



## บทที่ 2

### รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในบทนี้จะศึกษาถึงประเภท และความสำคัญของรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเริ่มศึกษาจากความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และจะศึกษาถึงประเภทของรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการกำหนดรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ละประเภท ตลอดจนศึกษาถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

#### 2.1 ความสำคัญของรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

##### 2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไป สัญญาเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายหนึ่งตอบรับคำเสนอของอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาต้องแน่ชัด และเป็นที่สุด<sup>1</sup> สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่จะต้องมียุติการของสัญญา เหมือนกับสัญญาชนิดอื่นๆ นอกจากนี้ จากการสำรวจกฎหมายภายในแสดงให้เห็นว่ามีสาระทางกฎหมายที่หลากหลายสำหรับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของบางประเทศ กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ภายใต้บทบังคับที่ว่า มิฉะนั้น จะเป็นโมฆะ ตัวอย่างเช่น ในประเทศกรีซ<sup>2</sup> ซึ่งแม้เอกสารที่ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลขหรือสิ่งอื่นทำนองนี้ก็ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>2</sup>

<sup>1</sup> G.H.Treitel, *The law of contract*. 4th edition (London: Steven,1975), p. 7.

\* Code of Civil Procedure of Greece Book Seven Article 869 " The arbitration agreement must be in writing and shall be subject to the provisions of substantive law governing contracts. If the parties to the agreement appear the arbitrators and participate without reservation in the arbitral proceedings, the lack of a writing is deemed remedied.

<sup>2</sup> International Council For Commercial Arbitration, *UNCITRAL's Project For A Model Law on International Commercial Arbitration*, (Deventer: Kluwer, 1984), p. 57.

มีหลายประเทศที่กำหนดให้รูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เป็นเพียงเรื่องของหลักฐาน หรือบางประเทศก็ไม่ได้บัญญัติรูปแบบเฉพาะสำหรับข้อตกลง อนุญาโตตุลาการ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาการอนุญาโตตุลาการสามารถทำได้โดยวาจา แต่คำชี้ ขาดไม่สามารถบังคับได้นอกจากมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร และการกำหนดให้ สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นถูกตีความกว้างๆ โดยศาลและไม่ต้องการ รูปแบบที่เฉพาะเจาะจงของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และในประเทศเดนมาร์ก Jorgen Troller ได้ กล่าวไว้ ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กำหนดรูปแบบเฉพาะเจาะจงของสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ แต่สัญญาจะมักต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพราะศาลเดนมาร์กได้กำหนดเงื่อนไขที่เคร่งครัดในการ พิสูจน์การทำสัญญาและเนื้อหาของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น<sup>3</sup>

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่คู่สัญญาดกลงให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างคู่สัญญาไปมอบให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด อันเป็น การตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทหากคู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงใดๆ ไว้เกี่ยวกับวิธีการ ระงับข้อพิพาทเมื่อเกิดข้อขัดแย้งกันคู่สัญญาจะต้องนำข้อพิพาทนั้น ไปฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาล ตามปกติแต่การที่คู่สัญญาดกลงให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดก็เนื่องมาจากต้องการกำหนด วิธีการระงับข้อพิพาทของตนเองให้แตกต่างไปจากกระบวนการตามปกติ เพราะคู่สัญญาเห็นว่า วิธีการระงับข้อพิพาทนั้นระงับไปตามแนวทางที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้คู่สัญญาปฏิบัติ คำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันเป็นยุติต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย<sup>4</sup>

สัญญาที่ยอมรับให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการเข้า ทำสัญญา ซึ่งหลักนี้ได้ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในการออกแบบกระบวนการเยียวยาความเสียหายด้วย ตนเองภายในข้อจำกัดเรื่องความสงบเรียบร้อย เป็นไปตามหลักที่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการส่งผล กระทบถึงผลประโยชน์ส่วนบุคคลภายในกรอบของรัฐธรรมนูญสองฝ่ายและหลายฝ่าย แต่อย่างไรก็ดี ก็ จะขึ้นอยู่กับสองฝ่ายได้ตกลงกัน นอกจากนั้นยังเป็นข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ

<sup>3</sup> Ibid., p. 57.

<sup>4</sup> สรวิศ ลิ้มปรีงยี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545), หน้า 45.

<sup>5</sup> Petar Šarčević, *Essays on International Commercial Arbitration*, (London: Graham & Trotman, 1989), p. 51.

ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้ตกลงที่จะระงับข้อพิพาทนั้น เพราะฉะนั้น ไม่มีอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้โดยไม่มีสัญญา<sup>6</sup>

ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีความสำคัญมากเนื่องจากแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาได้ยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการซึ่งองค์ประกอบของการยินยอมมีความสำคัญมากเนื่องจากหากปราศจากความยินยอมแล้วสัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะไม่เกิดขึ้น<sup>7</sup> คู่สัญญาไม่อาจถูกเรียกร้องให้ยอมรับอนุญาโตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทใดๆ ที่พวกเขาไม่ได้ยอมรับ จะไม่มีอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ได้เว้นแต่คู่สัญญาได้ทำสัญญาโดยชัดแจ้งให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ และขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการถูกควบคุมโดยถ้อยคำของการยอมรับ<sup>8</sup>

สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เป็นเพียงหลักฐานของการตกลงกันของคู่สัญญาเท่านั้น ยังเป็นที่มาของอำนาจอนุญาโตตุลาการอีกด้วย<sup>9</sup> ฐานสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกือบทุกทั้งหมดคือสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลใช้บังคับก็จะไม่มีฐานสำหรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ<sup>10</sup>

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก็เนื่องจากการที่คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการมอบอำนาจดังกล่าวให้คณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดมากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับขอบเขตและข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย และสัญญาดังกล่าวย่อมผูกพันแต่เฉพาะผู้ที่คู่สัญญาเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจึงอาจยกข้อต่อสู้ขึ้นได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทบางเรื่องหรือทั้งหมด<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Hans van Houtte, *The Law of International Trade*, second edition (2002), p. 385.

<sup>7</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (1986), p. 4.

<sup>8</sup> Robert M. Rodman, *Commercial Arbitration with forms*, (USA: West, 1984), p. 84.

<sup>9</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (1986), p. 5

<sup>10</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Commentary and Materials*, second edition (New York: Transnation, 2001), p. 53

<sup>11</sup> สรวิศ ลิ้มปริงสี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 77.

นอกจากนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังกำหนดถึงโครงสร้างของอนุญาโตตุลาการด้วย ดังนั้นการกำหนดโครงสร้างและใช้ถ้อยคำสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำด้วยความระมัดระวัง แต่คู่สัญญามักจะไม่ให้ความสนใจในสิ่งนี้เท่าใดนัก อาจเห็นได้จากการร่างที่ไม่ดีพอหรือแม้แต่เป็นประโยคที่ไม่เข้าใจ เช่น ประโยคที่กำหนดว่า “การระงับข้อพิพาทโดย International Chamber of Commerce ไม่ชัดเจน กล่าวคือ International Chamber of Commerce จะหมายถึงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหรือ การไกล่เกลี่ยก็ได้ นอกจากนี้ประโยคนี้อ้างถึง International Chamber of Commerce ที่ตั้งอยู่ในกรุงปารีส หรือกล่าวว่าการพิจารณาได้กระทำในกรุงปารีส

ดังนั้น ในเมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญ รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน เนื่องจากหากรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง ก็เท่ากับไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่มาของอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เช่นในคดีที่เกิดขึ้นและศาลตัดสินว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเพราะรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้องเท่ากับไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงไม่มีฐานอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยคดีนี้เกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายที่เกิดกับสินค้าระหว่างการขนส่งโดยผู้ถือใบตราส่งต่อตัวแทนเรือชาวอิตาลี ซึ่งตัวแทนเรือชาวอิตาลีได้คัดค้านเขตอำนาจของศาลโดยอ้างว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในใบตราส่ง ศาลกล่าวว่าลายมือชื่อของตัวแทนเรือชาวอินเดียของผู้ขนส่งไม่เพียงพอสำหรับที่จะเป็นสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 1392 ของประมวลแห่งอิตาลี และศาลได้กล่าวอีกว่าไม่มีการลงนามของผู้ส่งของ ผู้ส่งของได้สลักหลังใบตราส่ง ในความเห็นของศาลไม่เพียงพอที่จะใช้แทนที่การลงนามได้เนื่องจากเป็นเพียงการโอนกรรมสิทธิ์ ในขณะที่การลงลายมือชื่อเป็นรูปแบบของสัญญา<sup>12</sup> กรณีนี้จึงไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามที่ตัวแทนเรือกล่าวอ้าง

นอกจากนั้น ถ้ารูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้องก็เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้

---

<sup>12</sup> Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation.* (1981), p.193.

### 2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วหากคู่สัญญาฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งตามกฎหมายภายใน และข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับได้บัญญัติว่าหากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับแล้ว เป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่นในกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958<sup>\*</sup> ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน Article V 1(a) ว่า“การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอาจถูกปฏิเสธได้ ถ้าคู่สัญญาตามมาตรา II เป็นผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับ หรือสัญญาดังกล่าวนั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่ตกลงกันให้ใช้บังคับแก่สัญญานั้นหรือตามกฎหมายของประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาดในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น” จะเห็นได้ว่าบัญญัติในมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก กำหนดเป็นหน้าที่ของศาลของรัฐภาคีที่จะต้องยอมรับและบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำเป็นหนังสือตามความหมายที่กำหนดไว้ใน มาตรา II(2) ส่วนมาตรา V นั้น เป็นกรณีหลังจากที่ได้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไปแล้ว และอนุญาโตตุลาการก็ได้ทำคำชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีแล้ว และคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ฝ่ายที่ชนะคดีจึงนำคำชี้ขาดนั้นไปขอให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดก็มีสิทธิที่จะคัดค้านและพิสูจน์ให้เห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่อาจบังคับได้เพราะมีเหตุบกพร่องตามที่ระบุไว้ในมาตรา V นี้ หากพิสูจน์ได้เช่นนั้น ศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น

---

\* Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, New York, 1958 Article V 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article 2 were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made;

สัญญาอนุญาโตตุลาการที่ศาลของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก จะยอมรับและบังคับให้นั้น จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมาตรา II(2) ของอนุสัญญาได้ให้นิยามไว้ด้วยว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษร นั้น หมายความว่าอย่างไร กล่าวคือ อาจมีลายมือชื่อของกลุ่มสัญญาหรือ ไม่มีลายมือชื่อก็ได้ เอกสารโต้ตอบอย่างอื่นเป็นต้นว่าโทรสารหรือโทรพิมพ์หรือเอกสารอย่างอื่นในทำนองเดียวกันก็ถือว่าอยู่ในความหมายของ มาตรา II(2) นี้ด้วย ดังนั้น ตามมาตรา II(2) แห่งอนุสัญญาฉบับนี้ ศาลของประเทศภาคีก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับและบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำกันไว้เพียงโดยวาจาเท่านั้น และเมื่อพิจารณา มาตรา II(2) ประกอบกับ มาตรา V(a) แล้ว จะเห็นว่า มาตรา V(a) นั้น อ้างถึงสัญญาตามมาตรา II(2) ด้วย ดังนั้น ถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการทำไม่ถูกต้องตามมาตรา II ศาลก็จะไม่ยอมรับและบังคับตามสัญญาให้<sup>13</sup>

ในกรณีนี้มีคดีตัวอย่าง ได้แก่ กรณีที่บริษัทสวิส ได้มีสัญญาด้วยวาจากับบริษัทดัตช์เกี่ยวกับการซื้อขายเนื้อผ้าอาร์เจนตินา หลังจากนั้น วันที่ 3 มิถุนายน 1966 ผู้ขายดัตช์ได้ส่งใบยืนยันการซื้อผ้าที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ Rotterdam ภายใต้ Arbitration Rules of the Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Association (NOFOTA) ผู้ซื้อสวิสไม่ได้ตอบรับ ใบยืนยันการซื้อผ้า แต่ในวันที่ 15 มิถุนายน 1966 เขาได้เปิด letter of credit ในนามของผู้ขาย เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ผู้ซื้อชาวสวิสได้คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการเพราะเขาไม่ได้ตกลงด้วยในข้อตกลงนั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้ยืนยันในคำชี้ขาดว่า มีอำนาจเนื่องจาก ผู้ซื้อได้เก็บใบยืนยันการซื้อผ้าเอาไว้โดยไม่คัดค้าน ผู้ขายชาวดัตช์ชนะ

ศาลชั้นต้นแห่งนครเจนีวาปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด เพราะ ใบยืนยันการซื้อผ้า ไม่ได้มีการตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษรโดยผู้ซื้อ จึงไม่มีการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษรตาม มาตรา II ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก<sup>14</sup> ทำให้ไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในคดีนี้ศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาดเพราะสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำในรูปแบบที่ถูกต้องจึงถือว่าไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีความสำคัญเนื่องจากหากสัญญาอนุญาโตตุลาการทำไม่ถูกต้องตามรูปแบบแล้วก็เป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้

<sup>13</sup> อนันต์ จันทโรภากร, *กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 50-52.

<sup>14</sup> Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 195.

ในทำนองเดียวกัน กฎหมายต้นแบบก็กำหนดให้การที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมีรูปแบบที่ไม่ถูกต้องก็เป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธตามที่ขอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในมาตรา 36<sup>15</sup> ซึ่งกำหนดขึ้นโดยใช้มาตรา V ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเป็นแนวทาง และคณะทำงานก็ได้คงถ้อยคำตามอนุสัญญาดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่เปลี่ยนแปลง<sup>15</sup> ดังนั้น ตามมาตรา 36 ของกฎหมายต้นแบบ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ก็เป็นเหตุที่ศาลจะปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกัน

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของไทยซึ่งได้บัญญัติตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบ ก็ได้กำหนดเหตุสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันไว้เป็นเหตุหนึ่งในการที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 43 ว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำได้ขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า (2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว” ตัวอย่างของการที่ไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาไม่สมบูรณ์ไม่มีผลผูกพันใช้บังคับไม่ได้ จากคำพิพากษาฎีกาซึ่งตัดสินตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แต่ก็สามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 520/2520 โจทก์จำเลยติดต่อซื้อขายโดยมีหนังสือยืนยันจำนวนและราคาแล้ว แต่ตามพฤติการณ์ที่เคยปฏิบัติแสดงว่า โจทก์จำเลยต้องทำสัญญาเป็นหนังสือก่อน เมื่อจำเลยผู้ขายไม่ยอมลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญาซื้อขายที่โจทก์ส่งมา ก็ไม่ถือว่ามีสัญญาซื้อขายแล้ว ข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้นก็ไม่มีผลบังคับ แม้จำเลยจะตั้งตัวแทนแก้ไขข้อ

---

<sup>15</sup> Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration Article 36 :Ground for refusing recognition or enforcement (1)(a)(1) a party to the arbitration agreement referred to in Article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made;

<sup>15</sup> International Council For Commercial Arbitration, *UNCITRAL's Project For A Model Law on International Commercial Arbitration*,(1984) p. 47.

กล่าวหาของโจทก์ต่ออนุญาโตตุลาการที่กรุงลอนดอน ก็ไม่ถือว่าจำเลยยอมให้คำชี้ขาดผูกพันจำเลย ศาลจึงปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

## 2.2 ประเภทรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในทางปฏิบัติมี 3 รูปแบบ ได้แก่ สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา และสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรและสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาเป็นการแสดงเจตนาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้ง ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย ไม่มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งของกลุ่มสัญญา แต่เกิดจากการกระทำบางอย่างของกลุ่มสัญญาที่แสดงได้ว่าตกลงยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

### 2.2.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทั้งในระดับระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ส่วนใหญ่บัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการประกันแก่คู่สัญญาว่าพวกเขาได้ตกลงกันเรื่องอนุญาโตตุลาการ<sup>16</sup> กฎหมายอาจจะกำหนดลักษณะของสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ก็ได้ เช่น ตามที่บัญญัติใน Washington Convention เขียนไว้แต่เพียงว่าคู่สัญญาต้องตกลงกันโดย “ยินยอมเป็นหนังสือ” เท่านั้น และโดยที่กฎหมายของแต่ละประเทศให้คำจำกัดความ “ลายลักษณ์อักษร” ไว้แตกต่างกัน สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงมีหลายลักษณะ โดยอาจปรากฏในลักษณะดังต่อไปนี้

#### 1) สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่าย

กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศทุกฉบับ ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่าย เนื่องจากสัญญาที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงถึงเจตนาและความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อย่างชัดเจน โดยจะต้องปรากฏลายมือชื่อของสัญญาทุกฝ่ายในสัญญาอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม มีการถกเถียงกันว่าการใช้ตราประทับหรือลายพิมพ์นิ้วมือ จะสามารถแทนที่ลายมือชื่อได้หรือไม่ แต่ปัญหานี้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลภายในที่เป็นบรรทัดฐาน

<sup>16</sup> Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 171.



สัญญาอนุญาตตุลาการในลักษณะนี้จะเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากหรือเป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาก็ได้ ในกรณีที่เป็นการข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญา ก็ไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อสำหรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการเป็นการเฉพาะ เพียงแค่ลงลายมือชื่อสำหรับสัญญาทั้งหมดก็เพียงพอแล้ว มีคดีหนึ่งเกิดขึ้นที่ศาลสูงอิตาลี คือ Società Atlas General Timbers S.p.A v. Agenzia Concordia Line S.p.A ศาลได้มีความเห็นในตอนต้นของคำพิพากษาว่าตามข้อความ คำว่า “ลงนาม” ตามมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก หมายถึงตัวข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาไม่ใช่ตัวสัญญาทั้งฉบับ ศาลได้บันทึกในส่วนที่เกี่ยวกับความแตกต่างกับ มาตรา I(2)(a) ของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1961 ซึ่งอ่านได้ว่า “ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการ สัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญา...” ศาลยอมรับว่า ข้อความดังกล่าวเพียงแค่นี้เป็นผลจากการร่างที่ระมัดระวังมากขึ้น แต่ก็มีควมหมายเช่นเดียวกับในมาตรา II ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก อย่างไรก็ดี ศาลก็ได้พิจารณาว่า การตีความตามลายลักษณ์อักษรนั้นเคร่งครัดเกินไป โดยกล่าวว่า ไม่ได้สอดคล้องกับความเป็นจริงในการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งการลงลายมือชื่อแยกต่างหากสำหรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการเป็นภาระที่หนักเกินไป สามารถสรุปได้ว่า การตีความควรจะกว้างกว่านี้ กล่าวคือลายมือชื่อสำหรับสัญญาทั้งฉบับก็เพียงพอแล้ว<sup>17</sup>

คดีนี้ตัดสินภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ซึ่งก็สรุปได้ว่า กรณีที่เป็นสัญญาที่ต้องลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายนั้น หากเป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญา เพียงแต่ลงนามในสัญญาทั้งฉบับก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องลงนามสำหรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการเป็นการเฉพาะ

## 2) เอกสารโต้ตอบทางจดหมายหรือโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสารหรือวิธีการสื่อสารอื่นที่มีบันทึกของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ

สัญญาอนุญาตตุลาการลักษณะแบบนี้ เกิดขึ้นเพื่อรองรับทางปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากในการดำเนินธุรกิจคู่สัญญาจะติดต่อกันทางจดหมาย โทรเลข หรือ โทรพิมพ์ เป็นต้น ข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่อยู่ในเอกสารดังกล่าวที่ได้โต้ตอบกันระหว่างคู่สัญญาก็เป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกัน

การที่คู่สัญญาส่งเอกสารโต้ตอบกันนั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงเจตนาของเขา และหากมีการสื่อสารตอบรับ การโต้ตอบนั้นเองก็จะสร้างเจตนาร่วมกัน จึงเป็นการทำให้เกิดเอกสารโต้ตอบที่รับรองการรับรู้และการตอบรับ สัญญาอนุญาตตุลาการตาม

<sup>17</sup> Ibid., pp.192-193.

ข้อ 1) ชัดเจนว่าต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญาทุกฝ่ายอยู่ในสัญญา แต่สำหรับกรณีนี้ การขาดลายมือชื่อของฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ไม่ได้ทำให้ไม่สมบูรณ์ เพียงแค่ลดความแน่นอนที่ว่า การสื่อสารมาจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อีกฝ่ายก็สามารถพิสูจน์หรือสันนิษฐานได้<sup>18</sup> นอกจากนั้น โดยข้อจำกัดสำหรับลักษณะของเอกสารบางอย่าง เช่น โทรเลข หรือโทรพิมพ์ เป็นไปไม่ได้ที่จะมีลายมือชื่อคู่สัญญาปรากฏอยู่ การพิสูจน์ได้ว่าเป็นเอกสารของใครก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น ลายมือชื่อของคู่สัญญาจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการลักษณะนี้

สำหรับการตอบรับเอกสารที่ส่งมาจากฝ่ายหนึ่ง การตอบรับสัญญาจะทำโดยวิธีใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องตอบรับ โดยตรงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา การตอบรับข้อความในเอกสารนั้นทั้งฉบับก็เพียงพอแล้ว การตอบรับอาจทำโดย ส่งโทรเลข หรือโทรพิมพ์ กลับคืนโดยกล่าวอย่างชัดเจนว่าเขาได้ยอมรับสัญญาแล้ว<sup>19</sup>

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ เป็นที่ยอมรับในทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายใน แต่อย่างไรก็ดี ในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้กำหนดไว้แค่เพียงเอกสารได้ตอบทางจดหมายและโทรเลขเท่านั้น จึงทำให้เกิดการตีความมากมายว่าจะรวมถึงเอกสารได้ตอบทางโทรพิมพ์หรือทางอื่นด้วยหรือไม่ ซึ่งศาลภายในได้ตีความไปทั้งทางที่ยอมรับและไม่ยอมรับ แต่ก็มีความคิดเห็นที่ว่าบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนิวยอร์กค่อนข้างล้าสมัยไม่สามารถสนองสถานการณ์ทางการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันได้แล้ว กฎหมายภายในที่ออกมาภายหลังและโดยเฉพาะกฎหมายต้นแบบก็ได้เขียนรองรับการได้ตอบทางโทรพิมพ์ โทรสารและเอกสารอื่นไว้ อย่างชัดเจนแล้ว

**3) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารที่ลงนามโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ตอบรับด้วยวาจา หรือโดยปริยาย**

ทางปฏิบัติทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ จะอาศัยวิธีการทำสัญญาที่มีประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจที่ไม่ซับซ้อนและธุรกรรมระหว่างประเทศจำนวนมากได้ทำบนข้อกำหนด มาตรฐาน (Standard Conditions) โดยเฉพาะในการซื้อขายระหว่างประเทศ การขนส่ง การก่อสร้าง การต่อเรือ และการประกันภัย<sup>20</sup> ในสังคมธุรกิจระหว่างประเทศ โดยปกติจะถือว่าคู่สัญญาฝ่ายที่หนึ่งเคยได้ถูกผูกพันโดยเงื่อนไขที่อยู่ในสัญญาแล้ว ดังนั้น ในสถานการณ์ที่สัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

<sup>18</sup> Ibid., p. 194.

<sup>19</sup> Ibid., p. 201.

<sup>20</sup> Ibid., p. 208.

ได้เก็บไว้โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยปราศจากการคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ปฏิบัติตามสัญญา ในกรณีดังกล่าว การกระทำของคู่สัญญาบอกได้ว่าเขาได้ยอมรับสัญญาแล้ว เขาจึงอาจถูกถือว่า ยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาแล้ว หรืออย่างน้อยคู่สัญญาอีกฝ่ายก็อาจคาดหวังเช่นนั้น ได้แล้ว โดยปกติ จึงพิจารณาได้ว่า เป็น “การหลอกลวง” เมื่อคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้คัดค้านการ อนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลเรื่องรูปแบบเพียงอย่างเดียวในภายหลัง<sup>21</sup> เหมือนกับสัญญาที่ทำโดย การตอบรับโดยปริยาย โดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว การยอมรับสัญญาที่ทำด้วยวาจาอย่างเดียวก็นับว่า ความต้องการในทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศได้ ปรากฏชัดเจนใน United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG)<sup>22</sup>

สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปได้ที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ในข้อกำหนด ทัวไปที่รวมอยู่ในคำเสนอหรือคำสนองของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแล้วอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ปฏิเสธ แม้แต่ ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในร่างข้อตกลงหรือในคำเสนอที่ไม่ได้ถูกตอบรับก็อาจผูกพันหากว่า คู่สัญญาได้กระทำตามธุรกรรมที่ได้ตกลงกัน<sup>23</sup> ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการผูกพัน คู่สัญญา ที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท พวกเขาจะถูกผูกพันตามนั้น<sup>24</sup> หรือเกิดขึ้นในกรณี ของใบตราส่ง ซึ่งแม้ว่าได้ออกและลงนามโดยผู้ขนส่งหรือตัวแทนแต่เพียงฝ่ายเดียวที่ได้ทำให้กับผู้ ตราส่ง ก็อาจเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ได้ และเป็นวิธีการที่สอดคล้องกับ ประเพณีในธุรกิจการส่งของที่คู่สัญญาควรรู้ได้

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้มีอยู่เสมอๆ ในการทำธุรกิจระหว่างประเทศ แต่ อย่างไรก็ดี ไม่อยู่ในคำจำกัดความของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก และกฎหมาย ต้นแบบ ซึ่งทำให้เกิดปัญหามากในทางปฏิบัติ เนื่องจากมีผลไปถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ โดยศาลจะปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุว่าสัญญา อนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์

<sup>21</sup> Ibid., p. 196.

<sup>22</sup> Klaus Peter Berger *International Economic Arbitration* (Deventer: Kluwer Law & Taxation, 1993), p. 147.

<sup>23</sup> Vienna Convention on the International Sale of Goods, Art. 18.3 *Filanto v. Chilewich*, Rotterdam Court, June 26, 1970(1976) Y.Comm.Arb.

<sup>24</sup> Hans van Houtte, FCI Arbitration, *The Law of International Trade*, second edition (2002), p.387.

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในลักษณะนี้ได้มีกฎหมายหลายฉบับยอมรับให้ใช้ได้ เช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Federal Private International Law) มาตรา 178 เขียนเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลง “หากว่าทำโดยวิธีการสื่อสารอื่นที่แสดงหลักฐานโดยข้อความ” กฎหมายดังกล่าวยอมรับ การอ้างอิงถึงเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และกำหนดว่า เอกสารนี้ได้รับการตอบรับอย่างชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย โดยอีกฝ่ายหนึ่งหรือในนามของฝ่ายนั้น<sup>25</sup> สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมัน ได้ขยายไปมากกว่านั้น กล่าวคือ กำหนดเงื่อนไขสำหรับการยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำโดยปริยาย ในมาตรา 1031(2) สรุปได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการปรากฏในเอกสารที่ส่งจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย หรือ โดยฝ่ายที่สามส่งไปยังคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และไม่มีคำคัดค้านในเวลาอันควร สาระในเอกสารนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาตามปกติประเพณี ก็เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการในความหมายของกฎหมายนี้ และได้แก้ปัญหาในเรื่องของใบตราส่งด้วย โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ในใบตราส่ง หากปรากฏการอ้างอิงโดยชัดแจ้งถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ ก็เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ได้ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศโครเอเชีย ก็ยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ไว้อย่างชัดแจ้งเหมือนกัน โดยกำหนดไว้ในมาตรา 6 (3) 1) สรุปได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้ามีคำเสนอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือถ้าบุคคลภายนอกส่งถึงคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งไม่มีคำคัดค้านในเวลาอันควร อันถือได้ว่าเป็นการตอบรับคำเสนอตามปกติประเพณี นอกจากนั้น มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เปิดกว้างมากในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ค.ศ. 1996 ไม่เพียงแต่ยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงที่ “ทำเป็นลายลักษณ์อักษร” (ไม่ว่าจะลงนามหรือไม่) หรือโดยการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษร หรือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ เท่านั้น ยังรวมถึง สิ่งที่ถูกบันทึกไม่ว่าโดยวิธีใดก็เป็นสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกัน<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> 1986 Code of Civil Procedure- Book Four: Arbitration Article 1021 “The arbitration agreement must be proven by an instrument in writing. For this purpose and instrument in writing which provides for arbitration or which refers to standard conditions providing for arbitration is sufficient, provided that this instrument is expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party.”

<sup>25</sup> Alan Uzelac, ISSUE OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far Should We Go? (2001), p. 7-8.

#### 4) การอ้างอิงในสัญญาถึงเอกสารอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาอาจทำโดยอ้างอิงถึงเอกสารอื่น ในกรณีที่ไม่มีการแสดงการฉ้อฉล การสำคัญผิด ไม่เป็นธรรมหรืออย่างอื่น คู่สัญญาในสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สามารถหลีกเลี่ยงหน้าที่ตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยเรียกร้องว่าเขาไม่ได้อ่านตัวสัญญาทั้งหมด ในกรณีที่คู่สัญญาที่พยายามจะหลีกเลี่ยงข้อตกลงนี้ไม่ได้โต้แย้งความสมบูรณ์ของสัญญา หรือเขาได้ทำสัญญาและเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ได้ร่างขึ้น ก็แน่นอนว่าคู่สัญญาไม่อาจหนีจากพันธะหน้าที่ตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยการแถลงว่าไม่ได้อ่านสัญญาทั้งหมด

การอ้างอิงถึงเอกสารอื่น เช่น ในการค้าสินค้าทางการเกษตรบางชนิดอาจทำสัญญาโดยการแลกเปลี่ยนทางโทรพิมพ์หรือโทรสาร ซึ่งมีการระบุราคา ปริมาณ วิธีการส่งมอบ และอ้างอิงข้อบังคับมาตรฐานของสมาคมการค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้านั้นๆ ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย<sup>26</sup>

สัญญาอาจจะไม่ได้กล่าวถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ แต่เป็นการอ้างอิงข้อกำหนดทั้งฉบับซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงหนึ่งในนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับรู้ข้อกำหนดโดยทั่วไป (general conditions) เกี่ยวกับสัญญาแล้ว คู่สัญญานั้นก็ถูกสันนิษฐานว่าได้รับรู้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นแล้วด้วย<sup>27</sup> หลักนี้ได้รับการยืนยันในคดี Boucoba ว่า ในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในเอกสารที่ได้รวมอยู่โดยการอ้างอิงถึงนั้น มีผลต่อคู่สัญญาที่รับรู้ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงดังกล่าวในเวลาที่เขาได้ทำสัญญาและได้ยอมรับการอ้างอิงนั้น<sup>28</sup> ในทางปฏิบัติทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คู่สัญญาที่ทำสัญญามักจะอ้างอิงเอกสารทางกฎหมายอื่นๆ เป็นประจำ (ส่วนใหญ่เป็น “ข้อกำหนดทั่วไป” มากกว่าที่จะกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในสัญญา และสิ่งนี้เป็นเหตุผลในทางปฏิบัติที่ชัดเจนที่จะหลีกเลี่ยงการอ้างอิงถึงสองครั้ง

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ได้รับการยอมรับในกฎหมายต้นแบบและพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย มาตรา 11 วรรคสาม

<sup>26</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 61.

<sup>27</sup> Robert M. Rodman, *Commercial Arbitration with forms*, (1984), p. 100.

<sup>28</sup> Mauro Rubino-Sammattano, *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p.209.

### 5) สัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ในปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นตัวแปรสำคัญต่อการที่สังคมก้าวเข้าสู่ยุค “สังคมสารสนเทศ” หรือที่เรียกกันว่าเป็นยุคของสังคมแห่งข้อมูลข่าวสาร เป็นสังคมที่มีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) หรือที่เรียกว่า IT เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ และการประกอบการด้านต่างๆ ให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้น และปัจจัยสำคัญที่พัฒนาสังคมไปสู่ยุค “สังคมสารสนเทศ” อย่างรวดเร็ว เริ่มต้นจากพัฒนาการทางวิทยาการคอมพิวเตอร์ ผู้ระบบการเชื่อมต่อระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Computer Networks) เข้าด้วยกัน หรือที่นิยมเรียกกันว่า “อินเทอร์เน็ต” (Internet) อันเป็นที่มาของคำว่า “โลกไร้พรมแดน”<sup>29</sup>

อนึ่งคำว่า “โลกไร้พรมแดน” จึงมีที่มาจากพัฒนาการในการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการทางเทคโนโลยีที่ทันสมัยเสมือนหนึ่งโลกถูกย่อให้มีขนาดเล็กลง เพราะบุคคลสามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ง่าย สะดวก และรวดเร็ว และสามารถรับทราบข้อมูลหรือสารสนเทศได้อย่างรวดเร็วด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และทำให้เกิดรูปแบบกิจกรรมค้าขายแบบใหม่เกิดขึ้น กล่าวคือ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นกลไกสำคัญในการแข่งขันในเวทีการค้าโลก<sup>30</sup>

การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยอาศัยกระบวนการ หรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน โดยอาจจะกระทำผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายอื่นก็ได้ ตัวอย่างของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น การซื้อหรือการขายสินค้าทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต การชำระเงินผ่านทางเครือข่าย เช่น การสั่งซื้อผ่านเว็บไซต์ โดยการให้เลขที่บัตรเครดิตในการชำระราคาสินค้าเหล่านั้น<sup>31</sup>

นอกจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้ว การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถกระทำผ่านสื่อที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์อื่นได้ เช่น การทำการซื้อขายสินค้าโดยใช้ โทรศัพท์ โทรพิมพ์

---

<sup>29</sup> สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, *กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1)*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: พาณิชยพระนคร, 2535), หน้า 15.

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน ., หน้า 15.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน ., หน้า 56.

โทรสาร หรืออุปกรณ์อื่นใดที่เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ถือว่าเป็นการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เช่นกัน<sup>32</sup>

ปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการใช้การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์มากที่สุดในโลก อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆในสหภาพยุโรปมีการเริ่มใช้การพาณิชย์รูปแบบใหม่ที่เรียกว่า M-Commerce (Mobile Commerce) ซึ่งเป็นการพัฒนาวิธีการเข้าสู่ Web โดยการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่และอุปกรณ์พกพาอื่นๆ<sup>33</sup>

ในทำนองเดียวกันกระบวนการอนุญาตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งกระบวนการ กล่าวคือ ข้อเรียกร้องและข้อคัดค้านของคู่สัญญาในเอกสารอาจถูกส่งโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ให้กับอีกฝ่ายหนึ่ง และอนุญาตตุลาการอาจสื่อสารกับอนุญาตตุลาการคนอื่นโดยทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือกับคู่สัญญาและในการพิจารณาและการถามพยานอาจเกิดโดยใช้วิธีการใช้ video conference นอกจากนี้ คณะอนุญาตตุลาการอาจพิจารณาและร่างคำชี้ขาดทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่พวกเขาได้ลงนามโดยใช้ดิจิทัลและส่งให้คู่สัญญาโดยทางอีเมล และที่สำคัญก็คือ ข้อตกลงอนุญาตตุลาการอาจทำได้โดยทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>34</sup>

สัญญาอนุญาตตุลาการอาจทำในรูปอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่อย่างไรก็ดี สื่ออิเล็กทรอนิกส์มีความแตกต่างกับสื่อที่เป็นกระดาษในหลายด้าน ดังนั้น การที่จะศึกษาถึงสัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำในรูปอิเล็กทรอนิกส์จึงจำเป็นต้องเข้าใจลักษณะพื้นฐานของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ก่อน โดยในเรื่องการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีกฎหมายฉบับหนึ่งที่กำหนดลักษณะพื้นฐานเกี่ยวกับอิเล็กทรอนิกส์ไว้ ได้แก่ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Commerce) ซึ่งเป็นกฎหมายการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ฉบับแรกถูกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commerce on International Trade Law- UNCITRAL) เป็นคณะกรรมการคณะหนึ่งอยู่ภายใต้องค์การทางการค้าระหว่างประเทศให้เป็นแบบแผนเดียวกันและมีความสอดคล้องกัน กฎหมายฉบับนี้ผ่านการยกร่างและพิจารณาร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกของ

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 57.

<sup>33</sup> อรรถพร พันธ์พัฒนา, การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), หน้า 5.

<sup>34</sup> Alejandro López, Arbitration and IT: Use of IT in and Out-of –Court Mechanisms for Resolution of Disputes: Electronic Arbitration (2004), p.2.

สหประชาชาติ แล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2539 กฎหมายฉบับนี้มุ่งจัดข้อขัดข้องทางกฎหมายและสร้างความมั่นใจในการพัฒนาการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และเป็นตัวอย่างให้กับประเทศต่างๆ นำไปออกหรือปรับปรุงกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับหลักการและบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้<sup>35</sup>

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีเนื้อหาสาระในการตั้งกฎเกณฑ์ยอมรับสถานะภาพของสัญญาที่เกิดขึ้น โดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ การยอมรับข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีค่าทางกฎหมายเทียบเท่ากับเอกสารลายลักษณ์อักษร (Writing) หรือถือเป็นเอกสารต้นฉบับ (Original) และการยอมรับให้ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signature) มีผลเป็นลายมือชื่อทางกฎหมาย ตลอดจนให้มีการรับฟังข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาลได้<sup>36</sup>

โดยกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มีวัตถุประสงค์หลักในการรับรองสถานะภาพทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นระบบที่ไร้กระดาษ (Paperless) ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.”

คำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”(data message) มาตรา 3(a) ให้คำนิยามว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า “ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ทางแสง หรือวิธีการอื่นทำนองเดียวกัน เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร”

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตามความหมายของกฎหมายดังกล่าว จะเป็นข้อมูลที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ทางแสง หรือวิธีการอื่นทำนองเดียวกัน ซึ่งวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นวิธีการที่อำนาจไฟฟ้าหรือสภาวะแม่เหล็กผสมหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาณไฟฟ้าของกลุ่มอนุภาคขนาดเล็กมากหรืออิเล็กตรอน เช่นในการแสดงภาพบนจอรับภาพในคอมพิวเตอร์ การเปลี่ยนแปลงทางไฟฟ้าอันเนื่องมาจากกดแป้นพิมพ์จะไปควบคุมกำลังของเครื่องเพื่อเขียนข้อมูลลงบนแผ่นดิสก์<sup>37</sup> นอกจากนี้ วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ยัง

<sup>35</sup> อรรถพรณ พนัสพัฒนา, การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์.(2545) หน้า 6

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 6

<sup>37</sup> “Data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex, or telecopy.

<sup>37</sup> ยุทธ อัครมาส, หนังสืออิเล็กทรอนิกส์. หน้า 6



หมายถึงการส่งข้อมูลโดยผ่านดาวเทียมด้วย และรวมถึงเทคโนโลยี ระบบไร้สาย (Wireless) ซึ่งระบบไร้สายทำให้ อีคอมเมิร์ซ (Electronic Commerce) กลายมาเป็น เอ็มคอมเมิร์ซ (Mobile Commerce) การทำธุรกรรมผ่านระบบไร้สาย เช่น ใช้โทรศัพท์มือถือ ใช้ Wireless Lan ใช้ปาล์มท้อป การดำเนินธุรกิจทำได้กว้างขวาง เช่น การติดต่อสื่อสาร อีเมลล์ ส่งข้อมูล ใช้เป็นการติดต่อผ่านระบบสื่อสารเพื่อทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เช่น จ่ายค่าสาธารณูปโภค จองตั๋ว ซื้อสินค้า เป็นต้น

นอกจากนั้น กฎหมายต้นแบบยังได้ยอมรับข้อความที่เกิดจากกระบวนการทางแสง (optical means) ด้วย ซึ่งกระบวนการนี้ได้แก่ จะใช้วิธีการทางแสงทำให้เกิดเป็นข้อมูล โดยมีอุปกรณ์ที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลาง ตัวอย่างเช่น ใยแก้วนำแสง (optical fiber หรือ fiber optic) ซึ่งในปัจจุบัน ระบบการสื่อสารผ่านใยแก้วนำแสง ได้เข้ามามีบทบาทในการสื่อสารคมนาคมมากขึ้น เนื่องจากการสื่อสารที่มีประสิทธิภาพสูง สามารถรองรับปริมาณข้อมูลข่าวสาร ได้เป็นจำนวนมาก หัวใจของระบบการสื่อสารนี้ก็คือ ใยแก้วนำแสง ซึ่งเป็นตัวกลางในการส่งผ่านข้อมูลในรูปของลำแสง และอาจเป็นอุปกรณ์ที่เรียกว่า “optical scanner” ซึ่งเป็นอุปกรณ์ที่ช่วยแปลงรูปภาพหรือตัวอักษรบนหน้ากระดาษหรือวัสดุอื่นๆ ไปเป็นข้อมูลดิจิทัล ด้วยการยิงแสงไปบนวัตถุแล้วรับแสงที่สะท้อนกลับมายังเซ็นเซอร์หรือตัวรับภาพ ซึ่งจะแปลงข้อมูลแสดงเหล่านั้นไปเป็นข้อมูลดิจิทัลอีกทีหนึ่ง

ตามมาตรา 3(a) ยังได้ยกตัวอย่างของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) โทรเลข(telegram) โทรพิมพ์ (telex) หรือ โทรสาร(telecopy) แต่ก็เป็นการให้ตัวอย่างเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า “.....including, but not limited to .....” หากเทคโนโลยี มีการพัฒนามากขึ้นกว่าปัจจุบัน กฎหมายนี้ก็ยังสามารถใช้บังคับได้อยู่นั่นเอง<sup>38</sup>

- การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ Electronic Data Interchange (EDI) สาเหตุที่ EDI เป็นเรื่องทางอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากเป็นขั้นตอนและกระบวนการที่เกี่ยวกับการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ การใช้ คำว่า “ข้อมูล” (Data) ก็เนื่องมาจากว่าเป็นข้อมูลสารสนเทศโดยทั่วไปทุกประเภท และ “การแลกเปลี่ยน ( Interchange) ก็หมายถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างบุคคล ความเคลื่อนไหวของข้อมูลระหว่างบุคคลที่ใช้ EDI จะเรียกโดยรวมว่า

<sup>38</sup> อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์.(2545), หน้า 16.

Transaction ข้อความและสัญญาณ (signal) ต่างๆ ที่ประกอบเป็น EDI Transaction จะเรียกรวมกันว่า “Transaction Set”<sup>39</sup>

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์” ว่า “การส่งข้อมูลโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์โดยใช้มาตรฐานที่ตกลงไว้ในการกำหนดรูปแบบของข้อมูลนั้น”

EDI มีประโยชน์ในทางธุรกิจหลายอย่าง โดยทั่วไปแล้วสามารถเป็นวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์สำหรับการเจรจาและก่อให้เกิดสัญญาณระหว่างคู่ค้าที่ใช้ EDI อย่างเช่น วิธีใช้ EDI ในรูปแบบเดิมนั้น มักจะทำงานระหว่างคู่ค้าที่มีความใกล้ชิดในระบบปิดที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจมาช้านานและมีความต่อเนื่อง การใช้ EDI จะเกิดประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อคู่ค้าจำเป็นที่จะต้องทำการติดต่อกันในรูปแบบที่คล้ายกันซ้ำกันอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะช่วยลดความล่าช้าและสามารถทำการสื่อสารตอบโต้กันได้อย่างทันที EDI อาจรูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นมาตรฐาน (Standard Electronic Format) ซึ่งสามารถใช้แทนเอกสารที่เป็นกระดาษ เช่น ใบกำกับสินค้า (Invoice) หรือ ใบสั่งซื้อ (Purchase Order) รูปแบบที่เป็นมาตรฐานจะรวมถึงองค์ประกอบของข้อมูล (Data Element) ที่สามารถอ่านและใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ที่รับข้อมูลมา โดยทั่วไปแล้วสิ่งที่เรียกว่า Free Text Element จะไม่สามารถประมวลผลได้โดยตรง แต่สามารถ แสดง พิมพ์ และทบทวนโดยบุคคลที่สำนักงานของผู้รับ การใช้ EDI สามารถทำได้ในหลายวัตถุประสงค์ เช่น ใช้แทนเอกสารที่เป็นกระดาษ รวมถึงวิธีการสื่อสารข้อมูลที่เป็นใบตราส่ง (Bill of Lading) การโอนหุ้น (Transferring Securities) และใช้แทน Letter of Credit<sup>40</sup>

นอกจากนั้น EDI ยังเป็นการสื่อสารที่จำเป็นต้องมีข้อมูลที่มีรูปแบบ (Format) ที่ชัดเจน ข้อมูลทางธุรกิจจะได้รับการจัดเตรียมและวางรูปแบบตาม โปรโตคอลหรือมาตรฐานที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าระหว่างคู่ค้า<sup>41</sup> ปัจจุบันได้มีมาตรฐานในการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ที่เป็นที่ยอมรับกันมานานในประเทศอยู่ 2 รูปแบบ

<sup>39</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์. พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพฯ: ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2542), หน้า 27.

\* “Electronic Data Interchange (EDI)” means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information.

<sup>40</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์. (2542) หน้า 54.

<sup>41</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์. (2542) หน้า 17.

1. EDIFACT (Electronic Data Interchange for Administration, Commerce, and Transport) อันเป็นมาตรฐานที่กำหนดขึ้นโดยสหประชาชาติ United Nation Economic Commission for Europe ประมาณปี ค.ศ. 1985 เป็นมาตรฐานในการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับความนิยมและใช้กันอย่างแพร่หลายในทวีปเอเชีย และยุโรป

2. ANSI X.12 เป็นการกำหนดมาตรฐานการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดขึ้นโดย ANSI หรือ American National Standards Institute เป็นมาตรฐานในประเทศในแถบอเมริกาเหนือ และนิวซีแลนด์<sup>42</sup>

- จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เป็นตัวอย่างหนึ่งของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดโดยกฎหมายฉบับว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์คือระบบที่ให้ผู้ใช้อุปกรณ์คอมพิวเตอร์สามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลกับผู้ใช้คอมพิวเตอร์เครื่องอื่น (กลุ่มผู้ใช้อื่น) บนเครือข่ายการติดต่อสื่อสาร E-mail ถือเป็นรูปแบบการประยุกต์ใช้งานที่ได้รับความนิยมอย่างมากของอินเทอร์เน็ต แม้ว่า E-mail อาจส่งได้บนเครือข่ายอื่นนอกเหนือจากอินเทอร์เน็ตก็ตาม และข้อความของ E-mail บนอินเทอร์เน็ตจะประกอบไปด้วยส่วนหัวของข้อความที่ระบุว่าเอกสารส่งมาจากไหน ส่งให้ใคร เมื่อไร และตัวเนื้อหาของข้อความ ซึ่งข้อความ E-mail จะเกิดขึ้นโดยใช้โปรแกรมบนเครื่องหรือระบบของผู้ใช้และส่งไปยังบุคคลอื่น โดยโปรแกรมในการส่งที่มีมาตรฐานในการส่ง (Transfer protocol or standard) ข้อความ E-mail อาจเก็บเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic record) หรือพิมพ์ออกมา ซึ่งข้อมูลเหล่านี้สามารถทำซ้ำและส่งต่อไปอีกได้<sup>43</sup>

อย่างไรก็ดี การใช้ E-mail อาจมีปัญหาบางประการ คือในการขอใช้ E-mail บุคคลทุกคนสามารถสมัคร และได้รับ e-mail address และที่สำคัญที่สุดการให้ข้อมูลต่างๆ นั้น บุคคลสามารถกรอกข้อความที่ไม่ต้องตรงกับความเป็นจริงได้ เนื่องจากว่าผู้ให้บริการ Free e-mail ไม่มีการตรวจสอบข้อมูลของผู้สมัครกรอกในใบลงทะเบียนที่เรียกว่า Register ได้แต่อย่างใด และบุคคลคนเดียวก็สามารถขอ e-mail address ได้หลายชื่อในผู้ให้บริการเดียวกัน เพราะการให้ข้อมูลกับผู้ให้บริการ Free e-mail address อาจจะมีการปกปิดหรือให้ข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนด้วยเหตุผลบางประการ ดังนั้น เมื่อบุคคลสามารถที่จะมี e-mail address ได้หลายชื่อในเวลาเดียวกันทำให้เกิดปัญหาในการระบุตัวบุคคลว่า เจ้าของ e-mail address นั้นแท้จริงแล้วเป็นบุคคลใดกันแน่ ยิ่งในกรณีที่มีการติดต่อสื่อสารกันด้วย E-mail นั้นเป็นการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่ไม่เคยพบหน้ากันมา

<sup>42</sup> สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, *กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1)*. (2535), หน้า 39.

<sup>43</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, *กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*. (2542), หน้า 16.

ก่อน ในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ของบุคคลที่สาม (Third Parties) เข้ามารับรองความมีตัวตนของคู่กรณีที่มีการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการใช้เทคโนโลยีเข้ามาพิสูจน์เพื่อระบุตัวบุคคลที่เป็นคู่กรณีดังกล่าว ซึ่งก็คือ ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signature)<sup>44</sup>

ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ อาจเกิดขึ้นได้จากเทคโนโลยี 2 ประเภท

1) เทคโนโลยี PKI (Public Key Infrastructure) : ระบบกุญแจคู่ เป็นเทคโนโลยีดิจิทัลที่นำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาแปลงเป็นตัวเลข โดยอาศัยซอฟต์แวร์ และฮาร์ดแวร์สำหรับการสร้างลายมือชื่อดิจิตอล และนำไปใช้กับระบบกุญแจคู่ที่ประกอบด้วยกุญแจส่วนตัวและกุญแจสาธารณะ กุญแจส่วนตัวนั้นใช้ในการสร้างลายมือชื่อดิจิตัล และเมื่อส่งข้อมูลไปแล้ว ผู้รับข้อมูลจะใช้กุญแจสาธารณะในการตรวจสอบว่าเจ้าของลายมือชื่อดิจิตัลนั้นเป็นผู้ใด และน่าจะรวมถึงระบบการเข้ารหัสลับต่างๆ ด้วย<sup>45</sup>

2) เทคโนโลยีชีวภาพ (Biometrics) เป็นการใช้นวัตกรรมเทคโนโลยีเพื่อใช้ยืนยันตัวตนบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการยืนยันจากลายพิมพ์นิ้วมือ (Finger Print) หรือจากเสียง (Voice Print) กับลายมือชื่อของบุคคลนั้น แต่เทคโนโลยีประเภทนี้มีราคาค่อนข้างสูง และมีความซับซ้อนทางเทคนิคค่อนข้างมาก จึงทำให้เทคโนโลยีนี้ ยังไม่ค่อยได้รับความนิยมจากผู้ใช้อย่างที่ควร

- โทรเลข ซึ่งเป็นการทำโดยวิธีการเคาะคั้นเคาะเพื่อส่งกระแสไฟฟ้าในรูปของสัญญาณสั้น-ยาวสลับกันไปสัญญาณนี้จะวิ่งไปตามสายโทรเลข และในการส่งโทรเลข เจ้าหน้าที่ต้องจำรหัสของตัวอักษรและสระได้ทุกตัวเป็นอย่างดีจึงจะสามารถส่งโทรเลขได้ ต่อมาได้มีการนำเอารหัสสมอร์สมาประยุกต์ใช้ในการส่งสัญญาณไฟ โดยการเปิด-ปิดเป็นจังหวะสั้น ยาวสลับกันไป ถ้าเปิดไฟนาน แสงจากดวงไฟจะเรียกว่าแสงยาว ถ้าเปิดไฟในช่วงเวลาสั้นๆ แสงไฟจะเรียกว่า แสงดับ

- โทรพิมพ์ (telex) โทรพิมพ์เป็นบริการโทรเลขแบบหนึ่งที่ใช้กันอย่างกว้างขวาง ในวงการธุรกิจในกลางศตวรรษที่ผ่านมา เครื่องโทรพิมพ์จะมีระบบที่เรียกว่า “answerback” ซึ่งเป็นรหัสอักษรเลข (Alphanumeric code) ที่เครื่องเทอร์มินอล ซึ่งจะส่งไปโดยอัตโนมัติหรือตามที่ร้องขอไปยังเครื่องเทอร์มินอลอื่น โดยปกติแล้วการตอบกลับ (Answerback) ของเครื่องเทอร์มินอลจะสามารถสังเกตเห็นได้อย่างชัดเจน สัญญาณตอบกลับ (Answerback signal) ที่พิมพ์ลงบนใบเทเล็กซ์

<sup>44</sup> อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์.(2545), หน้า 49.

<sup>45</sup> สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล, ข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ สภานายความ ปีที่ 10, ฉบับที่ 37(เมษายน-พฤษภาคม 2545), หน้า 19.

จะเป็นหลักฐานว่าเครื่องได้ส่งเอกสารนั้นแล้วและเอกสารนั้นได้รับแล้ว แต่อย่างไรก็ดี อาจเป็นไปได้ที่สัญญาณตอบกลับดังกล่าวอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้

ข้อมูลที่ส่งโดยโทรพิมพ์จะมีเลขหน้าสำหรับการตรวจสอบ (Audit number) ที่ผู้ให้บริการ (Carrier) ใส่งไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะช่วยในการตรวจสอบว่าโทรพิมพ์ออกมาเหมือนกับตัวต้นฉบับจริงหรือไม่ หรือมีความถูกต้องแท้จริง (Authenticity) หรือไม่

โดยทั่วไปแล้ว โทรพิมพ์เป็นการติดต่อสื่อสารแบบ “Real-time” ซึ่งหมายความว่า การรับและการส่งโดยเครื่องเทอร์มินอลสามารถทำได้โดยตรงและทันที (เหมือนกับกรณีของ โทรศัพท) เมื่อไม่นานมานี้ มีการคิดค้นให้โทรพิมพ์สามารถทำงานได้เหมือนจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยให้ผู้ให้บริการโทรพิมพ์ (telex-carrier) ได้ใช้เทคนิคที่เรียกว่า “Store and forward” และใช้เครื่องคอมพิวเตอร์มาแทนเครื่องโทรพิมพ์แบบเดิม ซึ่งข้อมูลที่ส่งเข้าสามารถเก็บไว้ใน “Electronic Mailbox” หรือบนจานบันทึกของเครื่องคอมพิวเตอร์ (Computer Disk) ไว้ก่อน โดยไม่จำเป็นต้องพิมพ์ออกมาโดยทันที อย่างไรก็ตาม เครื่องโทรพิมพ์ก็ยังถือว่ามีประสิทธิภาพในการทำงานค่อนข้างล่าช้าและมีราคาแพงเมื่อเปรียบเทียบกับ การส่งข้อมูลโดยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ความนิยมจึงลดลง<sup>46</sup>

- โทรสาร (telecopy) เป็นรูปแบบหนึ่งของการส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต้องเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดโดยสหภาพโทรคมนาคมสากล (International Telecommunication Union: International Telegraph and Telephone Consultative Committee) เครื่องโทรสารที่เป็นที่นิยมส่วนใหญ่มักเป็นเครื่องโทรสารแบบตั้งโต๊ะ (Standard-alone machine) ที่สามารถเชื่อมต่อเข้ากับระบบโทรศัพท เครื่องโทรสารแบบเก่าจะใช้กระดาษเทอร์มอล (Thermal Paper) แต่ในปัจจุบันบางรุ่นจะใช้กระดาษธรรมดาได้ นอกจากนั้นยังสามารถติดตั้งระบบให้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่อง Fax/Modems เพื่อส่งและรับ โทรสาร ได้เช่นกัน

ข้อมูล โทรสาร ที่เข้าไม่จำเป็นต้องถูกพิมพ์โดยทันทีบนกระดาษ เครื่องโทรสารที่มีฟังก์ชันการทำงานซับซ้อนจะสามารถเก็บข้อมูลไว้ได้ชั่วคราวจนกว่าจะมีผู้ใช้ คำสั่งให้พิมพ์เอกสารดังกล่าวออกมา โทรสารที่รับโดยเครื่องคอมพิวเตอร์สามารถเก็บข้อมูลไว้ในจานบันทึกข้อมูล (Disk) แต่อย่างไรก็ดีข้อมูลดังกล่าวนี้จะเก็บไว้ในรูปของเอกสาร (Fax format) ข้อมูลที่เก็บในรูปแบบของโทรสารจะไม่เก็บไว้ในรูปของตัวอักษรเลข (Alphanumeric) แต่จะเก็บในลักษณะของรูปภาพที่มนุษย์สามารถอ่านได้ (Human Readable images)

<sup>46</sup> กฤษณะ ช่างกล่อม, กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์. (2542), หน้า 15.

เมื่อพิจารณาตามความหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดโดยกฎหมาย ต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แล้วสัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำกันในปัจจุบันมีก็ทำด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หลายชนิด ได้แก่สัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำโดยทางโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสาร ซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อ 2.2.1 2) สื่อเหล่านี้เกิดขึ้นจากวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่โดยปกติแล้วจะมีการพิมพ์ออกมาให้อยู่ในรูปของกระดาษ การทำสัญญาอนุญาตตุลาการผ่านสื่อที่กล่าวมานี้เป็นที่ยอมรับของกฎหมายอนุญาตตุลาการหลายฉบับ

นอกจากนี้ ในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการในทางปฏิบัติ ยังมีสัญญาที่ทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์อย่างอื่น แต่ไม่ได้อยู่ในรูปที่เป็นกระดาษ เช่น EDI จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เป็นต้น การทำสัญญาอนุญาตตุลาการโดยใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์อาจทำได้โดย การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์ไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะใช้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท โดยเขียนข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แล้วอีกฝ่ายตอบกลับมาโดยทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน หรืออาจเป็นในลักษณะของการส่ง จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วแนบไฟล์ (attachment) ที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการมาตรฐาน (standard arbitration clause) เช่น ในลักษณะ ข้อกำหนดและเงื่อนไข (Terms and Conditions) หรือ ข้อกำหนดการใช้ (Condition of Use) ซึ่งในเอกสารนั้นมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั้นอยู่ ก็เป็นการทำสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

การทำสัญญาอนุญาตตุลาการ โดยทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์อาจทำได้โดย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปให้คู่สัญญาอีกฝ่าย แล้วในจดหมายดังกล่าวอ้างถึงแบบฟอร์มมาตรฐาน เช่น Gencon Charter Party ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ในเอกสารนั้น

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามที่กำหนดในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้นอกจากสิ่งที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจเป็นอย่างอื่นได้อีก และสัญญาอนุญาตตุลาการ อาจทำได้โดยผ่านสื่ออย่างอื่น ได้อีกด้วย เช่น ในเว็บไซต์ที่ใช้ในการซื้อขายผ่านทางอินเทอร์เน็ต เช่น Amazon.com นอกจากมีช่องให้ผู้ประสงค์จะซื้อสินค้ากรอกข้อความเกี่ยวกับประเภทของสินค้า จำนวนสินค้า ชื่อและที่อยู่ของผู้ซื้อ และหมายเลขบัตรเครดิต ของผู้ซื้อแล้ว ตามปกติด้านล่างของเว็บเพจ จะมี “ข้อกำหนดของการใช้” (Condition of Use) และในข้อกำหนดดังกล่าวจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ซึ่งอาจเป็นการอนุญาตตุลาการ โดยเจ้าของเว็บไซต์ได้แสดงความประสงค์เอาไว้ว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น เกี่ยวกับสินค้าที่ซื้อจากเว็บไซต์นี้จะใช้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ซึ่งอาจเขียนไว้ดังนี้

## “DISPUTES

Any dispute relating in any way to your visit to Amazon.com or to products you purchase through Amazon.com shall be submitted to confidential arbitration in Seattle, Washington, except that, to the extent you have in any manner violated or threatened to violate Amazon.com's intellectual property rights, Amazon.com may seek injunctive or other appropriate relief in any state or federal court in the state of Washington, and you consent to exclusive jurisdiction and venue in such courts. Arbitration under this agreement shall be conducted under the rules then prevailing of the American Arbitration Association. The arbitrator's award shall be binding and may be entered as a judgment in any court of competent jurisdiction. To the fullest extent permitted by applicable law, no arbitration under this Agreement shall be joined to an arbitration involving any other party subject to this Agreement, whether through class arbitration proceedings or otherwise” (ภาคผนวก ก)

และในการซื้อสินค้า หากผู้ซื้อได้กรอกข้อความแสดงความจำนงที่จะซื้อสินค้าตามที่ประสงค์แล้ว จะมีปุ่มกด (button) ว่า “agree” ซึ่งเป็นการแสดงถึงว่ายอมรับข้อกำหนดต่างๆ ที่เว็บไซต์ได้สร้างขึ้นมาและรวมถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการดังกล่าวด้วย การทำสัญญาอนุญาตตุลาการในลักษณะดังกล่าวเป็นวิธีที่ทำการกันเป็นปกติในปัจจุบัน

นอกจากการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) ขณะนี้ได้มีการทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์ที่เรียกว่า m-commerce ต่อไปในอนาคตอาจมีการทำสัญญาผ่านมือถือ โดยอาจเป็นการส่งข้อความสั้น (SMS) หรือสื่อผสม (MMS) และสำหรับโทรศัพท์ในรูปแบบของ Pocket Pc ก็อาจทำธุรกรรมโดยแนบไฟล์ (attachment) ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ในเอกสารแนบก็ได้

แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่สัญญาอนุญาตตุลาการในรูปอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นหลังจากที่กฎหมายหลายฉบับบัญญัติขึ้นแล้ว ซึ่งมักเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นสำหรับข้อตกลงที่ทำบนกระดาษ และกระดาษและสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีความแตกต่างกันในหลายๆด้าน เช่น ความน่าเชื่อถือของเอกสาร การระบุตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของเอกสาร เป็นต้น จึงทำให้บางครั้งเกิดความคิดว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ไม่ได้ทำให้เกิดวิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมที่ก่อให้เกิดบันทึก ซึ่งเป็นความคิดที่ไม่ถูกต้อง เพราะหากว่าได้มีการใช้กระบวนการที่เหมาะสม จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก็สามารถที่จะสร้างบันทึกที่น่าเชื่อถือเท่าๆ กับจดหมาย โทรสาร หรือวิธีการส่งอื่นๆ อันที่จริง วิธีการทางเทคนิคหรือกระบวนการในการปฏิบัติการที่ใช้เป็นปกติในบริษัทได้สร้างบันทึกของการสื่อสารจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่เชื่อถือได้ มีการวิเคราะห์ซึ่งแสดงว่า ระบบจดหมาย

อิเล็กทรอนิกส์ที่ทำให้เป็นผลและปฏิบัติอย่างเหมาะสมอาจสร้างข้อมูลที่สมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักฐาน<sup>47</sup>

และเพื่อที่จะให้เป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ เอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีการระบุถึงคู่สัญญา เกี่ยวกับข้อตกลงนั่นเอง เช่น คำเสนอและคำสนอง สาระของข้อตกลง เช่น ข้อกำหนดเฉพาะ และข้อกำหนดทั่วไป ข้อมูลเหล่านี้ ต้องเก็บในวิธีการที่สามารถให้เข้าถึงได้สำหรับการอ้างอิงต่อมา และการยอมรับในฐานะเป็นหลักฐาน หรือพูดได้ว่า ข้อมูลนี้ ต้องเก็บโดยใช้เทคโนโลยีที่ยอมรับสิ่งที่มีอายุยาวนาน และไม่มีความเสี่ยงที่ร้ายแรงของการเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่เก็บไว้ เหมือนกับวิธีที่จะทำให้เอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นยากที่จะปลอมเหมือนกับเอกสารที่เป็นกระดาษ ตัวอย่างเช่น สื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็คือแผ่นกระดาษที่มองไม่เห็น บนเอกสารที่มองไม่เห็น การใช้บันทึกที่เป็นไซเบอร์ และในบางสถานการณ์ ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่รับรองผู้เขียน และสาระของข้อความ กระบวนการทำงานตามปกติ เช่น ไฟล์สำรองข้อมูล ที่ทำโดยบริษัทใหญ่ๆ จะมีบันทึกข้อมูลที่เชื่อถือได้ของการสื่อสารทางอีเมล<sup>48</sup>

นอกจากนั้น ตามที่กล่าวข้างต้นว่า จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ จะมีสิ่งที่รับประกันตัวบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกสาร ก็คือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการก็อาจมีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยปกติแล้วจะเป็นลายมือชื่อดิจิตอลที่สร้างขึ้น โดยใช้เทคโนโลยีकुญแจคู่

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะได้ขยายตัวอย่างมาก แต่อาจมีปัญหาในการยอมรับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในและระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายหลายฉบับบัญญัติขึ้น ในขณะที่การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ยังไม่เจริญเท่าในปัจจุบัน และบัญญัติขึ้นบนพื้นฐานของสิ่งที่ทำลงบนกระดาษ โดยเฉพาะอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ที่ไม่ได้รวมข้อตกลงที่ได้บันทึกโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ในความเห็นทางเทคนิคยากที่จะเห็นความแตกต่างอย่างมากระหว่างโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสารและจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เพราะสำหรับแต่ละเทคโนโลยี ข้อมูลสามารถเปลี่ยนให้อยู่ในรูปดิจิตอล ส่งผ่านโดยเครือข่ายของการสื่อสารทางโทรคมนาคม แล้วเปลี่ยนให้อยู่ในรูปแบบที่มนุษย์อ่านได้ ความแตกต่างอย่างเดียวในขณะรับคือว่าโทรเลขและ โทรพิมพ์มักจะพิมพ์ออกมาเสมอๆ แต่โทรสารจะพิมพ์ออกมาแต่ไม่บ่อยนัก และจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะถูกพิมพ์ออกมาเมื่อผู้รับต้องการให้พิมพ์ และมีความแตกต่างในการส่งคือว่า แฟกซ์มักจะทำจากการเขียนปกติ แต่ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข และโทรพิมพ์

<sup>47</sup> Richard Hill On-line Arbitration: Issues and Solutions,[1] (1998), pp. 1-8.

<sup>48</sup> Thomas SCHULTZ Online Arbitration: Binding or Non-Binding? [on line]



จะมีลักษณะเฉพาะว่าในขณะที่ส่งพวกเขาไม่ต้องการทำจากการเขียนปกติ และสำเนาของการส่งได้ทำขึ้นพร้อมๆกับการส่งนั่นเอง ความแตกต่างอีกอย่างคือ ตัวสำเนามักจะทำขึ้นสำหรับ โทรเลข โทรพิมพ์ แต่สำหรับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จะทำเมื่อผู้ส่งต้องการ<sup>49</sup>

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีคดีตัวอย่างที่ศาลไม่ยอมรับสัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น คดีที่เกิดในประเทศนอร์เวย์ Halogaland Court of Appeal, 16 August, 1999 (Stockholm Arbitration Report, (1999), Vol 2, at 121) ศาลพิจารณาว่า สัญญาที่ได้กระทำโดยการโต้ตอบทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้อ้างถึง สัญญาเช่าเรือ Gencon ไม่ได้ทำให้เกิดสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรตามความหมายของ มาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ศาลสรุปว่า การโต้ตอบทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์พร้อมด้วยสำเนาของ สัญญาเช่าเรือ Gencon ซึ่งไม่ได้ถูกลงนาม ไม่สามารถเป็น “สิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นพื้นฐานเพื่อการปกป้องทางกฎหมายที่กำหนดขึ้น โดยอนุสัญญา<sup>50</sup>

และในอีกคดีหนึ่ง ได้แก่ เกิดที่สหรัฐอเมริกา ระหว่าง Campbell v. General Dynamics (1<sup>st</sup> Cir 05/23/2005) ฝ่าย Campbell ได้ฟ้องผู้ว่าจ้าง โดยอ้างว่า มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีอำนาจภายใต้ Americans with Disabilities Act (ADA) ศาลชั้นต้นได้ปฏิเสธการกระทำของผู้ว่าจ้างที่จะใช้สัญญาตุลาการ และศาล 1<sup>st</sup> Circuit ยืนตาม ในคดีนี้ ผู้ว่าจ้างได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ให้แก่ผู้รับจ้างด้วยการแนบเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาตุลาการอยู่ด้วย ผู้ว่าจ้างคาดหวังให้ ผู้รับจ้าง “ยอมรับ” สัญญาโดยการทำงานต่อ ศาลพิจารณาว่า “the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign Act), Pub.L. No. 106-229, 114 Stat. 464(2000) (codified and 15 USC Sections 7001-7031) ชัดเจนว่า สัญญาที่จะใช้สัญญาตุลาการไม่สามารถถูกบังคับภายใต้ ADA ได้ เพราะผู้ประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้เลือกที่จะใช้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในฐานะเป็นสื่อของการทำสัญญา” และศาลได้อธิบายว่า “โดยถ้อยคำธรรมดาของกฎหมาย E-sign Act ห้ามการตีความใดๆ ของ บทบัญญัติเรื่องลายลักษณ์อักษร ของ FAA ที่จะให้สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์บนพื้นฐานเพียงแค่ว่าอยู่ในรูปอิเล็กทรอนิกส์” สุดท้าย ศาลได้เน้นไปที่ ADA มาตรา 513 และตัดสินใจว่าข้อตกลงอนุญาตุลาการ ไม่ “เหมาะสม” เพราะจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ผู้รับจ้างรับรู้ตัวอย่างพอเพียงถึงเอกสารที่แนบนั้น ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตุลาการอยู่ด้วย

ด้วยเหตุที่การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เจริญก้าวหน้ามากขึ้น และสัญญาอนุญาตุลาการก็ทำในรูปอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น ทำให้กฎหมายที่ใช้อยู่เดิมล้ำสมัย UNCITRAL

<sup>49</sup> Richard Hill *On-line Arbitration: Issues and Solutions*, [1](1998), pp. 1-8

<sup>50</sup> ดู Document A/CN.9/WG.II/WP.139

โดยคณะทำงาน (Working Group II (Arbitration and Conciliation)) ได้พิจารณาปัญหาของมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ มีความเห็นว่า เพื่อที่จะสนับสนุนการใช้อิเล็กทรอนิกส์ในการค้าระหว่างประเทศ และปล่อยให้ คู่สัญญาที่มีอิสระที่จะใช้อุญาโตตุลาการในขอบเขตของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จึงมีข้อตกลงใน คณะทำงานว่า มาตรา II(2) ควรตีความอย่างกว้างให้รวมถึงการสื่อสารโดยวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งหลังจากที่ได้หารือกัน คณะทำงานก็ให้ฝ่ายเลขานุการเตรียมร่างเอกสารที่ ยืนยันว่ามาตรา II(2) ของอนุสัญญาควรตีความให้รวมถึงการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่ กำหนดไว้โดยมาตรา 2 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย<sup>51</sup> และในขณะนี้ อยู่ระหว่างการดำเนินงานของคณะทำงาน

ในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่สามารถตีความให้หมายถึงสัญญา อนุญาโตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ เช่น German Arbitration Act (§ 1031(1)) English Arbitration Act (Sect 5(6)) และ Swiss Federal Private International Law มาตรา 178 (1) และมี กฎหมายที่เขียนรองรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้ชัดเจน กล่าวคือ ใน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของสเปน ค.ศ. 2004 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 9 สรุปได้ว่า เมื่อ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการปรากฏและสามารถยืนยันได้ด้วยข้อความในภายหลังในรูปแบบทางของ อิเล็กทรอนิกส์ ออพติคัล หรือรูปแบบอื่นใดก็เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกัน และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยก็ได้ยอมรับสัญญา อนุญาโตตุลาการที่ทำโดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ว่าเป็นสัญญา อนุญาโตตุลาการที่มีผลใช้ได้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติขึ้นเมื่อไม่นานมา นี้ หลายฉบับ ก็ได้ให้ความสำคัญกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ และได้รองรับ โดยชัดเจน

กฎหมายต้นแบบด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ มาตรา 7(2) ซึ่งในวรรคแรก จะเขียนว่า “other means of telecommunication which provide a record of the agreement” ซึ่งสามารถตีความรวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในรูปอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่

<sup>51</sup> ดู Document A/CN.9/468 para. 106

\* Spain Arbitration Act 2003 Article 9 3.”The arbitration agreement shall be verifiable in writing, in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telegrams, telex, fax or any other means of telecommunications that provides a record of the agreement. This requirement shall be satisfied when the arbitration agreement appears and is accessible for its subsequent consultation in an electronic, optical or any other type of format.

อย่างไรก็ดี สื่อที่เป็นกระดาษและสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีความแตกต่างกันในลักษณะพื้นฐานหลายอย่างตามที่ได้กล่าวข้างต้น เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความ กฎหมายต้นแบบควรเขียนรองรับสัญญาประเภทนี้ให้ชัดเจน

### 2.2.2 สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา

ในสัญญาโดยทั่วไป การทำสัญญาด้วยวาจาก็ผูกพันคู่สัญญาได้ เว้นแต่กฎหมายต้องการให้ทำสัญญานั้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือคู่สัญญาตกลงกันว่าจะไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจนกว่าจะมีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>52</sup> การยอมรับสัญญาโดยวาจาได้ตอบรับความต้องการในทางปฏิบัติทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ เห็นได้ชัดเจนใน United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG) สัญญาซื้อขายไม่จำเป็นต้องทำสัญญาหรือมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ได้อยู่ภายใต้บทบัญญัติใดๆ เกี่ยวกับรูปแบบ สัญญาอาจพิสูจน์ด้วยวิธีใดก็ได้ รวมถึงพยานบุคคลด้วย (informality principle)<sup>53</sup> สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) คู่สัญญาอาจตกลงกันด้วยวาจาให้ข้อพิพาทระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการก็ได้ และข้อตกลงด้วยวาจานั้นก็สมบูรณ์<sup>54</sup> แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก และกฎหมายต้นแบบแล้ว ในกรณีที่จะต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการทำด้วยวาจาก็ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

มีคดีที่ศาลยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา ได้แก่ คดี *Bundesgerichtshof*<sup>55</sup> ในข้อพิพาทระหว่างบริษัทสิ่งทอของออสเตรีย และตัวแทนของบริษัทชาวเยอรมัน ศาลบังคับตามคำชี้ขาด

<sup>52</sup> Ronald A. Anderson, Ivan Fox, David P. Twomey, Marianne M. Jennings, Peter S. Smith, *Business Law and the Legal Environment*, (Seventeenth Edition, 1999), p. 300.

<sup>53</sup> Article 11 “A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

<sup>54</sup> Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.146.

<sup>55</sup> Bolaji Owasanoye *Dispute Resolution Mechanisms and Constitutional Rights in Sub-Saharan Africa* (Article Reference: Document No.14, Chapter 2, March 2001), p. 2.

<sup>56</sup> W. Laurence Craig, William W. Park, and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, second edition (New York: Oceana, 1990), p. 79

ของอนุญาโตตุลาการซึ่งมีพื้นฐานมาจากข้อตกลงใ้ช้อนุญาโตตุลาการโดยวาจาใน Vienna ซึ่งศาลกล่าวว่า มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาสมบูรณ์ (a valid verbal arbitration agreement) คดีนี้อยู่ภายใต้กฎหมายเยอรมันที่อนุญาตให้ทำข้อตกลงด้วยวาจาระหว่างพ่อค้าด้วยกันในกรอบของธุรกรรมทางพาณิชย์<sup>56</sup>

นอกจากนั้น ในการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญาจะถูกถือว่าคุ้นเคยกับประเพณีทางการค้าอยู่แล้ว เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในความสัมพันธ์ทางการค้าดั้งเดิมที่ว่าคู่สัญญาจะมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจยาวนาน และได้ทำสัญญาเป็นชุดที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเดียวกัน หรืออ้างถึงเงื่อนไขมาตรฐานของสัญญาฉบับเดียวกัน ภายใต้สถานการณ์เหล่านี้ สามารถสันนิษฐานได้ว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ ถึงแม้ว่าสัญญาฉบับหนึ่งในชุดของสัญญานั้นได้ทำขึ้นด้วยวาจา และอาจสันนิษฐานได้มากกว่านั้นอีกว่า มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ในกรณีที่ในชุดของสัญญามีหนึ่งฉบับที่ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่เลย<sup>57</sup>

แต่อย่างไรก็ดี ความขัดแย้งระหว่างความต้องการในทางปฏิบัติและความเคร่งครัดของข้อตกลงในเรื่องรูปแบบสมบูรณ์ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอกภาพระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการก็มีปัญหา ทั้งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและกฎหมายต้นแบบก็ไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา เนื่องจากความจำเป็นที่จะให้คู่สัญญาได้รับรู้ถึงการไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่เป็นผลมาจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ต้องการการตอบรับเป็นหนังสือจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อย<sup>58</sup>

นอกจากนั้น กฎหมายภายในมักจะไม่นยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาให้มีผลใช้ได้ ด้วยเหตุที่ว่าไม่ใช่เรื่องปกติที่เกิดขึ้นในสังคมพาณิชย์สมัยใหม่ ซึ่งความมีอยู่และความมีผลของสัญญาข้อมเป็นที่น่าสนใจ เช่น ในคดี E Turner & Sons Ltd V. Maltind Ltd (1985) Const. L.J. 173 ศาลพบว่าไม่มีคำเสนอและคำสนอง<sup>59</sup> และตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษมีความเป็นไปได้ที่จะมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาในระบบกฎหมายจารีตประเพณี แต่

<sup>56</sup> Mauro Rubino-Sammatano, *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 208.

<sup>57</sup> Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.147.

<sup>58</sup> Ibid., p.147.

<sup>59</sup> David St.John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21st Edition (London: Maxwell,1997), p. 52.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษใช้กับเฉพาะสัญญาลายลักษณ์อักษรเท่านั้น (มาตรา 5) อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ ได้ขยายไปถึงวิธีการในทางปฏิบัติโดยมาตรา 5 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ คู่สัญญาตกลงกันเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร กระบวนการดังกล่าวก็ใช้ได้ ถึงแม้ว่าข้อตกลงระหว่างคู่สัญญานั้นเองไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น ในสถานการณ์ที่มีการเจรจาสำหรับการกู้เรือระหว่างเรือ 2 ลำ โดยใช้เงื่อนไขตามมาตรฐาน Lloyd ไม่น่าจะเป็นไปได้ที่สัญญาตามความเป็นจริงจะถูกเปลี่ยนไปเป็นรูปแบบลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ดีคือองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการตามเงื่อนไขนั้นก็ยังมีผลใช้ได้<sup>60</sup>

อย่างไรก็ดี สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาก็ได้รับการยอมรับจากกฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่เหมือนกับกรณีทั่วไปที่ต้อง ทำเป็นลายลักษณ์อักษร อาจทำโดยวาจาหรือโดยประเพณีก็ได้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของ สวีเดน ไม่ได้กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของนิวซีแลนด์ ค.ศ. 1996 ที่ยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย วาจาด้วย<sup>61</sup> นอกจากนี้ ตามอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา 1961<sup>62</sup> ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่ได้ทำตามกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น จึงรวมถึงสัญญาโดยวาจาดังนี้

กฎหมายโครเอเชียได้กล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา เป็นการขยายความครั้ง สำคัญในเรื่องของรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อาจพบในมาตรา 6 (3)2 การเริ่มต้นของ มาตรานี้คือ “อาจถือได้ว่าเป็นลายลักษณ์อักษร” ถ้า “หลังจากมีสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา แล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรถึงอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอ้างถึงสัญญา อนุญาโตตุลาการก่อนหน้านี้ และอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านในเวลาอันควร อันถือได้ว่าเป็นการตอบรับคำ เสนอตามปกติประเพณี” ความสำคัญของวรรคนี้ได้แก่ การถือได้ว่าเป็นตัวอย่างหนึ่งของรูปแบบที่ สมบูรณ์ ซึ่งมีค่าเท่ากับเป็นสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรดั้งเดิม ความตั้งใจก็คืออยากจะทำให้ครอบคลุมถึง

<sup>60</sup> Gary Slapper, David Kelly, *English Law*, (London: Cavendish, 2000), p. 661-662.

<sup>61</sup> Per Runeland, *International Commercial Arbitration: The Arbitration Agreement*, (2004), p. 3.

<sup>62</sup> International Council for Commercial Arbitration *Uncitral's Project for A Model Law on International Commercial Arbitration*, (1984), p. 58.

การยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำด้วยวาจาว่าเพียงพอที่จะได้รับพิจารณาว่าเป็นรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์<sup>63</sup>

ตามกฎหมายโครเอเชียซึ่งบังคับใช้ในปี 2001 ก็ได้แสดงให้เห็นว่า ให้ความสำคัญกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำด้วยวาจามากขึ้น ซึ่งอาจเป็นแนวโน้มใหม่ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่อไป

สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาไว้ชัดเจนเหมือนกับประเทศโครเอเชียแต่มาตรา 11 มีหลักว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญา ดังนั้น หากสัญญาอนุญาโตตุลาการทำด้วยวาจา โดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อคู่สัญญาก็ไม่อยู่ในคำจำกัดความดังกล่าว และไม่อาจใช้บังคับได้ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย

### 2.2.3 สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย

ตามปกติสัญญาถูกทำขึ้น โดยชัดแจ้งจากเจตนาของคู่สัญญาแต่บางกรณีอาจเกิดโดยปริยายก็ได้<sup>64</sup> โดยทั่วไปไม่มีระบบไหนเลยที่ให้การนิ่งของผู้รับคำเสนอถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอ ผู้เสนออาจไม่กำหนดความรับผิดชอบตามสัญญาขึ้นอยู่กับเพียงแค่ว่าการนิ่งของอีกฝ่ายถือเป็นการยินยอม แต่อาจมีข้อยกเว้นในบางกรณี เช่น เมื่อคู่สัญญาได้เจรจากันในสาระแล้ว และผู้รับคำเสนอก็ได้สนับสนุนการกระทำ การนิ่งต่อมาของเขาก็น่าจะเป็นการตอบรับแล้ว ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีกฎหมายที่ได้บัญญัติถึงกฎทั่วไปที่ว่าหากผู้รับคำเสนอไม่ได้บอกปิดคำเสนอภายในเวลาอันควรจะถือว่าได้ผูกพันตามสัญญานั้นแล้ว หากว่าเป็นกรณีปกติในการทำธุรกรรมนั้นว่าไม่ต้องมีการตอบรับโดยชัดแจ้งก็ได้<sup>65</sup>

สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เช่นเดียวกันต้องมีคำเสนอ คำสนอง แต่บางครั้งแม้ไม่มีคำสนองโดยแจ้งชัด แต่มีการกระทำบางอย่างที่ถือเป็นการตอบรับคำเสนอแล้ว ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการ มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการ หรือร้องคัดค้าน

<sup>63</sup> Alan Uzelac, *ISSUE OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far Should We Go?* (2001), p. 17.

<sup>64</sup> G.H. Treitel, *The law of contract*, 4th edition (1975), p. 7.

<sup>65</sup> Rudolf B. Schlesinger, *Formation of Contracts : A study of Common Core of Legal Systems* (Volume 2) (1986).

อำนาจของศาลว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะตัดสินสาระแห่งคดี<sup>66</sup> ยอมรับการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการโดยบุคคลฝ่ายอื่น ส่งเอกสารสำหรับการแต่งตั้ง<sup>67</sup>

ในทางปฏิบัติ เนื่องจากส่วนใหญ่แล้วกฎหมายอนุญาโตตุลาการทั้งระหว่าง ประเทศและภายใน ได้บัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นสัญญา อนุญาโตตุลาการโดยปริยาย จึงมีกรณีที่ศาลทั้งยอมรับและไม่ยอมรับ ตัวอย่างเช่นในคดี *Butera v Pagnan* (วันที่ 18 กันยายน 1978) ที่เกิดขึ้นที่ Italian Supreme Court ผู้ซื้อได้ส่งใบยืนยันการซื้อขาย ที่ไม่ได้ลงนามไปให้แก่ผู้ขายซึ่งได้ลงนามและส่งกลับ เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นผู้ขายและผู้ซื้อได้ตั้ง อนุญาโตตุลาการที่ ลอนดอน ตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในใบยืนยัน หลังจากนั้น ผู้ซื้อได้ เสนอคดีต่อศาลอิตาลี ในการสนับสนุนการกระทำนี้ ผู้ซื้อได้ยื่นใบยืนยันการซื้อขายซึ่งถูกลงนาม โดยผู้ขายฝ่ายเดียวด้วย ศาลสูงอิตาลี ได้ปฏิเสธข้อคัดค้านของผู้ขายเกี่ยวกับเรื่องอำนาจของศาล โดยมีเหตุผลว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในใบยืนยันการซื้อขาย ศาลโต้แย้งว่าใบยืนยันต้องถูกลงนาม โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อที่จะให้สมบูรณ์ตามมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ซื้อได้ตั้งอนุญาโตตุลาการและเขาได้ยื่นใบยืนยันการซื้อขาย ในความเห็นของศาล ไม่อาจเยียวยาการไม่สอดคล้องกับมาตราดังกล่าวได้<sup>68</sup>

คำตัดสินของศาลดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ไม่น่าพึงพอใจ เพราะผู้ซื้อ ได้เสนอให้มีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งข้อเสนอ นั้นได้รับการตอบรับโดยผู้ขายแล้ว และได้ตั้ง อนุญาโตตุลาการแล้วด้วย เขาไม่ควรได้รับอนุญาตให้กระทำโดยไม่มี ความแน่นอน และหลังจาก นั้นเขาก็เริ่มกระบวนการต่อศาลเพราะเชื่อว่ากระทำแบบนั้นจะทำให้ตนได้เปรียบ

แต่ก็มีหลายๆคดี ที่ศาลได้ตัดสินไปในทิศทางอื่น เช่น มีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้น ที่ศาลอุทธรณ์ของ Hamburg เป็นคดีพิพาทระหว่าง ผู้ซื้อชาวอังกฤษ และผู้ขายชาวเยอรมัน ซึ่งผู้ซื้อ ได้ฟ้องผู้ขายต่อศาลอุทธรณ์ของ Hamburg ฝ่ายเยอรมันได้ร้องว่าศาลดังกล่าวไม่มีอำนาจเนื่องจากมี ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการที่ลอนดอน ซึ่งปรากฏในใบยืนยันการ ซื้อขาย ที่ได้ตอบกันระหว่างคู่สัญญา หลังจากที่ ฝ่ายอังกฤษได้เริ่มคดีต่ออนุญาโตตุลาการ ฝ่าย

<sup>66</sup> Albert Jan van den Berg , *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p.182.

<sup>67</sup> Mauro Rubino-Sammattano, *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 210.

<sup>68</sup> Albert Jan van den Berg , *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 182-183.

เยอรมันก็ได้เข้าร่วม และฝ่ายอังกฤษขอศาลเยอรมันบังคับตามคำชี้ขาดให้ ตอนนี้อยู่ฝ่ายเยอรมันได้คัดค้านการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดโดยอ้างว่าฝ่ายอังกฤษไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการทั้งตัวจริงและต้นฉบับ ตามมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าเป็นไปตามมาตรา II(2) แล้วเนื่องจาก ใบยืนยันการซื้อขายถูกลงนามและส่งกลับ<sup>69</sup> และมีข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายเยอรมันได้เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาตตุลาการแล้ว

ตามข้อสังเกตเพิ่มเติมของศาลว่า ตามข้อตกลงอนุญาตตุลาการ การเรียกร้องในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการโดยคู่สัญญาฝ่ายเยอรมันเป็นสิ่งที่ไม่ตรงกับความคิดของเขาในขณะที่เขาคัดค้านอำนาจของศาลชั้นต้น Hamburg นอกจากนี้ ศาลได้สังเกตว่าฝ่ายเยอรมันได้กล่าวในจดหมายว่าข้อพิพาทควรระงับไปโดยอนุญาตตุลาการ

ประธานของ ศาลชั้นต้นดัชต์ ได้ปฏิเสธการเรียกร้องถึงความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ผู้พิพากษาได้กล่าวว่าจากรายงานการพิจารณาของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ซึ่งฝ่ายจำเลยได้รับการช่วยเหลือจากทนายความ ปรากฏว่าทั้งจำเลยและทนายความของเขาไม่ได้ปฏิเสธรูปแบบหรือสาระของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ศาลตัดสินว่า "... ในขณะนี้ มากกว่า 2 ปี หลังจากการพิจารณา...ฝ่ายจำเลยถูกปิดปากสำหรับสิทธิที่จะคัดค้านความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการแล้ว..."<sup>70</sup>

นอกจากนั้น ในปี 1995 มีคดีที่เกิดขึ้นในฮ่องกง ได้แก่ คดี China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v Gee Tai Holdings Co.Ltd [1995] ซึ่งคู่สัญญารับรู้ว่าจะมีอะไรผิดปกติก่อนเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการ แต่ไม่ได้แสดงการยอมรับเป็นทางการเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการและได้ดำเนินกระบวนการต่อไปเกี่ยวกับสาระของคดี ศาลตัดสินว่าจำเลยถูกปิดปากจากการกล่าวอ้างว่าคณะอนุญาตตุลาการได้ตั้งขึ้นมาไม่ถูกต้อง ในฐานะเป็นเหตุที่จะคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาด

ศาลฮ่องกงได้ใช้หลักกฎหมายปิดปากเช่นเดียวกับคดีก่อน ในการตัดสินว่าคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการควรถูกบังคับหรือไม่ ศาลได้คำนึงถึงปัญหาของการถูกปิดปากในฐานะที่เป็นหลักพื้นฐานของ ความสุจริต ที่อยู่เหนือความเป็นรูปแบบ<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Ibid., p.183.

<sup>70</sup> Ibid., p. 183-184.

<sup>71</sup> Teresa Cheng, *Experience in Enforcing Arbitral Awards in Asia – A Hong Kong Perspective*, (2000), p.5.



เมื่อพิจารณาตาม ICC Arbitration Rules ก็อาจถือได้ว่าช่องโหว่ในเรื่องรูปแบบในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจเยียวยาได้โดยข้อเท็จจริงง่าย ๆ ว่าคู่สัญญาได้เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจริงใน ICC Arbitration ภายใต้ มาตรา 7 ของกฎเกณฑ์ความไม่เพียงพอทางรูปแบบหรือแม้แต่ความไม่มีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อาจไม่มีปัญหา ก็ได้ ถ้าจำเลยให้การโดยไม่ได้คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะใช้อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดที่ตามมาก็ไม่อาจเข้าสู่การปกป้องของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้โดยไม่คำนึงถึงการเข้าร่วมของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ภายใต้ระบบ ICC การลงนามใน Terms of Reference อาจพอเพียงสำหรับการมีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร แล้ว

บางครั้งสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายอาจเกิดจากการขยายสัญญาทางธุรกรรมที่หมดอายุไปแล้วก็ได้ ประเด็นว่าข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรอาจขยายอย่างสมบูรณ์ไปโดยไม่มีสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับการนี้โดยเฉพาะได้หรือไม่ District Court of Yokohama จัดการกับปัญหานี้ในคดีปี 1980 คดีระหว่าง Kabushikin Kaisha Ameroido Nihon v. Drew Chemical Corp. 1981 ที่ผู้แทนจำหน่ายชาวญี่ปุ่น ฟ้องบริษัทเคมีของ American สำหรับการยุติสัญญาโดยไม่ชอบ จำเลยชาวอเมริกา ร้องว่าควรยกฟ้องคดีนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำควรได้รับการพิจารณาในอนุญาโตตุลาการที่ ICC Arbitration ที่นิวยอร์ก ศาล Yokohama เห็นด้วยกับคู่สัญญาชาวอเมริกา ในการตัดสินใจว่า จริงๆ แล้ว ICC arbitration เป็น forum ที่เด็ดขาด ศาลญี่ปุ่นได้ตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่า มีการตกลงกันอีกครั้งโดยปริยายที่จะใช้อนุญาโตตุลาการ โดยไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากข้อตกลงดั้งเดิมได้หมดอายุไปแล้วแต่คู่สัญญาได้ติดต่อกิจกันต่อมาภายใต้เงื่อนไขเดิม ศาลตัดสินว่าด้วยเหตุที่การขยายไปโดยปริยานั้นสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (กฎหมายของนิวยอร์ก) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจึงสามารถบังคับได้ภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก<sup>72</sup> เป็นอีกคดีหนึ่งที่ศาลได้ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นโดยปริยาย

ในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยปริยายได้รับการยอมรับ ในเวลาที่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น ในประเทศเยอรมนี นอกจากมีบทบัญญัติว่าจำเป็นต้องมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร ก็มีอีกบทบัญญัติหนึ่งที่ว่า

<sup>72</sup> W. Laurence Craig, William W. Park, and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, second edition (1990), p. 79.

ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรก็อาจได้รับการเยียวยาได้หากคู่สัญญาปรากฏในการพิจารณาตัดสิน<sup>\*</sup>

ในกฎหมายต้นแบบ มาตรา 7(2) ก็ได้กำหนดว่า ในกรณีที่มีการร้องขอและการโต้แย้ง หากการมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้มีการกล่าวอ้างโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้คัดค้าน ก็อาจถือได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีอยู่จริงแล้ว กรณีนี้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยปริยาย แต่กฎหมายบัญญัติให้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร ความมุ่งหมายที่แท้จริงก็เพื่อให้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ได้เหมือนกัน

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศโครเอเชียก็เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ไต่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย มาตรา 6 (8) ซึ่งสรุปได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าสมบูรณ์ หากฝ่ายหนึ่งยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ และอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในคำคัดค้านล่าสุดของเขาที่เขาได้ตั้งประเด็นเกี่ยวกับสาระของข้อโต้แย้งนั้น กรณีนี้กฎหมายได้กล่าวถึงความเป็นไปได้ของการอนุญาโตตุลาการที่เกิดโดยการกระทำในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้ง โดยคล้ายกับบทบัญญัติในกฎหมายต้นแบบ มาตรา 7(2) แต่ในกฎหมายโครเอเชียไม่ได้เป็นการผสม ระหว่าง รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่แยกออกมาเป็นอีกชนิดหนึ่ง กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มี การคัดค้านในเวลาอันสมควรถือเป็นการสละสิทธิที่จะคัดค้าน และถือว่ามีสัญญาโดยปริยายที่จะยอมรับให้ข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่อุญาโตตุลาการแล้ว ผลในทางปฏิบัติของการกระทำนี้ ไม่จำเป็นต้องมี “การกล่าวอ้างถึงความมีอยู่ของข้อตกลง” โดยทางฝ่ายโจทก์ การแก้ปัญหาสำหรับกรณีนี้เป็นปัญหาบ่อยๆ ในอดีต กล่าวคือ กรณีที่ทั้งฝ่ายจำเลยไม่ได้คัดค้านและโจทก์ก็ไม่ได้กล่าวอ้างถึงข้อตกลงนั้นเลย<sup>73</sup>

---

\* Article 1031(6) of Tenth Book of the Code of Civil Procedure “Any non-compliance with the form requirements is cured by entering into argument on the substance of the dispute in the arbitral proceedings.

<sup>73</sup> Alan Uzelac, ISSUE OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far Should We Go? (2001), p. 7.

## 2.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการกำหนดรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ละประเภท

### 2.3.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร

โดยทั่วไปเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้สัญญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเพราะสามารถบันทึกข้อตกลงไว้แน่นอน ไม่เลื่อนลอยเหมือนอย่างข้อตกลงด้วยวาจา เป็นประโยชน์สำหรับการพิสูจน์หลักฐานในการพิจารณาคดี<sup>74</sup>

สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการก็เช่นเดียวกัน กฎหมายอนุญาโตตุลาการทั้งระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ส่วนใหญ่กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นหลักฐานที่แน่ชัดของคู่สัญญาว่าตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ<sup>75</sup>

นอกจากนั้น ความจำเป็นที่จะให้คู่สัญญาได้รับรู้ถึงการไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่เป็นผลมาจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องการการตอบรับเป็นหนังสือจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อย<sup>76</sup>

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ เช่น จีน กำหนดให้ในทุกรณีต้องอยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร เป็นสิ่งจำเป็นเพราะสาระสำคัญของอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ถูกเลือก เป็นต้น ก็ต้องบันทึกอยู่ในข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจเป็นฐานของคู่สัญญาที่จะใช้สำหรับอนุญาโตตุลาการสถาบัน ภายใต้สถานการณ์ปกติ สถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับการขอใช้อนุญาโตตุลาการถ้าไม่มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>77</sup>

<sup>74</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 70.

<sup>75</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (1986), p.171.

<sup>76</sup> Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.147.

<sup>77</sup> The Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China, *Arbitration Laws of China*, (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 1997), p. 55.

### 2.3.2 สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา

สัญญาโดยทั่วไปมีผลบังคับ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาลายลักษณ์อักษรหรือสัญญาด้วยวาจา สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาเกิดขึ้นเสมอในทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือในกรณีที่ไม้อาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรได้ เช่น ในสัญญาผู้เรือ ซึ่งทำสัญญากันด้วยวาจาเนื่องจากมีเหตุจำเป็นที่ไม่สามารถทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรได้ มีคดีขึ้นศาลอังกฤษอีกคดีหนึ่ง คือ *The Owners of the Motor Vessel Tojo Maru v. N v. Bureau Wijismuller, The "Tojo Maru"*<sup>78</sup> สัญญาผู้เรือได้ทำขึ้นโดยวาจาโดยอ้างถึงรูปแบบมาตรฐาน Lloyd ในเรื่องสัญญาผู้เรือ ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการด้วย ความฉุกเฉินของภัยพิบัตินำให้ไม่มีโอกาสที่จะลงนามในเอกสาร โอกาสที่จะเกิดขึ้นค่อนข้างบอบและสำคัญในการจัดการกับปัญหานี้ เมื่อคู่สัญญาตกลงกัน โดยวิธีอื่นนอกจากทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการอ้างถึงข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.2.2 ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาเกิดขึ้นในเสมอในทางปฏิบัติ วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาก็เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ หรือในบางประเทศสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาอาจใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อที่จะแก้ไขการที่ไม่มีสัญญาลายลักษณ์อักษร<sup>79</sup> เป็นการที่กฎหมายผ่อนคลายนความเคร่งครัดของบทบัญญัติเรื่องรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายของประเทศสวีเดน นิวซีแลนด์ เป็นต้น

ในบางกรณีศาลได้พยายามตีความบทบัญญัติที่เคร่งครัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก มาตรา II(2) โดยตีความกฎหมายให้มีผลว่า ข้อตกลงด้วยวาจาพอเพียงที่จะเป็นรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามบทบัญญัติแล้ว ซึ่งคำตัดสินอาจเป็นประโยชน์สำหรับความยุติธรรม และอาจสอดคล้องกับวิธีการตีความโดยรวม กับความคิดของ รูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรในเขตอำนาจศาลที่คำตัดสินนั้นได้ทำขึ้น อย่างไรก็ตาม ก็เป็นคำถามได้ว่า การปฏิบัตินั้นจะเป็นพื้นฐานที่น่าเชื่อถือสำหรับการประสานในระดับโลกได้หรือไม่ นอกจากนั้น หากกฎหมายเขียนว่า "เพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย" ให้ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำด้วยวาจา ซึ่งอ้างถึงเอกสาร หรือมีเอกสารยืนยันใน

<sup>78</sup> David St. John Sutton, John Kendall, and Judith, *Gill Russell on Arbitration*, 21st Edition (1997), p. 44.

<sup>79</sup> Per *Runeland International Commercial Arbitration: The Arbitration Agreement*, (2004), p. 3.

ภายหลัง ก็เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ก็เป็นการตีความในเรื่องรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็น "การสมมุติให้ข้อตกลงด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษร" (fiction of written orality) เช่น ข้อตกลงด้วยวาจาที่อ้างถึงกฎเกณฑ์ของอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งความคิดเห็นในทางตรงข้ามจะเกิดขึ้นแน่นอน และกรณีศาลที่ตีความว่า "ลายลักษณ์อักษร" คือ "ลายลักษณ์อักษร" และ "วาจา" คือ "วาจา" ก็จะกลายเป็นสิ่งที่ผิด ซึ่งการสรุปแบบนี้ไม่ถูกต้อง ไม่ใช่เพราะส่งผลไม่ดีสำหรับการอนุญาโตตุลาการแต่เพราะไม่ดีสำหรับกฎหมาย<sup>80</sup> อย่างไรก็ตามก็ดี ความคิดนี้แฝงอยู่ในกฎหมายโครเอเชีย มาตรา 6 (3) 2) ที่ยอมรับสัญญาด้วยวาจา เพียงแต่หลังจากมีสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวาจาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรถึงอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนหน้านี้นี้ และอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านในเวลาอันควร อันถือได้ว่าเป็นการตอบรับคำเสนอตามปกติ ประเพณี ด้วย ก็ให้ถือว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร จุดมุ่งหมายที่สำคัญของกฎหมายก็คือต้องการที่จะรองรับให้สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจามีผลสมบูรณ์ได้เหมือนกัน

### 2.3.3 สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย

ตามปกติสัญญาอนุญาโตตุลาการในสมัยก่อนมักจะไม่มีความหมายที่บัญญัติยอมรับไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลและสัญญาอนุญาโตตุลาการมีรูปแบบที่ไม่ถูกต้อง แต่ก็มีข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาได้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ถือได้ว่ายอมรับให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว ตามที่ได้กล่าวมาแล้วใน ข้อ 2.2.3 ซึ่งศาลก็ใช้วิธีตีความโดยมีทั้งที่ศาลยอมรับและไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกิดโดยปริยาย ในกรณีที่ศาลยอมรับก็ต้องนำ "หลักสุจริต" และ "หลักกฎหมายปิดปาก" ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในประกอบการตีความ แต่หลังจากที่มีการรับกฎหมายต้นแบบ กฎหมายของประเทศที่มีการรับกฎหมายต้นแบบก็จะกำหนดให้มีสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายไว้ในกฎหมายด้วย

จะเห็นได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย เกิดจากการกระทำของคู่กรณีเขาจึงควรต้องถูกปิดปากในการร้องคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมา สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายเกิดขึ้นเป็นประจำในสังคมการค้าระหว่างประเทศ และเป็นประเด็นในคดีมากมายว่าการกระทำบางอย่างของคู่สัญญาจะแก้ไขความบกพร่องในเรื่องรูปแบบได้หรือไม่ และเพื่อเป็นการแก้ไขในกรณีที่ไม่มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่

---

<sup>80</sup> Alan Uzelac, *ISSUE OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far Should We Go?*,(2001), p.19.

บัญญัติขึ้นเมื่อไม่นานมานี้หลายฉบับก็ได้บัญญัติรองรับสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายไว้อย่างชัดเจน เช่น กฎหมายคั่นแบบ กฎหมายโครเอเชีย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน เป็นต้น

สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยซึ่งบัญญัติตามกฎหมายคั่นแบบ ก็มีลักษณะคล้ายกัน โดยในมาตรา 11 ร่องรับว่า ถ้ามีการกล่าวอ้างข้อสัญญา (อนุญาโตตุลาการ) ในข้อเรียกร้องหรือคัดค้าน และคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายจึงสมบูรณ์ภายใต้พระราชบัญญัตินี้

## 2.4 สนธิสัญญา ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

### 2.4.1 อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958)

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับหนึ่งที่มีความสำเร็จมากที่สุดของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่ทันสมัย เป็นองค์ประกอบที่มั่นคงสำหรับการพัฒนาและการตอบรับของการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศทั่วโลก กำหนดให้รัฐยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หากว่าเป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ และวางข้อจำกัดสาเหตุของการปฏิเสธที่จะไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไว้ด้วย<sup>81</sup>

นอกจากนี้ ในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ศาลของแต่ละประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก จะยอมรับและบังคับให้ นั่น จะต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งมาตรา II(2) ของอนุสัญญาก็ให้คำนิยามไว้ด้วยว่าทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น หมายความว่าอย่างไร กล่าวคือ "สัญญาอนุญาโตตุลาการ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา หรือในข้อตกลงที่ให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วไปสู่การอนุญาโตตุลาการ ที่ถูกลงนามโดยคู่สัญญาหรือที่ปรากฏในเอกสารโต้ตอบระหว่างคู่สัญญาทางจดหมายหรือโทรเลข" ดังนั้น จึงแบ่งเป็น 2 ทางเลือก ได้แก่

---

<sup>81</sup> Richard Happ *REPORTS ON THE EVENTS IN THE PAST YEAR: The Future of the New York Convention* : New York Convention Day, June 10<sup>th</sup> , 1998, United Nations Headquarters, NY, (1998), p.1.

ทางเลือกที่ 1 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหรือข้อตกลงยอมรับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่าย

ทางเลือกที่ 2 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหรือข้อตกลงยอมรับอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในเอกสารโต้ตอบทางจดหมายหรือโทรเลข<sup>82</sup> ซึ่งอาจมีลายมือชื่อของคู่สัญญาหรือไม่มีลายมือชื่อก็ได้เพราะกรณีจดหมายโต้ตอบหรือโทรเลขโต้ตอบนั้นอาจไม่มีการลงลายมือชื่อไว้ก็ได้

ตามมาตรา II แห่งอนุสัญญาฉบับนี้ ศาลของประเทศภาคีที่ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับและบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้เพียงโดยวาจาเท่านั้น และเมื่ออ่านมาตรา II(2) และมาตรา V(a) ประกอบกันแล้ว จะเห็นว่า มาตรา V(a) นั้นอ้างถึงสัญญาตามมาตรา II ด้วย ดังนั้น ถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการทำไม่ถูกต้องตามมาตรา I ศาลก็จะไม่ยอมรับและบังคับสัญญาให้<sup>83</sup>

ในกรณีของทางเลือกที่ 1 ต้องมีการลงนามของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อย่างไม่ต้องสงสัย เพียงแค่เป็นการลงนามสัญญาทั้งฉบับก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องเป็นการลงนามเฉพาะ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ในกรณีของทางเลือกที่ 2 อาจมีกรณีที่ลายมือชื่อของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่ปรากฏในเอกสารซึ่งโต้ตอบกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในโทรเลข หรือโทรพิมพ์ก็อาจเป็นปัญหาขึ้นอีกว่า การระบุชื่อผู้ส่งจะเทียบเท่ากับลายมือชื่อได้หรือไม่ ในกรณีของสัญญาที่ทำโดยการโต้ตอบกันเป็นลายลักษณ์อักษร คู่สัญญาแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงเจตนาของเขาและหากมีการสื่อสารตอบรับ การโต้ตอบนั้นเองก็จะสร้างเจตนาร่วมกัน ดังนั้น ก็เป็นการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษรที่รับรองการรับรู้และการตอบรับ ในกรณีเหล่านี้ การขาดลายมือชื่อของฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ไม่ได้ทำให้การตอบรับเป็นโมฆะ เพียงแค่ลดความแน่นอนของการสื่อสารที่มาจากฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม อีกฝ่ายก็สามารถพิสูจน์หรือสันนิษฐานได้ หลายศาลได้ยืนยันการตีความว่า ในกรณีของทางเลือกที่ 2 ไม่ต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญา ศาลชั้นต้นของ Canton Geneva อาจถูกอ้างอิงในฐานะที่เป็นตัวอย่าง "ตามที่โจทก์ได้โต้แย้งอย่างชัดเจน มาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ได้แนะนำรูปแบบใหม่ที่แตกต่างจากรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร ภายใต้กฎหมายสวิสที่กำหนดให้ต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญา (Art 13 of the Code of Obligations) ตาม คำแถลงของโจทก์ วิธีการใหม่ๆ นี้จำเป็นโดยความต้องการของทางปฏิบัติของ

<sup>82</sup> Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 191.

<sup>83</sup> อนันต์ จันทร โอลภากร, *กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ*, (2538), หน้า 51-52.

การค้าระหว่างประเทศ ที่ใช้ โทรพิมพ์ และโทรเลขมากกว่าจดหมายและสัญญา" ในทางเดียวกัน ศาลอุทธรณ์ Basle ได้ให้ความเห็นว่า "ถึงแม้ว่าข้อตกลงปรากฏเพียงลายมือชื่อของจำเลยเพียงฝ่ายเดียว ข้อตกลงก็เป็นเอกสารโต้ตอบทางจดหมายตามมาตรา II(2) แล้ว ในความเห็นของศาล การโต้ตอบทางจดหมายไม่ได้เป็นเพียงแค่จดหมายที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาเท่านั้น แต่หมายถึงกรณีที่มีการแสดงออกของคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายเป็นลายลักษณ์อักษรได้รับการยอมรับ ถ้าอนุสัญญานับบนครนิวยอร์กต้องการลายมือชื่อในกรณีของจดหมาย ก็คงจะเขียนไว้ชัดเจนแล้ว"<sup>84</sup> ดังนั้น ลายมือชื่อของคู่สัญญาจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญสำหรับทางเลือกที่ 2

อย่างไรก็ดี ทางเลือกที่ 2 การตอบรับคำเสนอ ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ การตอบรับเอกสารทั้งฉบับก็เป็นการโต้ตอบตามมาตรา II(2) แล้ว ถ้าไม่เป็นเช่นนั้น ก็หมายถึงว่าทุกกรณีสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำโดยการตอบรับจะต้องมีหนังสือรับรองข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ ซึ่งชัดเจนว่าไม่ใช่เจตนาของผู้ร่างอนุสัญญาที่ต้องการขยายความเป็นไปได้ของการตกลงใช้อนุญาโตตุลาการในสังคมนระหว่างประเทศ โดยการเพิ่มทางเลือกที่ 2 เข้าไป<sup>85</sup>

อย่างไรก็ดี ศาลภายในไม่ได้ตีความมาตรา II(2) ไปในทางเดียวกัน บางศาลไม่ใช้อนุสัญญานับบนครนิวยอร์กกับข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการที่เป็นการติดต่อของคู่สัญญาฝ่ายเดียว (แบบฟอร์มใบสั่งหรือใบกำกับสินค้า) ที่ไม่ได้รับการตอบรับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในอีกทางหนึ่ง ศาลของบางประเทศได้ใช้อนุสัญญานี้ต่อการตอบรับโดยปริยายหรือโดยการกระทำในรูปแบบของใบสั่งซื้อที่มีข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการ

ศาลสหรัฐอเมริกาได้ใช้มุมมองที่กว้างของมาตรา II (2) ที่กำหนดให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร บางศาลได้พบว่า "ลายลักษณ์อักษรตามอนุสัญญานี้ใช้ได้กับการโต้ตอบโดยโทรเลขที่มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้คัดค้านโดยอีกฝ่ายด้วย" และศาลอื่นๆ ของสหรัฐอเมริกาได้สนับสนุนข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมายหรือแบบฟอร์ม ในคำเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ผู้เสนอเป็นผู้ส่งให้และผู้สนองได้ตอบรับแล้ว และในสัญญาประกันภัยที่เรียกชื่อโดยผู้เอาประกันภัย และลงนามโดยผู้รับประกันภัย แต่ผู้เอา

<sup>84</sup> Albert Jan van den Berg , *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*,(1981) p.195

<sup>85</sup> Ibid., p. 199



ประกันภัยไม่ได้ลงนามด้วย ในทางตรงกันข้าม จะไม่มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่ไม่มีเอกสารที่คู่สัญญาตอบรับโดยวาจา แต่ไม่ได้ลงนาม<sup>86</sup>

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กทำขึ้นในปี 1958 จึงสะท้อนถึงความคิดทางกฎหมายและสถานการณ์ในขณะนั้น เมื่อเวลาเปลี่ยนไป ความเห็นและสถานการณ์ทางกฎหมายอาจเปลี่ยนไปด้วย 40 ปีผ่านไป จำเป็นที่จะพิจารณาคุณสมบัติของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กว่า คำตอบที่พบในปี 1958 ยังจะตอบสนองความต้องการของการพาณิชย์ระหว่างประเทศทุกวันนี้ได้หรือไม่ เพื่อที่จะตอบคำถามและหาว่าอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กให้คำตอบหรือไม่ UNCITRAL กล่าวใน a one-day symposium on June 10<sup>th</sup>, 1998 in the United Nations Headquarters, New York เนื่องจาก อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้บัญญัติว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะสมบูรณ์ก็เพียงแค่เฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หรือ เป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาหรืออยู่ในเอกสารแลกเปลี่ยนทางจดหมายหรือโทรเลข ดังนั้น อนุสัญญาไม่ได้ต้องการให้ศาลของรัฐภาคีที่จะบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพียงแค่ตอบรับคำเสนอโดยปริยายเท่านั้น มิได้ชัดเจน

การที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้สะท้อนถึงทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นที่รู้กันทั่วไป ในขณะที่สังคมกฎหมายได้แก้ไขปัญหาของใบตราส่ง การโต้ตอบทางเอกสาร(battle of forms) และการตอบรับโดยปริยาย トラบเท่าที่สิ่งเหล่านั้นถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญา การแก้ปัญหานี้ไม่ได้ขยายไปถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คู่สัญญาอาจถูกบังคับให้ทำตามเงื่อนไขทั้งหมดของสัญญาที่เกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ผลที่ว่าไม่สอดคล้องกับความต้องการในทางปฏิบัติ ศาลและคณะอนุญาโตตุลาการได้พยายามที่จะหลีกเลี่ยงบทบัญญัตินี้ โดยการตีความอย่างกว้าง แต่ ความคิดเห็นหลัก (domina opinio) ยังคงอยู่ในการตีความอย่างเคร่งครัด

ในช่วงสิบปีที่ผ่านมา หลายรัฐได้เป็นผู้นำ และยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่สนองความต้องการของทางปฏิบัติ ในบางรัฐ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ สิงคโปร์ และเยอรมนี ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ตอบรับโดยปริยายได้ถูกยอมรับและบังคับได้โดยกฎหมาย<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Commentary and Materials*, second edition (2002), p.127-128.

จาก Report of the UNCITRAL 32<sup>nd</sup> session (17 May-4 June 1999), A/54/17, at 42, paragraph 344<sup>88</sup> การวิเคราะห์ของ UNCITRAL ว่า จะเห็นได้ว่า มีความต้องการบทบัญญัติที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติในปัจจุบันของการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร จะเห็นได้ว่า การปฏิบัติในบางส่วนไม่ถูกสะท้อนได้จากมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้อีกต่อไป หากว่าตีความอย่างแคบ และยังเห็นได้อีกว่าศาลภายในได้ยอมรับมากขึ้นสำหรับการตีความมาตรา II(2) อย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติและในการคาดการณ์ของคู่สัญญาในการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี ก็ยังมีข้อสงสัยบางอย่าง หรือมุมมองที่แตกต่างกันในการตีความกฎหมายนั้น ให้เหมาะสม ความสงสัยที่มีอยู่และการขาดความเป็นหนึ่งเดียวในการตีความเป็นปัญหาในการค้าระหว่างประเทศซึ่งทำให้ลดความแน่นอนและการคาดการณ์ได้ในการทำสัญญาระหว่างประเทศ และยังเห็นได้อีกว่า ทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันแตกต่างจากสิ่งที่อยู่ในการอนุญาโตตุลาการในปี 1958 ในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นวิธีการหลักที่คู่สัญญาจะเลือกใช้ ในการระงับข้อพิพาท มากกว่าที่จะใช้กระบวนการศาล

จึงมีความเห็นว่าเหมาะสมที่จะพิจารณาเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเรื่องรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร และปรับทางปฏิบัติให้เป็นไปในทางเดียวกันเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คำแนะนำอื่นๆ คือ ในเรื่องของความเป็นไปได้ที่จะมุ่งไปที่สถานการณ์ที่ข้อตกลงถูกพิจารณาได้ว่าได้ทำขึ้นแล้ว สถานการณ์เหล่านั้นอาจรวม กรณีที่ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร กรณีที่ข้อตกลงเป็นหลักฐานโดยวิธีใดๆ ตามที่อยู่ใน มาตรา 6 ของ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce หรือกรณีที่ได้ทำขึ้นตามทางปฏิบัติที่ได้ยอมรับกันโดยคู่สัญญา หรือกรณี หรือคู่สัญญารับรู้หรือควรรับรู้ เพราะเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการค้าเฉพาะอย่าง que คู่สัญญาได้เข้าทำ

ในการแก้ปัญหาดังกล่าวก็มีหลายความเห็นเกิดขึ้น ได้แก่ ทางแรก คือทำให้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กทันสมัยในส่วนที่เกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยการทำพิธีสารของอนุสัญญาดังกล่าว โดยได้อธิบายว่า การร่างขึ้นใหม่ การส่งเสริมการตีความที่เป็นเอกภาพของมาตรา II(2) จะสำเร็จได้ก็แต่โดยทำเป็นสนธิสัญญาที่มีลักษณะเดียวกับอนุสัญญานี้ อีกทางหนึ่งคือ

<sup>87</sup> Richard Happ, *REPORTS ON THE EVENTS IN THE PAST YEAR: The Future of the New York Convention* : New York Convention Day, June 10<sup>th</sup>, 1998, United Nations Headquarters, NY, (1998), p. 2.

<sup>88</sup> UNCITRAL Document A/CN.9/468,p 88 (*Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second session, Vienna, 20-31 March 2000*).

การทำอนุสัญญาต่างหากจากอนุสัญญาลบขบวนกรนิวยอร์กเพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นนอกขอบเขตการปรับใช้ของอนุสัญญาและรวมถึงกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สอดคล้องกับมาตรา II(2) ด้วย และอีกทางหนึ่งนั้น ได้แก่ การใช้กฎหมายค้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการตีความอนุสัญญาลบขบวนกรนิวยอร์ก การแก้ปัญหานี้อาจทำให้ดีขึ้นในกรณีตัวอย่างเช่น มาตรา 7(2) ของกฎหมายค้นแบบที่เคยใช้รองรับผลของการอ้างอิงในสัญญาถึงเอกสารอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการชัดเจน และเพื่อยอมรับผลของการใช้วิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมสำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ “ในการโต้ตอบ” ของข้อความซึ่งทำให้เกิดความลำบากในทางปฏิบัติ ก็ต้องการการแก้ไขข้อความในปัจจุบันของกฎหมายค้นแบบเช่นกัน<sup>89</sup>

หลังจากการหารือกัน คณะทำงานได้ยอมรับความคิดเห็นที่ว่าวัตถุประสงค์ของการรับประกันการตีความไปในทางเดียวกันของบทบัญญัติเรื่องรูปแบบที่ตอบสนองความต้องการของการค้าระหว่างประเทศอาจสำเร็จได้โดย 1. เพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย จัดเตรียมบทบัญญัติที่เป็นต้นแบบซึ่งต้องทำให้ชัดเจนถึงขอบเขตของมาตรา 7(2) ของกฎหมายค้นแบบ 2. เตรียมแนวทางที่อธิบายถึงเบื้องหลังและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติต้นแบบ และ 3. ใช้คำแถลงการณ์ มติหรือประกาศที่กล่าวถึงการตีความอนุสัญญาลบขบวนกรนิวยอร์กที่อาจสะท้อนถึงความเข้าใจอย่างกว้างของบทบัญญัติเรื่องรูปแบบ ในเรื่องของสาระของบทบัญญัติที่เป็นต้นแบบและเอกสารในการตีความที่จะเตรียม คณะทำงานยอมรับความคิดเห็นที่ว่า สำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ที่จะทำขึ้นนั้น ต้องกำหนดขึ้นมาจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องได้ทำขึ้น และมีหลักฐานที่เป็นหนังสือของข้อตกลงนั้นอยู่<sup>90</sup>

นอกจากนั้น คณะกรรมการได้พิจารณาปัญหาของมาตรา II(2) ของอนุสัญญาลบขบวนกรนิวยอร์ก ว่าควรตีความอย่างกว้างให้รวมถึงการสื่อสารโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยหรือไม่ อีกด้วย ซึ่งหลังจากที่ได้หารือกัน คณะทำงานก็ให้ฝ่ายเลขานุการเตรียมร่างเอกสารที่ยืนยันว่ามาตรา II(2) ของอนุสัญญาควรตีความให้รวมถึงการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่กำหนดไว้โดยมาตรา 2 ของกฎหมายค้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย

ดังนั้น ในการทำให้อนุสัญญาลบขบวนกรนิวยอร์กสอดคล้องกับทางปฏิบัติในปัจจุบันเกี่ยวกับรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงทำโดย ในการตีความต้องอาศัยคำจำกัดความ

<sup>89</sup> UNCITRAL Document A/CN.9/WP.108/Add.1, pp. 6-7.

<sup>90</sup> UNCITRAL Document A/CN.9/468, para 99 (*Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second session, Vienna, 20-31 March 2000*).

ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการซึ่งก็ต้องได้รับการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติมากที่สุด โดยในส่วนของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กก็จะมีเอกสารที่ใช้ในการตีความ (interpretative instrument) เพื่อให้รองรับคำจำกัดความในกฎหมายต้นแบบได้ และในขณะนี้อยู่ในระหว่างดำเนินการของคณะทำงาน

#### 2.4.2 อนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1961 (European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva Convention 1961))

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1961 ทำขึ้นเมื่อ 21 เมษายน ค.ศ. 1961 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 7 มกราคม ค.ศ. 1964 ยกเว้นเรื่องตามย่อหน้าที่ 3 ถึง 7 ของ Article 4 ซึ่งมีผลเมื่อ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1965 ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญานครเจนีวา อนุสัญญาดังกล่าวใช้กับข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและวิธีพิจารณา ตลอดจนคำชี้ขาดซึ่งเกิดจากข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งในขณะที่ทำข้อตกลงนั้นมีถิ่นที่อยู่ปกติหรือสถานที่ทำการในรัฐภาคีต่างรัฐกัน<sup>91</sup>

ความคิดที่แฝงอยู่ในอนุสัญญาฉบับนี้ คือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควรเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องความสมบูรณ์ ดังนั้น สำคัญที่จะกำหนดตั้งแต่แรกว่ากฎหมายและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องใดจะบังคับในเรื่องความสมบูรณ์ โดยเคารพความเป็นอิสระของเจตนาของคู่สัญญา กฎหมายจึงได้กำหนดว่า

ในการตัดสินเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ศาลของรัฐภาคี จะพิสูจน์ความสมบูรณ์ด้วยการพิจารณาถึงความสามารถของคู่สัญญา ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญา และพิจารณาถึง คำถามเหล่านี้(1) ภายใต้กฎหมายซึ่งคู่สัญญาประสงค์จะใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (2) ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ ก็ใช้กฎหมายที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น (3) ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ และในเวลาเมื่อปัญหาได้ถูกยกขึ้นมาในศาลซึ่งประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาดไม่ได้ถูกกำหนด ก็อยู่ภายใต้กฎหมายโดยอาศัยกฎเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันของศาลที่ระงับข้อพิพาทนั้น ศาลอาจปฏิเสธการยอมรับข้อตกลง

<sup>91</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, *พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (2545), หน้า 66.

อนุญาโตตุลาการ หากภายใต้กฎหมายของประเทศพวกเขานั้น ข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ<sup>92</sup>

สำหรับรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้คำจำกัดความไว้ใน มาตรา I 2 (a) ว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญา หรือปรากฏในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข หรือในการสื่อสารทางโทรพิมพ์ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่มีกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ก็หมายถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำตามกฎหมายของประเทศนั้นแล้ว”

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ 1961 ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในทางสารบัญญัติและไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์การขัดกัน สำหรับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา คำว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” หมายถึงว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ สัญญาหรือข้อตกลงได้ถูกลงนามโดยคู่สัญญา หรือปรากฏในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมายหรือโทรเลข หรือการสื่อสารทางโทรพิมพ์ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่มีกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบางฉบับก็ทำในรูปแบบของกฎหมายเหล่านี้กำหนดค่านิยามกว้างกว่าที่อยู่ในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก เพราะอนุสัญญาฉบับนครเจนีวาบัญญัติว่า รูปแบบโทรสารก็ได้รับอนุญาตและความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำในรูปแบบไม่ เป็นลายลักษณ์อักษรก็ยอมรับได้ “ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่มีกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดว่า ข้อตกลงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร”

อย่างไรก็ดี สามารถพูดได้ว่า ข้อความตอนท้ายไม่ชัดเจน ในกรณีที่มี มากกว่า สองรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เช่น รัฐสัญชาติของคู่สัญญา รัฐภูมิลำเนา ของสถานที่การบังคับถูกร้องขอ ของรัฐที่มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งมีการเพิกถอนคำชี้ขาด และบอกว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ ของรัฐที่ได้มีการทำคำชี้ขาด ของรัฐที่มีการใช้มาตรการ conservatory และอื่นๆ หรือจะหมายถึงว่าบทบัญญัติมาตรา 1 หมายถึง บทบัญญัติทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการต้องอนุญาตรูปแบบที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อที่ความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรถูกรับสำหรับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา

<sup>92</sup> L.KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI East European Rules on the Validity of International Commercial Arbitration Agreements (Manchester: Manchester University Press, 1970), p.21.

ปัญหานี้อาจแก้ได้โดยกฎเกณฑ์ทั่วไปของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวาที่อาจใช้กับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ กฎเกณฑ์ทั่วไปนี้ไม่ได้อยู่ในมาตรา I 2 (a) ที่ใช้กับ “ขอบเขตของอนุสัญญา” และไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของ มาตรา VII ที่ว่าด้วย “กฎหมายที่ใช้บังคับ” ซึ่งอนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิที่จะเลือกใช้กฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทนั้น แต่อยู่ใน มาตรา VI ซึ่งเป็นเรื่อง “เขตอำนาจของศาล” กฎเกณฑ์การขัดกันนี้กล่าวได้ว่า “ในการทำคำตัดสินที่เกี่ยวกับความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ศาลของรัฐภาคีจะพิสูจน์ความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้น โดยการพิจารณาถึงความสามารถของคู่สัญญา ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญา”<sup>93</sup> และโดยการพิจารณาถึง คำถาม 3 ข้อที่กล่าวถึงข้างต้นด้วย

กล่าวได้ว่า หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่ทำสัญญา (lex loci contractus) ไม่ได้อยู่ระหว่างกฎหมาย 3 ฉบับ ที่กำหนดไว้โดย มาตรา IV ดังนั้น การตีความดังกล่าวอาจจำกัด หลักกฎหมายแห่งถิ่นที่ทำนิติกรรม (locus regit actum) ที่ใช้กันอยู่เสมอในหลายเขตอำนาจได้และในข้อความตอนท้ายของมาตราดังกล่าว ที่ยอมรับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำตามบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่ไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ดังนั้นจึงรวมถึงสัญญาโดยวาจาด้วย<sup>94</sup>

นอกจากนั้น เพื่อที่จะได้รับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ในเวลาที่ขอ ผู้ขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต้องจัดหาข้อตกลงฉบับหรือสำเนาที่รับรองแล้วมาแสดง ดังนั้น ภาระการพิสูจน์จะกำหนดโดยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ

การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธในเวลาเมื่อมีการร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกร้อง ตัวอย่างเช่น หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจสมบูรณ์ในขณะที่มีการเรียกร้องให้ยอมรับและการบังคับ พิสูจน์ได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ภายใต้กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกันให้ใช้ ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ ก็ภายใต้กฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น<sup>95</sup>

อย่างไรก็ดี อนุสัญญาฉบับนี้ล้มเหลวไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ เพราะติดปัญหาทางเทคนิคซึ่งเป็นผลมาจากความพยายามที่จะแก้ปัญหาทางทฤษฎี<sup>96</sup>

<sup>93</sup> Ibid., pp.108-110

<sup>94</sup> International Council For Commercial Arbitration, *UNCITRAL's Project For A Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 58

<sup>95</sup> L.KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *East European Rules on the Validity of International Commercial Arbitration Agreements*, (1970) , p. 21.

## 2.5 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ : มาตรา 7

คำนิยามสัญญาอนุญาโตตุลาการตามร่างกฎหมายต้นแบบจะอาศัยถ้อยคำในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก มาตรา II (2) ตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ร่างกฎหมายต้นแบบได้กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) ไม่ว่าจะ เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้น ในภายหน้าก็ได้<sup>97</sup>

โดยกฎหมายต้นแบบได้ให้คำจำกัดความของรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ใน มาตรา 7(2) ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หากว่าได้ทำในเอกสารที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาหรือในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข หรือวิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมอื่นใดที่มีบันทึกของการตกลง หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธ หรือการอ้างอิงในสัญญาถึงเอกสารอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย”

กฎหมายต้นแบบได้ทำให้รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการกว้างขึ้นกว่าที่บัญญัติในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก โดยกำหนดคำนิยามของรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามความใน มาตรา II(2) ของอนุสัญญา โดยการเพิ่ม “โทรพิมพ์ หรือวิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมอื่น ๆ ที่มีบันทึกของข้อตกลง” โดยการทำให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์การตอบรับของ “การแลกเปลี่ยนข้อเรียกร้องและข้อต่อสู้ ในกรณีที่มีความเป็นอยู่ของข้อตกลงได้ถูกกล่าวอ้างโดยฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายไม่ได้ปฏิเสธ” และกำหนดว่า “การอ้างอิงในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดว่า สัญญาได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการอ้างอิงนั้นก็ทำให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”<sup>98</sup>

ถึงแม้ว่า กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบถูกพิจารณาในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กที่ใช้บังคับกับ “สัญญาอนุญาโตตุลาการใดๆ ที่ได้ทำตามกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องแล้ว ดังนั้น จึงรวมถึงสัญญาโดยวาจาด้วย แต่ร่างกฎหมายต้นแบบไม่ได้ก้าวไปไกลเท่ากับอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก 1961 ในการยอมรับกระแสที่อาจเป็นไปได้ สำหรับบทบัญญัติเรื่องรูปแบบข้อตกลง

<sup>96</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (1986).

<sup>97</sup> International Council For Commercial Arbitration, *UNCITRAL's Project For A Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 56-57.

<sup>98</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration.

อนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า คณะทำงานร่างกฎหมายต้นแบบ ไม่ได้ตระหนักถึงปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายต้นแบบสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้สอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร

คณะทำงานไม่ได้ทำให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติเรื่องรูปแบบข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรได้กำหนดภายใต้บทบังคับเรื่องโมฆะหรือไม่ แสดงให้เห็นเจตนาให้การค้าบางอย่าง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาก็ใช้กันเป็นเรื่องปกติ ความคิดเห็นที่แพร่หลายในคณะทำงาน คือว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการควรใช้กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหมด การที่ไม่ได้ครอบคลุมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาโดยกฎหมายต้นแบบก็อาจหมายถึงว่าเปิดให้กฎหมายและการยอมรับอยู่ภายใต้กฎหมายอื่น ที่ไม่ใช่เป็นความตั้งใจของคณะทำงาน

เมื่อเดินตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ที่กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ร่างกฎหมายต้นแบบพยายามที่จะกำหนดบทบัญญัตินี้เพื่อที่ให้ความสงสัยที่เกิดจากสาระของบทบัญญัติอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ได้หมดไป ที่ว่ามาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก กล่าวว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ต่อเมื่อ “ได้ถูกลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือปรากฏในเอกสารโต้ตอบทางจดหมายหรือโทรเลข” โดยไม่คำนึงถึงวิธีการที่ทันสมัยของการสื่อสาร เช่น โทรมพิวเตอร์ซึ่งได้ใช้กันโดยปกติใน กลุ่มพ่อค้า และ ยากที่จะใช้กับเอกสารอ้างอิงหรือเอกสารอื่นๆที่ใช้กันเสมอๆ ในความสัมพันธ์ทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ร่วมสมัย

อย่างแรก สำหรับคำจำกัดความว่าสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรคืออะไร ร่างกฎหมายต้นแบบขยายถ้อยคำตามมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก โดยการเพิ่มเติมด้วย “โทรมพิวเตอร์หรือวิธีการสื่อสารอื่นที่มีบันทึกของข้อตกลง” ดังนั้น ก็ได้รวมถึงวิธีการที่ทันสมัยของการสื่อสารทางโทรคมนาคมที่เป็นไปได้ในขณะนั้นของการพัฒนาทางเทคโนโลยี ที่จะสามารถมีบันทึกของข้อตกลงได้

อย่างที่สอง เกี่ยวกับการตีความของบทบัญญัติเรื่องรูปแบบลายลักษณ์อักษร ที่อยู่ในกฎหมายต้นแบบเกี่ยวข้องกับปัญหาของการอ้างอิงถึงในสัญญาทางพาณิชย์ถึงเอกสารทางกฎหมายอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การอ้างอิงถึงเอกสารทางกฎหมายอื่น ตัวอย่างเช่น เงื่อนไขมาตรฐานเกี่ยวกับการขนส่ง การจัดหา การซื้อ สิ่งก่อสร้าง เป็นต้น ที่ได้ทำโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาฝ่ายที่สาม ได้สร้างทางปฏิบัติที่ทำกันเสมอๆ ในกิจกรรมทางการพาณิชย์ของบริษัท ทั้งในความสัมพันธ์ภายในและระหว่างประเทศ เพราะเอกสารทางกฎหมายโดยปกติก็จะมีลายมือชื่อของคู่สัญญา ปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญเกิดขึ้นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารนั้น เช่น



การอ้างถึง โดยไม่มีลายมือชื่อของคู่สัญญา จะ เป็น ไปตามบทบัญญัติเรื่องรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วหรือไม่

เพราะว่า อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กไม่ได้พูดถึงเกี่ยวกับปัญหานั้น คำตอบจึงควรหาได้จากบทบัญญัติหรือเขตอำนาจตามกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างกันอย่างมาก บางประเทศก็กำหนดให้ข้อตกลงที่ไม่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาเป็นโมฆะ บางประเทศก็ได้บัญญัติให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารอื่นต้องถูกอ้างถึงอย่างชัดแจ้งในสัญญา<sup>๖๖</sup> ยิ่งกว่านั้น บางประเทศก็สร้างเงื่อนไขเฉพาะสำหรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าว<sup>๖๗</sup>

การพิจารณาความแตกต่างทั้งหมดในระบบกฎหมายภายใน หลังจากที่ได้พิจารณาถึงบทบัญญัติที่อาจแก้ปัญหาในทางที่เหมาะสมและเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ คณะทำงานได้คิด มาตรา 7(2) ตอนท้าย ซึ่งอ่านได้ ดังนี้

“การอ้างอิงในสัญญาถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่กำหนดว่าสัญญานั้นเป็นลายลักษณ์อักษร และการอ้างอิงนั้นก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”

บทบัญญัติข้างต้นตรงกับความต้องการในทางปฏิบัติของการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ไม่ได้กำหนดให้บทอ้างอิงในสัญญาต้องอ้างโดยตรงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในเอกสารทางกฎหมายอื่น เพียงแต่อ้างถึงเอกสารนั้น ก็เพียงพอแล้ว ในอีกทางหนึ่ง ขณะที่กำหนดให้เอกสารที่

<sup>๖๖</sup> อย่างไรก็ตาม ในทุกประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า รูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ใช้บังคับ แต่ขึ้นอยู่กับมาตรา II ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเพียงอย่างเดียว.

<sup>๖๗</sup> เช่น บางศาลในสหรัฐอเมริกาได้ปฏิบัติต่อบทอ้างอิงในสัญญาถึงเงื่อนไขทางพาณิชย์ทั่วไป โดยปราศจากความชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของบทอ้างอิงนั้น ในฐานะเป็นการสนองรับบทบัญญัติเกี่ยวกับสาระของสัญญาเพียงอย่างเดียว เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับแรงจูงใจที่เป็นแง่มุมในทางเศรษฐศาสตร์ แต่ไม่ได้เกี่ยวกับข้อตกลงอุปกรณ์ที่อยู่ใน “ข้อกำหนดมาตรฐาน” และกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ.

<sup>๖๘</sup> ในเรื่อง การอ้างอิง มีคดีที่เกิดที่อิตาลีใน กฎหมายอิตาลีได้กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องปรากฏในข้อกำหนดทั่วไป (general conditions) หรือในสัญญามาตรฐานจึงจะอยู่ในความหมายลายลักษณ์อักษร มิฉะนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะใช้บังคับไม่ได้ แต่อย่างไรศาลฎีกาอิตาลีก็ได้กล่าวว่า บทบัญญัตินี้ (มาตรา 1341 และ 1342 ของประมวลกฎหมายแพ่ง) ไม่ได้ใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่ทำในต่างประเทศภายใต้กฎหมายต่างประเทศ.

อ้างอิงถึงเป็น “ถือว่าให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา” ก็ได้สร้างเงื่อนไขที่ชัดเจนสำหรับการมีผลของเอกสารอ้างอิงนั้น ควรบันทึกไว้ว่า ในทางปฏิบัติทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คู่สัญญาที่ทำสัญญาทางพาณิชย์มักจะอ้างอิงเอกสารทางกฎหมายอื่นๆ เป็นประจำ (ส่วนใหญ่เป็น “ข้อกำหนดทั่วไป”) มากกว่าที่จะกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในสัญญา และสิ่งนี้เป็นเหตุผลในทางปฏิบัติที่ชัดเจนที่จะหลีกเลี่ยงการอ้างอิงสองครั้ง การอ้างอิงถึง “เงื่อนไขมาตรฐาน” ที่ทำสำหรับพ่อค้า ในสาระสำคัญเบื้องต้น

อย่างไรก็ดี กฎหมายต้นแบบไม่ได้พูดถึงปัญหาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในกรณีที่สัญญาได้ทำโดย คำเสนอ และคำตอบรับคำเสนอ และคำยืนยันคำเสนอ ที่แลกเปลี่ยนกันระหว่างคู่สัญญาที่ได้ใช้แบบฟอร์มมาตรฐานของตัวเอง ในเงื่อนไขของเขา ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งมีถ้อยคำที่แตกต่างกัน สิ่งเหล่านั้น เรียกว่า “การโต้ตอบของแบบฟอร์ม” “battle of forms” การปฏิบัติเหล่านี้เกิดขึ้นค่อนข้างบ่อยในความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในสถานการณ์เหล่านี้ที่มักจะเกิดขึ้น เพียงพอที่จะคิดว่า ในกรณีปกติเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งคำเสนอเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานไปให้กับคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งในนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย และอีกฝ่ายได้ตอบรับคำเสนอทั้งหมด แต่ได้ใช้แบบฟอร์มใบยืนยันของตัวเอง และมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยถ้อยคำที่แตกต่างกัน และหลังจากนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่ส่งคำเสนอมาก็ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่ได้มีสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับสาระในใบยืนยันคำเสนอที่ได้รับมา

ในกรณีนี้อาจเกิดได้ว่า มีปัญหาทางกฎหมายและทางปฏิบัติ อย่างน้อยสองอย่าง กล่าวคือ ข้อตกลงในแบบฟอร์มแบบใดที่จะถือเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ผูกพันคู่สัญญา ความตั้งใจของคู่สัญญาที่จะให้ข้อพิพาทได้ระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้แสดงออกโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในเงื่อนไขมาตรฐานจะมีผลเป็นการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนอกเขตอำนาจของศาล หรือไม่ และหากเป็นเช่นนั้น กฎหมายใดที่จะใช้บังคับกับข้อตกลงดังกล่าว ในกรณีที่ไม่มี การแก้ปัญหาที่เหมาะสมในกฎหมายต้นแบบ ปัญหาที่จะตกเป็นของกฎหมายและเขตอำนาจศาลภายใน

---

\* การปฏิบัติอย่างอื่นที่อาจพบได้ เช่นแบบฟอร์มมาตรฐานของสัญญาที่ใช้โดยหน่วยงานการค้าต่างประเทศของโปแลนด์ อ้างถึงเงื่อนไขมาตรฐานของการซื้อขาย “ที่ได้รวมบทบัญญัติที่ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ” รวมอยู่ด้วย.

อย่างไรก็ดี การตีความโดยกฎหมายและเขตอำนาจศาลภายใน ก็อาจแตกต่างกัน บางระบบกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องได้ลงนาม ในกรณีนี้ก็สามารถถือว่าเป็นการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยใบยืนยันคำเสนอ หรือการตอบรับคำเสนอ เช่นเดียวกับการทำสัญญานั้นเอง ระบบอื่น จะยอมรับว่า เนื่องจากการขาดการตอบรับที่เป็นลายลักษณ์อักษร ตามปกติ สำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จึงไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญา

กฎหมายต้นแบบไม่ควรเพิกเฉยต่อปัญหาในทางปฏิบัตินี้ และควรที่จะสร้างวิธีการตีความที่เหมาะสมในส่วนนี้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ควรละเลยต่อความจริงที่ว่า ในกรณีที่ได้หารือกันนั้น คู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ที่ได้ทำโดย ในความเป็นจริง *facta concludentia* ในขณะที่ได้เสนอเงื่อนไขมาตรฐานในทางพาณิชย์ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยไม่คำนึงถึงว่ามีถ้อยคำที่แตกต่างกันในสำหรับข้อตกลงนั้น ก็เป็นการแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรถึงความตั้งใจและเจตนาที่จะให้ข้อพิพาทระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว และไม่ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลภายใน<sup>99</sup>

หลักการระหว่างประเทศได้เอียงกันเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 7(2) ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศบัญญัติสำหรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำโดย “วิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมอื่นที่มีบันทึกของข้อตกลง” ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในที่ได้รับกฎหมายต้นแบบเป็นแบบอย่างก็ยอมรับให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือแม้แต่วันที่กในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ ในส่วนนี้ การโต้ตอบทางอีเมลล์หรือข้อมูลอื่นๆ (data message) ก็พอเพียงที่จะบอกว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแล้ว และโดยอาศัยข้อความดังกล่าว ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นเมื่อได้รวมอยู่ในเงื่อนไขทั่วไป (general conditions) ของเว็บเพจด้วย<sup>100</sup>

ปัญหาเกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นวิธีที่ยอมรับได้สำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ไม่ควรก่อให้เกิดปัญหามากไปกว่าการใช้โทรพิมพ์และโทรสาร มาตรา 7(2) ของกฎหมายต้นแบบได้ยอมรับอย่างชัดเจนสำหรับการใช้วิธีการใดๆของการสื่อสารทาง

<sup>99</sup> International Council For Commercial Arbitration, *UNCITRAL's Project For A Model Law on International Commercial Arbitration*, p.62-63.

<sup>100</sup> Alejandro Lopez Ortiz, *Arbitration and IT Part II: Use of IT in Out-of-court Mechanism for Resolution or Disputes: Electronic Arbitration*, (2004).

โทรคมนาคมที่มีบันทึกของข้อตกลง” ซึ่งอาจรวมถึงการใช้งานตามปกติทางจดหมาย หรือการส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange [EDI]) ด้วย<sup>101</sup>

การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้รับการยอมรับในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดให้ขยายขอบเขตของความคิด “ลายลักษณ์อักษร” “การลงนาม” และ “คั่นฉบับ” ด้วยความเห็นที่จะทำให้ครอบคลุมถึงเทคนิคบนคอมพิวเตอร์ด้วย วิธีการนั้นได้ทำให้สมบูรณ์ในเอกสารทางกฎหมายที่ได้เตรียมและยอมรับโดย UNCITRAL อาจเป็นสิ่งสำคัญมากที่สุดคือ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการให้หมายถึง “วิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมอื่น” อย่างไม่ดี ไม่เหมือนกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพราะมาตรา 7(2) ไม่ได้ตีความลักษณะพื้นฐานของธุรกรรมทางกฎหมายโดยใช้วิธีการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อปรับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม<sup>102</sup>

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น เคยเป็นประเด็นในคดีหนึ่งที่ศาลอุทธรณ์ของ Halogaland ประเทศนอร์เวย์ ลงวันที่ 16 สิงหาคม 1999 ปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้มาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ศาลได้ทำคำพิพากษาโดยอาศัยความจริงที่ว่า การโต้ตอบทางอีเมลที่ยื่นโดยคู่สัญญาซึ่งยอมรับสาระของเอกสารทางสัญญาที่ไม่ได้ลงนามนั้น ไม่ได้ทำให้เกิดคั่นฉบับหรือสำเนาที่ถูกต้องของข้อตกลงที่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือในฐานะเป็นผลของการโต้ตอบทางจดหมายหรือสำเนาที่ถูกต้อง<sup>103</sup>

ในเรื่องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น แม้ว่าจะสามารถตีความมาตรา 7(2) ให้รวมถึงได้ แต่ข้อความดังกล่าวก็ไม่ได้เขียนไว้ชัดเจน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงการทำธุรกรรมในปัจจุบันที่อิเล็กทรอนิกส์มีบทบาทอย่างมาก และกฎหมายภายในของบางประเทศ รวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยก็ได้บัญญัติรองรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์อย่างชัดเจน ซึ่งจะได้ศึกษาโดยละเอียดในบทที่ 3 กฎหมายต้นแบบก็ควรจะปรับให้เข้ากับสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันให้มากที่สุดด้วย

<sup>101</sup> UNCITRAL Document A/CN.9/WP.108/Add.1, pp. 6-7.

<sup>102</sup> Sandra obuljen, *ARBITRATION AND NEW TECHNOLOGIES: Arbitration and the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, (2001).

<sup>103</sup> Alejandro Lopez Ortiz, *Arbitration and IT Part II: Use of IT in Out-of-court Mechanism for Resolution or Disputes: Electronic Arbitration*, (2004), pp. 1-10

จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายต้นแบบจะได้จำกัดความในเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้กว้างกว่าที่อยู่ในข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่น แต่ก็ไม่สามารถตอบรับทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันมากนัก

รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญเพราะจะมีความสัมพันธ์กับอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นที่คู่สัญญาจะต้องกระทำให้ถูกต้อง โดยทั่วไปสัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีสามประเภท ได้แก่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา และสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย กฎหมายหลายฉบับกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อที่จะให้เป็นหลักฐานที่แน่ชัดว่าคู่สัญญาตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และเพื่อให้คู่สัญญารับรู้แน่ชัดว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะไม่อยู่ภายใต้อำนาจของศาล ซึ่งสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรมีหลายลักษณะ และมีทั้งที่อยู่ในกระดาษและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ กฎหมายบางฉบับก็รองรับสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายด้วย ซึ่งเกิดจากการกระทำบางอย่างของคู่สัญญาที่แสดงได้ว่า ยอมรับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ และในข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาฉบับนิวยอร์ก และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา รวมทั้งกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศก็กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีรายละเอียดแตกต่างกันออกไป สำหรับกฎหมายต้นแบบกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในเอกสารที่ลงนามโดยคู่สัญญาหรือเป็นเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือวิธีการสื่อสารอื่นใดที่มีบันทึกของข้อตกลง เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายต้นแบบไม่ได้รองรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในเอกสารบางอย่าง ที่ใช้ในการทำธุรกรรมตามปกติ ทำให้เกิดปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถถูกบังคับได้