาดแล้ว ศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบอนุญาตตุลาการได้เช่นกัน โดยหากมีข้อโต้แย้งว่าอนุญาตตุลาการทำการโดยทุจริต หรือ กระทำมิชอบ ศาลก็มีอำนาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หรือ เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้

เหตุผลอีกประการ คือ เนื่องจากเรื่องอนุญาตตุลาการในประเทศไทยยังเป็นเรื่องใหม่ และต้องการการพัฒนาอีกมาก การกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของอนุญาตตุลาการจึงยังไม่เหมาะสม อีกทั้งพื้นฐานของประเทศไทยไม่เหมือนกับต่างประเทศ ต่างประเทศเขามีวิชาชีพในเรื่องอนุญาตตุลาการกำหนดไว้เป็นกิจจะลักษณะโดยเฉพาะ²⁵

ภายหลังจากที่มีการอภิปรายและปรึกษาหารือในหมู่คณะกรรมการแล้ว ท่านประธานคณะกรรมการ (นายเจริญ จรรย์โกมล) ได้กล่าวชี้แจงว่าเดิมมาตรา 23 ที่สภาผู้แทนราษฎรรับหลักการไป คือ อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา รับผิดชอบแต่เพียงทางแพ่งเท่านั้น แต่เพื่อประนีประนอมจึงได้เพิ่มหลักการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเรียก หรือ รับสินบนให้มีความผิดทางอาญาได้ โดยเพิ่มเติมไปในวรรค 2 และ วรรค 3 ส่วนเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งก็ต้องแก้เป็นระบุว่าอนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการเว้นแต่กระทำโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

ต่อมาเมื่อร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ...เข้าสู่ชั้นวุฒิสภา คณะกรรมการวิสามัญในชั้นวุฒิสภาได้พิจารณาความในวรรคสองที่กำหนดโทษทางอาญาในกรณีอนุญาตตุลาการเรียก รับ หรือ ขอมจะรับทรัพย์สิน หรือ ประโยชน์อื่นใดเพื่อตนเองหรือผู้อื่น หรือ กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในหน้าที่ และ ในกรณีที่มีผู้เสนอให้ประโยชน์แก่อนุญาตตุลาการตามวรรคสามของมาตรา 23 ที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาแล้วเห็นว่าตามหลักการและเหตุผลประกอบการเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ นำกฎหมายแม่แบบทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักในการพัฒนากฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ รวมถึงจากการรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลต่าง ๆ ในกฎหมายนี้ที่ใช้ในต่างประเทศไม่ได้กำหนดให้อุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง

²⁵ เรื่องเดียวกัน

และอาญา ดังนั้นหากกำหนดไว้จะทำให้การใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่เป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ ซึ่งจะมีผลเสียเมื่อคู่สัญญาไปใช้ออนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ และหากพิจารณาอีกด้าน การตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงของคู่สัญญาเพื่อให้ระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็นกระบวนการที่เอกชนใช้อยู่จึงควรเป็นเอกลักษณ์ของคู่สัญญา การกำหนดโทษทางอาญาไว้จะเป็นการก้าวล่วงอำนาจได้ ประกอบกับหากคู่สัญญามีข้อสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางก็สามารถถอดถอนหรือ ร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ถอดถอนได้ด้วย และ จะเป็นเหตุให้คู่สัญญาที่เสียประโยชน์อาจกลับแกลังกล่าวหาฟ้องร้องเพื่อประวิงข้อพิพาท ทำให้เกิดความเสียหายได้ รวมทั้งอาจทำให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ หรือ เป็นอดีตผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียงซึ่งอยู่ในองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการไม่เข้ามาร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

นอกจากนั้นคณะกรรมการวิสามัญยังได้พิจารณาเห็นว่าหากมีความจำเป็นต้องมีโทษทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำของอนุญาโตตุลาการ และมีผู้เสนอให้ประโยชน์แก่อนุญาโตตุลาการก็สามารถนำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาได้ ซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่ากำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ต้องเผยแพร่กับต่างประเทศด้วย ที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญจึงมีมติให้ตัดความในวรรคสอง และ วรรคสามของมาตรา 23 ออกทั้งหมด²⁶

ในชั้นประชุมวุฒิสภา มีวุฒิสมาชิกบางท่านได้แสดงความสงสัยว่า เพราะเหตุใดที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญจึงจัดมาตรา 23 วรรคสองและวรรคสามออก²⁷ คณะกรรมการวิสามัญได้ชี้แจงให้เหตุผลว่า ถ้าระบุโทษไว้เกรงว่าจะไม่มีใครมาเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยได้โต้แย้งว่าไม่มีเหตุผลเพราะถ้าสุจริตย่อมไม่เกรงกลัวกฎหมายข้อนี้เป็นอันตรายและยกตัวอย่างกรณีห่วยออนไลน์ (On-line) หรือ กรณีทางด่วน 6,200 ล้านบาท เพื่อชี้ให้เห็นว่าในอนาคตตอนอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจะมีมูลค่าสูงมาก ถ้าอนุญาโตตุลาการสามารถเรียก รับ หรือ กระทำโดยมิชอบได้ อนาคตย่อมจะเกิดปัญหามากขึ้น²⁸

²⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “หนังสือวุฒิสภา เลขที่ สว.0010/(56) เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...,” 11 กุมภาพันธ์ 2545.

²⁷ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมวุฒิสภา, ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญทั่วไป) เป็นพิเศษ,” 28 กุมภาพันธ์ 2545.

²⁸ เรื่องเดียวกัน

นายวิชัย ครอบงุมยติ สมาชิกวุฒิสภา เห็นว่าควรให้คงบทบัญญัติเรื่อง ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการไว้ โดยให้เหตุผลดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่ป็นอนุญาโตตุลาการใช้ตำแหน่ง หน้าที่แสวงหาผลประโยชน์

ประเด็นที่สอง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายกับประเทศชาติ และ ประชาชน

ประเด็นที่สาม เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่ป็นอนุญาโตตุลาการประพฤติ มิชอบ

ประเด็นที่สี่ เพื่อให้ตระหนักว่าผู้ที่ป็นอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติ หน้าที่ด้วยความบริสุทธิ์ใจ ซื่อสัตย์สุจริตเพื่อผลประโยชน์ประเทศชาติ และ ประชาชน²⁹

และมีวุฒิสมาชิกอีกหลายท่านที่แสดงความเห็นด้วยในการคงความ รับผิดทางอาญาไว้ โดยมองว่าควรจะมีเพื่อควบคุมอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ และ เป็น การสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนต่างประเทศ ในขณะที่บางท่านบอกให้เพิ่มบทลงโทษให้มากกว่าเดิม และ มองว่าปัญหาคอร์รัปชั่น การรับสินบนในประเทศไทยเป็นปัญหาใหญ่โดยยกตัวอย่างคดีบีอีซีแอล (BECL) กับทางด่วน อันเป็นคดีที่ถูกกล่าวขวัญอย่างมาก ณ เวลานั้นมาสนับสนุนความเห็นของตน

หลังจากที่ได้มีการอภิปรายแล้ว ปรากฏว่าในชั้นลงมติ ที่ประชุมวุฒิสภาได้มีมติโดยเสียงข้างมากไม่เห็นด้วยกับการที่คณะกรรมการวิสามัญตัดข้อความในวรรคสองและ วรรคสามของมาตรา 23 จึงเห็นควรให้คงมาตรา 23 วรรคสองและวรรคสามไว้ตามร่างเดิมพระราช บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้มีบทบัญญัติกำหนดเรื่องความรับผิดทางอาญาไว้ในมาตรา 23 วรรคสองและวรรคสาม ดังนี้

อนุญาโตตุลาการผู้ใดเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สิน หรือ ประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการ หรือ ไม่กระทำการในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

²⁹ เรื่องเดียวกัน

ส่วนผู้ที่เป็นผู้ให้ ขอให้ หรือ รับว่าจะให้ทรัพย์สิน หรือ ประโยชน์อื่นใดแก่นุญาโตตุลาการ เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือ ประวิงการทำการใด ๆ ในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

ในส่วนของความรับผิดชอบทางอาญานั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับคณะกรรมการวิสามัญในชั้นวุฒิสภา ที่เห็นว่าควรตัดวรรคสองและวรรคสามของมาตรา 23 ออก เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่มีพื้นฐานเกิดจากหลักนิติกรรมสัญญาทางแพ่ง ระเบียบข้อพิพาททางแพ่ง ไม่ใช่กับข้อพิพาททางอาญา ดังนั้น เมื่อเป็นเรื่องทางแพ่ง กฎหมายก็ยอมรับหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของกลุ่มที่ว่าเขาจะตกลงระเบียบข้อพิพาทกันอย่างไร อำนาจอรัฐจะไม่เข้าไปก้าวก่าย

ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการเกิดจากการตกลงกันของกลุ่ม โดยได้รับการแต่งตั้งมาชี้ขาดเฉพาะกิจ ไม่ใช่บุคคลที่เกิดจากการแข่งขัน คัดเลือก แต่งตั้งเข้ามาอยู่ในหน้าที่ภายในเวลาที่รัฐเป็นผู้กำหนด และ ไม่ใช่ตุลาการที่ใช้อำนาจรัฐ จึงไม่ใช่เจ้าพนักงานของรัฐที่รัฐต้องเข้าไปกำกับดูแลให้อยู่ในกรอบของกฎหมายด้วยเช่นกัน รัฐจะเข้าไปกำกับดูแลเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคมส่วนรวมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม การอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเรื่องที่คุณสัญญาตกลงกันระเบียบข้อพิพาทของตนเท่านั้น โดยอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทโดยอำนาจที่ได้รับมาจากกลุ่มด้วยความไวเนื้อเชื่อใจ อำนาจรัฐจึงไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้อง

หากกลุ่มเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีความเป็นกลาง หรือ ใช้อำนาจโดยไม่ชอบ หรือ ทุจริต พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็เปิดช่องให้กลุ่มก็สามารถยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หรือ ถอดถอนอนุญาโตตุลาการคนนั้น ๆ ได้ การที่กฎหมายบัญญัติให้มีความรับผิดชอบทางอาญานี้ อาจเป็นช่องทางให้กลุ่มที่ไม่สุจริตทำลายคำชี้ขาด หรือ ทำลายความน่าเชื่อถือ หรือ กลั่นแกล้งอนุญาโตตุลาการคนที่ตนไม่พอใจได้ โดยอาจต้องไปแจ้งความ ประกันตัว ฯลฯ ทำให้เสียเงิน เสียเวลา และ เสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น อีกทั้งหากคำฟ้องไม่เป็นความจริงอาจมีการฟ้องกลับกันไปมา หรือ ฟ้องพยานอีกได้ ซึ่งทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าคดีจะยุติเมื่อใด ก่อให้เกิดผลเสียต่าง ๆ ตามมาอีกมาก ซึ่งล้วนแต่เป็นผลที่ทำให้เกิดความเบี่ยงเบนในระบบอนุญาโตตุลาการ

ในประเด็นที่วุฒิสมาชิกบางท่านยกประเด็นทางคว้น 6,200 ล้านบาทมาเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่อนุญาโตตุลาการตัดสินให้ภาครัฐจ่ายเงินจำนวน 6,200 ล้านบาท ซึ่งเป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ของวงการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยนั้น เป็นการตัดสินตามข้อ

ตกลงด้วยความเป็นธรรมแล้ว ยิ่งไปกว่านั้นผู้เขียนเชื่อว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้คงไม่กล้าตัดสินโดยทุจริต เพราะนอกจากเป็นคดีที่ถูกจับตามองแล้ว หากตัดสินโดยทุจริตก็จะทำให้เสื่อมเสียต่อเกียรติประวัติของตนเอง และ เสียหายต่อประเทศชาติเป็นอย่างมากด้วย

อีกทั้งในกฎหมายของต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่ไม่มีบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางอาชวกรวมทั้งกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายทางการค้าของสหประชาชาติก็ไม่มีบัญญัติเอาไว้เช่นกัน การที่ประเทศไทยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อาจมีปัญหาตามมาหลายประการดังที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นไว้ข้างต้น และ ยังทำให้ไม่เป็นไปตามแนวทางสากลด้วย ทำให้คู่สัญญาชาวต่างชาติที่เข้ามาลงทุนจะไม่กำหนดให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย โดยเสี่ยงไปใช้การอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น ประเทศไทยในสถานะที่ต้องการการลงทุนจากต่างชาติย่อมมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และ ไม่มีทางเลือก จำต้องยอมใช้การอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นตามที่คู่สัญญาชาวต่างชาติต้องการ ทำให้การอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่ได้รับความนิยมนตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายตั้งเอาไว้ ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อนำคำชี้ขาดจากต่างประเทศมาขอบังคับในประเทศไทย ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจไปตรวจสอบคำวินิจฉัยเหล่านั้นว่าเป็นไปตามกฎหมาย หรือ ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เพราะมีหน้าที่เพียงบังคับตามคำชี้ขาดที่เขานำมาฟ้องร้องเพื่อขอให้พิพากษาบังคับให้เท่านั้น ซึ่งในชั้นการประชุมของคณะกรรมการวิสามัญผู้แทนหอการค้าแห่งประเทศไทยได้ให้ความเห็นโดยอาศัยประสบการณ์ว่า ไม่เห็นด้วยกับการให้มีบทบัญญัติความรับผิดชอบทางอาชวกร เพราะจะทำให้มีการทำอนุญาโตตุลาการนอกประเทศมากขึ้น อันส่งผลให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางของการทำสัญญาทางอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไปในทางทำลายระบบอนุญาโตตุลาการมากกว่า³⁰

อัตราโทษตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 23 วรรคสอง และวรรคสามนั้น กำหนดความผิดในแง่การรับสินบนโดยให้อนุญาโตตุลาการ และ ผู้ให้สินบนรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าอัตราโทษตามที่กฎหมายกำหนดเป็นอัตราที่สูงมาก ไม่ทราบว่าคณะกรรมการ ฯ นำหลักเกณฑ์ใดพิจารณาจึงกำหนดเช่นนี้ ซึ่งหากพิจารณาตามแนวทางของต่างประเทศแล้ว มักกำหนดโทษเพียง จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือ ปรับตามอัตราของแต่ละประเทศกำหนด หรือ ทั้งจำทั้งปรับ หรือ ตัดออกจากการปฏิบัติหน้าที่

³⁰ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..., ครั้งที่ 6,” 24 ธันวาคม 2544.

อนุญาตตุลาการเท่านั้น แม้อัตราโทษกรณีรับสินบนของผู้พิพากษา และ เจ้าพนักงานรัฐจะสูงขนาดจำคุกตลอดชีวิต หรือ ประหารชีวิตก็ตาม แต่ผู้เขียนก็เห็นควรให้บททวนบทบัญญัติเรื่องนี้ และ พิจารณาต่อไป เพราะหากปล่อยให้มีการกำหนดโทษสูงเช่นนี้ จุดประสงค์ที่จะดึงให้มีการอนุญาตตุลาการมากขึ้นในประเทศไทยคงไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะการกำหนดโทษอัตราสูง แม้เป็นการข่มขู่ไว้ก่อน ก็อาจเป็นตัวที่ทำให้ผู้จะเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการเกรงกลัวได้ และยังทำให้อนุญาตตุลาการทำงานภายใต้ความหวาดกลัวว่าตนจะถูกกล่าวหา ซึ่งถือเป็นการทำลายความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ อันขัดต่อหลักการสำคัญของการอนุญาตตุลาการ หากเป็นเช่นนี้ เราจะพิจารณาอย่างมีอิสระได้อย่างไร เพราะอนุญาตตุลาการนั้น โดยมากจะเป็นผู้มีชื่อเสียงในด้านนั้น ๆ หากมีการกล่าวหาที่ย่อมจะเสียชื่อเสียง การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้อาจส่งผลทำให้คนที่มีความรู้ ความสามารถระดับสูงไม่ยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการ ทั้งที่ปกติก็หาผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ และ เสียสละได้ยากอยู่แล้ว ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันต่อไป

ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ประการหนึ่ง คือ หากมองในแง่การค้าระหว่างประเทศ ระบบอนุญาตตุลาการมีขึ้นเพื่อสร้างความเชื่อถือ และความมั่นใจให้กับการค้าระหว่างประเทศ เพื่อมาเสริมระบบของศาลยุติธรรมในแต่ละประเทศที่ไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่เป็นชาวต่างชาติได้ ดังนั้นการอนุญาตตุลาการจึงทำให้คู่ค้าชาวต่างชาติเกิดความสบายใจว่าตนไม่ต้องไปขึ้นศาลของประเทศอื่น และระบบนี้ก็พัฒนาเรื่อยมาเป็นเวลาหลายปี จนเป็นที่เชื่อถือยอมรับในหมู่พ่อค้าต่างประเทศ หากการอนุญาตตุลาการในประเทศใดเข้มแข็งจะส่งผลให้การค้าของประเทศนั้นติดตามไปด้วย หากการอนุญาตตุลาการไม่ดี พ่อค้าชาวต่างชาติจะเลียงไปลงทุนในประเทศอื่นแทน จะเห็นได้ว่าระบบอนุญาตตุลาการเกิดจากพื้นฐานของความเชื่อถือ ไว้วางใจกัน ระหว่างคู่กรณี การที่ประเทศไทยกำหนดให้อนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยไม่จำเป็น อาจเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นประเทศอื่นว่าประเทศไทยแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ คือ มีอนุญาตตุลาการที่รับสินบนมาก และน่าระแวงมาก จนต้องออกกฎหมายมากำกับ ดังนั้น จากความหวังดีที่จะออกมาป้องกัน อาจกลายเป็นการชี้จุดบกพร่องให้ชาวต่างชาติมองว่า ระบบอนุญาตตุลาการมีความน่าเชื่อถือน้อย จึงเป็นประเด็นหนึ่งที่ควรนำไปพิจารณา เพื่อปรับปรุงแก้ไขให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในชั้นประชุมวุฒิสภา นายเสรี สุวรรณภานนท์ ได้แสดงความคิดเห็นว่าควรเพิ่มอัตราโทษแก่อนุญาตตุลาการที่เรียก รับสินบน เพราะหากเทียบกับผู้พิพากษา และ เจ้าพนักงานของรัฐ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 20 กำหนดว่าหากผู้พิพากษา เจ้าพนักงาน หรือ เจ้าหน้าที่รัฐ รับสินบน ผู้นั้นต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือ ประหารชีวิต ในกรณีของอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการก็

ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทเช่นเดียวกัน ประกอบกับสภาพปัญหาบ้านเมืองเรายังมีอีกหลายกรณีที่ต้องใช้การอนุญาโตตุลาการ รวมถึงกรณีของรัฐเป็นคู่สัญญา ดังนั้นหากอนุญาโตตุลาการทูลจริตก็ควรได้รับโทษไม่ควรนำไปเปรียบเทียบกับต่างประเทศเพราะข้อเท็จจริง และ สภาพแวดล้อมต่างกัน³¹

วุฒิสมาชิกบางท่านได้แสดงความคิดเห็นสนับสนุนความเห็นของนายเสรี เช่น นายสมคิด ศรีสังคม เห็นควรให้คงบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ โดยเห็นควรกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นเช่นกัน และ เสนอให้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการเป็นหมวดหนึ่งแยกต่างหากจากหมวดอื่น ๆ

ในประเด็นนี้ นายสัก กอแสงเรือง ในฐานะประธานคณะกรรมการวิสามัญได้ชี้แจงว่า ร่างกฎหมายฉบับนี้ เดิมในชั้นยกร่าง ๆ หรือ ชั้นสภาผู้แทนราษฎร ไม่มีการบัญญัติโทษทางอาญา จึงไม่มีหมวดกำหนดโทษต่างหาก เรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่ประหลาดสภาผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้น แต่ในส่วนของคณะกรรมการวิสามัญได้มีการตั้งข้อสังเกตไว้เช่นกันว่า หากต้องการให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดทางอาญาก็ควรไปบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา เพราะหากใส่โทษทางอาญาไว้ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... จะถูกแปล และ เผยแพร่แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องที่จะใช้อนุญาโตตุลาการทั้งในประเทศไทย และ ต่างประเทศ อันทำให้รูปแบบอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามหลักการและเหตุผลของกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของท่านประธานกรรมการวิสามัญ ประกอบกับปกติอนุญาโตตุลาการมีระบบควบคุมในตนเองอยู่แล้ว เพราะคู่ความเป็นคนเลือกเอง สามารถคัดค้าน ถอดถอนได้อยู่แล้ว คำชี้ขาดศาลก็ดูได้ จึงไม่น่าต้องกำหนดความรับผิดเฉพาะอีก แม้บางประเทศจะกำหนดไว้ก็ตาม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³¹ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานการประชุมวุฒิสภา, ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญทั่วไป) เป็นพิเศษ,” 28 กุมภาพันธ์ 2545.

3.3 การมีได้แบ่งแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และ กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ กฎหมายต้นแบบ ฯ มิได้แบ่งแยกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นภายในประเทศ กับ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการทั่วไป จากการที่ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าพบว่า ในกรณีดังกล่าว เดิมมีความคิดแบ่งออกเป็นสองแนว คือ

แนวความคิดแรก โดยรศ.พิชัยศักดิ์ หรยางกูร³² เห็นว่าควรแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศออกจากกัน โดยให้เหตุผลว่า การแยกเป็นกฎหมายสองฉบับจะสะดวกในการบังคับใช้และสามารถแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้สะดวกรวดเร็วโดยไม่กระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เนื่องจากโดยสภาพแล้วอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน และ กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ก็เป็นกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก

แนวความคิดที่สอง โดยศาสตราจารย์สรรเสริญ ไกรจิตติ และ อาจารย์อริศ อัสวานันท์³³ พิจารณาเห็นว่าเมื่อประเทศไทยต้องการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้มีความจำเป็นใดที่ต้องแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นสองฉบับสำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพื่อการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศฉบับหนึ่ง และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง และ การที่จะให้ ชาวต่างชาติยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยอยู่ที่การบัญญัติกฎหมายให้เป็นสากลโดยเทียบเคียงกับกฎหมายต้นแบบ ไม่ได้อยู่ที่การออกกฎหมายเป็นสองฉบับ

และจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาบันทึกข้อความของกองกฎหมายต่างประเทศ ฉบับลงวันที่ 14 ตุลาคม 2541 กลุ่มกฎหมายที่ 8 เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... ซึ่งเป็นที่มาของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในปัจจุบัน เป็นร่างที่แปลมาจาก Model Law ของ

³² สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, “รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 1/2538,” 1 มิถุนายน 2538.

³³ เรื่องเดียวกัน

UNCITRAL ทั้งหมด จึงมีหลักการสำคัญที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 คือ ยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศให้มีผลบังคับเช่นเดียวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำในประเทศ และมีได้มีเงื่อนไขเรื่องสัญชาติของคู่กรณีดังเช่นมาตรา 28 - มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามกลุ่มกฎหมายที่ 8 มีความเห็นว่าการแก้ไขหลักการเดิมดังกล่าว น่าจะมีเหตุผลเนื่องจากประสงค์จะให้ระบบอนุญาโตตุลาการของไทยเป็นสากลโดยใช้มาตรฐานเดียวกันทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติหลักการใหม่ ๆ เพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 บางประการตามที่ได้ศึกษาไปแล้วในบทที่ 2 โดยกลุ่มกฎหมายที่ 8 ได้แสดงความคิดเห็นไว้ในบันทึกว่า หลักการดังกล่าวที่เพิ่มมาใหม่นี้มาจากกฎหมายต้นแบบทั้งสิ้น เนื่องจากกระทรวงยุติธรรมประสงค์จะอ้างหลักการของกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ทั้งหมดจึงไม่มีการแบ่งแยกและกลุ่มกฎหมายที่ 8 เห็นว่าถือเป็นสิ่งดีเพราะในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และ ทำคำชี้ขาดไม่ควรมีความสำคัญมากนัก เนื่องจากไม่ว่าจะทำที่ไหนก็ควรมีผลเหมือนกัน ได้รับการยอมรับ และ บังคับตามเหมือนกัน เพราะคู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายเองได้ โดยไม่ต้องใช้กฎหมายของถิ่นที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และ คำชี้ขาดก็ไม่เหมือนกับคำพิพากษาของศาล เพราะคำชี้ขาดเกิดจากสัญญาของคู่กรณีไม่ได้เกิดจากอำนาจรัฐเหมือนคำพิพากษาของศาล ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน คือ ให้ใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กับทั้งอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเหมือนกัน

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะมีบทบัญญัติต่างๆ ซึ่งจำเป็นครบถ้วน และเพียงพอที่จะระงับข้อพิพาททางแพ่งที่ดำเนินการโดยการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย เช่น ให้ศาลเข้าช่วยเหลือในกรณีมีปัญหาข้อขัดข้องต่างๆ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ดี และเหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาท แต่บทบัญญัติทั้งหลายดังกล่าว ก็อาจไม่เหมาะสมกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยท่านอาจารย์เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ได้กรุณาอธิบายให้ผู้เขียนเข้าใจมากขึ้นว่าเนื่องจากกรณีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คู่ความและทนายความอาจไม่เชี่ยวชาญจะทำอะไรจึงต้องขอให้ศาลช่วยอนุเคราะห์ดูแลมากกว่าคู่ความระหว่างประเทศที่พึ่งตนเองได้มากกว่า ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการภายในจึงให้ศาลมีบทบาทมาก ในขณะที่หากเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะให้ศาลมีบทบาทน้อย โดยให้คู่กรณีมีบทบาทมากกว่า

อีกทั้งสภาพของการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เนื่องจากคู่กรณีอยู่ในประเทศที่แตกต่างกัน และมีความเชื่อมั่นในกฎหมายของประเทศตน อาจกลัวหรือสงสัยกฎหมายของคู่กรณีอีกฝ่าย จึงต้องเลือกระงับข้อพิพาทในประเทศที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการอันเป็นมาตรฐานสากล

แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในปัจจุบันยังมีบทบัญญัติในเรื่องต่าง ๆ ที่อาจก่อความสงสัย หรือ ไม่ชัดเจนในทางการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ที่ดำเนินการในประเทศไทยในประการอื่น ๆ อีก เช่น เรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการทำให้ชาวต่างชาติเกิดความไม่ไว้วางใจในระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ ส่วนมากไม่มีบทบัญญัติในส่วนนี้ แต่การที่ประเทศไทยบัญญัติไว้ มีสาเหตุมาจากวุฒิสภามองเห็นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องใหญ่ แต่ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัตินี้เป็นการก่อปัญหามากกว่าแก้ปัญหา เพราะเสมือนเป็นการแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยมีปัญหาการทุจริตและรับสินบน อันเป็นปัญหาใหญ่ถึงขนาดต้องมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย ในขณะที่ประเทศอื่นไม่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าว หากมีการแยกกฎหมายออกเป็น กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ก็อาจนำบทบัญญัตินี้ไปบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หรือบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็ได้ อันจะส่งผลให้ชาวต่างชาติมีความมั่นใจในการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมากขึ้น

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับการแยกกฎหมายออกเป็น กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ต่างหากจากกัน เพื่อประโยชน์ในการนำไปปฏิบัติบังคับใช้ให้เหมาะกับข้อเท็จจริง โดยนำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ มาเป็นแบบอย่างในการยกร่างกฎหมาย เนื่องจากมีบทบัญญัติที่ดีและเหมาะสมกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ส่วนกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ก็ควรพิจารณาให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงภายในประเทศ โดยผู้เขียนเห็นว่าน่าจะคงบทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไว้ และเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆ ที่จำเป็นซึ่งไม่มีในกฎหมายต้นแบบ เช่น ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 7 เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมไม่ถูกกระทบแม้มีเหตุการณ์ใดๆ เกิดขึ้นต่อคู่สัญญา, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 8 การโอนสิทธิเรียกร้อง หรือความรับผิด ซึ่งมีสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย ย่อมทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการตกไปยังผู้รับโอน

การใช้กฎหมายฉบับเดียวกับการอนุญาตตุลาการทั้งภายในประเทศ และระหว่างประเทศ ในต่างประเทศ นอกจากประเทศไทยแล้ว ก็ยังพบในประเทศอื่นอีก เช่น เยอรมัน

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายอนุญาตตุลาการ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งใช้กับการอนุญาตตุลาการภายในประเทศ และ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการของการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เพื่อใช้กับการอนุญาตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยเฉพาะเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ และ ออสเตรเลีย เพราะสภาพของการอนุญาตตุลาการภายในประเทศ และการอนุญาตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ มีความแตกต่างกันในหลายๆ ด้าน ทั้งสภาพของการระงับข้อพิพาท และความต้องการของกลุ่มคดีที่ได้กล่าวมาข้างต้น การอนุญาตตุลาการทั้ง 2 รูปแบบ จึงอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งให้แยกกฎหมายออกเป็น 2 ฉบับ

3.3.1 การกำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานมาใช้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

จากการศึกษาพบว่า การนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานมาใช้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 เป็นบทบัญญัติที่ควรจะเป็นการไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ใช้บังคับทั้งการอนุญาตตุลาการภายใน และ ต่างประเทศ หากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเพียงการอนุญาตตุลาการภายในก็คงไม่มีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความในประเศโดยอ้อมเป็นที่ยอมรับกับคนในประเทศดังกล่าวอยู่แล้ว แต่หากเป็นการอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ย่อมมีปัญหากเกิดขึ้นแน่นอน กล่าวคือ คู่กรณี ชาวต่างชาติไม่เข้าใจ และ จะต้องมาศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความอันเป็นกฎหมายภายในของไทยอีก ซึ่งถ้าพิจารณาในมุมกลับกันหากเราต้องไปศึกษากฎหมายภายในของชาติอื่นอาจก่อให้เกิดความยุ่งยาก และเป็นอุปสรรคต่อการค้าขาย ทำให้เกิดปัญหาในอนาคตได้

นอกจากนี้ ปัญหาในทางปฏิบัติที่จะตามมา ประการแรก คือ เกิดการเอาผลแพ้ ชนะ กันโดยทางเทคนิค หรือ เล่นแง่ทางเทคนิคในวิธีพิจารณาความมากขึ้น เนื่องจากอาศัยความได้เปรียบจากการที่ คู่กรณีฝ่ายไทยมีความเข้าใจในกฎหมายวิธีพิจารณาความมากกว่านักลงทุนต่างชาติ อันผิดต่อเจตนารมณ์ของการอนุญาตตุลาการที่มุ่งรักษาสัมพันธภาพอันดีระหว่างคู่กรณีไว้ ไม่ได้มุ่งแพ้ ชนะกันเต็มที่ในการระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกับการระงับข้อพิพาททางศาล ยิ่งไปกว่านั้นการชนะความโดยใช้วิธี

ทางเทคนิคก็ถือว่ามิใช่ความยุติธรรมที่แท้จริง แม้ในกฎหมายจะมีถ้อยคำให้คู่กรณีสามารถเลือกใช้ได้ก็ตาม ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อาจทำให้เกิดปัญหาอุปสรรคต่อชาวต่างชาติที่ต้องมาศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยไปด้วย ส่งผลให้เป็นอุปสรรคขัดขวางความก้าวหน้าของกฎหมายอนุญาโตตุลาการและทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่ได้รับความนิยมนอกจากชาติ อันส่งผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยในภายหน้า

ประการต่อมา คือ ในกรณีบทบาทของอนุญาโตตุลาการ มีปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีบทบาททาง Active หรือ Passive หากพิจารณาในทางศาลปกครองแล้วยังเป็นปัญหามากขึ้น เพราะศาลปกครองมีแนววิธีพิจารณาต่างจากศาลยุติธรรม ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ต้องทำอนุญาโตตุลาการโดยใช้กระบวนการพิจารณาแบบศาลปกครอง (วิธีพิจารณาแบบไต่สวน) ด้วยหรือไม่

เนื่องจากปัจจุบันอนุญาโตตุลาการใช้วิธีพิจารณาตามแบบกฎหมายแพ่ง คือ เป็นกลาง และ ให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานเข้าสู้ต่อสู้กัน แต่หากใช้วิธีพิจารณาแบบไต่สวนดังที่ปรากฏในศาลปกครอง อนุญาโตตุลาการจะมีบทบาทมากขึ้น โดยมีบทบาทในทางค้นหาข้อเท็จจริง ปัญหาที่อาจตามมา คือ ในกรณีสัญญาทางปกครองที่เดิมเข้าสู่กระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรม และต่อมามีเหตุที่ต้องเข้าสู่กระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง ศาลปกครองจะตรวจสอบกระบวนการพิจารณาใหม่ทั้งหมดได้หรือไม่ เนื่องจากถือว่าเป็นกระบวนการที่ไม่เอื้อต่อประโยชน์สาธารณะ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีทางสัญญาทางปกครองนั้น ชั้นอนุญาโตตุลาการก็ควรใช้วิธีพิจารณาไต่สวนตามแบบศาลปกครองด้วย เพราะจะทำให้สอดคล้องกันเมื่อข้อพิพาทไปถึงชั้นของศาลปกครอง

ประเด็นนี้เดิมมีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ก่อนทำคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการฟังคู่กรณี และมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรในข้อพิพาท และ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการตามสมควร โดยคำนึงถึงความยุติธรรม” จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถตีความได้ว่า อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในทาง Active ที่จะแสวงหาความจริง ไม่ใช่ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้คู่ความมาเสนอพยาน ในขณะที่เดียวกันก็ไม่ได้เขียนรายละเอียดวิธีพิจารณาเอาไว้เลย จึงให้กำหนดเองโดยอิงความยุติธรรม แม้ว่าความยุติธรรมเป็นสิ่งที่ตีความได้ยากก็ตาม แต่เมื่ออนุญาโตตุลาการมาจากความไว้วางใจแล้ว กฎหมายมองว่าอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนด

วิธีพิจารณาที่ยุติธรรมได้ สิ่งสำคัญที่พึงระลึกไว้ คือ “การแสวงหาความจริงไม่ใช่ความเป็นกลางแต่อย่างใด”³⁴ จึงต้องแยกพิจารณาการแสวงหาความจริง คือ ระบบกระบวนการพิจารณาของศาลกับความเป็นกลางออกจากกัน

นอกจากนี้ ในประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ ข้อ 3 ไม่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเรียกพยานมาสืบ เว้นแต่เพื่อประโยชน์แห่งความเป็นธรรม ผลจากข้อนี้ คือ อนุญาโตตุลาการสามารถไต่สวน แสวงหาความจริง และ หาพยานมาเองได้ แต่ต้องไต่สวนเพื่อความยุติธรรมเท่านั้น

แต่ในปัจจุบัน มาตรา 17 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไต่สวนโดยใช้หลักความเป็นธรรมได้ถูกยกเลิกไป และมีบทบัญญัติใหม่ คือ มาตรา 25 ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่หลักความเป็นธรรมแฝงอยู่ การให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานมาใช้ทำให้มีความยืดหยุ่นน้อยลง และ อาจเกิดปัญหาในกรณีที่อนุญาโตตุลาการบางคนไม่ได้เป็นนักกฎหมาย แต่ใช้หลักความเป็นธรรมดีที่สุด การกำหนดให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นหลักอาจทำให้เขาเกิดความสับสนได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายปัจจุบันได้มีทางออก โดยให้สิทธิคู่ความที่กำหนดตกลงกันเองได้มากขึ้น

การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 25 วรรคท้ายกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคณะผู้ร่างฯ ร่างวรรคนี้ขึ้นเพราะเกรงว่าการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ จึงบัญญัติวรรคนี้ขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างของการนำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไปบังคับใช้ ด้วยเจตนาดีของของคณะผู้ร่างฯ คือ อันที่จริงหากคู่ความต้องการใช้กฎหมายใดบังคับก็สามารถตกลงกันเองได้ แต่หากคู่ความไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาถือว่าใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 บังคับ ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ จากที่คิดว่าบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติมาเพื่อช่วยแก้ปัญหาโดยอุดช่องว่างในการนำไปใช้ ก็จะกลายเป็นก่อให้เกิดปัญหาแทน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีบางครั้งมิใช่ นักกฎหมายและคู่ความอาจไม่รู้กฎหมายจึงทำให้เป็นปัญหาต่อการปฏิบัติหน้าที่ได้

³⁴ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, “มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ,” บทบัญญัติ: 144-168.

นอกจากนั้นยังอาจเกิดปัญหาต่อกรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย เพราะกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และ ระหว่างประเทศ ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่มั่นใจในการเข้ามาใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยของชาวต่างชาติได้ เพราะเขาไม่ทราบหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยเลย ทำให้ต้องค้นคว้าศึกษาเพิ่มเติมมากขึ้น แม้ศึกษาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ก็ยังอาจเกิดข้อสงสัยได้ เพราะคงต้องยอมรับว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานไม่ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมชัดเจนทุกเรื่อง ในทางปฏิบัติหลายกรณีที่ได้หลักมาจากคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนั้นเมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานยังเขียนไว้ไม่ครอบคลุม ไม่ชัดเจนเช่นนี้ การจะให้ชาวต่างชาติต้องมาศึกษากฎหมาย ตำรา บทความ หรือ แนวคำพิพากษาศาลฎีกา คงจะไม่เป็นการอำนวยความสะดวกให้ชาวต่างชาติและอาจเป็นเหตุทำให้ชาวต่างชาติเลือกไปใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นไปโดยปริยาย แต่ในส่วนอนุญาโตตุลาการภายในประเทศคงไม่มีปัญหาตรงจุดนี้เพราะเข้าใจกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งคืออยู่แล้ว มาตรา 25 วรรคท้ายจึงเปรียบได้กับการเขียนกฎหมายสากลให้กับนายท้อถิ่นใช้ การตัดมาตรา 25 วรรคท้ายออกไปจึงอาจเป็นทางขจัดปัญหาดังกล่าวได้ และ จากที่ผู้เขียนได้ปรึกษากับท่านอาจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ท่านอาจารย์ได้แสดงความเห็นว่า จริง ๆ แล้ว คู่กรณีสามารถตกลงกันเองได้ และ หลักทั่วไปเรื่องพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการมีบัญญัติอยู่แล้ว คือ IBA Rules คู่ความจึงอาจตกลงกันใช้ IBA Rules ได้ ซึ่งถือเป็นหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับแล้ว

3.4 การขอใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่สัญญา และ จำต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะระงับข้อพิพาททางศาล หรือ โดยอนุญาโตตุลาการก็ตาม ก็เป็นที่ยอมรับกันในระบบกฎหมายต่าง ๆ ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างยิ่งในการคุ้มครองผลประโยชน์คู่กรณีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา หรือ ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาด

การขอคุ้มครองชั่วคราวนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมีความรวดเร็วกว่าการระงับข้อพิพาททางศาลมาก เพราะผู้ตัดสินรู้เรื่องที่พิพาทคืออยู่แล้ว ไม่ต้องถามพยานให้เสียเวลาอีก อีกทั้งมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด ไม่ยุ่งยากเท่ากับการพิจารณาคดีในศาล แต่อย่างไรก็ตามระยะเวลาตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการจนถึงทำคำชี้ขาดอาจใช้เวลาหลายเดือน ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องอาจทำการย้าย ถ้าย้ายถิ่น หรือ ทำการบางอย่างมีผลให้ผู้เรียกร้องเสียหายโดย

ไม่อาจบังคับคดีได้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราวจึงเป็นมาตรการจำเป็นที่เข้ามาช่วยแก้ปัญหาดังกล่าว อันจะทำให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3.4.1 รูปแบบของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีหลายรูปแบบ แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ตามที่ได้กำหนดไว้โดยศาล หรือ กฎหมาย การจำแนกออกเป็นประเภท ๆ ทำได้ยาก แม้แต่การเรียกชื่อก็ต่างกันแล้ว เช่น ประเทศฝรั่งเศส เรียกว่า “mesures provisoires ou conservatoires” ประเทศอังกฤษ ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ใช้คำว่า “interim or conservatory measures” ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เรียกว่า “provisional or protective measures” ในขณะที่กฎหมายต้นแบบ ๆ ใช้คำว่า “interim measures of protection” อย่างไรก็ตาม สามารถจัดกลุ่มของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามวัตถุประสงค์ของมาตรการดังกล่าวใหญ่ ๆ ไปได้ 3 ประเภท³⁵ ดังนี้

ก. มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยสะดวกเรียบร้อย มาตรการพวกนี้โดยหลักเป็นมาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครอง สงวนรักษา พยานบางอย่างไว้ เพื่อไม่ให้หลักฐานบางอย่างสูญหายไป อาจเกิดจากการกระทำโดยเจตนาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาด เช่น คำสั่งยอมให้เข้าไปในสถานที่ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเพื่อตรวจสอบสินค้า ทรัพย์สิน หรือ เอกสารบางอย่าง หรือ คำสั่งให้เข้าตรวจแล้วนำพยานวัตถุไปเก็บไว้ (Anton Piller Order)³⁶ เป็นต้น

ข. มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงความสูญหาย หรือ เสียหาย และ มาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาสถานะเดิม (สถานะธุรกิจ) (status quo , certain state of affairs) ของคู่กรณีจนกว่าจะมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยหลักมักเป็นคำสั่งปลดปล่อยความเสียหายของ

³⁵ นฤมล กิจสินธพชัย, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 80.

³⁶ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 13.

โจทก์ด้วยคำสั่งห้าม หรือ คำสั่งบังคับให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อไปในระหว่างที่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือ คำสั่งให้ละเว้นจากการกระทำบางอย่าง เป็นต้น

ก. มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดของ

อนุญาโตตุลาการเป็นไปได้โดยมีประสิทธิภาพ (Measures to facilitate later enforcement of the award) โดยหลักเป็นมาตรการป้องกันการโอน หรือ จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งข้อพิพาท หรือ ทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดี ปกติกรณีนี้ ศาลจะออกคำสั่งห้าม (Injunction) เช่น ห้ามเคลื่อนย้ายถ่ายโอนวัตถุแห่งข้อพิพาทออกจากเขตอำนาจศาล เป็นต้น

อำนาจของศาลในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายต้นแบบ ๗ พิจารณาได้ดังนี้ ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในข้อเท็จจริงว่าในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้น คู่กรณีมีการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมากขึ้น ซึ่งการขอคุ้มครองชั่วคราวนี้มีผลสัมพันธ์กับประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถึงขนาดที่บางกรณีความเป็นประโยชน์มากที่สุดของคำชี้ขาดสำหรับคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีอยู่ที่ คู่กรณีฝ่ายนั้นสามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่กำหนดขึ้นเพื่อทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดเป็นไปได้โดยมีประสิทธิภาพได้หรือไม่ (A/CN.9/468) กฎหมายต้นแบบ ๗ วางหลักเรื่องนี้โดยชัดเจนไว้ในมาตรา 9 ว่า ไม่ว่าเวลาใดก่อนหรือระหว่างการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายใดจะขอคุ้มครองชั่วคราวได้ ไม่ถือว่าเป็นการละทิ้งสัญญาอนุญาโตตุลาการ หลักเกณฑ์นี้ใช้บังคับโดยไม่คำนึงว่าคำร้องขอของคู่กรณีจะได้กระทำในศาลของประเทศใด และ ไม่ต้องคำนึงถึงสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (A/CN.9/264) การที่กฎหมายต้นแบบ ๗ บัญญัติเรื่องนี้ไว้ ส่วนหนึ่งมาจากการที่เห็นตัวอย่างของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่ไม่มีบทบัญญัติชัดเจนถึงเรื่องดังกล่าว นำไปสู่ปัญหาเรื่องการพิจารณาวินิจฉัยที่แตกต่างกันของศาล ดังเช่นที่เกิดในสหรัฐอเมริกา การบัญญัติไว้ชัดเจน ทำให้เกิดความแน่นอนในคดี

อย่างไรก็ตาม ในชั้นร่างกฎหมายต้นแบบ ๗ นั้น สหรัฐอเมริกาได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ภายใต้พฤติการณ์อันสมควร มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 9 ควรขยายไปถึง การคุ้มครองความลับทางการค้า และ ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิบัตรด้วย (A/CN.9/263) เพราะมาตรา 9 ไม่ได้กำหนดว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวใดบ้างที่คู่กรณีสามารถร้องขอต่อศาล และ ศาลออกให้ได้ มาตรา 9 เพียงแต่วางหลักเกณฑ์เรื่องความสอดคล้องของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยศาลกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

ส่วนเงื่อนไข หรือ ความเป็นไปได้ในการร้องขอ นั้น กฎหมายต้นแบบ ๆ ปล่อยให้ขึ้นกับกฎหมายวิธีพิจารณาภายในของแต่ละประเทศ

ส่วนข้อตกลงของคู่กรณีในการยกเว้นการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลจะเป็นโมฆะหรือไม่ ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของศาลที่พิจารณา บางประเทศอาจถือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยก็ได้

หากพิจารณามาตรการการขอคุ้มครองชั่วคราวของต่างประเทศ พิจารณาได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา : ใน United States Arbitration Act หรือ Federal Arbitration Act หรือ Uniform Arbitration Act ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่อย่างใด แต่ AAA มีบัญญัติไว้ โดยกำหนดว่าการร้องขอของคู่กรณีให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไม่ถือเป็นการขัดแย้ง หรือ ละเมิดสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ศาลมักไม่เต็มใจเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะเมื่อได้รับคำร้องขอให้ออกคำสั่งอายัดทรัพย์สิน หรือ คำสั่งห้ามระหว่างการพิจารณา คู่กรณีที่ขอคุ้มครองชั่วคราวต้องแสดงให้เห็นเหตุจำเป็นโดยชัดแจ้งต่อศาลว่าเป็นการรักษาสถานภาพเดิมของคู่กรณี และ เป็นการป้องกันความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้

ประเทศวิตเซอร์แลนด์ : กำหนดว่าเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจเท่านั้นจึงจะมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ และ มีบทบัญญัติให้ศาลช่วยเหลือคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยให้มีการวางหลักประกันที่พอเพียงก็ได้³⁷

ประเทศอังกฤษ : ศาลมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยถือเป็นการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์ เป็นการให้อำนาจโดยชัดแจ้งต่อศาล และ คู่กรณีสามารถร้องขอคุ้มครองจากศาลได้โดยตรง ศาลอาจมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรได้³⁸

³⁷ The Switzerland's Federal Code on Private International Law, Article 183(3)

³⁸ ดู The English Arbitration Act 1996, Section 44

ประเทศเยอรมัน : เนื่องจากเยอรมันได้มีการแก้ไขกฎหมายใหม่โดยเดินตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบ ๗ ทำให้ศาลมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในประเด็นที่เกี่ยวกับข้อพิพาทได้ไม่ว่าก่อนหรือระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดแย้งต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด และ ศาลอาจสั่งได้เลย³⁹

ประเทศฝรั่งเศส : ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ แต่ผู้กรณีอาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาได้ โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ผู้กรณีจะได้รับต้องไม่เป็นการร้องขอให้ศาลพิจารณา หรือ วินิจฉัยประเด็นแห่งคดี

สำหรับประเทศไทย การขอคุ้มครองชั่วคราว เดิมมีบัญญัติในมาตรา 18 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 วางหลักให้คู่ความร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการ และให้อนุญาโตตุลาการร้องขอต่อศาลซึ่งยุ่งยากกลายเป็นหลายขั้นตอน เทียบกับกระบวนการศาลทั่วไป ฟ้องแล้วหากมีเหตุฉุกเฉินคู่ความขอคุ้มครองชั่วคราวได้เลย ทำให้เห็นได้ว่า สิทธิประโยชน์ของคู่ความในอนุญาโตตุลาการน้อยกว่าศาล ดังนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้บัญญัติรองรับสิทธิของผู้กรณีที่จะร้องขอต่อศาลให้มีวิธีการคุ้มครองชั่วคราวไว้ใน มาตรา 16 วรรค 1 และ วรรค 2 แม้คู่ความยังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ให้คู่ความมีสิทธิร้องขอได้ทันที เหมือนกับยังไม่มีคดีหลักก็สามารถขอได้แต่หากยื่นโดยที่ยังไม่ได้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการก็ต้องรีบดำเนินการภายใน 30 วัน หากไม่ดำเนินการในระยะเวลาดังกล่าว ถือว่าสิ้นสุด จึงเห็นได้ว่า มาตรการนี้มีความสอดคล้องใกล้เคียงกับกฎหมายต้นแบบ ๗ มาตรา 9 ต่างกันตรงที่กฎหมายต้นแบบ ๗ ไม่ได้มีกำหนดเวลาไว้อย่างในมาตรา 16 วรรค 2 การมีกำหนดเวลาดังกล่าว อาจเนื่องมาจากผู้ร่างมุ่งให้คู่พิพาทได้ใช้ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์อันนำไปสู่การเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง ไม่ใช่มา ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประวิงคดีแต่อย่างใด และ จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า มีแนวโน้มในอนาคตที่ผู้กรณีจะขอให้ศาลคุ้มครองมากขึ้น โดยไม่ต้องฟ้องคดีก่อน ในขณะที่ต่างประเทศ บางประเทศ เช่น สิงคโปร์ อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการสั่งได้ในบางกรณี เช่น กรณีฉุกเฉินเร่งด่วน⁴⁰ ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นประโยชน์ และผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยน่าจะนำหลักการที่ให้อนุญาโตตุลาการสั่งได้ในกรณีฉุกเฉินมาปรับใช้ โดยให้ศาลมีอำนาจทบทวนคำสั่งของอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อประโยชน์ในกรณีจำเป็น

³⁹ ดู The German Arbitration Act, Section 1041

⁴⁰ ดู Singapore Arbitration Act 2001 , Article 20

เร่งด่วน เพราะโดยปกติแล้วผู้พิพากษาจะต้องทำการไต่สวนข้อเท็จจริงก่อน ความเสียหายอาจเกิดขึ้นแล้วได้ แม้มาตรา 16 เขียนว่าให้ศาลสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนตั้งอนุญาโตตุลาการได้ แต่ในทางปฏิบัติมาตรานี้มีปัญหาในการนำไปบังคับใช้ เพราะถึงอย่างไร ศาลก็ไม่วินิจฉัยข้อเท็จจริง และไม่มีสำนวนอยู่ในมือศาลจึงต้องไต่สวนข้อเท็จจริงก่อนอยู่ดี หากไม่ชัดเจน ศาลมักจะสั่งยกคำร้อง การให้อนุญาโตตุลาการสามารถสั่งในกรณีฉุกเฉินจึงน่าจะเป็นประโยชน์มากกว่า

3.5 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับการเป็นอนุญาโตตุลาการ

หัวข้อ 3.5 ที่ผู้เขียนทำการวิเคราะห์นี้ เกิดจากการที่ผู้เขียนได้ปรึกษาหารือกับอาจารย์พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร จนเกิดเป็นประเด็นว่าในส่วนของคุณคณที่อยู่ในวิชาชีพกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา หรือ อัยการ จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น กฎหมายของหลาย ๆ ประเทศกำหนดไม่ให้ผู้พิพากษาเป็นอนุญาโตตุลาการโดยให้เหตุผลต่าง ๆ กัน เหตุผลประการหนึ่ง คือ ข้อพิพาทที่ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการต้องมาสู่ศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งหากผู้พิพากษาเป็นอนุญาโตตุลาการ ผลที่เกิดขึ้นย่อมกระทบต่อความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อสถาบันศาล เพราะการได้รับคำตอบแทนจากคู่กรณี⁴¹ และการตัดสินในคดีที่ตนชี้ขาด ทำให้เกิดข้อสงสัยต่อความเป็นธรรมได้

กฎหมายต่างประเทศบัญญัติไว้แตกต่างกัน เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอินเดีย ห้ามผู้พิพากษาเป็นอนุญาโตตุลาการเด็ดขาด เนื่องจากศาลมีงานมาก ทำให้ผู้พิพากษาไม่อาจแบ่งเวลาไปทำกิจการอื่นได้ ต่างจากประเทศอังกฤษ ที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า อนุญาตให้ผู้พิพากษาในศาลสูง (High Court) เท่านั้น ที่รับเป็นอนุญาโตตุลาการได้ โดยวางเงื่อนไขไว้ค่อนข้างจำกัด เช่น ต้องไปชี้ขาดคนเดียว (Sole Arbitrator) เท่านั้น จะออกเสียงชี้ขาดร่วมกับผู้อื่นไม่ได้ และมีข้อจำกัดเรื่องคำตอบแทนว่าจะกำหนดเองไม่ได้ ต้องให้ศาลเป็นผู้กำหนด หรือแล้วแต่คู่กรณีตกลงกัน และผู้พิพากษานั้นจะต้องไม่มีผลประโยชน์ หรือส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่จะไปชี้ขาด แต่ในบางประเทศก็ให้ผู้พิพากษาเป็นอนุญาโตตุลาการได้ เช่น ฝรั่งเศส⁴²

⁴¹ อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 66.

⁴² วิรวรรณ เจริญนาค, “พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 198.

สำหรับประเทศไทยไม่มีผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ เพราะถือเป็นจริยธรรมประการหนึ่งที่ผู้พิพากษาซึ่งยังรักษาการอยู่จะเป็นอนุญาโตตุลาการไม่ได้⁴³ เว้นแต่ผู้พิพากษาที่เกษียณอายุ หรือ ออกจากราชการแล้ว จึงจะเป็นได้ โดยความเห็นส่วนตัว ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ ในคดีที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเทศไทย และ ไม่อาจนำคำชี้ขาดมาบังคับในประเทศไทยอย่างแน่นอน เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ บางท่านเป็นที่ยอมรับ และมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักในวงกว้าง สมควรที่จะได้รับเชิญไปเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากคดียุติธรรมที่จริยธรรมของผู้พิพากษา ทำให้ความรู้ ความสามารถของท่านต้องถูกจำกัด ผู้เขียนจึงเห็นควรอนุญาตให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ แต่อาจวางเงื่อนไข หรือกฎเกณฑ์จำกัดไว้ เช่น ต้องเป็นคดีที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยว หรือเกี่ยวข้องกับประเทศไทยเลยตั้งแต่ต้นจนจบ โดยทำนอกเวลาราชการ เป็นต้น ทั้งนี้ เงื่อนไขต่างๆ ควรนำมาปรับให้เหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองของเราด้วย เช่น หากนำหลักของประเทศอังกฤษ ที่ให้เฉพาะผู้พิพากษาศาลสูงเป็นอนุญาโตตุลาการได้ มาปรับใช้กับประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมเนื่องจากหากนำคำชี้ขาดที่ผู้พิพากษาศาลสูงชี้ขาดมาฟ้องบังคับในประเทศไทยตามหลักกระบวนการพิจารณา ก็ต้องฟ้องบังคับต่อศาลชั้นต้น และเมื่อผู้ที่ชี้ขาดไว้เป็นถึงผู้พิพากษาศาลฎีกา การจะแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือความเป็นกลาง คงจะคิดซัด และกระทำโดยไม่สะดวกใจนัก อีกทั้งการให้ผู้พิพากษานำความรู้ ความสามารถที่มีอยู่มาใช้ให้เกิดประโยชน์อย่างเต็มที่โดยไม่ได้เป็นการเสียหายต่อประเทศชาติ และความยุติธรรม อาจเป็นการเผยแพร่ชื่อเสียงของนักกฎหมายไทยให้กว้างขวางออกไปด้วย

สำหรับอัยการกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะเป็นผู้พิพากษาอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ในประเทศไทย คู่กรณี โดยเฉพาะฝ่ายรัฐมักแต่งตั้งให้อัยการเป็นผู้พิพากษาอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนเสมอ

ในข้อถกเถียงประเด็นนี้ ผู้เขียนได้มีโอกาสสัมภาษณ์ท่านอาจารย์คัมภีร์ แก้วเจริญ (รองอัยการสูงสุด)⁴⁴ ซึ่งมีความเห็นว่าการที่อัยการไปทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีกฎระเบียบใด ๆ กำหนดการเข้าไปทำหน้าที่ดังกล่าว และไม่มีกฎหมายกำหนดความประพฤติหรือการปฏิบัติหน้าที่ต่างหาก โดยเฉพาะ มีเพียงมติขอ.ที่อนุญาตให้อัยการไปทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ โดยมองว่าอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทในสังคมหรือกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกับศาล เพียงแต่หากเป็นกรณีการค้าระหว่างประเทศมักใช้อนุญาโตตุลาการ แต่กรณีปกติมักไปศาล

⁴³ ดู จริยธรรมตุลาการ, ข้อ 32

⁴⁴ สัมภาษณ์ คัมภีร์ แก้วเจริญ, รองอัยการสูงสุด, 15 สิงหาคม 2546.

จึงเป็นการเหมาะสมที่อัยการเข้าไปสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ขัดกับกฎหมาย หรือ เป็นปฏิบัติต่อการทำงาน ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับความเห็นดังกล่าว ดังนั้น การที่อัยการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจึงขึ้นอยู่กับความเหมาะสมเป็นรายกรณีไป ในทางปฏิบัติอัยการต้องกรอกเอกสารแสดงตนว่าตนดำรงตำแหน่งใดอยู่ในขณะนั้น และมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีหรือไม่

ท่านอาจารย์คัมภีร์ได้อธิบายว่า ในกรณีที่คดีหนึ่งที่อัยการทำหน้าที่ว่าต่างแก้ต่างในคดีแล้ว จะมีอัยการอีกท่านมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติของสำนักงานอัยการ อัยการเป็นองค์กรกฎหมายขององค์กรหนึ่ง แบ่งการทำงานเป็นสัดส่วน ซึ่งแต่ละส่วนมีภารกิจหน้าที่ของตนเองไม่เกี่ยวข้องกัน กรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ แต่ต้องดูข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไปเช่นกัน เช่น หากอัยการที่ทำหน้าที่ว่าต่างแก้ต่างอยู่ต่างจังหวัด ส่วนอัยการที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการอยู่กองวิชาการ เช่นนี้ก็เกิดขึ้นได้ เพราะแม้เป็นอัยการด้วยกันแต่ไม่ได้เกี่ยวข้องกันโดยตรง ไม่สามารถสั่งงานกันได้ อัยการทั้งสองท่านสามารถมีดุลพินิจวินิจฉัยเองได้ ดังนั้นต้องดูเป็นกรณี ๆ ไป แต่สิ่งสำคัญ คือ ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน คือ การไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งแตกต่างกับกรณีทนายความ เช่น ทนายความที่มาจากสำนักงานทนายความเดียวกัน หากคนหนึ่งทำหน้าที่ว่าความอีกคนทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในคดีเดียวกัน เช่นนี้ไม่สามารถทำได้เพราะถือว่ามีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่กรณี ซึ่งอาจมีการถูกควบคุมอยู่เบื้องหลัง อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น อัยการมักจะถอนตัวเพื่อจัดปัญหาให้หมดสิ้นไป เพื่อความสบายใจของคู่ความทุกฝ่าย

ข้อสงสัยที่ว่ากรณีอัยการที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการแล้วเรียกหรือรับสินบนต้องรับผิดหรือไม่นั้น ท่านอาจารย์คัมภีร์ได้ให้ความเห็นว่า การไปเป็นอนุญาโตตุลาการแม้ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่อัยการแต่ก็เป็นงานราชการอย่างหนึ่ง หากเรียก รับสินบนอาจไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ แต่ด้วยความเป็นข้าราชการทำให้อาจถูกตั้งข้อหาว่าทุจริต เป็นการผิดวินัยร้ายแรง ต้องถูกลงโทษมาตรการทางวินัย โดยให้ออกจากงาน และ อาจถูกดำเนินคดี เพราะการไปเป็นอนุญาโตตุลาการก็ต้องได้รับจันตทานุมัติจากผู้บังคับบัญชา ในขณะที่หากอัยการที่ทำหน้าที่ว่าต่างแก้ต่างคดีเรียก รับสินบน ถือว่าผิดตามมาตรา 157 เพราะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าพนักงาน จึงอาจนำประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญ คือ ทั้งผู้พิพากษา หรือ อัยการที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ต้องอยู่ภายใต้หลักเดียวกัน คือ ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคดีและไม่มีการขัดแย้งผลประโยชน์ระหว่างกัน

บทที่ 4

บทสรุป และ ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ทำให้ผู้เขียนพบว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ยังมีข้อบกพร่องบางประการที่ไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของสากล ผู้เขียนจึงได้ทำการวิจัยโดยตั้งข้อสังเกตในข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังกล่าว เพื่อหาแนวทางเสนอแนะแก้ไข อันนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ และ ยังอาจทำให้การอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเป็นที่นิยมแพร่หลาย ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศมากขึ้น

โดยปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้มนุษย์สามารถติดต่อสื่อสาร ดำเนินธุรกิจระหว่างกันในระดับประเทศกว้างขวางยิ่งขึ้น ข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้น คู่กรณีย่อมต้องการให้มีการระงับโดยรวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าที่ได้รับความนิยมมากที่สุด คือวิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีจะเลือกทำการค้ากับประเทศที่มีความพร้อมทางนิติบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากประเทศไทยจะส่งเสริมให้มีการค้าระหว่างประเทศ การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความพร้อมด้านกฎหมายที่ชาวต่างชาติยอมรับเพื่อจะได้เข้ามาค้าขาย และ ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้ประกาศใช้เพื่อให้ทันกับความต้องการใช้ และ รองรับกับความทันสมัย พัฒนาการและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป โดยอิงกับแนวกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของ คณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) ด้วยจุดมุ่งหมายที่ต้องการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และ เพื่อจูงใจให้นักธุรกิจและนักกฎหมายต่างประเทศเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการและส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ โดยจากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มีสาระสำคัญที่เปลี่ยนแปลงจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ดังนี้

1. พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 นี้ ได้นำเอากฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL MODEL LAW) มาเป็นแม่แบบในการยกร่าง
2. กำหนดในเรื่องการส่งและการรับเอกสารในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการว่า การส่งมีผลเมื่อส่งตามหลัก Mail Box Rule
3. กำหนดเขตอำนาจศาล ได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หรือศาลที่มีการพิจารณาคดีชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขต หรือ ศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือ ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ
4. กำหนดว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ กล่าวคือ นอกจากเป็นหนังสือที่คู่สัญญาลงลายมือชื่อ หรือ ในเอกสารได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์แล้ว ยังรวมถึงทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ด้วย คือ อาจรวมถึงหลักฐานอื่น ๆ ที่เกิดจากการพัฒนาเทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น อีเมล เป็นต้น
5. กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การ หรือ ภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ
6. กำหนดว่าในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าคู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา
7. กำหนดให้คู่สัญญาอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะมีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการซึ่งต่างจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่กำหนดให้ยื่นคำร้องภายหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว
8. กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนเป็นเลขคี่ ตลอดจนกำหนดถึงวิธีการแต่งตั้ง การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ รวมถึงคุณสมบัติของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย
9. กำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งเว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย และ กำหนดให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบอาญาในกรณีเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สิน หรือ ประโยชน์อื่นใดโดยมิชอบ รวมทั้งผู้ให้สินบนด้วย อันเป็นหลักประกันแก่คู่กรณีว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่ด้วยความบริสุทธิ์และยุติธรรมแก่ คู่กรณีทุกฝ่าย

10. กำหนดให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง
11. กำหนดเรื่องการระงับหยุดลงของอายุความและการเริ่มต้นการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดยได้ยึดหลักกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศอังกฤษผสมกับกฎหมายต้นแบบ
12. กำหนดชัดเจนให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการฝ่ายเดียวได้ ในกรณีที่ คู่พิพาทไม่มาในวันนัดหรือไม่นำพยานหลักฐานมาสู้
13. กำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ทำความเข้าใจในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่จะต้องวินิจฉัยโดยอนุญาตตุลาการได้
14. กำหนดให้คู่พิพาทสามารถกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาท และ กำหนดให้อนุญาตตุลาการทำการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดแล้ว ยังให้อำนาจอนุญาตตุลาการทำการชี้ขาดโดยการใช้ดุลพินิจด้วย กล่าวคือ การใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมรวมถึงอาจให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าด้วย
15. กำหนดให้ประธานอนุญาตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดในการทำคำชี้ขาด คำสั่ง และ คำวินิจฉัย หากไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ โดยนำหลักมาจากข้อบังคับอนุญาตตุลาการของ ICC¹
16. กำหนดระยะเวลาให้คู่พิพาทร้องขอให้อนุญาตตุลาการแก้ไขคำชี้ขาด รวมทั้งขอให้ตีความคำชี้ขาด ตลอดจนกำหนดให้อนุญาตตุลาการอาจแก้ไขคำชี้ขาดได้เอง แม้มิได้มีคำร้องขอจากคู่พิพาท
17. กำหนดให้มีการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ โดยการยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ
18. กำหนดให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการผูกพันคู่พิพาท ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะเกิดขึ้นที่ประเทศใด โดยคู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลา 3 ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาด
19. กำหนดเงื่อนไขให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะเกิดขึ้นในประเทศใด
20. กำหนดห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด และ กำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาดังกล่าวต่อศาลฎีกาหรือ ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

¹ สำนักงานอนุญาตตุลาการ, “รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ, ครั้งที่ 5/2539,” 5 สิงหาคม 2539.

21. กำหนดบทเฉพาะกาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาด ถ้ายังไม่เกิน 1 ปี นับแต่ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่พิพาทอีกฝ่ายโดยชอบแล้วให้ใช้ระยะเวลา 3 ปีตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการที่แก้ไขใหม่ในการดำเนินการดังกล่าว

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในแง่การพัฒนาเพื่อความเป็นสากลแล้ว ผู้เขียนพบว่ายังมีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ดังกล่าว อันอาจเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้ และการยอมรับของนานาอารยประเทศได้ โดยผู้เขียนขอสรุปข้อสังเกตและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ตามที่ได้ศึกษามา ดังนี้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการกำหนดให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เนื่องจากในปัจจุบันภาครัฐของไทยได้มีการทำสัญญากับเอกชนทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติมาก เพื่อประโยชน์บางประการของรัฐ สิ่งหนึ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ คือ การมีข้อพิพาท ซึ่งส่วนใหญ่เอกชน (โดยเฉพาะชาวต่างชาติ) มักจะขอให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จึงได้ออกมาเพื่อสนองความต้องการดังกล่าว เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยให้เจริญยิ่งขึ้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 15 อนุญาโตให้มีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองได้

ปัญหาที่ตามมา คือ ปัจจัยร่วมในการใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง เช่น ปัญหาการตีความความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งมีผลโดยตรงต่อคดีว่าต้องขึ้นศาลปกครองหรือไม่ ในปัจจุบัน เวลาที่มีคดีมาสู่ศาลปกครอง หากเป็นกรณีที่ต้องตีความ ศาลปกครองจะส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจศาลเป็นผู้ตีความสัญญาดังกล่าวก่อนเสมอว่า เป็นสัญญาทางปกครอง และ ต้องขึ้นศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันยังมีคำวินิจฉัยออกมาไม่มากนัก จึงอยู่ที่คณะกรรมการชุดนี้ว่าจะตีความอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการบัญญัติออกมาเป็นแนวทางให้ยึดถือโดยชัดเจนไปเลยโดยมิต้องอาศัยการตีความทุกกรณีน่าจะเป็นการดีกว่า ยิ่งไปกว่านั้นขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลปกครองออกมามากนัก การให้มีอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองโดยยังไม่มีบรรทัดฐาน และ ต้องไปขึ้นศาลปกครองอาจเป็นที่เคลือบแคลงใจของชาวต่างชาติได้ว่าสมควรแล้วหรือที่จะขึ้นศาลปกครอง ประกอบกับการไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการแบ่งแยกลักษณะสัญญาที่อยู่ในอนาคตอาจมีสัญญาหลายแบบได้ การกำหนดไว้เช่นนี้อาจไม่เพียงพอ จึงเป็นปัญหาที่ควรเร่งทำการศึกษา โดยนำแนวทางของต่างประเทศมาพิจารณาประกอบกัน

ปัญหาที่อาจเกิดในทางปฏิบัติ คือ ประเทศไทยเรายังไม่มีกฎหมายสาระบัญญัติทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะ กรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยตนเอง หรือ ทำกับเอกชนภายใต้กฎหมายมหาชน ดังนั้นสัญญาที่หน่วยงานรัฐทำกับเอกชนเดิมมักได้รับการปฏิบัติเสมือนสัญญาภายใต้กฎหมายแพ่งทั้งสิ้น จึงเป็นปัญหาว่าสัญญาทางปกครองจะใช้กฎหมายแพ่งมาปรับได้หรือไม่ หรือควรใช้กฎหมายมหาชน

เกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำกฎหมายแพ่งมาปรับกับเรื่องทางปกครองเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม แม้ตามทางปฏิบัติปัจจุบันบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองปรับใช้กฎหมายแพ่งกับคดีปกครองซึ่งเป็นเรื่องประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ก็ตาม แต่หากจะรอให้ศาลปกครองมีบรรทัดฐานคำพิพากษาออกมาเรื่อย ๆ จนพัฒนาเป็นกฎหมาย สำหรับประเทศไทย คงต้องใช้เวลานานมาก เพราะแนวคิดเรื่องทางปกครองนี้เพิ่งเข้ามาได้ไม่นานต่างจากประเทศอื่นที่มีระบบกฎหมายปกครองมาช้านาน และมีการ “ตกผลึก” ของหลักกฎหมายแล้ว อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศส ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการร่างกฎหมายออกมาเพื่อเป็นหลัก เป็นแนวทางปฏิบัติ โดยพยายามเอาแนวความคิดและหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปมาพิจารณาปรับเข้ากับกฎหมายไทย ซึ่งก็เป็นเรื่องที่มีความยากในการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นเรื่องทางปฏิบัติและมีรายละเอียดต้องทำการศึกษาวิจัย

ดังนั้น ขณะนี้ประเทศไทยจำเป็นต้องมีกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง โดยตราเป็นพระราชบัญญัติอีกฉบับเป็นเอกเทศ โดยมีสาระสำคัญครบถ้วน การให้ศาลปกครองพิจารณาคดีเกี่ยวกับการปกครองโดยให้ศาลสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือ เกี่ยวกับการปกครองเองย่อมไม่เหมาะสม และ จะเป็นการพัฒนากฎหมายปกครองที่เชื่องช้า เท่าที่ผู้เขียนได้ศึกษาทราบมาว่าปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เร่งค้นคว้าในเรื่องสัญญาทางปกครองในประเด็นต่าง ๆ อยู่

อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาทางปกครองอาจนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้อุดช่องว่างของสัญญาทางปกครองได้ เพราะสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานเมื่อเทียบกับสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอาจจะยังไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ส่วนหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับทางแพ่งบางเรื่องก็สามารถนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา การผิดสัญญา การคุ้มครองความสุจริตของคู่สัญญาก่อนทำสัญญา เป็นต้น

สำหรับปัญหาความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองนั้น ในทางปฏิบัติ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ จึงมักตั้งอัยการมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งเท่ากับว่าอัยการมี 2 หน้าที่ในเวลาเดียวกัน คือ เป็นเจ้าพนักงานรัฐ และเป็นอนุญาโตตุลาการ นอกจากนั้นในบางกรณีอาจทำหน้าที่เป็นผู้ว่าต่างแก็ต่างคดีให้รัฐด้วย อีกทั้งในชั้นร่างสัญญาอัยการต้องเป็นผู้ตรวจร่างสัญญาให้รัฐ และ เมื่อสัญญามีปัญหา อัยการก็ต้องตรวจแก้ปัญหาคู่กัน นอกจากนี้อธิบดีอัยการ หรือ อัยการที่เกษียณอายุแล้ว มักได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ มีประสบการณ์ ที่ได้รับการยอมรับจากคู่กรณี อาจเคยเป็นอดีตหัวหน้าของอัยการที่มาทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการฝ่ายรัฐ ทำให้มีผลกระทบต่อความเป็นกลางของอัยการผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นกระบวนการสรรหาอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งสำคัญอีกประการ แต่การตั้งอนุญาโตตุลาการ ของภาครัฐยังไม่มีกฎเกณฑ์กำหนดทั้งที่สำคัญที่สุด และ จำเป็นต่อการตอบปัญหาของประชาชน จึงควร วางกฎเกณฑ์ให้ละเอียด และมีหลักการมากขึ้น โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการคนที่สาม เพราะมาตรา 35 ให้ประธานอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด หากไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ เห็นได้ว่า กรณีสัญญาทาง ปกครอง แท้จริงแล้วเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก แม้จำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครองจะมีจำนวนน้อยกว่า กรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่สำนักงานอนุญาโตตุลาการ และ ประชาชนก็ให้ความสนใจมากกว่ากรณี ทั่ว ๆ ไป เพราะวงเงินมูลค่าสูง และ อาจกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐได้

อย่างไรก็ตามการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 15 นั้น ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่บังคับว่า คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดในคดีนั้น ๆ แต่เพียงผู้เดียว คู่พิพาท อาจฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทต่อศาลก็สามารถทำได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะตกลงกันว่า จะฟ้องคดีต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล

ประเด็นที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตต่อมา คือ เรื่องความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นด้วย กับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 23 วรรค 1 โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดทางแพ่ง หากทำตามหน้าที่ เว้นแต่จงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเสียหาย เพราะเป็นหลักคุ้มครองอนุญาโตตุลาการผู้สุจริตว่าหากทำในหน้าที่ ไม่ต้องรับผิด แต่ในกรณีกำหนดความรับผิดทางอาญาให้กับอนุญาโตตุลาการ นั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับ กรณี ดังกล่าวเนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่มีพื้นฐานเกิดจากหลักนิติธรรมสัญญาทางแพ่งเพื่อ ระงับข้อพิพาททางแพ่ง มิใช่การระงับข้อพิพาททางอาญา ดังนั้นเมื่อเป็นเรื่องทางแพ่ง กฎหมายก็ยอมรับ หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณีว่าเขาจะตกลงระงับข้อพิพาทกันอย่างไร อำนาจรัฐจึงไม่ควรเข้าไปก้าวก่าย

ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการเกิดจากการตกลงกันของกลุ่ม โดยได้รับการแต่งตั้งมาชี้ขาดเฉพาะกิจ ไม่ใช่บุคคลที่เกิดจากการแข่งขัน คัดเลือก แต่งตั้งเข้ามาอยู่ในหน้าที่ภายในเวลาที่รัฐเป็นผู้กำหนด และ ไม่ใช่ตุลาการที่ใช้อำนาจรัฐ จึงไม่ใช่เจ้าพนักงานของรัฐที่รัฐต้องเข้าไปกำกับดูแลให้อยู่ในกรอบของกฎหมายด้วยเช่นกัน รัฐจะเข้าไปกำกับดูแลเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสังคมส่วนรวมเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม การอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเรื่องที่คู่สัญญาตกลงกันระดับข้อพิพาทของตนเท่านั้น โดยอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทโดยอำนาจที่ได้รับมาจากคู่กรณีด้วยความไว้นือเชื่อใจ อำนาจรัฐจึงไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้อง

หากคู่กรณีเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีความเป็นกลาง หรือ ใช้อำนาจโดยไม่ชอบ หรือ ทุจริต พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็เปิดช่องให้คู่กรณีก็สามารถยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หรือ ถอดถอนอนุญาโตตุลาการคนนั้น ๆ ได้ การที่กฎหมายบัญญัติให้มีความรับผิดชอบทางอาญานี้ อาจเป็นช่องทางให้คู่ความที่ไม่สุจริตทำลายคำชี้ขาด หรือ ทำลายความน่าเชื่อถือ หรือ กลั่นแกล้งอนุญาโตตุลาการคนที่ตนไม่พอใจได้ โดยอาจต้องไปแจ้งความ ประกันตัว ฯลฯ ทำให้เสียเงินเสียเวลา และ เสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น อีกทั้งหากคำฟ้องไม่เป็นความจริงอาจมีการกล่าวหากันไปมา หรือ ฟ้องพยานอีกได้ ซึ่งทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าคดีจะยุติเมื่อใด ก่อให้เกิดผลเสียต่าง ๆ ตามมามากมาย ซึ่งล้วนแต่เป็นผลที่ทำให้เกิดความเบี่ยงเบนในระบบอนุญาโตตุลาการ

อีกทั้งในกฎหมายของต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่ไม่มีบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางอาญารวมทั้งกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายทางการค้าของสหประชาชาติก็ไม่มีบัญญัติเอาไว้เช่นกัน การที่ประเทศไทยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 อาจมีปัญหาตามมาหลายประการดังที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นไว้ข้างต้น และ ยังทำให้ไม่เป็นไปตามแนวทางสากลด้วย ทำให้คู่สัญญาชาวต่างชาติที่เข้ามาลงทุนจะไม่กำหนดให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย โดยเลียงไปใช้การอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น ประเทศไทยในสถานะที่ต้องการการลงทุนจากต่างชาติย่อมมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และ ไม่มีทางเลือก จำต้องยอมใช้การอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นตามที่คู่สัญญาชาวต่างชาติต้องการ ทำให้การอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่ได้รับความนิยมนตาม วัตถุประสงค์ที่กฎหมายตั้งเอาไว้ ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อนำคำชี้ขาดจากต่างประเทศมาขอบังคับในประเทศไทย ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจไปตรวจสอบคำวินิจฉัยเหล่านั้นว่าเป็นไปตามกฎหมาย หรือ ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เพราะมีหน้าที่เพียงบังคับตามคำชี้ขาดที่เขานำมาฟ้องร้องเพื่อขอให้พิพากษาบังคับให้เท่านั้น

เรื่องกำหนดอัตราโทษ ผู้เขียนเห็นว่าอัตราโทษตามที่กฎหมายกำหนดเป็นอัตราที่สูงมาก ซึ่งหากพิจารณาตามแนวทางของต่างประเทศแล้ว มักกำหนดโทษเพียง จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือ ปรับตามอัตราของแต่ละประเทศกำหนด หรือ ทั้งจำทั้งปรับ หรือ ตัดออกจากการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการเท่านั้น แม้อัตราโทษกรณีรับสินบนของผู้พิพากษาจะสูงขนาดจำคุกตลอดชีวิต หรือ ประหารชีวิต ก็ตาม แต่หากจะยังคงบทบัญญัติเรื่องนี้ไว้ ผู้เขียนก็เห็นควรให้ทบทวนบทบัญญัติเรื่องนี้ใหม่ เพราะหากปล่อยให้มีการกำหนดโทษสูงเช่นนี้ จุดประสงค์ที่จะให้มีการอนุญาตตุลาการมากขึ้นในประเทศไทยคงไม่ ประสบผลสำเร็จ และอาจเป็นการที่ทำให้ผู้ที่จะเข้ามาเป็นอนุญาตตุลาการเกรงกลัว และ ทำให้ออนุญาตตุลาการทำงานภายใต้ความหวาดกลัวว่าตนจะถูกกล่าวหา ซึ่งถือเป็นการทำลายความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการอนุญาตตุลาการ การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้อาจ ส่งผลทำให้คนที่มีคุณภาพ มีความรู้ ความสามารถระดับสูงไม่ยอมรับเป็นอนุญาตตุลาการ ทั้งที่ปกติ ก็หาผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ และ เสียสละได้ยากอยู่แล้ว ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันต่อไป

ข้อสังเกตที่ผู้เขียนตั้งไว้อีกประการ คือ หากมองในแง่การค้าระหว่างประเทศ ระบบอนุญาตตุลาการมีขึ้นเพื่อสร้างความเชื่อถือ และความมั่นใจให้กับการค้าระหว่างประเทศ เพื่อมาอุดช่องว่างของศาลยุติธรรมในแต่ละประเทศที่ไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีที่เป็นชาว ต่างชาติได้ การที่ประเทศไทยกำหนดให้อุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบโดยไม่จำเป็น อาจเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ คือ มีอนุญาตตุลาการที่รับสินบนมาก และน่าระแวงมาก จนต้องออกกฎหมายมากำกับ ดังนั้น จากความหวังดีที่จะออกมาป้องกันบทกฎหมายดังกล่าวอาจกลายเป็นการจู่โจมพร้อม ให้ชาวต่างชาติมองว่า ระบบอนุญาตตุลาการมีความน่าเชื่อถือน้อย จึงเป็นประเด็นหนึ่งที่ควรนำไปพิจารณา เพื่อปรับปรุงแก้ไขให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

ประเด็นปัญหาต่อมา คือ การที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการมิได้แบ่งแยกกฎหมายอนุญาตตุลาการภายในประเทศออกจากกฎหมายอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ โดยให้บังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ทั้งฉบับกับการอนุญาตตุลาการทั้งสองประเภท กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแม้คณะผู้ร่าง ฯ จะเห็นว่าเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับผู้ใช้กฎหมายดังกล่าวก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าควรแยกกฎหมายอนุญาตตุลาการภายในประเทศ และ อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศออกจากกัน เนื่องจากโครงสร้างโดยสภาพของการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ และอนุญาตตุลาการภายในประเทศมีความแตกต่างกัน โดยอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกรณีที่เป็นเรื่องของข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวพันตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป ในขณะที่การอนุญาตตุลาการ

ภายในประเทศเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ แต่เป็นกรณีที่รัฐอนุญาตให้มีการอนุญาโตตุลาการขึ้นได้ระหว่างคู่กรณี

นอกจากนี้ การแยกเป็นกฎหมายสองฉบับจะสะดวกในการบังคับใช้และสามารถแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้สะดวกรวดเร็วโดยไม่กระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เนื่องจากโดยสภาพแล้วอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน และ กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ก็เป็นกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก อีกทั้งบทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ก็ไม่เหมาะสมกับการนำไปบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย เช่น เรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ

หากรวมกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศเข้าด้วยกันอย่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ในอนาคตอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความบทบัญญัติหรือ ในการบัญญัติกฎหมายที่จะเอื้อประโยชน์ต่อการอนุญาโตตุลาการประเภทใดประเภทหนึ่งได้ไม่เต็มที่ เนื่องจากการลำบากที่จะบัญญัติให้บทบัญญัติเพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้โดยไม่มีความขัดกัน หากต้องการให้คงไว้ซึ่งประโยชน์สูงสุดในการบังคับใช้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถเอื้อประโยชน์สูงสุดต่อการอนุญาโตตุลาการประเภทใดประเภทหนึ่ง จึงควรแยกกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการในประเทศออกจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ปัญหาประการต่อมา คือ การกำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานมาใช้ตามมาตรา 25 วรรคท้าย ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะบัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งอุดช่องว่างของกฎหมายให้กับคู่กรณี แต่ก็อาจมีปัญหาตามมาได้

ในแง่อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ปัญหาที่จะต้องไปทำการศึกษาค้นคว้ากฎหมายภายในอาจไม่เกิดขึ้น เพราะส่วนมากย่อมรู้จักกฎหมายไทยดีอยู่แล้ว แต่ปัญหาในทางปฏิบัติที่จะตามมาประการแรก คือ เกิดการเอาผลแพ้ ชนะ กันโดยทางเทคนิค หรือ เล่นแง่ทางเทคนิคในวิธีพิจารณาความมากขึ้น เนื่องจากอาศัยความได้เปรียบจากการที่ตนรู้ดีกว่านักลงทุนต่างชาติ อันผิดต่อเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ ที่มุ่งรักษาสัมพันธภาพอันดีระหว่างคู่กรณีไว้ ไม่ได้มุ่งแพ้ ชนะกันเต็มที่อย่างการระงับข้อพิพาททางศาล

ในแง่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ปัญหาจะเกิดขึ้นแต่การที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากชาวต่างชาติจะไม่ทราบหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย และต้องไปศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติม ยิ่งไปกว่านั้นตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติไว้ครอบคลุมชัดเจนทุกเรื่อง ในทางปฏิบัติหลายกรณีที่ได้หลักมาจากคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนั้นเมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องพยานหลักฐานยังเขียนไว้ไม่ครอบคลุม ไม่ชัดเจนเช่นนี้ การจะให้ชาวต่างชาติต้องมาศึกษากฎหมาย ตำรา บทความ หรือ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาคงจะไม่เป็นการอำนวยความสะดวกให้ชาวต่างชาติ และอาจเป็นเหตุทำให้ ชาวต่างชาติเลือกไปใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ตัดความในมาตรา 25 บรรทัดท้าย ออก เพื่อขจัดปัญหา และ คู่ความอาจตกลงกันใช้หลักทั่วไปในเรื่องพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการได้ โดยกำหนดให้นำ IBA Rules มาใช้แทน

ประเด็นปัญหาเรื่องการขอใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวในสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 16 ได้รับรองสิทธิของคู่กรณีที่จะร้องขอต่อศาลให้มีวิธีการคุ้มครองชั่วคราวไว้ โดยกำหนดว่าแม้คู่ความยังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ให้คู่ความมีสิทธิร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้ทันที แต่ผู้เขียนมีความเห็นเสนอแนะให้นำหลักการของประเทศสิงคโปร์มาพิจารณา เพราะในบางกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน ผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการน่าจะเป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งได้บ้าง เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่ความ เช่น ให้สั่งกักเรือได้ เพราะมิฉะนั้นในบางกรณีซึ่งเป็นกรณีฉุกเฉิน หากรอไปขึ้นศาลอาจทำให้เกิดความเสียหายมากขึ้น

อีกทั้งแม้ว่ามาตรา 16 เขียนว่า “ให้ศาลสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนตั้งอนุญาโตตุลาการได้” แต่ในทางปฏิบัติมาตรานี้มีปัญหาในการนำไปบังคับใช้ เพราะถึงอย่างไร ศาลก็ไม่รู้ข้อเท็จจริง และไม่มีสำนวนอยู่ในมือ ศาลจึงต้องไต่สวนข้อเท็จจริงก่อนอยู่ดี หากไม่ชัดเจน ศาลมักจะสั่งยกคำร้อง การให้อนุญาโตตุลาการสามารถสั่งในกรณีฉุกเฉินจึงน่าจะเป็นประโยชน์มากกว่า โดยอาจให้อำนาจศาลเข้ามาทบทวนคำสั่งของอนุญาโตตุลาการได้

ประเด็นปัญหาสุดท้ายที่ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ คือ เรื่องผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกับการเป็นอนุญาโตตุลาการ โดยความเห็นส่วนตัว ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ในคดีที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเทศไทย และ ไม่มีการบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทย เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ บางท่านเป็นที่ยอมรับ และมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักในวงกว้าง จึงเป็นไปได้ที่มี ผู้ต้องการเชิญท่านไปเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากคิด

ปัญหาที่จริยธรรมของผู้พิพากษา ทำให้ความรู้ ความสามารถของท่านต้องถูกจำกัด ผู้เขียนจึงเห็นควรอนุญาตให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ เป็นอนุญาโตตุลาการได้ แต่อาจวางเงื่อนไข หรือกฎเกณฑ์ จำกัดไว้ เช่น ต้องเป็นคดีที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยว หรือเกี่ยวข้องกับประเทศไทยเลยตั้งแต่ต้นจนจบ โดยทำนอกเวลาราชการ เป็นต้น ทั้งนี้ เงื่อนไขต่างๆ ควรนำมาปรับให้เหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองของเราด้วย อีกทั้งการให้ผู้พิพากษานำความรู้ ความสามารถที่มีอยู่มาใช้ให้เกิดประโยชน์อย่างเต็มที่โดยไม่ได้เป็นการเสียหายต่อประเทศชาติ และความยุติธรรม อาจเป็นการเผยแพร่ชื่อเสียงของนักกฎหมายไทย ให้กว้างขวางออกไปด้วย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
วิศิษฐ์สรรจร, 2542.

กระทรวงยุติธรรม. ข้อมูลประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ
พ.ศ.... (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

คณะกรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ สาขานิติศาสตร์. รายงานการสัมมนาในโครงการสัมมนาเรื่อง “การส่งเสริมและพัฒนาาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย”. วันพุธที่ 9 มีนาคม 2537 ณ โรงแรมริ
เจนท์ กรุงเทพมหานคร

คัมภีร์ แก้วเจริญ. การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานภาครัฐ. งานวิจัยส่วนบุคคล ในการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” วิทยาลัยการ
ยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2540.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. รองอธิการสูงสุด. สัมภาษณ์, 15 สิงหาคม 2546.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ มานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และ สัญญา
ทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541.

ไชยวัฒน์ บุณนาค และ เขวรัตน์ กุหลาบเพชรทอง. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน. บทบัญญัติ ปีที่ 46
ตอน 2 (มิถุนายน 2533): 57-70.

รัชชัย สุวรรณพานิช. เขตอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545. บทบัญญัติ
เล่มที่ 58 ตอนที่ 3 (2545): 64-68.

นฤมล กิจสินธพชัย. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ.
วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีสาขานิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ. สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2529.

พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร. การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. บทบัญญัติ เล่มที่ 47
ตอน 3 (กันยายน 2535): 5-15.

- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ: บทที่ 16. ใน คู่มือการศึกษาวិชากรกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 422-464. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “การระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์โดยวิธีอนุญาตตุลาการและระงับข้อพิพาท: ประสบการณ์ในสหรัฐอเมริกาและไทย”. บทบัณฑิตย เล่มที่ 48 (มีนาคม 2535): 123-166.
- วิไล ประมวลอุสมบัติ. การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- วิวรรธน์ เจริญนาค. พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. จริยธรรมของอนุญาตตุลาการ. บทบัณฑิตย ปีที่ 51 เล่ม 51 (กันยายน 2538): 149-192.
- สรุปผลการสัมมนา. การพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ: ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข. บทบัณฑิตย ปีที่ 47 ตอน 1 (มีนาคม 2534): 120-182.
- สรวิศ ลิ้มปรีงยี. อนุญาตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. การอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย: ปัญหาและทางแก้ไข. วารสารกฎหมาย ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 (2540): 26-38.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. ความรับผิดชอบทางแพ่งของอนุญาตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาตตุลาการไทย. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 32 ตอน 2 (มิถุนายน 2545): 206-226.

- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ และ อนุญาโตตุลาการ.
พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545: ทางแก้ไขของการอนุญาโตตุลาการ
ในประเทศไทย ?. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 32 ตอน 1 (มีนาคม 2545): 1-23.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 1 (16/2542) 85/2541.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 2 (23/2542) 91/2541.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 4 (48/2542) 25/2542.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 5 (50/2542) 27/2542.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญ
ทั่วไป).
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 23 (สมัยสามัญ
นิติบัญญัติ).
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 5.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 6.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. รายงานการประชุมวุฒิสภา คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 4.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 5.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. บันทึกการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 เรื่อง ร่างพระราช
บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ... ครั้งที่ 6.

- สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 1/2538.
- สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 5/2539.
- สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. รายงานการประชุมเพื่อการดำเนินการร่างกฎหมายเกี่ยวกับ
อนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 1/2543.
- อนันต์ จันทรโอภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล.
กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.
- อนุญาโตตุลาการ, สำนักงาน. การสัมมนาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เกรนโกรว, 2543.
- อนุญาโตตุลาการ, สำนักงาน. มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทาง
ปกครองกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ. บทบัญญัติ ปีที่ 56 ตอน 3 (2543):
144-168.
- อนุญาโตตุลาการ, สำนักงาน. มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทาง
ปกครองกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ. บทบัญญัติ ปีที่ 56 ตอน 4 (2543):
119-166.
- อนุญาโตตุลาการ, สำนักงาน. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และ คำ
พิพากษาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ. เล่ม 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน
อนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540.
- อนุญาโตตุลาการ, สำนักงาน. สรุปผลการสัมมนา “กลวิธี และ แง่มุมทางกฎหมายในการเจรจาต่อรอง
ทำสัญญากับรัฐ และ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น (Techniques and Legal Aspects of
negotiating government contracts and their dispute resolutions)” วันที่ 16 กรกฎาคม 2534 ณ.
สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ.
- อนเนก ศรีสนิท. การตั้งอนุญาโตตุลาการ. บทบัญญัติ ปีที่ 47 ตอน 3 (กันยายน 2534): 23-34.

ภาษาอังกฤษ

David, R. Arbitration in International Trade. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation
Publishers, 1985.

- Hermann, G. Round Table Discussion on the Drafting of Thailand's Arbitration Act: Comment or question from a panel member. Draft Arbitration Act of Thailand (September 1996): 1-59.
- H.Smith V.Pechota., eds. A Chart Comparing International Commercial Arbitration Rules. USA: Juris Publishing, 1998.
- H.Smith V.Pechota., eds. Arbitration Rules International Institutions. USA: Juris Publishing, 1997.
- H.Smith V.Pechota., eds. International Arbitration Treaties. USA: Juris Publishing, 1998.
- Mann, F.A. Notes and Comments on cases in international law, commercial law, and arbitration. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Marshall, E.A. Gill: The Law of Arbitration. 4 th ed. London: Sweet&Maxwell, 2001.
- Redfern, A.and Hunter, M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 3 rd ed. London: Sweet&Maxwell, 1999.
- Sanders, P., ed. Comparative arbitration practice and public policy in arbitration. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.
- Sanders, P., ed. New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กฤตยชญ์ ศิริเขต. ศาลปกครอง คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทย์พัฒนา, 2544.
- เกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล. ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- จรัญ ภักดีธนากุล และ วิชัย อริยะนันทกะ. Aspects of Enforcement of Foreign Judgements and Arbitral Awards in Thailand. บทบัณฑิตย เล่มที่ 46 ตอน 2 (มิถุนายน 2533): 103-112.
- จิตติ ติงศกัทธิย์, จรัญ ภักดีธนากุล และ กรองเกียรติ คมสัน. ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. บทบัณฑิตย เล่มที่ 46 ตอน 2 (มิถุนายน 2533): 23-45.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. เอกสารประกอบการอภิปรายเรื่อง “เครื่องมือทางกฎหมายในการบริหารภาครัฐ 2 : สัญญาทางปกครอง และ สัญญาทางแพ่ง” หลักสูตร “การบริหารงานภาครัฐและกฎหมายมหาชน” รุ่นที่ 1 จัดโดยสถาบันพระปกเกล้า วันจันทร์ที่ 4 กุมภาพันธ์ 2545 ณ.สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน
- ไชยวัฒน์ บุนนาค. Arbitration Law in Thailand. บทบัณฑิตย ปีที่ 47 ตอน 2 (มิถุนายน 2534): 35-46.
- ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. ปัญหาและอุปสรรคในการว่าต่างแก้ต่างคดีในระบบอนุญาโตตุลาการ. วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 1 ปีที่ 30 (มีนาคม 2543): 30-40.
- ณัฐวุฒิ ไบบัว. การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทางทรัพย์สินทางปัญญา. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์. ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

- ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล. อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง. ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล, รวบรวมโดยคณะนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.
- ประจิตต์ โรจนพฤกษ์. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ. บทบัณฑิตย เล่มที่ 47 ตอน 3 (กันยายน 2534): 17-21.
- ประภากร รัตนมาลา. การยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง: หลักการทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- พนม เข็มประยูร. ผลของสัญญาทางปกครอง. ใน 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ, รวบรวมโดยสมยศ เชื้อไทย. กรุงเทพมหานคร: พี.เค.พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531.
- พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและการเจรจาต่อรอง. บทบัณฑิตย ปีที่ 41 ตอน 1 (มีนาคม 2535): 61-66.
- พีรเดช พัฒนจันทร์. ขอบอำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น: พิจารณากรณีผลกระทบต่อประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- มงคล กัลยกุล. สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศ (State Contract) ในกฎหมายระหว่างประเทศ: กรณีศึกษาสัญญาสำรวจและแสวงประโยชน์จากปิโตรเลียมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

- ลัดดาวัลย์ อรุณขจรศักดิ์. ผลกระทบการรับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ 1985 ในสิงคโปร์. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- ฤทัย หงส์ศิริ. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539. วารสารการพาณิชย์นาวี ปีที่ 19 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2543): 39-64.
- วรวิมล ทวาทสิน. อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ: ข้อสังเกตบางประการ. วารสารกฎหมาย ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 (2540): 127-147.
- วานิช สายสุวรรณ. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. วารสารการพาณิชย์นาวี ปีที่ 19 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2543): 25-38.
- วิชัย อริยะนันทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ. คูลพาห ปีที่ 44 เล่ม 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2538): 105-158.
- วิรัช เนติธรรมภูมิข. การยกเว้นโทษในฐานะความผิดเกี่ยวกับการรับหรือให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527.
- สถาพร มีสอาด. การอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530. วารสารกฎหมาย ปีที่ 13 ฉบับที่ 3 (2534): 98-104.
- สุขุม สุกนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2537.
- หัตถวิมล วิจิตรวิริยกุล. หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครอง. ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์. รวบรวมโดยมูลนิธินิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์., 2534.
- อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- อนันต์ จันทโรภากร. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. คูลพาห เล่มที่ 2 ปีที่ 37 (มีนาคม-เมษายน 2533): 70-124.
- อนันต์ จันทโรภากร. ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1985 กับกฎหมายภายในและสนธิสัญญาฉบับอื่นๆ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 3: 1-18.

- อนันต์ จันทโรภากร. อนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดข้อพิพาททางแพ่ง. ใน รวมบทความทางวิชาการ
เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศรัทย์, กรุงเทพมหานคร: 406-427.
- อนันต์ จันทโรภากร. อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น.
วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 27 ฉบับที่ 1: 102-122.
- อนก ศรีสนิท. ข้อสังเกตและประสบการณ์ในการเจรจาและทำสัญญากับรัฐ: มองจากแง่มุมของที่
ปรึกษากฎหมาย. บทบัณฑิตย ปีที่ 47 ตอน 3 (กันยายน 2534): 23-34.
- อาทิตย์ ปิ่นปัก. ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- เอกสารประกอบการประชุมของคณะทำงานกลุ่มกระบวนการทางแพ่ง และ อนุญาโตตุลาการ หัวข้อ
“หลักการใหม่ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... และ ความรับผิดชอบทางอาญาของ
อนุญาโตตุลาการ” การประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 2 วันที่ 27-28 กันยายน 2544
ณ. หอประชุมองค์การสหประชาชาติ

ภาษาต่างประเทศ

- Berger, K.P. International Economic Arbitration. Deventer/boston: Kluwer Law and Taxation
Publishers, 1993.
- Broches, A. Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration.
The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- Beaumont, B. Arbitration Procedures in Asia. Asia: Sweet&Maxwell, 1990.
- Cheng, B. and Brown, E.D. Contemporary Problems of International Law Essays in honour of Georg
Schwarzenberger of his eightieth birthday.., 1988.
- George T L Shenoy and Toh See Kiat. Managing and Resolving Disputes, Legal Aspects of Doing
Business in Singapore. Addison-Wesley Publishing Company.
- Harris, D.J. Cases and Materials on International Law. 4 th ed. London: Sweet&Maxwell, 1991.
- Inter-Pacific Bar Association Ninth Annual Meeting and Conference (April 30 to May 4, 1999)
Bangkok, Thailand. Speakers Papers Volume 1 Dispute Resolution and Arbitration: Resolving
Disputes Arising from Current Economic Situation in Asia , 1999.

- Jacqueline M.Nolan-Haley. Alternative Dispute Resolution in a Nutshell. USA: West Publishing Co., 1992.
- JAN C.Schultsz, Albert Jan Van Den Berg . The Art of Arbitration. Deventer/Netherlands:Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982.
- J-G Castel, AL.C.de Mestral, W.C.Graham. The Canadian Law and Practice of International Trade with Particular Emphasis on Export and Import of Goods and Services. Toronto/Canada: Emend Montgomery Publications Limited, 1991.
- J.G.Merrills. International Dispute Settlement. 2 nd ed. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1991.
- Leonard L.Riskin and James E.Westbrook. Disputes Resolutions and Lawyers. 2 nd ed. USA: West Group, 1998.
- Litka, M. Cases in International Business Law. Boston: PWS-Kent Publishing Company, 1991.
- Philip J.Harter. Alternative Dispute Resolution: A Handbook for Judges. 2 nd ed. USA, 1991.
- Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L. Marriott, Derek Wood. Handbook of Arbitration Practice. London: Sweet&Maxwell, 1998.
- Strobl, Killius & Vorbrugg. Business Law Guide to Germany. 2 nd ed. CCH Editions Limited, 1988.
- The Arbitration Office, THAILAND. APEC Symposium on Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes. Bangkok, 27-28 April 1998.
- The ICC International Court of Arbitration. Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration. ICC Publication, 1993.



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



พระราชบัญญัติ

อนุญาตตุลาการ

พ.ศ. ๒๕๕๕

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๓ เมษายน พ.ศ. ๒๕๕๕

เป็นปีที่ ๕๗ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้
ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ
จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา
ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๕๕”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา
เป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐

มาตรา ๔ บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอ้างถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
ในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“คณะอนุญาตตุลาการ” หมายความว่า อนุญาตตุลาการคนเดียว หรืออนุญาตตุลาการ
หลายคน

“ศาล” หมายความว่า องค์กรหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่มีอำนาจตุลาการตามกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นที่ตั้งของศาลนั้น

“ข้อเรียกร้อง” หมายความว่า รวมถึง ข้อเรียกร้องแย้งด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ข้อเรียกร้องตามมาตรา ๓๑ (๑) และมาตรา ๓๘ วรรคสอง (๑)

“คำคัดค้าน” หมายความว่า รวมถึง คำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่คำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งตามมาตรา ๓๑ (๒) และมาตรา ๓๘ วรรคสอง (๑)

มาตรา ๖ ภายใต้บังคับมาตรา ๓๕ ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจคู่สัญญาในการตัดสินใจเรื่องใด คู่สัญญานั้นมีอำนาจมอบหมายให้บุคคลที่สามหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งเป็นผู้ตัดสินใจเรื่องนั้นแทนได้ด้วย

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาจะหรืออาจจะตกลงกันได้ หรือกำหนดถึงข้อตกลงของคู่สัญญาไม่ว่าด้วยประการใดๆ ข้อตกลงเช่นว่านั้นให้รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่ระบุไว้ในข้อตกลงนั้นด้วย

มาตรา ๗ ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าได้ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นหรือได้ส่งไปยังสำนักทำราชการ ภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าได้ส่งไปยังสำนักทำราชการ หรือภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบ โดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ถ้าเป็นการส่งภายในประเทศ หรือโดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับการส่งเอกสารในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล

มาตรา ๘ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดรู้ว่าบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการต่อไปโดยไม่คัดค้านการไม่ปฏิบัติตามของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กำหนดไว้ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นสละสิทธิ์ในการคัดค้าน

มาตรา ๙ ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๑๐ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด ๑

สัญญาอนุญาตตุลาการ

มาตรา ๑๑ สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระดับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรศัพท์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่าคู่สัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระดับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่าคู่สัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว

มาตรา ๑๒ ความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาตตุลาการและการตั้งอนุญาตตุลาการย่อมไม่เสียไปแม้ในภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ

มาตรา ๑๓ เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบ สัญญาอนุญาตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย

มาตรา ๑๔ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้

มาตรา ๑๕ ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา

มาตรา ๑๖ คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว

หมวด ๒

คณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๑๗ ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ วิธีการตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามมาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง (๒)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

มาตรา ๑๘ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน

(๒) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน

ในกรณีที่การตั้งอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดวิธีการอื่นใดที่ทำให้สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการตามที่ศาลเห็นสมควรได้ หากปรากฏว่า

- (๑) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้
- (๒) คู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ได้ หรือ
- (๓) บุคคลที่สามหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

มาตรา ๑๕ อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

มาตรา ๒๐ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในสิบห้าวัน

นับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕ วรรคสาม และหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น

ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ไม่บรรลุผล หรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือนับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕ วรรคสาม แล้วแต่กรณี และเมื่อศาลได้สวนคำคัดค้านนั้นแล้วให้มีคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น และในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่มีเหตุจำเป็น คณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งออกไปได้อีกไม่เกินสิบห้าวัน

มาตรา ๒๑ การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าโดยไม่ยินยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาโตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการได้

ภายใต้บังคับวรรคสองหรือมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง การที่อนุญาโตตุลาการขอถอนตัวหรือการที่คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับเหตุตามวรรคสองหรือมาตรา ๑๕ วรรคสาม

มาตรา ๒๒ ถ้าการเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงตามมาตรา ๒๐ หรือมาตรา ๒๑ หรือเพราะเหตุการถอนตัวของอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง หรือในกรณีที่การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่น ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามวิธีการที่ได้กำหนดไว้สำหรับการตั้งอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๒๓ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเอง หรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาตตุลาการเพื่อจงใจให้ กระทำการไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หมวด ๓

อำนาจของคณะอนุญาตตุลาการ

มาตรา ๒๕ คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่ หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาตตุลาการ และ ประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจาก สัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบ กระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ

การคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทใดจะต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าว ไม่ช้ากว่าวันยื่นคำคัดค้านต่อผู้ในประเด็นข้อพิพาท และคู่พิพาทจะไม่ถูกตัดสิทธิที่จะคัดค้านเพราะเหตุ ที่คู่พิพาทนั้นได้ตั้งหรือมีส่วนร่วมในการตั้งอนุญาตตุลาการ และในการคัดค้านว่าคณะอนุญาตตุลาการ กระทำการเกินขอบเขตอำนาจ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยกขึ้นว่ากล่าวในทันทีที่เรื่องดังกล่าวเกิดขึ้น ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาเห็นว่าการ ที่ล่าช้านั้นมีเหตุสมควร คณะอนุญาตตุลาการอาจอนุญาตให้คู่พิพาทยกขึ้นว่ากล่าวภายหลังระยะเวลา ที่กำหนดไว้ก็ได้

คณะอนุญาตตุลาการอาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนโดยการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น หรือ ในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทก็ได้ แต่ถ้าคณะอนุญาตตุลาการได้ชี้ขาดเบื้องต้นว่าคณะอนุญาตตุลาการ มีอำนาจพิจารณาเรื่องใด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยชี้ขาด ปัญหาดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นนั้นและในขณะที่คำร้องยังอยู่ในระหว่าง การพิจารณาของศาล คณะอนุญาตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาตตุลาการและทำคำชี้ขาดต่อไปได้

หมวด ๔
วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๒๕ ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๒๖ คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นใด นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งเพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคลผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใดๆ ก็ได้

มาตรา ๒๗ ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ให้ถือว่ามี การมอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตามมาตรา ๑๕๓/๑๔ (๔) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(๒) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น

(๓) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้

(๔) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้

มาตรา ๒๘ คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ในกรณีที่ไม่มีการตกลงเช่นนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนด และถ้ามิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นอย่างอื่น ข้อตกลงหรือข้อกำหนดเช่นนั้นให้ใช้บังคับถึงข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้องที่ทำเป็นหนังสือของคู่พิพาท การสืบพยาน คำชี้ขาด คำวินิจฉัยหรือการสื่อสารใดๆ ที่ทำโดยหรือทำต่อคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้แนบคำแปลเอกสารที่คู่พิพาทอ้างเป็นพยานเป็นภาษาตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้หรือตามที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดก็ได้

มาตรา ๒๙ ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกันหรือที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด ถ้าคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับของตน ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องแสดงในคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยานที่ระบุถึงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมาด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่สมควรเมื่อคำนึงถึงความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น

มาตรา ๓๐ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานหรือฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรือจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสืบพยานตามวรรคหนึ่งในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาในช่วงใด ๆ ตามที่เห็นสมควรถ้าได้รับคำร้องขอจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงไม่ให้มีการสืบพยานด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ

ให้คณะอนุญาโตตุลาการแจ้งกำหนดนัดสืบพยานและนัดพิจารณาเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารอย่างอื่นให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควร

ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือข้อมูลทั้งหมดที่คู่พิพาทฝ่ายใดเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ให้รวมถึงรายงานของผู้เชี่ยวชาญหรือเอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ประกอบการชี้ขาดด้วย

มาตรา ๓๑ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) มีคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณา ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง

(๒) ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๕ วรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้ มิให้ถือว่า การไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าวเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น

(๓) ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันนัดสืบพยานหรือนัดพิจารณา หรือไม่เสนอพยานหลักฐานใดๆ และให้มีคำชี้ขาดต่อไป

ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ทั้งนี้ ให้รวมถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านหรือขาดนัดพิจารณา แล้วแต่กรณี

มาตรา ๓๒ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่งหรือหลายคน เพื่อให้ทำความเข้าใจเฉพาะในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่จะต้องชี้ขาดก็ได้

(๒) เรียกให้คู่พิพาทให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้เชี่ยวชาญ หรือจัดทำหรือดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือวัตถุใดๆ ที่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถตรวจสอบได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเข้าใจเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาแล้ว หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร ให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นมาให้ข้อเท็จจริงเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสซักถาม หรือคู่พิพาทฝ่ายนั้นอาจนำพยานผู้เชี่ยวชาญของตนมาสืบในประเด็นดังกล่าวได้

มาตรา ๓๓ คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่ง หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยความยินยอมของคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ออกหมายเรียกพยาน หรือมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุก็ได้

ในกรณีที่ศาลเห็นว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาตามคำร้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลอาจทำได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หมวด ๕

คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

มาตรา ๓๔ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย

มาตรา ๓๕ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาด คำสั่ง และคำวินิจฉัยในเรื่องใดๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ ให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำคำชี้ขาด มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพียงผู้เดียว

ให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในกระบวนการวิธีพิจารณา ถ้าคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการทุกคนได้ให้อำนาจไว้เช่นนั้น

มาตรา ๓๖ ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทประนีประนอมยอมความกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น

คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๓๗ และให้มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท

มาตรา ๓๗ คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากถือว่าเพียงพอแล้ว แต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา ๓๖ หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการหรือคำปวยการอนุญาตตุลาการตามมาตรา ๔๖

คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการตามมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นนั้น

เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะอนุญาตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย มาตรา ๓๘ การดำเนินการทางอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะอนุญาตตุลาการตามวรรคสอง

คณะอนุญาตตุลาการจะมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา เมื่อ

(๑) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น

(๒) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการพิจารณา

(๓) คณะอนุญาตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

ภายใต้บังคับมาตรา ๓๕ และมาตรา ๔๐ วรรคสี่ อำนาจของคณะอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงพร้อมกับการยุติของกระบวนการพิจารณา

มาตรา ๓๕ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับการชี้ขาด

(๑) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดในการคำนวณตัวเลข ข้อผิดพลาดหรือการพิมพ์ที่ผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยในคำชี้ขาดให้ถูกต้องได้ ทั้งนี้ ให้ส่งสำเนาคำร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย หรือ

(๒) ในกรณีที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาตตุลาการตีความ อธิบายข้อความหรือส่วนหนึ่งส่วนใดในคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ ให้ส่งสำเนาคำร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย

ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องตาม (๑) และ (๒) มีเหตุผลสมควร ให้แก้ไขหรือตีความให้เสร็จสิ้นภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้อง คำตีความ อธิบายความดังกล่าวให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดตาม (๑) ได้เองภายในสามสิบวันนับแต่วันมีคำชี้ขาด

เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำชี้ขาดและเมื่อได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเรียกร้องที่ยังมิได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำชี้ขาด ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องดังกล่าวมีเหตุผลสมควร ให้ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้อง

ในกรณีมีเหตุจำเป็น คณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการแก้ไข การตีความ การอธิบายความ หรือการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองและวรรคสี่ได้

ให้นำมาตรา ๓๗ มาใช้บังคับแก่การแก้ไข การตีความ การอธิบายความ หรือการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมตามมาตราสี่

หมวด ๖

การคัดค้านคำชี้ขาด

มาตรา ๕๐ การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงผู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(๒) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป

หมวด ๗

การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

มาตรา ๔๑ ภายใต้บังคับมาตรา ๔๒ มาตรา ๔๓ และมาตรา ๔๔ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

มาตรา ๔๒ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รีบทำการไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน

ผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเอกสารดังต่อไปนี้ มาแสดงต่อศาล

(๑) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

(๒) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

(๓) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้วหรือปฏิญาณตนต่อหน้าศาลหรือต่อหน้าเจ้าพนักงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบาน หรือปฏิญาณหรือรับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปล หรือผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไทยในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น

มาตรา ๔๓ ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(๑) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(๒) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มิขัดตกลงดังกล่าว

(๓) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(๔) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(๕) องค์กรประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(๖) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจ ทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่ เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับ วางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา ๔๔ ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา ๔๓ ได้ ถ้าปรากฏ ต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา ๔๕ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่

(๑) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

(๒) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน

(๓) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

(๔) ผู้พิพากษา หรือตุลาการซึ่งพิจารณาคดีนั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา หรือ

(๕) เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทตามมาตรา ๑๖ การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาหรือ ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

หมวด ๘

ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและค่าป่วยการ

มาตรา ๔๖ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้น อนุญาโตตุลาการ ตลอดจนค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่รวมถึงค่าทนายความและค่าใช้จ่าย ของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่มีได้กำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือค่าป่วยการอนุญาโต ตุลาการไว้ในคำชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องให้ศาลที่มี เขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ ได้ตามที่ได้เห็นสมควร

มาตรา ๕๗ หน่วยงานซึ่งได้จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ อาจกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และค่าป่วยการในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ได้

บทเฉพาะกาล

มาตรา ๕๘ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ยังมิได้กระทำและยังไม่ล่วงพ้นกำหนดเวลาที่จะต้องกระทำตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ ให้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นได้ภายในกำหนดเวลาตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ
พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร
นายกรัฐมนตรี

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ข

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)
(as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law
on 21 June 1985)

CHAPTER I - GENERAL PROVISIONS

Article 1 - Scope of application*

- (1) This Law applies to international commercial** construction of works; consulting; engineering licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road. arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.
- (2) The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.
- (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 determined 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.

(5) This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.

Article 2 - Definitions and rules of interpretation

For the purposes of this Law:

(a) "arbitration" means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;

(b) "arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;

(c) "court" means a body or organ of the judicial system of a State;

(d) where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;

(e) where a provision of this Law refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties; such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;

(f) where a provision of this Law, other than in articles 25 (a) and 32 (2) (a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counter-claim.

Article 3 - Receipt of written communications

(1) Unless otherwise agreed by the parties:

(a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;

(b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4 - Waiver of right to object

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5 - Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

Article 6 - Court or other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3),14,16 (3) and 34 (2) shall be performed by ...
[Each State enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.]

CHAPTER II - ARBITRATION AGREEMENT**Article 7 - Definition and form of arbitration agreement**

(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.

(2) 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 statements 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.

Article 8 - Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is real and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9 - Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III - COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10 - Number of arbitrators

(1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

(2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11 - Appointment of arbitrators

(1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.

(2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.

(3) Failing such agreement,

(a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

(a) a party fails to act as required under such procedure, or

(b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure,

any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) and (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12 - Grounds for challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13 - Challenge procedure

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party which intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14 - Failure or impossibility to act

(1) If an arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

(2) If, under this article or article 13 (2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12 (2).

Article 15 - Appointment of substitute arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV - JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL**Article 16 - Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction**

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no

appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 17 - Power of arbitral tribunal to order interim measures

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

CHAPTER V - CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18 - Equal treatment of parties

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

Article 19 - Determination of rules of procedure

(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Article 20 - Place of arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21 - Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22 - Language

(1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23 - Statements of claim and defence

(1) Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24 - Hearings and written proceedings

(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

(3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25 - Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

(a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23 (1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;

(b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23 (1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;

(c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26 - Expert appointed by arbitral tribunal

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal

(a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;

(b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27 - Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI - MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS**Article 28 - Rules applicable to substance of dispute**

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29 - Decision-making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of

procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30 - Settlement

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

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

Article 31 - Form and contents of award

(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitrator proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20 (1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32 - Termination of proceedings

(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

(2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when:

(a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;

(b) the parties agree on the termination of the proceedings;

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34 (4).

Article 33 - Correction of interpretation of award; additional award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

(a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any error in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;

(b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1) (a) of this article on its own initiative within thirty days of the day of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII - RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34 - Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(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

(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.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received that award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

CHAPTER VIII - RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35 - Recognition and enforcement

(1) 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.

(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.***

Article 36 - Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(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 arbitrator 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 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, 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

(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.

(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.

Note**Endnotes**

* Article headings are for reference purposes only and are not to be used for purposes of interpretation.

** The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing;

*** 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.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวนริลักษณ์ แพไชยภูมิ เกิดเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2521 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ จากนั้นได้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาตรี ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สำเร็จการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม อันดับสอง) เมื่อปีการศึกษา 2543 และ หลังจากสำเร็จการศึกษาแล้ว ได้เข้าทำงานในตำแหน่งนายความ ฝ่ายกฎหมาย ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) สำนักงานใหญ่ พร้อมกับศึกษาต่อที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน และ ธุรกิจ ปัจจุบันได้รับทุนรัฐบาล (ก.พ.) จากกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ไปศึกษาต่อ ณ ประเทศอังกฤษ



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย