



การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

สำหรับประเทศไทย หากกล่าวถึง “การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ” บุคคลทั่วไปหรือนักกฎหมายก็ตาม ส่วนใหญ่จะไม่รู้จัก ไม่คุ้นเคยและไม่ทราบความหมายที่แท้จริง โดยที่ทราบกันทั่วไปจะทราบเพียงความหมายของคำว่า “ผู้เชี่ยวชาญ” ซึ่งทั้งในความหมายทั่วไป¹ และความหมายในทางกฎหมายตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย² และตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 นั้น มีความหมายเช่นเดียวกัน โดยหมายถึง ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งความเห็นของผู้นั้นอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็นแห่งคดีแพ่ง ไม่ว่าจะผู้นั้นจะมีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม

เมื่อกล่าวถึง “การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ” ในภาษาอังกฤษนั้นตรงกับคำว่า “Expert Findings of Fact” หรือ “Expert Determination” ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมศัพท์ทางกฎหมาย³ แล้วพบว่า ไม่มีการให้ความหมายไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “Expert” แล้ว ได้มีการให้ความหมายไว้ว่า คือ บุคคลที่มีทักษะหรือความรู้จากการศึกษาหรือประสบการณ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งอาจให้ความเห็นในการค้นหาข้อเท็จจริงได้

expert, n. A person who, through education or experience, has developed skill or knowledge in a particular subject, so that he or she may form an opinion that will assist the fact-finder.

¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, 2546), หน้า 738.

² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2544), หน้า 228.

³ Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th ed. (St. Paul, Minn.: West, a Thomson business, 2004), p. 619.

เมื่อพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมศัพท์ทางกฎหมายในประเทศไทย ก็ไม่พบคำนิยามหรือความหมายของคำว่า “Expert Findings of Fact” หรือ “Expert Determination” ที่แน่นอนเช่นกัน โดยมีการระบุความหมายของคำที่ใกล้เคียงกันได้ คือ

คำว่า “Expert” หมายถึง ผู้ชำนาญการพิเศษ⁴

คำว่า “Expert Witness” หมายถึง พยานผู้เชี่ยวชาญ⁵ เป็นพยานที่มีความรู้หรือความชำนาญพิเศษในเรื่องหนึ่งเรื่องใด อาจเป็นพยานที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการเรียกหรือเป็นพยานที่คู่ความนำสืบก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดวิธีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ⁶ แต่ก็เพื่อความเห็นในทำนองที่ปรึกษา คือ ไม่ผูกมัดให้ต้องเชื่อตาม⁷

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวถึงข้างต้นเห็นได้ว่า “การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ” (Expert Findings of Fact หรือ Expert Determination) นั้น ยังไม่มีการกำหนดให้ความหมายไว้ในพจนานุกรมอย่างชัดเจน ทั้งที่เป็นหลักการสำคัญที่มีวิวัฒนาการมาเป็นเวลากว่า 250 ปี ตามที่คุณเขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในส่วนของวิวัฒนาการ ซึ่งในหลายประเทศ รวมทั้งหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) ได้นำหลักการนี้ไปกำหนดเป็นรูปแบบในการยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทมาเป็นเวลานานแล้วเช่นกัน หลักการดังกล่าวข้างต้นมีการกล่าวถึงในหนังสืออยู่บ้าง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นหนังสือเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ แต่ก็เพียงหลักทั่วไปเพื่อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นที่ใกล้เคียงหรือเปรียบเทียบกับเนื้อหาหลักของเล่มเท่านั้น นอกจากนี้ ข้อมูลในเว็บบไซต์ก็มีการให้ความหมายของหลักการดังกล่าวไว้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น ว่าหมายถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีมานาน ซึ่งจะนำมาใช้สำหรับข้อพิพาทที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกัน

⁴ ธง วิทย์วัฒน์, พจนานุกรมศัพท์และสำนวนกฎหมาย ไทย-อังกฤษ, อังกฤษ-ไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), หน้า 508.

⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2547), หน้า 115.

⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 72.

⁷ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์วัฒนา, 2540), หน้า 30.

ว่าจะต้องมีการประเมินราคา⁸ (Expert determination is a historically accepted form of dispute resolution invoked when there isn't a *formulated dispute* in which the parties have defined positions that need to be subjected to arbitration, but rather both parties are in agreement that there is a need for an evaluation.)

เนื่องจากแหล่งข้อมูลอ้างอิงสำคัญดังกล่าวข้างต้นไม่สามารถให้ความหมายอย่างชัดเจนและให้รายละเอียดได้อย่างเพียงพอ ทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความสับสนระหว่างการกล่าวถึง "การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ" กับคำว่า "พยานผู้เชี่ยวชาญ" ซึ่งพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นเพียงบุคคลที่ให้ความเห็นในการพิจารณา ไม่ว่าจะในการอนุญาตตุลาการ หรือในการพิจารณาคดีของศาล⁹ ซึ่งในเรื่องของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น มิใช่ประเด็นใหม่และสำคัญมากนักสำหรับการระงับข้อพิพาทในสมัยใหม่ แต่ในเรื่องที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงนี้คือ กรณีที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นผู้วินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทในแต่ละเรื่องด้วยตัวเอง

ผู้เขียนขอให้ความหมายของ "การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ" (Expert Findings of Fact หรือ Expert Determination) ว่าหมายถึง การที่คู่กรณีตกลงกันให้แต่งตั้งบุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางที่คู่กรณีเชื่อมั่นขึ้น เรียกว่า "ผู้เชี่ยวชาญ" เพื่อให้บุคคลนั้นพิจารณาพยานหลักฐานแล้ววินิจฉัยประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณี โดยใช้ความรู้ ความชำนาญและประสบการณ์ของผู้เชี่ยวชาญประกอบได้ และคู่กรณีจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น ในการทำคำวินิจฉัย ผู้เชี่ยวชาญต้องพิจารณาทำคำวินิจฉัยให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะตกลงให้คำวินิจฉัยมีผลผูกมัดระหว่างกัน คำวินิจฉัยนั้นโดยหลักไม่อาจโต้แย้ง คัดค้าน หรืออุทธรณ์ในเนื้อหาของคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่ กรณีที่มีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นธรรม สำหรับการบังคับตามคำวินิจฉัยนั้นต้องอาศัยอำนาจของศาล ไม่สามารถบังคับได้โดยตัวเอง ส่วนประเด็นปัญหาที่เหมาะสมในการใช้กระบวนการนี้ ได้แก่ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นเรื่องทางเทคนิค การตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ อุตสาหกรรมเฉพาะทาง หรือการประเมินมูลค่า¹⁰

⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Expert_determination>, 12 May 2007.

⁹ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2001), p. 72.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1.

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญในประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่จะไม่มีกรบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นกฎหมายโดยเฉพาะ ส่วนในทางปฏิบัติ สามารถพบข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้บ่อยครั้งในสัญญาก่อสร้าง เนื่องจากกระบวนการตั้งแต่เริ่มต้นจนมีคำวินิจฉัยนั้นรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อยและสามารถรักษาความลับไว้ได้ในระดับหนึ่ง และกระบวนการนี้สามารถนำไปใช้กับปัญหาหรือข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์มากหรือน้อยก็ได้ ซึ่งบางครั้งทุนทรัพย์อาจมีจำนวนถึงหลายสิบล้านปอนด์¹¹ นอกจากนี้ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญอาจใช้ในลักษณะเป็นกระบวนการเดียวเพื่อยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาท หรือใช้ร่วมกับกระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นควบคู่กันไปได้ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเหมาะสำหรับปัญหาหรือข้อพิพาทที่คู่กรณีที่ต้องการทราบผลโดยเร็ว¹² เช่น ในการก่อสร้างซึ่งหากต้องหยุดเพื่อรอการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทนั้น จะทำให้เกิดความล่าช้าและความเสียหายตามมาอีกหลายประการ และเหมาะที่สุดสำหรับปัญหาหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคที่มีเพียงประเด็นเดียว ดังนั้น หากนำกระบวนการการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมาปรับใช้ย่อมสามารถทำให้ทั้งผู้ประกอบการค้าพาณิชย์และนักกฎหมายเกิดความพอใจได้

2.1 วิวัฒนาการ ลักษณะสำคัญ รูปแบบ วัตถุประสงค์ของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ความสัมพันธ์กับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นและการปรับใช้ร่วมกัน

2.1.1 วิวัฒนาการของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีวิวัฒนาการจากประเทศอังกฤษ สำหรับประเทศอังกฤษกระบวนการนี้ถือว่ามีชื่อเสียงใหม่เลย เนื่องจากเป็นกระบวนการสำคัญในทางการค้าและเป็นแนวปฏิบัติทางกฎหมายมาเป็นเวลาอย่างน้อย 250 ปีแล้ว ตามที่มีบันทึกไว้

¹¹ Ibid., p. 1.

¹² Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 152.

คดีแรกเริ่มที่เป็นการสร้างหลักการของกระบวนการนี้เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1754¹³ โดยเป็นกระบวนการพิจารณาสำหรับสถานการณ์หรือกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะสร้างกลไกในการวินิจฉัยเพื่อกำหนดราคา โดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อรองกัน เช่น ในกรณีที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการชำระเงินในอนาคต หรือในกรณีที่ผู้ทำพันธกรรมประสงค์จะให้สิทธิแก่บุคคลอื่นในการเลือกซื้อทรัพย์สินของตน ว่าตนในฐานะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยอมรับให้อีกฝ่ายหนึ่งซื้อทรัพย์สินของตนเอง ณ วันที่กำหนดในอนาคต โดยอาจกำหนดต่อไปว่า “ราคาในการซื้อ” ณ วันที่กำหนดนั้นจะวินิจฉัยและกำหนดโดยผู้ประเมินราคา ซึ่งทำหน้าที่อย่างผู้เชี่ยวชาญ¹⁴

ในคดีแรกเริ่มดังกล่าวข้างต้น ยังไม่มีการใช้หรืออ้างอิงทั้งคำว่า “ผู้เชี่ยวชาญ” (Expert) และ “การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ” (Expert Determination) แต่จะเรียกว่า “ผู้ประเมินราคา” (Valuer หรือ Appraiser) และกระบวนการที่ใช้นั้นเรียกว่า “การประเมินราคา” (Valuation หรือ Appraisal)

ต่อมา เริ่มมีการนำคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่าผู้เชี่ยวชาญมาใช้ ได้แก่ คำว่า “ประสบการณ์” (Experience) ทั้งนี้ เพื่ออธิบายถึงคุณสมบัติที่จำเป็นของผู้ประเมินราคาเท่านั้น เช่น ในปี ค.ศ. 1854¹⁵ เป็นคดีซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับค่าเช่าเหมืองแร่และประเด็นหนึ่งที่ต้องวินิจฉัย คือ การกำหนดค่าเช่าเหมืองแร่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวให้ความมั่นใจว่า ผู้ประเมินราคานั้นใช้เพียงประสบการณ์และการตรวจพิจารณาเท่านั้น ก็สามารถทำการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวได้ ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงไม่จำเป็นต้องทำการสืบพยาน

ต่อมาในปี ค.ศ. 1878¹⁶ เริ่มมีการนำคำว่า “ผู้เชี่ยวชาญ” (Expert) มาใช้ในการพิจารณาคดี โดยนำมาใช้ในความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “ผู้ประเมินราคา” (Valuer) ก่อนหน้านี้

¹³ ในคดี *Belchier v Reynolds* (1754) 3 Keny. 87 (Cited in John Kendall, 2001: 4)

¹⁴ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., pp. 4-5.

¹⁵ ในคดี *Eads v Williams* (1854) 24 L.J. Ch 531 (Cited in John Kendall, 2001: 50)

¹⁶ ในคดี *Bottomley v Ambler* (1878) 38 L.T. 545 (Cited in John Kendall, 2001: 50)

กล่าวคือ การใช้กระบวนการนี้ไม่จำกัดเฉพาะปัญหาหรือข้อพิพาทในเรื่องการประเมินราคาเพียงอย่างเดียว ซึ่งเป็นการวางพื้นฐานของหลักกฎหมายของกระบวนการนี้ในสมัยใหม่

ต่อมาในปี ค.ศ. 1953 เริ่มมีการแยกความแตกต่างระหว่างการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการอนุญาตตุลาการ โดยปรากฏประโยคในคำวินิจฉัยของศาลขึ้นครั้งแรกว่า “ในฐานะผู้เชี่ยวชาญ มิใช่ในฐานะอนุญาตตุลาการ” (as an expert and not as an arbitrator)¹⁷ โดยในคดีนี้ ผู้สอบบัญชีได้รับรองมูลค่าของการเป็นหุ้นส่วนไว้เป็นหลักฐาน ซึ่งการรับรองดังกล่าวศาลวินิจฉัยว่าได้กระทำในฐานะผู้เชี่ยวชาญ มิใช่ในฐานะอนุญาตตุลาการ

ดังนั้น การที่ผู้สอบบัญชีได้กระทำดังกล่าว เสมือนเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในประเด็นที่คู่กรณีพิพาทกันนั่นเอง และการกระทำนั้นได้ทำในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องทางบัญชี มิใช่ในฐานะของการเป็นอนุญาตตุลาการ ซึ่งได้มีผู้กล่าวไว้สอดคล้องกันว่า ข้อพิพาทที่มีแต่ข้อเท็จจริงอย่างเดียว แม้จะระงับลงโดยการชี้ขาดของบุคคลที่สาม ก็ไม่นับเป็นการอนุญาตตุลาการ¹⁸

ในศตวรรษที่ยี่สิบนี้เป็นยุคแห่งการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ โดยเฉพาะสำหรับอุตสาหกรรมพลังงานและคอมพิวเตอร์ ซึ่งการพัฒนาดังกล่าวนอกจากจะมีส่วนสนับสนุนให้องค์กรด้านวิชาชีพขยายบทบาทในฐานะคนกลาง จาก “ผู้ประเมินราคา” (Valuer) เป็น “ผู้เชี่ยวชาญ” (Expert) แล้ว ยังรวมถึงการขยายบทบาทและความสำคัญของผู้เชี่ยวชาญในฐานะที่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีเทคโนโลยีสมัยใหม่อีกหลายประเภทที่เหมาะสมสำหรับการนำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญไปปรับใช้ได้

จากที่ได้กล่าวถึงข้างต้นเกี่ยวกับพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่อง “ผู้เชี่ยวชาญ” นั้น ได้มีอีกแนวความคิดหนึ่งควบคู่กันไปด้วย คือ แนวความคิดเรื่องบทบาทของผู้เชี่ยวชาญในฐานะที่เป็นผู้ระงับข้อพิพาท (Dispute resolver) เนื่องจากผู้ตรวจสอบ (Surveyor) นักบัญชี (Accountants) ที่ทำการประเมินราคานั้น บ่อยครั้งที่จะเป็นผู้ระงับข้อพิพาทด้วย (ตัวอย่างตามเอกสารภาคผนวก ก) รวมถึงในเรื่องสัญญาเช่าและสัญญาซื้อขายธุรกิจซึ่งมีประเด็น

¹⁷ ในคดี *Dean v Prince* (1953) Ch. 590 at 591 (where it is misquoted) and, on appeal (1954) 1 Ch. 409 at 415 (Cited in John Kendall, 2001: 51)

¹⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 73.

ปัญหาที่มักจะนำเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญวินิจฉัยโดยเฉพาะ เช่น เสนอให้พิจารณาว่าการขายรูปแบบใดจะส่งผลดีในการจัดทำบัญชี แต่ในช่วงแรก แนวความคิดนี้จำกัดเฉพาะปัญหาหรือข้อพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับการประเมินราคาเท่านั้น และเมื่อไม่นานนี้ แนวความคิดดังกล่าวได้พัฒนาต่อไปอีก โดยมีแนวความคิดว่ากระบวนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่ควรจำกัดเรื่องหรือประเด็นปัญหาที่จะเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัยเพียงเรื่องเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเท่านั้น แต่ข้อพิพาททั่วไปที่เกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคก็สามารถใช้วิธีการนี้ได้เช่นกัน ทำให้ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมีข้อจำกัดน้อยลง เช่น การตกลงในสัญญาเกี่ยวกับข้อพิพาทที่จะเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาทำการวินิจฉัยว่า คือ "ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคทุกอย่างที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาฉบับนี้" (all disputes of a technical nature arising under this agreement)¹⁹ เป็นต้น

เหตุผลที่กฎหมายยอมรับกระบวนการของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น เนื่องจากการดำเนินการตามความตกลงของคู่กรณีที่ยอมจะผูกพันเช่นนั้น มิใช่เนื่องจากองค์ประกอบเรื่องสถานะของบุคคลที่สามที่เป็นผู้เชี่ยวชาญแต่อย่างใด ดังนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญในปัจจุบันจึงมีพัฒนาการต่อไป โดยขยายขอบเขตของปัญหาหรือข้อพิพาทที่เสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาทำคำวินิจฉัยมาใช้กับปัญหาหรือข้อพิพาททั่วไป มิใช่จำกัดเฉพาะกับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค แต่พัฒนาการของแนวความคิดดังกล่าวจะได้รับการยอมรับหรือไม่ จะกลายเป็นประเด็นสำคัญทางด้านนโยบายของรัฐ ซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยในคำพิพากษาต่อไป²⁰

2.1.2 ลักษณะสำคัญของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

ลักษณะสำคัญของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีอยู่หลายประการ ดังนี้

2.1.2.1 มีการเริ่มกระบวนการโดยความยินยอมของคู่กรณี

หมายถึง การที่คู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปทำความตกลงพร้อมกันให้เสนอปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจมีขึ้นในอนาคตแก่บุคคลที่สาม (Third Party) ซึ่งเป็นคนกลาง

¹⁹ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., pp. 71-72.

²⁰ *Ibid.*, pp. 16-17 and 77-80.

ที่คู่กรณีเชื่อมั่น นั่นก็คือผู้เชี่ยวชาญ ให้พิจารณาทำคำวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทนั้น โดยคู่กรณีอาจให้ความยินยอมไว้ตั้งแต่ก่อนเกิดปัญหาหรือข้อพิพาท หรือให้ความยินยอมในภายหลังก็ได้

2.1.2.2 มีความเหมาะสมกับปัญหาข้อเท็จจริง

กล่าวคือ ปัญหาหรือข้อพิพาทที่เหมาะสมจะใช้กระบวนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ได้แก่ ปัญหาข้อเท็จจริงทางแพ่ง ซึ่งปัญหาข้อเท็จจริงทางแพ่งที่เหมาะสมและมีการนำมาใช้อย่างแพร่หลายแล้ว คือ เรื่องทางเทคนิคและการประเมินมูลค่า เช่น การตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ เรื่องเกี่ยวกับบัญชี การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน หุ่นในบริษัทหรือกิจการร่วมค้า การก่อสร้าง อุตสาหกรรมเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ อุตสาหกรรมน้ำมันและแก๊ส หรืออุตสาหกรรมเฉพาะทางประเภทอื่น²¹ โดยหากมีปัญหาข้อกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ผู้เชี่ยวชาญก็อาจขอความเห็นจากที่ปรึกษาทางกฎหมายได้²²

เมื่อกล่าวถึง ปัญหาหรือข้อพิพาททางแพ่งที่สามารถระงับได้โดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมต้องเป็นปัญหาหรือข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีด้วย ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศตามนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมว่าข้อพิพาททางแพ่งประเภทใดที่จะระงับได้และประเภทใดที่ไม่สามารถระงับได้โดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

กรณีปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณีนั้นเป็นปัญหาข้อกฎหมายเพียงอย่างเดียว ก็อาจใช้กระบวนการนี้ได้เช่นกัน แต่ไม่เป็นที่นิยม โดยผู้เชี่ยวชาญที่จะพิจารณาปัญหาหรือข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นย่อมต้องเป็นนักกฎหมายด้วย ซึ่งหากปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณีมีหลายประเด็นและส่วนใหญ่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย ก็ควรจะเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการมากกว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญส่วนใหญ่จะมีใช้นักกฎหมาย แต่เป็นผู้มี

²¹ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed.(London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 55.

²² John Kendall, Expert Determination,3rd ed., p. 148.

ความรู้ความชำนาญในแต่ละด้านเท่านั้น ซึ่งในกรณีดังกล่าว หากเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการ น่าจะเหมาะสมและยอมนใช้เวลาในการพิจารณาน้อยกว่า²³

กรณีที่ปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณีนั้นมีทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง การพิจารณาคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีจะแต่งตั้งนั้นก็ควรพิจารณาว่า ปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านั้นส่วนใหญ่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย หากเป็นปัญหาข้อเท็จจริงมากกว่า คู่กรณีก็ควรตั้งผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวกับปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นมากกว่า นักกฎหมาย โดยผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจแต่งตั้งที่ปรึกษาทางกฎหมายเพื่อช่วยเหลือในการพิจารณาทำคำวินิจฉัยประเด็นที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายได้ ในทางกลับกัน หากปัญหาหรือข้อพิพาทส่วนใหญ่เป็นปัญหาข้อกฎหมายมากกว่า คู่กรณีก็ควรตั้งผู้เชี่ยวชาญที่เป็นนักกฎหมาย และผู้เชี่ยวชาญนั้นก็อาจแต่งตั้งที่ปรึกษาที่มีความรู้ ความชำนาญและมีประสบการณ์เพื่อช่วยเหลือในการพิจารณาทำคำวินิจฉัยประเด็นที่เป็นปัญหาทางเทคนิคได้เช่นกัน²⁴

2.1.2.3 มีข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (Expert Determination Clause หรือ Expert Clause)

เนื่องจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาไว้โดยเฉพาะอย่างกระบวนการทางศาล และไม่อาจอาศัยอำนาจของศาลในกระบวนการพิจารณาได้อย่างการอนุญาโตตุลาการ²⁵ ดังนั้น จึงต้องอาศัยกฎหมายระหว่างคู่กรณีซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากสัญญา²⁶ (Contract Law) นั่นก็คือ ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (Expert Determination Clause หรือ Expert Clause) ซึ่งข้อสัญญาฯ นี้เป็นสิ่งที่ต้องมี เช่นเดียวกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรคสอง²⁷ โดยข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญต้องมีการจัดทำเป็นเอกสารโดยชัดแจ้ง (Expressly Specified)

²³ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 154.

²⁴ Ibid., p. 158.

²⁵ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., p. 144.

²⁶ Ibid., p. 5.

²⁷ "พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545," *ราชกิจจานุเบกษา* 119 (29 เมษายน 2545): 1.

เท่านั้น²⁸ ไม่อาจถือว่าข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ เป็นข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยปริยายได้ ซึ่งแตกต่างกับข้อสัญญาอนุญาติตตุลาการดังกล่าว

“ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ” (Expert Determination Clause หรือ Expert Clause) เป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดเกี่ยวกับรายละเอียดในกระบวนการพิจารณา หมายถึง การแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งความตกลงของคู่กรณีที่ยินยอมให้เสนอประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทแก่ผู้เชี่ยวชาญ และคู่กรณีตกลงด้วยว่าจะยอมรับและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น โดยข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักระหว่างคู่กรณี หรือเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้ และคู่กรณีอาจจะระบุไว้ในขณะทำสัญญาหลัก หรืออาจทำความตกลงกันในภายหลังเมื่อเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทแล้ว ให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญทำการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นก็ได้

โดยทั่วไปแล้ว ในการจัดทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมีข้อสังเกตบางประการที่คู่กรณีควรคำนึงถึงและระบุเป็นรายละเอียดไว้ในข้อสัญญาด้วย ดังนี้

1) ควรใช้ถ้อยคำที่สื่อความหมายได้อย่างชัดเจนว่าปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการเสนอข้อเท็จจริงให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้วินิจฉัย (Expert Determination Proceedings) เช่น ประโยคที่ว่า “that he is act as expert and not as an arbitrator” มิฉะนั้น หากเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้นจริงอาจทำให้เกิดความสับสน²⁹ หรือทำให้เกิดปัญหาในการตีความถ้อยคำ ซึ่งทำให้เกิดความล่าช้าได้³⁰ โดยมีตัวอย่างของข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญในสัญญาว่าจ้างก่อสร้าง ดังนี้

“ any ... dispute ... in any way relating to the execution of the project shall be referred to the decision of an independent surveyor (acting as an expert not as

²⁸ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., p. 87.

²⁹ Anke Sessler and Corina Leimert, “The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law,” Arbitration International 20,2 (2004): 157.

³⁰ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., p. 94.

an arbitrator) ..."³¹ นอกจากนี้ ตามเอกสารภาคผนวก ก ยังมีตัวอย่างข้อสัญญาแต่งตั้งนักบัญชี
ขึ้นเป็นผู้เชี่ยวชาญเพื่อวินิจฉัยประเด็นปัญหาของคู่กรณีอีกด้วย

2) การกำหนดเกี่ยวกับผู้เชี่ยวชาญ มีรายละเอียดที่สำคัญ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก บุคคลที่จะเป็นผู้เชี่ยวชาญ และคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญ

การระบุตัวบุคคลที่คู่กรณีประสงค์จะให้เป็นผู้เชี่ยวชาญนั้นสามารถเลือกได้ 2 วิธี ดังนี้

วิธีแรก คู่กรณีระบุเลือกโดยตรง กล่าวคือ คู่กรณีระบุแต่งตั้งให้บุคคลใดทำหน้าที่
เป็นผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของตนโดยตรง โดยบุคคลที่คู่กรณีระบุนี้
ไม่จำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น คู่กรณีอาจกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นนิติบุคคลก็ได้ เช่น
บริษัทที่เป็นสำนักงานบัญชี เป็นต้น นอกจากนี้ ยังอาจกำหนดไว้ว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นสมาชิกของ
องค์กรวิชาชีพใด หรือตำแหน่งใดในสถานศึกษาหรือสถาบันต่างๆ หรืออาจกำหนดเพียงว่าเป็น
บุคคลที่มีวิชาชีพใดก็ได้³² สำหรับในกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีไม่ควรระบุชื่อของบุคคล
องค์กรหรือนิติบุคคลใดไว้โดยเฉพะ เนื่องจากบางครั้งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นในภายหลัง แต่บุคคล
องค์กรหรือนิติบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย เลิกองค์กรหรือเลิกบริษัท, ไม่อยู่, ป่วยจนไม่สามารถ
ปฏิบัติหน้าที่ได้, มีผลประโยชน์ขัดกับคู่กรณี หรือมีความไม่เหมาะสมอื่น³³ จะยิ่งทำให้ปัญหา
ระหว่างคู่กรณีซับซ้อนขึ้นอีก

วิธีที่สอง คู่กรณีมอบหมายให้บุคคลที่สามเป็นผู้เลือกแทน กล่าวคือ คู่กรณีอาจ
กำหนดให้หน่วยงาน สถาบัน หรือองค์กรวิชาชีพใดเป็นผู้เลือกบุคคลที่เป็นผู้เชี่ยวชาญแทนคู่กรณี
ก็ได้³⁴

ส่วนคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีเห็นว่าเหมาะสม เช่น คุณวุฒิ ความรู้
ความสามารถในปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณี ประสบการณ์ ทักษะทางด้านภาษา เป็นต้น
ประเด็นนี้ถือว่ามีค่าสำคัญมากสำหรับข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากผู้เชี่ยวชาญที่จะ

³¹ Ibid., p. 70.

³² Ibid., pp. 106-107.

³³ Ibid., pp. 107-108.

³⁴ Ibid., pp. 110-111.

แต่งตั้งมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการนี้ ซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะกำหนดเลือกจากผู้ที่มีวิชาชีพเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเป็นหลัก³⁵

ประการที่สอง วิธีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากคู่กรณีอาจตกลงกันไว้ว่าหากเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทตามข้อสัญญาดังกล่าวและคู่กรณีไม่สามารถหรือไม่ยอมทำความตกลงกันเพื่อแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเองได้ ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งสามารถเริ่มกระบวนการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้เอง ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในส่วนรูปแบบของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ นอกจากนี้ คู่กรณีอาจกำหนดวิธีแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่แทน (Replacement Expert) ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญถึงแก่ความตาย ลาออกหรือไม่สามารถทำหน้าที่ต่อไปได้ไว้ด้วย³⁶

3) ขอบเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ (Defining the expert's area of jurisdiction) กล่าวคือ การกำหนดว่าเรื่องหรือประเด็นใดบ้างที่คู่กรณีจะเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญและผู้เชี่ยวชาญจะมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยได้ รวมทั้งอาจกำหนดขอบเขตของอำนาจดังกล่าวในรายละเอียดด้วย เช่น การพิจารณากำหนดค่าเสียหายให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัยตามสัญญาระหว่างคู่กรณีเท่านั้น โดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องสิทธิเรียกร้องตามสัญญาประกันภัย เป็นต้น³⁷

4) รายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณา เช่น คู่กรณีมีโอกาสแสดงความคิดเห็น (representation) เกี่ยวกับปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นมากน้อยเพียงใด, ภาษาที่ใช้ในการสื่อสารและในการทำคำวินิจฉัย, สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณี, การนำเสนอพยานหลักฐาน ทั้งพยานเอกสารและพยานบุคคลจะกระทำได้อย่างไรหรือไม่ อย่างไรและในรูปแบบใด, ผู้เชี่ยวชาญสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นใช้ประกอบการวินิจฉัยได้หรือไม่, ผู้รับผิดชอบ จำนวน และวิธีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ แก่ที่ปรึกษาทางกฎหมาย และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างการพิจารณา เป็นต้น

5) รายละเอียดเกี่ยวกับคำวินิจฉัย โดยคู่กรณีอาจตกลงเกี่ยวกับสาระสำคัญของคำวินิจฉัย 2 ประการ คือ

³⁵ Ibid., p. 94.

³⁶ Ibid., p. 95.

³⁷ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 159.

ประการแรก ผู้เชี่ยวชาญต้องแสดงผลในคำวินิจฉัยหรือไม่ เนื่องจากโดยหลัก คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่จำเป็นต้องแสดงผลไว้ ดังนั้น หากคู่กรณีประสงค์ให้มีการแสดงผลแห่งคำวินิจฉัยนั้นด้วย ก็ควรระบุไว้เช่นนั้นด้วย

ประการที่สอง คู่กรณีประสงค์ให้คำวินิจฉัยนั้นถึงที่สุดและมีความผูกพัน (Final and Binding) เพียงใด ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะกำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นที่สุด กล่าวคือ คำวินิจฉัยนั้นไม่อาจถูกทบทวนได้อีก³⁸ และมีผลผูกพันระหว่างกัน ทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้นด้วย

6) รายละเอียดอื่นๆ ที่คู่กรณีประสงค์

เนื่องจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีพื้นฐานจากความตกลงของคู่กรณี ดังนั้น เรื่องใดที่คู่กรณีประสงค์จะให้มีในคำวินิจฉัย คู่กรณีต้องระบุให้อำนาจแก่ผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาวินิจฉัยไว้ด้วย เช่น กำหนดชำระเงินตามคำวินิจฉัยนั้น โดยอาจจะบูรรวมถึงกรณีหากมีการชำระเงินล่าช้า, การให้อำนาจแก่ผู้เชี่ยวชาญเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของคู่กรณีสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น, กรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมชำระค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ, กำหนดเวลาสำหรับดำเนินกระบวนการจนกระทั่งผู้เชี่ยวชาญมีคำวินิจฉัย ฯลฯ เป็นต้น

ในกรณีที่ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญกำหนดรายละเอียดที่สำคัญไว้ไม่ครบถ้วน หรือมิได้กำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาไว้ ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับแต่งตั้งนั้นมีหน้าที่สอบถามและขอคำยืนยันเกี่ยวกับรายละเอียดดังกล่าวข้างต้นจากคู่กรณีด้วย³⁹

เมื่อมีข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญและคู่กรณีได้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญแล้ว คู่กรณีมีหน้าที่แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง ข้อมูลพื้นฐานและข้อมูลอื่นเกี่ยวกับประเด็นของปัญหาหรือข้อพิพาท รวมทั้งส่งมอบสำเนาสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญและสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้องแก่ผู้เชี่ยวชาญ⁴⁰

³⁸ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., p. 96.

³⁹ Ibid., p. 145.

⁴⁰ Ibid., pp. 146-147.

2.1.2.4 มีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจใช้ชื่อเรียกในภาษาอังกฤษได้หลายคำ ได้แก่ “Certificates”, “Decisions”, “Determinations”, “Valuations” และในบางครั้งอาจเรียกว่า “Award” ก็ได้⁴¹

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญมีองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ ได้แก่

1) คำวินิจฉัยต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญโดยทั่วไป อยู่ในรูปแบบของจดหมายจากผู้เชี่ยวชาญ และมีรายละเอียด ดังนี้⁴²

- (1) ชื่อของผู้เชี่ยวชาญ (The name of the expert)
- (2) ชื่อของคู่กรณี (The names of the parties)
- (3) ประเด็นปัญหาที่คู่กรณีเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัย (The issue they asked the expert to determine)
- (4) สัญญาที่เกี่ยวข้องและข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (The relevant contract and contract)
- (5) วิธีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (The manner by which the expert was appointed)
- (6) ข้อสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ (The terms of reference)
- (7) ข้อตกลงเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา (The procedural directions)
- (8) การยอมรับของคู่กรณีให้ใช้ข้อตกลงเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณานั้น (Compliance (or otherwise) by the parties with those directions)
- (9) คำวินิจฉัย (The decision)

⁴¹ Ibid., p. 186.

⁴² Ibid., p. 153.

- (10) เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย (ถ้ามี) (Any reasons) (if any)
- (11) จำนวนเงินต้นที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องชำระแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (ถ้ามี)
(The principal amount of money to be transferred from one party to another) (if any)
- (12) ดอกเบี้ย (ถ้ามี) (Interest) (if any)
- (13) ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย (The fees and expenses)
- (14) จำนวนเงินที่กำหนดขึ้นนอกเหนือจากเงินต้น ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่าย (Any other costs dispositions)
- (15) ลายมือชื่อของผู้เชี่ยวชาญ พร้อมวันที่ (Signed and dated)

2) คำวินิจฉัยต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย

3) คำวินิจฉัยอาจประกอบด้วยข้อเท็จจริงอื่นนอกจากที่คู่กรณีนำเสนอแก่ผู้เชี่ยวชาญ กล่าวคือ ผู้เชี่ยวชาญสามารถทำการแสวงหา ตรวจสอบ ใช้ความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ของตนเองประกอบในการพิจารณาทำคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่ คู่กรณีได้กำหนดในข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเป็นอย่างอื่น⁴³

4) คำวินิจฉัยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลแห่งการวินิจฉัย กล่าวคือ ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแต่งตั้งสามารถใช้ความรู้ความสามารถที่มีพิจารณาปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นแล้วทำคำวินิจฉัยได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเต็มรูปแบบ (Due process) เหมือนการดำเนินคดีทางศาล หรือการอนุญาตตุลาการ และคำวินิจฉัยนั้นไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลได้⁴⁴ โดยส่วนใหญ่ คำวินิจฉัยนั้นมีลักษณะเป็นคำตอบอย่างกะทัดรัดของคำถาม และพบได้บ่อยว่า คำวินิจฉัยนั้นมีข้อความเพียงบรรทัดเดียวเท่านั้น⁴⁵ ทั้งนี้ เว้นแต่ คู่กรณีได้กำหนดในข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ

⁴³ Ibid., p. 151.

⁴⁴ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, (Hague: Kluwer Law International, 2003), p. 10.

⁴⁵ ในคดี *Jones v Sherwood Computer Services plc* [1992] 1 W.L.R. 277 (Cited in John Kendall, 2001: 153)

เป็นอย่างอื่น แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่เป็นที่นิยม เนื่องจากเหตุผลที่ระบุในคำวินิจฉัยนั้นจะกลายเป็นประเด็นโต้แย้งในการคัดค้านคำวินิจฉัยได้ ทำให้คำวินิจฉัยนั้นถูกทำลายได้ง่ายขึ้น⁴⁶ ซึ่งขัดกับความประสงค์ของคู่กรณีที่จะยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทนั้นได้โดยเร็ว

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญที่มีการให้เหตุผลและแสดงรายละเอียดแห่งคำวินิจฉัยมีชื่อเรียกอย่างไม่เป็นทางการว่า "Speaking decision" ส่วนคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญที่ไม่มีการให้เหตุผลนั้นเรียกว่า "Non-speaking decision"⁴⁷

ในเรื่องคำตัดสินที่ไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลนี้คล้ายคลึงกับการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย⁴⁸ (ex aequo et bono หรือ Amicable Composition⁴⁹) ซึ่งในทางปฏิบัติเรียกผู้ที่ตัดสินว่าเป็นผู้ประนอมข้อพิพาทที่เป็นเพื่อน (Amicable Compositeur)⁵⁰ แปลว่า ผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นเพื่อน เป็นวิธีการที่มอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งโดยปกติจะตัดสินตามหลักความเป็นธรรม⁵¹ ส่วนการที่คู่สัญญาจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการตัดสินไปโดยไม่ต้องใช้กฎหมายนั้น ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่มีการทำอนุญาโตตุลาการ⁵² ว่ายินยอมให้ทำการตกลงเช่นนั้นได้หรือไม่ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมาย ไม่ต้องให้เหตุผลในคำชี้ขาดนี้เป็นสิ่งที่ดีตรงเท่าที่อนุญาโตตุลาการที่ตัดสินใช้ความซื่อสัตย์ ใช้หลักสุจริตและหลักความเป็นธรรม⁵³ และแม้ได้ตกลงกันดังกล่าว แต่ถ้าได้มีการให้เหตุผลในคำชี้ขาด หากเหตุผลนั้นไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย คำชี้ขาด

⁴⁶ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., p. 154.

⁴⁷ Ibid., p. 186.

⁴⁸ โปรดดู สถาพร มีสอาด, "การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540).

⁴⁹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ*, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 105.

⁵⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า*, หน้า 31.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 67-68.

⁵³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, "ระบบอนุญาโตตุลาการของโลกในทศวรรษหน้า สรุปบางส่วนของ การสัมมนา ข้อเสนอแนะและคำถามของผู้เข้าร่วมสัมมนา และคำตอบของวิทยากรผู้ดำเนินการสัมมนา," *ตุลพาห* 52,3 (กันยายน-ธันวาคม 2548): 114.

ดังกล่าวก็น่าจะใช้บังคับได้⁵⁴ ในประเทศคอมมอนลอร์บางประเทศ แม้ไม่ใช้รูปแบบของการอนุญาตตุลาการดังกล่าว อนุญาตตุลาการก็อาจทำคำชี้ขาดโดยไม่ให้เหตุผล หรือจัดทำเป็นบันทึกแยกต่างหาก เพื่อป้องกันมิให้คู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจอุทธรณ์ต่อศาล⁵⁵

5) คำวินิจฉัยเป็นที่สุด กล่าวคือ โดยหลักคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญไม่อาจโต้แย้งคัดค้าน หรืออุทธรณ์ในเนื้อหาของคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่ กรณีที่มีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นธรรม ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นเพื่อให้ศาลทบทวนคำวินิจฉัยได้

2.1.2.5 การบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ (Enforcing the decision)

การบังคับตามคำตัดสิน หมายถึง มาตรการลงโทษแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตาม หากเป็นการดำเนินคดีทางศาล ได้แก่ การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ซึ่งการบังคับตามคำตัดสินในคดีแพ่ง เช่น การบังคับคดียึด อาศัยทรัพย์สินออกขายทอดตลาด เพื่อนำเงินมาชำระตามคำพิพากษา ซึ่งรวมทั้งดอกเบี้ย ค่าฤชาธรรมเนียม ค่าทนายความและอื่นๆ

สำหรับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ เมื่อผู้เชี่ยวชาญได้พิจารณาทำคำวินิจฉัยแล้ว คู่กรณีย่อมต้องยึดถือข้อเท็จจริงตามที่ผู้เชี่ยวชาญได้วินิจฉัยนั้น หากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตาม ย่อมต้องมีการบังคับตามคำวินิจฉัยนั้น เนื่องจากคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถบังคับได้โดยตัวเอง เช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ การบังคับตามจึงต้องอาศัยอำนาจของศาล แต่การบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้อย่าง การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ อีกทั้งไม่อาจเทียบเคียงนำการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมาใช้ได้ ซึ่งเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญทำให้กระบวนการเกิดความล่าช้าและมีค่าใช้จ่ายสูงขึ้น เนื่องจากต้องมีการดำเนินกระบวนการทางศาล

การบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญจะเริ่มต้นในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธหรือไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ย่อมถือว่าบุคคลนั้นปฏิบัติผิดสัญญา

⁵⁴ วิชัย อริยะนันทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ," อุลพาห 44,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 123.

⁵⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 102.

(Breach of contract)⁵⁶ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเป็นโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาล โดยกล่าวอ้างว่าได้มีการทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งมีข้อตกลงว่าคู่กรณีจะยึดถือและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ต่อมา มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญทำการพิจารณาและมีคำวินิจฉัยแล้ว แต่จำเลยปฏิบัติผิดสัญญาและขอศาลให้บังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น โดยปกติศาลจะให้โอกาสแก่จำเลยในการโต้แย้งหรือคัดค้านข้อกล่าวอ้างและคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นได้ เมื่อศาลพิจารณาข้อกล่าวอ้าง คำคัดค้าน และพยานหลักฐานแล้ว ศาลจะมีคำพิพากษาวินิจฉัยว่าจะให้บังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้บังคับตามแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ยอมปฏิบัติตามอีก ย่อมอาศัยอำนาจของศาลในการบังคับคดีตามที่ได้กล่าวถึงข้างต้นได้ในทางกลับกัน คู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำพิพากษาของศาลก็ย่อมมีสิทธิในการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษานั้นได้เช่นกัน⁵⁷

สำหรับการบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึง การนำคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญที่ได้ทำขึ้นในประเทศหนึ่งไปบังคับในอีกประเทศหนึ่ง คู่กรณีสามารถดำเนินการได้ 3 วิธี ดังนี้

1) วิธีที่ 1 ยื่นฟ้องคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำเลยต่อศาลภายในของประเทศที่ประสงค์จะให้มีการบังคับ โดยยึดถือตามมูลหนี้เดิมที่เป็นปัญหาหรือข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี เช่น ผิดสัญญาซื้อขาย เป็นต้น มิใช่การขอให้บังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นโดยตรง เนื่องจากคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในประเทศหนึ่งมีสถานะเป็นเพียงหลักฐานแห่งหนึ่งสินระหว่างคู่กรณี ซึ่งใช้ประกอบพยานเอกสารหลักเกี่ยวกับมูลหนี้ในคดีให้ศาลภายในของประเทศที่ประสงค์จะให้มีการบังคับพิจารณาประกอบการวินิจฉัยทำคำพิพากษาเท่านั้น ดังนั้น ในการพิจารณาของศาล คู่กรณีต้องนำสืบพยานบุคคลและพยานเอกสารเกี่ยวกับมูลหนี้ที่เรียกร้องนั้นตามปกติ เพียงแต่มีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเป็นหลักฐานประกอบเพิ่มเติม และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิโต้แย้งข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับมูลหนี้ที่เรียกร้องนั้นได้อย่างกว้างขวาง เช่น การมอบอำนาจให้ดำเนินคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย, จำนวนเงินที่เรียกร้องนั้นสูงเกินไป, ไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยตามที่เรียกร้อง, คดีขาดอายุความ เป็นต้น เมื่อศาลได้พิจารณาพยานหลักฐาน ข้อกล่าวอ้างและข้อโต้แย้งทั้งหมด

⁵⁶ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 509.

⁵⁷ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., pp. 158-159.

แล้ว ศาลภายในของประเทศนั้นจะมีคำพิพากษากำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของคู่กรณีต่อไป ซึ่งคำพิพากษานั้นอาจแตกต่างกับคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญได้

2) วิธีที่ 2 อาศัยการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นพื้นฐาน กล่าวคือ ประการแรก ให้ศาลภายในของประเทศที่มีคำวินิจฉัยนั้นมีคำพิพากษาตามคำวินิจฉัยดังกล่าว และประการที่สอง อาศัยสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดในเรื่องของการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ระหว่างประเทศที่มีคำพิพากษากับประเทศที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำพิพากษา และคู่กรณีปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น⁵⁸

จากการพิจารณาวิธีการบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า นอกจากจะทำให้คู่กรณีที่ประสงค์จะบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในลักษณะระหว่างประเทศต้องเสียค่าใช้จ่ายและเสียเวลาแล้ว ผลจากการดำเนินการยังมีความไม่แน่นอน กล่าวคือ หากเลือกใช้วิธีที่ 1 โดยยื่นฟ้องคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นจำเลยต่อศาลภายในของประเทศที่ประสงค์จะให้มีการบังคับ ก็ไม่แน่นอนว่าศาลภายในของประเทศนั้นจะพิจารณาพิพากษาแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ หรือหากเลือกใช้วิธีที่ 2 ก็ไม่แน่นอนว่าประเทศของตนที่มีคำพิพากษาตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญจะมีสนธิสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศกับประเทศที่ประสงค์จะให้มีการบังคับหรือไม่ นอกจากนี้ การบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญก็ไม่อาจเทียบเคียงกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานครนิวยอร์ก 1958 (New York Convention 1958) มาใช้ได้⁵⁹ โดยตรง แต่อาจนำการอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้ร่วมกัน เพื่อให้สามารถบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในลักษณะระหว่างประเทศได้ คือ

3) วิธีที่ 3 อาศัยเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากความยินยอมของคู่กรณี (Consent Award) มาปรับใช้ โดยคู่กรณีแต่งตั้งบุคคลขึ้นเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบุคคลนั้นอาจเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นอยู่แล้ว หรือบุคคลอื่นก็ได้ แล้วให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดตามความยินยอมของคู่กรณี โดยคู่กรณียินยอมให้ยึดถือ

⁵⁸ Ibid., p. 161.

⁵⁹ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 699.

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ กลายสภาพเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีย่อมอาศัยการบังคับตามชี้ขาดตาม อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานครนิวยอร์ก (New York Convention 1958) เพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดใน อีกประเทศหนึ่งได้⁶⁰

2.1.2.6 การคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ (Challenging the decision)

คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจใช้กระบวนการทางศาลเพื่อคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ได้ โดยสามารถยื่นคัดค้านเพื่อให้ศาลพิจารณามีคำสั่งได้ 2 กรณี คือ กรณีแรก การยื่นคำร้องเป็น คดีใหม่เพื่อให้เริ่มต้นการพิจารณาตามคำคัดค้าน และกรณีที่สอง การยื่นคำร้องคัดค้านในคดีเดิม ที่มีการขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ แต่เนื่องจากศาลเคารพต่อ เจตนาของคู่กรณีที่ยินยอมและประสงค์จะใช้กระบวนการนี้เพื่อยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาท นอกศาล ดังนั้น การยื่นคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวมีข้อจำกัดในเรื่องประเด็นที่อาจ หยิบยกขึ้นอ้าง โดยมีพื้นฐานสำคัญ 3 ประการ คือ มีการฉ้อฉลหรือหลอกลวง (Fraud), พิจารณา โดยมีอคติหรือไม่ยุติธรรม (Bias) และมีการกระทำหรือวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจน (Obvious mistake หรือ Obvious Incorrectness)⁶¹ ซึ่งสามารถจำแนกพิจารณาเป็นข้อกล่าวอ้างได้ 7 ประการ ดังนี้⁶²

- 1) ไม่มีข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญระหว่างคู่กรณี (No agreement) หรือ
- 2) คำวินิจฉัยนั้นไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะบังคับได้ (Unclear decision)
- 3) มีการฉ้อฉล หลอกลวง หรือสมคบกันระหว่างผู้เชี่ยวชาญกับคู่กรณี (Fraud)
- 4) ผู้เชี่ยวชาญมีอคติ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่ยุติธรรมอย่างชัดเจน (Obvious partiality หรือ Obvious Inequity)

⁶⁰ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., p. 161.

⁶¹ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton (London: Sweet & Maxwell, 1998), p. 129.

⁶² John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., pp. 175-177.

5) ผู้เชี่ยวชาญวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจน (Obvious mistake หรือ Obvious Incorrectness) เช่น ใช้เกณฑ์ในการประเมินราคาผิด, ประเมินราคาทรัพย์สินผิดอัน, ประเมินมูลค่าหุ้นผิดบริษัท, วินิจฉัยผิดไปจากประเด็นที่คู่กรณีมอบหมายให้พิจารณา เป็นต้น แต่การคัดค้านคำวินิจฉัยด้วยข้อกล่าวอ้างนี้มักจะไม่เป็นผล เนื่องจากคู่กรณีมักจะไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามข้อกล่าวอ้าง

6) คำวินิจฉัยนั้นผิดกฎหมาย (illegality)

7) คำวินิจฉัยนั้นเกินขอบเขตที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ

2.1.2.7 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เชี่ยวชาญ

2.1.2.7.1 สิทธิของผู้เชี่ยวชาญ (Right of expert)⁶³

ผู้เชี่ยวชาญมีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน ซึ่งต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายและเหนื่อยยาก ไม่ว่าจะจากคู่กรณีหรือบุคคลอื่น โดยเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันกำหนดไว้ในสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเทียบได้กับค่าปฎิการอนุญาตตุลาการในกระบวนการอนุญาตตุลาการ แต่ค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญกับค่าปฎิการอนุญาตตุลาการมีข้อแตกต่างกันเล็กน้อย คือ หากไม่มีการตกลงกันในเรื่องค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญไว้ ผู้เชี่ยวชาญไม่มีอำนาจกำหนดได้เองในคำวินิจฉัยของตน และไม่อาจขอความช่วยเหลือจากศาลให้มีคำสั่งเรื่องค่าตอบแทนได้ ส่วนการอนุญาตตุลาการนั้น ถ้าไม่มีการตกลงกันในเรื่องค่าปฎิการอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการมีอำนาจกำหนดได้เองโดยระบุไว้ในคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 46 วรรคแรก⁶⁴ และแม้อนุญาตตุลาการมิได้กำหนดค่าปฎิการอนุญาตตุลาการไว้ในคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาตตุลาการอาจขอความช่วยเหลือจากศาลให้มีคำสั่งเรื่องค่าปฎิการอนุญาตตุลาการได้ ซึ่งศาลจะกำหนดให้ตามที่เห็นสมควร ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 46 วรรคสอง

⁶³ Ibid., p. 197.

⁶⁴ "พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545," ราชกิจจานุเบกษา 119

2.1.2.7.2 หน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญ (Duties of expert)⁶⁵

หน้าที่ที่สำคัญได้แก่

- 1) ปฏิบัติตามข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ
- 2) มีความซื่อสัตย์ (Honestly) สุจริต (Good Faith) และดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างยุติธรรม (Fairly)
- 3) เอาใจใส่ในการแสวงหาข้อเท็จจริง การพิจารณาทำคำวินิจฉัยและต่อคู่กรณีอย่างเต็มที่ (Free from negligence) กล่าวคือ นอกจากผู้เชี่ยวชาญต้องใช้ความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ของตนในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาของคู่กรณี (Exercise reasonable skill and care) แล้ว ผู้เชี่ยวชาญยังอาจทำการแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นด้วยตนเอง (Independent investigations) เพื่อให้ประกอบการวินิจฉัยได้ นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญยังต้องปฏิบัติตามคำร้องขอและคำแนะนำของคู่กรณีอีกด้วย
- 4) พิจารณาทำคำวินิจฉัยให้แล้วเสร็จอย่างรวดเร็ว หรือภายในระยะเวลาที่คู่กรณีกำหนด

2.1.2.7.3 ความรับผิดของผู้เชี่ยวชาญ (Liability for professional negligence)⁶⁶

หมายถึง การที่ผู้เชี่ยวชาญถูกคู่กรณียื่นฟ้องต่อศาลให้รับผิดในข้อหาผิดสัญญา (Breach of contract) อันเนื่องจากการทำหน้าที่ของตน โดยข้อกล่าวหาที่คู่กรณีอาจกล่าวอ้างให้ผู้เชี่ยวชาญรับผิด (Professional negligence) มี 4 ประการ ได้แก่

- 1) ผู้เชี่ยวชาญไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเหมาะสม (he has failed to carry out the reference properly) เช่น ไม่ทำการตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นเพิ่มเติม (Independent investigations) เพื่อให้ประกอบการวินิจฉัย เมื่อพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำเสนอ นั้นยังไม่เพียงพอ เป็นต้น

⁶⁵ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., pp. 212-217.

⁶⁶ Ibid., pp. 207-212 and 217-220.

2) ผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถพิจารณาทำคำวินิจฉัยภายในเวลาที่กำหนดได้
(he has failed to deliver a timely decision)

3) ผู้เชี่ยวชาญมิได้ปฏิบัติตามคำร้องขอหรือคำแนะนำของคู่กรณี (he has not followed the parties' instructions)

4) ผู้เชี่ยวชาญมิได้ใช้ทักษะและความเอาใจใส่อย่างเช่นผู้มีวิชาชีพ
เช่นนั้นพึงกระทำ (he has not kept to the standard of skill and care of his profession)

ผู้เชี่ยวชาญจะต้องรับผิดชอบเมื่อคู่กรณีสามารถพิสูจน์ตามข้อกล่าวหาข้างต้นได้ แม้เพียงข้อหนึ่งข้อใด ซึ่งจะทำให้ผู้เชี่ยวชาญไม่มีสิทธิได้รับทั้งค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายจากคู่กรณีสำหรับการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาทำคำวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ผ่านมานั้น นอกจากนี้ผู้เชี่ยวชาญอาจต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายของคู่กรณีเพิ่มเติมอีก เนื่องจากทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปล่าประโยชน์

2.1.3 รูปแบบของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

อาจแบ่งรูปแบบของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญได้ 3 กรณี ดังนี้

2.1.3.1 กรณีแบ่งตามรูปแบบของกระบวนการ

2.1.3.1.1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกระบวนการเดียวซึ่งเป็นเอกเทศ ไม่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอื่น กล่าวคือ นอกจากการที่คู่กรณีเสนอปัญหาหรือข้อพิพาทให้แก่ผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาทำคำวินิจฉัยแล้ว คู่กรณีไม่มีปัญหาหรือข้อพิพาทอื่นที่เกี่ยวข้องกันกับที่ได้เสนอแก่ผู้เชี่ยวชาญอีก และคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว จึงไม่มีความสัมพันธ์กับกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นที่เกิดขึ้นในภายหลัง แต่ทั้งนี้ ปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังนั้น คู่กรณีอาจตกลงกันให้ยึดถือข้อเท็จจริงบางส่วนตามที่ผู้เชี่ยวชาญได้พิจารณาทำคำวินิจฉัยไว้ก็ได้

2.1.3.1.2 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญที่เป็นกระบวนการคู่ขนานกับการระงับข้อพิพาทอื่น กล่าวคือ นอกจากปัญหาหรือข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาทำคำวินิจฉัยแล้ว คู่กรณียังมีปัญหาหรือข้อพิพาทอื่นที่อยู่ระหว่างดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วย เช่น คู่กรณีมีปัญหาหรือข้อพิพาทหนึ่งซึ่งเป็นปัญหาในทางเทคนิคและปัญหาเกี่ยวกับการประเมินราคา คู่กรณีจึงเสนอให้ใช้กระบวนการเสนอปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นแก่ผู้เชี่ยวชาญ ในขณะที่เดียวกันคู่กรณีก็มีอีกปัญหาหรือข้อพิพาทหนึ่งซึ่งเป็นปัญหาข้อกฎหมาย คู่กรณีจึงเสนอให้อนุญาตตุลาการพิจารณาทำคำชี้ขาดเป็นอีกเรื่องหนึ่งควบคู่ไปกับการพิจารณาทำคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น ซึ่งในรูปแบบดังกล่าวคู่กรณีอาจใช้ทั้งสองกระบวนการร่วมกันก็ได้ โดยตกลงให้คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นมีผลเกี่ยวพันกับการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นด้วย ในลักษณะของการอ้างอิงข้อเท็จจริงตามที่ผู้เชี่ยวชาญได้พิจารณามีคำวินิจฉัย

2.1.3.2 กรณีแบ่งตามรูปแบบของการเริ่มกระบวนการ

2.1.3.2.1 การเริ่มกระบวนการโดยคู่กรณีทุกฝ่าย กล่าวคือ เมื่อเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้น คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงและยินยอมพร้อมกันให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหานั้น

2.1.3.2.2 การเริ่มกระบวนการโดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว กล่าวคือ ในบางครั้งการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการวินิจฉัยนั้นอาจไม่ต้องได้รับความร่วมมือหรือช่วยเหลือจากคู่กรณีทุกฝ่ายก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้กระบวนการประสบปัญหาที่ไม่สามารถหาทางออกได้ (Deadlock) และยังสามารถหาบุคคลที่เหมาะสมได้⁶⁷ โดยกระบวนการอาจเริ่มจากคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว กล่าวคือ ในกรณีที่มีและระบุไว้ในข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญว่า หากเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทตามข้อสัญญาดังกล่าวและคู่กรณีไม่สามารถหรือไม่ยอมทำความตกลงกันเพื่อแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเองได้ ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งสามารถเริ่มกระบวนการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยแจ้งไปยังบุคคลที่สาม ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือเป็นนิติบุคคลก็ได้ ให้ดำเนินการแต่งตั้งบุคคลอื่นที่เป็น

⁶⁷ Ibid., p. 119.

ผู้เชี่ยวชาญขึ้นเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหานั้น⁶⁸ ซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดให้องค์กรวิชาชีพต่างๆ เป็นผู้มีอำนาจดำเนินการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (The appointing authority)⁶⁹ หรือหากเป็นปัญหาหรือข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ คู่กรณีอาจใช้บริการของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC)⁷⁰ ในการเสนอชื่อผู้เชี่ยวชาญ (Proposal of experts) และแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (Appointment of experts) ก็ได้ ซึ่งจะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดในบทที่ 3 โดยต้องพิจารณาถึงความพร้อมและความยินยอมของบุคคลที่สามสำหรับการดำเนินการดังกล่าวประกอบด้วย⁷¹

2.1.3.3 กรณีแบ่งตามจำนวนของผู้เชี่ยวชาญที่พิจารณาวินิจฉัย

2.1.3.3.1 การพิจารณาวินิจฉัยโดยผู้เชี่ยวชาญคนเดียว โดยปกติคู่กรณีจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทเพียงคนเดียว ทั้งนี้ เนื่องจากความเชื่อมั่นในตัวผู้เชี่ยวชาญนั้นและเพื่อความรวดเร็วของกระบวนการ

2.1.3.3.2 การพิจารณาวินิจฉัยโดยผู้เชี่ยวชาญหลายคน กล่าวคือ บางกรณี โดยเฉพาะตั้งแต่ในศตวรรษที่ 19 มาแล้ว คู่กรณีอาจตกลงกันให้แต่ละฝ่ายแต่งตั้ง

⁶⁸ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 157-161.

⁶⁹ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., p. 115.

⁷⁰ International Chamber of Commerce [ICC], *Guide to Arbitration and related services offered by the International Chamber of Commerce : Centre for Technical Expertise, adaptation of contracts, conciliation*, (Paris: ICC Publishing S.A., 1983), pp. 54-55.

Erik Schäfer, Herman Verbist and Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, (Hague: Kluwer Law International, 2005), p. 187.

<<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4426/index.html>>, 12 May 2007.

⁷¹ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., p. 119.

ผู้เชี่ยวชาญฝ่ายละหนึ่งคนเพื่อให้ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยร่วมกัน หากผู้เชี่ยวชาญทั้งสองนั้นมีความวินิจฉัยไม่ตรงกัน จึงให้ตั้งอีกบุคคลหนึ่งเป็นผู้ชี้ขาด⁷² สำหรับการวินิจฉัยนั้น

2.1.3.4 กรณีแบ่งตามรูปแบบการพิจารณาทำคำวินิจฉัย

2.1.3.4.1 ผู้เชี่ยวชาญเปิดโอกาสให้มีการรับฟังคำพยานของคู่กรณีก่อนจะพิจารณาทำคำวินิจฉัย ทั้งนี้ เนื่องจากแม้ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาในกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้ แต่โดยทั่วไปแล้วหลักพื้นฐานในการพิจารณา คือ คู่กรณีทุกฝ่ายได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน (Fair Chance) ในการแสดงความคิดเห็นของตนต่อผู้เชี่ยวชาญ โดยอาจให้คู่กรณีฝ่ายอื่นทราบด้วยก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่ผู้เชี่ยวชาญเองก็ประสงค์จะให้โอกาสคู่กรณีเช่นนั้น โดยให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายจัดทำเป็นเอกสารยื่นพร้อมกับเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของผู้เชี่ยวชาญเองที่จะทำความเข้าใจประเด็นปัญหาที่กำลังพิจารณาและจะทำคำวินิจฉัยต่อไปด้วย⁷³

2.1.3.4.2 ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาทำคำวินิจฉัยโดยไม่ต้องรับฟังคำพยานจากคู่กรณี จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า หลักพื้นฐานของการพิจารณาเพื่อทำคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น คือ การให้โอกาสแก่คู่กรณีในการแสดงความคิดเห็น แต่การปฏิบัติดังกล่าวก็มีได้เป็นบทบังคับเสมอไป ซึ่งหากไม่มีการเปิดโอกาสดังกล่าว ก็มีได้หมายความว่า การวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นจะไม่ชอบและไม่ผูกพันคู่กรณีแต่อย่างใด กล่าวคือ เมื่อผู้เชี่ยวชาญได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีและได้รับทราบปัญหาหรือข้อพิพาท ตลอดจนข้อเท็จจริงอื่นที่จำเป็นแล้ว ผู้เชี่ยวชาญนั้นสามารถใช้ความรู้ความชำนาญของตนพิจารณาทำคำวินิจฉัยได้ โดยไม่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีเสนอคำพยานประกอบเลยก็ได้ ซึ่งรูปแบบการพิจารณานี้เริ่มมีการใช้กันมากขึ้นในปัจจุบัน

สำหรับกรณีเช่นนี้จะเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ เมื่อข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญได้กำหนดไว้เช่นนั้น และในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญเห็นว่าได้รับข้อมูลและหลักฐานเพียงพอสำหรับการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นได้อย่างถูกต้องแล้ว แต่สำหรับปัญหาที่ผู้เชี่ยวชาญเห็นว่ายังมีข้อสงสัยอยู่บ้าง ผู้เชี่ยวชาญก็ต้องเชิญคู่กรณีมาซักถาม หรือเปิดโอกาสให้แสดงความคิดเห็นก่อนเช่นกัน

⁷² Ibid., pp. 112-113.

⁷³ Ibid., pp. 146-147.

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญจะเปิดโอกาสให้รับฟัง คู่กรณีหรือไม่ แต่ผู้เชี่ยวชาญก็มีอิสระในการกำหนดว่าจะตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างไร รวมทั้งสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นใช้ประกอบการวินิจฉัยได้ (Independent investigation) เช่น หากเป็นการตรวจสอบเกี่ยวกับบัญชี ก็อาจติดต่อขอข้อมูลที่จำเป็นจากกรมบัญชี หรือหน่วยงานทางด้านบัญชี เป็นต้น เว้นแต่ คู่กรณีได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่นในข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ หรือได้แจ้งแก่ผู้เชี่ยวชาญก่อนเริ่มการพิจารณาแล้ว เช่น คู่กรณีประสงค์ให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอให้เท่านั้น และไม่ประสงค์ให้ผู้เชี่ยวชาญทำการตรวจสอบอย่างอิสระ⁷⁴

2.1.4 วัตถุประสงค์ของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

1) เพื่อยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีได้อย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการในการพิจารณาทำคำวินิจฉัยนั้นไม่จำเป็นต้องกระทำเต็มรูปแบบ (Due Process) อย่างการอนุญาตตุลาการ หรือการพิจารณาในศาล

2) เพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความชำนาญในการพิจารณาปัญหาหรือข้อพิพาทนั้น มาทำคำวินิจฉัย

3) เพื่อให้คู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย ซึ่งส่วนใหญ่จะน้อยกว่าการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ เนื่องจากมีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการน้อยกว่า และตามที่ได้กล่าวข้างต้นว่า กระบวนการนี้สามารถยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งความรวดเร็ว นั้นย่อมหมายถึงการที่คู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายและทรัพยากรน้อยลงนั่นเอง

4) เพื่อรักษาสัมพันธภาพอันดีระหว่างคู่กรณีไว้ เนื่องจากกระบวนการนี้ คู่กรณีไม่จำเป็นต้องเผชิญหน้าเพื่อต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่ในระหว่างการพิจารณา ดังนั้น จึงไม่ทำให้ความสัมพันธ์อันดีทางการค้าระหว่างกันต้องเสียไป เมื่อยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทได้แล้ว คู่กรณีย่อมสามารถติดต่อทางธุรกิจกันต่อไปได้อีก

⁷⁴ Ibid., pp. 150-151.

5) เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อผู้เชี่ยวชาญมีคำวินิจฉัยในปัญหาหรือข้อพิพาทแล้ว คู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตาม คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถใช้กระบวนการทางศาลเพื่อให้บังคับแก่คู่กรณีฝ่ายนั้นในฐานที่ปฏิบัติผิดสัญญาได้ กล่าวคือ การที่คู่กรณีตกลงยินยอมให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญขึ้นเพื่อพิจารณาทำคำวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของตน เป็นการที่คู่กรณีได้ให้สัญญาแล้วว่าจะเข้าร่วมในการพิจารณาและยอมรับคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น ดังนั้น การไม่ยอมรับคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาของคู่กรณีนั่นเอง

2.1.5 ความสัมพันธ์ระหว่างการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น และการปรับใช้ร่วมกัน

ตามที่ได้กล่าวถึงข้างต้น เห็นได้ว่า การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ (Expert Findings of Fact หรือ Expert Determination) เป็นกระบวนการในการระงับข้อพิพาทรูปแบบหนึ่ง ซึ่งคู่กรณีสามารถนำไปใช้เป็นกระบวนการต่างหากโดยเฉพาะ หรือใช้ร่วมกับการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น ไม่ว่าจะเป็นการเจรจา การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินคดีทางศาล ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณี กล่าวคือ ไม่ว่าจะก่อนหรือในขณะที่คู่กรณีดำเนินการหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อยุติปัญหาหรือระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอื่น อาจมีบางประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค หรือการประเมินราคาซึ่งคู่กรณีไม่สามารถหาข้อยุติกันได้ เช่น มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นต้น คู่กรณีอาจเสนอประเด็นปัญหานั้นไปยังผู้เชี่ยวชาญ เพื่อให้พิจารณาทำคำวินิจฉัย แล้วคู่กรณีทุกฝ่ายก็จะยอมรับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นอาจปรับใช้ร่วมกันได้ ในลักษณะของกระบวนการที่คู่ขนานกัน โดยใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญสำหรับประเด็นปัญหาทางเทคนิค หรือการประเมินราคา แล้วให้มีการอ้างอิงหรือยึดถือข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น เช่น ใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญร่วมกับการอนุญาโตตุลาการเพื่อวินิจฉัยประเด็นเรื่องมูลค่าหุ้น

ของบริษัทที่จะขาย หรือเพื่อคำนวณราคาที่จะเสนอซื้อ ส่วนในประเด็นอื่นๆ ให้เป็นไปตามกระบวนการอนุญาตตุลาการ เป็นต้น⁷⁵

2.2 เปรียบเทียบการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่น

เมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญหรือหลักเกณฑ์ของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจอื่นๆ แล้ว การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญอาจนำมาเปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาททั้งกระบวนการที่เป็นที่รู้จักและใช้กันอย่างแพร่หลายในต่างประเทศ ได้แก่ การ Adjudication ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายโดยละเอียดพอสมควร และกระบวนการที่เป็นที่รู้จักและใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศไทย ได้แก่ การเจรจา การไกล่เกลี่ย การประนอมข้อพิพาท การประนีประนอมยอมความ การอนุญาตตุลาการ และการดำเนินคดีทางศาล ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายโดยสังเขปเท่านั้น ดังจะได้กล่าวต่อไป โดยมีประเด็นหลักในการพิจารณาเปรียบเทียบการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่น ดังนี้

1) ความรวดเร็ว (Speed) และมีประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกระบวนการ ทั้งนี้ เนื่องจากหากยิ่งใช้เวลาสำหรับกระบวนการนั้นมากเท่าใด ย่อมหมายความว่าคู่กรณีต้องสูญเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้นตามไปด้วย

2) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือพิพาทกัน กล่าวคือ หากปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ คำตัดสินย่อมสามารถกำหนดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายไว้ได้อย่างถูกต้องและชัดเจน และเป็นที่พอใจของคู่กรณีทุกฝ่าย

3) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการ (Privacy) และการรักษาความลับของคู่กรณี คู่กรณีส่วนใหญ่ย่อมไม่อยากเปิดเผยเกี่ยวกับการเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านั้น เนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงและการประกอบธุรกิจของตนได้ และยิ่งไปกว่านั้นคู่กรณี

⁷⁵ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 155.

ยอมไม่ประสงค์อย่างยิ่งหากความลับทางการค้าของตนถูกเผยแพร่ออกไปเนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้น

4) แบบพิธีของกระบวนการ (Formality of proceedings) บางครั้งแบบพิธีของกระบวนการก็มีประโยชน์ทำให้ทราบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติที่แน่นอน แต่บางครั้งแบบพิธีของกระบวนการที่มากจนเกินไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากขาดความยืดหยุ่นด้วยแล้วจะยิ่งทำให้ต้องใช้เวลาสำหรับกระบวนการนั้นมากขึ้นโดยไม่จำเป็น

5) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

6) ค่าใช้จ่าย (Costs) คู่กรณีย่อมประสงค์จะเสียค่าใช้จ่ายเพียงเท่าที่จำเป็นหรือน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

7) ความเป็นที่สุดของคำตัดสิน (Finality of the award) หากคำตัดสินที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนั้นไม่เป็นที่สุด กล่าวคือ คำตัดสินนั้นสามารถโต้แย้งหรืออาจถูกเปลี่ยนแปลงได้อีกในภายหลัง โดยกระบวนการอื่นต่อไปอีก ย่อมทำให้เกิดความไม่มั่นใจแก่คู่กรณีในผลของคำตัดสินนั้น นอกจากนี้ ยังเป็นการทำให้คู่กรณีเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น

8) การบังคับตามผลของกระบวนการ (Enforceability) การระงับข้อพิพาทกับการบังคับตามนั้นเป็นสิ่งที่ควบคู่กัน กล่าวคือ หากคู่กรณีฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินไม่ยอมปฏิบัติตาม ส่วนใหญ่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งย่อมต้องให้การบังคับโดยองค์การที่มีอำนาจของรัฐเพื่อให้เป็นไปตามคำตัดสินนั้น ในทางตรงกันข้าม หากสามารถระงับข้อพิพาทได้ แต่ผลของคำตัดสินนั้นไม่มีสภาพบังคับอย่างจริงจัง ทำให้ไม่มีผลผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม หรือมีขั้นตอนดำเนินการที่ยุ่งยาก ซับซ้อน เสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก การระงับข้อพิพาทในรูปแบบนั้นย่อมทำให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นที่พึงประสงค์ของคู่กรณี

9) การรักษาความลับของคู่กรณี

10) การสมประโยชน์ของคู่กรณี

2.2.1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการเจรจา (Negotiation)

เจรจา หมายถึง พูด, พูดจากัน, พูดจากันเป็นทางการ⁷⁶

การเจรจาเป็นวิธีการพื้นฐานที่สุดเมื่อเกิดความไม่เข้าใจหรือข้อขัดแย้งระหว่างกัน ซึ่งหากสามารถระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองก็จะเป็นการดีที่สุดสำหรับคู่กรณี⁷⁷ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการเจรจาไม่มีลักษณะที่เหมือนกันเลย แต่มีลักษณะคล้ายกันในเรื่องการรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี กล่าวคือ ทั้งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการเจรจา คู่กรณีต่างมิได้เผชิญหน้ากันในลักษณะของการต่อสู้เพื่อเอาชนะกัน ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นอาจดำเนินต่อไปได้ภายหลังจบแต่ละกระบวนการแล้ว ดังนั้น ทั้งสองกระบวนการจึงยังสามารถรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีไว้ได้ แต่มีความแตกต่างกันหลายประการ ดังนี้

1) ความรวดเร็วของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญต้องมีการนัดหมายระหว่างคู่กรณีและผู้เชี่ยวชาญ ทำให้ใช้เวลามากกว่าการเจรจา เพราะการเจรจานั้นไม่ขึ้นอยู่กับการวางหรือไม่วางบุคคลภายนอก⁷⁸

2) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือพิพาทกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะมีผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้พิจารณาทำคำวินิจฉัย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณี แต่การเจรจานั้นไม่มีบุคคลอื่นนอกจากตัวคู่กรณีเอง ซึ่งความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของคู่กรณีนั้นย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคล ไม่มีความแน่นอนเสมอไป

⁷⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, หน้า 322.

⁷⁷ สรวิต ลิ้มปริงซี่, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพฯ: นิติรัฐ, 2545), หน้า 4.

⁷⁸ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 9.

3) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่การเจรจานั้นมีแต่ตัวคู่กรณี ดังนั้น การเจรจาจึงมีความเป็นส่วนตัวของกระบวนการมากกว่า และสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เด็ดขาด เพราะไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องเลย⁷⁹

4) แบบพิธีของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีแบบพิธีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ที่สำคัญ ได้แก่ การทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญและกระบวนการในการพิจารณา ก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญจะ ทำคำวินิจฉัย แต่การเจรจานั้นไม่มีแบบพิธีแต่อย่างใด โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้คู่กรณีมีโอกาสได้ พบกันเพื่อเจรจาเกี่ยวกับปัญหาหรือข้อพิพาทนั้น

5) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้มีอำนาจในการควบคุมในกระบวนการ คือ ผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีแต่งตั้ง ไม่ว่าในการพิจารณาพยานหลักฐานและการเปิดโอกาสให้คู่กรณี แสดงความคิดเห็น แต่การเจรจาเป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีมีอำนาจควบคุมสูงสุด⁸⁰ เนื่องจาก ตัวคู่กรณีเป็นผู้เข้าร่วมในกระบวนการและสามารถเลือกและกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการเจรจาได้เองทั้งหมด

6) ค่าใช้จ่าย

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีค่าใช้จ่ายหลัก ได้แก่ ค่าตอบแทนแก่ ผู้เชี่ยวชาญ และยิ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มากเพียงใด ค่าตอบแทนนั้นก็ยิ่งสูงขึ้นตามไปด้วย แต่การเจรจานั้นเสียค่าใช้จ่ายน้อย หากคู่กรณีสามารถ เจรจาระงับข้อพิพาทโดยรวดเร็ว ทั้งนี้ เพราะไม่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่บุคคลภายนอก⁸¹

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.



7) ความเป็นที่สุดของคำตัดสิน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตัดสินโดยมีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะกำหนดให้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่ผู้เชี่ยวชาญได้วินิจฉัยนั้นด้วย และในการขอศาลให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น กรณีที่ศาลอาจพิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยหรือปฏิเสธการบังคับมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี แต่การเจรจาเพียงความตกลง ที่อาศัยเพียงความเชื่อดีระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แม้ได้มีการทำบันทึกไว้เป็นหลักฐานก็ตาม แต่ความตกลงนั้นไม่มีสภาพบังคับแต่อย่างใด ดังนั้น หากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามที่ได้ตกลงไว้ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องหรือบังคับให้ปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าวได้ เนื่องจากผลของการเจรจายังไม่ผูกมัดคู่กรณี⁸²

8) การบังคับตามผลของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญสามารถอาศัยอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยได้ ในข้อหาผิดสัญญา เนื่องจากคู่กรณีได้ยินยอมให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของตนและต้องยอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย แต่ผลของความตกลงในการเจรจาไม่มีสภาพบังคับ ดังนั้น จึงไม่อาจบังคับตามความตกลงนั้นได้

9) การสมประโยชน์ของคู่กรณี

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเป็นการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคุณภาพทำให้มีฝ่ายหนึ่งแพ้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งชนะ ดังนั้น คำวินิจฉัยนั้นยอมสมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่สมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน แต่การเจรจานั้นหากสามารถเจรจาได้สำเร็จ ย่อมให้ความรู้สึกแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่า ตนเป็นผู้ชนะ (Win-Win) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ (Win-Lose)

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

2.2.2 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการไกล่เกลี่ย (Conciliation) และการประนอมข้อพิพาท (Mediation)

ความหมายของคำว่า “ไกล่เกลี่ย” และ “ประนอมข้อพิพาท” ตามพจนานุกรม คือ

ไกล่เกลี่ย หมายถึง พุดจาให้ปรองดองกัน, พุดจาให้ตกลงกัน⁸³

การประนอมข้อพิพาท หมายถึง อะลุ่มอล่วย, ทำการปรองดอง⁸⁴

นอกจากนี้ ได้มีผู้ให้ความหมายในทางกฎหมายของ “การไกล่เกลี่ย” และ “การประนอมข้อพิพาท” ไว้ว่า

การไกล่เกลี่ย (Mediation) หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่ทำลงโดยบุคคลที่สาม โดยก้าวไปไกลน้อยกว่าการประนอม (Conciliation) ข้อพิพาท กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยบุคคลที่สามเพียงแต่ชักจูงให้คู่พิพาทเจรจากัน แต่ในชั้นประนอมข้อพิพาทนั้น บุคคลที่สามได้เสนอแนะทางออกให้แก่คู่พิพาทด้วย แต่เป็นการแนะนำ กล่าวคือ คู่พิพาทไม่ถูกผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม⁸⁵

การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) หมายถึง วิธีการระงับข้อพิพาทแบบหนึ่งที่บุคคลที่สามมีบทบาทในการชักจูงให้คู่พิพาทเจรจากันเพื่อระงับข้อพิพาท และบุคคลที่สามทำความเห็นของตนเสนอให้คู่พิพาทพิจารณาเพื่อปฏิบัติตาม หากคู่พิพาทเห็นคล้ายตามก็จะเกิดสัญญาประนีประนอมยอมความตามความเห็นของบุคคลที่สามนี้ ซึ่งมักได้รับการเลือกให้มาทำหน้าที่นี้ ก็เพราะเป็นบุคคลที่คู่พิพาทยอมรับนับถือในเรื่องคุณธรรมและ/หรือความสามารถ⁸⁶

นอกจากนี้ ในประเทศที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับการยอมรับให้ไกล่เกลี่ย เพราะความมีวิญญูติหรือคุณวิญญูติ เช่น กรณีของจีนนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำการประนอมข้อพิพาทด้วยอยู่ในตัว จึงไม่มีการให้ความแตกต่างระหว่างวิธีการทั้งสอง จึงมีโอกาสอยู่มากที่คำทั้งสองใช้สลับกันและแทนกัน

⁸³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, หน้า 159.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 662.

⁸⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 120.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-44.

แม้ไม่ตรงตามความหมายที่แท้จริงของคำก็ตาม⁸⁷ และแนวโน้มในปัจจุบัน ทั้งสองคำดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้ในลักษณะเป็นคำศัพท์ที่มีความหมายในทำนองเดียวกัน (Synonym) เช่น มีการบัญญัติว่า

“For the purposes of this law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby the parties request a third persons or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to contractual or other legal relationship.”⁸⁸

เนื่องจากคำว่า “การไกล่เกลี่ย” (Mediation) และ “การประนอมข้อพิพาท” (Conciliation) มีข้อแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย ในเรื่องบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ประนอมข้อพิพาทดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนจึงนำทั้งสองกระบวนการดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญรวมในหัวข้อเดียวกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาท มีลักษณะที่เหมือนกันใน 3 ประเด็น ดังนี้

1) ความรวดเร็วของกระบวนการ

ในเรื่องความรวดเร็วของกระบวนการ กล่าวคือ การระงับข้อพิพาททั้งสามกระบวนการใช้เวลาใกล้เคียงกัน.

2) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี

ในเรื่องความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี เนื่องจากทั้งสามกระบวนการมีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้อง คือ ผู้เชี่ยวชาญสำหรับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ผู้ไกล่เกลี่ยสำหรับการไกล่เกลี่ยและผู้ประนอมข้อพิพาทสำหรับการประนอมข้อพิพาท เนื่องจากมีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นด้วย ทำให้ความเป็นส่วนตัวของคู่กรณีน้อยลง และสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้ยาก

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 120.

⁸⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, Article 1 (3).

เมื่อพิจารณาเฉพาะการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทก็มีข้อแตกต่างกันในประเด็นนี้เล็กน้อย กล่าวคือ ในการประนอมข้อพิพาท เนื่องจากคู่กรณีต้องเปิดเผยท่าทีของตนในเรื่องการระงับข้อพิพาท รวมทั้งรายละเอียดแห่งการพิพาทแก่บุคคลภายนอก คือ ผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งต้องรู้ความตื้นลึกหนาบางแห่งกรณีมากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาและการไกล่เกลี่ย ผู้ประนอมข้อพิพาทจึงจะเสนอความเห็นของตนแก่คู่กรณีเพื่อเป็นทางออกในการระงับข้อพิพาทได้⁸⁹

3) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี

ในเรื่องการรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณีนั้น ทั้งสามกระบวนการคู่กรณีมิได้เผชิญหน้ากันอย่างเต็มที่ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นอาจดำเนินต่อไปได้ภายหลังจบแต่ละกระบวนการแล้ว

แต่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทมีความแตกต่างกันหลายประการ ดังนี้

1) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือพิพาทกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะมีผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้พิจารณาทำคำวินิจฉัย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณี แต่การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยและผู้ประนอมข้อพิพาทอาจมีความเชี่ยวชาญน้อยกว่า

2) แบบพิธีของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีแบบพิธีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ที่สำคัญได้แก่ การทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญและกระบวนการในการพิจารณาก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญจะทำการวินิจฉัย แต่การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทไม่มีแบบพิธีของกระบวนการแต่อย่างใด กระบวนการทั้งหมดขึ้นอยู่กับคู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาทจะตกลงร่วมกัน

⁸⁹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 11.

3) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้มีอำนาจควบคุมในกระบวนการ คือผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีแต่งตั้ง ไม่ว่าจะในการพิจารณาพยานหลักฐานและการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงความคิดเห็น แต่การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทคู่กรณีมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการ กล่าวคือ คู่กรณีต้องเป็นทั้งผู้รับและเป็นผู้เสนอแนวทางเพื่อทำความตกลงระหว่างกัน

4) ค่าใช้จ่าย

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีค่าใช้จ่ายหลัก ได้แก่ ค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ และยิ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มากเพียงใด ค่าตอบแทนนั้นก็ยิ่งสูงขึ้นไปด้วย แต่การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทอาศัยเพียงคนกลางเข้าทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยหรือผู้ประนอมข้อพิพาท ซึ่งหากเป็นบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายคุ้นเคยก็อาจเสียค่าใช้จ่ายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

5) ความเป็นที่สุดของคำตัดสิน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตัดสินโดยมีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะกำหนดให้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่คุณเชี่ยวชาญได้วินิจฉัยนั้นด้วย และในการขอศาลให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น กรณีที่ศาลอาจพิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยหรือปฏิเสธการบังคับมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี แต่ข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาท โดยหลักแล้วอาศัยเพียงความเชื่อถือนระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แต่ข้อตกลงนั้นไม่มีสภาพบังคับแต่อย่างใด เว้นแต่ คู่กรณีได้ทำข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ย⁹⁰ หรือประนอมข้อพิพาทดังกล่าวไว้เป็นหนังสือ ตามลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความ⁹¹ ขึ้นต่างหาก สัญญาที่ได้ทำขึ้นภายหลังนี้จึงจะมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ บางกรณีคู่กรณี

⁹⁰ สรวิศ ลิ้มปริงซี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 6.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851 บัญญัติว่า “อันสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ ต้องรับผิด หรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

อาจใช้การอนุญาตตุลาการเข้ามาช่วยด้วย เรียกว่า Award upon consent⁹² เพื่อให้มีผลผูกมัดหนักแน่นกว่าการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ด้วยการทำคำชี้ขาดบนข้อตกลงของคู่กรณี ซึ่งก็นับเป็นคำชี้ขาดของการอนุญาตตุลาการเช่นกัน⁹³

6) การบังคับตามผลของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญสามารถอาศัยอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยได้ ในข้อหาผิดสัญญา เนื่องจากคู่กรณีได้ยินยอมให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของตนและต้องยอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย แต่ข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาท โดยหลักจะไม่มีสภาพบังคับ คู่กรณีจึงไม่อาจบังคับตามข้อตกลงนั้นได้ เว้นแต่ คู่กรณีได้ทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความไว้ หรือได้ให้อุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดบนข้อตกลง (Award upon consent) ตามที่ได้กล่าวถึงข้างต้น คู่กรณีจึงสามารถใช้กระบวนการทางศาลในการบังคับตามผลของข้อตกลงได้ โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความ หรือคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

7) การสมประโยชน์ของคู่กรณี

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเป็นการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่ความทำให้มีฝ่ายหนึ่งแพ้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งชนะ ดังนั้น คำวินิจฉัยนั้นย่อมสมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่สมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน แต่การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทนั้นหากสามารถทำความตกลงกันได้ ย่อมให้ความรู้สึกแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่า ตนเป็นผู้ชนะ (Win-Win) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ (Win-Lose)

⁹² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 104.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

2.2.3 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการประนีประนอมยอมความ (Compromise)

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850⁹⁴ และตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย⁹⁵ ได้ระบุความหมายของ การประนีประนอมยอมความ ไว้ว่า คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการประนีประนอมยอมความมีลักษณะเหมือนกันในเบื้องต้น คือ เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีตกลงกันเองเพื่อระงับข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นไปโดยไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรใดๆ ของรัฐ และยังมีลักษณะคล้ายคลึงกันมากในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความมีบุคคลภายนอกเข้าไปช่วยไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีตกลงกัน

นอกจากนี้ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการประนีประนอมยอมความยังมีลักษณะที่เหมือนกันอีกหลายประการ ดังนี้

1) ความรวดเร็วของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการประนีประนอมยอมความมีความรวดเร็ว และใช้ระยะเวลาสำหรับการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยกัน

2) การบังคับตามผลของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญสามารถอาศัยอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยได้ ในข้อหาผิดสัญญา เนื่องจากคู่กรณีได้ยินยอมให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของตนและต้องยอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย ส่วนการ

⁹⁴ “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่,” ราชกิจจานุเบกษา 45 (1 มกราคม 2461): 1.

⁹⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 219.

ประนีประนอมยอมความนั้นคู่กรณีก็ต้องอาศัยอำนาจศาลในการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความเช่นกัน

3) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการประนีประนอมยอมความนั้นคู่กรณีต่างมิได้เผชิญหน้ากันอย่างเต็มที่ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นอาจดำเนินต่อไปได้ภายหลังจากแต่ละกระบวนการแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทสองชนิดนี้มีความแตกต่างกัน ดังนี้

1) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือพิพาทกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะมีผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้พิจารณาทำคำวินิจฉัย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณี แต่การประนีประนอมยอมความนั้น แม้จะมีบุคคลภายนอกเข้ามาช่วยไกล่เกลี่ย แต่บุคคลภายนอกนั้นอาจจะมีผู้เชี่ยวชาญน้อยกว่า

2) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะมีความเป็นส่วนตัวน้อยกว่า และสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้ยากกว่าการประนีประนอมยอมความ เนื่องจากมีผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณา แต่การประนีประนอมยอมความนั้นอาจไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องเลยก็ได้ ทำให้มีความเป็นส่วนตัวมากกว่าและสามารถรักษาความลับได้ง่ายกว่า

3) แบบพิธีของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีแบบพิธีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ที่สำคัญได้แก่ การทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญและกระบวนการในการพิจารณาก่อนที่ผู้เชี่ยวชาญจะทำคำวินิจฉัย แต่การประนีประนอมยอมความไม่มีแบบพิธีของกระบวนการ

4) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้มีอำนาจควบคุมในกระบวนการ คือผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีแต่งตั้ง ไม่ว่าจะในการพิจารณาพยานหลักฐานและการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงความคิดเห็น แต่การประนีประนอมยอมความอำนาจในการควบคุมยังอยู่กับคู่กรณีอย่างเต็มที่ แม้ในบางกรณีที่อาจมีบุคคลภายนอกเข้าช่วยเหลือในการไกล่เกลี่ยด้วยก็ตาม

5) ค่าใช้จ่าย

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีค่าใช้จ่ายหลัก ได้แก่ ค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ และยิ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มากเพียงใด ค่าตอบแทนนั้นก็ยิ่งสูงขึ้นตามไปด้วย แต่การประนีประนอมยอมความนั้น แม้จะมีคนกลางเข้าช่วยไกล่เกลี่ยด้วย คู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

6) ความเป็นที่สุดของคำตัดสิน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตัดสินโดยมีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะกำหนดให้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่คุณผู้เชี่ยวชาญได้วินิจฉัยนั้นด้วย และในการขอศาลให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น กรณีที่ศาลอาจพิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยหรือปฏิเสธการบังคับมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี แต่การประนีประนอมยอมความที่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 851⁹⁶ หากต่อมาปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้นนั้น อีกฝ่ายก็ต้องนำเรื่องไปฟ้องร้องต่อศาล และมีการดำเนินคดีสืบพยานตามปกติเหมือนคดีทั่วไป⁹⁷

7) การสมประโยชน์ของคู่กรณี

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเป็นการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคุณความทำให้มีฝ่ายหนึ่งแพ้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งชนะ ดังนั้น คำวินิจฉัยนั้นย่อมสมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่

⁹⁶ “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่,” ราชกิจจานุเบกษา 45 (1 มกราคม 2461): 1.

⁹⁷ สรวิต ลิ้มปริงชี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 6.

สมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน แต่การประนีประนอมยอมความนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องยอมผ่อนผันให้แก่กัน ดังนั้น คู่กรณีจะสมประโยชน์ตามความประสงค์ของแต่ละฝ่ายเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความที่ได้ทำขึ้น

นอกจากนี้ มีข้อเปรียบเทียบที่ผู้เขียนขอกล่าวเพิ่มเติมอีก 3 ประการ ที่แสดงให้เห็นว่า ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้นมิใช่สัญญาประนีประนอมยอมความ แต่เป็นสัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวข้องและคล้ายคลึงกัน เพราะต่างก็เป็นสัญญาที่คู่กรณีตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นนอกจากศาล จึงอาจทำให้มีผู้เข้าใจสับสนว่าเป็นสัญญาเดียวกัน เนื่องจากมีผู้ให้ความเห็นว่า ลักษณะสำคัญของการประนีประนอมยอมความในเรื่อง "การที่คู่สัญญาต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน" นี้ คู่สัญญาอาจตกลงผ่อนผันให้แก่กันโดยให้บุคคลภายนอกชี้ขาดก็ได้⁹⁸ ดังนี้

1) สัญญาประนีประนอมยอมความ คือ สัญญาที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายสละสิทธิบางอย่างให้แก่กัน โดยตกลงพบกันในระหว่างความต้องการของแต่ละฝ่าย ซึ่งเป็นการผ่อนผันให้แก่กัน แต่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น การที่คู่กรณีแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นบุคคลภายนอกให้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท มิใช่เป็นการที่คู่กรณีผ่อนผันหรือสละสิทธิให้แก่กันแต่ประการใดเลย คู่กรณีจะได้รับสิทธิมากน้อยยอมแล้วแต่ผู้เชี่ยวชาญจะวินิจฉัย และไม่ว่าคู่กรณีจะพอใจคำวินิจฉัยนั้นหรือไม่ คู่กรณีก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น เพราะเป็นข้อผูกพันตามสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญที่ทำกันไว้

2) การประนีประนอมยอมความไม่จำเป็นต้องอาศัยบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องในการตกลง คู่กรณีสามารถตกลงกันเองได้ ถึงแม้บางครั้งอาจจะมีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่เป็นการเข้ามาใกล้เคียง มิใช่เข้ามาพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท แต่สำหรับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นสัญญาซึ่งคู่กรณีตกลงกันให้บุคคลภายนอกเข้ามาระงับข้อพิพาทระหว่างตน และคู่กรณียอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น

3) สัญญาประนีประนอมยอมความนั้น คู่กรณีตกลงกันได้เสมอ นับแต่ก่อนมีข้อพิพาทเกิดขึ้น เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลใดๆ แต่คดียังไม่ถึงที่สุด เพราะความต้องการของคู่กรณีเป็นสิ่ง

⁹⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายสัญญาประนีประนอมยอมความ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 53.

สูงสุด ถึงแม้จะตกลงลบล้างหรือแตกต่างจากคำพิพากษาของศาล แต่ถ้าคำพิพากษานั้นยังไม่ถึงที่สุด คู่กรณีย่อมตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ แต่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ คู่กรณีจะกระทำได้เฉพาะตั้งแต่ยังไม่เกิดเป็นข้อพิพาทจนกระทั่งถึงก่อนที่ศาลชั้นต้นจะมีคำพิพากษาเท่านั้น เนื่องจากเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา อยู่ในระหว่างการอุทธรณ์หรือฎีกา ผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาท ไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงที่จะจัดการเรื่องได้ด้วยตนเอง และผู้เชี่ยวชาญเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีฐานะต่ำกว่าศาล ซึ่งเป็นสถาบันของรัฐ จึงย่อมไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่ศาลได้ตัดสินไปแล้ว เพราะการวินิจฉัยอาจเป็นการกลับ หรือแก้ไขคำพิพากษาของศาลนั้น

2.2.4 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการ Adjudication

คำว่า “Adjudication” มีความหมายตามพจนานุกรม 2 ความหมาย ความหมายแรก หมายถึง กระบวนการทางกฎหมายเพื่อระงับข้อพิพาท เช่น กระบวนการพิพากษาคดีของศาล และอีกความหมายหนึ่ง หมายถึง คำพิพากษา⁹⁹

adjudication n. 1. The Legal process of resolving a dispute; the process of judicially deciding a case 2. Judgement

ส่วนการ Adjudication ที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงนี้ แม้เป็นกระบวนการทางกฎหมายเพื่อระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกัน แต่มีลักษณะและรายละเอียดที่แตกต่างไปจากกระบวนการพิพากษาคดีของศาล เนื่องจากยังไม่อาจหาคำในภาษาไทยที่สื่อถึงความหมายของกระบวนการนี้ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงใช้คำว่า Adjudication โดยเขียนตามศัพท์เดิมในงานวิจัยนี้ต่อไป

การ Adjudication ตามที่มีผู้ให้คำจำกัดความไว้นั้น หมายถึง การพิจารณาเพื่อทำคำวินิจฉัยโดยบุคคลที่สามที่ได้รับการแต่งตั้ง ซึ่งเรียกว่า Adjudicator¹⁰⁰ แต่กระบวนการนี้มี

⁹⁹ Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th ed., p. 45.

¹⁰⁰ Karl Mackie, David Miles, William Marsh and Tony Allen, The ADR Practice

Guide Commercial Dispute Resolution, 2nd ed. (London: Butterworths, 2000), p. 259.

รูปแบบเป็นเพียงการระงับข้อพิพาทเพียงชั่วคราว (Interim dispute resolution) เท่านั้น¹⁰¹ และบางครั้ง มีผู้ให้ความเห็นว่า การ Adjudication นั้นเป็นรูปแบบหนึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ¹⁰² ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงความหมายและลักษณะสำคัญของการ Adjudication แล้วนำมาเปรียบเทียบกับกรวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ดังนี้

การระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการที่เรียกว่า "การ Adjudication" มีปรากฏในข้อสัญญาของคู่กรณีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976¹⁰³ ในทางปฏิบัติแล้วเป็นกระบวนการที่พบได้บ่อยครั้งและมีบทบาทสำคัญสำหรับประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการก่อสร้าง¹⁰⁴ เช่น ปัญหาระหว่างผู้รับเหมากับผู้รับเหมาช่วง เป็นต้น อาจเรียกได้ว่าการ Adjudication เป็นกระบวนการเบื้องต้น (First stage) สำหรับระงับข้อพิพาทในการก่อสร้างเกือบทั้งหมด¹⁰⁵ ซึ่งข้อพิพาทในอุตสาหกรรม การก่อสร้างนั้นเป็นที่ทราบกันดีว่ามีความซับซ้อน เกี่ยวข้องกับเงินจำนวนมาก มีเวลาจำกัด ซึ่งทำให้กระทบกระทั่งกันได้ง่าย¹⁰⁶ แต่บางครั้งก็มีการนำกระบวนการ Adjudication ไปใช้สำหรับประเด็นปัญหาอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการก่อสร้างด้วย เช่น การประเมินราคาทรัพย์สิน, เรื่องเกี่ยวกับการเงิน เป็นต้น¹⁰⁷ ต่อมา ในปี ค.ศ. 1990 ได้มีคดีในประเทศอังกฤษ¹⁰⁸ ซึ่งประเด็นสำคัญที่ได้เกี่ยว

¹⁰¹ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 12.

¹⁰² Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 56

¹⁰³ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 122.

¹⁰⁴ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 59.

¹⁰⁵ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 114.

¹⁰⁶ Karl Mackie, David Miles, William Marsh and Tony Allen, The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution, 2nd ed., p. 255.

¹⁰⁷ Ibid., p. 263.

¹⁰⁸ ในคดี *Cameron v Mowlem* 52 B.L.R. 24 (Cited in John Kendall, 1998: 122)

กันและได้ข้อสรุป คือ คำวินิจฉัยจากกระบวนการ Adjudication นั้นมิใช่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁰⁹

นอกจากนี้ บางประเทศมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดบังคับให้ใช้วิธี Adjudication สำหรับสัญญาบางประเภทด้วย เช่น ประเทศอังกฤษ ตาม The Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 Part II Section 108¹¹⁰ โดยตามบทบัญญัติดังกล่าว สัญญาก่อสร้างต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งโอกาสแก่คู่กรณีในการเสนอข้อพิพาทโดยกระบวนการ Adjudication เริ่มจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งส่งคำบอกกล่าวความประสงค์ในการเริ่มกระบวนการ Adjudication แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หลังจากนั้นภายใน 7 วันนับแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับคำบอกกล่าว จึงทำข้อสัญญาแต่งตั้ง Adjudicator เพื่อให้ Adjudicator พิจารณาทำคำวินิจฉัยประเด็นปัญหานั้นให้แล้วเสร็จภายใน 28 วันนับแต่ได้รับแต่งตั้ง หรือตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาแต่งตั้ง ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงให้ขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปได้อีกไม่เกิน 14 วัน¹¹¹

ลักษณะสำคัญของการ Adjudication สามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

1) กระบวนการมีความรวดเร็ว (Speed)

วัตถุประสงค์หลักของการ Adjudication คือ สามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วย ความรวดเร็ว ซึ่งหมายถึง การมีคำวินิจฉัยในประเด็นปัญหาได้ในเวลาอันสั้น¹¹² โดยไม่ต้องรอให้งานเสร็จทั้งหมดก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้งานที่เกี่ยวข้องสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่ติดขัดหรือหยุดชะงัก เช่น การเสนอให้วินิจฉัยประเด็นเรื่องจำนวนเงินที่จะจ่ายเป็นค่าผลงานการก่อสร้างในแต่ละงวด

¹⁰⁹ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 122.

¹¹⁰ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 57.

¹¹¹ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 116.

¹¹² Julian D M Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 12.

เป็นต้น¹¹³ ดังนั้น กำหนดเวลา (Timetable) สำหรับกระบวนการพิจารณาส่วนใหญ่จะสั้นมาก เช่น กำหนดให้ทำคำวินิจฉัยแล้วเสร็จภายใน 7-14 วัน นับแต่การแต่งตั้ง Adjudication¹¹⁴

2) มีข้อสัญญาแต่งตั้ง Adjudicator (Adjudicator Clause)

ข้อสัญญาแต่งตั้ง Adjudicator (Adjudicator Clause) หมายถึง ความตกลงของ คู่กรณีเพื่อเสนอข้อพิพาทและพยานหลักฐานแก่บุคคลที่สาม ซึ่งเป็นคนกลางเรียกว่า “Adjudicator” ให้ทำคำวินิจฉัยประเด็นปัญหาของคู่กรณีนั้น ซึ่งข้อสัญญาแต่งตั้ง Adjudicator พบบ่อยครั้งในสัญญาก่อสร้าง โดยอาจรวมอยู่ในสัญญาหลัก หรือทำขึ้นภายหลังเมื่อเกิดข้อพิพาท แล้วก็ได้ นอกจากนี้ ยังสามารถนำข้อสัญญาแต่งตั้ง Adjudicator ไปใช้กับสัญญาประเภทอื่นได้ด้วย

Adjudicator ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมสำหรับการวินิจฉัย ข้อพิพาทนั้น กล่าวคือ เป็นผู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณี โดยอาจ เป็นนักกฎหมายด้วยก็ได้¹¹⁵ เช่น ในสัญญาก่อสร้าง บุคคลที่เป็น Adjudicator ส่วนใหญ่นั้นคือ บุคคลที่อยู่ในวงการก่อสร้าง คือ สถาปนิก (Architect) วิศวกร (Civil Engineer) และผู้สำรวจ (Surveyor) เป็นต้น หรืออาจจะบุหรินิติบุคคล หน่วยงาน องค์กร หรือสถาบันใดเป็นผู้พิจารณา เลือกบุคคลที่เหมาะสมเพื่อแต่งตั้งเป็น Adjudicator ก็ได้

3) พิจารณาข้อเท็จจริงจากเอกสารเป็นหลัก (Documents only)

เนื่องจาก Adjudicator ต้องพิจารณาทำคำวินิจฉัยให้เสร็จตามกำหนดเวลา หรือ ทำคำวินิจฉัยให้เสร็จโดยเร็วที่สุด ดังนั้น โดยหลัก Adjudicator จะพิจารณาข้อเท็จจริงที่คู่กรณี พิพาทกันจากเอกสาร พยานหลักฐานที่ได้รับจากคู่กรณีเป็นหลัก โดยอาจไม่รับฟังคำพยานของ คู่กรณีเลยก็ได้¹¹⁶ ซึ่งการที่ไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเต็มรูปแบบ (Due process)

¹¹³ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 57.

¹¹⁴ Karl Mackie, David Miles, William Marsh and Tony Allen, The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution, 2nd ed., p. 260.

¹¹⁵ Ibid., p. 260.

¹¹⁶ Ibid., p. 260.

เหมือนการดำเนินคดีทางศาล หรือการอนุญาตตุลาการนี้ทำให้กระบวนการใช้เวลาสั้นลงและหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นได้

นอกจากนี้ Adjudicator ยังอาจใช้กระบวนการพิจารณาแบบสอบสวน (Inquisitorial procedure) ได้ด้วยในกรณีที่เหมาะสม เช่น เรียกคู่กรณีหรือบุคคลอื่นมาสอบถาม ออกทำการสำรวจ หรือตรวจสอบจากสถานที่ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น¹¹⁷

4) มีคำวินิจฉัยของ Adjudicator

คำวินิจฉัยของ Adjudicator นั้นมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ได้แก่

(1) โดยหลักคำวินิจฉัยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลประกอบด้วย¹¹⁸ เช่นเดียวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ

(2) คำวินิจฉัยนั้นผูกพัน (Binding) คู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามในลักษณะที่สามารถบังคับได้ในทันที (Immediately Enforceable) กล่าวคือ คำวินิจฉัยนั้นสามารถใช้บังคับระหว่างคู่กรณีให้ปฏิบัติตามได้¹¹⁹

(3) คำวินิจฉัยอาจยังไม่เป็นที่สุดท้าย (Final) เนื่องจากแม้ Adjudicator มีคำวินิจฉัยแล้ว ก็ไม่ตัดสิทธิคู่กรณีในการยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยนั้น โดยการดำเนินคดีทางศาล การอนุญาตตุลาการ หรือการประนอมข้อพิพาท (Mediation) เพื่อให้กลับคำวินิจฉัยนั้น โดยคำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ดังนั้น คำวินิจฉัยของ Adjudicator จึงอาจเป็นคำวินิจฉัยได้เพียงชั่วคราว¹²⁰ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Temporary finality¹²¹ เท่านั้น

¹¹⁷ Ibid., p. 260.

¹¹⁸ Ibid., p. 261.

¹¹⁹ Ibid., p. 261.

¹²⁰ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, *ADR Principle and Practice*, 2nd ed., p. 57.

¹²¹ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in *Construction Law: Themes and Practice*, Anthony Thornton, p. 116.

5) การบังคับตามคำวินิจฉัยของ Adjudicator (Enforcement of adjudicator's decision) เมื่อคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของ Adjudicator คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาตามคำวินิจฉัยนั้นได้¹²² คำวินิจฉัยดังกล่าวแม้จะผูกพันคู่กรณี แต่เนื่องจากยังไม่เป็นที่ยุติ ดังนั้น ไม่ว่าจะมีการคัดค้านคำวินิจฉัยหรือไม่ ศาลย่อมมีอำนาจในการพิจารณาเนื้อหาของข้อพิพาท พยานหลักฐานต่างๆ และคำวินิจฉัยของ Adjudicator แล้วมีคำพิพากษา ซึ่งคำพิพากษานั้นอาจมีผลเป็นการแก้ไข หรือยกเลิกคำวินิจฉัยของ Adjudicator ก็ได้¹²³

6) การคัดค้านคำวินิจฉัยของ Adjudicator (Challenges to adjudicator's decision) คู่กรณีที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของ Adjudicator สามารถคัดค้านคำวินิจฉัยดังกล่าวได้สองกรณี คือ กรณีแรก เมื่อมีการยื่นขอให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น และกรณีที่สอง คัดค้านในการพิจารณาคดีของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ¹²⁴ โดยการคัดค้านนี้คู่กรณีสามารถยกข้อโต้แย้งคำวินิจฉัยของ Adjudicator ได้อย่างกว้างขวาง

โดยสรุปแล้ว การ Adjudication นั้นมีพื้นฐานมาจากสัญญาระหว่างคู่กรณี โดยมีกระบวนการพิจารณาที่ไม่เป็นทางการ กล่าวคือ Adjudicator อาจพิจารณาทำคำวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องรับฟังคำพยานของคู่กรณีก่อนเลย แต่คำวินิจฉัยนั้นอาจถูกแทนที่ด้วยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาลได้¹²⁵

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีลักษณะเหมือนกับการ Adjudication ดังนี้

¹²² Julian D M Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 12.

¹²³ Ibid., p. 12.

¹²⁴ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 128.

¹²⁵ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 59.

1) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือพิพาทกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication คู่กรณีย่อมเลือกบุคคลที่มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณีเช่นกัน

2) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication มีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น ทั้งสองกระบวนการจึงมีความเป็นส่วนตัวและโอกาสที่จะรักษาความลับของคู่กรณีได้น้อยลง

3) แบบพิธีของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication มีแบบพิธีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ที่สำคัญได้แก่ การทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ และการทำข้อสัญญาแต่งตั้ง Adjudicator

4) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication นั้น ผู้มีอำนาจควบคุมในกระบวนการ คือ ผู้เชี่ยวชาญ หรือ Adjudicator ที่คู่กรณีแต่งตั้งเช่นกัน ไม่ว่าจะในการพิจารณาพยานหลักฐานและการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงความคิดเห็น

5) ค่าใช้จ่าย

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication มีค่าใช้จ่ายหลักได้แก่ ค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ หรือ Adjudicator ซึ่งยิ่งผู้เชี่ยวชาญ หรือ Adjudicator นั้นมีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มากเพียงใด ค่าตอบแทนนั้นก็ยิ่งสูงขึ้นตามไปด้วย แต่อาจต่างกันบ้างเพียงเล็กน้อย เนื่องจากการ Adjudication จะใช้เวลาน้อยกว่า ดังนั้น ค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายแก่ Adjudicator ย่อมมีจำนวนที่น้อยกว่าด้วย

6) การบังคับตามผลของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication สามารถอาศัยอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยได้ ในข้อหาผิดสัญญา เนื่องจากคู่กรณีได้ยินยอมให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ หรือ Adjudicator นั้นเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของตนและต้องยอมรับคำวินิจฉัยดังกล่าวด้วย

7) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication นั้นคู่กรณีต่างมิได้เผชิญหน้ากันอย่างเต็มที่ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นอาจดำเนินต่อไปได้ภายหลังจบแต่ละกระบวนการแล้ว

อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการ Adjudication มีความแตกต่างกันดังนี้

1) ความรวดเร็วของกระบวนการ

เนื่องจากการ Adjudication มุ่งพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะจากเอกสารเท่านั้น และยังมีกำหนดเวลาในการพิจารณาไว้แน่นอน ดังนั้น จึงมีความรวดเร็วกว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญที่มีขั้นตอนและอาจใช้เวลาสำหรับกระบวนการมากกว่า

2) ความเป็นที่สิ้นสุดของคำตัดสิน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตัดสินโดยมีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะกำหนดให้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่คุณเชี่ยวชาญได้วินิจฉัยนั้นด้วย และในการขอศาลให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น กรณีที่ศาลอาจพิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยหรือปฏิเสธการบังคับมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี แต่การ Adjudication นั้น แม้คำวินิจฉัยจะมีผลผูกพันคู่กรณี (Binding) ซึ่งหมายถึง คู่กรณียอมรับให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น แต่คำวินิจฉัยนั้นยังไม่มีผลเป็นที่สิ้นสุด (Final) ซึ่งหมายถึง คำวินิจฉัยนั้นอาจถูกทบทวนได้อีก¹²⁶ โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือคำพิพากษาของศาล หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การ Adjudication นั้น

¹²⁶ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., p. 96.

โดยหลัก คือ คำวินิจฉัยยังไม่ถึงที่สุด แต่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นโดยหลัก คือ คำวินิจฉัยนั้นถึงที่สุดแล้ว ส่วนกรณีที่คำวินิจฉัยยังไม่ถึงที่สุดเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น¹²⁷ เนื่องจากคำวินิจฉัยจากการ Adjudication เป็นเพียงคำตัดสินเพียงชั่วคราวเท่านั้น แต่คำวินิจฉัยจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเป็นคำตัดสินที่ถึงที่สุดแล้ว¹²⁸

3) การสมประโยชน์ของคู่กรณี

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเป็นการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่ความทำให้มีฝ่ายหนึ่งแพ้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งชนะ ดังนั้น คำวินิจฉัยนั้นย่อมสมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่สมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน ส่วนการ Adjudication นั้น แม้คู่กรณีที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยยังอาจใช้การอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีทางศาลเพื่อแก้ไข หรือยกเลิกคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ แต่เมื่อ Adjudicator มีคำวินิจฉัยที่ผูกพันคู่กรณีแล้ว ย่อมถือว่าสามารถแก้ปัญหหรือระงับข้อพิพาทในขณะนั้นให้เสร็จสิ้นไปได้โดยเร็ว อันสมตามความประสงค์ของคู่กรณีที่เลือกใช้กระบวนการนี้แล้ว

2.2.5 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการตามที่มีผู้ให้ความหมายไว้ หมายถึง การระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณา และคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทนั้น¹²⁹ และมีผู้อธิบายเพิ่มเติมว่า คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำ

¹²⁷ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 126.

¹²⁸ Ibid., pp. 116-117.

¹²⁹ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 9.

ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายประเทศนั้นๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ¹³⁰

ส่วนความหมายของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” นั้น หมายถึง บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินในข้อพิพาท¹³¹ โดยอนุญาโตตุลาการอาจมีเพียงคนเดียว คือคนที่เป็นกลางที่ทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องต้องกันให้แต่งตั้ง หรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลการอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตั้ง หรือมีองค์คณะสามคน คือ มีคนที่เป็นกลาง แล้วยังมีอีกสองคนซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย¹³² ก็ได้

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการอนุญาโตตุลาการ ทั้งการอนุญาโตตุลาการในศาล ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น หมวด 3 ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ¹³³ และการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545¹³⁴ มีลักษณะเหมือนกันหลายประการ ดังนี้

1) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือข้อพิพาทกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะมีผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้พิจารณาทำคำวินิจฉัย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณี เช่นเดียวกับบุคคลที่คู่กรณีเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ที่วุฒิของ

¹³⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 19.

¹³¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 1327.

¹³² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 29.

¹³³ “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,” ราชกิจจานุเบกษา 95 (31 มีนาคม 2521): 1.

¹³⁴ “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545,” ราชกิจจานุเบกษา 119 (29 เมษายน 2545): 1.

อนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นแก่การวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท¹³⁵ แต่ก็มีรายละเอียดที่แตกต่างกันเล็กน้อย คือ ผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การบัญชี การก่อสร้าง สิ่งแวดล้อม ระบบกลไกฯ ส่วนผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นเกือบทั้งหมดจะเป็นนักกฎหมาย¹³⁶

2) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการอนุญาโตตุลาการมีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้อง ยิ่งไปกว่านั้น หากกระบวนการทั้งสองดังกล่าวได้ใช้บริการของสถาบันหรือหน่วยงานที่ได้จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการดังกล่าว จะยิ่งทำให้กระบวนการมีความเป็นส่วนตัวและมีโอกาสในการรักษาความลับได้น้อยลง นอกจากนี้ หากว่าคู่พิพาทไม่พอใจและกฎหมายไม่ห้ามอุทธรณ์ต่อศาล ก็น่าเชื่อว่าเรื่องที่เคลือบก็เคลือบจะต้องเปิดเผยได้เช่นกัน¹³⁷ และการอุทธรณ์ไปศาล นอกจากทำให้ความลับเสียไป ยังทำให้เรื่องช้าลงและค่าใช้จ่ายแพงไปด้วยในตัว¹³⁸

3) แบบพิธีของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีแบบพิธีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ที่สำคัญได้แก่ การทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการที่ต้องมีการทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ก็มีรายละเอียดที่แตกต่างกันเล็กน้อย คือ กระบวนพิจารณาของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญขึ้นอยู่กับสัญญาระหว่างคู่กรณี ซึ่งมีการกำหนดรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาไว้ นั่นคือ ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ เท่านั้น แต่การอนุญาโตตุลาการ นอกจากมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และข้อบังคับของสถาบันที่ให้บริการ

¹³⁵ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 34.

¹³⁶ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," Arbitration International 20,2 (2004): 152-153.

¹³⁷ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 33.

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

ทำการอนุญาตตุลาการ ดังนั้น คู่กรณีอาจกำหนดในข้อสัญญาอนุญาตตุลาการเพียงให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทเท่านั้น โดยรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณานั้น คู่กรณีสามารถกำหนดขึ้นในภายหลัง และ/หรือเลือกบทบัญญัติหรือข้อบังคับดังกล่าวมาปรับใช้ได้

4) ความเป็นที่สุดของคำตัดสิน

คำวินิจฉัยจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและคำชี้ขาดการอนุญาตตุลาการเมื่อยื่นขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพื่อบังคับตามนั้น ศาลไม่อาจใช้อำนาจทบทวนแก้ไข หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยและคำชี้ขาดได้ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้น¹³⁹

5) การบังคับตามผลของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการอนุญาตตุลาการต้องอาศัยอำนาจศาลในการบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาด และในการพิจารณาของศาลดังกล่าว กรณีที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับมืออยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณีเช่นกัน แต่สำหรับการบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดระหว่างประเทศนั้น คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในประเทศหนึ่งอาจไม่สามารถใช้บังคับหรือมีข้อจำกัดในการดำเนินการเพื่อใช้บังคับในอีกประเทศหนึ่งได้ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.2.5 การบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ แต่คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นบังคับได้ทั่วโลก¹⁴⁰ เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานครนิวยอร์ก 1958 (New York Convention 1958) รวมแล้วมากกว่า 120 ประเทศ ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าว ประเทศภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวจึงสามารถนำไปบังคับที่ประเทศภาคีประเทศใดก็ได้ที่คู่กรณีที่แพ้คดีมีทรัพย์สินอยู่ ไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ทั้งหมด และกรณีที่ศาลของประเทศภาคีจะปฏิเสธไม่ยอมบังคับให้ตามคำชี้ขาดก็จะจำกัดเฉพาะแต่เหตุที่อนุสัญญากำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น¹⁴¹

¹³⁹ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 152-153.

¹⁴⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 12.

¹⁴¹ สรวิศ ลิ้มปริงซี่, อนุญาตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 8.

6) การสมประโยชน์ของคู่กรณี

คำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญและการอนุญาตตุลาการเป็นการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่ความทำให้มีฝ่ายหนึ่งแพ้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งชนะ ดังนั้น คำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดนั้นย่อมสมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่สมประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน

แต่อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการอนุญาตตุลาการมีความแตกต่างกัน ดังนี้

1) ความรวดเร็วของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีความรวดเร็วกว่าการอนุญาตตุลาการ¹⁴² ประการสำคัญเนื่องจากวิธีพิจารณาของการอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นแบบกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial proceeding) ที่ต้องให้คู่ความได้รับการพิจารณาที่มีความยุติธรรมตามธรรมชาติ กล่าวคือ ต้องให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสเสนอคดีของตน คือ ต้องฟังทั้งสองฝ่าย¹⁴³ และการที่ให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่¹⁴⁴ นอกจากการให้ความเป็นธรรมในการรับฟังการนำสืบคดีแล้ว ยังต้องมีมาตรการในการทำให้เกิดความเป็นธรรมดังกล่าว คือ การให้มีการคัดค้านอนุญาตตุลาการได้¹⁴⁵ ส่วนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ผู้เชี่ยวชาญสามารถใช้ดุลยพินิจภายใต้ข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญกำหนดให้คู่กรณีมีโอกาสในการเสนอคดีอย่างน้อยเพียงใดก็ได้

¹⁴² Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 10.

¹⁴³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 49.

¹⁴⁴ วิชัย อริยะนนทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ," ตุลพาห 44,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 122.

¹⁴⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 49-50.

นอกจากนี้ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมในกระบวนการ เช่น ไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 18 (2)¹⁴⁶ เป็นต้น การเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจต้องใช้เวลาอันยิ่งยั้ง กว่าที่จะเริ่มทำการพิจารณาได้ ในขณะที่ข้อสัญญาเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญทำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงอาจกำหนดไว้ล่วงหน้าเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้นในลักษณะที่ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้บุคคลภายนอกทำการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งนั่นย่อมหมายความว่า การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญย่อมดำเนินไปได้แม้ปราศจากความร่วมมือ หรือช่วยเหลือจากคู่กรณีอีกฝ่ายก็ตาม ทำให้การเริ่มกระบวนการเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญทำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงจึงแทบจะไม่เกิดปัญหาล่าช้าอย่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากแต่การดำเนินกระบวนการเสนอข้อเท็จจริงให้ผู้เชี่ยวชาญทำการวินิจฉัยข้างต้นนั้น ย่อมทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอให้มีการเริ่มต้นกระบวนการต้องรับภาระค่าใช้จ่ายแทนคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย เช่น ค่าธรรมเนียมสำหรับผู้เชี่ยวชาญฯ และจะมีสิทธิได้รับชำระคืนได้ต่อเมื่อนำคำวินิจฉัยนั้นไปยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้รับรองตามนั้นเสียก่อน แต่ในประเด็นนี้ ก็ยังไม่ถือเป็นข้อเสียของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวิธีนี้¹⁴⁷

2) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้มีอำนาจควบคุมในกระบวนการ คือผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีแต่งตั้ง ไม่ว่าจะในการพิจารณาพยานหลักฐานและการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงความคิดเห็น แต่การอนุญาโตตุลาการนั้นคู่กรณียังมีอำนาจในการพิจารณาว่าจะนำเสนอพยานหลักฐานใด จะนำพยานบุคคลใดขึ้นเบิกความได้ ดังนั้น ในการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีจึงมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการมากกว่า

3) ค่าใช้จ่าย

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีค่าใช้จ่ายหลัก ได้แก่ ค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ และยิ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มากเพียงใด

¹⁴⁶ “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545,” ราชกิจจานุเบกษา 119 (29 เมษายน 2545): 1.

¹⁴⁷ Anke Sessler and Corina Leimert, “The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law,” Arbitration International 20,2 (2004): 154.

ค่าตอบแทนนั้นก็ยิ่งสูงขึ้นตามไปด้วย ซึ่งโดยปกติจะใช้ผู้เชี่ยวชาญเพียงคนเดียวในการพิจารณา แต่ค่าใช้จ่ายหลักของการอนุญาโตตุลาการ คือ ค่าปฎิบัติการที่คู่กรณีให้แก่ผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ยิ่งในกรณีมีอนุญาโตตุลาการหลายคน และอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นผู้มีชื่อเสียงมาก หรือข้อพิพาทมีความยุ่งยากซับซ้อนแล้ว ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ก็จะสูงขึ้นตามไปด้วย นอกจากนี้ยังอาจต้องเสียค่าบริการแก่ที่ปรึกษาทางกฎหมาย และสถาบันหรือหน่วยงานที่ให้บริการสำหรับการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย โดยเฉพาะสถาบันอนุญาโตตุลาการในยุโรปและสหรัฐอเมริกา เพราะอาจเกิดปัญหาว่าค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะท่วมท้นทรัพย์สินที่พิพาท หากทรัพย์สินที่พิพาทมีจำนวนไม่มากนัก¹⁴⁸ ยิ่งไปกว่านั้น การอนุญาโตตุลาการนั้นมีค่าใช้จ่ายซ่อนเร้น ถ้าคู่พิพาทต้องเสียคนของตนไปนั่งเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนไปจนไม่มีเวลาทำงานตามปกติที่ควรจะต้องทำ¹⁴⁹ ดังนั้น การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจึงเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า (Cheaper) การอนุญาโตตุลาการ¹⁵⁰

4) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นคู่กรณีต่างมิได้เผชิญหน้ากันอย่างเต็มที่ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นอาจดำเนินต่อไปได้ภายหลังจบแต่ละกระบวนการแล้ว แต่การอนุญาโตตุลาการนั้นคู่กรณีต้องเผชิญหน้ากันระหว่างการพิจารณา การสืบพยานจนจบกระบวนการเมื่อมีคำชี้ขาด ซึ่งย่อมทำให้คู่กรณีมีความซุ่นเคืองใจอยู่ภายใน และไม่ประสงค์จะติดต่อร่วมทำการค้ากันต่อไปได้

นอกจากนี้ ยังมีข้อเปรียบเทียบที่ทำให้เห็นความแตกต่างของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการอนุญาโตตุลาการอีก 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก คือ การอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นเรื่องที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาท เพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพ หรือรับรอง

¹⁴⁸ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ," *ตุลาการ* 44,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 115-116.

¹⁴⁹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า*, หน้า 33.

¹⁵⁰ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, p. 10.

คุณภาพ โดยเฉพาะการกระทำที่ไม่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวข้องเลยนั้น ไม่ใช่การอนุญาตตุลาการ¹⁵¹ แต่เป็นการหาความจริงในข้อเท็จจริงอย่างหนึ่ง¹⁵² ส่วนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น อาจนำไปใช้กับทั้งกรณีที่เป็นเพียงปัญหาระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ เพียงเกิดความสงสัยหรือขัดข้อง¹⁵³ และที่เป็นข้อพิพาทขึ้นแล้ว

ประการที่สอง คือ การอนุญาตตุลาการสามารถใช้ได้อย่างกว้างขวางกับข้อพิพาททุกประเภท เนื่องจากอนุญาตตุลาการนั้นทำหน้าที่ทำนองเดียวกับตุลาการที่พิจารณาคดีในศาล¹⁵⁴ ดังนั้น ข้อพิพาทที่ระงับจึงอาจเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ได้ หรือมีทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายผสมกันก็ได้¹⁵⁵ โดยหากข้อพิพาทเป็นเรื่องข้อเท็จจริงทางเทคนิคหรือการประเมินราคาแล้ว อนุญาตตุลาการหรือคู่ความอาจเรียกผู้เชี่ยวชาญมานำสืบในฐานะที่เป็น "พยานผู้เชี่ยวชาญ" (Expert Witness) ก็ได้ แต่ก็เพื่อความเห็นในทำนองที่ปรึกษา คือ ไม่ผูกมัดให้ต้องเชื่อตาม¹⁵⁶ ในทางกลับกัน การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญส่วนใหญ่จะเป็นปัญหาหรือข้อพิพาทในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคหรือการประเมินราคา โดยหากเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญก็อาจขอความเห็นจากที่ปรึกษาทางกฎหมายได้เช่นกัน

ประการที่สาม ผู้เชี่ยวชาญอาจใช้ข้อเท็จจริงที่ได้จากการแสวงหา ตรวจสอบและใช้ความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ของตนประกอบกับที่ได้จากการพิจารณาในการทำคำวินิจฉัยได้¹⁵⁷ แต่การอนุญาตตุลาการต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานและคำเบิกความของ

¹⁵¹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 100.

¹⁵² พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, "การตีราคาทรัพย์สินเป็นปัญหาที่ใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการได้หรือไม่," Thai Commerce 1,1 (มกราคม-มีนาคม 2549): 58.

¹⁵³ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in Construction Law: Themes and Practice, Anthony Thornton, p. 118.

¹⁵⁴ Ronald Bernstein and Kirk Reynolds, Essentials of rent review, (London: Sweet & Maxwell, 1995), p. 31.

¹⁵⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 38-39.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

¹⁵⁷ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 10.

พยานในการพิจารณาคดีเป็นหลัก เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณี¹⁵⁸ ส่วนความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของอนุญาโตตุลาการนั้นเพื่อทำความเข้าใจเรื่องที่พิพาทได้รวดเร็วกว่าผู้ที่ไม่มีความรู้พื้นฐานเรื่องดังกล่าวมาก่อน และการชี้ขาดก็น่าจะตรงกับความเป็นจริงและถูกต้องตามหลักวิชาทางปฏิบัติ หรือปกติประเพณีในเรื่องนั้นๆ¹⁵⁹

ประการที่สี่ คือ ในการพิจารณาพยานหลักฐาน อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาพยานหลักฐาน คำเบิกความของคู่กรณีอย่างเต็มที่เช่นเดียวกับการดำเนินคดีทางศาล ส่วนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้เชี่ยวชาญอาจพิจารณาทำคำวินิจฉัยโดยไม่จำเป็นต้องรับฟังคำพยานของคู่กรณีเลยก็ได้

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการมีข้อดีในเรื่องการมีบทบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งสิทธิ หน้าที่ของคู่กรณี และหลักการควบคุม ถอดถอนอนุญาโตตุลาการที่มีข้อคดี หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่อย่างอนุญาโตตุลาการได้ ส่วนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีข้อดีในเรื่องความรวดเร็วและความยืดหยุ่นของกระบวนการ ซึ่งเกิดจากการที่ผู้เชี่ยวชาญสอบถามคู่กรณีแล้วพิจารณาทำคำวินิจฉัย ยิ่งไปกว่านั้น ในทางปฏิบัติผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่จำเป็นต้องรับฟังข้อเท็จจริง พยานบุคคล พยานเอกสารอย่างครบถ้วนก่อน โดยบ่อยครั้งที่ผู้เชี่ยวชาญสามารถดำเนินการพิจารณาได้โดยปราศจากคำให้การพยานเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ เนื่องจากการพิจารณาและเชื่อถือจากเอกสารเป็นหลัก ประกอบกับความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของผู้เชี่ยวชาญเอง¹⁶⁰

¹⁵⁸ John Kendall, "Adjudication and expert determination," in *Construction Law: Themes and Practice*, Anthony Thornton, p. 119.

¹⁵⁹ สรวิศ ลิ้มปริงซี่, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 7.

¹⁶⁰ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 153.

2.2.6 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการดำเนินคดีทางศาล (Litigation)

ดำเนินคดี หมายถึง ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ¹⁶¹

การดำเนินคดีทางศาลตามที่คุณเขียนจะกล่าวถึงเพื่อเปรียบเทียบกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ คือ การดำเนินคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁶²

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการดำเนินคดีทางศาลมีลักษณะที่เหมือนกัน ดังนี้

1) การสมประโยชน์ของคุณกรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการดำเนินคดีทางศาลเป็นการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคุณทำให้มีฝ่ายหนึ่งแพ้ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งชนะ ดังนั้น คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษานั้นย่อมสมประโยชน์ของคุณกรณีฝ่ายหนึ่งแต่ไม่สมประโยชน์ของคุณกรณีฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน

2) แบบพิธีของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการดำเนินคดีทางศาลต่างก็มีแบบพิธีของกระบวนการ คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีแบบพิธีในการทำข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ส่วนการดำเนินคดีทางศาลมีแบบพิธีในกระบวนการตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดหลายขั้นตอน ตั้งแต่การแต่งตั้งทนายความ การยื่นฟ้อง การจัดส่งคำคู่ความ การยื่นคำให้การ การชี้สองสถาน การสืบพยาน การพิพากษา การยื่นอุทธรณ์ การยื่นฎีกา

¹⁶¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 160.

¹⁶² "ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง," ราชกิจจานุเบกษา 52 (20 มิถุนายน 2478): 723.

3) การบังคับตามผลของกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญและการดำเนินคดีทางศาลหากต้องมีการบังคับตามคำวินิจฉัยและคำพิพากษาแล้ว ย่อมต้องอาศัยอำนาจของศาลในการดำเนินการ

แต่อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการดำเนินคดีทางศาล มีความแตกต่างกันดังนี้

1) ความรวดเร็วของกระบวนการ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอนของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจนมีคำวินิจฉัยนั้นใช้เวลาเพียงไม่นาน แต่การดำเนินคดีทางศาลนั้น ส่วนใหญ่จะใช้ระยะเวลามากกว่า กล่าวคือ ใช้ระยะเวลาสำหรับการดำเนินคดีในศาลชั้นต้นประมาณ 1-2 ปี และหากมีการอุทธรณ์หรือฎีกา โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางธุรกิจที่มีทุนทรัพย์สูงๆ ปกติคู่ความจะสามารถฎีกาต่อศาลฎีกาได้¹⁶³ ก็จะใช้เวลาในแต่ละชั้นศาลอีกประมาณ 2-3 ปี และบางคดีอาจต้องใช้เวลามากกว่า แม้ในปัจจุบันมีการนำระบบการนั่งพิจารณาคดีต่อเนื่องมาใช้ โดยศาลจะทำการสืบพยานเรียงคดีไปให้แล้วเสร็จเป็นรายคดี แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน คือ กว่าจะเริ่มพิจารณาคดีได้อาจจะต้องใช้เวลารอคิวยาวนานหลายเดือนหรืออาจถึงปีก็ได้¹⁶⁴ ยิ่งถ้าคิดในเชิงค่าใช้จ่ายแอบแฝง ยิ่งเห็นว่าการใช้เวลามากไม่มีผลดี¹⁶⁵

2) ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องที่เป็นปัญหาหรือพิพาทกัน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญจะมีผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้พิจารณาทำคำวินิจฉัย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นย่อมเป็นผู้มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ในเรื่องที่เป็นปัญหาของคู่กรณี ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทที่เป็นเรื่องทางเทคนิค แต่การดำเนินคดีทางศาลมีผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาพยานหลักฐานและทำคำพิพากษา ซึ่งผู้พิพากษานั้นอาจมิได้มีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์เกี่ยวกับข้อพิพาทของคู่ความ การดำเนินคดีทางศาลสามารถใช้ได้อย่างกว้างขวางกับข้อพิพาททุกประเภท หากปัญหาที่พิพาทเป็นเรื่องทางเทคนิคที่มีความสลับ

¹⁶³ สรวิต ลิ้มปริงชี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 2.

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

¹⁶⁵ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 13.

ซับซ้อนมาก ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอาจจะขาดความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาท เนื่องจากผู้พิพากษาต้องทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภทที่ขึ้นสู่ศาล และตามปกติภูมิหลังของผู้พิพากษาส່วนใหญ่เป็นนักกฎหมาย จึงอาจจะขาดความรู้ความชำนาญทางเทคนิคเฉพาะด้าน แม้ว่าคู่ความอาจจะนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความอธิบายเรื่องราวได้ แต่การจะสื่อปัญหาทางเทคนิคให้แก่ผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับเรื่องเหล่านั้น อาจจะต้องใช้เวลามากเป็นพิเศษ และความเข้าใจที่ได้ก็ไม่แน่ว่าจะตรงกับสิ่งที่ต้องการสื่อเสมอไป หากคู่ความแต่ละฝ่ายต่างก็นำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความคนละทาง ก็อาจจะเกิดปัญหาในการตัดสินได้อีกต่างหาก¹⁶⁶

3) ความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและการรักษาความลับของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีบุคคลอื่นนอกจากคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้อง นั่นคือ ผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีแต่งตั้ง แต่ก็ยังเป็นบุคคลในวงจำกัดเท่านั้น แต่การดำเนินคดีทางศาลเนื่องจากต้องทำการพิจารณาโดยเปิดเผย บุคคลอื่นทั่วไปก็สามารถตรวจสอบและรับฟังการพิจารณาได้ คำพิพากษาของศาลปกติต้องเปิดเผยและตีพิมพ์โฆษณา ในบางครั้งยังมีบุคคลอื่นนอกจากตัวความเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ทนายความ ผู้พิพากษา พยาน ผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น¹⁶⁷ ทำให้การดำเนินคดีทางศาลมีความเป็นส่วนตัวของกระบวนการและโอกาสในการรักษาความลับของคู่กรณีได้น้อยกว่า เช่น หากข้อพิพาทนั้นเกี่ยวข้องกับความลับทางธุรกิจของคู่พิพาท คู่แข่งก็อาจเข้าฟังและรับรู้ข้อมูลเหล่านั้นได้โดยง่าย และสื่อมวลชนก็อาจรับฟังและนำเสนอข่าวเกี่ยวกับข้อพิพาทนั้นได้โดยง่าย ซึ่งอาจจะทำให้เกิดผลเสียต่อภาพพจน์ทางธุรกิจของคู่พิพาทได้ แม้ว่าท้ายที่สุดผลของคดีจะเป็นอย่างไรก็ตาม แต่สาธารณชนอาจจะรู้สึกด้านลบกับธุรกิจไปแล้ว การจะแก้ไขให้ภาพพจน์กลับฟื้นคืนดีอาจจะทำได้ แต่ต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายมาก ซึ่งในเวลาที่เกิดปัญหานั้นคู่แข่งอาจจะฉกฉวยโอกาสหาผลประโยชน์จากข้อพิพาทไปแล้วก็ได้¹⁶⁸

4) อำนาจในการควบคุมของคู่กรณีต่อกระบวนการ

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น ผู้มีอำนาจควบคุมในกระบวนการ คือ ผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีแต่งตั้ง ไม่ว่าจะในการพิจารณาพยานหลักฐานและการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดง

¹⁶⁶ สรวิต ลิ้มปริงซี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 3.

¹⁶⁷ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 12.

¹⁶⁸ สรวิต ลิ้มปริงซี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 3.

ความคิดเห็น แต่การดำเนินคดีทางศาลนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่อำนาจควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาทตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดี ซึ่งเป็นเพียงฝ่ายเดียวในข้อพิพาท ไม่ได้อยู่ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย¹⁶⁹

5) ค่าใช้จ่าย

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมีค่าใช้จ่ายหลัก ได้แก่ ค่าตอบแทนแก่ผู้เชี่ยวชาญ และยิ่งผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์มากเพียงใด ค่าตอบแทนนั้นก็ยิ่งสูงขึ้นตามไปด้วย แต่การดำเนินคดีทางศาลอาจเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า แต่การสู้คดียาวนานอาจเป็นการให้เสียค่าใช้จ่ายแอบแฝงมากจนไม่ถูกจริง¹⁷⁰ โดยมีค่าใช้จ่ายหลัก 2 ส่วน คือ ค่าชั้นศาล ซึ่งเสียในอัตราร้อยละสองบาทห้าสิบสตางค์ต่อทุนทรัพย์ที่เรียกฟ้อง แต่ไม่เกินสองแสนบาท ตามอัตราที่ปรากฏในตาราง 1 ค่าชั้นศาล หักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁷¹ และค่าทนายความ ซึ่งขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่กรณี

6) ความเป็นที่สุดของคำตัดสิน

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตัดสินโดยมีคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งส่วนใหญ่คู่กรณีจะกำหนดให้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลผูกพันคู่กรณีตามผู้เชี่ยวชาญได้วินิจฉัยนั้นด้วย และในการขอศาลให้บังคับตามคำวินิจฉัยนั้น กรณีที่ศาลอาจพิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยหรือปฏิเสธการบังคับมีอยู่อย่างจำกัดเพียงไม่กี่กรณี แต่การดำเนินคดีทางศาล คู่กรณีอาจใช้สิทธิในการอุทธรณ์และฎีกาคำพิพากษาต่อไปได้

7) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี

การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นคู่กรณีต่างมิได้เผชิญหน้ากันอย่างเต็มที่ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นอาจดำเนินต่อไปได้ภายหลังจบแต่ละกระบวนการแล้ว แต่การดำเนินคดีทางศาลนั้นคู่กรณีต้องเผชิญหน้ากันระหว่างการพิจารณา การสืบพยานจนจบ

¹⁶⁹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 8.

¹⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

¹⁷¹ "ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง," ราชกิจจานุเบกษา 95

กระบวนการเมื่อศาลมีคำพิพากษา และอาจต้องต่อสู้กันในชั้นศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาต่อไปอีก ซึ่งยอมทำให้คู่กรณีมีความชุ่นเคืองใจอยู่ภายใน และไม่ประสงค์จะติดต่อร่วมทำการค้ากันต่อไปได้ ปัญหาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อมากหากเรื่องที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญาหรือความสัมพันธ์ที่จะต้องดำเนินต่อไปอีกเป็นเวลานาน เช่น ในสัญญาร่วมทุน ซึ่งตามปกติจะดำเนินการร่วมกันเป็นเวลานานหลายปี หรืออาจจะหลายสิบปี¹⁷²

นอกจากนี้ ยังมีความแตกต่างระหว่างการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการดำเนินคดีทางศาลที่ผู้เขียนขอกล่าวเพิ่มเติมอีก 3 ประการ ดังนี้

1) การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนำมาใช้ได้ทั้งในกรณีที่เป็นเพียงปัญหา (issue) หรือข้อข้องใจ เช่น สินค้าที่ส่งมามีคุณสมบัติตรงตามที่สั่งซื้อหรือไม่, ความเสียหายนั้นเกิดจากการก่อสร้างหรือไม่ หรือการประเมินมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นต้น และในกรณีที่เป็นข้อพิพาท (dispute) เช่น ผู้ซื้อไม่ยอมรับมอบสินค้าและชำระราคาโดยโต้แย้งว่าสินค้ามีคุณสมบัติไม่ตรงตามที่สั่งซื้อ, นาย ก. เรียกร้องให้บริษัท ข. รับผิดชอบชำระค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของบริษัท ข. เป็นต้น ในขณะที่การดำเนินคดีทางศาล คู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ ต้องเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาท (dispute) ขึ้นแล้วเท่านั้น

2) การดำเนินคดีทางศาลนั้นมี “ศาล” ซึ่งเป็นสถาบันของรัฐ และมี “ผู้พิพากษา” ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย แต่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญซึ่งมี “ผู้เชี่ยวชาญ” ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาของคู่กรณีนั้น มีการก่อตั้งขึ้นเป็นการชั่วคราวสำหรับพิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทในแต่ละเรื่องเท่านั้น

3) การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญกับการทำกันในศาลให้ยึดถือตามคำเบิกความของพยานเพียงปากเดียว กล่าวคือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเป็นการที่คู่กรณีตกลงกันด้วยความสมัครใจให้เสนอปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อคนกลางให้เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย และคู่กรณีตกลงกันว่าจะยอมรับปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้น ส่วนการทำกันในศาล คือ การที่คู่ความตกลงจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันอยู่ในขอบเขตแห่งกระบวนการพิจารณา ถ้าเหตุการณ์ที่ตกลงกันนั้นสมข้างฝ่ายใด ฝ่ายนั้นเป็น

¹⁷² สรวีศ ลิ้มปริงซี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 3.

ฝ่ายชนะ และให้ศาลพิพากษาคดีไปตามนั้น¹⁷³ ซึ่งการทำกันในศาลให้ยึดถือตามคำเบิกความของพยานเพียงปากเดียวนั้นมีลักษณะคล้ายกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตรงที่เป็นสัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่งและเป็นสัญญาที่มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาท แต่แตกต่างกันตรงที่การทำกันในศาล คนกลางนั้นไม่ได้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาท แต่เป็นผู้เบิกความต่อศาลในฐานะพยาน และในเรื่องการทำนั้น ศาลเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดหลังจากฟังพยานหลักฐานของพยานดังกล่าวแล้ว

2.3 แนวความคิดและทางปฏิบัติในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของต่างประเทศ

2.3.1 แนวความคิดและทางปฏิบัติในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศไทย

ตามที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อ 2.1.1 วิวัฒนาการของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่เป็นจุดกำเนิดของแนวความคิดเกี่ยวกับผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งพัฒนาไปมากกว่าการให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาหรือกระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่น มาเป็นการให้ผู้เชี่ยวชาญทำหน้าที่พิจารณาประเด็นปัญหาของคู่กรณี การรับฟังคำพยานของคู่กรณี การตรวจสอบและค้นหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ประกอบกับการใช้ความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ของตนเอง แล้วมีคำวินิจฉัย จนกลายเป็นหลักการสำคัญของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญในปัจจุบัน แต่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญในประเทศไทยนั้นมีข้อจำกัดในเรื่องของคำวินิจฉัย กล่าวคือ โดยปกติคู่กรณีต้องดำเนินการบังคับตาม หรือคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญภายใน 6 ปี นับแต่มีคำวินิจฉัย เช่นเดียวกับการบังคับตามสัญญาอื่นทั่วไป ซึ่งเป็นตามบทบัญญัติใน Limitation Act 1980¹⁷⁴

¹⁷³ สำนักงานส่งเสริมตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538), หน้า 67-68.

¹⁷⁴ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., pp. 162-165.

ส่วนลักษณะสำคัญของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศอังกฤษ นั้น ได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในหัวข้อ 2.1.2 ลักษณะสำคัญของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวซ้ำอีก

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น ไม่เพียงแต่นำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญไปใช้กับปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาทางเทคนิค หรือต้องมีการประเมินราคาสำหรับเอกชน เท่านั้น แต่ได้มีการนำไปใช้อย่างแพร่หลายสำหรับผู้ประกอบการค้าและอุตสาหกรรมทั่วไปอีกด้วย¹⁷⁵ ตามที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง ดังนี้

2.3.1.1 การนำหลักของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงมาปรับใช้กับเรื่องเกี่ยวกับที่ดิน (Land)¹⁷⁶ ได้แก่

1) ใช้ในลักษณะของการประเมินราคา หมายถึง กรณีที่มีการทำสัญญาซื้อขาย หรือเช่าที่ดินซึ่งผู้ซื้อกับผู้ขายหรือผู้ให้เช่ากับผู้เช่าไม่อาจตกลงราคาหรือมูลค่าของทรัพย์สินได้ หรือมีข้อตกลงให้ต้องมีการประเมินราคาก่อน คู่สัญญาสามารถตกลงกันให้ผู้มีอาชีพในการสำรวจ (Surveyor) ทำการวินิจฉัยราคาหรือมูลค่าแล้วยึดถือตามนั้นเป็นราคาตามสัญญาได้ ซึ่งมีการใช้ในลักษณะนี้อย่างสม่ำเสมอจนอาจเรียกได้ว่าเป็นประเพณีทางการค้าอย่างหนึ่งแล้ว

2) ใช้ในลักษณะที่เรียกว่า "Practical completion certificate" หมายถึง การวินิจฉัยกำหนดเวลาที่งานตามสัญญาจะเสร็จสมบูรณ์ ซึ่งส่วนใหญ่นำมาใช้กับการซื้อขาย หรือ การเช่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่อยู่ระหว่างการก่อสร้าง ดังนั้น ผู้ที่วินิจฉัยส่วนใหญ่จึงเป็น สถาปนิก หรือผู้มีวิชาชีพเกี่ยวกับการก่อสร้างเป็นหลัก การใช้ในลักษณะนี้มีประโยชน์ในทางปฏิบัติ คือ เพื่อกำหนดวันเริ่มต้นของสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาเช่า

3) ใช้ในลักษณะที่เรียกว่า "Rent review" หมายถึง การวินิจฉัยโดยบุคคลที่สาม เกี่ยวกับอัตราค่าเช่าตามสัญญาระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้เช่าที่ดิน โดยมองเป็นจำนวนรวมของ ค่าเช่าทั้งหมดตามสัญญา ซึ่งจะนำมาใช้ในกรณีที่มีการคิดคำนวณหรือทบทวนการคิดค่าเช่าที่ดิน

¹⁷⁵ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 396.

¹⁷⁶ John Kendall, Expert Determination, 3rd ed., pp. 18-27.

ตามข้อตกลงในสัญญาเช่า แต่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ การใช้ในลักษณะนี้มีประโยชน์กับเจ้าของที่ดินและผู้เช่าที่ดินในการทำสัญญาเช่าระยะยาว โดยเฉพาะในช่วงที่เงินเฟ้อ ส่วนใหญ่คู่สัญญาจะมอบหมายให้ผู้มีอาชีพในการสำรวจ (Surveyor) เป็นผู้ทำการวินิจฉัย โดยจะพิจารณาจากอัตราผลตอบแทนทางการค้าสูงสุดที่จะเป็นไปได้ (Highest commercial obtainable) การวินิจฉัยนั้นจะทำในรูปของ "คำชี้ขาด" (Award) ซึ่งต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและมีรายละเอียดเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากคำชี้ขาดนั้นมีผลต่อไปสำหรับการเช่าอีกหลายปี ทั้งระหว่างคู่สัญญาเองและบุคคลอื่น เช่น ผู้รับจ้างหรือผู้ซื้อที่ดินของเจ้าของที่ดิน เป็นต้น¹⁷⁷ โดยมีข้อแตกต่างระหว่างคำชี้ขาดกรณีนี้กับคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในเรื่องการให้เหตุผล กล่าวคือ คำชี้ขาดในเรื่อง Rent review ถ้ามิได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดนั้นต้องมีการให้เหตุผลแห่งการวินิจฉัยด้วย ส่วนคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญนั้นโดยหลักไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลไว้¹⁷⁸

นอกจากนี้ จะนำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญมาปรับใช้กับเรื่องเกี่ยวกับที่ดินแล้วยังรวมถึงกรณีอื่นๆ อีกมากมาย เช่น ค่าชดเชยแก่ผู้ให้เช่าที่ดินกรณีผู้เช่าต้องการยกเลิกสัญญาเช่าก่อนถึงกำหนดตามสัญญา หรือในกรณีกลับกัน, ราคาที่ผู้เช่าจะซื้อที่ดินจากผู้ให้เช่าระหว่างอายุสัญญาเช่า เป็นต้น

2.3.1.2 ใช้สำหรับการประเมินมูลค่าการเป็นหุ้นส่วนในบริษัทเอกชน (Shares in private Companies) เช่น ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทลาออก หรือถึงแก่ความตาย การนำไปปรับใช้ในกรณีนี้แม้จะไม่เป็นที่เปิดเผยนัก เนื่องจากเป็นเรื่องภายในของบริษัท แต่ก็มีกรณีนำไปใช้อย่างสม่ำเสมอ ส่วนใหญ่การประเมินมูลค่าดังกล่าวจะกระทำโดยผู้สอบบัญชี (Auditor) ของบริษัทนั่นเองในการกำหนดมูลค่าหรือราคา (Fair price) ที่เหมาะสมของหุ้นส่วนนั้น ณ วันที่ หรือช่วงเวลาที่ได้ระบุไว้ การดำเนินการดังกล่าวของผู้สอบบัญชีได้กระทำเสมือนเป็นผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งคำวินิจฉัยนั้นย่อมเป็นที่สุดและผูกพันให้ต้องยึดถือตาม¹⁷⁹

¹⁷⁷ Ronald Bernstein and Kirk Reynolds, *Essentials of rent review*, p. 103.

¹⁷⁸ Ibid., p. 104.

¹⁷⁹ John Kendall, *Expert Determination*, 3rd ed., pp. 28-35 and 265.

2.3.1.3 ใช้ประเมินราคาสำหรับการซื้อขายธุรกิจหรือบริษัท (Sale and Purchase of Business and Companies) เนื่องจากการซื้อขายดังกล่าวจำเป็นต้องทราบผลกำไร (Profits), ขาดทุน (Losses), ยอดขาย (Sales), มูลค่าของวัตถุดิบหรือสินค้า (Value of the stock), สถานะของเงินกู้กับธนาคาร (evaluation of loan portfolios of banks), มูลค่าของสินทรัพย์สุทธิของธุรกิจหรือบริษัท ณ วันหรือช่วงเวลาหนึ่ง (The net asset value of a company or business at a particular date) และรายจ่ายสำหรับการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่สำหรับการโอนธุรกิจ (The cost of repairing or replacing an asset transferred with the business) ของธุรกิจหรือบริษัทนั้นด้วย ซึ่งส่วนใหญ่การประเมินราคาดังกล่าวจะกระทำโดยนักบัญชี (Accountant) และบ่อยครั้งที่ทั้งฝ่ายผู้ขายและฝ่ายผู้ซื้อต่างแต่งตั้งนักบัญชีขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว โดยจะร่วมกันแต่งตั้งนักบัญชีคนที่สามเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่นักบัญชีสองคนแรกไม่สามารถคิดคำนวณให้ลงตัวกันได้¹⁸⁰

2.3.1.4 การนำหลักของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงมาปรับใช้กับเรื่องเกี่ยวกับอุตสาหกรรม (Industrial Applications) ซึ่งมีหลายประเภท ดังนี้

1) อุตสาหกรรมพลังงานและเหมืองแร่ (Energy and mining) ได้แก่ น้ำมัน แก๊ส ไฟฟ้า และเหมืองแร่ต่างๆ ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญใน 3 กรณี คือ กรณีแรก ใช้กำหนดราคา (Pricing) ของสินค้านั้นๆ กรณีที่สอง ใช้ในการก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ (Construction of facilities) ในอุตสาหกรรม และกรณีที่สาม ใช้สำหรับประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค (Technical issues)¹⁸¹

2) อุตสาหกรรมการต่อเรือ (Shipbuilding) ส่วนใหญ่จะใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญสำหรับประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทใน 3 กรณี คือ กรณีแรก ใช้สำหรับเรื่องทางเทคนิค (Technical issues) กรณีที่สอง ใช้สำหรับเรื่องเกี่ยวกับวัตถุดิบ และกรณีที่สาม ใช้สำหรับเรื่องเกี่ยวกับคนงานในเรือ¹⁸²

¹⁸⁰ Ibid., pp. 36-40.

¹⁸¹ Ibid., pp. 51-54.

¹⁸² Ibid., p. 55.

3) อุตสาหกรรมการก่อสร้าง (Construction) ส่วนใหญ่จะใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริง โดยผู้เชี่ยวชาญสำหรับประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทใน 2 กรณี คือ กรณีแรก ใช้สำหรับการประเมินราคา (Valuation) หรือเรื่องทางเทคนิค (Technical issues) และกรณีที่สอง ใช้สำหรับวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาก่อสร้างนั้น¹⁸³

4) อุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์ (Computers) ส่วนใหญ่จะใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริง โดยผู้เชี่ยวชาญสำหรับประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทในเรื่องทางเทคนิค (Technical issues) เช่น อุปกรณ์และซอฟต์แวร์ของคอมพิวเตอร์นั้นถูกต้องตรงตามรายการที่กำหนดหรือไม่ หรือใช้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญในการตีความรายละเอียดหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเทคนิค เป็นต้น¹⁸⁴

2.3.1.5 การนำหลักของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงมาปรับใช้กับเรื่องทางการค้าอื่นๆ (Other Commercial Applications) นอกจากที่ได้กล่าวถึงข้างต้นแล้ว ในประเทศอังกฤษยังนำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญไปปรับใช้กับเรื่องทางการค้าที่มีปัญหาทางเทคนิค หรือการประเมินมูลค่าอีกหลายประการ เช่น ใช้คิดคำนวณผลกำไรสุทธิเพื่อนำมาคำนวณแบ่งรายได้แก่พนักงานและผู้บริหารของบริษัท, การคิดค่าตอบแทนการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Royalty) เป็นต้น¹⁸⁵

นอกจากนี้ ในประเทศอังกฤษยังมีองค์กรที่เผยแพร่ ให้คำปรึกษาและคำแนะนำ รวมถึงให้บริการเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญเพื่อความสะดวกของคู่กรณีในการร่างข้อสัญญาแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ นัดหมายกับผู้เชี่ยวชาญ และอื่นๆ จนเสร็จกระบวนการ เช่น ศูนย์กลางสำหรับระงับข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพ (Centre for Effective Dispute Resolution) โดยใช้ชื่อย่อว่า "CEDR" มีสำนักงานอยู่ในกรุงลอนดอน ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) ด้วยความช่วยเหลือจากกลุ่มอุตสาหกรรมในประเทศ โดยเป็นองค์กรที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร แต่เพื่อสนับสนุนและช่วยเหลือการพัฒนาด้านการระงับข้อพิพาท

¹⁸³ Ibid., pp. 57-70.

¹⁸⁴ Ibid., p. 55.

¹⁸⁵ Ibid., pp. 41-49.

อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาทางเทคนิคในทางการค้า และการดำเนินคดีทางศาล¹⁸⁶ การดำเนินการขององค์กรนี้เป็นการให้บริการอย่างเป็นทางการสำหรับการระงับข้อพิพาทของคู่กรณี ทั้งในการแต่งตั้งบุคคลที่เป็นกลาง มีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์เกี่ยวกับประเด็นปัญหาของคู่กรณี ให้คำแนะนำและความช่วยเหลือจนเสร็จกระบวนการ¹⁸⁷ โดยมีการกำหนดแม่แบบความตกลง (Model agreement) หรือระเบียบ (Rule) สำหรับการระงับข้อพิพาทแต่ละรูปแบบไว้ ซึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้น มีแม่แบบความตกลงให้มีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ (Model expert determination agreement)¹⁸⁸ เป็นข้อตกลงของคู่กรณีในการเสนอข้อพิพาทให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาหรือข้อพิพาทของคู่กรณี ตามเอกสารภาคผนวก ข

2.3.2 แนวความคิดและทางปฏิบัติในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยรัฐบาลกลาง (Federal district) รัฐต่างๆ (States) อีกรวม 50 รัฐ และดินแดนที่อยู่ในความยึดครอง (Territories) ได้แก่ American Samoa, Guam, Northern Mariana Islands, Puerto Rico และ U.S. Virgin Islands มีพื้นที่รวมประมาณ 9.6 ล้านตารางกิโลเมตร และมีประชากรรวมประมาณ 300 ล้านคน¹⁸⁹ เนื่องจากเป็นประเทศที่มีพื้นที่กว้างขวาง มีภูมิประเทศแตกต่างกันหลายลักษณะ ประกอบกับประชกรนั้นมีหลากหลายเชื้อชาติ ศาสนา เผ่าพันธุ์ ภาษา วัฒนธรรมและประเพณี เมื่อประชกรเหล่านั้นต้องร่วมทำการค้ากัน จึงทำให้เกิดปัญหาหลายประการ และปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการค้าภายในประเทศของสหรัฐอเมริกาประการหนึ่ง ได้แก่ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เนื่องจากหากเลือกที่จะดำเนินคดีทางศาล

¹⁸⁶ <<http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/about/default.htm>> ,

12 May 2007.

¹⁸⁷ <<http://www.cedrsolve.com//index.php?location=/services/default.htm>> ,

12 May 2007.

¹⁸⁸ <http://www.cedr.co.uk/library/documents/expert_determination.pdf> ,

12 May 2007.

¹⁸⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/United_States> , 12 May 2007.

แล้วย่อมทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง เสียเวลามาก มีความเสี่ยงในการดำเนินคดี และผลของคำตัดสินอาจไม่ตรง หรือตรงกันข้ามกับความประสงค์ของคู่กรณี¹⁹⁰ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศแรกๆ ที่เริ่มพัฒนาการระงับข้อพิพาททางเลือก¹⁹¹ (Alternative Dispute Resolution หรือ ADR) ซึ่งจากการศึกษา ผู้เขียนพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือกให้คู่กรณีเลือกใช้ได้อย่างหลากหลาย บางรูปแบบก็มีการนำมาใช้อย่างแพร่หลาย เช่น การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และการประนอมข้อพิพาท (Mediation) บางรูปแบบก็มีการนำมาใช้อย่างจำกัดเพียงภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง และบางรูปแบบก็เกิดจากการผสมผสานระหว่างหลายกระบวนการเข้าด้วยกัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบของการระงับข้อพิพาททางเลือกมากที่สุดประเทศหนึ่ง

เมื่อพิจารณารูปแบบการระงับข้อพิพาททางเลือกของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ (Expert determination) แล้ว พบว่า มีการระงับข้อพิพาททางเลือกบางรูปแบบหนึ่งที่มีแนวความคิดเช่นเดียวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ คือ "Appraisal" ตามที่ผู้เขียนจะกล่าวถึง ดังนี้

คำว่า "Appraisal" ตามความหมายทั่วไปนั้นหมายถึง การประเมินราคา ซึ่งมีผู้ให้ความหมายในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้เพิ่มเติมอีกว่า การประเมินราคาทรัพย์สินนี้มักทำลงโดยบุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่มีคุณสมบัติและไม่เอนเอียง ในการประเมินราคานี้อาศัยความชำนาญ ความรู้ ประสบการณ์¹⁹²

การ Appraisal ของสหรัฐอเมริกานั้น ในเบื้องต้นก็มีความหมายเช่นเดียวกับที่กล่าวข้างต้น คือ การประเมินราคา แล้วนอกจากนี้ ยังมีลักษณะสำคัญหลายประการประกอบกันด้วย คือ¹⁹³

¹⁹⁰ Lucille M. Ponte and Thomas D. Cavenagh, Alternative dispute resolution, (Ohio: West Education Publishing, 1999), p. 24.

¹⁹¹ Henry J. Brown and Arthur L. Marriott, ADR Principle and Practice, 2nd ed., p. 3.

¹⁹² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 16.

¹⁹³ <http://www.harmonie.org/Document%20Library%20files/Cook.Yancey_AppraisalClausePaper.pdf>, 12 May 2007.

1) มีข้อสัญญาในการประเมินราคา (The Appraisal Clause) กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันเกี่ยวกับมูลค่าของทรัพย์สินหรือมูลค่าของความเสียหายได้ คู่กรณีอาจตกลงกันเป็นหนังสือให้ทำการประเมินราคา

2) มีผู้ประเมินราคา (Appraiser) กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีตกลงทำข้อสัญญาให้ทำการประเมินราคาแล้ว คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะเลือกผู้ประเมินราคาซึ่งมีคุณสมบัติเหมาะสม (Competent) และมีความเป็นกลาง (Impartial) ฝ่ายละหนึ่งคน แล้วผู้ประเมินราคาทั้งสองคนนั้นจะร่วมกันแต่งตั้งผู้ชี้ขาด (Umpire) อีกหนึ่งคน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้ประเมินราคาฝ่ายของตนเอง และค่าตอบแทนแก่ผู้ประเมินราคาที่เป็นผู้ชี้ขาดในสัดส่วนเท่าๆ กันกับคู่กรณีฝ่ายอื่น

3) ส่วนใหญ่นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจรับประกันภัยทรัพย์สิน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องมูลค่าทรัพย์สิน หรือเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากประเด็นปัญหาหลักระหว่างผู้เอาประกันภัยกับบริษัทที่รับประกันภัย คือ มูลค่าของทรัพย์สินหรือมูลค่าของความเสียหาย นอกจากนี้ ยังพบว่ามีการใช้การประเมินราคา (Appraisal) นี้กับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในเรื่องของการกำหนดราคาสินค้าที่จะชำระ (Cross-border purchase price adjustment provisions) อีกด้วย¹⁹⁴

4) การพิจารณาของผู้ประเมินราคานั้นอาจไม่ต้องรับฟังคู่กรณีเลยก็ได้ (Without holding formal hearings) โดยผู้ประเมินราคาสามารถทำการแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นด้วยตนเอง (Independent investigations) ประกอบกับความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ของตนเอง ในการทำคำชี้ขาด (Award) ได้¹⁹⁵

5) มีคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคา (The appraisal award) กล่าวคือ เมื่อผู้ประเมินราคาได้พิจารณาแล้ว จะทำคำชี้ขาดโดยยึดถือตามเสียงข้างมากของผู้ประเมินราคาว่า

¹⁹⁴ <<http://www.ijournals.com/JPE/default.asp?Page=2&ISS=20460&SID=580527&S=JPE>>, 12 May 2007.

¹⁹⁵ Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution, (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986), p. 619.

มูลค่าของทรัพย์สินหรือมูลค่าความเสียหายนั้นเป็นจำนวนเท่าใด และคำชี้ขาดนั้นผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม (Binding)

6) การบังคับตามคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคา (Enforcement of appraiser's award) และข้อคัดค้านคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคา กล่าวคือ เมื่อผู้ประเมินราคาได้พิจารณาและมีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีจะต้องผูกพันปฏิบัติตามคำตัดสินดังกล่าว หากไม่ยอมปฏิบัติ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งย่อมอาศัยอำนาจของศาลบังคับให้ปฏิบัติได้ โดยยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคานั้น ซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถคัดค้านคำชี้ขาดต่อศาลได้เช่นกัน ศาลจะมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคาต่อเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวปราศจากข้อโต้แย้ง ดังนี้

- (1) มีการกระทำฉ้อฉล หรือหลอกลวง (Fraud)
- (2) มีการกระทำที่เป็นอคติ หรือไม่เป็นธรรม (Bias)
- (3) มีการกระทำโดยเจตนาไม่สุจริต (Bad Faith)
- (4) มีการพิจารณาชี้ขาดผิดพลาด (Mistake)
- (5) มีการข่มขู่บังคับ (Duress)
- (6) มีการกระทำโดยมุงร้ายอื่นๆ (Other Vice)

เมื่อคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคากลายเป็นคำพิพากษาของศาลแล้ว คู่กรณีย่อมสามารถใช้กระบวนการบังคับคดีดำเนินการต่อไปได้

การประเมินราคา (Appraisal) นี้มีข้อจำกัดสองประการเกี่ยวกับข้อสัญญาในการประเมินราคา (The Appraisal Clause) กล่าวคือ

ประการแรก ในบางรัฐของสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับว่าข้อสัญญาในการประเมินราคานั้นมีผลตามกฎหมายและผูกพันคู่กรณี ดังนั้น แม้ได้ดำเนินการจนมีคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคาแล้ว ศาลก็จะไม่ยึดถือและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว แต่รัฐส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกานั้นยอมรับข้อสัญญาในการประเมินราคา ว่ามีผลตามกฎหมาย (Valid) และผูกพันคู่กรณี (Binding)

เห็นได้จากข้อวินิจฉัยของศาลในคำพิพากษาต่างๆ¹⁹⁶ และในคดี *Federated National Insurance Company v. Linda Esposito*¹⁹⁷ ซึ่งตัดสินในปี ค.ศ. 2006 (พ.ศ. 2549) ศาลอุทธรณ์ของรัฐฟลอริดาก็ยังมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคา (Confirm the appraisal award)

ประการที่สอง ในบางรัฐของสหรัฐอเมริกาตีความว่าข้อสัญญาในการประเมินราคานั้นเป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อสัญญาในการประเมินราคา มีลักษณะแตกต่างไปจากแบบตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (Arbitration statute) กำหนดไว้โดยเฉพาะ ศาลจึงปฏิเสธที่จะบังคับให้ตามคำชี้ขาดของผู้ประเมินราคานั้น¹⁹⁸

โดยสรุปแล้ว การประเมินราคา (Appraisal) ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพและทำให้ประหยัดเวลาได้ โดยเฉพาะกับธุรกิจการประกันภัย ซึ่งศาลของรัฐส่วนใหญ่ยอมรับข้อสัญญาในการประเมินราคา (The appraisal clause) ว่ามีผลตามกฎหมาย (Valid) และผูกพันคู่กรณี (Binding) ยิ่งไปกว่านั้น ศาลอาจนำกระบวนการนี้มาใช้ร่วมกับการดำเนินคดีในศาลได้หากมีการร้องขอจากคู่กรณี ถึงแม้ว่า คำชี้ขาดของผู้ประเมินราคา (The appraisal award) อาจถูกคัดค้านหรือตรวจสอบได้ ก็มีประเด็นในการพิจารณาจำกัดเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น และมีข้อควรระวังที่ควรต้องตรวจสอบก่อนด้วยว่า การประเมินราคา (Appraisal) นั้นต้องห้ามตามบทบัญญัติของรัฐที่จะบังคับใช้ข้อสัญญา หรือคำชี้ขาดหรือไม่

¹⁹⁶ ในคดี *Eberhardt v. Georgia Farm Bureau Mutual Insurance Company*, 223 Ga. App. 478, 477 S.E. 2d 907 (1996).

ในคดี *State Farm Fire & Casualty Company v. Middleton*, 648 So. 2d 1200 (Fla. App. 1995).

ในคดี *McMillan v. State Farm Fire & Casualty Company*, 93 N.C. App. 748, 379 S.E. 2d 88 (1989).

¹⁹⁷ <<http://www.4dca.org/Aug%202006/08-23-06/4D05-4480.op.pdf>>, 12 May 2007.

¹⁹⁸ ในคดี *Friday v. Trinity University of Kansas*, 262 Kan. 347, 939 P.2d 869 (1997).

2.3.3 แนวความคิดและทางปฏิบัติในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญของประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมัน หรือเรียกในชื่อเต็มว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Federal Republic of Germany) ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) โดยมีที่มาของกฎหมาย 2 แหล่ง คือ¹⁹⁹

1) กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Statute หรือ Gesetz) ซึ่งหมายถึง รัฐธรรมนูญ (Constitution หรือ Basic Law หรือ Grundgesetz), ประมวลกฎหมาย ที่สำคัญได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil code), ประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial code), ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil procedure code), ประมวลกฎหมายอาญา (Criminal code) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal procedure code) และพระราชบัญญัติต่างๆ ซึ่งรวมถึงข้อบังคับของรัฐ (Regulations of the Federation) ด้วย โดยปกติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นต้องพิมพ์เผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษาของรัฐ (Federal Gazette หรือ Official Gazette) ก่อนจะมีผลใช้บังคับ

2) กฎหมายที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติ (Customary law หรือ Gewohnheitsrecht) หมายถึง เรื่องที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติมาเป็นเวลานาน ซึ่งทราบกันว่าสมควรจะยึดถือเช่นนั้น และมีข้อจำกัดอย่างมากในการจะยึดถือธรรมเนียมปฏิบัติที่เกิดขึ้นใหม่เป็นกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil code หรือ BGB ย่อมาจากคำว่า *Bürgerliches Gesetzbuch*)²⁰⁰ นั้น ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติทางแพ่งที่มีความสำคัญมากที่สุด ซึ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งนี้แบ่งเป็น 5 เล่ม ได้แก่ เล่มแรก เป็นบทบัญญัติเรื่องทั่วไป (General part), เล่มที่สอง เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหนี้ (Obligations), เล่มที่สาม เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สิน

¹⁹⁹ Raymond Youngs, *Sourcebook on German law*, 2nd ed. (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), p. 4.

²⁰⁰ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 152.

(Property), เล่มที่สี่ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับครอบครัว (Family) และเล่มที่ห้า เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมรดก (Inheritance)²⁰¹

เมื่อกล่าวโดยเฉพาะถึงความหมายของ "สัญญา" ตามกฎหมายแพ่งของเยอรมันแล้ว ก็มีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายของอังกฤษและประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส นั่นคือ สัญญาเกิดขึ้นโดยมีการเสนอ (Offer) และมีการสนองรับ (Acceptance)²⁰² และเมื่อกล่าวต่อไปถึงการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ (Expert determination) ซึ่งในภาษาเยอรมันใช้คำว่า "*Schiedsgutachten*" และกระบวนการเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัย (Expert determination proceeding) ใช้คำว่า "*Schiedsgutachtenverfahren*"²⁰³ แล้ว มีบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil code) เล่มที่ 2 บทบัญญัติเกี่ยวกับหนี้ (Obligations) ส่วนที่ 2 หนี้ตามสัญญา (Section II: Contractual Obligations) เรื่องที่ 1 ว่าด้วยการเกิดและเนื้อหาของสัญญา (Title 1: Creation, Content of Contract) มาตรา 317, มาตรา 318 และมาตรา 319 โดยบทบัญญัติพื้นฐานเพื่อเริ่มต้นกระบวนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ คือ มาตรา 317²⁰⁴ ส่วนมาตรา 318 และมาตรา 319 นั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ

บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 317 บัญญัติไว้ ดังนี้

§ 317 [Determination of performance by a third party]

(1) If the determination of the performance is left to a third party, in case of doubt it is to be accepted that it is to be made in accordance with fair judgment.

²⁰¹ The German civil code (as amended to January 1, 1975), (Oxford: North-Holland, 1975), p. v-ix.

²⁰² Raymond Youngs, Sourcebook on German law, 2nd ed., p. 331.

²⁰³ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," Arbitration International 20,2 (2004): 152.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 152.

(2) If the determination is to be made by several third parties, in case of doubt the agreement of all is necessary; if a sum is to be determined, and different sums are determined, in case of doubt the average sum is the authoritative one.²⁰⁵

ตามบทบัญญัติดังกล่าวสามารถจำแนกความหมายของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญได้ 2 ลักษณะ ได้แก่

1) ลักษณะแรก ในความหมายอย่างกว้าง การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญหมายถึง การตกลงกันตั้งแต่ขณะทำสัญญา ไม่ว่าจะรวมอยู่ในเนื้อหาของสัญญาหรือเป็นภาคผนวกของสัญญา หรือการที่คู่กรณีทำข้อตกลงขึ้นภายหลังจากที่ได้ทำสัญญากันแล้ว อาจเป็นสัญญาโดยเอกเทศ เป็นภาคผนวก หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาฉบับเดิมก็ได้ ให้เสนอประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสัญญานั้นแก่ผู้เชี่ยวชาญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

2) ลักษณะที่สอง ในความหมายอย่างแคบ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญหมายถึง การเสนอให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ ซึ่งในความหมายนี้ เป็นการนำหลักเรื่องการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 317 มาใช้โดยการเทียบเคียง (Analogy)²⁰⁶

แม้ว่าในปัจจุบัน บทบาทของผู้เชี่ยวชาญสำหรับการพิจารณาคดีแพ่งจะเปลี่ยนไปโดยมิได้จำกัดเพียงในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่กรณี ซึ่งมีหน้าที่เพียงเบิกความเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิคเท่านั้น กล่าวคือ การที่ศาลมักแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อตรงและไม่ลำเอียง (Loyalty and impartiality) เพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นดำเนินการตามคำสั่งศาลในการพิจารณาคดี²⁰⁷ แต่สำหรับเอกชนทั่วไปแล้ว ก็ยังมีแนวความคิดว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดย

²⁰⁵ Raymond Youngs, Sourcebook on German law, 2nd ed., p. 423.

²⁰⁶ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," Arbitration International 20,2 (2004): 152.

²⁰⁷ Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon and Christopher Osakwe, Comparative legal traditions : text, materials, and cases on the civil and common law traditions. with special reference to French, German, English, and European law, 2nd ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994), p. 171.

ผู้เชี่ยวชาญเป็นการระงับข้อพิพาทรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีหลักการ วิธีการ และขั้นตอนตามที่คุณเขียนได้กล่าวถึงข้างต้น ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 317 เป็นเพียงพื้นฐานในการเริ่มกระบวนการเท่านั้น ส่วนข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญนั้นมิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด (There are no statutory rules of procedure for expert determination proceedings.)²⁰⁸

ในทางปฏิบัติ ก็มีการนำกระบวนการนี้ไปปรับใช้ในการประกอบการค้าของคู่กรณีอย่างสม่ำเสมอ และมีจำนวนเพิ่มขึ้นตามลำดับ ซึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญที่พบได้บ่อย คือ การใช้เป็นเครื่องมือสำหรับแก้ปัญหา หรือระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการรวมกิจการ (Mergers and acquisitions) โดยใช้ในการตรวจสอบรายงานทางการเงินประจำปี (Annual financial statements) เพื่อคิดคำนวณมูลค่าของเงินทุน และราคาเริ่มต้นในการซื้อขาย²⁰⁹ ส่วนผู้เชี่ยวชาญที่ทำหน้าที่ดังกล่าวมักเป็นผู้สอบบัญชี (Auditor) หรือนักบัญชี (Accountant) และในการหาผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว ก็มีองค์กร หน่วยงานที่มีบริการให้ความช่วยเหลือในเรื่องนี้หลายแห่ง เช่น หอการค้าและอุตสาหกรรมแห่งประเทศเยอรมัน (The German Chambers of Industry and Commerce) และ Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)²¹⁰ เป็นต้น

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 318 และมาตรา 319 นั้น เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้

§ 318 [Challenge of the determination]

(1) A Determination of performance left to a third party is to take place by declaration as against one of the contracting parties.

(2) Challenge of the determination in question because of mistake, threat or fraudulent deception is only for the contracting parties; the respondent to the challenge is the other party. The challenge must follow without delay after the person

²⁰⁸ Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," *Arbitration International* 20,2 (2004): 160.

²⁰⁹ Ibid., p. 151.

²¹⁰ Ibid., p. 157.

entitled to challenge has obtained knowledge of the ground for challenge. It is excluded when 30 years have elapsed after the determination has been made.

§ 319 [Ineffectiveness of the determination; replacement]

(1) If the third party has to determine performance in accordance with fair judgment, the determination in question is not binding on the contracting parties if it is obviously unfair. The determination is to take place in this case by court judgment; the same applies if the third party cannot or will not make the determination or if it delays in making it.

(2) If the third party is to make the determination as he pleases, the contract is ineffective if the third party cannot or will not make the determination or if he delays in making it.²¹¹

ตามบทบัญญัติข้างต้น เป็นบทบัญญัติที่ถ่วงดุลกับการที่ไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ และเพื่อเป็นหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของผู้เชี่ยวชาญด้วย โดยให้อำนาจศาลในการพิจารณาทบทวน (Judicial review) คำวินิจฉัยนั้นตามที่กำหนดไว้²¹² ซึ่งเหตุในการคัดค้านคำวินิจฉัยตามประมวลกฎหมายแพ่งนี้ ก็มีพื้นฐานสำคัญเช่นเดียวกับหลักในการคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญในประเทศอังกฤษ ตามที่ได้กล่าวถึงมาแล้ว ซึ่งมี 3 ประการ คือ มีการฉ้อฉลหรือหลอกลวง (Fraud), พิจารณาโดยมีอคติหรือไม่ยุติธรรม (Bias) และมีการกระทำหรือวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจน (Obvious mistake หรือ Obvious Incorrectness) และมีเหตุในการคัดค้านคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญเพิ่มเติมอีก ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถ หรือไม่ยอมพิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาของคู่กรณี หรือถ้าผู้เชี่ยวชาญทำการพิจารณาวินิจฉัยช้าเกินสมควร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 319 (2)

²¹¹ Raymond Youngs, Sourcebook on German law, 2nd ed., pp. 423 and 425.

²¹² Anke Sessler and Corina Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law," Arbitration International 20,2 (2004): 161-162.