



1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การประกอบธุรกิจในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นการขายสินค้า การให้บริการ หรือมีทั้งสองรูปแบบควบคู่กันนั้นได้มีการพัฒนาและเติบโตอย่างรวดเร็ว ยิ่งเศรษฐกิจพัฒนาขึ้น ยิ่งทำให้รูปแบบของธุรกิจซับซ้อนมากขึ้น ย่อมทำให้มีโอกาสเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทได้มากขึ้นเช่นกัน และไม่เคยปรากฏว่ามีนักกฎหมายคนใดประสบความสำเร็จในการร่างสัญญาที่สามารถป้องกันข้อพิพาทได้ทุกแง่ทุกมุมและทุกกรณี¹

ปัญหา หมายถึง ข้อสงสัย, ข้อขัดข้อง²

ข้อพิพาท หมายถึง เนื้อความ หรือใจความของการโต้แย้งสิทธิ³

“ปัญหา” (Matter หรือ Issue) หรือ “ข้อพิพาท” (Dispute) นั้นย่อมไม่มีผู้ใดประสงค์หรือต้องการให้เกิดขึ้น แต่เป็นเรื่องที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะขนาดเล็ก ขนาดกลาง หรือขนาดใหญ่ ไม่ว่าจะจะเป็นธุรกิจภายในครัวเรือน หรือระหว่างบุคคลหรือองค์กร ไม่ว่าจะจะเป็นธุรกิจภายในประเทศ หรือระหว่างประเทศ ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงหนีจากปัญหาหรือข้อพิพาทได้ ต่างกันเพียงลักษณะของปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และวิธีการจัดการกับปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านั้น

เมื่อเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้นแล้วทุกคน ทุกองค์กรธุรกิจและทุกฝ่ายย่อมประสงค์ให้สามารถจัดการกับปัญหาหรือระงับข้อพิพาทนั้นได้โดยเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด เนื่องจากทราบดีว่าการจัดการกับปัญหาและการระงับข้อพิพาททุกรูปแบบมีค่าใช้จ่ายแอบแฝง (Hidden Cost) เช่น การที่ตนเอาผู้บริหารระดับค่อนข้างสูงถึงขนาดสามารถตัดสินใจแทนเข้าร่วม

¹ วิชัย อริยะนันทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ตุลพาห 44,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 107.

² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2544), หน้า 687.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 172 และ 789.

ในการเจรจา ทำให้สูญเสียโอกาสที่จะได้ใช้บุคคลนั้นทำงานนอกเงยอื่น ๆ⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาหรือข้อพิพาทระหว่างผู้ที่ทำการค้ากันมายาวนานจนมีความคุ้นเคยและไว้วางใจต่อกันแล้ว การจัดการกับปัญหาหรือระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นยังเป็นสิ่งที่ท้าทายในการหาทางจัดการหรือยุติให้ได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด

ดังนั้น เห็นได้ว่ากระบวนการยุติปัญหาและการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ที่รวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดจึงเป็นสิ่งจำเป็นและมีความสำคัญมากขึ้นในปัจจุบัน

อาจกล่าวได้ว่า ประเภทของปัญหาหรือข้อพิพาทที่จะพิพาทกันในสัญญาอันอาจแบ่งได้เป็นสามจำพวกใหญ่⁵ คือ

1. ข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมาย ซึ่งการพิพาทกันในเรื่องข้อกฎหมายนั้น มักมีข้อเท็จจริงเกี่ยวพันอยู่ด้วยเสมอ เนื่องจากปัญหากฎหมายเป็นเพียงการพิจารณาว่าในสถานการณ์หนึ่งซึ่งเป็นเรื่องข้อเท็จจริงนั้น จะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร⁶ และเป็นธรรมดาอยู่เองที่คู่สัญญาอยากจะให้คนที่มีความรู้ในเรื่องนั้นๆ ตัดสิน

2. ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของสินค้าและการกระทำ เป็นเรื่องข้อเท็จจริง ผู้ที่ตัดสินได้ดีที่สุดต้องได้แก่ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ซึ่งปกติไม่ใช่ นักกฎหมาย คู่สัญญาควรเลือกบุคคลหรือสถาบันที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ เป็นผู้ชี้ขาด

3. ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับราคา

ไม่ว่าจะเป็นปัญหาหรือข้อพิพาทจำพวกใดก็ตาม กระบวนการยุติปัญหาและวิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติของคู่กรณีทุกฝ่ายนั้น ต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

⁴ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 27-28.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17-18.

⁶ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, "การตีราคาทรัพย์สินเป็นปัญหาที่ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่," Thai Commerce 1,1 (มกราคม-มีนาคม 2549): 58.

1. เป็นธรรม กล่าวคือ ให้โอกาสแก่คู่กรณีทุกฝ่ายในการนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่างเต็มที่
2. รวดเร็ว กล่าวคือ สามารถทำให้ปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นสามารถยุติได้โดยใช้เวลาน้อยที่สุด หากยิ่งใช้เวลาสำหรับกระบวนการยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทมากเท่าใด ยิ่งทำให้ค่าใช้จ่ายแอบแฝง (Hidden Cost) ซึ่งหมายถึง การสูญเสียเวลา บุคลากรและโอกาสในการประกอบธุรกิจมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย
3. ประหยัด กล่าวคือ คู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายสำหรับกระบวนการนั้นน้อยที่สุดหรือเท่าที่จำเป็นเท่านั้น
4. มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ มีกระบวนการ หน่วยงานและบุคลากรที่สามารถบังคับกับฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามได้
5. สามารถรักษาความลับ กล่าวคือ กระบวนการยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทนั้นมีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้องน้อยที่สุด และไม่มีการเผยแพร่ไปยังบุคคลภายนอก ทั้งนี้ ส่วนหนึ่งเพื่อรักษาชื่อเสียงของคู่ความ และอีกส่วนหนึ่งเพื่อรักษาความลับทางการค้าไว้
6. สามารถรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความ กล่าวคือ คู่กรณีส่วนใหญ่จะต้องเกี่ยวข้องกันในทางการค้าต่อไป ดังนั้น นอกจากสามารถยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทได้แล้ว หากสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีและทำการค้าขายต่อไปได้ ย่อมทำให้คู่กรณีทุกฝ่ายพึงพอใจ

สำหรับประเทศไทย รูปแบบของการยุติปัญหาและการระงับข้อพิพาททางการค้านั้น แต่เดิมทำโดยให้พ่อค้าตัดสินกันเอง โดยอาศัยความยินยอมเป็นหลัก (Contractual Theory) และการที่รัฐยอมให้กระทำได้ ส่วนในปัจจุบัน รูปแบบทั่วไปที่ใช้ในการยุติปัญหาและการระงับข้อพิพาท คือ การดำเนินคดีทางศาล มีฝ่ายหนึ่งที่ถูกโต้แย้งสิทธิหรือที่เรียกว่า "โจทก์" นำคดีไปฟ้องอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า "จำเลย" ต่อศาล โดยต่างฝ่ายต่างนำเสนอพยานหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน และหักล้างข้อกล่าวอ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานดังกล่าวแล้วทำคำพิพากษา ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินคดีในศาลจะเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้

ข้อจำกัดประการสำคัญของการดำเนินคดีทางศาล ได้แก่ แบบพิธีและขั้นตอนในการดำเนินคดี กล่าวคือ การดำเนินคดีทางศาลนั้นมีขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติตามมากมาย ตั้งแต่การ

นำส่งสำเนาคำฟ้อง การยื่นคำให้การ การสืบพยาน การทำคำพิพากษา การอุทธรณ์และฎีกา ในแต่ละขั้นตอนคู่ความต้องอาศัยบุคคลเข้าทำหน้าที่แทน ที่เรียกว่า "ทนายความ" ซึ่งผู้เขียนในฐานะทนายความ พบว่า การดำเนินคดีทางศาลแต่ละขั้นตอนนั้นใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน โดยใช้ระยะเวลาประมาณ 1-2 ปี สำหรับการดำเนินคดีในศาลชั้นต้น และใช้ระยะเวลาในศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาอีกชั้นศาลละประมาณ 2-3 ปี เมื่อรวมระยะเวลาในการดำเนินคดีทางศาลตั้งแต่เริ่มต้นจนคดีถึงที่สุดที่ชั้นศาลฎีกา จะใช้ระยะเวลาประมาณ 5-8 ปี ซึ่งบางคดีอาจต้องใช้เวลามากกว่า ซึ่งหากเป็นปัญหาหรือข้อพิพาทในทางการค้าแล้ว นอกจากจะเสียเวลาดังกล่าวแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายทางธุรกิจในด้านอื่นอีกด้วย กล่าวคือ การเสียโอกาสค้าขายระหว่างคู่กรณี การเสียชื่อเสียง และเป็นที่แน่นอนว่า ยิ่งการดำเนินคดีทางศาล ใช้เวลานานเท่าใด คู่กรณียิ่งต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นตามไปด้วย และจนกระทั่งเมื่อมีคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว ก็อาจยังไม่เป็นที่พอใจของฝ่ายที่ชนะคดี หรือทั้งสองฝ่ายเลยก็ได้

ส่วนการยุติปัญหาและการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) นั้น หมายถึง การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นโดยไม่ใช้วิธีฟ้องคดีในศาล⁷ ซึ่งมีหลายรูปแบบ โดยอาจแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก เป็นการวินิจฉัยตัดสินประเด็นปัญหาของคู่กรณี เช่น การอนุญาโตตุลาการ และลักษณะที่สอง เป็นการเสนอหลักเกณฑ์แก่คู่กรณีเป็นทางเลือกให้สามารถทำความตกลงกันได้ เช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนอมข้อพิพาท การประนีประนอมยอมความ⁸ การระงับข้อพิพาททางเลือกส่วนใหญ่จะเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นทางการ โดยบุคคลที่สามอาจให้ความช่วยเหลือแก่คู่กรณีเพื่อให้สามารถยุติข้อพิพาทได้ เช่น ผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ประนอมข้อพิพาท นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ อาจนำรูปแบบดังกล่าวหลายกระบวนการหรือวิธีการมาใช้ร่วมกัน รวมทั้งอาจนำไปใช้ร่วมกับการดำเนินคดีทางศาลก็ได้

กล่าวโดยเฉพาะ "การอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งหมายถึง การระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณา และคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากการ

⁷ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 10.

⁸ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law International, 2003), pp. 9-10.

ระงับข้อพิพาทนั้น⁹ ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย หรือมีทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายผสมกันก็ได้¹⁰ การอนุญาตโตตุลาการเป็นหนึ่งในวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่บุคคลและองค์กรธุรกิจเลือกใช้เพื่อยุติปัญหาและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกันอย่างกว้างขวาง และส่วนใหญ่จะทำการอนุญาตโตตุลาการโดยผ่านสถาบันต่างๆ เช่น สถาบันอนุญาตโตตุลาการของสำนักงานศาลยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม หรือสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินคดีในการอนุญาตโตตุลาการจะเป็นไปตามข้อตกลงต่างๆ ที่คู่กรณีกำหนดไว้ โดยบางส่วนอาจกำหนดให้เป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันที่เป็นผู้ให้บริการ หรือให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ได้

ถึงแม้ว่าการอนุญาตโตตุลาการคู่กรณีมีอำนาจกำหนดรายละเอียดต่างๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ และส่วนใหญ่จะใช้ระยะเวลาตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงเมื่อมีคำชี้ขาดน้อยกว่าการดำเนินคดีทางศาล แต่การอนุญาตโตตุลาการก็มีข้อจำกัดประการสำคัญ ได้แก่ เรื่องค่าใช้จ่าย กล่าวคือ คู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายแก่สถาบันที่ให้บริการ ค่าปฎิบัติการของผู้ที่เป็นอนุญาตโตตุลาการฝ่ายตนเอง ค่าปฎิบัติการของผู้ที่เป็นอนุญาตโตตุลาการที่เป็นคนกลาง และอาจรวมถึงค่าปฎิบัติการของผู้ที่เป็นอนุญาตโตตุลาการฝ่ายคู่กรณีด้วย ในกรณีที่คู่กรณีไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการเอง นอกจากนี้ เนื่องจากผู้ที่เป็นอนุญาตโตตุลาการมักจะเป็นผู้มีวิชาชีพ มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่มีปัญหาหรือพิพาทกันนั้น และยังอนุญาตโตตุลาการมีความรู้ความชำนาญและประสบการณ์มากเพียงใด ค่าปฎิบัติการสำหรับผู้ที่เป็นอนุญาตโตตุลาการก็ย่อมสูงตามไปด้วย และยิ่งไปกว่านั้น คู่กรณียังอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายสำหรับการจ้างที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือทนายความระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย

นอกจากข้อจำกัดของการดำเนินคดีทางศาลและการอนุญาตโตตุลาการตามที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีข้อจำกัดประการสำคัญ คือ การที่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะไม่อาจได้รับ

⁹ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 9.

¹⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 38-39.

ค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคืนทั้งหมด¹¹ กล่าวโดยเฉพาะในประเทศไทย สำหรับการดำเนินคดีทางศาล ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ฝ่ายที่แพ้คดีชดใช้ ค่าทนายความแก่ฝ่ายที่ชนะคดีได้ ตามอัตราที่ปรากฏในตาราง 6 อัตราค่าทนายความของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹² ประกอบกับการใช้ดุลยพินิจดังกล่าวของศาลใน ทางปฏิบัติเมื่อเทียบกับค่าทนายความที่เกิดขึ้นจริงแล้ว ฝ่ายที่ชนะคดีจะได้รับชดใช้ค่าทนายความ คืนในสัดส่วนที่น้อยมาก ส่วนการอนุญาตตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545¹³ มาตรา 46 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการ ตลอดจนค่าป่วยการอนุญาตตุลาการ แต่ ไม่รวมถึงค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของ คณะอนุญาตตุลาการ" ทำให้นอกจากคู่กรณีต้องรับภาระค่าใช้จ่ายระหว่างการดำเนินคดีแล้ว ต่อมาเมื่อเป็นฝ่ายชนะคดีก็ไม่อาจได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายดังกล่าวคืนได้ทั้งหมดเช่นกัน

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงเกี่ยวกับข้อจำกัดของทั้งการดำเนินคดีทางศาลและ การอนุญาตตุลาการข้างต้น ดังนั้น ในบางครั้ง การกำหนดให้มีวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีเดียวจึง อาจจะไม่ใช่วิธีการที่ถูกต้อง ถ้าข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นมีหลายชนิด¹⁴ และทั้งการดำเนินคดีทางศาล และการอนุญาตตุลาการอาจไม่ใช่สิ่งที่คู่สัญญาหรือคู่กรณีประสงค์เสมอไป และหากเป็นไปได้ คู่สัญญาย่อมประสงค์จะเลือกใช้วิธีการยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น ซึ่งการหลีกเลี่ยง ทั้งการดำเนินคดีทางศาลและการอนุญาตตุลาการ จำเป็นต้องอาศัยการระงับข้อพิพาท

¹¹ Victor Smith, "Avoiding Litigation and Arbitration," เอกสารในการสัมมนา เรื่อง โอกาสทางการค้าการลงทุน ไทย-จีน : ระเบียบกฎหมายที่ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและ การระงับข้อพิพาททางเลือก เสนอที่มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 7 เมษายน 2549. (เอกสารไม่ตีพิมพ์ เผยแพร่)

¹² "ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง," ราชกิจจานุเบกษา 95 (31 มีนาคม 2521): 1.

¹³ "พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545," ราชกิจจานุเบกษา 119 (29 เมษายน 2545): 1.

¹⁴ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 19.

ทางเลือก¹⁵ ซึ่งการจะเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบใดนั้น มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า ไม่มีวิธีการใดที่ดีที่สุดในการระงับข้อพิพาท แต่ลักษณะของข้อพิพาทและคู่กรณีนั่นเองจะเป็นตัวกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม¹⁶

เนื่องจากปัญหาหรือข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ "ข้อเท็จจริง" ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจจะเกี่ยวกับปัญหาทางเทคนิค เช่น การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน หรือการประเมินความเสียหาย เป็นต้น การยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ดังกล่าวต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย จึงสามารถจะวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม ปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านี้เหมาะสมจะใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งๆที่เรียกว่า "การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ"

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ หมายถึง กระบวนการที่คู่กรณีนำเสนอประเด็นที่เป็นปัญหาหรือข้อพิพาท และพยานหลักฐานแก่บุคคลที่สามซึ่งคู่กรณีแต่งตั้ง เนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญหรือประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือเรื่องที่พิพาทกัน เพื่อให้ทำคำวินิจฉัยประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทนั้น การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเป็นกระบวนการที่รู้จักอย่างแพร่หลายมานานในหลายประเทศ และนำมาใช้เป็นทางเลือกสำหรับยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทอย่างกว้างขวางแล้วในหลายประเทศเช่นกัน ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวและอธิบายอย่างละเอียดต่อไป

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะช่วยคู่กรณีได้เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะกรณีที่มีปัญหาหรือมีข้อพิพาทกัน แต่ไม่ถึงขนาดต้องบอกเลิกสัญญา หรือยังจะต้องปฏิบัติหรือดำเนินการตามสัญญาต่อไปอีกเป็นระยะเวลาอันยาวนาน หรืออาจเป็นปัญหาหรือข้อพิพาทในจุดเล็กน้อยของสัญญา ซึ่งหากต้องฟ้องคดีต่อศาล อาจทำให้สูญเสียสัมพันธภาพระหว่างกัน

¹⁵ Victor Smith, "Avoiding Litigation and Arbitration," เอกสารในการสัมมนาเรื่อง โอกาสทางการค้าการลงทุน ไทย-จีน : ระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศและการระงับข้อพิพาททางเลือก เสนอที่มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 7 เมษายน 2549. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

¹⁶ Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986), p. 8.

สำหรับประเทศไทย ประเทศไทยยอมรับบทบาทของ “ผู้เชี่ยวชาญ” ในฐานะที่เป็น ผู้มีความรู้ความชำนาญ ผู้เชี่ยวชาญสามารถให้คำแนะนำแก่คู่กรณีได้ สามารถเสนอความเห็นในการพิจารณาคดีต่อศาลได้ แต่การให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงเพื่อเป็นการยุติปัญหา หรือระงับข้อพิพาท ในฐานะที่เป็นรูปแบบหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติรองรับ เช่น ผลทางกฎหมายของข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ทำการวินิจฉัย ข้อเท็จจริง ผลเกี่ยวกับบุคคลและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะในเรื่องของคำวินิจฉัย และการบังคับตามคำวินิจฉัยนั้น ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการเลือกใช้กระบวนการดังกล่าวนี้ ดังนั้น หากปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่สมควรจะให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้วินิจฉัย คู่กรณีย่อม ไม่อาจเลือกใช้ “การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ” ได้ และต้องเลือกใช้รูปแบบหรือวิธีการอื่น ที่มีความเหมาะสมน้อยกว่า

การวิจัยของผู้เขียนนี้เป็นการศึกษาเพื่อให้เกิดความเข้าใจกระบวนการของการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบนี้ และเสนอเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท

1.2 สมมติฐาน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญสามารถนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ทั้งในทางป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว โดยอาจใช้เป็นมูลฐานของการประนีประนอมยอมความ หรือทำให้สามารถวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทให้เกิดผลเป็นที่พอใจแก่คู่กรณี และบรรลุตามวัตถุประสงค์แห่งการระงับข้อพิพาทได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์ที่มีปัญหาทางเทคนิคหรือเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าความเสียหาย แต่โดยที่ปัจจุบันระบบกฎหมายไทยยังมีได้บัญญัติรับรองและวางกระบวนการวินิจฉัยดำเนินการไว้อย่างแข็งขัน ทำให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในการนำวิธีการนี้มาใช้ในทางปฏิบัติ ควรที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้ขึ้นเป็นการเฉพาะ

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. ทราบลักษณะสำคัญของภาระรับข้อพิพาทด้วยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ
2. ทราบแนวความคิดและทางปฏิบัติของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกาและหอการค้านานาชาติ
3. ทราบปัญหาและข้อจำกัดของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญภายใต้กฎหมายไทย
4. เสนอแนะแนวทางในการออกบทบัญญัติและข้อบังคับเพิ่มเติมเพื่อรองรับให้สามารถปรับใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญภายใต้กฎหมายไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ
5. เป็นข้อมูลเบื้องต้นแก่ผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ นักกฎหมาย ทนายความ ผู้ที่สนใจศึกษาและบุคคลทั่วไป
6. เป็นแนวทางในการพัฒนาการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทของไทยต่อไป

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาเกี่ยวกับกฎหมาย หลักเกณฑ์ ระเบียบและข้อบังคับต่างๆ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกาและหอการค้านานาชาติ รวมทั้งนำลักษณะสำคัญของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมาปรับใช้ภายใต้บทบัญญัติของประเทศไทยในปัจจุบัน

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ศึกษาโดยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากกฎหมาย ตำราทางวิชาการ ผลงานวิจัย วิทยานิพนธ์ เอกสารประกอบการสัมมนา บทความในวารสารกฎหมาย ตลอดจนเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลจาก

สื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ แล้วนำเสนอ วิเคราะห์ เปรียบเทียบ แสดงความคิดเห็นและเสนอแนะเกี่ยวกับการนำการวิจัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมาปรับใช้ ภายใต้กฎหมายไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจความหมาย วิวัฒนาการ ลักษณะสำคัญและรูปแบบของการวิจัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ
2. ทราบแนวความคิดและทางปฏิบัติของการวิจัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกาและหอการค้านานาชาติ
3. ทราบปัญหาและข้อจำกัดของการปรับใช้การวิจัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ภายใต้กฎหมายไทย และทราบแนวทางการแก้ไขปัญหาและข้อจำกัดดังกล่าว
4. ทราบแนวทางในการพัฒนาให้การวิจัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทของประเทศไทย