

บทที่ 1



บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในยุคโลกาภิวัตน์ที่มีการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจและสังคมค่อนข้างสูงประเทศหนึ่ง ส่งผลให้มีการเติบโตอย่างรวดเร็วทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ¹ ในรอบทศวรรษที่ผ่านมาประเทศไทยมีการขยายตัวทางการค้าและอุตสาหกรรม การลงทุนทั้งภายในและระหว่างประเทศมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ระบบเศรษฐกิจมีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว และเปิดกว้างสู่นานาชาติมากขึ้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงต้องปรับตัวให้พร้อมในทุก ๆ ด้าน เพื่อให้ทันกับความเจริญทางเศรษฐกิจของโลกและการแข่งขันทางด้านการค้าที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น สำหรับด้านกฎหมายทั้งภายในและระหว่างประเทศก็ถึงเวลาที่จะต้องปฏิรูปเพื่อให้สอดคล้องและส่งเสริมเศรษฐกิจการค้าของโลก

เมื่อมีการติดต่อสัมพันธ์ทางการค้า การอุตสาหกรรม การลงทุน ทั้งภายในและระหว่างประเทศมากขึ้น ย่อมเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญามากขึ้นตามลำดับ องค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในการเอื้ออำนวยต่อการเจริญเติบโตทางการค้าพาณิชย์ อุตสาหกรรม และการลงทุน ก็คือการระงับข้อพิพาทหรือแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งที่รวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพ และให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย วิธีการระงับข้อพิพาทหรือการแก้ไขปัญหาคข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาชนรวมทั้งภาครัฐและเอกชน มีด้วยกันหลายวิธี คือ

¹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ," ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (เล่ม 2) พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : บี เจ พลท โปรเซสเซอร์), หน้า 305.

1. การเจรจาต่อรอง (Negotiation) วิธีนี้คู่สัญญาหันหน้าเข้าหากันเพื่อแก้ไขปัญหาคือข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องหาคนกลางมาเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาท
2. การไกล่เกลี่ย (Mediation) เป็นการระงับข้อพิพาท โดยตั้งบุคคลที่สามและชักจูงให้คู่พิพาทเจรจากันในลักษณะแนะนำ ซึ่งคู่พิพาทไม่ถูกผูกมัดให้ปฏิบัติตาม²
3. การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) วิธีนี้ใช้การตั้งบุคคลที่สามมาทำหน้าที่ประนอมข้อพิพาท และผู้ประนอมข้อพิพาทอาจเสนอความเห็นของตนให้คู่พิพาทพิจารณาเพื่อปฏิบัติตาม หากคู่พิพาทคล้อยตามก็จะเกิดสัญญาประนีประนอมยอมความ³
4. การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการที่คู่สัญญาตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) ไม่ว่าจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนทำหน้าที่เป็นคนกลางตัดสินหรือชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่เป็นเสมือนกึ่งตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาท โดยคู่พิพาทสามารถใช้อำนาจของรัฐศึของศาลศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดได้
5. การนำคดีขึ้นสู่ศาล (Litigation) กรณีนี้เป็นเรื่องปกติทั่วไป คู่สัญญามักจะใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมายเมื่อไม่อาจบังคับกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

ระบบการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งในปัจจุบันที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในวงการค้าทั้งภายในและระหว่างประเทศว่ามีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม คู่สัญญามักจะกำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) ไว้ในสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน หรือเป็นสัญญาแยกต่างหาก (arbitration agreement) อยู่เสมอ เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจึงเป็นระบบการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นที่รู้จักแพร่หลายในปัจจุบันทั้งในและต่างประเทศ

² ดู พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แพรว, 2536), หน้า 94.

³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 33.

การที่คู่สัญญานิยมการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมากกว่าการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสืบเนื่องจากเหตุผลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้⁴

(1) การดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญามีสิทธิเลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่ตัดสินหรือชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งมีความรู้ความเข้าใจและมีประสบการณ์เชี่ยวชาญเกี่ยวกับปัญหาที่พิพาท (Expertise) ซึ่งเป็นปัญหาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะยุ่งยากซับซ้อน บางกรณีต้องคำนึงถึงจารีตประเพณีทางการค้าหรือการประกอบธุรกิจประเภทนั้น ๆ แต่การดำเนินคดีในชั้นศาล คู่สัญญาไม่อาจเลือกผู้พิพากษามาตัดสินคดีได้

(2) กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลยุ่งยากซับซ้อน มีขั้นตอนมาก และไม่ยืดหยุ่น การดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการสามารถตกลงวิธีดำเนินการกระบวนการพิจารณาได้มีความยืดหยุ่นและให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีที่พิพาทเท่าเทียมกัน (Impartiality) และไม่เป็นพิธีการ (informality)

(3) การดำเนินคดีในชั้นศาลจะดำเนินการโดยเปิดเผยตรงข้ามกับการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำโดยลับ (Confidentiality or Privacy) ดังนั้น การดำเนินคดีในศาลทำให้มีบุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องล่วงรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความลับในทางธุรกิจของสัญญา ส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการมีเฉพาะคู่สัญญาและผู้เกี่ยวข้องเท่านั้นเข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา สำหรับบุคคลภายนอกอื่น ๆ จะสามารถเข้าฟังการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาก่อน

(4) ศาลมักตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายภายในประเทศโดยไม่คำนึงถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ระบุในสัญญาให้ใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือจารีตประเพณีทางการค้าที่มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจ⁵

⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, "การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ," วารสารนิติศาสตร์ 15, 2 (13 มิถุนายน 2528) : 36-78, Schmitthoff, M. Clive. The Law and Practice of International Trade, 9th ed., (London : Sweet & Maxwell, 1993), p. 647.

⁵ ธาดา ศาสตร์สาธิต, "พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 V. ข้อพิพาทแรงงาน," วารสารศาลแรงงาน. 7, 11 (พ.ย.2530) : 5-6.

(5) ภาษาที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ต้องใช้ภาษาไทย หากเป็นภาษาอื่นต้องมีการแปล คู่สัญญาไม่อาจตกลงให้ใช้ภาษาอื่น ๆ ได้ แต่ในชั้นอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันให้ใช้ภาษาใด ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

(6) การบังคับตามคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากกรณีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสัญชาติแตกต่างกัน การบังคับตามคำพิพากษาในประเทศอื่นไม่อาจกระทำได้ หากไม่มีสนธิสัญญาระหว่างกัน เพราะคำพิพากษาเป็นอธิปไตยหนึ่งของรัฐ ซึ่งประเทศอื่น ๆ จะไม่บังคับให้ แต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ประเทศต่าง ๆ ถึง 121 ประเทศได้เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2501 (ค.ศ.1958) * ซึ่งประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาคีจะต้องบังคับให้ตามพันธกรณี

จากเหตุผลดังกล่าวมา บุคคลที่มีข้อพิพาทโดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการธุรกิจการค้า ทั้งในและระหว่างประเทศจึงหันมาใช้วิธีอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน เพราะสามารถบังคับคำชี้ขาดได้เกือบทั่วโลก (Enforcibility) ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เป็นการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็ว มีประสิทธิภาพ สามารถรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีและความลับทางธุรกิจไว้ได้ รักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมิให้เสียไป เหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาทที่ยุ่งยากซับซ้อนในทางธุรกิจ เพราะบุคคลที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทคืออนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีสามารถแต่งตั้งผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาธุรกิจนั้น ๆ ช่วยบรรเทาคดีชั้นศาล และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการย่อมสมประโยชน์

* ประเทศที่เข้าเป็นภาคีในปี 1998 มี 5 ประเทศ คือ

- (1) เนปาล เข้าเป็นภาคีเมื่อ 4 มีนาคม 1998
- (2) ลาว เข้าเป็นภาคีเมื่อ 14 เมษายน 1998
- (3) โมซัมบิก (Mozambique) เข้าเป็นภาคีเมื่อ 11 มิถุนายน 1998
- (4) เลบานอน เข้าเป็นภาคีเมื่อ 11 สิงหาคม 1998
- (5) โมลโดวา (Moldova) เข้าเป็นภาคีเมื่อ 18 กันยายน 1998

ของคู่กรณีเพราะสามารถกำหนดวิธีพิจารณาได้⁶ ไม่ว่าจะโดยการใช้ข้อบังคับ (Rules) ของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดแห่งหนึ่งหรือข้อบังคับซึ่งกำหนดขึ้นเฉพาะไว้ใช้กับกรณีพิพาทในเรื่องนั้น ๆ เอง

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพส่วนหนึ่งย่อมขึ้นอยู่กับสถาบันที่จัดการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัจจุบันมีอยู่หลายสถาบันในประเทศไทย เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย สมาคมประกันวินาศภัย ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย กรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ ฯลฯ มีข้อพิจารณาว่า สถาบันเหล่านี้มีวิธีดำเนินการที่มีประสิทธิภาพเพียงใด ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) ของสถาบันนั้น ๆ มีความสมบูรณ์และมีมาตรฐานเพียงใด เพราะข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนั้นเปรียบเสมือนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในศาล สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ย่อมจะต้องมีข้อบังคับของแต่ละสถาบัน ต้องระมัดระวัง ความเชื่อถือและการยอมรับจากประชาชนทั้งในและต่างประเทศ โดยมีวิธีการดำเนินการที่มีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับเชื่อถือ มีประสิทธิภาพ อีกส่วนหนึ่งที่มีความสำคัญมากเช่นกัน คือ พิจารณากฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่ามีส่วนเกี่ยวข้องต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้ระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับและเชื่อถือในวงการธุรกิจ อุตสาหกรรม การค้า การลงทุนทั้งภายในและระหว่างประเทศ จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงพัฒนากฎหมายให้เกี่ยวข้องต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งในและระหว่างประเทศ

ปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการอยู่ 3 ฉบับ ดังนี้

(1) โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาด ลงนาม ณ เจนีวา เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 1923 (พ.ศ. 2466) [Protocol on Arbitration Clauses League of Nations, Geneva, 1923] มีสาระสำคัญอยู่ที่การยอมรับนับถือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คนในบังคับของประเทศที่เป็นภาคีแห่งโปรโตคอลนี้กระทำไว้ต่อกัน ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันแก่ความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ และได้ตรากฎหมายภายในรองรับตั้งแต่วันที่ 15 กุมภาพันธ์

⁶ ธาดา ศาสตรสาธิต, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 V. ข้อพิพาทแรงงาน, หน้า 6.

2473 คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด พุทธศักราช 2477⁷

(2) อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ลงนาม ณ เจนีวา เมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1927 (พ.ศ. 2470) [Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, League of Nations, Geneva, 1927] มีสาระสำคัญอยู่ที่การให้ความยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สืบเนื่องมาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในบังคับของโปรโตคอลฉบับ ค.ศ. 1923 ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2474 และได้มีพระบรมราชโองการ ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 กันยายน 2474 แต่มิได้มีการประกาศด้วยบทของอนุสัญญาในราชกิจจานุเบกษาแต่อย่างใด⁸

(3) อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน 2501 (ค.ศ.1958) [Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, New York, 1958] มีสาระสำคัญ เพื่อขยายขอบเขตการให้ความยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศให้กว้างขวางและสะดวกรวดเร็วขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับ ค.ศ. 1927 ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2502 และมีผลผูกพันประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม 2503 เป็นต้นมา มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งมีได้ประกาศด้วยบทของอนุสัญญาดังกล่าวไว้ในราชกิจจานุเบกษาด้วยเช่นกัน⁹

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 47, 15 กุมภาพันธ์ 2473, หน้า 308. ซึ่งในอารัมภบทของพระราชบัญญัติ ฯ ใช้ว่า "โดยที่กรุงสยามได้ให้สัตยาบันโปรโตคอลระวางประเทศว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดฉบับลงวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2466 (ค.ศ. 1923) แล้ว" ซึ่งในปัจจุบัน Protocol จะแปลเป็นภาษาไทยว่า "พิธีสาร" ไม่ได้ใช้ทับคำศัพท์เช่นนี้

⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 48, 13 กันยายน 2474, หน้า 296.

⁹ ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับกฤษฎีกา) เล่ม 77 ตอน 25, 29 มีนาคม 2503, หน้า 247.

เรื่องอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับปัญหาในประเทศไทยก็ต่อเมื่อมีการอ้างเอาสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศมาบังคับในประเทศไทย ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (arbitral award) นั้น จะเป็นที่ยอมรับนับถือและบังคับกันได้ตามกฎหมายไทยหรือไม่ เพียงใด ซึ่งโดยหลักแล้วการให้ความยอมรับนับถือและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มักกระทำกันบนรากฐานแห่งความตกลงระหว่างประเทศ ในรูปของสนธิสัญญา (treaty) หรืออนุสัญญา (convention) คือต้องมีความตกลงระหว่างประเทศของคู่กรณีที่มีพิพาทเสียก่อน ไม่ว่าจะเป็กรูปของสนธิสัญญาสองฝ่ายหรืออนุสัญญาหลายฝ่าย เมื่อมีความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวแล้ว ประเทศภาคีแต่ละประเทศต่างก็จะไปจัดให้มีกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีอยู่ตามข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น ว่าจะให้ความยอมรับนับถือและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำในประเทศภาคีแค่นั้นเพียงไร¹⁰ ซึ่งประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายภายในคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา และอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กดังกล่าว ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 32 และ 34

การอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาและความสมัครใจของคู่สัญญาว่าจะใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาที่ได้ทำไว้ต่อกันไม่ว่าจะเป็นเรื่องใดก็ตาม ในทางแพ่งและพาณิชย์ เช่น การก่อสร้าง การซื้อขาย การจ้าง การขนส่ง เป็นต้น ไม่ว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการภายในและระหว่างประเทศ ซึ่งการนำกรณีพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ปัจจุบันมีหน่วยงานที่มีลักษณะเป็นสถาบัน (Institutional Arbitration) อยู่หลายแห่ง เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย สมาคมประกันวินาศภัย ดังกล่าวแล้วที่สามารถบริการโดยให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ และในต่างประเทศก็มีสถาบันต่าง ๆ ที่ดำเนินการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ โดยมีกฎข้อบังคับ (Rules) ของสถาบันนั้น ๆ เอง สำหรับดำเนินการกระบวนการพิจารณา เช่น หอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce-ICC) ในฝรั่งเศส สมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา (American Arbitration Association-AAA)

¹⁰ จิตติ ดิงศภัทิย์, "ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," บทบัณฑิตย 46,2 (มิถุนายน 2533) : 38.

ในนครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา และสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งลอนดอน (London Court of International Arbitration-LCIA) ในอังกฤษ เป็นต้น กรณีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่สถาบัน หรือที่เรียกว่าการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) โดยคู่กรณีเป็นผู้กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา ภาษาที่ใช้ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธีดำเนินกระบวนการพิจารณา จนกระทั่งหลักเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาด

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะมีลักษณะของสัญญาและความสมัครใจแล้ว ยังเป็นกระบวนการในการวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท แต่ไม่มีอำนาจที่จะบังคับตามสัญญาและคำชี้ขาด จึงต้องอาศัยความช่วยเหลือร่วมมือจากศาล ซึ่งในการขอความช่วยเหลือจากศาลในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยการจำหน่ายคดีตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน ทั้งนี้ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หากไม่ปรากฏความไม่ถูกต้องของสัญญา หรือไม่มีเหตุปฏิเสธไม่ให้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลเข้ามามีบทบาทในการรักษาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในบทบัญญัติมาตรา 18 เป็นการอาศัยอำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยาน การให้พยานสาบานตน การให้ส่งเอกสารหรือวัตถุต่าง ๆ การใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี ในระหว่างการพิจารณาและการให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งการสั่งให้มีการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณานั้น ต้องไม่ไปทำลายให้ไปสู่นอกระบบอนุญาโตตุลาการ ในส่วนของการบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 23 และตามมาตรา 24 ศาลก็เข้ามามีบทบาทในการรักษาเจตนารมณ์ของคู่กรณีในการไต่สวนคำร้อง เมื่อมีคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดหรือมีการไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ศาลรักษาเจตนารมณ์โดยการพิพากษาไปตามคำชี้ขาด ส่วนการแก้ไขคือการสั่งปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดต้องปรากฏว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำ หรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของนานาประเทศ ถือแนวเดียวกันว่า ศาลจะไม่ทบทวน (Review) ลาระของคำชี้ขาด เว้นแต่คำชี้ขาดมีลักษณะที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ¹¹

¹¹ เอนก ครีสนิท, "การตั้งอนุญาโตตุลาการ," บทบัญญัติ 47, 3 (ก.ย. 2534) : 34

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานพอสมควรแล้ว ไม่มีบทบัญญัติต่าง ๆ หลายเรื่องที่จะช่วยส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพ ไม่ว่าในเรื่องการแยกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก (separability) อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่ (competence de la competence) อำนาจในการรวมพิจารณาดี ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ (immunity) จากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีและความรับผิดชอบเนื่องจากการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติในการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว รวมทั้งการยกเลิกคำชี้ขาด (setting aside of award) ซึ่งบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] Model Law on International Commercial Arbitration)

ทฤษฎีและแนวคิดที่จะให้การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นระบบของเอกชนที่สมบูรณ์เด็ดขาดยังไม่อาจเป็นไปได้¹² ศาลยังคงต้องเข้ามาช่วยเหลือและให้ความร่วมมือในบางเรื่องที่สำคัญ ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปดำเนินการ บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศ ทั้งในบทบัญญัติของกฎหมายและความเห็นของนักกฎหมาย ยังมีความแตกต่างกันอยู่ว่าศาลจะเข้าไปแทรกแซงไม่ว่าจะโดยการช่วยเหลือ สนับสนุน ควบคุม และส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการได้เพียงใด ในขั้นตอนใด จึงจะเป็นการเหมาะสม ซึ่งบทบาทที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศก็เพราะแนวคิดและความจำเป็นของแต่ละประเทศ เนื่องจากกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐที่ร่างขึ้นมาบังคับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งแนวความคิดทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ เมื่ออนุญาโตตุลาการเป็นเอกชนไม่มีอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณามีประสิทธิภาพและเป็นไปอย่างถูกต้อง จึงเป็นที่ยอมรับกันมานานานาประเทศว่า ประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ

¹² เอนก ศรีสนธิ, "บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ," เอกสารประกอบการสัมมนา (อัสส์น่า), สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 17 - 18 มีนาคม 2540 : 1.

จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือที่แน่นนอนจากศาล¹³ ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและการอนุญาโตตุลาการจึงได้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ซึ่งมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือมีการนำคำชี้ขาดไปขอใช้บังคับ ซึ่งความสัมพันธ์ที่สำคัญที่สุดและเกี่ยวพันโดยตรงกับประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็คือ บทบาทของศาลหลังมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในการบังคับตามคำชี้ขาด แต่บทบาทที่สำคัญในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา และก่อนดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวของคู่กรณีก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดอาจจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ หากทรัพย์สินของฝ่ายแพ้คดีอนุญาโตตุลาการไม่ปรากฏ เนื่องจากได้ถูกยกย้ายถ่ายเทจนไม่มีเหลืออยู่

สำหรับบทบาทของศาลกับการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งมีการพัฒนามากฎหมายอนุญาโตตุลาการล่าสุด เมื่อปี 2539 ได้มีบทบัญญัติว่า ศาลอังกฤษจะไม่เข้าแทรกแซง (intervene) กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยมีการบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศ มีบทบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับโดยพักกระบวนการพิจารณาในศาล (Stay of Proceedings) บทบัญญัติในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign award) นอกจากนี้ยังมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (separability of the arbitration clause) และเรื่องอำนาจในการพิจารณาประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Kompetenz - Kompetenz)¹⁴

ส่วนในประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) หรือระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ต่างก็มีบทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่จะให้ศาลเข้าไปส่งเสริม สนับสนุน ช่วยเหลือ ควบคุม การอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพต่างกันเพียงบทบาทที่มีอาจจะมากหรือน้อยหรืออยู่ในระดับปานกลาง ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐ

¹³ Redfern A., Hunter M., Law and Practice on International Commercial Arbitration. 2nd ed., (London : Sweet & Maxwell, 1991), p. 306.

¹⁴ Veeder, V.V., "England" in ICCA Yearbook Commercial Arbitration (Kluwer Law International) Vol. 21 - 1996, pp. 371 - 372.

จารีตประเพณี และพัฒนาการของกฎหมายอนุญาตตุลาการที่ผ่านมา¹⁵ แนวคิดและการพัฒนา
กฎหมายอนุญาตตุลาการของไทยควรให้ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและกระบวนการอนุญาตตุลาการ
อยู่บนพื้นฐานของความร่วมมือและช่วยเหลือกันโดยสถาบันศาลเป็นหน่วยงานสนับสนุนให้การ
อนุญาตตุลาการเป็นไปโดยเรียบร้อย ถูกต้อง และมีประสิทธิภาพอันจะเป็นการส่งเสริมให้มีการใช้วิธี
อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมากขึ้นและเป็นการแบ่งเบาภาระคดีที่มีมาสู่ศาลได้ทางหนึ่ง

วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน
2. เพื่อให้ทราบถึงความสำคัญทางนิติบัญญัติ ของกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการว่าเป็นเครื่องมือที่มีส่วนสำคัญยิ่งในการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการควบคู่กับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม
3. เพื่อศึกษาถึงสถาบันต่าง ๆ ที่ดำเนินการด้านอนุญาตตุลาการ เพื่อค้นหาปัญหาอุปสรรค ข้อขัดข้องกับสภาพการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530
4. เพื่อศึกษาถึงพัฒนาการทางกฎหมายอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยการนำแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ มาช่วยสนับสนุนมาตรการทางกฎหมายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น
5. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ของกฎหมายโดยศึกษาวิเคราะห์ถึงความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ให้มีความเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน

ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ในการวิจัยเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ จะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงวิวัฒนาการของการ
ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พันธกรณีในประเทศไทยเข้าผูกพัน
ตามอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการของ
ประเทศต่าง ๆ และของประเทศไทย โดยจะพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ
เกี่ยวกับการดำเนินการด้านอนุญาตตุลาการทั้งในและต่างประเทศ โดยเฉพาะความสัมพันธ์

¹⁵ เสาวนีย์ อัครโรจน์, "บทบาทของศาลในการอนุญาตตุลาการ" ในรวมบทความ
และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เทอร์ฟอค กราฟฟิค กรุ๊ป,
2535), หน้า 77.

ระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการ เพื่อค้นหาปัญหา อุปสรรค ข้อขัดข้อง ทางกฎหมายและแนวปฏิบัติ และหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น รวมทั้งจะศึกษาถึงแนวคิดและหลักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อหาแนวทางในการเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสม ในเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวของคู่กรณีทั้งก่อนและระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ บทบาทของศาลและอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจในการพิจารณาของตน รวมถึงความรับผิดชอบและความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการ

วิธีการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยจะใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นการพรรณนาและวิเคราะห์ควบคู่กันไป โดยการค้นคว้า รวบรวมข้อมูล เอกสารจากตำรา วารสาร บทความกฎหมาย รายงานการวิจัย รายงานการสัมมนา บันทึกการประชุม และสิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้มีความรู้ความเข้าใจในระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งในและระหว่างประเทศในเรื่องแนวคิดและกฎหมาย ทราบถึงปัญหา อุปสรรค ข้อขัดข้อง ในการดำเนินการชั้นอนุญาโตตุลาการ ข้อบกพร่องของกฎหมายและมาตรการบังคับใช้กฎหมาย อันจะเป็นแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายหรือเพิ่มเติมมาตรการที่จำเป็นในโอกาสต่อไป รวมทั้งจะเป็นประโยชน์ต่อนิสิตนักศึกษา และผู้ที่สนใจในกฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และพัฒนาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

1. ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ หรือทฤษฎีเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นจากในอดีตช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์มีอำนาจสูงสุด โดยยุทธศาสตร์เป็นรัฐอธิปไตย (sovereign) หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐสามารถใช้อำนาจในทุกด้านรวมถึงการระงับข้อพิพาท ต่อมาจึงมีการคิดสร้างหลักการเพื่อถ่วงดุลของยุทธศาสตร์ที่ไม่ตั้งอยู่ในทศพิศราชธรรม พัฒนามาเป็นทฤษฎีสัญญาประชาคม (Theory of Social Contract) ที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและไม่สามารถตกลงกันได้ก็ใช้วิธีการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งเป็นการ

ใช้อำนาจรัฐทางหนึ่ง โดยเอกชนไม่มีอำนาจในการดำเนินการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น การระงับข้อพิพาททางแพ่งเป็นอำนาจของตุลาการโดยอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของข้อยกเว้นซึ่งกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ข้อพิพาทใดที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในรัฐและเป็นเรื่องของเอกชนโดยตรง รัฐก็อาจยอมให้เอกชนไปดำเนินการชี้ขาดข้อพิพาทกันเองได้โดยการตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรม แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่รัฐกำหนดไว้ ซึ่ง ดร. อนันต์ จันทโรภากร กล่าวไว้ว่า “อำนาจของอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ส่วนขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่จะมีการบังคับคำชี้ขาดทั้งสิ้น ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายของรัฐใดที่ใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็น “applicable law” เพื่อยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ หรือให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือยอมรับที่จะให้คำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับได้แล้วอนุญาโตตุลาการก็ไม่มี ความหมาย และไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณี หากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่เพียงใดขึ้นอยู่กับรัฐเท่านั้น”¹⁶

ทฤษฎีนี้ถือว่า บทบาทของอนุญาโตตุลาการเกิดจากกฎหมายภายในของรัฐ ทำหน้าที่คล้ายศาลคือมีลักษณะกึ่งศาล (quasi-judicial) โดยอนุญาโตตุลาการแต่งตั้งโดยการตกลงของคู่กรณี แต่ศาลหรือผู้พิพากษาแต่งตั้งจากรัฐโดยตรง ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นจากการมอบอำนาจของรัฐให้แก่เอกชนในการระงับข้อพิพาทภายในขอบเขตที่กำหนดให้ การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นการทำหน้าที่แทนรัฐ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจึงควรมีสถานะเช่นเดียวกับคำพิพากษาและสามารถบังคับได้ตามกฎหมายของรัฐ เมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ต้องใช้อำนาจศาล ฉะนั้น การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจึงยังคงเป็นอำนาจของรัฐเพราะสามารถเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการชี้ขาด ประเทศที่ยึดถือทฤษฎีนี้ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐค่อนข้างเคร่งครัดจะมีบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับบทบาทของศาลในการควบคุมการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการโดยศาลจะมีบทบาทมาก

¹⁶ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 20 - 21.-

2. ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ตามความคิดของ Natural Law การทำสัญญาอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพของสัญญา (Freedom of Contract) ทุกคนสามารถก่อให้เกิดสัญญาได้โดยอิสระตามเจตนาของตน มีเสรีภาพในการกำหนดรูปแบบเนื้อหาของสัญญา หลักเสรีภาพและเจตนาในการทำสัญญามีอิทธิพลในการบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เพราะเป็นที่ยอมรับแม้แต่ประเทศไทยก็ยังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁷ หลักของความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ทำให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ กฎหมายยอมรับผลผูกพันตามสัญญาและยอมรับบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญามีอิสระในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน อนุญาตตุลาการต้องพิจารณาความประสงค์ของคู่สัญญาตามที่ปรากฏในสัญญาว่าจะให้ใช้กฎหมายใด หากไม่ปรากฏในสัญญา กฎหมายที่จะนำมาบังคับถึงวิธีดำเนินการพิจารณาและทำคำชี้ขาดก็ควรเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญานั้น ทฤษฎีนี้จะไม่ให้ความสำคัญแก่กฎหมายภายใน เพราะสร้างแนวความคิดที่ว่า การอนุญาตตุลาการโดยเฉพาะในทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับระบบกฎหมายภายในของประเทศใดทั้งสิ้น ที่มาของอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทมาจากเจตนาของคู่กรณี คือสัญญาหรือข้อตกลงที่มีระหว่างกัน เมื่อทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาตตุลาการไม่ควรอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศใด จึงปรากฏคำที่แสดงถึงความไม่เกี่ยวข้องกับประเทศใด ๆ ว่า Transnational, A-national, Non-national หรือ International

ทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจรัฐที่จะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาตตุลาการโดยถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสมัครใจและมีเจตนาร่วมกัน รัฐจึงไม่ควรมายุ่งเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีให้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท จึงไม่ใช่เป็นเรื่องได้รับอำนาจจากรัฐ แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎีนี้ก็มิได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง โดยในการดำเนินการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการจนกระทั่งมีคำชี้ขาด อนุญาตตุลาการจะมีอิสระมากศาลจะเข้ามามีบทบาทน้อยโดยจะเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะที่จำเป็นเท่านั้น เช่นในการดำเนินการพิจารณาในบางกรณีที่ต้องอาศัยกฎหมายภายในบังคับ หรือการบังคับตามคำชี้ขาด

¹⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, เล่ม 1 พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505, หน้า 14.

เป็นที่ยอมรับในหลักที่ว่า หากรัฐไม่อนุญาตให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการก็อาจไม่บังคับสำหรับข้อตกลงของคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหากขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁸

3. ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐหรือทฤษฎีเขตอำนาจ และทฤษฎีสัญญา ต่างก็ปรากฏข้อบกพร่องจึงปรากฏทฤษฎีนี้ขึ้นโดยนำข้อดีของทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวมาใช้อย่างผสมผสาน กล่าวคือ ข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ดี รูปแบบและวิธีการดำเนินการหรือสถานที่ในการดำเนินการก็ดี ล้วนแต่เป็นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นเรื่องที่คุณสัญญาสามารถตกลงกันได้ซึ่งสนับสนุนทฤษฎีสัญญา แต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องมีขั้นตอนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความภายใต้กฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ โดยรัฐต้องเข้ามาควบคุมด้วย นอกจากนี้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมักจะเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการและมีคำชี้ขาดจึงต้องนำหลักกฎหมายของประเทศนั้นหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้บังคับ อันเป็นการสนับสนุนทฤษฎีที่ถือว่า การชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐหรือทฤษฎีเขตอำนาจ

ลักษณะสำคัญของทฤษฎีนี้ยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการยังต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายภายในของรัฐ รัฐต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพราะหากมีปัญหาเกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือจากการบังคับตามคำชี้ขาด ศาลก็ต้องพิจารณาตามกฎหมายได้ว่ามีอำนาจพิจารณาและพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดได้ นอกจากนี้ยังยอมรับหลักของทฤษฎีสัญญาที่ว่า คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยวิธีการที่สะดวก รวดเร็ว และมี

¹⁸ Lew, D.M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration. (New York : Oceana Publications, Inc, 1978) pp. 54-57 และดู พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, "การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี". ในรวมบทความ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1. (กรุงเทพมหานคร : เพอร์เฟคกราฟฟิคกรุ๊ป, 2535), หน้า 7-8.

ประสิทธิภาพ เพราะเล็งเห็นปัญหาอุปสรรคความล่าช้าจากการดำเนินคดีในชั้นศาล ซึ่งได้แก่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอันเป็นเรื่องของเอกเทศสัญญา ซึ่งถือเป็นกระบวนการด้านกฎหมายเอกชน สัญญาเกิดขึ้นจากเจตนาและข้อตกลงของคู่กรณี แต่อনุญาตตุลาการไม่มีอิสระในการดำเนินกระบวนการและชี้ขาดเพราะต้องพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินการพิจารณาข้อพิพาท นอกจากนี้กรณีจำเป็นต้องอาศัยอำนาจศาลในการดำเนินกระบวนการ เช่น การออกหมายเรียกพยาน ให้นำบุคคลไปส่งพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ การขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวในระหว่างพิจารณา การให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย รวมทั้งความจำเป็นในการต้องขอบังคับตามคำชี้ขาดเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ยิ่งปรากฏชัดว่า ศาลเข้ามามีบทบาทหรือเข้ามามีอำนาจในการดำเนินการชั้นอนุญาตตุลาการ โดยศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดหากเห็นว่า คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย

4. ทฤษฎีเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นเพราะความจำเป็นในทางปฏิบัติ โดยกฎหมายเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นตามหลังการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากการเสนอให้ระงับข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการมีมาก่อนที่ประเทศต่าง ๆ จะตรากฎหมายเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการมาบังคับใช้ ทฤษฎีนี้เห็นว่า การอนุญาตตุลาการมิได้เกิดขึ้นเนื่องจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ หรือทฤษฎีสัญญา แต่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมเป็นที่นิยมในการนำมาใช้ระงับข้อพิพาททางการค้า สำหรับคำชี้ขาดที่สามารถนำมาบังคับได้นั้นไม่ใช่เรื่องการมอบอำนาจของรัฐหรือเรื่องสภาพของสัญญา แต่เป็นเพราะความจำเป็นและลักษณะธรรมชาติที่จะให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยอมรับสิทธิและเสรีภาพของคู่สัญญาในการตกลงข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ

จุดมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ก็เพื่อให้สถาบันอนุญาตตุลาการแยกออกมาจากการควบคุมของกฎหมายภายในของรัฐ ให้เป็นเรื่องอิสระของคู่กรณีที่จะตกลงกันในเรื่องใด ๆ ที่จะมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นรูปแบบ วิธีการในการดำเนินการ หรือสถานที่พิจารณา โดยจะใช้กฎหมายภายในของรัฐ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ประเพณีปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ หรือหลักความยุติธรรมโดยผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องนำ

หลักกฎหมายมาใช้ โดยอนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมมาใช้ให้เหมาะกับข้อพิพาท ผลของทฤษฎีนี้ทำให้มีการยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกว่า non-national, denationalised, a-national, transnational, stateless หรือ floating award เพราะเป็นคำชี้ขาดซึ่งเป็นผลมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่ไปขึ้นอยู่กับข้อตกลงเป็นพิเศษของคู่สัญญา¹⁹



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁹ Lew, D.M. Julian, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, pp. 59-61., อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 24-25. สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, "ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," ในรวมบทความ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : เพอร์เฟคกราฟฟิคกรุ๊ป, 2535), หน้า 114-115.