

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง



นางสาวทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974 – 03 – 1108 – 3

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

COMPETENCE DE LA COMPETENCE



Miss Tippiroon Suvannakul

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974 – 03 – 1108 – 3

ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล : อำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง
(COMPETENCE DE LA COMPETENCE) อ.ที่ปรึกษา : รศ. พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร,
165 หน้า. ISBN 974 – 03 – 1108 - 3.

อำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในการที่จะทำให้การอนุญาตไต่สวนการดำเนินการไปได้อย่างรวดเร็ว และรวดเร็ว สมดังเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกใช้อำนาจไต่สวนการ แต่ในการอนุญาตไต่สวนการ โดยเฉพาะการอนุญาตไต่สวนการทางการค้าระหว่างประเทศ มักมีการคัดค้านอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาตไต่สวนการ โดยใช้เหตุผลต่าง ๆ เป็นต้นว่า สัญญาหลักไม่สมบูรณ์ ข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการจึงไม่สมบูรณ์ตามไปด้วย เหตุผลเหล่านี้มักถูกอ้างขึ้นเพื่อให้การดำเนินการอนุญาตไต่สวนการสะดุดหรือหยุดลง และทำให้เกิดข้อสงสัยว่าผู้ใดควรเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าอนุญาตไต่สวนการมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาประเด็นปัญหาเรื่องการอนุญาตไต่สวนการกับการคัดค้านอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการพิจารณาข้อพิพาท โดยศึกษาถึงแนวความคิดในการให้อำนาจอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ตลอดจนข้อดีและข้อขัดข้องในการใช้อำนาจดังกล่าวของอนุญาตไต่สวนการ

ผลจากการศึกษาวิจัยผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยยังไม่เหมาะสมที่จะทำให้การอนุญาตไต่สวนการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว เนื่องจากในปัจจุบันยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวที่ชัดเจน แม้ว่าจะได้มีการนำหลักการที่ให้อำนาจอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการในทางการค้าระหว่างประเทศมาพิจารณาในการร่างกฎหมายอนุญาตไต่สวนการฉบับใหม่แล้วก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังสมควรแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการดังกล่าวให้มีการยอมรับอำนาจของอนุญาตไต่สวนการที่เกิดจากการทำหน้าที่เป็นอนุญาตไต่สวนการและป้องกันการถ่วงเวลาดำเนินการอนุญาตไต่สวนการให้ล่าช้า เพื่อให้กฎหมายอนุญาตไต่สวนการของประเทศได้มาตรฐานในระดับสากล เป็นที่ยอมรับในนานาประเทศ และมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2544..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4186089334 : MAJOR LAWS

KEY WORD : ARBITRAL TRIBUNAL / COMPETENCE / JURISDICTION / POWER

TIPPIROON SUVANNAKUL : COMPETENCE DE LA COMPETENCE.

(อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง)

THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. PHIJAISAKDI HORAYANGKURA,

165 pp. ISBN 974 – 03 – 1108 – 3.

The power or competence of arbitral tribunal to carry out the proceeding is both important and necessary to bring about a quick and smooth arbitration as the parties may have aimed at when they choose arbitration to settle their dispute. But in arbitration, international commercial arbitration in particular, protests on competence usually arise. The given reasons for such protests are: the invalidity of the major contract brings about the invalidity of the arbitral agreement and others. These reasons are raised to stop or to slow down the arbitral process and cause doubts on who has the competence to rule on the competence of arbitral tribunal in hearing dispute.

This thesis intends to study the issue of competence of arbitral tribunal regarding the protest on the competence of the arbitral tribunal in hearing the dispute. The study has surveyed the line of thoughts on giving the arbitrators the competence to rule on its competence and the pros and cons of such exercise of power by the arbitral tribunal.

The study leads the author to believe that the provisions of Thai law is still inappropriate for carrying out an efficient and quick arbitration. At present, there is enough difficulty in practice for there is not a clear cut provision on the matter. Eventhough the principle of competence on competence has been brought into the draft bill via the Model Law on International Commercial Arbitration. The author still has a proposal on revision of the draft Arbitration Law to recognize the *sui generis* power of the office of arbitrator to counter dilatory tactics. This is to bring Thai arbitration law to the universal standard and acceptance for actual efficiency in the international arena.

Field of study.....Laws..... Student's signature.....

Academic year.....2001..... Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของ รองศาสตราจารย์ พิรัชต์ศักดิ์ หรยางกูร ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยนอกจากท่านจะได้กรุณาให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ตลอดมาแล้ว ท่านยังได้สละเวลาอันมีค่าในการตรวจทานและแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ในการเขียนอีกด้วย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างยิ่งไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ที่ได้ให้ความกรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ตลอดจน ศาสตราจารย์ จรัญ ภักดีธนากุล รองศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทโรภากร และอาจารย์ วิชัย อริยะนนทกะ ที่ได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นอันมีค่าและความกรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณฉัตรชัย โชคธีระสวัสดิ์ คุณเกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล คุณภัทรวีร์ คล้ายเคลื่อน คุณกิตติ ไอสถเจริญผล คุณสรวิญจิตต์ รัตนมาลัย คุณษมาภรณ์ กิตติจรส คุณเอกพจน์ ธีรวณิชย์ คุณเก่งกาจ สุศักดิ์กุล และคุณจุลนัยน์ ทิศาปราโมทย์กุล ที่ได้คำแนะนำและความช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ ที่มีส่วนสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์ด้วยดีตลอดมาจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จเป็นเล่มที่สมบูรณ์และสำเร็จลงด้วยดี

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณณิชา โทตระกิตย์ คุณสุรัชย์ ชีพเจริญรัตน์ Mr. Markus Huebscher ที่ได้ความอนุเคราะห์เอกสารจากต่างประเทศ เจ้าหน้าที่สำนักงานอนุญาตไต่สวนการที่ให้ช่วยเหลือในการค้นคว้าเอกสารอันมีส่วนสำคัญในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทุก ๆ ท่านที่ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ เสมอมา

ท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ที่มีความสำคัญมากที่สุดของผู้เขียนคือ บิดา มารดา และพี่ ๆ ของผู้เขียนที่ได้ให้การสนับสนุนแก่ผู้เขียนตลอดมาในระหว่างการทำวิทยานิพนธ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล

พฤษภาคม 2545

สารบัญ

| | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| บทที่ | |
| 1 บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 ขอบเขตของการวิจัย..... | 4 |
| 1.3 วัตถุประสงค์การวิจัย..... | 5 |
| 1.4 สมมติฐานการวิจัย..... | 5 |
| 1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย..... | 6 |
| 2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของอนุญาตตุลาการกับอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 7 |
| 2.1 ที่มาของอำนาจของอนุญาตตุลาการ..... | 8 |
| 2.1.1 อำนาจของอนุญาตตุลาการที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา..... | 8 |
| 2.1.1.1 อำนาจโดยตรง..... | 9 |
| 2.1.1.2 อำนาจโดยปริยาย..... | 10 |
| 2.1.2 อำนาจของอนุญาตตุลาการที่ได้รับตามกฎหมาย..... | 11 |
| 2.1.2.1 กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตตุลาการ..... | 12 |
| 2.1.2.2 กฎหมายของการอนุญาตตุลาการ..... | 12 |
| 2.1.3 อำนาจที่เกิดจากการทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ..... | 13 |
| 2.2 เบื้องหลังแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 14 |
| 2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 15 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|--|------|
| 2.2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 20 |
| 2.3 ข้อตกลงอนุญาตตุลาการกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 23 |
| 2.3.1 การเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 23 |
| 2.3.1.1 หลักความเป็นเอกเทศของสัญญา..... | 24 |
| 2.3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาตตุลาการกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 29 |
| 2.3.2 ความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 34 |
| 2.3.2.1 การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 35 |
| 2.3.2.2 ความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 36 |
| 2.3.2.2.1 ข้อพิพาทที่สามารถทำการอนุญาตตุลาการได้..... | 37 |
| 2.3.2.2.2 ความสามารถของคู่สัญญา..... | 39 |
| 2.3.2.2.3 ข้อกำหนดอื่น ๆ สำหรับความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 43 |
| 2.3.2.2.4 ขอบเขตของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 45 |
| 1) คู่สัญญาในการทำข้อตกลงอนุญาตตุลาการ..... | 45 |
| 2) เนื้อหาของข้อพิพาท..... | 47 |
| 2.4 ข้อดีและข้อบกพร่องของทฤษฎีอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 48 |
| 2.4.1 ข้อดีของทฤษฎีอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 48 |
| 2.4.2 ข้อบกพร่องของทฤษฎีอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 49 |
| 2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองในปัจจุบัน..... | 50 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|---|------|
| 3 | |
| วิวัฒนาการของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน..... | 53 |
| 3.1 | |
| วิวัฒนาการของหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัย อำนาจของตนเอง..... | 53 |
| 3.1.1 | |
| สนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 53 |
| 3.1.1.1 | |
| อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958..... | 54 |
| 3.1.1.2 | |
| อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทาง การค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1961..... | 56 |
| 3.1.1.3 | |
| อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965..... | 58 |
| 3.1.2 | |
| กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่าง ประเทศแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 61 |
| 3.1.2.1 | |
| ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการ ว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ..... | 61 |
| 3.1.2.2 | |
| กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ ระหว่างประเทศ..... | 63 |
| 3.1.3 | |
| ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ..... | 71 |
| 3.1.3.1 | |
| ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ..... | 72 |
| 3.1.3.2 | |
| ข้อบังคับของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน..... | 74 |
| 3.2 | |
| อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายภายใน..... | 75 |
| 3.2.1 | |
| ประเทศฝรั่งเศส..... | 75 |
| 3.2.1.1 | |
| ความเป็นเอกเทศของสัญญาและทฤษฎีอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ของประเทศฝรั่งเศส..... | 76 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|---------|--|
| 3.2.1.2 | อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ ของประเทศฝรั่งเศส.....78 |
| 3.2.2 | ประเทศเยอรมันนี.....82 |
| 3.2.3 | ประเทศอังกฤษ.....91 |
| 3.2.3.1 | ความเป็นเอกเทศของสัญญาภายใต้กฎหมายอังกฤษ.....94 |
| 3.2.3.2 | อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายอังกฤษ.....98 |
| 3.2.4 | ประเทศสหรัฐอเมริกา.....102 |
| 3.2.4.1 | กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958.....103 |
| 3.2.4.2 | ความเป็นเอกเทศของสัญญาและอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....105 |
| 4 | อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้กฎหมายไทย.....111 |
| 4.1 | การอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยก่อนการมีพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.....111 |
| 4.1.1 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการอนุญาโตตุลาการ.....112 |
| 4.1.2 | การอนุญาโตตุลาการนอกศาลภายใต้ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง.....114 |
| 4.2 | การอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.....117 |
| 4.2.1 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กับพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530118 |
| 4.2.2 | การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530.....118 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|--|------|
| 4.2.3 การเป็นเอกเทศของสัญญาและอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530..... | 124 |
| 4.2.3.1 การเป็นเอกเทศของสัญญาภายใต้พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530..... | 124 |
| 4.2.3.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530..... | 125 |
| 4.2.4 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล..... | 129 |
| 4.3 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทย..... | 131 |
| 4.3.1 ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม..... | 131 |
| 4.3.2 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าไทย..... | 132 |
| 4.4 ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ | 133 |
| 4.4.1 หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ฉบับใหม่..... | 133 |
| 4.4.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการ วินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 134 |
| 4.4.3 ประสิทธิภาพ ข้อดี และข้อควรพิจารณาในการนำหลักอำนาจ ของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้ใน ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่..... | 137 |
| 4.4.3.1 ประสิทธิภาพของการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจ ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 138 |
| 4.4.3.2 ข้อดีในการนำหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการ วินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้..... | 141 |
| 4.4.3.3 ข้อควรพิจารณาในการนำหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้..... | 142 |
| 4.5 ข้อควรพิจารณาอื่น ๆ ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการ วินิจฉัยอำนาจของตนเอง..... | 142 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|---|------|
| 4.5.1 ข้อพิพาทที่ไม่สามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดความสงบเรียบร้อย ของประชาชนของประเทศไทย..... | 143 |
| 4.5.2 ข้อพิพาทในทางการค้ากับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542..... | 147 |
| 5 บทสรุปและเสนอแนะ..... | 152 |
| 5.1 สรุป..... | 152 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ..... | 155 |
| รายการอ้างอิง..... | 158 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์..... | 165 |

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในโลกยุคปัจจุบัน ความจำเป็นในชีวิตอาจไม่ใช่ปัจจัยสี่อย่างอันได้แก่เครื่องนุ่งห่ม อาหาร ยารักษาโรค และที่อยู่อาศัยเพียงเท่านั้นอีกต่อไปแล้ว เนื่องจากอิทธิพลของยุคโลกาภิวัตน์ ข้อมูลข่าวสารสามารถส่งถึงกันได้ใ้เพียงชั่วพริบตา การได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการที่นอกเหนือจากปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ไม่อาจได้มาโดยใช้วิธีการแลกเปลี่ยนกันโดยตรงได้อีกต่อไป จำเป็นต้องอาศัยการค้าโดยอาศัยพ่อค้าคนกลางในการแลกเปลี่ยนซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างยิ่งในระบบเศรษฐกิจของทุกประเทศ การค้ามีส่วนช่วยในการพัฒนาสังคมให้มีความเจริญและสามารถถักทอเสถียรภาพเศรษฐกิจของแต่ละประเทศได้ แม้ปัจจุบันการค้าจะได้พัฒนาไปไกลโดยมีเทคโนโลยีเป็นส่วนช่วยในการผลักดันให้การค้ามีความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการทำธุรกรรมทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) แต่การทำธุรกิจการค้าก็ยังคงต้องอาศัยการกำหนดกฎเกณฑ์ระหว่างคู่สัญญาหรือที่เรียกว่า “สัญญา” เพื่อให้ธุรกิจการค้าดำเนินไปได้อย่างราบรื่น หากคู่สัญญาทุกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาโดยถูกต้องครบถ้วน ย่อมเป็นการดีอย่างแน่นอน แต่ในความเป็นจริงแล้วหาได้เป็นเช่นนั้นเสมอไปไม่ มีคู่สัญญาจำนวนไม่น้อยที่ต้องประสบปัญหาจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาไม่ครบถ้วน ทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างกัน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นโดยปกติควรจะต้องระงับข้อพิพาทในศาล แต่เนื่องจากเป็นข้อพิพาททางแพ่งหรือทางพาณิชย์ ประกอบกับหลักการเคารพต่อเจตนาของคู่สัญญา ทำให้คู่สัญญามีสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นที่กฎหมายรับรองให้ทำได้ และทางหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่นิยมใช้กันมากก็คือการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการอาจเกิดขึ้นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โดยการที่คู่สัญญามาตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่การเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมักถูกระบุไว้ในสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทในอนาคตมากกว่า การอนุญาโตตุลาการได้ถูกใช้อย่างแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับในการระงับข้อพิพาททางแพ่งหรือทางพาณิชย์ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่

ในทางปฏิบัติทางการค้าทั้งระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศได้มีส่วนในการพัฒนาการอนุญาตไต่สวนการอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ เนื่องจากในการดำเนินการค้ามีความต้องการความสะดวก รวดเร็ว และประหยัด ส่วนข้อขัดแย้งที่บางครั้งอาจหลีกเลี่ยงไม่ได้เมื่อเกิดขึ้นก็จะได้รับความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ทำการค้าด้วยกัน โดยการวินิจฉัยจากผู้ที่มีความรู้ความชำนาญโดยเฉพาะ และจากการพัฒนากฎหมายทางการค้าได้หลอหลอมให้มีการปฏิบัติด้านอนุญาตไต่สวนการให้เป็นไปในทางเดียวกันจนถึงระดับที่สามารถบัญญัติเป็นกฎหมายได้ ประกอบกับการที่หลาย ๆ ประเทศยอมรับการแสดงเจตนาและการตกลงในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันของเอกชน ทำให้เกิดเป็นกฎหมายอนุญาตไต่สวนการที่กำหนดว่าหากคู่สัญญา มีการตกลงทำสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการระหว่างกันแล้ว ศาลจะต้องบังคับให้คู่สัญญาไปดำเนินการตามที่ตกลงกันนั้นก่อนที่จะมาพึ่งกระบวนการยุติธรรมของรัฐได้

โดยทั่วไปแล้ว การอนุญาตไต่สวนการเป็นหนทางระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับเพราะคู่สัญญาเป็นผู้เลือกผู้ที่จะมาทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการเอง โดยเลือกจากผู้ que ตนคิดว่าสามารถให้ความเป็นธรรมกับตนได้ และคู่สัญญาก็ยินยอมให้อนุญาตไต่สวนการผู้นั้นพิจารณาตัดสินข้อพิพาทระหว่างกัน ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการนอกจากผลของคำชี้ขาดจะเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาแล้ว ก็ยังทำให้ธุรกิจการค้ายังคงสามารถดำเนินต่อไปได้เนื่องจากในการระงับข้อพิพาทยังคงมีบรรยากาศที่เป็นมิตรต่อกันระหว่างคู่สัญญา

การอนุญาตไต่สวนการอาจเกิดจากการตกลงกันขึ้นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือมีการตกลงกันไว้ล่วงหน้า โดยทำเป็นข้อตกลงที่เป็นสัญญาอีกฉบับแยกต่างหากจากสัญญาหลัก หรืออาจทำเป็นข้อตกลงรวมอยู่ในสัญญาหลักก็ได้ ซึ่งกรณีหลังนี้อาจก่อให้เกิดคำถามขึ้นมาว่าหากสัญญาหลักมีความไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายจะมีผลกระทบต่อข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการหรือไม่ และหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธหรือคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการทั้งหมดหรือบางส่วน อนุญาตไต่สวนการจะมีอำนาจวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ในเมื่ออำนาจของอนุญาตไต่สวนการก็มาจากเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงให้อนุญาตไต่สวนการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทระหว่างกัน และสัญญาอนุญาตไต่สวนการก็เป็นสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญา ตลอดจนหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย เช่น หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือนโยบายสาธารณะ เป็นต้น

ด้วยเหตุผลที่ว่าความมุ่งหมายของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีขึ้น เพื่อต้องการที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดความขัดแย้งหรือข้อโต้แย้งกันระหว่างคู่สัญญาขึ้น ในกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็สามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการกันไปได้ แต่หากคู่สัญญาแสดงออกซึ่งความยินยอมในการใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันในตอนที่ได้เจรจาและตกลงทำสัญญาหลักกันภายหลังสัญญาหลักสิ้นสุด ถ้าจะให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสิ้นผลหรือสิ้นสุดลงไปตามสัญญาหลักที่สิ้นผลหรือสิ้นสุดลงแล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาจะทำให้ไม่อาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ตามที่คู่สัญญาตั้งใจไว้ และโดยส่วนใหญ่ก็มักจะมีการปฏิเสธหรือคัดค้านว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น¹ โดยอ้างเหตุว่าข้อพิพาทไม่ได้อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ สัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไร้ผลเป็นเหตุให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไร้ผลไปด้วยบ้าง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือไร้ผลบ้าง ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบ้าง หรือตนไม่ใช่คู่สัญญาจึงไม่ผูกพันในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบ้าง ทำให้เกิดปัญหาต่อมาว่าผู้ใดควรจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในสัญญาหลักและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ควรจะให้ศาลหรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัย

นอกจากในบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศส่วนใหญ่ยังคงให้ศาลสามารถแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการโดยมีการควบคุมและตรวจสอบการอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งในช่วงก่อนเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการและระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการ การควบคุมและตรวจสอบอย่างเข้มงวดเป็นผลทำให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินการได้ล่าช้ากว่าที่ควรจะเป็น ระบบอนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพอย่างแท้จริง แม้ว่ากฎหมายภายในของบางประเทศอาจให้อำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ระหว่างที่ศาลยังคงพิจารณาประเด็นดังกล่าวก็ตาม เพราะว่าในทางปฏิบัติแล้ว หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการนำเรื่องอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของตนเองขึ้นสู่ศาล ก็อาจหยุดกระบวนการพิจารณาไว้เพื่อรอ

¹ ในการศึกษาครั้งนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทหรืออำนาจเหนือข้อพิพาท (เช่นเดียวกับเรื่องเขตอำนาจของศาล) ไม่ใช่กรณีการคัดค้านตัวอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือความเหมาะสมในการเข้ารับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ.

คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลก่อน เพราะคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอาจมีผลกระทบทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนได้ในภายหลัง

ในกรณีประเทศไทย ปัจจุบันได้มีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อันได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แต่กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้แต่อย่างใด ฉะนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิเสธหรือคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงเกิดปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ หรือควรจะให้ศาลเป็นผู้พิจารณาในประเด็นดังกล่าว

ดังนั้น จึงสมควรศึกษาถึงความสำคัญของการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ เพื่อเป็นแนวทางที่เหมาะสมและชัดเจนในการใช้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ เป็นผลให้การอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพสูงสุดสมกับจุดมุ่งหมายของการอนุญาโตตุลาการ เกิดความแน่นอน และความมั่นใจในการประกอบธุรกรรม อันจะเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาทุกฝ่าย

1.2 ขอบเขตของการวิจัย

ในการวิจัยเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้กรอบของสนธิสัญญา กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ และวิเคราะห์ถึงการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการในทางการค้าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาล เพื่อค้นหาปัญหา อุปสรรค ข้อขัดข้องทางกฎหมาย และแนวปฏิบัติ ตลอดจนแนวทางที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น รวมทั้งเพื่อหาแนวทางในการเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสมต่อไป

1.3 วัตถุประสงค์การวิจัย

1) เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตไต่สวนการในเรื่องอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ซึ่งทำให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาหรือความศักดิ์ของสัญญา และส่งเสริมประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการมากยิ่งขึ้น

2) เพื่อศึกษาถึงวิวัฒนาการของหลักอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ในสนธิสัญญา กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และข้อบังคับของสถาบันที่จัดดำเนินการอนุญาตไต่สวนการ และกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่รับเอาหลักดังกล่าวที่มีอยู่ในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาตไต่สวนการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

3) เพื่อค้นหาประสิทธิภาพของการอนุญาตไต่สวนการที่มีการใช้หลักอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และค้นหาปัญหาและอุปสรรคของการใช้หลักดังกล่าว

4) เพื่อให้ทราบถึงสภาพของกฎหมายไทยในปัจจุบัน รวมทั้งปัญหา อุปสรรคต่าง ๆ ในการพิจารณาการคัดค้านอำนาจของอนุญาตไต่สวนการ และศึกษาร่างพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการฉบับใหม่ ในเรื่องอำนาจของอนุญาตไต่สวนการ ตลอดจนความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน

1.4 สมมติฐานการวิจัย

การอนุญาตไต่สวนการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่พัฒนาขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติในทางการค้าทั้งระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศ แต่โดยที่คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการบางฝ่ายนั้นอาจปฏิเสธหรือคัดค้านอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการพิจารณาข้อพิพาท และอาจนำประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาตไต่สวนการในการพิจารณาข้อพิพาทไปสู่ศาล ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการระงับข้อพิพาทและส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีทางการค้า

ระหว่างกันของคู่สัญญา รวมทั้งส่งผลให้ลดความน่าเชื่อถือและไว้วางใจในการอนุญาตตุลาการ และประสิทธิภาพของการอนุญาตตุลาการลดลง ดังนั้น ในการดำเนินการอนุญาตตุลาการจึงจำเป็นจะต้องให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนาของคู่สัญญา และเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการอนุญาตตุลาการ

1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับการวิจัย

1) เพื่อให้เข้าใจถึงแนวความคิดและทฤษฎีในเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

2) ข้อดีและข้อบกพร่องของการให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง อันจะทำให้สามารถปรับปรุงเพิ่มเติมหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่จำเป็นในโอกาสต่อไป

3) เพื่อส่งเสริมให้เกิดความเชื่อมั่นในการอนุญาตตุลาการและทำให้มีการเลือกใช้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน เพราะมีความเป็นธรรม รวดเร็ว ประหยัด มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ และสามารถรักษาความลับและสัมพันธภาพระหว่างคู่ความได้

เมื่อมีความเชื่อมั่นในการอนุญาตตุลาการและเลือกใช้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทมากขึ้น ก็จะช่วยลดและแบ่งเบาอรรถคดีที่ขึ้นสู่ศาล

4) เพื่อให้ฝ่ายต่าง ๆ ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการเข้าใจในอำนาจของอนุญาตตุลาการได้อย่างถูกต้องและมีส่วนร่วมในการอนุญาตตุลาการอย่างเหมาะสม

บทที่ 2

ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของอนุญาโตตุลาการ กับอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา โดยปกติแล้วคู่สัญญาสามารถจะตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างกันเอง หรือมอบอำนาจให้บุคคลที่สามหรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทระหว่างกันให้ก็ได้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยสมบูรณ์ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญาให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นนั้น การอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการตกลงกันของคู่สัญญา นี้เรียกว่า การอนุญาโตตุลาการโดยยินยอม (consensual arbitration) ซึ่งต่างกับการอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมาย (compulsory arbitration) ที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจในดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้โดยแม้ไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่กรณี

ในการศึกษา “COMPETENCE DE LA COMPETENCE”¹ ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง” และจะศึกษาในขอบเขตเฉพาะการอนุญาโตตุลาการโดยยินยอมเท่านั้น

การอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอมนั้น อำนาจของอนุญาโตตุลาการ (authority or competence) ได้มาจากการโอนอำนาจในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันของคู่สัญญามาให้แก่อนุญาโตตุลาการนั่นเอง โดยอยู่ในรูปของข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจที่สำคัญและชัดเจนที่สุด และถ้าในสัญญาระบุให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ไว้ด้วย อนุญาโตตุลาการก็สามารถวินิจฉัยอำนาจของตนได้ แต่หากคู่สัญญาไม่ได้ระบุไว้เช่นนั้น อำนาจดังกล่าวอนุญาโตตุลาการก็อาจได้รับอำนาจมาจากแหล่งอื่นนอกจากในสัญญา

¹ ในการใช้คำที่แตกต่างกันไปในความหมายเดียวกันว่า “jurisdiction concerning jurisdiction” or “jurisdiction to decide jurisdiction” by William W. Park, “Competence of Competence” or “Competence on Competence” by Judge Bola Ajibola, “competence – competence” by Silvan Hutter และ “competence - competence jurisdiction” โดยรองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร.

แม้ว่ามูลฐานอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะมีที่มาจากสัญญาระหว่างคู่สัญญา แต่ผู้เขียนเห็นว่าที่จริงแล้วแนวความคิดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง มีแนวคิดที่สำคัญมาจากแนวความคิดที่ว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่อนุญาโตตุลาการมีอยู่ในตนเองหรืออำนาจที่เกิดจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ² เนื่องจากเป็นอำนาจที่จำเป็นสำหรับอนุญาโตตุลาการในการที่จะสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไปได้ ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ มีรายละเอียดดังนี้

2.1 ที่มาของอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

การทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดจำเป็นต้องมีอำนาจเพื่อทำการอนุญาโตตุลาการให้สมบูรณ์และสำเร็จลุล่วงไปได้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยหลักเป็นอำนาจที่ได้รับจากคู่สัญญาที่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการก็ยังได้รับอำนาจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการระงับข้อพิพาท และอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้จากการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเองด้วย นั่นคือหน้าที่ในการตัดสินข้อพิพาทอย่างเป็นธรรม อำนาจทั้งสามแหล่งดังกล่าวอันเป็นที่มาของอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนี้

2.1.1 อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในข้อนี้เกิดจากเจตนาที่ประสงค์จะผูกพันในการที่จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทระหว่างกัน ในรูปของสัญญาซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขหรือแบบแผนที่กฎหมายกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา และโดยส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดให้สัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร การทำสัญญาระหว่างคู่สัญญานี้จะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาด้วยคือ สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติโดยสุจริต³ (good faith)

อำนาจที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา (Powers conferred by the parties) นั้นอาจแยกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกันคือ อำนาจโดยตรง (Directly) และอำนาจโดยปริยาย (Indirectly)⁴

² โปรดดูรายละเอียดในข้อ 2.1.3

³ French Civil Code, Article 1134 paragraph.3 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ใหวีไลกุล, คำคมความคิดทางกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, 2545), หน้า 21.

2.1.1.1 อำนาจโดยตรง

อำนาจโดยตรงเป็นอำนาจอันแท้จริงและเห็นได้ชัดเจนที่สุดของอนุญาโตตุลาการอำนาจโดยตรงนี้เป็นอำนาจที่มาจากเจตนาโดยชัดแจ้ง โดยมักจะแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีเอกสารอันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเพื่อการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องอำนาจชัดแจ้งนี้ Michael J. Mustill เห็นว่าเป็นอำนาจที่เกิดจากการที่คู่สัญญาตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่ทั้งนี้ก็มีข้อจำกัดอยู่เช่นกันได้แก่ ประการแรกคือ คู่สัญญาจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจหรือใช้อำนาจโดยชัดต่อกฎหมาย⁵ หรือชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี⁶ ไม่ได้ ประการที่สองคือ เนื่องจากอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจที่เกิดจากความตกลงกันเฉพาะระหว่างคู่สัญญา ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจเหนือบุคคลภายนอกที่มีได้ตกลงเข้าร่วมในการระงับข้อพิพาทด้วย และประการสุดท้าย อำนาจบางประการเป็นอำนาจที่ใช้ได้เฉพาะของผู้พิพากษาเท่านั้น⁷ คู่สัญญาจึงจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นว่านั้นด้วยมิได้ เช่นในเรื่องสิทธิบัตร⁸ กฎหมายฝรั่งเศสได้สงวนการฟ้องร้องคดีทั้งหลายเกี่ยวกับสิทธิบัตรฝรั่งเศสให้เป็น

⁴ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Third Edition (London : Sweet & Maxwell,1999), pp.248-249.

⁵ ข้อพิพาทที่เกิดจากเรื่องที่ถูกกฎหมายห้าม เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากการพนัน, อ้างถึงใน เสาวนีย์ อิศวโรจน์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 25.

⁶ เช่นสัญญาผูกขาด (cartel agreement), เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

⁷ Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration, (London : Butterworths, 1982), p.254.

⁸ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง (Competence-Competence)”, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, ฉบับแก้ไขปรับปรุงใหม่ : พิมพ์ครั้งที่ 2 (เล่ม 2) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ BJ. Processor), หน้า 53.

อำนาจของศาลฝรั่งเศส⁹ เท่านั้น หรือข้อพิพาทที่มีแต่ปัญหาข้อกฎหมาย ก็เป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะ¹⁰

2.1.1.2 อำนาจโดยปริยาย

อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ถือว่าเป็นอำนาจโดยปริยายนั้นเป็นอำนาจที่อนุญาโตตุลาการได้รับเมื่อได้ทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการตามที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดอำนาจหน้าที่บางประการของอนุญาโตตุลาการไว้¹¹ แต่การที่คู่สัญญาไม่ได้ระบุอำนาจของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นไว้โดยตรง อาจเป็นที่สงสัยได้ว่าแท้จริงแล้วคู่สัญญาได้ให้อำนาจดังกล่าวไว้จริงหรือไม่ เพราะโดยหลักแล้วควรจะมีการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจน เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นหลักฐานแห่งสัญญาในภายหลัง

หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องของสัญญานั้นยอมรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังที่ Lord Haldane ผู้พิพากษาในสภาขุนนาง (House of Lords) ของอังกฤษท่านหนึ่งกล่าวในคดี North Western Salt v. Electric Alkali (ค.ศ.1914) ว่า “คู่กรณีนั่นเองที่ผู้ตัดสินที่ดีที่สุดในเรื่องประโยชน์ทั้งหลายของตน”¹² สำหรับกฎหมายไทย ถือหลัก “ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา” โดยคู่กรณีจะตกลงทำสัญญาให้ได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรก็ได้ ตราบใดที่ข้อได้

⁹ Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, (New York : Oceana Publications, 1978), p.542.

¹⁰ Clive M. Schmitthoff and David A.G. Sarre, *Charlesworth's Mercantile Law*, 13th edition (London : Stevens, 1997), p.537; Anthony Walfon (ed.), *Russell on the Law of Arbitration*, 17th edition (London : Stevens & Sons Limited, 1970), p.21, อ้างถึงในเสาวนีย์ อัครวโรจน์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 25.

¹¹ ตัวอย่างเช่น ข้อ 29 ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าไทย กำหนดว่า “อนุญาโตตุลาการหากเห็นเป็นการสมควรอาจให้คำแนะนำหรือออกคำสั่งในระหว่างดำเนินการพิจารณา และคู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งนั้น”.

¹² อ้างถึงใน ธาดา ศาสตรสาธิต, “การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ,” *บทบัญญัติ*, 44 (ธันวาคม 2531) : 53.

เปรียบเสียเปรียบนั้นไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹³ ฉะนั้น ในการเข้าทำสัญญาทุกครั้ง โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด จึงเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องพิจารณาไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนทำสัญญา เพราะเมื่อได้มีการทำสัญญาโดยถูกต้องขึ้นมาแล้ว คู่สัญญาถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หรือความตกลงนั้นต้องปฏิบัติตาม¹⁴ (*pacta sunt servanda*) คู่สัญญาไม่ควรจะบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามสัญญา

ทั้งนี้ เมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจให้วินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว โดยปกติ สิ่งสำคัญ ที่ต้องพิจารณาคือต้องแน่ใจว่าอนุญาโตตุลาการได้รับฟังคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน และตัดสินข้อพิพาทภายในขอบเขตอำนาจของตน¹⁵ ตามที่ได้รับอำนาจจากคู่สัญญา

2.1.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับตามกฎหมาย

ส่วนอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับตามกฎหมาย นั่นคือการที่มีบทกฎหมายบัญญัติรับรองว่าคู่สัญญาสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้ ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเป็นข้อพิพาทที่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability) ขอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอันดีของประชาชน หรือนโยบายสาธารณะ (Public Order or Public Policy)

หลักเกณฑ์ในลักษณะนี้เป็นส่วนเสริมอำนาจของอนุญาโตตุลาการให้สมบูรณ์ โดยการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการโดยตรง หรือให้อำนาจแก่ศาลในการใช้อำนาจบางอย่างแทนอนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณี หรือใช้ทั้งสองวิธีการข้างต้นรวมกัน¹⁶ โดยในบางประเทศอาจจะมี

¹³ เช่นในมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”.

¹⁴ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 651.

¹⁵ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p.247.

¹⁶ Ibid., p.249.

การออกกฎหมายภายในเป็นการเฉพาะเพื่อควบคุมกระบวนการอนุญาตไต่สวนการให้เป็นไปในแนวเดียวกัน เช่น กฎหมายอนุญาตไต่สวนการ ค.ศ.1996 ของประเทศอังกฤษ ให้อนุญาตไต่สวนการมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาทั่วไป หรือเรียกให้ผู้เรียกร้องวางเงินค่าใช้จ่ายในการอนุญาตไต่สวนการได้ เป็นต้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตไต่สวนการอาจแบ่งได้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตไต่สวนการ และกฎหมายของการอนุญาตไต่สวนการ

2.1.2.1 กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตไต่สวนการ

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตไต่สวนการได้แก่ กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีการทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการเกิดขึ้น¹⁷ (*lex loci contractus*) เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ใช้พิจารณารูปแบบและความสมบูรณ์ของสัญญา

2.1.2.2 กฎหมายของการอนุญาตไต่สวนการ

กฎหมายของการอนุญาตไต่สวนการหรือกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาตไต่สวนการ เป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง¹⁸ (*lex arbitri*) โดยปกติคือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ แต่อาจรวมถึงกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการ และการบังคับตามข้อตกลง ตลอดจนคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด กฎหมายของการอนุญาตไต่สวนการอาจไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่การอนุญาตไต่สวนการเกิดขึ้นก็ได้ โดยปกติการอนุญาตไต่สวนการนั้น เมื่อมีการพิจารณากันที่ใดก็ถือว่าการอนุญาตไต่สวนการเกิดขึ้น ณ ที่นั้น ดังนั้น คำชี้ขาดต้องทำ ณ ประเทศนั้น ๆ ด้วย¹⁹

¹⁷ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตไต่สวนการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการหาคำและรายชื่ออยู่กับที่อยู่ของสถาบันอนุญาตไต่สวนการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 122.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

¹⁹ ตาม หลัก เกณ ฑี ใน คดี James Miller v. Whitworth Street Estates (1970) กฎหมายอนุญาตไต่สวนการที่จะใช้บังคับนั้นต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาตไต่สวนการไปนั่งพิจารณาคดี (*lex loci abitri*) ด้วย, อ้างถึงในอนันต์ จันทรโอภากร, “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการต่างประเทศ กรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 377/2531”, บทบัญญัติ, 44 (กันยายน 2531) : 75.

ส่วนในการดำเนินการอนุญาตไต่สวนการอำนาจของอนุญาตไต่สวนการที่จะวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีจะต้องอาศัยเจตนาที่แสดงออกมาในรูปของสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่กรณีเป็นพื้นฐานในเบื้องต้นก่อน ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาตไต่สวนการที่สมบูรณ์และผูกพันคู่สัญญาแล้ว กฎหมายจึงอาจเข้ามามีบทบาทเสริมเพิ่มเติมขอบเขตอำนาจของอนุญาตไต่สวนการ เพื่อให้การอนุญาตไต่สวนการนั้นมีประสิทธิภาพและเป็นผลมากยิ่งขึ้น²⁰

2.1.3 อำนาจที่เกิดจากการทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการเอง (Inherent Power)

ก่อนที่อนุญาตไต่สวนการจะได้เข้าทำหน้าที่เป็นอนุญาตไต่สวนการหรือผู้ตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา อนุญาตไต่สวนการมีสิทธิที่จะรับทำหน้าที่เป็นอนุญาตไต่สวนการหรือปฏิเสธไม่รับหน้าที่ดังกล่าวก็ได้ ถ้าหากว่าอนุญาตไต่สวนการตกลงยินยอมเป็นอนุญาตไต่สวนการแล้วจึงจะมีอำนาจและหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทตามที่ได้รับแต่งตั้ง หรือเรียกได้ว่าอำนาจที่เกิดจากการทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการนั่นเอง

อำนาจที่เกิดจากการทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการ (inherent power) หมายความว่าถึงอำนาจเหล่านั้นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เช่นศาลหรือรัฐบาลจะต้องมีเพื่อให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ตามที่ถูกตั้งขึ้น²¹ กล่าวคือเป็นธรรมชาติในการทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการที่จะต้องตัดสินอย่างเป็นธรรมเช่นเดียวกับผู้พิพากษา (judge-like acts²²) หรือเป็นอำนาจที่มีอยู่ภายในทุกหน่วยงานยุติธรรม²³

²⁰ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการนอกศาล (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 100-101.

²¹ Steven H. Gifis, Barron's Dictionary of Legal Terms, Third Edition (New York : Barron's Educational Series, 1998), p.237.

²² J. Stewart Mc Clendon and Rosabel E. Everard, Goodman eds., International Commercial Arbitration in New York, (New York : Transnational Publishers, 1986), p.72.

²³ Ibrahim F. I. Shihata, The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction : COMPETENCE DE LA COMPETENCE . (Netherlands : Martinus Nijhoff, 1965), p.25.

M.S.Dockray ได้กล่าวว่า “อำนาจที่มีอยู่ในตนเอง คืออำนาจที่ศาลเป็นเจ้าของโดยเหตุที่เป็นศาล หรือโดยเหตุที่เป็นศาลเฉพาะ ในความหมายนี้ อำนาจที่มีอยู่ในตนเองเป็นลักษณะที่มีอยู่ดั้งเดิมโดยธรรมชาติขององค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเช่นเดียวกับศาล”²⁴ องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเช่นเดียวกับศาลนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหมายความรวมถึงอนุญาโตตุลาการด้วย M.S.Dockray ได้กล่าวต่อไปอีกว่าอำนาจที่มีอยู่ในตนเองนี้รวมถึง “อำนาจโดยปริยายเกิดขึ้นจากหรือเนื่องจากงานที่ศาลรับไว้พิจารณา”²⁵ นอกจากนี้ Julian D.M. Lew ยังได้ยืนยันว่า “คณะอนุญาโตตุลาการได้กลายเป็นศาลทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยอนุญาโตตุลาการก็คือผู้พิพากษา”²⁶

2.2 เบื้องหลังแนวความคิดและทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

เนื่องจากอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีจำกัด นั่นคืออยู่ภายในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการก็ต้องระมัดระวังในการดำเนินการภายในกรอบของข้อตกลงนี้ ทำให้มีการตีความกฎเกณฑ์ที่ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่กระทำการเกินกว่าขอบเขตอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (does not excess authority) จากคู่สัญญา หรืออนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ดำเนินการเกินกว่าขอบเขตอำนาจของตน (jurisdiction)²⁷ นั่นเอง

²⁴ M.S.Dockray, 'The Inherent Jurisdiction', The Law Quarterly Review, 113 (January 1997) :122.

²⁵ Ibid.

²⁶ Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p.540.

²⁷ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International commercial Arbitration, p. 260; และ Alan Redfern and Martin Hunter ยังได้กล่าวอีกว่า jurisdiction ในที่นี้ใช้ในความหมายของคำว่า mandate, competence หรือ authority

ในการศึกษาเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จากเอกสารของต่างประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษมักใช้คำว่า jurisdiction มากกว่าคำว่า competence โดย M.S.Dockray ให้ความหมายของคำว่า “Jurisdiction” ไว้ว่า “อำนาจหรือแหล่งที่มาแห่งอำนาจทั้งหลาย”.

ดังนั้นหากในข้อตกลงของคู่สัญญาไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจกระทำการใดอนุญาตตุลาการก็ไม่อาจกระทำการนั้นได้ แต่จะรวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ด้วยนั้น ทำให้เกิดการตั้งเป็นประเด็นคำถามว่าอนุญาตตุลาการควรมีอำนาจดังกล่าวหรือไม่ ในเมื่อข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่ได้ระบุไว้ จึงได้มีแนวคิดที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวจนทำให้เกิดเป็นทฤษฎีดังที่จะได้ศึกษาต่อไป

2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

การฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลนั้น หากคู่กรณีกล่าวอ้างหรือต่อสู้ว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีที่ฟ้องร้องกัน ในกรณีนี้ก็จะเป็นอำนาจของศาลเองที่จะวินิจฉัยว่าศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าวหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าศาลไม่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าวแล้ว ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่กรณีนำคดีไปฟ้องยังศาลอื่นที่มีอำนาจเหนือคดีเรื่องนั้น แต่หากศาลวินิจฉัยแล้วเห็นว่าคดีอยู่ภายใต้อำนาจของตน ศาลก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นต่อไป แนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับกันเป็นสากลว่าศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้

ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการนั้น เมื่อมีการคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ ก็มักจะเกิดปัญหาว่าผู้ใดควรจะเป็นผู้ตัดสินประเด็นนี้ โดยควรที่จะให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยหรืออนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยได้เองว่า อนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ได้เถียงกันทางทฤษฎีซึ่งยังไม่เป็นที่ยุติเหมือนกับในกรณีของศาล โดยมีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก ได้แก่ฝ่ายซึ่งสนับสนุนว่าอนุญาตตุลาการควรมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้นั้น ให้เหตุผลว่าเมื่อคู่สัญญาตกลงกันที่จะเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาตตุลาการแล้ว ก็ควรที่จะมอบความไว้วางใจแก่อนุญาตตุลาการ และไม่ควรที่จะนำคดีไปสู่ศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยก่อนว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจหรือไม่ ทั้งนี้ หากมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทำการเสนอข้อพิพาทต่อศาลก่อน ศาลที่มีทัศนคติว่าอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทควรเป็นของศาลเท่านั้น อาจมีคดีต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ และทำให้มีแนวโน้มที่จะตัดสินว่าข้อพิพาทนั้นไม่อาจระงับโดยวิธีการอนุญาตตุลาการได้ และการนำข้อพิพาทไปสู่ศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการก่อน เป็นการทำให้เป็นการเสียเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่กรณี

เพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น ทั้งนี้เนื่องจากเมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้วนั้น ในชั้นบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ก็ต้องฟ้องศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดให้ ศาลก็จะเข้ามาตรวจสอบว่าอนุญาโตตุลาการกระทำการภายในขอบอำนาจของตนหรือไม่ ก่อนอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามบ่อยครั้งที่พบว่าการกล่าวอ้างว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นเป็นเพียงข้อต่อสู้ที่เลื่อนลอยและยกขึ้นมาเพื่อประวิงเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการหรือบังคับตามคำชี้ขาดให้ล่าช้าเท่านั้น

ผู้ที่สนับสนุนความคิดของฝ่ายนี้ได้แก่ ศาสตราจารย์สรรเสริญ ไกรจิตติ โดยท่านได้กล่าวไว้ในคดีระหว่างกิจการร่วมค้ากับรัฐวิสาหกิจของรัฐบาลไทยคดีหนึ่งว่า “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง แม้ดูประหนึ่งตัดสินความถูกต้องชอบธรรมของตน แต่อยู่ในกรอบของกฎหมายและหลักนิติธรรมที่ยอมรับทั่วไปในอารยประเทศ”

Judge Schwebel ได้ให้เหตุผลสนับสนุนไว้ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก นักนิติศาสตร์จำนวนมากสนับสนุนหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองโดยได้รับการสนับสนุนและผลักดันอย่างกว้างขวาง ประการที่สอง ทฤษฎีนี้รับฟังได้ และประการที่สาม หลักการนี้ได้รับการสนับสนุนโดยการนำถ้อยคำและหลักการไปปรับใช้ในข้อบังคับและอนุสัญญาทางด้านอนุญาโตตุลาการ และโดยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการภายในประเทศ²⁸

เหตุผลของการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนี้อาจเป็นไปได้ว่าเกิดขึ้นเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าคำคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ถูกเสนอต่อศาลเนื่องจากคู่กรณีต้องการที่จะประวิงเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการหรือหากคู่กรณีอีกฝ่ายพลาดพลั้ง โดยยกเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการขึ้นคัดค้านเพื่อให้ศาลจำหน่ายคดีไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการก่อน อาจทำให้ไม่ต้องไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการเลยก็เป็นได้

²⁸ Cited in Judge Bola Ajibola “The Powers and Duties of Arbitrators,” International Commercial Arbitration, The study group for international commercial contracts(ed.), 1995. p.24.

ฝ่ายที่สอง เป็นฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการที่จะให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของตนเอง เพราะเห็นว่าการปล่อยให้อนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไปทั้ง ๆ ที่ข้อพิพาทไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจพิจารณาของตนนั้น ย่อมไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด เพราะในท้ายที่สุด กระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปแล้วทั้งหมดและคำชี้ขาดก็จะมีผลใด ๆ เลย ทำให้เสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายของคู่กรณีอย่างมาก อีกทั้งอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในประเด็นดังกล่าวโดยตรง นั่นคืออนุญาตตุลาการต้องตัดสินใจว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่ เป็นการไม่สมควรเพราะอาจทำให้เกิดการตัดสินใจที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังคำกล่าวที่ว่า “การวินิจฉัยปัญหาใดก็ดี การตีความกฎหมายก็ดี หรือการให้คำแนะนำก็ดี หากเป็นการกระทำโดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องและไม่ทราบเรื่องนั้นมาก่อน การกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างสมบูรณ์”²⁹ หรือ “ไม่มีบุคคลใดที่จะตัดสินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเขาเอง”³⁰ เพราะขัดกับหลักในเรื่องความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)³¹

ผู้ที่เห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สองนี้ได้แก่ Dr. J. Gillis Wetter ที่ได้อธิบายว่าอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนคือ สิ่งสมมติทางกฎหมาย (legal fiction)³² เท่านั้น Judge Bola Ajibola เห็นว่าหลักอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไม่อาจรับฟังได้ เพราะว่าเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังหลักการนี้ยังสามารถโต้เถียงกัน

²⁹ “Justice is what rational people would regard as fair, if they had to decide that question with no knowledge whatever or what their own position would be.” by John Rawls “A Theory of Justice” Oxford University Press, 1972 อ้างแล้ว Sir Norman Anderson, “Liberty, Law and Justice” Stevens and Sons, 1978, p.140, อ้างถึงและแปลความใน ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, คำคมควรคิดในทางกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, 2545), หน้า 10.

³⁰ “No man can judge his own cause”, เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

³¹ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, “อำนาจของอนุญาตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง (Competence-Competence),” รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, ฉบับแก้ไขปรับปรุงใหม่ : พิมพ์ครั้งที่ 2 (เล่ม 2). (กรุงเทพมหานคร : B.J. Plate Processor, 2540), หน้า 58.

³² J. G. Wetter, “Salient Features of Swedish Arbitration Clauses,” 1983 Yearbook of the Arbitration of the Stockholm Chamber of Commerce, 35. cited in Judge Bola Ajibola, “The Powers and Duties of Arbitrators,” p.24.

ได้ไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง³³ และศาสตราจารย์ เสาวนีย์ อัครโรจน์ ก็กล่าวว่า “อนุญาตตุลาการไม่ควรจะตัดสินว่าตนมีอำนาจหรือไม่ เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในปัญหานั้น ควรให้บุคคลอื่นซึ่งไม่มีส่วนได้เสียคือศาลเป็นผู้ตัดสิน”³⁴

สำหรับความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดของฝ่ายแรกว่าควรให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง โดยถึงแม้ไม่มีข้อตกลงหรือบทบัญญัติกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด เนื่องจากว่าการให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยอำนาจว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทได้หรือไม่นั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ข้อสรุปหรือผลการตัดสินในประเด็นข้อพิพาทและผูกพันระหว่างคู่สัญญาไปเลยทีเดียว แต่เพื่อให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยว่าตนควรดำเนินการพิจารณาต่อไปหรือไม่ และเพื่อให้เจตนาของคู่สัญญาที่ตั้งใจจะใช้การอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้รับความเคารพและปฏิบัติตาม เพราะในการทำสัญญา คู่สัญญาได้ตกลงในที่จะนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการมาใช้ ซึ่งได้ตกลงเข้าทำสัญญาและตกลงใช้วิธีการนี้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน ภายหลังเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นหากมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมนำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาตตุลาการ และใช้สิทธิในการเสนอคดีต่อศาลเพื่อไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง อันส่งผลทำให้เกิดความไม่แน่นอนในวิธีการระงับข้อพิพาทในอนาคต และส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในการดำเนินธุรกิจระหว่างกัน โดยเฉพาะการทำธุรกิจการค้าระหว่างประเทศที่มีความคลางแคลงใจเนื่องจากมีความแตกต่างกันด้านภาษาและวัฒนธรรมอยู่แล้ว

ในประเด็นที่ว่าอนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีและควรต้องมีความเป็นกลางในการพิจารณาอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของตนด้วยนี้ ก็จะขึ้นอยู่กับประสบการณ์ที่ผ่านมาและจุดยืนหรือมุมมองของอนุญาตตุลาการแต่ละท่าน และการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนี้ก็ได้เกี่ยวข้องกับเนื้อหาข้อพิพาทในคดีอันจะเป็นเหตุให้เกิดความลำเอียงหรือไม่ยุติธรรมในการทำคำชี้ขาดแต่อย่างใด และอนุญาตตุลาการที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้ที่มีบุรณภาพ นั่นคือเป็นคนดีจึงถูกเลือกและหากคิดทุจริตหวังได้ค่าตอบแทนจึงดำเนินการพิจารณาไปทั้งที่ตนไม่มีอำนาจ ก็คงไม่สมประโยชน์นัก

³³ Ibid.

³⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “สัญญาอนุญาตตุลาการ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 128.

เนื่องจากคำตอบแทนของอนุญาโตตุลาการนั้น บางส่วนจ่ายเมื่อคดีนั้นเสร็จประการหนึ่ง อีกประการหนึ่งในอนาคตคงไม่มีผู้ใดอยากใช้อนุญาโตตุลาการที่โลกอยากได้คำตอบแทนนั้นอีก³⁵

นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการวางตัวของคู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาอีกด้วย กล่าวคือถ้าคู่กรณีฝ่ายนั้นได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีทั้งหมดก็อาจจะเสี่ยงต่อการที่จะถูกแปลความไปในทางที่ว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยปริยาย แต่ถ้าไม่เข้าร่วมกระบวนการเลย ก็จะต้องเสี่ยงต่อการที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทโดยมีคู่กรณีฝ่ายเดียว (trial *ex parte*) และถ้าศาลเห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทเรื่องนั้น ศาลก็จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีที่ไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็จะพลาดโอกาสในการเสนอเอกสารหลักฐานเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเอง เป็นอำนาจที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการ อันเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ และเป็นประเด็นที่มักถูกยกขึ้นคัดค้านในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะการคัดค้านนั้นเป็นประเด็นปัญหาจริงหรือไม่ก็ตาม เพื่อที่จะถ่วงเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ³⁶ ซึ่งมักจะประสบความสำเร็จในการทำให้อนุญาโตตุลาการหยุดรอคำตัดสินของศาลก่อน³⁷ จึงได้มีนักนิติศาสตร์พยายามหาทางแก้ไขและไต่ตรองจนเกิดเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองขึ้น

³⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” บทบัญญัติ 47 (กันยายน 2534) : 11.

³⁶ Judge Bola Ajibola, “The Powers and Duties of Arbitrators,” in International Commercial Arbitration, ed. The Study Group for International Commercial Contracts (1995), p.21.

³⁷ Lord Wilberforce, United Nations Commission on International Trade Law Yearbook, XVI : 1985 (New York : United Nations, 1988), p.442.

2.2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

ต้นกำเนิดของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตน อาจกล่าวได้ว่าเกิดขึ้นโดยอิทธิพลของทฤษฎี ซึ่งมี 2 ทฤษฎีด้วยกันคือ Swiss Doctrine และ German Doctrine ³⁸

ทฤษฎี Swiss Doctrine

ทฤษฎีนี้เห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการควรอยู่ในสถานะที่ไม่อาจตรวจสอบโดยศาลได้ และศาลควรละเว้นการใช้อำนาจเหนือคดีถ้าหากอนุญาโตตุลาการได้เริ่มดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทในคดีนั้นแล้วหรือกำลังจะเริ่มต้นในอนาคตอันใกล้ อำนาจของศาลในการตัดสินเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทควรถูกจำกัดให้ใช้สำหรับคดีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นที่ประจักษ์ว่าไม่มีผลใช้บังคับได้เท่านั้น

ทฤษฎีนี้มุ่งหมายที่จะทำให้หมดปัญหาในเรื่องกลวิธีการถ่วงเวลาของผู้ถูกร้องในการอนุญาโตตุลาการ และทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถกล่าวอ้างสิทธิในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ก่อนที่ศาลจะกำหนดขอบเขตอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นให้ศาลเป็นผู้พิจารณาขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎี German Doctrine

ทฤษฎีนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการได้รับสิทธิพิเศษในการกำหนดผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและขอบเขตอำนาจของตนเองซึ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับข้อตกลงให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนเองดั้งเดิม (Kompetenz – Kompetenz) อันเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีเยอรมัน และได้สะท้อนให้เห็นในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1981 (French Nouveau Code de Procedure Civile) ³⁹ มาตรา 1458 “เมื่อใดก็ตามที่ข้อพิพาทที่ต้องเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยเหตุที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถูกนำไปฟ้องร้องต่อศาล ศาลต้องปฏิเสธอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้น ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการยังมีได้รับ

³⁸ Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration, p.329.

³⁹ cited in Ibid.

ข้อพิพาทไว้พิจารณา ศาลควรจะปฏิเสธอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้น นอกจากว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะโดยชัดแจ้ง”⁴⁰

Prof. Peter Schlosser ได้กล่าวว่าคำว่า “Kompetenz-Kompetenz”⁴¹ เป็นคำที่มาจากศัพท์เฉพาะทางกฎหมายของประเทศเยอรมันนี อย่างไรก็ตามการก่อตั้งกฎหมายของประเทศเยอรมันนี คำ ๆ นี้มีความหมายบางอย่างที่แตกต่างไปอย่างมากจากที่นักกฎหมายที่ไม่ใช่คนเยอรมันเข้าใจ ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนี คู่สัญญาอาจตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้างขวางในการกำหนดแนวทางในการผูกพันระหว่างกันเพราะเป็นเรื่องของอำนาจในการระงับข้อพิพาทของตนเอง โดยการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินสุดท้าย (the last word) ในประเด็นดังกล่าว⁴²

หากพิจารณาทั้งสองทฤษฎี ผู้เขียนเห็นว่ามีความแตกต่างกัน นั่นคือในทฤษฎี Swiss Doctrine อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่อาจตรวจสอบได้โดยศาล และทฤษฎีนี้ไม่ได้กล่าวถึงกรณีที่ยังไม่มีการเริ่มหรือจะเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการในอนาคตอันใกล้และมีการเสนอข้อพิพาทต่อศาลก่อน ในขณะที่ทฤษฎี German Doctrine ถือว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการกำหนดขอบเขตอำนาจเป็นสิทธิพิเศษของอนุญาโตตุลาการ และแม้ว่าจะได้มีเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้วหรือไม่ก็ตาม ศาลก็ต้องปฏิเสธการพิจารณาข้อพิพาทนั้นเพื่อให้ไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการก่อน แต่ทั้งสองทฤษฎีมีความเหมือนกันคือ อนุญาโตตุลาการควรได้เป็นผู้

⁴⁰ English Translation by Klaus Peter Berger

“Article 1458

Whenever a dispute submitted to an arbitral tribunal by virtue of an arbitration agreement is brought before a court of the State, such court shall decline jurisdiction.

If the arbitral tribunal has not yet been seized of the matter, the court should also decline jurisdiction unless the arbitration agreement is manifestly null.

In neither case may the court determine its lack of jurisdiction on its own motion.”

⁴¹ อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และโปรดดูเชิงอรรถที่ 1.

⁴² Peter Schlosser, “The Competence of Arbitrators and of Courts”, *Arbitration International*, 8 (1992) : 199. ; ในทางตรงกันข้าม แนวโน้มที่แข็งแกร่งในประเทศฝรั่งเศส ได้ให้อนุญาโตตุลาการผูกขาดในการเป็นผู้ตัดสินคนแรก (the first word) ในประเด็นดังกล่าว และภายใต้การควบคุมของศาล.

พิจารณาก่อนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่ และศาลจะมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือไม่ผลใช้บังคับโดยชัดแจ้ง

แม้ทฤษฎีทั้งสองข้างต้นจะให้เหตุผลในการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองว่า อำนาจดังกล่าวอยู่เหนือการตรวจสอบของศาลหรือเป็นสิทธิพิเศษของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าแท้ที่จริงแล้ว หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้นได้แก่ หลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (*pacta sunt servanda*) นั่นคือเมื่อได้มีการทำข้อตกลงกันถูกต้องตามกฎหมายแล้ว คู่กรณีย่อมมีความผูกพันในการปฏิบัติตามข้อตกลง และอำนาจดังกล่าวก็เกิดจากการที่ต้องทำหน้าที่ในตำแหน่งอนุญาโตตุลาการ (*ex officio*) หรือโดยการเป็นอนุญาโตตุลาการเอง (*sui generis*) โดยอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจในการระงับข้อพิพาทก่อนที่จะพิจารณาในเนื้อหาของข้อพิพาทต่อไป ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการในทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญา และทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) ที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระในตัวเอง เพราะลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากการใช้และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท⁴³

กล่าวโดยสรุปในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาข้อพิพาทได้นั้น อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเรื่องอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของตนก่อน และการที่อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องอำนาจของตนเองได้หรือไม่นั้นก็จะต้องพิจารณาถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการว่ามีผลใช้บังคับได้หรือไม่เพียงใด แต่โดยที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมักถูกจัดทำขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางการค้าระหว่างคู่สัญญาหรือสัญญาหลัก ทำให้เกิดปัญหาว่าหากสัญญาหลักมีผลไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้หรือเป็นโมฆะ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รวมอยู่ในสัญญาหลักจะมีผลกระทบอย่างไรหรือไม่ จึงมีแนวความคิด

⁴³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 28-32.

ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควรมีอิสระจากสัญญาหลัก เพื่อให้การพิจารณาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้หรือไม่แยกต่างหากจากการพิจารณาผลบังคับของสัญญาหลัก

2.3 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

จากการที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมักถูกรวมอยู่ในสัญญาหลัก ดังนั้น หากสัญญาไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้หรือเป็นโมฆะ จะเกิดผลกระทบต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อาจทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้ตามไปด้วย หากเป็นเช่นนั้นแล้ว ข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาต้องกลับไปสู่ตามวิธีการเดิมคือการระงับข้อพิพาทโดยศาล จึงไม่มีประโยชน์อันใดในการที่จะทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ ทำให้เกิดแนวคิดในการนำหลักความเป็นเอกเทศของสัญญามาใช้ เป็นผลให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระจากสัญญาหลัก การพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจึงไม่ต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสัญญาหลักที่อาจไร้ผล และหากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการใช้บังคับได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถพิจารณาอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของตนเองได้

2.3.1 การเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (the independence of the arbitration clause)

แต่เดิมนั้นหลักที่ใช้กันอยู่คือหลักสัญญาเดี่ยว กล่าวคือ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก แยกออกจากกันไม่ได้ หากสัญญาหลักสิ้นผลหรือไม่สมบูรณ์ ข้อตกลงต่าง ๆ รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักก็ต้องสิ้นผลหรือไม่สมบูรณ์ด้วย ดังนั้น หากสัญญาหลักสิ้นสุดลงเพราะคู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้กันแล้ว แต่ต่อมาปัญหาข้อพิพาทเกิดจากการชำระหนี้เช่นนี้คู่สัญญาก็ต้องเสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาล เพราะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเหนือข้อพิพาท เนื่องจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดแล้วตามสัญญาหลัก ซึ่งดูไม่สมเหตุสมผล⁴⁴ เพราะคู่สัญญามีเจตนาจะระงับข้อพิพาทในอนาคตอันเกิดจากสัญญาหลักโดยวิธีการ

⁴⁴ Redfern and Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration," 2nd ed.(London : Sweet and Maxwell, 1991), p.175. อ้างถึงใน ธวัชชัย สุวรรณพานิช, "อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง," หน้า 55.

อนุญาตตุลาการ แต่พอข้อพิพาทเกิดขึ้นข้อตกลงอนุญาตตุลาการกลับใช้บังคับไม่ได้เพราะข้อตกลงได้สิ้นสุดตามสัญญาหลัก⁴⁵ ไปแล้ว ทั้งนี้ ในเบื้องต้นต้องทำความเข้าใจในหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาก่อน จึงจะเห็นความสัมพันธ์ระหว่างการเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาตตุลาการกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

2.3.1.1 หลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Autonomy)

หลักความเป็นเอกเทศของสัญญา เกิดขึ้นเนื่องจากได้มีนักทฤษฎีนำเอา Depeçage ซึ่งเป็นเทคนิคอย่างหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เทคนิคนี้ให้แบ่งข้อเท็จจริงออกเป็นส่วน ๆ ก่อนที่จะให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เพื่อจะพิจารณากฎหมายใช้บังคับแก่เรื่อง นั้น ๆ⁴⁶ เมื่อข้อเท็จจริงที่ว่า หากมีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาแล้วคู่สัญญาต้องการให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาหลัก ดังนั้น การพิจารณาข้อตกลงอนุญาตตุลาการต้องพิจารณาแยกจากสัญญาหลักในประเด็นของลักษณะทางกฎหมายและความสมบูรณ์ของสัญญา

นอกจากการใช้ทฤษฎี Depeçage แล้ว ยังเห็นได้ว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการมีความเป็นอิสระจากสัญญาหลัก โดยการพิจารณาประเด็นว่าสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นสิทธิเฉพาะตัวของคู่สัญญาหรือเป็นข้อสัญญาอุปกรณ์ในสัญญาหลักเท่านั้นหรือไม่ ในประเด็นนี้ได้มีนักวิชาการให้ความเห็นแยกออกเป็น 2 ฝ่าย⁴⁷

ฝ่ายแรก เห็นว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั้น ไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัวของคู่สัญญาและถือว่าเป็นข้อสัญญาอุปกรณ์ในสัญญาหลัก ดังนั้น หากมีการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักให้แก่บุคคลที่สาม โดยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง การให้โดยเสน่หา การประกันหนี้ หรือ

⁴⁵ รัชชัย สุวรรณพาณิชย์, “อำนาจของอนุญาตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง,” หน้า 55.

⁴⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี”, บทบัญญัติ, 47 (กันยายน 2534) : 10.

⁴⁷ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ”, บทบัญญัติ, 46 (กันยายน 2533) : 34-36.

การตีใช้หนี้ โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการว่าจะโอนตามไปด้วยหรือไม่ก็ตาม ก็ต้องถือว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการถูกโอนไปด้วยในฐานะเป็นข้อสัญญาอุปกรณ์ ตามหลักใน มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁸ กล่าวคือ หากมีการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็น หลักไปแล้ว สิทธิอุปกรณ์ทั้งหลาย เช่น สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ รวมทั้งข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ย่อมต้องโอนตามไปด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้วจะทำให้ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องนั้นเสียประโยชน์แห่ง ข้อตกลงอนุญาตตุลาการซึ่งทำไว้กับผู้โอนตั้งแต่แรก หรือจากความเข้าใจในการทำงานที่ว่ากรรมมีอยู่ หรือระงับสิ้นไปของหนี้อุปกรณ์นั้นขึ้นอยู่กับหนี้ประธาน เช่นในเรื่องสัญญาค้ำประกัน ถ้าหนี้ ประธานระงับ สัญญาค้ำประกันก็จะระงับไปด้วย⁴⁹

ฝ่ายนี้เห็นว่าหากแปลความว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการเป็นสิทธิเฉพาะตัว แล้ว ไม่อาจสมเจตนารมณ์ของคู่สัญญาได้เพราะจะมีผลทำให้ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องไม่สามารถ โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ให้แก่กันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้โอนต้องการโอนสิทธิตามสัญญาให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นธนาคารเพื่อใช้เป็นหลักประกันเงิน กู้เพื่อนำมาใช้ในการปฏิบัติงานตามโครงการของผู้โอน

ผู้ที่สนับสนุนความเห็นของฝ่ายแรกเห็นว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั้นไม่ ควรถือว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของคู่สัญญาเพราะหากถือว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวแล้ว อาจจะมีผลทำให้ คู่สัญญาไม่สามารถโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ เพราะคงไม่ มีผู้รับโอนสิทธิรายใดอยากจะได้รับโอนสิทธิที่มีปัญหาในการบังคับคดี กล่าวคือ หากผู้รับโอนอ้าง สิทธิฟ้องร้องบังคับคดีโดยใช้สิทธิตามข้อตกลงอนุญาตตุลาการก็คงถูกลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง ต่อสู้ว่าสิทธิตามข้อตกลงอนุญาตตุลาการเป็นสิทธิเฉพาะตัว⁵⁰

⁴⁸ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้อง ไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย...”

⁴⁹ อนันต์ จันทโรภากร, “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ กรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 377/2531”, บทบัญญัติ, 44 (กันยายน 2531), หน้า 81.

⁵⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ”, บทบัญญัติ, 46 (กันยายน 2533) : 35.

สำหรับฝ่ายที่สองเห็นว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั้นไม่ใช่ข้อสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาหลักและถือว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของคู่สัญญา ดังนั้น ผู้รับโอนสัญญาหลักจึงไม่สามารถอ้างสิทธิตามข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยในแนวนี้ไว้ ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 377/2531 ข้อความตามสัญญาเช่าช่วงที่ระบุว่าให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างผู้เช่าและจำเลย (ผู้เช่าช่วง) ไม่เกี่ยวกับโจทก์ (ผู้ให้เช่าเดิม) โจทก์จะทำการโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่กันไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับการยินยอมเป็นหนังสือจากจำเลยโดยชัดแจ้งและการโอนจะต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵¹ และการตั้งตัวแทนเพื่อการโอนดังกล่าวก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย เมื่อการตั้งตัวแทนไม่ได้ทำเป็นหนังสือ จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องโดยชอบ และไม่ปรากฏหลักฐานว่าจำเลยได้ยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวนั้นแล้ว เมื่อไม่ได้ความว่า ผู้เช่าโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าช่วงแก่โจทก์ ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิมการที่โจทก์เสนอข้อพิพาทตามสัญญาเช่าช่วงต่ออนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการได้ชี้ขาดให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์ จึงเป็นการไม่ชอบ จะนำคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการดังกล่าวมาบังคับจำเลยให้ปฏิบัติตามไม่ได้

ทั้งนี้ มีผู้สนับสนุนว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่ใช่สัญญาอุปกรณ์ของสัญญาหลักเพราะหากมองในแง่ของการโอนแล้ว เห็นว่าเป็นสัญญาคู่ขนาน คือเป็นสัญญา 2 อันอยู่คู่ขนานกัน เมื่อมีการโอนสัญญาหลักแล้วก็ต้องโอนข้อตกลงอนุญาตตุลาการไปด้วยกัน⁵² ดังนั้น ระหว่าง ผู้โอนกับลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องจึงมีการทำสัญญาเป็นสองสัญญาคู่ขนานกันไป ระหว่างสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาหลักและสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตตุลาการ

⁵¹ มาตรา 306 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การโอนหนี้ อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะจะเจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ที่ท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าว การโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ”

⁵² สัมภาษณ์ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 23 กุมภาพันธ์ 2545.

ส่วนผู้ที่สนับสนุนความเห็นของฝ่ายที่สองนี้เห็นว่า ในเรื่องของอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้มีแนวความคิดเหมือนกับนี้ประธานกับนี้อุปกรณ์อย่างในเรื่องของการค้าประกัน ดังนั้น การนำแนวความคิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 305 และมาตรา 875⁵³ มาเทียบเคียงว่า เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นนี้ประธานไปแล้วสิทธิในนี้อุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น สิทธิจำนอง จำน่า ก็ควรโอนติดตามไปด้วยจึงเป็นการอุปมานที่ผิด (fault analogy⁵⁴) เพราะหากเทียบเคียงกับกรณีของมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะทำให้เข้าใจว่าเมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องไปแล้ว สัญญาอนุญาโตตุลาการก็จะโอนตามไปด้วย ทำให้คิดว่าผู้โอนหมดความผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งความจริงแล้วไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะเป็นการโอนแต่เพียงสิทธิเรียกร้อง ในกรณีสัญญาต่างตอบแทนผู้โอนยังอาจมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับหนี้ของผู้โอน ผู้โอนก็ควรที่จะยังคงผูกพันในอันที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่

นอกจากนั้น ผู้สนับสนุนฝ่ายนี้ยังได้เห็นด้วยกับคำพิพากษาข้างต้น เพราะศาลมุ่งถึงการโอนสัญญาอนุญาโตตุลาการ ข้อที่ทำให้สับสนก็คือการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักได้ทำไปพร้อม ๆ กับการโอนสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลฎีกาได้มองผลแห่งความสมบูรณ์ของการโอนสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียก่อน ซึ่งแตกต่างจากการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลัก ที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถเพียงแต่บอกกล่าวแก่ลูกหนี้ได้⁵⁵

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่สองนี้ เนื่องจากในกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ในสัญญาหลักหรือเสมือนหนึ่งอยู่ในสัญญาหลักนั้น (อาจเนื่องจากแยกจากกันโดยเอกสารคนละฉบับ) เจตนาของคู่สัญญาก็ยังคงเหมือนเดิมคือ เมื่อเกิดปัญหาขัด

⁵³ มาตรา 875 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าในสัญญามีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อผู้เอาประกันภัยวัตถุที่เอาประกันภัยและบอกกล่าวการโอนไปยังผู้รับประกันภัยไซ้ ท่านว่าสิทธิอันมีอยู่ในสัญญาประกันภัยนั้นย่อมโอนตามไปด้วย...”

⁵⁴ อนันต์ จันทโรภากร, “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 377/2531”, หน้า 81.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

แย้งกันขึ้นก็ต้องการให้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน (ระหว่างผู้โอนกับลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง) ลักษณะของข้อตกลงอนุญาตตุลาการจึงไม่น่าจะเป็นเพียงส่วนประกอบหรืออุปกรณ์ของสัญญาหลัก เพราะหากเป็นเพียงส่วนประกอบหรือข้อสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาหลักแล้ว หากสัญญาหลักไม่สมบูรณ์หรือไร้ผล อาจทำให้ข้อตกลงอนุญาตตุลาการสิ้นผลหรือไม่อาจบังคับได้ หรือแม้ว่าสัญญาหลักจะมีผลใช้บังคับ ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องก็มีความประสงค์ผูกพันในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการกับผู้โอนสิทธิเรียกร้อง โดยอาจไม่ได้คาดคิดมาก่อนว่าจะต้องผูกพันในการใช้การอนุญาตตุลาการกับผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องด้วย อย่างไรก็ตาม ความเห็นส่วนใหญ่ก็ต้องการให้สิทธิเรียกร้องสามารถโอนกันได้เพื่อประโยชน์ในการบังคับคดีจึงบัญญัติให้ ข้อตกลงอนุญาตตุลาการโอนติดตามสัญญาหลักไปได้ด้วย ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 จึงได้บัญญัติว่า “เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบใด สัญญาอนุญาตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้น ย่อมตกแก่ผู้รับโอนด้วย” ในชั้นยกร่างมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 นั้น ผู้ร่างเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 8 นี้ เป็นเพียงแต่ระบุนัยถึงสถานะทางกฎหมายที่เป็นอยู่เดิมแล้วให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หากได้มีความประสงค์จะให้กลับหลักในกฎหมายเดิมแต่อย่างใดไม่⁵⁶ แต่หากมองว่า มาตรา 8 ดังกล่าวไม่มีผลเป็นการยกเลิกหลักกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม ก็จะต้องตีความมาตรา 8 ว่า สัญญาอนุญาตตุลาการจะโอนไปก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้ความยินยอมด้วยการโอน โดยเห็นว่ามาตรา 8 มีผลเปลี่ยนแปลงหลักทั่วไปอยู่เล็กน้อย คือให้ถือว่าการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลัก มีผลทำให้ผู้รับโอนผูกพันตามสัญญาอนุญาตตุลาการโดยอัตโนมัติ จึงไม่ต้องอาศัยความตกลงยินยอมระหว่างคู่สัญญาเดิมว่าให้สัญญาอนุญาตตุลาการโอนไปด้วย⁵⁷

⁵⁶ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 377/2531 โดยจรัญ ภักดีธนากุล, อ้างถึงใน สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ”, บทบัญญัติ, 46 (กันยายน 2533) : 34.

⁵⁷ อนันต์ จันทร์โอภากร, “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ กรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 377/2531”, หน้า 83.

การที่มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 บัญญัติว่า เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้อง สัญญาอนุญาโตตุลาการยอมตกแก่ผู้รับโอนด้วย เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ต้องการให้มีการหลีกเลี่ยงข้อตกลงโดยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง และหากมีข้อพิพาทระหว่าง ผู้โอนและลูกหนี้ ทั้งสองฝ่ายก็ยังคงผูกพันตามสัญญาสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ ส่วนในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเกี่ยวกับสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ก็ต้องดูว่าได้มีการตกลงในเรื่องนี้ไว้ด้วยหรือไม่⁵⁸

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่าควรแปลความสัญญาไปในทางที่เกิดผล บังคับและตรงกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญามากที่สุด โดยผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เป็นข้อตกลงหนึ่งที่สามารถแยกออกจากข้อตกลงอื่นได้ เนื่องจากเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ไม่ใช่ข้อตกลงเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาหรือเพื่อให้บรรลุผลตามที่คู่สัญญาปรารถนาเช่นเดียวกับข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาหลัก ฉะนั้น ความสมบูรณ์ของข้อตกลงซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน จึงควรพิจารณาแยกกันได้

2.3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นเอกเทศของข้อตกลงกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นบ่อยครั้งที่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่อยากให้มีการใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากอาจเห็นว่าตนจะต้องพ่ายแพ้ในการอนุญาโตตุลาการ จึงต้องการถ่วงเวลาหรือตี้อ่างไม่ให้มีการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายนั้นก็อาจกล่าวอ้างว่าอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น ข้อพิพาทดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁵⁹ หรือสัญญาหลักเป็นโมฆะทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะด้วยเสมือนว่าไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับ⁶⁰ หรือข้อตกลง

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

⁵⁹ โปรดดูรายละเอียดในข้อ 2.3.2.2.4

⁶⁰ คดีระหว่าง SNE กับ Joc Oil Ltd. โดย Joc Oil ได้ทำสัญญากับองค์การการค้าต่างประเทศของประเทศไซเวียต (SNE) เพื่อซื้อน้ำมัน SNE ได้เสนอให้มีอนุญาโตตุลาการในประเทศไซ

อนุญาโตตุลาการไม่มีอยู่⁶¹ หรือว่าตนไม่ใช่คู่สัญญาจึงไม่ผูกพันในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁶² เป็นต้น

สำหรับในกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ปัญหาที่ว่าหากสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไร้ผล จะส่งผลกระทบต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ประเด็นนี้ ในการอนุญาโตตุลาการได้มีการนำเอาหลักความเป็นเอกเทศของสัญญามาใช้เพื่อแยกเอาเรื่องการทำสัญญาหลัก ออกจากเรื่องการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เป็นผลให้สัญญาหลักกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาสองเรื่อง ที่อาจถูกรวมอยู่ในหนังสือสัญญาฉบับ

เดียวเพื่อให้ Joc Oil จ่ายเงินตามสัญญา เมื่อมีคำชี้ขาด Joc Oil ถูกสั่งให้จ่ายเงิน แต่ Joc Oil ปฏิเสธการจ่ายเงินโดยอ้างว่าไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพราะสัญญาไม่มีผลบังคับได้ โดยใช้ข้อโต้แย้งว่าภายใต้กฎหมายของประเทศไซเรียต สัญญาการซื้อขายน้ำมันต่างชาติต้องมีลายมือชื่อผู้มีอำนาจจำนวนสองคน แต่ในสัญญามีการลงชื่อโดยผู้มีอำนาจเพียงคนเดียว อ้างถึงใน

D. Mark Cato, *Arbitration Practice and Procedure : Interlocutory and Hearing Problems*, 2nd ed. (Hong Kong : LLP Asia, 1997), p.186.

⁶¹ คดีระหว่าง Willcock กับ Pickford Removals Ltd. (1979) โดย Ms. Willcock (ผู้ร้อง) ได้ส่งของเพื่อย้ายไปอยู่ที่ประเทศนิวซีแลนด์ จึงได้ติดต่อกับบริษัทขนย้าย (ผู้คัดค้าน) ทางโทรศัพท์ เพื่อประเมินราคา ต่อมาตัวแทนของผู้คัดค้านได้มาตรวจสอบของของผู้ร้อง จากนั้นจึงได้ส่งแบบมาตรฐานการประเมินราคาเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งบรรจุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้แก่ผู้ร้อง เมื่อของได้อยู่ในความครอบครองของผู้คัดค้าน แต่ก่อนที่จะถูกส่งได้เกิดเพลิงไหม้ ของได้ถูกทำลายลง ผู้ร้องได้ฟ้องเรียกร้องในมูลค่าของของที่ถูกทำลายลงต่อศาล ผู้คัดค้านปฏิเสธความรับผิดชอบและได้ขอให้ศาลงดการพิจารณา โดยอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในแบบพิมพ์ที่ได้ส่งให้แก่ผู้เรียกร้อง ผู้ร้องก็ต่อสู้ว่าไม่มีสัญญาที่ได้ตกลงกันกล่าวถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อ้างถึงใน

D. Mark Cato, *Arbitration Practice and Procedure : Interlocutory and Hearing Problems*, p.137.

⁶² คำพิพากษาฎีกาที่ 2562/2540 ผู้คัดค้านอ้างว่าตนไม่เคยลงลายมือชื่อในสัญญาโดยมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ผู้คัดค้านมิได้ตกลงกับผู้ร้องว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสัญญาแล้วให้อนุญาโตตุลาการของสมาคมกัปตันวิญชัยชี้ขาด

คดีหมายเลขแดงที่ กค. 97/2543 สัญญาระหว่างผู้ร้องทั้งเก้าและบริษัท ว. ไม่เกี่ยวข้องกับผู้คัดค้าน เนื่องจากผู้คัดค้านไม่ได้เป็นคู่สัญญาและไม่ได้ลงนามในสัญญาดังกล่าวด้วย และผู้คัดค้านก็ไม่ได้เป็นบริษัทสาขาหรือบริษัทในเครือของบริษัท ว.

เดียวกัน เพียงเพื่อความสะดวกในการทำสัญญา กล่าวคือ เรื่องทั้งสองสามารถแยกจากกันได้ (Severability / Separability) ทำให้ในขณะที่คู่สัญญาทำสัญญาธุรกิจการค้าที่รวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย คู่สัญญาจึงไม่ได้เข้าทำสัญญาเพียงสัญญาเดียว แต่ได้ทำเป็นสองสัญญา อันหนึ่งเกี่ยวกับธุรกิจการค้าและอีกอันหนึ่งเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ⁶³ หากแม้ว่าสัญญาหลัก (principal contract) จะเป็นโมฆะก็ตาม ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) จะไม่เป็นโมฆะไปด้วย อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป⁶⁴ ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้คาดคิดมาก่อนในขณะที่ลงนามในสัญญาว่าได้ทำสัญญาถึงสองสัญญา แต่หลักการดังกล่าวได้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ⁶⁵

หลังจากที่ใช้หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกับสัญญาหลักออกจากกันแล้ว และไม่ปรากฏว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับใช้ได้โดยชัดแจ้ง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้น ก็จะเหลือแต่ปัญหาว่าผู้ใดควรมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ถ้าหากให้ศาลเป็นผู้พิจารณาก็จะเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่อยากที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในภายหลังจากเกิดข้อพิพาทแล้วให้ศาลเป็นเครื่องมือในการถ่วงเวลาการดำเนินการอนุญาโตตุลาการออกไป ในกรณีที่การใช้อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีที่สะดวกและรวดเร็วกว่าการดำเนินการทางศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อศาลมีคดีมากจนล้นศาลก็จะเป็นการทำให้การระงับข้อพิพาทล่าช้ายิ่งขึ้น เพื่อไม่ให้มีการถ่วงเวลาในการระงับข้อพิพาท ในการวินิจฉัยเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นักทฤษฎีจึงเห็นว่าตัวอนุญาโตตุลาการเองควรที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองว่ามีอยู่หรือไม่

⁶³ Sigvard Javin, "The Source and limits of the arbitrator's powers", International Chamber of Commerce Arbitration, 15 Issued (1986) : 176.

⁶⁴ พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร, "การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี", บทบัญญัติ, 47 (กันยายน 2534) : 10-11.

⁶⁵ Sigvard Javin, "The Source and limits of the arbitrator's powers", International Chamber of Commerce Arbitration : 176.

สรุปได้ว่าหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา กับหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองใช้บังคับในกรณีที่แตกต่างกัน แต่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด⁶⁶ โดยหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีความเป็นเอกเทศซึ่งเป็นส่วนสำคัญยิ่งที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยขอบเขตอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต่อไป ดังที่ Alan Redfern and Martin Hunter กล่าวไว้ว่า “แนวความคิดเกี่ยวกับความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นน่าสนใจทั้งในทางทฤษฎีและเป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติ”⁶⁷ และยังกล่าวอีกว่า “ความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ให้อำนาจพื้นฐานในการวินิจฉัยอำนาจพิจารณาของตนเองแก่อนุญาโตตุลาการ”⁶⁸ จนอาจกล่าวได้ว่าการเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นหลักที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายภายใน และโดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้มีส่วนช่วยในการพิจารณาคำคัดค้านผลสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยการทำให้ขอบเขตของการวินิจฉัยแคบลง⁶⁹ เนื่องจากเมื่อมีการคัดค้านเกิดขึ้น สามารถพิจารณาเฉพาะความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้โดยไม่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาหลัก

ในการใช้หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาในการนำไปสู่การวินิจฉัยอำนาจของอนุญาโตตุลาการ บางครั้งอาจจะทำให้เกิดความสับสนและเข้าใจผิดได้ว่าหลักเอกเทศของสัญญาสามารถใช้แทนกับหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ แต่ Judge Bola Ajibola ได้กล่าวว่า “หลักเอกเทศของสัญญาและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไม่สามารถแทนที่หรือใช้แทนกันได้”⁷⁰ และ Peter Gross ก็กล่าวว่า “บางครั้งเกือบสามารถแทนที่กันได้ก็ตาม แม้จะไม่ถูกนักที่จะกล่าวว่าหลัก

⁶⁶ Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration, p.352.

⁶⁷ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International commercial Arbitration, p. 263.

⁶⁸ Ibid., p.177.

⁶⁹ Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary, p. 480.

⁷⁰ Judge Bola Ajibola, “The Powers and Duties of Arbitrators”,International Commercial Arbitration, p. 22.

เอกเทศของสัญญาและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนไม่เกี่ยวข้องกันเลย แต่ก็สามารถแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน”⁷¹ ผู้เขียนเห็นว่าเรื่องของหลักเอกเทศของสัญญาอาจอธิบายได้ว่าเป็นเพียงพื้นฐานที่จะไม่ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักโดยสมบูรณ์ต้องสิ้นสุดไปพร้อมกับสัญญาหลัก อันส่งผลให้สามารถพิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ตลอดจนทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยอำนาจของตนในการพิจารณาข้อพิพาทได้หากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับ ตราบเท่าที่พื้นฐานของความเป็นโมฆะหรือไร้ผลของสัญญาหลักไม่กระทบต่อผลสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

แต่มีข้อยกเว้นในเรื่องการใช้หลักความเป็นเอกเทศของสัญญา คือถ้าผู้ร้องอ้างว่าไม่เคยมีเอกสารสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น หรือไม่มีการลงนามในสัญญานั้น หรือสัญญานั้นมีการลงนามอย่างไม่ถูกต้องจึงไม่ผูกพันตนเอง จนทำให้เกิดเป็นปัญหาในเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ และอาจต้องนำประเด็นดังกล่าวเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณา⁷² ดังนั้น ประเด็นดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือจากประเด็นที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถเป็นเอกเทศจากสัญญาหลักได้ ข้อยกเว้นนี้ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่นในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1458⁷³

การแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกมาจากสัญญาหลักก็เพื่อให้แน่ใจว่าแม้สัญญาหลักสิ้นสุดลงเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หรือแม้จะสิ้นสุดลงก่อนกำหนดโดยเหตุพ้นวิสัยหรือขัดต่อกฎหมาย ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ยังคงบังคับกันได้ เพราะข้อเรียกร้องมักเกิดขึ้นเมื่อสัญญาสิ้นสุดลง อันเป็นเวลาที่ต้องการอนุญาโตตุลาการมากที่สุดในการพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทของคู่สัญญา ดังนั้น แม้ว่าจะมีการยกข้อต่อสู้ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือ ไร้ผลก็ตาม และไม่ว่าจะมีข้อเท็จจริงว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไร้ผลหรือไม่นั้น⁷⁴ อนุญาโตตุลาการก็ควรมีอำนาจพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีขอบเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ แนวความคิดนี้ได้มีการตอบรับมากขึ้น แม้ว่าจะมีความเห็นที่แตกต่างกันไปบ้าง

⁷¹ Peter Gross, “Competence of Competence : An English View” : 206.

⁷² Judge Bola Ajibola, “The Powers and Duties of Arbitrators” : 28.

⁷³ โปรดดูเชิงอรรถที่ 40.

⁷⁴ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี” : 10-11.

เช่นบางความเห็น ๆ ว่าคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดเรื่องอำนาจวินิจฉัยของตน และคู่สัญญาสามารถนำประเด็นดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้ทันที⁷⁵ หรือบางความเห็นก็เห็นว่าควร กำหนดเวลาให้อุทธรณ์ต่อศาลด้วย⁷⁶ ส่วนในบางความเห็นก็ให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจ พิจารณาของตนเป็นคำวินิจฉัยเบื้องต้นหรือพร้อมกับคำชี้ขาดในเนื้อหาข้อพิพาทได้ และดำเนินการ อนุญาโตตุลาการต่อไปในขณะที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาล ซึ่งความเห็น ประการหลังนี้เกิดจากการประนีประนอม⁷⁷ ความคิดเห็นของผู้แทนจากประเทศต่าง ๆ และได้มี การตอบรับจากหลายประเทศจนนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและมีการนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของหลายประเทศ

ประเด็นการขาดความชัดเจนว่าผู้ใดควรเป็นผู้วินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการ ควรมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในปัจจุบันอยู่ที่ว่า กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการของแต่ละ ประเทศมักไม่กำหนดอย่างชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นต่าง ๆ อันเกี่ยวกับ ขอบเขตอำนาจของตนได้ และอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้กฎหมายสาระบัญญัติหรือกฎเกณฑ์ แห่งกฎหมายขัดกันซึ่งอยู่ในกฎหมายของประเทศที่หนึ่งพิจารณามาใช้ในการวินิจฉัย ฉะนั้น ประเด็นการกำหนดขอบเขตอำนาจของตนเองนั้น อนุญาโตตุลาการจึงถูกจำกัดให้ตรวจสอบ เฉพาะความสมบูรณ์ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยจะไม่ตรวจสอบไปถึงว่าสัญญาหลักกว่ามี ความสมบูรณ์ด้วยหรือไม่

2.3.2 ความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

การที่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดขอบเขตอำนาจของตนได้นั้น อนุญาโตตุลาการจะ ต้องตรวจสอบถึงความสมบูรณ์ของสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก่อน โดยจะต้อง

⁷⁵ Austria, India, Norway, Poland, IBA and Canada Representatives, United Nations Commission on International Trade Law Yearbook, XVI : 1985 (New York : United Nations, 1988), p.67-68 and 89.

⁷⁶ Mr.Schuetz (Austria) and Mr.Szurski (Observer for Poland), *ibid.*, p.440 and 458-9.

⁷⁷ Mr.Reimskou (Observer for Norway) , *ibid.*, p.440.

พิจารณาในประเด็นต่าง ๆ กล่าวคือจะต้องมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการปรากฏอยู่จึงจะสามารถพิจารณาถึงความมีผลบังคับของข้อตกลงนั้นและในประเด็นอื่น ๆ ต่อไปได้

2.3.2.1 การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Existence of an Arbitration Agreement)

การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งสำคัญยิ่งสำหรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะไม่มีอยู่ถ้าไม่เคยมีการทำข้อตกลงกัน หรือถ้ามีการตกลงกันแต่การมีอยู่สิ้นสุดลงในภายหลัง ผู้เขียนมีความเห็นว่ามันน่าจะเป็นไปในกรณีที่มีการยกเลิกสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาหลักทั้งฉบับหรือเฉพาะข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มากกว่าที่จะเป็นเพียงการสิ้นสุดของข้อตกลงเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญาหลักได้เสร็จสิ้นลง การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นพื้นฐานของอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นอย่างน้อยที่สุดก็เพื่อการตรวจสอบความมีผลบังคับของข้อตกลงจากข้อเท็จจริงว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นพื้นฐานของอำนาจอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท รวมทั้งอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองด้วย ทั้งนี้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยมากจะอยู่ในรูปลายลักษณ์อักษรเพื่อความชัดเจนและแน่นอน⁷⁸

นอกจากข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะมีอยู่ในสัญญาหรือเอกสารอื่นใดที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจเกิดขึ้นได้จากการตกลงกันโดยการแลกเปลี่ยนคำคู่ความก็ได้ ซึ่งได้แก่ข้อเรียกร้องและคำแก้ข้อเรียกร้อง หมายถึงเมื่อมีการอ้างต่ออนุญาโตตุลาการถึงข้อตกลงโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและไม่ได้ถูกปฏิเสธว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นไม่มีอยู่โดยอีกฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาตัดสินว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นอยู่หรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตามคู่สัญญาต้องอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย เนื่องจากคู่สัญญาไม่อาจเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยไม่กล่าวอ้างถึงการมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้

ประเด็นความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นอาจยังมีอยู่หลังการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่นั้น โดย Poznic ได้ยืนยันว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควร

⁷⁸ โปรดดูรายละเอียดในข้อ 2.3.2.2.3

สิ้นสุดลงหลังจากมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว และถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถกลับมาจะมีผลได้อีกครั้ง⁷⁹ แต่ Triva ไม่เห็นด้วยโดยได้เขียนบทความซึ่งมีข้อสรุปว่า การที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะสามารถมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไปหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ขึ้นอยู่กับเหตุผลในการเพิกถอนและเนื้อหาของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เมื่ออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับข้อตกลงในการยอมรับข้อพิพาทซึ่งกำลังรอการทำคำชี้ขาด โดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดโดยข้อตกลงที่ระบุรายนามของอนุญาโตตุลาการ จึงไม่มีมูลฐานสำหรับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการใหม่ หลังจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นได้ถูกเพิกถอน อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทั่วไปยังคงเป็นพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการใหม่ได้ นอกเสียจากว่าคำชี้ขาดถูกเพิกถอนเพราะความไม่มีอยู่หรือไร้ผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁸⁰

2.3.2.2 ความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Validity of an Arbitration Agreement)

ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้ตามกฎหมายที่ปรับใช้ในประเทศหนึ่ง แต่หากระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศบัญญัติข้อกำหนดที่แตกต่างกันสำหรับความมีผลบังคับตามกฎหมายของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่อาจถูกยกขึ้นคัดค้านในประเทศต่าง ๆ ได้ ดังนั้น เพื่อให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความเป็นไปได้ในการบังคับสมตามเจตนาของคู่สัญญา ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องมีผลบังคับได้ไม่เพียงแต่เฉพาะในประเทศซึ่งได้ทำข้อตกลงนั้นขึ้น แต่ควรต้องมีผลบังคับในประเทศอื่นที่เรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการอาจถูกยกขึ้นเป็นประเด็นด้วย

ดังนั้น ปัญหาที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งเกี่ยวกับความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คือปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ปรับ

⁷⁹ Poznic, Gradjansko Procesno provo, beograd 1987, p.408, cited in Dragica Wedam – Lukic, “The Jurisdictional Problems of Arbitration”, Croatian Arbitration Yearbook 51 (1994) : 4.

⁸⁰ Triva, Arbitrazni ngovor nakon ponistaja arbitrazne doluke, Rad “JAZU”, XX/1981. cited in ibid. : 4.

ใช้ และสิ่งสำคัญสำหรับความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการคือ ประการแรก ข้อพิพาท เป็นเรื่องที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ ประการที่สอง ความสามารถของคู่สัญญาในการทำการอนุญาโตตุลาการ และประการที่สาม ได้แก่ข้อกำหนดอื่น ๆ อันเกี่ยวกับรูปแบบและเนื้อหาของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

2.3.2.2.1 ข้อพิพาทที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability)

คู่สัญญาอาจกำหนดยกเว้นการนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องต่อศาล โดยเฉพาะกรณีสัญญาระหว่างประเทศและตกลงใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน แต่การกำหนดดังกล่าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อเนื้อหาของข้อพิพาทสามารถทำการชี้ขาดได้ โดยการอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปกฎหมายภายในของหลาย ๆ ประเทศจะอนุญาตให้คู่สัญญาเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ต่อนอนุญาโตตุลาการได้โดยอิสระ

แต่หากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁸¹ ประเด็นที่ว่าข้อพิพาทว่าสามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น อาจถูกยกขึ้นในประเทศที่มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันและอาจนำไปสู่การพิจารณาแก้ไขประเด็นในลักษณะที่แตกต่างกัน

ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการครอบคลุมถึงข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถมีผลบังคับได้ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ประเด็นข้อพิพาทเป็นเรื่องที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ปรับใช้กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ปรับใช้กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ ประเด็นข้อพิพาทเป็นเรื่องที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ควรอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ศาลของประเทศที่ทำการ

⁸¹ การอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เช่นกรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติต่างกัน หรือภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ เป็นต้น

อนุญาโตตุลาการจึงเป็นศาลที่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด⁸² และกฎหมายเดียวกันก็จะถูกปรับใช้กับประเด็นข้อพิพาทเป็นสิ่งที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ในกระบวนการเพิกถอน ถึงแม้ว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกันอยู่ก็ตาม ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้เริ่มกระบวนการทางกฎหมายในศาลของประเทศอื่น ข้อบังคับของศาลเกี่ยวกับความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศนั้น ในที่สุดประเด็นข้อพิพาทเป็นสิ่งที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่อาจถูกยกขึ้นในกระบวนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอื่น และการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธได้ ถ้าเนื้อหาของข้อพิพาทไม่อาจทำการอนุญาโตตุลาการได้ภายใต้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาด⁸³

⁸² The 1961 European Convention (Geneva) on Interantional Commercial Arbitration

“Article IX Setting Aside of the Arbitral Award

(1) The Setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition of enforcement in another State in which, or under the law of which, the award has been made and for one of the following reason:“.

⁸³ The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards or the New York Convention

“Article V (2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country;”.

และวิธีการแก้ไขปัญหามีอยู่ใน the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 34 (2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:... (b) the court finds that:... (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or...” และใน

“Article 36 (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:... (b) if the court finds that:... (i)

2.3.2.2.2 ความสามารถของคู่สัญญา (Capacity)

ในการทำสัญญาคู่สัญญาจะต้องมีความสามารถทางกฎหมายในการเข้าทำสัญญานั้น มิฉะนั้น จะทำให้สัญญาเป็นโมฆียะซึ่งหลักเกณฑ์นี้ใช้กับสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเป็นสัญญาชนิดหนึ่งด้วย หากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจเป็นโมฆียะและเสี่ยงต่อการถูกบอกล้างในภายหลังได้อาจมีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาที่อนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการไป ดังนั้น ในการทำสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการคู่สัญญาจะต้องมีความสามารถทางกฎหมายตามกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย ส่วนบุคคลที่สาม (เช่น ทนายหรือผู้แทน) สามารถตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในฐานะตัวแทนได้ถ้ามีอำนาจโดยชัดแจ้งให้ทำเช่นนั้น

ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คำถามที่มักเกิดขึ้นก็คือจะใช้กฎหมายใดบังคับในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1961 ประเทศคู่สัญญาต้องตรวจสอบเรื่องความสามารถของคู่สัญญา “ภายใต้กฎหมายที่ปรับใช้ต่อคู่สัญญา”⁸⁴ ตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ ความสามารถของบุคคลธรรมดาขึ้นอยู่กับสัญชาติของบุคคลนั้น⁸⁵ ส่วนสัญชาติของนิติบุคคลจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้จัดตั้งขึ้น เว้นแต่ถ้านิติบุคคลนั้นมีสถานที่ทำการอันแท้จริงในประเทศอื่น (และไม่

the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State;”.

⁸⁴ The 1961 European Convention (Geneva) on Interantional Commercial Arbitration

“Article VI (2) In taking a decision concerning the existence or the validity if an arbitraiton agreement, courts of Contracting States shall examine the validity o fSuch agreement with reference to the capacity of the parties, under the law applicable to them, and with reference to questions...”, and Article IX (1) (โปรดดูเชิงอรรถที่ 82).

⁸⁵ เช่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 19-36.

ใช้ประเทศซึ่งได้ถูกจัดตั้งขึ้น) และตามกฎหมายของประเทศนั้น นิติบุคคลนั้นต้องมีสัญชาติของประเทศนั้น⁸⁶

ในบางประเทศ เช่นประเทศฝรั่งเศส มีการกำหนดอย่างเคร่งครัดโดยกฎหมายภายในเกี่ยวกับความสามารถของ “องค์การมหาชน” ในการเข้าทำสัญญาอนุญาติตตุลาการ⁸⁷ และในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาติตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1961 กำหนดให้ “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน” มีสิทธิในการเข้าทำสัญญาอนุญาติตตุลาการภายใต้เงื่อนไขของแต่ละประเทศ⁸⁸

เนื่องจากเงื่อนไขในเรื่องความสามารถในการเข้าร่วมการอนุญาติตตุลาการในแต่ละประเทศจึงอาจเกิดปัญหาในกระบวนการอนุญาติตตุลาการขึ้นได้ เมื่อคู่สัญญาผู้เข้าทำสัญญาอนุญาติตตุลาการได้กล่าวอ้างถึงความสามารถของตนในภายหลังว่าตนไม่มีความสามารถในการอนุญาติตตุลาการได้ซึ่งหากเป็นจริงเช่นนั้นข้อตกลงอนุญาติตตุลาการก็จะไร้ผลบังคับและ

⁸⁶ เช่นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการชดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่”.

⁸⁷ “Civil Code” English translation by the Parker School in French Law

“Article 2060 ...certain categories of Public establishments of an industrial and commercial character may be authorized by decree to submit to arbitration.”.

⁸⁸ The 1961 European Convention (Geneva) on Interantional Commercial Arbitration

“Article II Right of Legal Persons of Public Law to Resort to Arbitration

(1) In the cases referred to in Article I, paragraph 1, of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as “legal persons of public law” have the right to conclude valid arbitration agreements.

(2) On signing, ratifying or acceding to this Convention any State shall be entitled to declare that it limits the above faculty to such conditions as may be stated in its declaration.”.

ศาลที่พิจารณาคดีจะต้องปฏิเสธว่าไม่มีอำนาจเหนือคดีนั้น⁸⁹ ฉะนั้น การไร้ความสามารถของ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการทำการอนุญาโตตุลาการสามารถเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ⁹⁰ และเป็นเหตุในการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁹¹ ได้ด้วย

เรื่องการไร้ความสามารถในการทำการอนุญาโตตุลาการควรถูกยกขึ้น พิจารณาได้เพียงในการคัดค้านของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องเท่านั้นหรือไม่ กล่าวคือคู่กรณีฝ่ายที่

⁸⁹ The 1961 European Convention (Geneva) on Interantional Commercial Arbitration Article VI (2) (โปรดดูเชิงอรรถที่ 84).

⁹⁰ The 1961 European Convention (Geneva) on Interantional Commercial Arbitration Article IX (1) (โปรดดูเชิงอรรถที่ 82) and The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 34 (2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that:...(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State;”.

⁹¹ The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

“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:“ and

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 36 (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:.. (a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or...”.

เรียกร้องให้ปฏิบัติตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการบนพื้นฐานของการไร้ความสามารถของตนได้หรือไม่ บางคนคิดว่าหากผู้เรียกร้องสามารถยกเรื่องการไร้ความสามารถของตนขึ้นได้ อาจเป็นการฝ่าฝืน “หลักสุจริต” (good faith) แต่บางคนมีความเห็นว่าเรื่องความสามารถนั้นไม่เหมือนกับ “ความคุ้มกันอธิปไตย” (sovereign immunity) ซึ่งอาจถูกละได้โดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่เข้าสู่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ประเด็นเรื่องความสามารถนี้อาจได้มาโดยการยินยอมในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอำนาจในการทำคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการต้องการความสามารถในทางกฎหมายของคู่สัญญา

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 มาตรา II⁹² บัญญัติไว้ว่ารัฐคู่สัญญาต้องยอมรับสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร และต้องเคารพต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการพยายามแก้ไขปัญหาเรื่องความสามารถของคู่สัญญาโดยกำหนดว่าบุคคลภายใต้กฎหมายที่ปรับใช้กับผู้นั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายมหาชน มีสิทธิในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับ อย่างเช่น การลงนาม

⁹² The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

“Article II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

3. The court of Contracting States, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

การให้สัตยาบัน หรือการภาคยานุวัติต่ออนุสัญญา ผู้แทนของรัฐที่ถูกแต่งตั้งต้องแจ้งว่าตนถูกจำกัดในเรื่องความสามารถนี้เพียงใดหรือไม่

2.3.2.2.3 ข้อกำหนดอื่นสำหรับความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Other requirements for the validity of an arbitration agreement)

ข้อกำหนดอื่น ๆ ของความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้ เกี่ยวข้องกับรูปแบบและเนื้อหาของข้อตกลง ภายใต้กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรในขั้นต้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้เพียงแต่ถ้าข้อตกลงนั้นถูกบรรจุอยู่ในเอกสารที่มีการลงนามโดยคู่สัญญา ภายหลังจากข้อกำหนดที่เข้มงวดในรูปแบบดังกล่าวเริ่มอ่อนลงเนื่องจากการพัฒนาของวิธีสมัยใหม่ในการสื่อสาร

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 มาตรา II (2) ได้ให้ความหมายของ “ข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ไว้ว่าเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีการลงนามโดยคู่สัญญาหรือบรรจุอยู่ในจดหมายหรือโทรเลขที่แลกเปลี่ยนกัน ในขณะที่อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1961 ให้ความหมายที่ไปไกลกว่านั้น โดยการยอมรับข้อตกลงที่เกิดจากการโต้ตอบกันโดยโทรสารด้วย และในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่กฎหมายของบางประเทศไม่กำหนดว่าต้องทำเป็นรูปแบบลายลักษณ์อักษร ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ตกลงกันทำตามรูปแบบที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนด ก็มีผลใช้บังคับได้⁹³

ตามมาตรา 7 (2) ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ กำหนดไว้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อ

⁹³ The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

“Article II (2) The term “arbitration agreement” shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, the contract or arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams.”.

ได้ถูกทำขึ้นในการแลกเปลี่ยนโดย “วิธีการสื่อสารโทรคมนาคมแบบอื่น” เพื่อการบันทึกข้อตกลง รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ในกรณีที่มีความมิอยู่ของข้อตกลงได้ถูกกล่าวอ้างขึ้น โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและไม่ถูกปฏิเสธโดยฝ่ายอื่น

ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควรจะต้องร่างขึ้นในแนวทางที่การทำคำชี้ขาดสามารถเป็นไปได้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจถูกทำขึ้นเพื่อข้อพิพาทที่มีอยู่ในปัจจุบัน หรือในอนาคตซึ่งอาจมีขึ้นจากนิติสัมพันธ์ก็ได้

ตามความเห็นที่แพร่หลาย ประเด็นความมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายของ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ต้องถูกตัดสินภายใต้กฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้เลือกไว้ โดยยกเว้นเรื่อง ความสามารถของคู่สัญญา และถ้าไม่ได้เลือกกฎหมายเช่นนั้นไว้ ก็ต้องถูกตัดสินภายใต้ กฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี การมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายที่ปรับใช้กับข้อตกลงไม่ได้เป็นการประกันถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอื่น ศาลของแต่ละประเทศอาจจะตรวจสอบประเด็นข้อพิพาทว่า ภายใต้กฎหมายของประเทศตนข้อพิพาทดังกล่าวเป็นเรื่องที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ และผลที่ตามมาก็คือศาลที่ถูกร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นอาจปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้และข้อพิพาทสามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ภายใต้กฎหมายของประเทศซึ่งได้มีการทำคำชี้ขาดขึ้น

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจไม่สามารถบังคับได้ด้วยเหตุผลบางประการ เช่น โดยผลของการสิ้นสุดของความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากไม่อาจทำให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่เกิดจากผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการผู้ที่ต้องแต่งตั้งร่วมกันได้ หรือ ผู้ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้เป็นอนุญาโตตุลาการปฏิเสธหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และบนพื้นฐานของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่จะใช้สิทธิขอให้ศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ จะต้องแถลงถึงเหตุแห่งการสิ้นสุดลงของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย

2.3.2.2.4 ขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Scope of an Arbitration Agreement)

อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือข้อพิพาทเพียงเท่าที่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการครอบคลุมถึง ฉะนั้น เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทต่อศาลและมีการอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถ้าอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทเกินอำนาจที่ได้รับมอบหมาย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจถูกเพิกถอนโดยศาลที่มีอำนาจได้ และสำหรับในการบังคับตามคำชี้ขาด คำชี้ขาดที่ถูกตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำเกินขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจนำไปสู่การปฏิเสธของคู่กรณีหรือคำชี้ขาดไม่สามารถบังคับได้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการกระทำเกินอำนาจ และในการบังคับตามคำชี้ขาด คำชี้ขาดที่ถูกตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำเกินขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจถูกปฏิเสธโดยคู่กรณีหรือคำชี้ขาดไม่สามารถบังคับได้

ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทั้งในเรื่องข้อพิพาทและบุคคลที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจขยายข้อจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ครอบคลุมถึงได้ และบุคคลซึ่งแม้ไม่ใช่คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจผูกพันในข้อตกลงนั้น ได้ถ้าหากบุคคลนั้นยินยอม

1) คู่สัญญาในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Parties to an arbitration agreement)

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันเฉพาะผู้ที่ เป็นคู่สัญญาและลงนามในสัญญาเท่านั้น ถ้ามีคู่สัญญาหลายฝ่ายและมีเพียงบางฝ่ายที่ลงนาม คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ลงนามอาจถูกฟ้องร้องต่อศาลได้

อย่างไรก็ตามในบางสถานการณ์ที่มีประเด็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการผูกพันบุคคลภายนอกหรือไม่ **ประการแรกคือ** ผู้สืบทอดตามกฎหมาย เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้โอนสิทธิทั้งหมดของตนภายใต้สัญญาให้แก่บุคคลภายนอก ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการคงยังมีผลบังคับได้ตามกฎหมายและสามารถบังคับผู้รับโอนและคู่สัญญาทั้งหลายในสัญญาเดิมได้ สถานการณ์เช่นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาเมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ตกลงทำขึ้นเนื่องจากคุณสมบัติ

เฉพาะของคู่สัญญา คู่สัญญาอาจยอมมอบข้อพิพาททั้งหลายของตนให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เฉพาะคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม นักวิจารณ์ทางกฎหมายบางกลุ่มเชื่อว่าในประเด็นที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับทางกฎหมายได้นั้นควรถูกพิจารณาตัดสินในเวลาและพฤติการณ์เดียวกับที่ทำข้อตกลงขึ้น ภายหลังจากคุณสมบัติของบุคคลมีการเปลี่ยนแปลงก็ไม่ได้มีผลถึงความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อให้ไม่เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญา

ประการที่สองคือ ประเด็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการผูกพันผู้รับประกัน ซึ่งได้ประกันการปฏิบัติตามสัญญาหลักของผู้ถูกร้องหรือไม่ เมื่อผู้รับประกันได้ลงนามในสัญญาซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย เขาอาจถูกพิจารณาว่าเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย เพื่อที่ว่าถ้อยแถลงของเขาชัดเจนและไม่เป็นที่สงสัย อย่างไรก็ตาม การลงลายมือชื่อของบุคคลภายนอกในสัญญาไม่ได้หมายความว่าบุคคลนั้นได้ยอมรับเอาพันธะใด ๆ ภายใต้อสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยเสมอไป

คำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ กค. 201/2542

อำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการเกิดจากความยินยอมของคู่สัญญาในการมอบข้อพิพาทให้วินิจฉัย และการมอบอำนาจดังกล่าวมักจะทำในรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยอาจเป็นรูปแบบของสัญญาเฉพาะหรือข้อตกลงในสัญญาให้สินเชื่อ ก็ถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ผูกพันคู่สัญญาคือผู้กู้และผู้ให้กู้ที่จะต้องปฏิบัติตาม

เนื่องจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาคดีของศาล ดังนั้น จึงต้องตีความข้อสัญญาดังกล่าวโดยเคร่งครัด โดยถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการผูกพันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ผู้ค้าประกันหนึ่งของผู้กู้ซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ด้วย จึงไม่สามารถยกข้อต่อสู้ของผู้กู้เกี่ยวกับข้อตกลงตามสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นต่อสู้ผู้ให้กู้ได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 694⁹⁴ ไม่นำมาใช้ในกรณีนี้

⁹⁴ มาตรา 694 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้าประกันมีต่อเจ้าหนี้ นั้น ท่านว่าผู้ค้าประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย”.

ตัวอย่างกรณีที่มีชื่อผู้อื่นในสัญญา

ผู้ร้อง ก. ฟ้องผู้ถูกร้อง ข. ค. และ ง. ก. และ ข. ได้ตกลงทำสัญญาซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการรวมอยู่ในหน้าที่มีการลงลายมือชื่อได้มีการลงลายมือชื่อของ ค. และ ง. ด้วย แต่ ค. และ ง. ได้โต้แย้งว่าตนไม่ใช่คู่สัญญาในสัญญาและไม่ได้ถูกผูกพันโดยข้อตกลงอนุญาตตุลาการ แต่เป็นผู้ซื้อสินค้าซึ่งจะซื้อสินค้าที่ ข. จะผลิตจากวัตถุดิบตามสัญญาระหว่าง ก. กับ ข. และเจตนาในการลงนามนั้นก็เพื่อแสดงความยินยอมในราคาของสินค้าที่คำนวณจากราคาของวัตถุดิบตามสัญญาระหว่าง ก. กับ ข. คณะอนุญาโตตุลาการต้องยอมรับข้อโต้แย้งดังกล่าว และได้ปฏิเสธอำนาจพิจารณาเหนือ ค. และ ง.

2) เนื้อหาของข้อพิพาท (Subject-matter of the dispute)

ข้อจำกัดอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีความซับซ้อนเช่นเดียวกับเนื้อหาของข้อพิพาท ประเด็นนี้มีความสำคัญเมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ปรากฏอยู่ ขณะที่ข้อพิพาทในอนาคตอาจเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์พิเศษก็ได้

ในกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนขั้นพิจารณาในศาล อำนาจของศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาททำให้สามารถวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเดิมได้ (เช่น การรวมพิจารณาคดี การฟ้องแย้ง ข้อเรียกร้องให้หักลบกลบหนี้ เป็นต้น) แต่ในการอนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถขยายขอบของอำนาจเช่นนั้นได้โดยปราศจากความเกี่ยวพันระหว่างข้อพิพาทกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ผู้ร้องอาจเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้เพียงเท่าที่อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ผู้ถูกร้องอาจฟ้องแย้งและเรียกร้องให้มีการหักลบกลบหนี้ได้เพียงเท่าที่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ที่อยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ฎีกาของสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดความเป็นไปได้สำหรับการรวมการพิจารณาข้อเรียกร้องที่เป็นเอกเทศหลายข้อระหว่างคู่กรณีเดียวกันเข้าด้วยกัน ข้อพิพาทสองข้อหรือมากกว่านั้นในกระบวนการพิจารณาอาจรวมกันได้แม้ว่าข้อเรียกร้องเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ที่ต่างกันแต่อยู่ภายใต้ข้อตกลงเดียวกัน

เมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ถูกทำขึ้นในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อาจเกิดปัญหาขึ้นได้แม้ถ้อยคำในข้อตกลงครอบคลุมถึงข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับได้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความมีผลบังคับได้ของสัญญาหลัก (the separability doctrine) ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจตัดสินประเด็นความมีผลบังคับหรือไม่ของสัญญาหลักได้

ในทางตรงกันข้ามประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทที่เป็นผลมาจากสัญญาหลักที่ไม่สามารถบังคับได้ บางคนมีความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจนี้เพียงเฉพาะการให้อำนาจโดยชัดแจ้งจากคู่กรณี ปัญหาขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็อาจเกิดขึ้นได้ แม้แต่ในกรณีที่คู่กรณีมีความสัมพันธ์อันยาวนานระหว่างกัน และในความสัมพันธ์กับสัญญาหลักที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญารอง (สัญญาต่อมา) ในความเห็นของผู้เขียน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รวมอยู่ในสัญญาหลักสามารถเกี่ยวพันกับสัญญารองที่คู่สัญญาแสดงโดยชัดแจ้งให้อ้างอิงถึงข้อตกลงหลัก ในทางตรงกันข้ามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญารองไม่สามารถขยายไปใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหลักหรือจากสัญญารองอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น ผู้เรียกร้องอาจเรียกร้องเงินจำนวนหนึ่งซึ่งมีความแตกต่างกันระหว่างราคาที่กำหนดไว้อย่างแน่นอนในสัญญา (สัญญารอง) ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและราคา que คิดว่าตนมีสิทธิที่จะเรียกร้องบนพื้นฐานของการเจรจาครั้งก่อนระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กันมายาวนาน (สัญญาหลัก) ผู้ถูกเรียกร้องก็ได้แย้งว่าข้อเรียกร้องไม่ได้เกิดขึ้นจากสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เช่นนั้นข้อพิพาทจึงไม่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการควรต้องส่งข้อเรียกร้องของผู้เรียกร้องให้ศาลพิจารณา

2.4 ข้อดีและข้อบกพร่องของทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

แนวความคิดใดก็ตามมักจะมีทั้งข้อดีและข้อบกพร่องควบคู่กันไป ขึ้นอยู่กับประสบการณ์และทัศนคติมุมมองของแต่ละคน เช่นเดียวกับในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง โดยผู้เขียนได้นำเสนอถึงข้อดีและข้อบกพร่องของเรื่องดังกล่าว ดังต่อไปนี้

2.4.1 ข้อดีของทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น หากอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ทำให้เกิดข้อดี ดังนี้

1) ก่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คือเมื่อมีสัญญากันแล้ว คู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*)

2) ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับได้ ในขณะที่ก็มีได้ก้าวล่วงไปในอำนาจพิจารณาคดีของศาล (adjudication) เพราะถึงอย่างไรก็ดีศาลยอมเป็นผู้ชี้ขาดเป็นที่สุดในเรื่องขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ⁹⁵

3) ทำให้อนุญาโตตุลาการมีความมั่นใจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปการอนุญาโตตุลาการไม่สะดุดหยุดลง เนื่องจากไม่ต้องเสียเวลาคอยให้ศาลเป็นผู้กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้หรือไม่ก่อน

4) เมื่อมีสัญญาและมีการปฏิบัติตามสัญญาก็จะเป็นประโยชน์ต่อการค้าทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศที่ต้องการความแน่นอนทางการค้า ความเชื่อถือ เชื่อมั่น และไว้วางใจระหว่างกัน

2.4.2 ข้อบกพร่องของทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

ข้อบกพร่องของทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง มีอยู่เพียงว่าหากอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าตนมีอำนาจพิจารณาแล้ว และได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ต่อมาเมื่อมีการนำประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งอาจเกิดขึ้นขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการหรือภายหลัง ซึ่งมีการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่อศาลทบทวนแล้วอาจพบว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องนั้นด้วยเหตุใด ๆ ก็ดี คู่ความคงต้องเสียเวลาและเงินไปเปล่า ๆ⁹⁶ แต่ทั้งนี้ศาลจะไม่เข้าทบทวนในส่วนที่เป็นเนื้อหาของข้อพิพาท

⁹⁵ Klaus Peter Berger, *Internaitional Economic Arbitration*, p. 330.

⁹⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, "การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี" : 11.

เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อบกพร่องข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การนำแนวความคิดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้ จะทำให้เกิดผลดีมากกว่า เนื่องจากมีความจำเป็นในการแก้ไขข้อขัดข้อง เมื่อมีการยกประเด็นอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นคัดค้านการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยราบรื่น และที่สำคัญอย่างยิ่งคือการอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพจะเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ความกังวลที่เกรงว่าอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของตนเองไม่ถูกต้อง อาจเป็นการกังวลที่มากเกินไป เพราะอนุญาโตตุลาการที่ต้องพิจารณาว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทหรือไม่ ก็ต้องใช้ความรอบคอบในการวินิจฉัยเอกสารหลักฐานเบื้องต้นว่าคู่กรณีมีความผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีการกล่าวอ้างหรือไม่ ซึ่งน่าจะทำให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยผิดพลาดได้ยาก และก็คงไม่มีอนุญาโตตุลาการท่านใดที่จะพิจารณาเข้าข้างตนเองว่าตนมีอำนาจ เพราะหากวินิจฉัยไปเช่นนั้นอาจมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของตนเองได้ในภายหลัง

2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองในปัจจุบัน

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตน (COMPETENCE DE LA COMPETENCE) มีหลักอยู่ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ ไม่ต้องรอให้ศาลวินิจฉัยประเด็นนั้นเสียก่อน ทั้งนี้ โดยมีแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนภายใต้เหตุผลหรือแนวความคิดอย่างน้อย 3 ประการ⁹⁷ ได้แก่

1) อนุญาโตตุลาการไม่ต้องหยุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านอำนาจพิจารณาของตนเอง

⁹⁷ William W. Park, "Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators", *The American Review of International Arbitration*, 8 (1997) : 140.

2) ศาลอาจพักการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้จนกว่าอนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวหรืออนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยรวมไว้ในคำชี้ขาดในเนื้อหาของข้อพิพาท

3) อนุญาโตตุลาการอาจมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้เป็นเด็ดขาดโดยปราศจากการทบทวนของศาล

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเป็นสิ่งที่จำเป็นในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง แต่ก็ยังไม่ได้รับการยอมรับในกฎหมายภายในของทุกประเทศเช่นเดียวกับความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁹⁸ ประเทศที่เห็นว่าศาลควรเป็นผู้มีอำนาจตัดสินขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เป็นประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา เช่นประเทศเปรู ประเทศเวเนซุเอลา และประเทศเอกวาดอร์ เป็นต้น⁹⁹

ผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรจะมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองโดยอิสระ เพื่อรักษาและเพิ่มพูนประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าหากประเทศของคู่สัญญาต่างก็ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของตนเองได้เช่นเดียวกัน

จากการศึกษาในบทนี้จะเห็นได้ว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาจาก 3 แหล่ง ได้แก่ อำนาจที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา อำนาจที่ได้รับตามกฎหมาย และอำนาจที่เกิดจากการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ อำนาจอันหลังนี้สำคัญที่สุดเพราะทำให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนได้แม้ในสัญญาหรือกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ก็ตาม และทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาข้อพิพาทต่อไปได้ ส่วนข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นเอกเทศคือมีอิสระไม่ขึ้นกับสัญญาหลัก พิจารณาความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจึงไม่ต้อง

⁹⁸ United Nations Commission on International Trade Law Yearbook, XVI : 1985 (New York : United Nations, 1988), p.121.

⁹⁹ René David, Arbitration in International Trade, (Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), pp.285-289.

พิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาหลักด้วย เป็นการสนับสนุนให้อนุญาตตุลาการสามารถใช้อำนาจดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ และเพื่อการพิจารณาว่ามีการยอมรับหลักอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเพียงใด ดังนั้น จำเป็นที่จะต้องตรวจสอบวิวัฒนาการของอำนาจ ดังกล่าวในปัจจุบัน ซึ่งจะศึกษาต่อไปในกรณีที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศ โดยจะนำตัวอย่างมาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 3



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

วิวัฒนาการของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน

ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการของหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ตลอดจนจะได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงอำนาจดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมายทั้งกรณีกฎหมายระหว่างประเทศและกรณีกฎหมายภายใน

3.1 วิวัฒนาการของหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

หลังจากที่ได้มีทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเกิดขึ้นแล้ว ก็มีความพยายามของหลายประเทศที่จะนำหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไปบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา ส่งผลให้มีการพัฒนาหลักดังกล่าวจนเป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ โดยมีการนำไปใช้ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ จนเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางมาจนถึงปัจจุบันดังที่จะได้พิจารณาต่อไปตามลำดับ

3.1.1 สนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

ในสนธิสัญญาที่สำคัญ และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ที่จะยกมาพิจารณาตามลำดับต่อไป ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1961 และอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

3.1.1.1 อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards or the New York Convention)

ในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 แม้จะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง แต่ก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และมีบทบัญญัติที่เป็นหลักการที่ถูกรับมาบัญญัติในอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่มีการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองยึดถือตาม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือมีบทบัญญัติที่มีอิทธิพลต่ออนุสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ

บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ กล่าวว่าอนุญาโตตุลาการไม่อาจกระทำการเกินขอบอำนาจได้ หากอนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบอำนาจ คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา V (1) (c)¹ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือใน**ส่วนแรก**เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดที่มีคำชี้ขาดเกินขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และใน**ส่วนที่สอง**เกี่ยวกับ

¹ The 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards or the New York Convention

“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:...

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced;”.

ความเป็นไปได้ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบางส่วน สำหรับคำชี้ขาดซึ่งมีทั้ง คำตัดสินที่อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และคำตัดสินที่อยู่นอกอำนาจของ อนุญาโตตุลาการ

การที่อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าข้อพิพาทเกินอำนาจของตนที่จะพิจารณานั้น ไม่ใช่กรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเลยเพราะเหตุที่ไม่มีข้อตกลง อนุญาโตตุลาการอยู่ แต่เป็นกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้ แต่อนุญาโตตุลาการ ได้ตัดสินในประเด็นที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย

ตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ไม่ได้แสดงให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินเป็นที่สุดในเรื่องอำนาจวินิจฉัยของตนเองหรือไม่ จึงอาจตีความได้ ว่าศาลก็ยังคงเป็นผู้ตัดสินเป็นที่สุดในประเด็นดังกล่าวก็เป็นได้² และอนุสัญญาฉบับนี้แสดงให้เห็น ว่าอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยเกินขอบเขตอำนาจของตนไม่ได้ มิฉะนั้น คำชี้ขาดในส่วนที่ตัดสิน เกินขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นจะไม่มีผลบังคับ ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยการ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 ที่ศาลสามารถ เลื่อนกำหนดการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดออกไปหรือพิจารณาตัดสินในส่วนดังกล่าวไปได้³

² โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation (Netherlands : Kluwer Law and Taxation, 1981), p.311-313.

³ The 1927 Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards (Geneva)

“Article II

(1) Even if the conditions laid down in Article I hereof are fulfilled, recognition and enforcement of the award shall be refused if the Court is satisfied: . . .

(c) That the award does not deal with the differences contemplated by or falling within the terms of the submission to arbitration or that it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration.

If the award has not covered all the questions submitted to the arbitral tribunal, the competent authority of the country where recognition or enforcement of the award is

3.1.1.2 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1961 (The 1961 European Convention (Geneva) on International Commercial Arbitration)

ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1961 ได้บัญญัติถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้ในมาตรา V⁴ ว่าการคัดค้านเรื่องอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการต้องกระทำระหว่างการ

sought can, if it think fit, postpone such recognition or enforcement or grant it subject to such guarantee as that authority may decide.”.

เพราะจากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลมีอำนาจเลือกการบังคับตามคำชี้ขาดได้ในกรณีที่คำชี้ขาดไม่ครอบคลุมทุกประเด็น แต่ไม่สามารถเลือกบังคับตามคำชี้ขาดเพียงเท่าที่ข้อตกลงครอบคลุมได้หากคำชี้ขาดนั้นมีการชี้ขาดเกินอำนาจอนุญาโตตุลาการ ศาลจำเป็นต้องปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น.

⁴ The 1961 European Convention (Geneva) on Interantional Commercial Arbitration

“Article V Plea as to Arbitral Jurisdiction

1. The party which intends to raise a plea as to the arbitrator’s jurisdiction based on the fact that the arbitration agreement was either non-existent or null and void or had lapsed shall do so during the arbitration proceedings, not later than the delivery of its statement of claim or defence relation to the substance of the dispute, those based on the fact that an arbitrator has exceeded his terms of reference shall be raised during the arbitration proceedings as soon as the question on which the arbitrator is alleged to have no jurisdiction is raised during the arbitral procedure. Where the delay in raising the plea is due to a cause which the arbitrator deems justified, the arbitrator shall declare the plea admissible.

2. Pleas to the jurisdiction referred to in paragraph 1 above that have not been raised during the time-limits there referred to, may not be entered either during a subsequent stage of the arbitral proceedings where they are pleas left to the sole discretion of the parties under the law applicable by the arbitrator, or during subsequent court proceedings concerning the substance or the enforcement of the award where

อนุญาโตตุลาการ โดยไม่ช้ากว่าการยื่นคำร้องหรือคำให้การในประเด็นข้อพิพาท ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการกระทำเกินขอบอำนาจต้องยกขึ้นโดยเร็ว หากมีการยกข้อต่อสู้ขึ้นล่าช้าโดยมีเหตุอันสมควร ถ้าอนุญาโตตุลาการรับข้อต่อสู้ดังกล่าวไว้ก็จะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล

การป้องกันไม่ให้เกิดความลักลั่นกันระหว่างคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการและคำตัดสินของศาลในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในประเทศหนึ่งแล้ว แต่ได้มีการเสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลในประเทศคู่สัญญาอีกประเทศหนึ่ง จึงได้มีบทบัญญัติในมาตรา VI (3)⁵ ว่าให้ศาลจำหน่ายคดีชั่วคราวในการตัดสินเรื่องอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการไว้เพื่อให้มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสียก่อน

such pleas are left to the discretion of the parties under the rule of conflict of the court seized of the substance of the dispute or the enforcement of the award. The arbitrator's decision on the delay in raising the plea, will, however, be subject to judicial control.

3. Subject to any subsequent judicial control provided for under the lex fori, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part.”

⁵ The 1961 European Convention (Geneva) on International Commercial Arbitration

“Article VI Jurisdiction of Courts of Law

(3) Where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator's jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary.”

อนุสัญญานี้ได้บัญญัติรับรองอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นครั้งแรก และสนับสนุนอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศอย่างชัดเจน เพราะถึงแม้เป็นเรื่องระหว่างประเทศ ศาลในประเทศคู่สัญญา ก็ต้องยอมรับอนุญาโตตุลาการที่มีในข้อตกลงและแม้จะไม่ได้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่เป็นที่ตั้งของศาลก็ตาม

3.1.1.3 อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 (The 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States or the ICSID Convention)

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง อยู่ในมาตรา 36 และมาตรา 41 ดังนี้

“มาตรา 36 ... (3) ให้เลขาธิการลงทะเบียนคำร้องขอ เว้นแต่จะเห็นว่า โดยพื้นฐานของข้อมูลที่ปรากฏในคำร้องขอนั้น ข้อพิพาทนั้นอยู่นอกเขตอำนาจของศูนย์โดยชัดแจ้ง และให้เลขาธิการแจ้งแก่คู่กรณีถึงการลงทะเบียนหรือการไม่รับลงทะเบียนคำร้องโดยไม่ชักช้า”⁶ ดังนั้นเลขาธิการศูนย์ ICSID ต้องพิจารณาว่าคำร้องขออยู่อำนาจของศูนย์หรือไม่ โดยมีหน้าที่ตรวจคำร้องขออนุญาโตตุลาการข้อพิพาท และหากพบว่าศูนย์ ICSID ไม่มีเขตอำนาจที่จะจัดการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทนั้นได้โดยชัดแจ้ง เลขาธิการศูนย์ ICSID ก็จะไม่รับลงทะเบียนคำร้องขออนุญาโตตุลาการข้อพิพาท แต่ในกรณีเป็นที่สงสัยหรือไม่ชัดเจนว่าศูนย์ ICSID ไม่มีอำนาจจัดการข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว เลขาธิการก็จะลงทะเบียนคำร้องนั้นไว้ แล้วปล่อยให้เป็นที่ของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยว่าคดีดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ ICSID หรือไม่⁷

⁶ อนันต์ จันทโรภากร, “คำแปลอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น”, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม , หน้า 13.

⁷ อนันต์ จันทโรภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น”, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม , หน้า 15-16.

“มาตรา 41

- (1) ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของตนเอง
- (2) ข้อโต้แย้งใด ๆ ของคู่กรณีในข้อพิพาทนั้น ไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของศูนย์หรือโดยอาศัยเหตุผลอื่นใดว่าไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้พิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะต้องพิจารณาทำคำวินิจฉัยในฐานะที่เป็นปัญหาเบื้องต้นหรือจะรวมวินิจฉัยไป พร้อมกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาท”⁸

จากมาตราทั้งสองข้างต้นแสดงให้เห็นว่าตามอนุสัญญานี้มีการกลั่นกรองในเรื่องอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทถึง 2 ระดับคือ ให้เลขานุการพิจารณาก่อนว่าคำร้องขอให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศูนย์ ICSID ที่จะจัดการข้อพิพาทดังกล่าวหรือไม่เป็นขั้นแรก หากไม่มีเขตอำนาจก็ปฏิเสธคำร้อง เฉพาะกรณีมีข้อสงสัยว่าข้อพิพาทอยู่ในอำนาจของศูนย์ ICSID หรือไม่ ถึงจะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยต่อไป แต่หากเลขานุการรับคำร้องเพราะเห็นว่าศูนย์ ICSID มีอำนาจ อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาว่าตนมีอำนาจจริงหรือไม่อีกชั้นหนึ่งต่อไป

นอกจากในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองแล้ว ในระบบ ICSID ก็ยังมีข้อบังคับรองรับอำนาจดังกล่าวอีกด้วย ได้แก่ **ข้อบังคับกระบวนการพิจารณาสำหรับการก่อตั้งกระบวนการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการ (Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings : Institution Rules)** ดังนี้

ข้อ 41⁹ บัญญัติว่าคำคัดค้านที่ไม่อยู่ในอำนาจของศูนย์ ICSID หรือคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีขึ้นโดยเร็วที่สุด ในขณะที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมี

⁸ อนันต์ จันทโรภากร, “คำแปลอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น”, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม , หน้า 15.

⁹ Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings
“Rule 41. Objection to Jurisdiction

(1) Any objection that the dispute or any ancillary claim is not within the jurisdiction of the Centre or, for other reasons, is not within the competence of the Tribunal shall be made as early as possible. A party shall file the objection with the Secretary-General no

อำนาจพิจารณาได้เองว่าข้อพิพาทนั้นอยู่ในอำนาจของศูนย์ ICSID หรือของตนหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินประเด็นดังกล่าวในเบื้องต้นหรือรวมไว้ในคำตัดสินเนื้อหาข้อพิพาท แต่ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการยกคำคัดค้านหรือรวมคำตัดสินประเด็นนั้นไว้ในคำตัดสินเนื้อหาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องกำหนดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปด้วย และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อพิพาทนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศูนย์ ICSID หรือของตน คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นคำชี้ขาดในประเด็นนั้น

แต่ผลของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในระบบ ICSID แตกต่างอย่างมากจากข้อบังคับระหว่างประเทศ คือไม่อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใด ข้อบังคับดังกล่าวยังได้กำหนดการบังคับคำชี้ขาดตามกฎหมายอย่างละเอียดซึ่งปกติจะถูกจำกัดโดยบทบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ สิ่งนี้จำเป็นเพราะภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ศาลของประเทศภาคีไม่มีอำนาจที่จะกลับ เพิกถอนหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของศูนย์ ICSID แม้แต่บนพื้นฐานว่าคำชี้ขาดฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย และประเทศภาคีต้อง

later than the expiration of the time limit fixed for the filing of the counter-memorial, or, if the objection relates to an ancillary claim, for the filing of the rejoinder — unless the facts on which the objection is based are unknown to the party at that time.

(2) The Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute or any ancillary claim before it is within the Jurisdiction of the Centre and within its own competence.

(3) Upon the formal raising of an objection relating to the dispute, the proceeding on the merits shall be suspended. The President of the Tribunal, after consultation with its other members, shall fix a time limit within the Jurisdiction of the Centre and within which the parties may file observations on the objection.

(4) The Tribunal shall decide whether or not the further procedures relating to the objection shall be oral. It may deal with the objection as a preliminary question or join it to the merits of the dispute. If the Tribunal overrules the objection or joins it to the merits, it shall once more fix time limits for the further procedures.

(5) If the Tribunal decides that the dispute is not within the jurisdiction of the centre or not within its own competence, it shall render an award to that effect.”

ผูกพันตนในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของศูนย์ ICSID เช่นเดียวกับเป็นคำพิพากษาของศาลภายใน¹⁰ ของประเทศตน

3.1.2 กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการพยายามให้มีการกำหนดแนวทางระหว่างประเทศ โดยมีสหประชาชาติเป็นศูนย์กลางในการประชุมปรึกษานานาชาติให้มีกฎหมายต้นแบบต่าง ๆ เพื่อให้แต่ละประเทศมีการนำไปพิจารณาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในต่อไป ทั้งนี้แม้ไม่ได้บัญญัติเหมือนกฎหมายต้นแบบทุกประการ แต่ก็ทำให้เกิดความสอดคล้องของกฎหมายในระบบที่แตกต่างกันและในประเทศต่าง ๆ มากขึ้น สำหรับเรื่องเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีผลงานที่สำคัญ 2 ชิ้น คือข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

3.1.2.1 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules 1976)

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติทำให้เกิดความมั่นใจในการก่อตั้งข้อบังคับสำหรับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเป็นที่ยอมรับในประเทศต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างกันทั้งทางด้านกฎหมาย

¹⁰ อนันต์ จันทโรภากร, “คำแปลอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น”, หน้า 20.

“ข้อ 54 (1) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องยอมรับคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นตามความในอนุสัญญานี้ว่ามีผลผูกพันและบังคับหนี้เงินตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดภายในดินแดนของตนเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วของรัฐนั้น รัฐภาคีซึ่งมีรัฐธรรมนูญแบบสหพันธ์อาจบังคับคำชี้ขาดโดยศาลของสหพันธ์และอาจกำหนดว่าให้ศาลดังกล่าวถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วของบรรดารัฐที่อยู่ภายใต้สหพันธ์”

สังคม และระบบเศรษฐกิจ และเป็นการสนับสนุนพัฒนาการของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศให้ดียิ่งขึ้น

ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการฯ นี้มีการกำหนดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนไว้อย่างชัดเจนในข้อ 21¹¹ ซึ่งได้บัญญัติในเรื่องข้อต่อสู้เกี่ยวกับอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการไว้ 4 ประการด้วยกันคือ

1. อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินในคำคัดค้านว่าตนไม่มีอำนาจ รวมถึงคำคัดค้านอื่น ๆ ต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่หรือมีผลบังคับได้หรือต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แยกต่างหาก

2. อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการตัดสินความมีอยู่หรือมีผลบังคับของสัญญาที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย ตามวัตถุประสงค์ของข้อ 21 ข้อตกลง

¹¹ UNCITRAL Arbitration Rules

“Article 21 Plea as to the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal

1. The arbitral tribunal shall have the power to rule on objects that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.

2. The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

3. A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than in the statement of defence or, with respect to a counter-claim, in the reply to the counter-claim.

4. In general, the arbitral tribunal should rule on a plea concerning its jurisdiction as a preliminary question, However, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration and rule on such a plea in their final award.”

อนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและได้ให้การอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับนี้จะถูกปฏิบัติเช่นสัญญาที่เป็นเอกเทศจากข้อสัญญาอื่นในสัญญาหลัก คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่าสัญญาไร้ผลหรือเป็นโมฆะไม่เป็นผลให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไร้ผลบังคับไปด้วย

3. ข้อต่อสู้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจต้องถูกยกขึ้นไม่ช้ากว่าการยื่นในคำให้การแก้ข้อเรียกร้องหรือคำให้การแก้ฟ้องแย้ง

4. โดยทั่วไป อนุญาโตตุลาการควรตัดสินข้อต่อสู้เกี่ยวกับอำนาจวินิจฉัยของตนเป็นประเด็นเบื้องต้น อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปและตัดสินข้อต่อสู้ในคำชี้ขาดสุดท้าย

3.2.2.2 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 21 June 1985)

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเกิดขึ้นเนื่องจากเห็นว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีประโยชน์ต่อความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ จึงได้มีการจัดทำกฎหมายต้นแบบซึ่งเป็นที่ยอมรับสำหรับนานาประเทศที่มีระบบกฎหมาย สังคม และเศรษฐกิจที่แตกต่างกันแต่มีการพัฒนาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่สอดคล้องกัน¹²

โดยกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศได้บัญญัติให้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้ เนื่องจากคณะกรรมการการค้าว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติเห็นว่าแนวความคิดนี้มีความสำคัญในทางปฏิบัติเพราะมิฉะนั้นแล้วคู่กรณีก็อาจทำให้การอนุญาโตตุลาการล่าช้าเมื่อใดก็ได้โดยการยก

¹² Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Mode Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary, (Deventer/Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993), p. 1.

ข้อคัดค้านขอเขตอำนาจที่อาจมีการแก้ปัญหาโดยใช้กระบวนการพิจารณาในศาลซึ่งใช้เวลานานมาก อย่างไรก็ตามเลขาธิการสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รายงานว่าหลักการนี้ยังไม่ได้ถูกรวมเข้าในกฎหมายของทุกประเทศและคิดว่าค่อนข้างที่จะถูกโต้แย้ง คณะกรรมการได้บันทึกไว้ว่ารัฐซึ่งไม่ประสงค์ที่จะรับหลักการอาจเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวเมื่อรับเอากฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศไปใช้ก็ได้¹³ บทบัญญัติในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองปรากฏในมาตรา 16¹⁴ ดังนี้

¹³ Ibid., p.478.

¹⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 16 Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

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

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

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

“มาตรา 16 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง

(1) คณะอนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดอำนาจของตน รวมถึงการคัดค้านใด ๆ ในความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก เป็นอิสระแยกจากเงื่อนไขอื่นของสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ ไม่ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์โดยปริยาย

(2) คำร้องว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณา ต้องยกขึ้นว่ากล่าวไม่ช้ากว่าการยื่นคำให้การ คู่กรณีไม่ถูกตัดสิทธิที่จะยกคำร้องดังกล่าวเพียงเพราะได้แต่งตั้งหรือเข้าร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คำร้องว่าอนุญาโตตุลาการกระทำเกินขอบอำนาจจะต้องยกขึ้นว่ากล่าวทันทีที่เรื่องที่ถูกล่าช้าอ้างว่าอยู่นอกเหนือขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการถูกยกขึ้นมา ในระหว่างดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะกรณีใด คณะอนุญาโตตุลาการอาจรับคำร้องในภายหลังได้หากเห็นว่าความล่าช้านั้นมีเหตุอันควร

(3) คณะอนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยคำร้องที่กล่าวถึงในอนุมาตรา (2) แห่งบทบัญญัติมาตรานี้ ไม่ว่าโดยการชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายหรือในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาท ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเบื้องต้นว่าตนมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท คู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลที่ระบุในมาตรา 6 ภายใน 30 วันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดนั้น ให้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าว คำตัดสินดังกล่าวไม่อาจอุทธรณ์ได้ ในระหว่างที่คำร้องขอยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปและทำคำชี้ขาดได้”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองยังคงถูกจำกัดโดยบทบัญญัติอื่น อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นเด็ดขาดหรือที่สุด เนื่องจาก **ประการแรก** คำวินิจฉัยอาจถูกทบทวนได้ทันทีโดยศาลภายใต้มาตรา 16 (3)

ประการที่สอง ศาลอาจทบทวนในกระบวนการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดภายใต้มาตรา 34¹⁵ และ

¹⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

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

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

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

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

ประการที่สาม คำชี้ขาดยังคงถูกทบทวนได้ภายหลังในการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ มาตรา 36¹⁶ และอาจถูกหยิบยกขึ้นโดยศาลมีคำสั่งในกระบวนการพิจารณา

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

¹⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 36 Grounds for refusing recognition or enforcement

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

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

ภายใต้มาตรา 8¹⁷ ซึ่งนับว่าเป็นการแทรกแซงโดยศาล อย่างไรก็ตามแม้ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลเพียงเพื่อหลีกเลี่ยงการสูญเสียมูลค่าใช้จ่ายและเวลาโดยเปล่าประโยชน์ อนุญาโตตุลาการก็ยังสามารถตัดสินประเด็นที่ว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทได้หรือไม่ ทั้งนี้ กระบวนการป้องกันที่ถูกเพิ่มเติมเพื่อลดความเสี่ยงและผลกระทบจากกลวิธีในการถ่วงเวลา (dilatory tactics)¹⁸ ได้แก่

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

¹⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 8 Arbitration agreement and substantive claim before court

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

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

¹⁸ “Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration”, www.uncitral.org

1) กำหนดระยะเวลาอันสั้นสำหรับการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ต่อศาล เช่น กำหนดให้คัดค้านก่อนยื่นคำคู่ความ หรือทันทีที่เห็นว่ามีกรกระทำเกินขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

2) คำสั่งหรือคำตัดสินของศาลในเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถอุทธรณ์ได้

3) อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปและทำคำชี้ขาดได้ ในขณะที่การคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล

นอกจากนี้ ในมาตรา 16 (2) ตอนท้าย ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาว่าเป็นความล่าช้าที่สมควร“ (if it considers the delay justified) นั้น เป็นที่น่าสงสัยว่าเหตุใดเป็นเหตุสมควรที่ทำให้คู่กรณียกคำร้องขึ้นล่าช้าได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎเกณฑ์การสละสิทธิทั่วไปในมาตรา 4¹⁹ แห่งกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ที่ว่าหากคู่กรณีไม่ยกคำคัดค้านขึ้นภายในเวลาที่กำหนดให้ถือว่าคู่กรณีนั้นสละสิทธิในการคัดค้านดังกล่าว แต่ในมาตรา 16 ไม่ได้อาศัยองค์ประกอบความรู้ของคู่กรณีว่าหากคู่กรณีรู้เหตุที่สามารถยกขึ้นต่อผู้ได้ ควรต้องยกขึ้นต่อผู้ในเวลาอันควรอย่างชัดเจน ซึ่งเห็นว่าคำที่บัญญัติไว้ นั้นแตกต่างกันควรที่จะมีมาตรฐานในการตีความที่

¹⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

“Article 4 Waiver of right to object

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

ซึ่งมองว่าในการปรับใช้กับมาตรา 16 การยกข้อต่อสู้ในเวลาอันไม่สมควร ควรจะยอมรับการยกข้อต่อสู้ขึ้นล่าช้าของคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีองค์ประกอบของการหลอกลวงหรือข้อโกงโดยคู่กรณีฝ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องทำให้คู่กรณีที่ถูกลหลอกลวงไม่ได้ยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้น และถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เช่นนั้น²⁰

ข้อสังเกตในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ประโยคในมาตรา 16 ย่อหน้าแรกของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศได้วางหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองโดยเขาแบบอย่างมาจากมาตรา 21 (1) ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการฯ แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกันบ้างเล็กน้อย อันได้แก่

1) บทบัญญัติในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการฯ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการตัดสิน “ในคำคัดค้านว่าตนไม่มีอำนาจ” (on objections that it has no jurisdiction) การลบบคำ “คำคัดค้าน” (objections) ออกจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ บทบัญญัติเน้นว่าอนุญาโตตุลาการอาจยกประเด็นดังกล่าวขึ้นและตัดสินประเด็นอำนาจเองได้ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการอาจไม่จำเป็นต้องยกขึ้นและตัดสินในข้อบกพร่องที่อำนาจไม่ครอบคลุมข้อพิพาท เว้นแต่ในบางเรื่อง เช่น ข้อพิพาทไม่อาจทำการอนุญาโตตุลาการได้ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย

คณะทำงานพิจารณาร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมีความเห็นว่าการที่ไม่ทำการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการอาจถือได้ว่าเป็นการสละซึ่งสิทธิในการคัดค้านดังกล่าว²¹

2) การใช้ถ้อยคำในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการฯว่า “ต้องมีอำนาจในการตัดสิน” (shall have the power to rule) ในขณะที่กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

²⁰ Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration, pp.355-6.

²¹ Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Mode Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary, p.479

ในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศใช้คำว่า “อาจตัดสิน” (may rule) การเลือกคำที่ใช้ภาษาที่เบากว่ามาแทนที่นี้ ไม่ได้มีความตั้งใจให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของ ความหมาย²²

หลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเป็นการบังคับอย่างหนึ่งในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ นั่นคือคู่สัญญาไม่สามารถตกลงจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตนได้ แต่ก็ได้มีการเสนอให้แก้ไขให้เต็มวลีที่ว่า “นอกจากมีการตกลงกันโดยคู่สัญญา” ในตอนต้นของย่อหน้าแรก แต่การเสนอนี้ไม่ได้รับการยอมรับให้ใส่ไว้ เพราะว่าในหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมีความสำคัญในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ²³

อย่างไรก็ดี ในรายงานการประชุมของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติก็ได้มีการบันทึกว่าประเทศที่ได้ยอมรับเอากฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ อาจบัญญัติให้คู่สัญญาสามารถกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดังกล่าวหรือจำกัดอำนาจดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการได้²⁴

3.1.3 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแม้ไม่มีสภาพบังคับเช่นเดียวกับกฎหมาย แต่หากคู่สัญญาได้กล่าวอ้างถึงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาก็จะทำให้ข้อบังคับดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ระหว่างคู่สัญญา โดยส่วนใหญ่ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีการกำหนดรายละเอียดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและให้อำนาจอนุญาโตตุลาการบางประการไว้ด้วย

²² UNCITRAL Commission Report, A/40/17, p.526

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

3.1.3.1 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce)

ในข้อบังคับเดิมของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (1988) ข้อ 8 (3) บัญญัติไว้ว่า “หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกประเด็นเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการขึ้น และศาลได้ตรวจสอบแล้ว ถ้าปรากฏว่ามีมูลว่ามีข้อตกลงเช่นนั้นจริง ศาลอาจยอมรับและตัดสินใจให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปได้

กรณีที่มีการตัดสินอย่างใดอย่างหนึ่งในเรื่องของอำนาจอนุญาโตตุลาการนั้น ต้องดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง”

จากข้อบังคับดังกล่าวแสดงถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับประเด็นเรื่องขอบเขตอำนาจโดยการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเองที่ถูกจำกัดข้อโต้แย้งต่อศาล²⁵ ทั้งนี้ ถ้าคู่กรณียกข้อต่อสู้เกี่ยวกับความมีอยู่หรือหรือความมีผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จะต้องปรากฏว่าเป็นที่พอใจแก่สำนักงานอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (the ICC Court of Arbitration) ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงที่กล่าวอ้างในเบื้องต้น (prima facie) และถ้าสำนักอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติพอใจ ก็อาจตัดสินให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ในขั้นตอนที่สองคือการตัดสินเรื่องอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการซึ่งอนุญาโตตุลาการควรได้เป็นผู้วินิจฉัยเอง

ส่วนข้อ 8(4) บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่ในกรณีที่มีการตกลงเป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการไม่สิ้นสุดอำนาจพิจารณาเพียงเพราะเหตุที่มีการอ้างถึงความเป็นโมฆะของสัญญา อันก่อให้เกิดเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพัน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถรักษาไว้ซึ่งความมีผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจจะพิจารณาต่อไป และเพื่อพิจารณาตัดสินขอบเขตแห่งสิทธิของคู่สัญญา รวมถึงข้ออ้างและข้อโต้แย้งแม้ว่าสัญญาอันก่อ

²⁵ W. L. Craig and others, International Chamber of Commerce Arbitration, 2 Issued January 1990, p. 187.

ให้เกิดหนี้จะไม่มีผลผูกพันหรือเป็นโมฆะ”²⁶ ซึ่งได้รับการสนับสนุนอย่างหนักแน่นใน Final Award in Case No.6437 (1990)ว่า “เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปเป็นสากลแล้วว่า คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะกำหนดขอบเขตอำนาจของตนเอง เพื่อที่จะพิจารณาข้อพิพาทอำนาจดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ของวิธีพิจารณาความท้องถิ่น แต่ได้รับอำนาจมาจากข้อ 8 (3) ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ”²⁷

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขและได้บังคับใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ค.ศ.1988 เป็นข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ค.ศ.1998 ก็ยังคงยึดหลักการเดิมในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง โดยได้บัญญัติไว้ในข้อ 6 (2) ว่า “ถ้าผู้ถูกร้องไม่ยื่นคำคู่ความตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 5 หรือถ้าคู่กรณีฝ่ายใดก็ตามยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับความมีอยู่ ความสมบูรณ์ หรือขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ อาจตัดสินโดยปราศจากความลำเอียงในข้อต่อสู้ นั้น โดยให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าหากปรากฏเป็นที่พอใจในเบื้องต้นแห่งความมีอยู่ซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ในกรณีเช่นนั้น” แสดงให้เห็นว่าการตัดสินเรื่องการวินิจฉัยอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะกระทำโดยอนุญาโตตุลาการเอง ถ้าหากศาลไม่พอใจในเบื้องต้นว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ คู่กรณีจะได้รับการแจ้งถึงเหตุแห่งการที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ ในกรณีเช่นนั้นคู่กรณีไม่ว่าฝ่ายใดก็ตามก็ยังคงมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้พิจารณาความผูกพันของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้น และในข้อ 6 (4) ยังได้บัญญัติอีกด้วยว่า “คณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจพิจารณา แม้ว่าจะมีการยกข้อต่อสู้ว่าสัญญาเป็นโมฆะหรือไร้ผล หรือข้อกล่าวอ้างที่ว่าสัญญาไม่มีอยู่ก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจพิจารณาสิทธิของคู่กรณีและตัดสินข้อเรียกร้องหรือข้อพิพาทได้ แม้ว่าโดยตัวของสัญญาเองอาจจะไม่มีอยู่ เป็นโมฆะหรือไร้ผล” ข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก

²⁶ วิไล ประมวลกฎหมาย, “การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539) หน้า 58.

²⁷ www.internationalard.com

3.1.3.2 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (The International Arbitration Rules)

สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันได้จัดการดำเนินการอนุญาโตตุลาการหลายประเภทโดยไม่จำกัดเพียงด้านการค้าหรือโดยพื้นที่ทางภูมิศาสตร์หรือลักษณะของคดี สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันมีข้อบังคับพื้นฐาน 2 ชนิด ได้แก่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการทางการค้า (Commercial Arbitration Rules) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Rules) โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนี้ได้ถูกกำหนดขึ้นในเดือนมีนาคม ค.ศ.1991 (และได้ถูกแก้ไขในเดือนเมษายน ค.ศ.1997) โดยได้กำหนดตามแบบอย่างของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ในมาตราการที่สำคัญเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ได้บัญญัติหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้ด้วยในข้อ 15²⁸ โดยมีหลักการเช่นเดียวกับที่ปรากฏในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

²⁸ Article 15 Pleas as to Jurisdiction

1. The tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope or validity of the arbitration agreement.

2. The tribunal shall have the power to determine the existence or validity of a contract of which an arbitration clause forms a part. Such an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the tribunal that the contract is null and void shall not for that reason alone render invalid the arbitration clause.

3. A party must object to the jurisdiction of the tribunal or to the arbitrability of a claim or counterclaim no later than the filing of the statement of defense, as provided in Article 3, to the claim or counterclaim that gives rise to the objection. The tribunal may rule on such objections as a preliminary matter or as part of the final award.

3.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและกฎหมายภายใน

ในการพิจารณาประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง มักจะถูกหยิบยกขึ้นในกรณีที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการพิจารณามากกว่ากรณีที่ไม่ีลักษณะระหว่างประเทศ และในกรณีที่มีลักษณะระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องจะต้องนำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาวินิจฉัย ในแต่ละประเทศ การวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่อาจมีความแตกต่างกัน จึงต้องนำคดีที่เกิดขึ้นและกฎหมายของแต่ละประเทศมาวินิจฉัย

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

การอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมในประเทศฝรั่งเศส และเป็นส่วนที่มีความเคลื่อนไหวมากที่สุดของกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศฝรั่งเศส การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้รับการยอมรับอย่างมากภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสและประเทศฝรั่งเศสก็มีบทบาทอันโดดเด่นในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความชื่นชมอย่างสูงของกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศสนี้ได้สะท้อนออกมาเป็นทางเลือกโดยศาลสูงสุดในการจำกัดการควบคุมการอนุญาโตตุลาการ และได้สะท้อนถึงความตั้งใจของรัฐบาลฝรั่งเศสในการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการค้าระหว่างประเทศ²⁹

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁹ 60 Years of ICC Arbitration : A Look at the Future 23 (ICC 1984). Cited in Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”, Fordham International Law Journal 17 (1994).

3.2.1.1 ความเป็นเอกเทศของสัญญาและทฤษฎีอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนก คดีบุคคลของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้มีการยอมรับทฤษฎีความเป็นเอกเทศของสัญญา ส่วนอำนาจ
หน้าที่ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองของคณะอนุญาโตตุลาการขยายไปอย่างกว้างขวางและได้มีการ
อนุญาตให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยคำคัดค้านต่าง ๆ ต่ออำนาจพิจารณาของตน ทฤษฎีอำนาจ
ของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้รับความเชื่อถือเป็นอย่างดีภายใต้กฎหมาย
ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ของประเทศฝรั่งเศสเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คดีแรก ศาลสูงสุด (Cour de Cassation) ได้ก่อตั้งทฤษฎีความเป็นเอกเทศ
ของสัญญาขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศสในคำตัดสินคดีระหว่าง Societe Gosset กับ
Societe Carapelli (1963)³⁰ ในคดี Gosset นี้เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายธัญพืชระหว่างบริษัท
ของประเทศฝรั่งเศสและบริษัทของประเทศอิตาลี โดย Les Etablissements Raymond Gosset
(Gosset) เป็นผู้ขาย ที่ได้รับในการอนุญาตส่งออกแต่ไม่ได้รับการอนุญาตพิเศษในการผ่านด่าน
ศุลกากร ส่วน La Maison Freres Carapelli (Carapelli) ซึ่งเป็นผู้ซื้อ ได้นำข้อพิพาทไปสู่การ
อนุญาตตุลาการในประเทศอิตาลีสำหรับความเสียหายที่เป็นผลจากการไม่สามารถนำธัญพืชผ่าน
ด่านศุลกากรได้ หลังจากที่ได้รับความตัดสินที่เป็นที่น่าพอใจของตนแล้ว Carapelli ก็ได้ขอให้ศาล
แพ่ง (Tribunal de Civil de Marseille) บังคับตามคำชี้ขาด ต่อมาในคำอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุด
Gosset ได้โต้แย้งว่าการได้รับหนังสืออนุมัติบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่เหมาะสม โดย Gosset ได้ให้
เหตุผลว่าสัญญาหลักและข้อตกลงอนุญาตตุลาการไร้ผลบังคับ เนื่องจากการไม่สามารถนำธัญ
พืชผ่านด่านศุลกากรได้

แต่ศาลสูงสุดก็ได้ยืนยันว่าที่ใดก็ตามที่การอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเข้า
มามีส่วนเกี่ยวข้องแล้ว ข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะเป็นเอกสารแยกต่างหากหรือเป็นส่วนหนึ่ง
รวมอยู่ในสัญญาหลักจะได้รับการยกเว้นภายใต้พฤติการณ์ยกเว้น (exceptional circumstances) ให้

³⁰ M.A. Cunningham, “Guide to Louisiana and Selected French Legal Materials and Citation”, *Tulane Law Review* (1993). Cited in Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”.

มีความเป็นสัญญาเอกเทศโดยสมบูรณ์ (completely autonomous) ดังนั้น ภายใต้ทฤษฎีความเป็นเอกเทศของสัญญา ที่มีความเชื่อมโยงกันโดยศาลสูงสุด ในคดี Gosset ความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างประเทศก็ไม่ถูกกระทบกระเทือนแม้ว่าสัญญาหลักจะไร้ผลบังคับก็ตาม

คดีที่สอง ในคดีระหว่าง Societe Minoteries Lochoises กับ Societe Langelands Korn Foderstof (1968) ศาลสูงสุดก็ได้ยืนยันถึงหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอีก โดยการปฏิเสธการกล่าวอ้างว่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ทำให้เกิดการก่อตั้งก่อดังพฤติการณ์ยกเว้นภายใต้ความเป็นเอกเทศของสัญญาไม่อาจปรับใช้ได้ ในคดีนี้ Societe Minoteries Lochoises (Minoteries) เป็นบริษัทของประเทศฝรั่งเศส ได้เสนอคดีเพื่อคัดค้านคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel d'Orleans) ที่เป็นคุณแก่ Langelands Korn Foderstof (LKF) ซึ่งเป็นบริษัทของประเทศเดนมาร์ก เนื่องจาก Minoteries ได้ขายนมผงจำนวน 300 ตัน ให้ LKF ตามสัญญาลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ.1962 แต่ได้มีกฎข้อบังคับของรัฐบาลซึ่งประกาศโดย Fonds d'orientation et de regularisation des marches agricoles (FORMA) ได้พักการส่งออกนมผงชั่วคราว หลังจากนั้นโดยการอนุวัติตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา LKF ได้รับคำสั่งขาดของอนุญาโตตุลาการในกรุงลอนดอน และศาล (Cour d'Orleans) ก็ให้บังคับตามคำสั่งขาดของอนุญาโตตุลาการได้³¹

ในคำอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดนั้น Minoteries ได้กล่าวอ้างว่าสัญญาไม่มีผลบังคับเนื่องจากบรรทัดฐานของกฎหมายกำหนดว่าความไม่มีผลบังคับของสัญญาเป็นผลให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับด้วยเพราะว่าเป็นไปไม่ได้ที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับจะรวมอยู่ในสัญญาที่ไม่มีผลบังคับ และได้กล่าวอ้างด้วยว่าการปฏิบัติตามสัญญาที่ไม่อาจเป็นไปได้เนื่องจากเหตุสุดวิสัยได้ทำให้เกิดพฤติการณ์ยกเว้นภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่สามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้ แต่ศาลสูงสุดได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งเหล่านั้น โดยยืนยันว่าการยกเลิกสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามพันธะของผู้ขายไม่ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไร้ผลบังคับ³² ไปด้วย

³¹ Judgement of November 12, 1968, Cass. com., 1968 Bull. Civ. V, No.316 at 286. Cited in Janet A. Rosen, "Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence".

³² Ibid.

คดีที่สาม อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองและความเป็นเอกเทศของสัญญาได้รับการยืนยันโดยศาลสูงสุด ในคดีระหว่าง Impex กับ P.A.Z. (1971) ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายข้าวบาร์เลย์ระหว่าง Societe Impex (Impex) อันเป็นบริษัทของประเทศฝรั่งเศส กับ Societe P.A.Z. Production Lavorazione Orzo (P.A.Z.) ซึ่งเป็นบริษัทของประเทศอิตาลี โดย Impex ได้ยกเลิกสัญญากับ P.A.Z. และบริษัทของประเทศอิตาลีอีกสามบริษัทเนื่องจากการไม่สามารถส่งข้าวบาร์เลย์ให้ได้ หลังจาก Office national interprofessional des cereales (ONIC) ได้ปฏิเสธการออกใบอนุญาตส่งออกให้ตามที่ร้องขอ P.A.Z. จึงได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหลังจากมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ Impax ก็ได้ดำเนินการทางศาลเพื่อยกเลิกสัญญา โดยโต้แย้งว่าการปฏิบัติตามสัญญาของตนอาจเป็นการฝ่าฝืนต่อนโยบายสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส แต่ศาลแพ่ง (Tribunal de Civil de Strasbourg) ได้แถลงว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว โดยอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีข้อความว่าอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาอำนาจวินิจฉัยของตนเองได้เป็นข้อตกลงที่มีความเป็นเอกเทศโดยสมบูรณ์ ดังนั้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจึงยังคงมีผลบังคับได้ ศาลสูงสุดก็ได้ยืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel de Colmar) ที่ยืนยันถึงความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแม้ว่าข้อพิพาทเหล่านั้นจะเกี่ยวข้องกับผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ตาม

3.2.1.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส (Nouveau Code de Procedure Civile)

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ.1806 โดยบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ.1806 ตั้งแต่มาตรา 1003-1029³³ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาให้เสนอข้อ

³³ Code de Procédure Civile, Petite Collection Dalloz, 1964, อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัครวิจารณ์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 37.

พิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด และมีผลเป็นการตัดอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวของศาล คือศาลไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่ระบุไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลจะยกความไม่มีอำนาจของศาลในข้อนี้ขึ้นเองเพื่อยกฟ้องในกรณีที่มีการนำข้อพิพาทนั้นมาฟ้องคดีต่อศาลมิได้ ถ้าจำเลยจะยังต้องการให้มีการปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ จำเลยจะต้องยกข้อต่อสู้เรื่องที่ว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาเพราะเหตุว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นอ้างต่อศาลเพื่อให้ศาลยกฟ้อง ในขณะที่ยื่นคำให้การจนถึงระยะเวลา ก่อนที่จะถือว่าจำเลยได้เข้าร่วมในการดำเนินการพิจารณาของศาล ถ้าจำเลยไม่ยกข้อต่อสู้ภายใน ระยะเวลาดังกล่าวย่อมเท่ากับสละสิทธิ ดังนั้นจำเลยยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นในภายหลังมิได้³⁴ ในกรณีที่มิมีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หรือมีปัญหาใด ๆ ที่จะต้องให้ศาลวินิจฉัย อนุญาโตตุลาการจะต้องหยุดการพิจารณาของตนไว้เพื่อให้คู่กรณีเสนอปัญหานั้นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ จนกว่าศาลจะตัดสินปัญหาเสร็จสิ้น อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการเองไม่ได้³⁵

ต่อมาในปี ค.ศ.1981 รัฐสภาของประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งฉบับใหม่ เพื่อตอบสนองต่อการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายบริหารสองฉบับ อันได้แก่ Decree No. 80 – 354 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ.1980 และ Decree No. 81 – 500 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ.1981³⁶ ในมาตรา 1466³⁷ ของกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการตามหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจ

³⁴ เสาวนีย์ อัครวโรจน์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 39-40.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-42.

³⁶ Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”.

³⁷ English version of International Handbook on Commercial Arbitration Annex I, p. France: Annex I-5

“Article 1466 If one of the parties contests, before the arbitrator, the latter’s jurisdiction, whether in principle or scope, it is for the arbitrator to decide on the validity or scope of his mission.”

ของตนเองโดยชัดแจ้ง โดยการมอบอำนาจเต็มให้แก่อนุญาโตตุลาการในการเป็นผู้วินิจฉัยอำนาจของตนเอง กำหนดทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในลักษณะคล้ายคลึงกับอำนาจของศาล

ภายใต้มาตรา 1466 นี้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจกำหนดประเด็นที่เกี่ยวข้องกับทั้งสองทฤษฎีอันเกี่ยวกับเรื่องอำนาจของตน เช่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับหรือไม่ ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีกล่าวอ้างว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้ครอบคลุมถึงข้อพิพาทในปัจจุบัน และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีหรือไม่เพียงใด³⁸

อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจเต็ม (full power) ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง โดยไม่มีการแทรกแซงในอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นแนวโน้มใหม่ตามเจตนารมณ์และเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา VI (3)³⁹ แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับเจนีวา ค.ศ.1961 และทางปฏิบัติของสำนักงานอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Court of Arbitration) ตามข้อบังคับ ข้อ 8 (3) (4) แห่งข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ⁴⁰ (ฉบับปี ค.ศ.1988 ซึ่งถูกแก้ไขแล้วโดยฉบับปี ค.ศ.1998)

ภายใต้มาตรา 1458⁴¹ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1981 บัญญัติว่าเมื่อใดที่ข้อพิพาทได้ถูกเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงที่จะทำการอนุญาโตตุลาการกัน และเป็นผลให้ต่อมาข้อพิพาทดังกล่าวถูกเสนอต่อศาลแพ่งหรือพาณิชย์โดย คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลนั้นจะต้องมีคำสั่งว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้น ยิ่งไปกว่านั้น ศาลควรต้องตัดสินอย่างเดียวกันแม้ว่ายังไม่ได้มีการกล่าวพาดพิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หลักนี้เป็นจริงจนกว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง

³⁸ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 101.

³⁹ โปรดดูในเชิงอรรถที่ 5.

⁴⁰ โปรดดูในหน้า 72-73.

⁴¹ โปรดดูบทที่ 2 เชิงอรรถที่ 40.

ในคำตัดสินคดีระหว่าง Bai Line กับ Recofi (1992) ศาลสูงสุดก็ได้ยืนยันถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองที่ปรากฏอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส โดย Societe Bai Line Shipping Compagnie (Bai Line) เป็นบริษัทของประเทศปานามาและเป็นเจ้าของเรือ Sabarika Bai Line ให้เช่าเรือแก่ Societe Recofi (Recofi) ตามสัญญาเช่าเหมาเรือ ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้กำหนดจำกัดเวลาที่คู่กรณีสามารถเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการไว้คือให้มีการอนุญาโตตุลาการภายใน 6 เดือนนับจากสินค้าได้บรรทุกลงจากเรือหรือสัญญาที่มีได้มีการปฏิบัติสิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม Bai Line ได้นำการไม่ชำระเงินขึ้นว่ากล่าวต่อ Recofi เป็นเวลาเกินกว่า 6 เดือนนับจากสินค้าได้บรรทุกลงจากเรือ ในขณะที่มีความขัดแย้งกันของข้อความในสัญญาได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุด โดย Bai Line ได้แย้งว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ.1966 ซึ่งเกี่ยวกับสัญญาเช่าเรือ (charterparties) และการขนส่งสินค้าที่กำหนดเวลา 1 ปี สำหรับการเริ่มต้นดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

ศาลพาณิชย์ (Tribunal de Commerce de Paris) และศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel de Paris) ต่างก็แถลงว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณาตัดสินได้⁴² ศาลสูงฝรั่งเศสได้ยืนตามคำวินิจฉัยดังกล่าว โดยกล่าวว่าภายใต้มาตรา 1458 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส หากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ปรากฏว่าไม่มีผลทางกฎหมายโดยชัดแจ้ง ศาลจะต้องแถลงว่าตนไม่มีอำนาจตัดสินในเนื้อหาของข้อพิพาท ศาลสูงสุดยังได้กล่าวต่อไปอีกว่าภายใต้มาตรา 1466 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส เป็นบทบัญญัติสำหรับอนุญาโตตุลาการในการกำหนดทั้งเรื่องขอบเขตอำนาจวินิจฉัยของตนเองและเนื้อหาสาระของสิทธิเรียกร้อง⁴³

ดังนั้น ภายใต้มาตรา 1466 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศส อนุญาโตตุลาการอาจกำหนดว่าข้อกล่าวอ้างว่าสัญญาหลักไม่มีผลบังคับโดยเหตุ

⁴² Judgement of Jan. 21, 1992, Cass.com. cited in Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”, Fordham Int'l L. J.

⁴³ Ibid.

ของความผิดพลาดหรือไม่มีความยินยอม ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ว่าสัญญาหลักจริง ๆ แล้ว ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ดังนั้น จึงตัดสินว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยในเนื้อหาสาระของข้อพิพาท

Gaillard มีความเห็นว่าในทางปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศสได้มีการยึดถือแนวความคิดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองอย่างสมบูรณ์ที่สุด (the purest conception of Kompetenz – Kompetenz) ซึ่งไม่มีระบบกฎหมายใดที่ยึดถือตามนี้⁴⁴

3.2.2 ประเทศเยอรมันนี

ในสมัยที่ประเทศเยอรมันนีได้แบ่งออกเป็นสองประเทศ คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Federal Republic of Germany) ซึ่งปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย และสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (German Democratic Republic) ซึ่งปกครองโดยระบอบคอมมิวนิสต์นั้น เฉพาะประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเท่านั้นที่ยังคงนำประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ.1877 ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการมาใช้ ส่วนสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมันใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการเฉพาะการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ.1877 นั้น ในกรณีที่มีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย ศาลหรืออนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจชี้ขาดนั้น ย่อมแล้วแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้ หรือถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการในสถาบันอนุญาโตตุลาการ ก็แล้วแต่กฎข้อบังคับของสถาบันจะกำหนดไว้ แต่ถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดไว้ หรือกฎข้อบังคับอนุญาโตตุลาการไม่มีกำหนดไว้แล้วศาลเท่านั้นที่มีอำนาจชี้ขาดปัญหาความสมบูรณ์ของสัญญา⁴⁵ ถ้าคู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญากันโดย

⁴⁴ “Revue de l’ Arbitrage” 1990, p.771. cited in Judge Bola Ajibola, “The Powers and Duties of Arbitrators,” in *International Commercial Arbitration*, ed.The Study Group for International Commercial Contracts (1995), p.29.

⁴⁵ DR.DR.Ottoarndt Glossner อ้างถึงใน เสาวนีย์ ัศวโรจน์, “สัญญาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 53.

กำหนดไม่ให้ศาลเข้าไปแทรกแซงหรือควบคุมอนุญาตโตตุลาการในการพิจารณาก็ยอมจะทำได้ เพราะเป็นอำนาจของคู่สัญญา ทำให้มีลักษณะเกือบตรงกันข้ามกับกฎหมายอนุญาตโตตุลาการของประเทศอังกฤษ⁴⁶

กฎหมายอนุญาตโตตุลาการของประเทศเยอรมันนี้เดิมขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนในกรณีการคัดค้านการใช้อำนาจพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการทบทวนจากศาลทันทีหรืออนุญาตให้อนุญาตโตตุลาการพิจารณาประเด็นอำนาจพิจารณาด้วยตนเอง ในบทบัญญัติของกฎหมายบทหนึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่กรณีนำข้อพิพาทซึ่งเป็นมีข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการเสนอต่อศาลแล้ว ถ้ามีผู้ถูกร้องคัดค้าน ศาลต้องจำหน่ายคดีให้คู่กรณีไปดำเนินการตามข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการ” ถึงแม้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาตโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองก็ตาม แต่บทบัญญัติต่อมาของกฎหมายดูเหมือนจะมีแนวโน้มให้ศาลยอมรับข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการ อย่างเช่น ส่วนที่ 1032 (1)⁴⁷ อนุญาตให้มีการคัดค้านอนุญาตโตตุลาการบนพื้นฐานเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาได้ และในส่วนที่ 1037⁴⁸ ก็อนุญาตให้อนุญาตโตตุลาการดำเนินการพิจารณาและทำคำชี้ขาดต่อไปได้ แม้ว่าการอนุญาตโตตุลาการนั้นไม่ได้รับการยอมรับ เนื่องจากมีความเห็นว่ามีพื้นฐานของข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการที่มีผลบังคับได้

⁴⁶ เสาวนีย์ อัครโรจน์, “สัญญาอนุญาตโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 56.

⁴⁷ English version of German Code of Civil Procedure Book 10th (1986) in International Handbook on Commercial Arbitration Supplement 6 (November 1986)

“Section 1032

1. An arbitrator may be challenged on the same grounds and under the same conditions as a judge.”

⁴⁸ Ibid.,

“Section 1037

The arbitrators may proceed with arbitration and render an award, even if it be claimed that arbitration proceedings are inadmissible; in particular even if it be claimed that no valid agreement to arbitrate exists, that the arbitration agreement does not refer to the dispute submitted or that an arbitrator is not qualified to act in that capacity.”

Ottoarndt Glossner ได้วิจารณ์ว่า เป็นการทำให้ลักษณะการตัดสินของอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ในการดำเนินการต่อไป ในส่วนที่ 1032 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้เป็นคำชี้ขาดเฉพาะกาล (a provisional ruling) ดังนั้น คำชี้ขาดเฉพาะกาลนี้จึงเป็นสิ่งที่ศาลควบคุมภายใต้ส่วนที่ 1041 (1)⁴⁹ ซึ่งได้กำหนดว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกร้องขอได้ยกข้อคัดค้านขึ้นระหว่างการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากต้องการสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะคัดค้าน จากนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ถูกร้องขอจะต้องรอก่อนว่าตนจะสามารถเริ่มต้นกระบวนการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ บทบัญญัติของกฎหมายเยอรมันบทนี้เกี่ยวข้องกับกรรณการบรรยายคำฟ้องที่กำหนดเขตอำนาจการพิจารณาที่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการ โดยได้เสนอแนะว่ากำหนดเวลาในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการต่อศาลนั้นไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่มีการระบุไว้อย่างชัดเจน ถูกปล่อยให้เป็นความไม่ชัดเจนว่าคู่กรณีจะต้องรอก่อนการอุทธรณ์ไปจนกว่าจะถึงขั้นตอนของการเพิกถอนภายหลังมีคำชี้ขาด หรือจนกว่าศาลจะสั่งให้หยุดดำเนินการอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่⁵⁰

การวิเคราะห์ของนักนิติศาสตร์ต่อบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันนี้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีหมายเหตุประกอบว่าการไม่มีอยู่ของหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และความล่าช้าในการตรวจสอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยศาลจะทำให้อนุญาโตตุลาการไม่อาจมีคำตัดสินเป็นที่สุด (the last word) ในประเด็นอำนาจของตนเอง และคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการก็อาจถูกทบทวนโดยตุลาการทันทีที่มีการทำคำชี้ขาด

⁴⁹ “Section 1041

1. Action to set aside the award may be brought:

1) if the award does not arise out of a valid arbitration agreement or depends in

some other manner on and inadmissible procedure;”

⁵⁰ Ottoarndt Glossner, “Federation Republic of Germany,” International Handbook of Commercial Arbitration, eds. Alberg J. Van Den Berg and Pieter Sanders , Supplement 17 (1994).

เนื่องจากไม่มีแนวทางที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และมีการจำกัดอำนาจนี้โดยศาลและในประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง จึงได้มีการพัฒนาหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองขึ้น ในทางปฏิบัติของคู่สัญญาและในคำพิพากษา ในที่สุดคำพิพากษาลงวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ.1977 ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Bundesgerichtshof⁵¹) ก็ได้วินิจฉัยว่าข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในสัญญาเช่าเหมาเรือ คู่สัญญาหลายฝ่ายโดยตัวแทนเดียวกันได้ลงนามในสัญญาขนส่ง กับตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่ทราบชื่อในสัญญากำหนดให้การอนุญาโตตุลาการทำในเมือง Hamburg ตัวแทนของฝ่ายที่ไม่ทราบนามคัดค้านการอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเหนือตน ในการบังคับตามคำชี้ขาด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนที่ 1042 (2)⁵² ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ส่งคดีไปให้ศาลล่างวินิจฉัยว่ามีมูลเหตุเหมาะสมเพียงพอสำหรับการเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่ ตามส่วนที่ 1041(1) 1) คือไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับ ในการพิจารณาศาลมีความเห็นว่ามีข้อตกลงที่มีผลบังคับให้ทำการอนุญาโตตุลาการได้ปรากฏอยู่ ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้พิจารณาเกี่ยวกับความผิดพลาดของคู่กรณี แต่ได้ทำหมายเหตุไว้ด้วยว่า ข้อตกลงในการยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ “รวมถึงการสละสิทธิทางกฎหมายและสิทธิที่สำคัญยิ่ง” ซึ่งการสละสิทธินี้สามารถถูกวินิจฉัยได้แต่เพียงโดยความยินยอมของคู่สัญญา⁵³

⁵¹ ชูศรี มีวงศ์อุโฆษ, พจนานุกรมศัพท์รัฐศาสตร์เยอรมัน — ไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 66.

⁵² English version of German Code of Civil Procedure Book 10th (1986) in International Handbook on Commercial Arbitration Supplement 6 (November 1986),

“Section 1042 (2) An application for an order for enforcement shall be rejected, subject to the setting aside of the award, if one of the reasons for setting aside the award mentioned in Section 1041 exists.”

⁵³ Judgement of May 5, 1977 Bundesgerichtshof [Supreme Court], 68 BGHZ 356 (F.R.G.). Cited in Shirin Philipp, “Is the Supreme Court Bucking the Trend? First Options v. Kaplan in Light of European Reform Initiatives in Arbitration”

ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ออกคำสั่งให้ศาลล่างพิจารณาสามประเด็นในการกำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับได้นั้นมีอยู่หรือไม่ **ประเด็นแรก**คือ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปที่มีข้อตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ได้อนุญาตให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินหรือไม่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับได้นั้นมีอยู่หรือไม่ โดยเชื่อว่าอำนาจพิจารณาถึงประเด็นข้อพิพาทที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ถูกรวมอยู่ใน “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สอง” ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนที่ 1041 (1) 1) ซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สองนี้ได้แก่ข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองที่อาจถูกทบทวนโดยศาล แต่ถ้าหากคู่สัญญาไม่ตกลงกันในข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ศาลก็จะต้องตรวจสอบความมีผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเอง

ประเด็นที่สอง ถ้าศาลล่างเห็นว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมีอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ศาลนั้นจะต้องพิจารณาต่อไปว่าข้อตกลงนั้นได้ผูกพันผู้เรียกร้องด้วยหรือไม่ ในกรณีนี้คือตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ทราบชื่อได้ยืนยันว่าตนเองเป็นบุคคลภายนอกข้อตกลง ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้หมายเหตุไว้ว่าสถานการณ์ดังกล่าวมีความแตกต่างจากที่ตกลงกันในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันของคู่กรณีในการดำเนินคดีระหว่างกันเท่านั้น

ประเด็นที่สาม ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่ามีความเป็นไปได้ในการบังคับตามข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และกล่าวว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนที่ 1025⁵⁴ ยอมรับสิทธิของคู่

⁵⁴ “Section 1025

1. The agreement by which the settlement of a dispute is submitted to one or more arbitrators is legally valid when the parties have the right to enter into a settlement on the subject matter of the dispute.
2. The arbitration agreement is not valid if one of the parties has used any

สัญญาในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาได้ให้สิทธิในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันแก่อนุญาโตตุลาการดังที่กล่าวมา ทำให้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจมีการตกลงกันว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการตัดสินเป็นที่สุดในเรื่องขอบเขตอำนาจของตนเองได้ โดยไม่ต้องขอคำเนิ่งถึงสิ่งใด ๆ ที่การก่อตั้งอำนาจดังกล่าว

ในการทบทวนคำชี้ขาด ศาลจะต้องตรวจสอบถ้อยคำในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและตัดสินว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการก่อตั้งอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ แต่เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของศาล ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ยอมรับว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเป็นส่วนหนึ่งของข้อโต้แย้งที่ว่า ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถชี้ขาดอำนาจของตนเองได้เมื่อเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาและการชี้ขาดดังกล่าวควรเป็นที่สุดเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเองได้แล้วละก็กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็อาจไม่มีประโยชน์อะไรเลย⁵⁵ ที่ จะดำเนินการต่อไป

ความคิดเห็นนี้ได้ถูกนำไปตีความว่าคู่สัญญาอาจเข้าร่วมในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่แน่นอนได้ รวมถึงข้อตกลงในการยอมรับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้มีคำชี้ขาดเป็นที่สุดในผลบังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเดิม หรือในการยอมรับขอบเขตของอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนั่นเอง ความเห็นที่ปรากฏนี้ชี้ให้เห็นว่าในสัญญาหนึ่งอาจมีข้อตกลงในการยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการทั้งสองต่อท้าย ยิ่งไปกว่านั้น

superiority it possesses by virtue of economic or social positions therein, resulting in the one party having an advantage over the other in the procedure, and more especially in regard to the nomination or the non-acceptance of the arbitrator.”

⁵⁵ Diskussionsentwurf — Begründung der Einzelvorschriften [Discussion Draft — Reasoning for each Provision], in Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO [Report with a Draft for Discussion of Reform of the Tenth Book of the Code of Civil Procedure] at 134. cited in Shirin Philipp, “Is the Supreme Court Bucking the Trend? First Options v. Kaplan in Loght of European Reform Initiatives in Arbitration”, p.14.

การมีอยู่ของข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาตกลงยอมรับให้ข้อพิพาทของตนระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ⁵⁶

การควบคุมของศาลเหนือการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เฉพาะเรื่องหรือเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องที่ถูกรวมเข้าไว้ด้วย ได้แก่การที่ศาลสามารถทบทวนได้เพียงการ มีผลบังคับของข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ซึ่งเป็นข้อตกลงที่สอง แต่ไม่อาจทบทวนลึกลงไปในเรื่องสาระของคำตัดสินของคณะ อนุญาโตตุลาการได้ แต่คำตัดสินเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็เช่นเดียวกับคำชี้ขาดอื่น ๆ คือ อาจถูกเพิกถอนได้เช่นกัน⁵⁷

ภายหลังจากการรวมประเทศในปี 1990 ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย อนุญาโตตุลาการในประเทศเยอรมันนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1997 เมื่อรัฐสภาของประเทศเยอรมันนี้ได้ผ่าน กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ ซึ่งมีผลบังคับใช้ วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1998 โดยมีการใส่บท บัญญัติใหม่ ๆ ลงในกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม (Tenth Book of the Code of Civil Procedure : ZPO) ในการร่างกฎหมายใหม่นี้ รัฐสภาของประเทศเยอรมันนี้ได้บัญญัติเป็นไปตาม โครงสร้างและเนื้อหาหรือแม้แต่ถ้อยคำของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทาง พาณิชยกรรมระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชา ชาติ รวมถึงเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองด้วย โดยได้บัญญัติไว้ ในส่วนที่ 1040⁵⁸ และให้การรองรับความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ทำให้

⁵⁶ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, p.359., Peter Schlosser, “The Competence of Arbitrators and of Courts,” 8 *Arbitration International* (1992):191-192.

⁵⁷ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, p.359.

⁵⁸ English translation by H. Smit and V. Pechota,

“Section 1040 Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction and in this connection on the existence or validity of the arbitration agreement. For that purposes, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ ถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องทำคำตัดสินประเด็นดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้น โดยคู่กรณีสามารถขอให้ศาลพิจารณาคำชี้ขาดนั้นได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน และแม้ว่าจะมีการร้องขอต่อศาลให้พิจารณาประเด็นดังกล่าว อนุญาโตตุลาการก็สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปและทำคำชี้ขาดได้ และหลักที่ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะมีความสมบูรณ์ได้ ถ้าคู่กรณีไม่อาจยกข้อต่อสู้ขึ้นภายในเวลาที่กำหนด เข้ามาบัญญัติไว้ในประโยคที่ 2 ของ § 1027 ส่วนที่ 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่⁵⁹ โดยบัญญัติว่า “การผิดพลาดที่ไม่ยกข้อโต้แย้งในเวลาที่กำหนดจะช่วยเยียวยาความบกพร่อง(จุดอ่อน) ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” เป็นการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้ทันสมัย สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศร่วมสมัย⁶⁰

Otto Sandrock หนึ่งในผู้เสนอให้ประเทศเยอรมันนี้รับเอากฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นแบบ ในการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการได้กล่าวไว้ว่า “ถึงแม้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้ (Federal Republic of Germany : FRG) จะเป็นเหมือนช้างในวงการค้าระหว่างประเทศแต่ก็นำประหลาดใจที่เป็นเพียง

in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it consider that the party has justified the delay.

(3) If the arbitral tribunal considers that it has jurisdiction, it rules on a plea referred to in subsection 2 of this section in general by means of a preliminary ruling. In this case, any party may request, within one month after having received written notice of that ruling, the court to decide the matter. While such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.”

⁵⁹ อย่างไรก็ตามก็ดี การรับเอากฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการจะไม่เปลี่ยนสถานะปัจจุบันของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้, Rosenberg/Schwab, Zivilproze@recht อ้างถึงใน Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, หน้า 355.

⁶⁰ H. Smit and V. Pechota, Smit's Guides to International Arbitration : National Arbitration Laws (United States of America : Sweet and Macwell, 1998), p. Ger A-2.

คนแคระในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ”⁶¹ โดยผู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการเยอรมันบางท่านเห็นว่าการยอมรับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นวิธีของประเทศเยอรมันนี้ที่จะดึงดูดการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพราะเป็นการทำให้เหมือนกับมาตรฐานที่ยอมรับโดยองค์กรผู้เชี่ยวชาญระหว่างประเทศ

ในข้อเสนอให้ยอมรับบทบัญญัติส่วนใหญ่ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คณะกรรมการเสนอให้มีการทำให้ต้นแบบวิธีพิจารณาที่มีความเป็นธรรมอย่างสมบูรณ์และตุลาการสามารถทบทวนการอนุญาโตตุลาการได้ กฎหมายของประเทศเยอรมันนี้ที่ปรากฏอยู่มีบทบัญญัติบังคับอนุญาโตตุลาการบ้าง ปล่อยให้อนุญาโตตุลาการบ้าง อย่างเช่นในวิธีพิจารณาความของการอนุญาโตตุลาการไม่ต้องกำหนดรายละเอียดโดยคู่สัญญาแต่ให้เป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ในทางตรงกันข้ามการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันนี้ที่ถูกเสนอมีเนื้อหาส่งเสริมเป้าหมายเกี่ยวกับความแน่นอนของกฎหมาย รวมทั้งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง การตีความในรายงานของคณะกรรมการนั้น การแก้ไขที่ถูกเสนอหรือคือ เรื่องให้ตุลาการมีอำนาจควบคุมเหนือการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น

ความแตกต่างในเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของ ตนเองระหว่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันนี้ คือในประเทศเยอรมันนี้ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการผู้วินิจฉัยเป็นที่สุดในเรื่องของขอบเขตอำนาจของตนเอง ซึ่งตรงกันข้ามกับแนวโน้มที่มีในประเทศฝรั่งเศสที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจแต่ผู้เดียวในกำหนดขอบเขตอำนาจของตนในเบื้องต้นและประเด็นดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล

⁶¹ Otto Sandrock, “International Arbitration in the Federal Republic of Germany : A Hitherto Missed Opportunity,” *American Review International Arbitration* 50 (1990). Cited in Shirin Philipp, “Is the Supreme Court Bucking the Trend? First Options v. Kaplan in Loght of European Reform Initiatives in Arbitration”, *Boston University International Law Journal* 14(Spring 1996) : 11.

3.2.3 ประเทศอังกฤษ

ศาลในประเทศอังกฤษมีทัศนคติที่ไม่ดีสืบทอดต่อกันมาในเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เนื่องด้วยข้อตกลงเช่นนั้นเสมือนการชั่งซึ่งอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทอันเป็นอำนาจของศาลไป จนกระทั่งทศวรรษ 1920 ศาลอังกฤษได้ตัดสินว่าข้อตกลงให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน เช่นนั้นไร้ผลเพราะขัดต่อนโยบายสาธารณะและปฏิเสธการยอมรับข้อตกลงเหล่านั้น⁶² อย่างไรก็ตาม ทัศนคติของศาลเช่นนี้ได้สิ้นสุดลงพร้อมกับการขยายตัวของการค้าโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 แต่ศาลอังกฤษก็มีประเพณีที่ยังคงปฏิบัติกันอยู่คือการตรวจสอบในเนื้อหาสาระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างละเอียดเพื่อกำหนดว่าข้อพิพาทนั้นอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ดังนั้นในประเทศอังกฤษ คดีประเภทนี้ คำหรือข้อความมีลักษณะเฉพาะระหว่างคู่สัญญาที่มีความสำคัญเช่นเดียวกับแนวทางปฏิบัติในการติดต่อธุรกิจการค้าที่ผ่านมาของคู่สัญญา

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษเดิม (Arbitration Act 1950 และ Arbitration Act 1979) บัญญัติว่าในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเสียก่อนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่⁶³ โดย Peter Gross, QC.⁶⁴ ก็ได้กล่าวถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ไปในทางที่ไม่สนับสนุนการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงของศาล ทั้งนี้เป็นผลเนื่องมาจากตั้งแต่เริ่มการวิวัฒนาการอนุญาโตตุลาการแล้ว ที่ไม่เพียงแต่เกิดความไม่พอใจในการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทในหมู่ผู้พิพากษาเท่านั้น แต่การมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเท่ากับเป็นความพยายามในการกำจัดเขตอำนาจของศาลด้วย

⁶² Jennifer Bagwell, “Enforcement of Arbitration Agreements : The Severability Doctrine in the International Arena”, *Ga. J. Int’l and Comp. L.* (1992) cited in Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”.

⁶³ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 101-102.

⁶⁴ Peter Gross, “Competence of Competence: An English View”, *Arbitration International* 8 (1992).

ฉะนั้น ก่อนการตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 ของประเทศอังกฤษ แม้คู่สัญญา มีความสามารถในการคัดค้านคำชี้ขาด และในประเด็นคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะ เกิดขึ้นมากมาย ในระบบ common law คำสั่งหรือคำแถลงมีขึ้นเพียงเพื่อการควบคุมหรือป้องกันการไม่ ปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการพยายามที่จะระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นประเด็นที่นอกเหนือไป จากอำนาจของตน อนุญาโตตุลาการจะถูกควบคุมไม่ให้กระทำเช่นนั้นได้ อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนในการควบคุมนี้ไม่มีผลต่อการบัญญัติกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ในหลักการเดียวกันทำให้ศาลเห็นว่าตนมีอำนาจภายในตนเองที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำให้ เกินอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้เอง อำนาจนี้เป็นอำนาจของศาลโดยอิสระจากการที่จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ มีการเสนอแนะว่าคำชี้ขาดเบื้องต้นในเรื่องอำนาจของ อนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ภายใต้มาตรา 2⁶⁵ ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1979 ซึ่ง อนุญาตให้ศาลมีคำสั่ง

⁶⁵ Arbitration Act 1979

“2.-(1) Subject to subsection (2) and section 3 below, on an application to the High Court by any of the parties to a reference —

(a) with the consent of an arbitrator who has entered on the reference or, if an umpire has entered on the reference, with his consent, or

(b) with the consent of all the other parties,

the Hight Court shall have jurisdiction to determine any question of law arising in the course of the reference.

(2) The Hight Court shall not entertain an application under subsection (1) (a) above with respect to any question of law unless it is satisfied that —

(a) the determonation of the application might produce substantial savings in costs to the parties; and

(b) the question of law is one in respect of which leave to appeal would be likely

เบื้องต้นในประเด็นใดก็ได้ ถึงแม้ว่าจะมีมุมมองที่ดีกว่าคือถ้าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสินปัญหาที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการอ้างอิงภายใต้มาตรา 2 กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1979 ฉะนั้น หากไม่มีข้อตกลงใด ๆ ระหว่างคู่สัญญาสำหรับการพิจารณาภายใต้ประเด็นอำนาจพิจารณาควรได้รับการแก้ไข

ความเป็นไปได้ในการคัดค้านภายใต้กฎหมายเดิมสำหรับคู่สัญญาที่คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ⁶⁶ ได้แก่

(ก) ปฏิเสธการยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ โดยการไม่ไปปรากฏตัวต่อหน้าอนุญาโตตุลาการ และคัดค้านความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดทั้งในกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดหรือกระบวนการนำมาซึ่งคำสั่งหรือคำแถลงของศาล (declaration relief) โดยตนเองหรือเพื่อที่ศาลจะใช้อำนาจของศาลเองในการเพิกถอนคำชี้ขาด

to be given under section 1(3) (b) above.

(2A) Unless the High Court gives leave, no appeal shall lie to the Court of Appeal from a decision of the High Court to entertain or not to entertain an application under subsection (1) (a) above

(3) A decision of the High Court under subsection (1) above shall be deemed to be a judgment of the court within the meaning of section 16 of the Supreme Court Act 1981 (appeal to the Court of Appeal, as amended by the Supreme Court Act 1981), but no appeal shall lie for such a decision unless —

(a) the High Court or the Court of Appeal gives leave; and

(b) it is certified by the High Court that the question of law to which its decision relates either is one of general public importance or its one which for some other special reason should be considered by the Court of Appeal.”

ปัจจุบันคือ Arbitration Act 1996 Article 45.

⁶⁶ Robert Merkin, Arbitration Law (London / Hongkong : LLP. Professional Publishing, 1991) p.7-2 (AL: Service Issue No.27: 1 July 2000)

(ข) ปรากฏตัวต่อหน้าอนุญาโตตุลาการ แต่สงวนไว้ซึ่งสิทธิในการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และคัดค้านความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดในการบังคับตามคำชี้ขาดหรือกระบวนการนำมาซึ่งคำสั่งหรือคำแถลงของศาล

(ค) ขอให้คำสั่งหรือคำแถลงของศาลทันที เพื่อไม่ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการรับฟังพยานหลักฐาน โดยไม่มีการคัดค้าน

(ง) ร้องขอให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดระหว่างพิจารณาเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และทำให้คำชี้ขาดนั้นถูกคัดค้านภายในมาตรา 1 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1979⁶⁷ บนพื้นฐานของความบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือกฎหมาย

แม้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะไม่ระงับไปเสียทีเดียว แต่เป็นสิ่งที่ไม่อาจโต้แย้งได้ว่าคู่สัญญาผู้ซึ่งมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาที่ไม่มีการคัดค้านและในภายหลังการทำคำชี้ขาดได้ดำเนินการให้มีคำสั่งหรือคำแถลงของศาล อาจจะถูกยับยั้งจากการทำเช่นนั้น โดยเป็นไปตามหลักการสละสิทธิของ common law หรือโดยข้อเสนอบางอย่างโดยปริยาย

3.2.3.1 ความเป็นเอกเทศของสัญญาภายใต้กฎหมายอังกฤษ

ปัจจุบันหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับในประเทศอังกฤษ ในขณะที่อนุญาโตตุลาการอาจแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับอำนาจวินิจฉัยของตนเองในการพิจารณาข้อพิพาทได้ แต่อนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจตัดสินชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวเป็นที่สุดได้

⁶⁷ Arbitration Act 1979

“1.-(1)In the Arbitration Act 1950 (in this Act referred to as “the principal Act”) section 21 (statement of case for a decision of the High Court) shall cease to have effect and, without prejudice to the right of appeal conferred by subsection (2) below, the High Court shall not have jurisdiction to set aside or remit an award on an arbitration agreement on the ground of errors of fact or law on the face of the award.”

ปัจจุบันคือ Arbitration Act 1996 Article 69.

ศาลอังกฤษได้คงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีต่อไป

คดีแรก คำตัดสินในคดีระหว่าง Heyman กับ Darwins (1942) เป็นครั้งแรกที่มีการกล่าวถึงความเป็นเอกเทศของสัญญาในประเทศอังกฤษ โดย Darwins, Ltd. (Darwins) ซึ่งเป็นโรงงานผลิตเหล็กในประเทศอังกฤษ ได้แต่งตั้ง Heyman ผู้ซึ่งมีธุรกิจในเมืองรัฐ New York เป็นตัวแทนแต่ผู้เดียวตามสัญญาที่ลงนามในปี ค.ศ. 1938 ซึ่งได้บรรจุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อาจตีความหมายได้กว้างไว้ว่า “ข้อขัดแย้งใดที่เกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาจะถูกไต่สวนโดยอนุญาโตตุลาการ”

ต่อมา Heyman ได้ฟ้องร้อง Darwins ต่อศาล โดยกล่าวอ้างว่า Darwins ไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยการละทิ้งงาน จากนั้น Darwins ได้เสนอให้งดการพิจารณาของศาลโดยกล่าวอ้างว่าข้อพิพาทสามารถเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ สภาขุนนาง (House of Lords) ได้ยืนยันว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถแยกจากสัญญาได้ และสรุปด้วยว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินว่าการกระทำในอนาคตไม่ว่าจะโดยคู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม อยู่ภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อาจตีความหมายได้กว้างที่กำหนดสำหรับข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาหรือตามสัญญา

Lord Viscount Simon ได้เขียนหมายเหตุไว้ในคำตัดสินคดีนี้ว่าประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความมีอยู่ของสัญญาและการกล่าวอ้างถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ไม่อยู่ภายในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเท่ากับว่าท่านยอมรับความเป็นเอกเทศของสัญญา แต่ไม่ยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการหากมีการกล่าวอ้างถึงความมีอยู่หรือชอบด้วยกฎหมายของสัญญา

ถึงอย่างไรก็ดี ทฤษฎีความเป็นเอกเทศของสัญญาก็ได้ค่อย ๆ พัฒนาขึ้นนับตั้งแต่คำตัดสินในคดี Heyman กับ Darwins ตามลำดับ

คดีที่สอง ความเป็นเอกเทศของสัญญาได้รับการยืนยันอีกครั้งในคดีเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญา ในคดีระหว่าง Smith กับ H. & S. (1991) ฝ่ายโจทก์ก็คือ Paul Smith Ltd. (Smith) เป็นโรงงานผลิตชุดกีฬา ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ H. & S.

International Holding Inc. (H. & S.) ขาย จำหน่าย ผลิตและส่งเสริมชุดกีฬาของบริษัทตน ภายใต้อสัญญาดังกล่าว H. & S. ได้ถูกเรียกร้องให้จ่ายเงินส่วนแบ่งแก่ Smith แต่ H. & S. ไม่ได้จ่าย จึงถูก Smith แจ้งยกเลิกสัญญา ขณะเดียวกัน H. & S. ก็ได้เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญา แต่ Smith ได้โต้แย้งถึงความถูกต้องตามกฎหมายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยพื้นฐานว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเพียงก่อนการสิ้นสุดของสัญญา ศาลในคดีนี้ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวของ Smith และได้ยืนยันว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่แยกออกจากสัญญามีขอบเขตกว้างขวางเพียงพอครอบคลุมข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือแจ้งยกเลิกสัญญา อย่างไรก็ตามศาลได้กล่าวไว้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจครอบคลุมข้อพิพาทเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญา

คดีที่สาม คำตัดสินในคดีระหว่าง Harbour กับ Kansa (คดี Harbour I ค.ศ.1992) Queens Bench Division Commercial Court ได้ขยายขอบเขตของทฤษฎีความเป็นเอกเทศของสัญญาออกไป โดยกล่าวถึงคดีระหว่าง Smith กับ H.&S. และตัดสินในประเด็นของความไม่สมบูรณ์ขึ้นต้นของสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศระหว่างสหราชอาณาจักรกับบริษัทประกันภัยและเอาประกันภัยของประเทศฟินแลนด์ ว่าทั้งสองได้ทำสัญญาที่ไม่อาจทำการอนุญาโตตุลาการได้ Harbour Assurance Co. (Harbour) ผู้รับประกันภัยอังกฤษ ได้เข้าสู่สัญญาการส่งมอบคืน (a retrocession agreement) กับ Kansa General International Insurance Co. (Kansa) ภายใต้อความหวังของ Kansa ในการขยายการเอาประกันภัยเงินที่ให้กับของตนสู่ตลาดการเงินของประเทศอังกฤษ ในข้อตกลงการส่งมอบคืน โดย Harbour ตกลงที่จะประกันภัยกับ Kansa และในสัญญามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย

Harbour กล่าวอ้างว่ามูลเหตุของสัญญาประกันและเอาประกันภัย และสัญญาการส่งมอบคืนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจาก Kansa ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำธุรกิจจากกรมการค้าและอุตสาหกรรมของประเทศอังกฤษ ศาลในคดี Harbour I (1992) นี้ได้ยืนยันว่าความไม่สมบูรณ์เบื้องต้นของสัญญาว่าสามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างกว้าง เพื่อสนับสนุนคำตัดสินของตน ศาลยังได้อ้างถึงแนวโน้มในกฎหมายอนุญาโตตุลาการในการยอมรับหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอย่างเต็มที่ และอ้างถึงเหตุผลด้านนโยบายสาธารณะที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย

เหตุผลด้านรัฐประศาสนโยบายเช่นนี้รวมถึงความปรารถนาให้มีผลของสัญญาจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยการป้องกันการหลีกเลี่ยงพันธะในการอนุญาตตุลาการ การยอมรับคุณค่าในความเป็นกลางของกระบวนการอนุญาตตุลาการ และเพื่อเพิ่มความสะดวกรวดของการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามศาลได้ดำเนินตามแนวบรรทัดฐานของ common law และยืนยันว่าหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาไม่ได้ขยายไปสู่ข้อเรียกร้องของความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเบื้องต้นของสัญญา⁶⁸ เช่นนั้นขณะที่คดี Harbour I (1992) ศาลยังคงไว้ซึ่งอำนาจทั้งในการกำหนดความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเบื้องต้นของสัญญาและอิทธิพลของนโยบายสาธารณะต่อประเด็นต่าง ๆ ของสัญญา

คำตัดสินในคดี Harbour I (1992) เป็นผลนำไปสู่การอุทธรณ์คำพิพากษาระหว่าง Harbour Assurance Co. กับ Kansa General International Insurance Co. (คดี Harbour II ค.ศ.1993) โดยศาลอังกฤษได้กลับคำพิพากษาของ Queen Bench Division ในคดี Harbour I (1992) และยืนยันว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเบื้องต้นของสัญญาเป็นเรื่องของหลักความเป็น เอกเทศของสัญญา ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในคำพิพากษาโดยเห็นว่าบรรทัดฐานของ common law ไม่ได้ห้ามการขยายหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาไปสู่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเบื้องต้นของสัญญา ซึ่งตรงกันข้ามกับคำตัดสินของท่านผู้พิพากษา Steyn ในคดี Harbour I (1992)

ศาลในคดี Harbour II (1993) ได้อ้างด้วยว่าการพิจารณานโยบายสาธารณะเพื่อทำคำตัดสินในคำพิพากษา รวมถึงการให้เหตุผลที่กระทบต่อเจตนาของคู่กรณีและประโยชน์ในทางปฏิบัติเป็นการสนับสนุนความสะดวกรวดของการยุติธรรมโดยทำให้มีการตัดสินเพียงครั้งเดียว (one-stop adjudication)

คำตัดสินในคดี Harbour II (1993) สนับสนุนแนวโน้มในกฎหมายอังกฤษต่อการยอมรับหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอย่างเต็มที่และได้ชี้ให้เห็นถึงการสนับสนุนกระบวนการอนุญาตตุลาการของศาล

⁶⁸ Harbour I, [1992] 1 Lloyd's Rep. cited in Janet A. Rosen, "Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence", Fordham Int'l L. J.

3.2.3.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายอังกฤษ

โดยที่ศาลอังกฤษชื่นชมต่อหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา ศาลในคดีระหว่าง Heyman กับ Darwins (ค.ศ.1942) จึงได้ก่อตั้งหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาในประเทศอังกฤษและต่อมาได้ขยายครอบคลุมคดีที่เกี่ยวข้องกับความมีผลบังคับของสัญญาหลักและความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเบื้องต้นของสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามศาลอังกฤษไม่ยอมรับทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และคัดค้านอย่างเห็นได้ชัดถึงการขยายทฤษฎีดังกล่าวออกไป

คดี Christopher Brown, Ltd. กับ Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer (1954) ศาลได้กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการอาจสอบสวนอำนาจพิจารณาของตนเองได้ แต่ไม่อาจทำ คำชี้ขาดเป็นที่สุดผูกพันคู่กรณีได้”⁶⁹ ต่อมาในคดีระหว่าง Promvimi Hellas A.E. กับ Warinco A.G. (1978) ก็ได้กล่าวว่า “ตามกฎหมายเป็นที่ชัดเจนว่าเหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินการรับฟังพยานหลักฐานที่อาจเกี่ยวข้องกับประเด็นอำนาจของตนที่ถูกคัดค้าน และมีคำตัดสินในเรื่องอำนาจพิจารณาของตน หากคิดว่าตนมีอำนาจที่จะทำเช่นนั้นได้ ถึงแม้เป็นที่ชัดเจนว่าคำตัดสินนั้นไม่ได้เป็นอุปรวรรคต่อศาลในภายหลังในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท”

ในคดี Harbour I (1992) Queen Bench Division ก็ได้ทบทวนแนวการใช้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองของประเทศอังกฤษ ศาลกล่าวว่าแม้ว่าอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาและกำหนดอำนาจพิจารณาของตนเอง แต่ก็เพียงพอที่ศาลอาจออกคำชี้ขาดเป็นที่สุดได้ ศาลในคดี Harbour I เน้นว่ากฎเกณฑ์ที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่อาจออกคำชี้ขาดเป็นที่สุดต่ออำนาจพิจารณาอำนาจของตนเองได้นั้นเป็นสิ่งที่เป็นที่ยุติในกฎหมายอังกฤษ แต่ในคดี Harbour II ศาลอุทธรณ์กลับยืนยันการขยายสถานะของอำนาจพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการเอง ภายใต้กฎหมายอังกฤษในคดี Harbour I (1992)

⁶⁹ Promvimi Hellas A.E. v. Warinco A.G., [1978] 1 Lloyd’s Rep.373 cited in Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”.

ส่วนในคดี Harbour I (1992) ศาลได้กล่าวไว้ว่า “เพียงแต่ศาลเท่านั้นที่สามารถจะกำหนดเป็นที่แน่นอนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ” และคดี Harbour II (1993) ศาลก็ได้กล่าวอีกว่า “เป็นสิ่งพื้นฐานธรรมดาว่าในกฎหมายอังกฤษอนุญาโตตุลาการไม่สามารถผูกพันคู่กรณีโดยการกำหนดอำนาจพิจารณาของตนเองได้”⁷⁰

ดังที่กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าแนวโน้มของประเทศอังกฤษดั้งเดิมจนถึงก่อนมีการใช้บังคับกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 (the Arbitration Act 1996) เป็นไปในแนวทางที่จำกัดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตนเอง แต่หลังจากการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่แล้ว ก็ได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

Perter Gross เรียกอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวว่า “provisional jurisdiction” หรือที่ Schlosser เรียกว่า “povisional Kompetenz-Kompetenz” ซึ่งหมายถึงอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองและศาลก็สามารถที่จะวินิจฉัยอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน ถ้าได้รับการร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือแม้ว่าศาลจะได้รับการร้องขอให้วินิจฉัยประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการก่อนก็ยอมทำได้ ทำให้เห็นว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในวินิจฉัยอำนาจของตนเป็นเรื่องเฉพาะกาลอย่างแท้จริง เพราะศาลยังคงมีบทบาทควบคุมดูแลการอนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่ และการวินิจฉัยของศาลถือว่าเป็นที่สุดประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการและอำนาจของศาลในประเทศอังกฤษ จึงเรียกได้ว่า อำนาจคู่ขนาน (Concurrent Control) ซึ่งแตกต่างจากแนวปฏิบัติของประเทศอื่น

ตามที่ปรากฏในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 ในส่วนที่ 30⁷¹ ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้อย่างมาก เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงเป็น

⁷⁰ Harbour II, [1993] Q.B. at 721. cited in Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrine of Separability and Competence de la Competence”.

⁷¹ Arbitration Act 1996

“Section 30 Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its

own

substantive jurisdiction, that is, as to -

อย่างอื่น ถ้าไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์อยู่ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการได้ถูกแต่งตั้งขึ้นอย่างไม่เหมาะสม หรือถ้าเนื้อหาข้อพิพาทอยู่นอกขอบอำนาจของสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างอิสระ (substantive jurisdiction) ในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเอง ทั้งนี้ เนื่องจากการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในเรื่องอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้นก็อาจ ถูกคัดค้านหรือทบทวนได้ในภายหลัง และในตอนที่ 31⁷² ก็ได้บัญญัติถึงเรื่องการคัดค้านอำนาจของ

- (a) whether there is a valid arbitration agreement,
- (b) whether the tribunal is properly constituted, and
- (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

(2) Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part.”

⁷² Arbitration Act 1996

“Section 31 Objection to substantive jurisdiction of tribunal

(1) An objection that the arbitral tribunal lacks substantive jurisdiction at the outset of the proceedings must be raised by a party not later than the time he takes the first step in the proceedings to contest the merits of any matter in relation to which he challenges the tribunal’s jurisdiction.

A party is not precluded from raising such an objection by the fact that he has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.

(2) Any objection during the course of the arbitral proceedings that the arbitral tribunal is exceeding its substantive jurisdiction must be made as soon as possible after the matter alleged to be beyond its jurisdiction is raised.

(3) The arbitral tribunal may admit an objection later than the time specified in subsection (1) or (2) if it considers the delay justified.

(4) Where an objection is duly taken to the tribunal’s substantive jurisdiction and the tribunal has power to rule on its own jurisdiction, it may —

- (a) rule on the matter in an award as to jurisdiction, or
- (b) deal with the objection in its award on the merits.

If the parties agree which of these courses the tribunal should take, the tribunal shall proceed accordingly,

อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาคำคัดค้านอำนาจวินิจฉัยของตนเองของคู่สัญญา โดยทำเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้นหรือคำชี้ขาดพร้อมกับเนื้อหาของข้อพิพาทได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการก็สามารถดำเนินการวินิจฉัยเนื้อหาข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาต่อไปได้ แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าตนไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไปได้ ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจยกข้อคัดค้านอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการขึ้นเสนอต่อศาลได้ทันที แต่ถ้าคู่สัญญาได้เข้าร่วมหรือยังคงมีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยที่ไม่ทำคำคัดค้านตามเวลาที่กำหนดในกฎหมาย คู่สัญญานั้นจะสูญเสียสิทธิที่จะคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการทั้งต่ออนุญาโตตุลาการและต่อศาลได้

และในบทที่ 23 ลดการแทรกแซงของศาลในการอนุญาโตตุลาการลงมาอีก โดยได้มีการกำหนดในส่วนที่ 32⁷³ ว่าศาลอังกฤษจะไม่เข้าแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่

(5) The tribunal may in any case, and shall if the parties so agree, stay proceedings whilst an application is made to the court under section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction).”

⁷³ Arbitration Act 1996

“Section 32 Determination of preliminary point of jurisdiction

(1) The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal.

A party may lose the right to object (see section 73).

(1) An application under this section shall not be considered unless —

(a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or

(b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied —

(i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs,

(ii) that the application was made without delay, and

(iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court.

(2) An application under this section, unless made with the agreement of all the

กฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจไว้และมีบทบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับโดยการงดการพิจารณาในศาล กับบทบัญญัติในเรื่องหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ⁷⁴

3.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การพัฒนานโยบายสาธารณะของประเทศสหรัฐอเมริกาที่นิยมการอนุญาโตตุลาการเป็นผลให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Arbitration Act 1925 / Federal Arbitration Act 1925) และได้ตอบสนองนโยบายดังกล่าวโดยการประกาศย้ำถึงความตั้งใจในการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนจากระบบยุติธรรม ซึ่งเป็นสิ่งประกันการบังคับใช้ของสัญญาเอกชน⁷⁵

other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the matter should be decided by the court.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending.

(4) Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met.

(5) The decision of the court on the question of jurisdiction shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal.

But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question involves a point of law which is one of general importance of is one which for some other special reason should be considered by the Court of ppeal.”

⁷⁴ Okezie Chukwumerije, “Judicial Supervision of Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1996”, *Arbitration International*, Volumn15 Number2, p.178.

⁷⁵ Mitsubishi Motors (1985) 473 U.S. (stating that the liberal federal policy favoring arbitration agreements, manifested by . . . the Act as a whole, is at bottom a policy guaranteeing the enforcement of private contractual arrangements)

3.2.4.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

บทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้กับการค้าระหว่างมลรัฐและการค้าข้ามชาติ ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศอาจตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งได้รับรองการบังคับใช้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยการรวมกลไกต่าง ๆ ซึ่งศาลอาจใช้ตัดสินประเด็นเกี่ยวกับทั้งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลสมบูรณ์เข้าไว้ด้วยกัน โดยกฎหมายของสหรัฐอเมริกากำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งรวมอยู่ในสัญญาการค้ามีผลสมบูรณ์ ไม่สามารถเพิกถอนได้และเป็นข้อตกลงที่สามารถบังคับได้

อย่างไรก็ดีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ก็อาจตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ด้วย เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุวัติตามอนุสัญญาดังกล่าวโดยบัญญัติเป็นกฎหมายในปี ค.ศ. 1970⁷⁶

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลงนามแล้ว เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดเครื่องมือสำหรับบังคับและยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการข้ามชาติและการบังคับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁷⁷ เนื่องจากจะทำให้การค้าเงินธุรกิจระหว่างประเทศสะดวกและง่ายขึ้น ในขณะที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยทั่วไปจะตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย

⁷⁶ 9 U.S.C. 200-208 (1988)

⁷⁷ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1999), p. 46.

อนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งอาจตกอยู่ภายใต้ทั้งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 เนื่องจากว่าบทบัญญัติทั้งในกฎหมายและอนุสัญญาดังกล่าวไม่ขัดแย้งกัน

แม้ว่าในคดีระหว่าง Wilko กับ Swan (1953) ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้วินิจฉัยไว้ว่าข้อพิพาททั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้ อย่างไรก็ตามในคดีระหว่าง Scherk กับ Alberto – Culver (1974) ศาลสูงสุดก็ได้ปฏิเสธที่จะปรับใช้คำวินิจฉัยในคดีระหว่าง Wilko กับ Swan นี้และการทำเช่นนั้นเป็นการยืนยันเป้าหมายของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958

โดยในคดีระหว่าง Scherk กับ Alberto – Culver เกี่ยวข้องกับสัญญาการค้าระหว่างประเทศระหว่าง Fritz Scherk (Scherk) ซึ่งเป็นคนสัญชาติเยอรมันนี กับ Alberto – Culver Co. (Alberto – Culver) ซึ่งเป็นบริษัทในมลรัฐ Delaware โดยมีสำนักงานใหญ่อยู่ในมลรัฐ Illinois โดย Alberto –Culver ได้ฟ้องร้อง Scherk ต่อศาลแขวง (District Court) โดยกล่าวอ้างว่าสัญญาที่ทำขึ้นฝ่าฝืนต่อกฎหมายหลักทรัพย์ของรัฐบาลกลาง Scherk ได้พยายามให้ศาลงดการพิจารณาคดีบนพื้นฐานว่ามีข้อตกลงที่จะทำการอนุญาโตตุลาการในสัญญาของระหว่างตนกับ Alberto – Culver โดย ศาลแขวงได้ปรับใช้คำวินิจฉัยในคดีระหว่าง Wilko กับ Swan และปฏิเสธที่จะงดการพิจารณา ในชั้นศาลอุทธรณ์ก็ได้มีการยืนยันตามคำพิพากษาของศาลแขวง

อย่างไรก็ดีศาลสูงสุดได้กลับคำพิพากษาของศาลแขวงและบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เป็นการยืนยันเป้าหมายของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 โดยศาลให้เหตุผลว่าเนื่องจากลักษณะของสัญญาระหว่างประเทศอยู่ภายใต้การพิจารณาและนโยบายที่แตกต่างอย่างมากจากที่แสดงไว้ในคำตัดสินคดีระหว่าง Wilko กับ Swan เป็นเหตุให้ศาลสูงสุดในคดีระหว่าง Scherk กับ Alberto – Culver ได้ทบทวนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในกฎหมาย

อนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วยและได้วินิจฉัยว่าข้อพิพาทตกอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น คดีระหว่าง Scherk กับ Alberto – Culver จึงได้สะท้อนให้เห็นถึงการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการจากอำนาจตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในขอบเขตของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

3.2.4.2 ความเป็นเอกเทศของสัญญาและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ก่อตั้งหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา โดยอ้างอิงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดีระหว่าง Prima Paint Corp. กับ Flood & Conklin Manufacturing Co. (1967) Prima Paint Corporation (Prima Paint) เป็นบริษัทในมลรัฐ Maryland ได้ซื้อธุรกิจอุตสาหกรรมสีมาจาก Flood & Conklin Manufacturing Company (Flood & Conklin) ซึ่งเป็นบริษัทในมลรัฐ New Jersey คู่กรณีได้เข้าร่วมในข้อตกลงให้คำปรึกษา (a Consulting Agreement) โดยภายใต้ข้อตกลงดังกล่าว Flood & Conklin จะจัดให้คำแนะนำแก่ Prima Paint ในส่วนที่เกี่ยวกับการผลิต การอุตสาหกรรม การขาย และการบริการของผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ เป็นระยะเวลา 6 ปี แต่ต่อมา Prima Paint กล่าวอ้างว่าข้อตกลงให้คำปรึกษาซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วยสิ้นสุดลงโดยเกิดขึ้นเนื่องจากการลอบกลวงโดยการแสดงสถานะทางการเงินของ Flood & Conklin อันเป็นที่จ ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่าข้อตกลงให้คำปรึกษาดังกล่าวเกี่ยวพันกับการค้าระหว่างมลรัฐ ดังนั้น จึงตกอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา

ภายใต้ ส่วนที่ 4 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา ศาลของรัฐบาลกลางจะต้องสั่งให้ทำการอนุญาโตตุลาการตามข้อความที่ตกลงกันในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้ในเบื้องต้น ศาลได้ยืนยันคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องของกฎหมายของรัฐบาลกลาง เว้นแต่คู่กรณีกำหนดเจตนา

รรมณ์ในทางตรงกันข้ามไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจึงสามารถแยกจากสัญญา ซึ่งบรรจุข้อตกลงดังกล่าวไว้ได้

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้วินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่า แม้มีการกล่าวอ้างถึงการหลอกลวงในการเข้าทำสัญญาหลักก็ตาม ก็สามารถที่จะแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ออกเป็นเอกเทศ ดังนั้น แม้มีการหลอกลวงเพื่อทำสัญญาก็ตาม คู่กรณีก็ดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ เป็นผลให้หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาที่ปรากฏในคดีระหว่าง Prima Paint กับ Flood & Conklin จึงกลายเป็นกฎเกณฑ์ของบทบัญญัติกฎหมายภายในไปในที่สุด

คดีระหว่าง Prima Paint กับ Flood & Conklin เกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างบริษัทภายในประเทศ และได้ถูกตัดสินโดยเพียงการกล่าวอ้างถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาการค้าระหว่างประเทศก็ตกอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 และตอนที่ 9 บทที่ 2 ส่วนที่ 208⁷⁸ ของรวมกฎหมายของสหรัฐอเมริกา⁷⁹ (U.S. Code) ได้กำหนดว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา ปรับใช้กับการกระทำภายใต้บทที่ 2 ของตอนที่ 9 เท่านั้น การขยายขอบเขตของบทบัญญัติทั้งสองไม่ขัดแย้งกัน ในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ได้กำหนดว่าศาลต้องให้คู่กรณีทำการอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะปรากฏว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ ไร้ผล ไม่สามารถดำเนิน

⁷⁸ U.S. Code Title 9 Chapter 2 Section 208 — Chapter 1 ; residual application

Chapter 1 applies to actions and proceedings brought under this chapter to the extent that chapter is not in conflict with this chapter of the Convention as ratified by the United States.

⁷⁹ Title 9 §§1-14, first enacted, February 12, 1925, Chapter 2 added July 31, 1974.

การหรือไม่สามารถกระทำได้ และในหน้าที่ 4⁸⁰ ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา ก็ได้ระบุว่าศาลต้องมีคำสั่งให้ทำการอนุญาโตตุลาการ ถ้าไม่มีการยกประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จนบัดนี้ศาลสูงก็ไม่ได้ตีความทฤษฎีความเป็นเอกเทศของสัญญา เนื่องด้วยความเคารพต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ตกอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958⁸¹

ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาในความหมายระหว่างประเทศจึงเป็นการขยายความหลักเอกเทศของสัญญาในประเด็นความสมบูรณ์ของสัญญา ในคดีระหว่าง Sauer กับ White (1983) ในคดีนี้ Sauer – Getriebe KG (Sauer) เป็นหุ้นส่วนจำกัดของประเทศเยอรมันนีตะวันตก กับ White Hydraulics, Inc. (White) ซึ่งเป็นโรงงานผลิตเครื่องยนต์ชนิดต่าง ๆ ในมลรัฐ Indiana ได้ตกลงเข้าร่วมกันในสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีความหมายอย่างกว้าง ภายใต้ข้อตกลงดังกล่าว คู่กรณีตกลงที่จะยอมรับการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาททั้งหลายที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญา โดยภายใต้สัญญาดังกล่าว White ได้ให้สิทธิในการขายเครื่องยนต์ชนิดต่าง ๆ ของตนเองแก่ Sauer และตกลงที่จะให้ข้อมูลทางเทคนิคและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายที่จำเป็นสำหรับโรงงานผลิตเครื่องยนต์แก่ Sauer ในข้อแลกเปลี่ยน Sauer ก็ตกลงที่จะจ่ายเงินส่วนแบ่งในการขายแต่ละครั้งให้แก่ White

ต่อมา Sauer กล่าวอ้างว่า White ได้เจรจาที่จะขายสิทธิต่าง ๆ เช่นเดียวกับในสัญญาที่ทำกับ Sauer ให้แก่บุคคลที่สาม ทำให้ White บอกเลิกสัญญากับ Sauer แต่ White

⁸⁰ H. Smit and V. Pechota, Smit's Guides to International Arbitration : National Arbitration Laws Volumes, p.USA B-2.

§4 Failure to Arbitrate under Agreement; Petition to United States Court Having Jurisdiction for Order to Compel Arbitration; Notice and Service Thereof; Hearing and Determination.

⁸¹ Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrine of Separability and Competence de la Competence”.

กลับใช้ข้ออ้างว่าสัญญาของตนกับ Sauer นั้นไม่สมบูรณ์เนื่องจากขาดสิ่งตอบแทนและมีความคลุมเครือ White ได้กล่าวต่อไปอีกว่าโดยตัวของข้อตกลงอนุญาตตุลาการเองนั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์อยู่ ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้ โดยกล่าวว่าเป็นข้อสรุปที่ไม่ถูกต้องและวินิจฉัยว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการและสัญญาหลักสามารถแยกออกจากกันได้ โดยต่างก็เชื่อมโยงกันในการพิจารณาซึ่งกันและกัน

ตามคำวินิจฉัยของศาลนี้แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักเอกเทศของสัญญาในคดี และศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า นับตั้งแต่ข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่รวมอยู่ในสัญญาหลักกำหนดให้คู่กรณีทำการอนุญาตตุลาการข้อพิพาททั้งหมดที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญา ทำให้ประเด็นความสมบูรณ์ของสัญญาก็จะต้องได้รับการตัดสินโดยอนุญาตตุลาการด้วย ไม่ใช่โดยศาล

ส่วนในคดีระหว่าง Republic of Nicaragua กับ Standard Fruit Co. (1991) เกี่ยวพันกับข้อพิพาทในเรื่องความสมบูรณ์ของบันทึกแสดงเจตนา (a Memorandum of Intent) ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของ Republic of Nicaragua ศาลก็ได้ยืนยันว่าข้อกำหนดอนุญาตตุลาการที่รวมอยู่ในบันทึกแสดงเจตนาสามารถแยกออกจากกันได้ และกำหนดว่าสัญญาสามารถทำการอนุญาตตุลาการได้โดยการอ้างอิงถึงเพียงข้อกำหนดอนุญาตตุลาการ และให้เหตุผลต่อไปว่า ในคดีระหว่าง Prima Paint กับ Flood & Conklin ศาลถูกห้ามพิจารณาคำคัดค้านถึงความมีผลสมบูรณ์หรือสามารถบังคับได้ของสัญญาหลัก เป็นการแสดงถึงการปกป้องการอนุญาตตุลาการ ภายใต้หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาในคดีระหว่าง the Republic of Nicaragua กับ Standard Fruit ข้อตกลงอนุญาตตุลาการสามารถใช้บังคับได้ แม้ว่าต่อมาในภายหลังอนุญาตตุลาการจะวินิจฉัยว่าส่วนที่เหลือของสัญญาไม่มีผลสมบูรณ์ก็ตาม

คำตัดสินของศาลสูงสุดในคดีระหว่าง Prima Paint กับ Flood & Conklin ดังกล่าวก่อให้เกิดอิทธิพลต่อนโยบายสาธารณะของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกื้อหนุนข้อตกลงอนุญาตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา และคำตัดสินต่อ ๆ มา ตัวอย่างเช่นในคดีระหว่าง Sauer กับ White และในคดีระหว่าง the Republic of Nicaragua กับ Standard Fruit โดยได้ขยายหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาในคดี

ระหว่าง Prima Paint กับ Flood & Conklin ออกไปอีก ดังที่ศาลภายในมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้อธิบายไว้ว่า อำนาจในการกำหนดขอบเขตอำนาจพิจารณา เช่นในเรื่องเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและขอบเขตที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้นั้น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสินเนื่องจากประเด็นดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของศาล เว้นแต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะกำหนดให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการให้ทำได้ เฉพาะในกรณีที่เป็นการระงับข้อพิพาทแรงงาน⁸² ศาลสูงสุดได้ตัดสินไว้ว่า เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นหรือไม่⁸³ ดังนั้น แม้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับหลักเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ไม่ได้ยอมรับทฤษฎีอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง⁸⁴

จากการวิเคราะห์การปรับใช้หลักความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1961 อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและในประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมันนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้น ชัดเจนว่ามีการยอมรับหลักทั้งสองข้างต้นโดยเฉพาะอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้มีการยอมรับอย่างเป็นทางการ⁸⁵ จนทฤษฎีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้กลายเป็นทฤษฎีของกฎหมาย

⁸² การอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นโดยกฎหมาย

⁸³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration (Illinois : Callaghan & Company, 1968), pp.99-104.

⁸⁴ Janet A. Rosen, “Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”.

⁸⁵ Ibrahim F. I. Shihata, The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction : COMPETENCE DE LA COMPETENCE (Netherlands : Martinus Nijhoff , 1965), p.30.

ระหว่างประเทศไปแล้ว⁸⁶ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law⁸⁷ ต่างก็มีที่มาหรือได้รับอิทธิพลจากบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศทั้งสิ้น โดยหากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ แตกต่างไปจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศบ้างก็มีอยู่น้อยมาก การรับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศทำให้มีระบบกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นแบบเดียวกัน กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีผลต่อกฎหมายภายในประเทศ มีข้อแตกต่างที่สำคัญคือ ศาลจะมีอำนาจแทรกแซงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในที่มากกว่า การพัฒนาที่เกิดขึ้นนี้ได้ก่อให้เกิดระบบกฎหมายที่มียอมรับกระบวนการระงับข้อพิพาทนอกศาลได้อย่างเป็นที่น่าพอใจ เมื่อได้วิเคราะห์หลักดังกล่าวในต่างประเทศแล้ว ในบทต่อไปก็จะได้วิเคราะห์หลักดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยต่อไปว่ามีการยอมรับมากน้อยเพียงใด



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁶ Stephen M. Schwebel, International Arbitration : Three Silent Problems (Cambridge : Grotius, 1987), p.10.

⁸⁷ Judge Bola Ajibola, “The Powers and Duties of Arbitrators. In International Commercial Arbitration, ed. The study Group for International Commercial Contracts (1995), p.28.

บทที่ 4

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้กฎหมายไทย

4.1 การอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยก่อนการมีพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยแต่เดิมบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง เมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายให้มีความทัดเทียมกับประเทศมหาอำนาจในตะวันตกก็นำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) ต่อมาในปี ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ก็มีการบัญญัติให้คล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 เพียงแต่เพิ่มเติมเหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 โดยบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 210-222¹

แม้ว่าในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ได้มีการบัญญัติถึงการยอมรับอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้อย่างชัดเจน แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายหนึ่งที่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นพวกอนุรักษนิยมตีความสัญญาอนุญาโตตุลาการไปในแนวที่ค่อนข้างแคบ เพราะถือว่าการวินิจฉัยข้อพิพาทที่แท้จริงแล้วเป็นของศาลเท่านั้น แม้ว่าต่อมาศาลจะมีแนวโน้มว่าเริ่มยอมรับการอนุญาโตตุลาการมากขึ้นก็ตาม

¹ โปรดดูเพิ่มเติมใน อนันต์ จันทโรภากร, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ,”

4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการอนุญาโตตุลาการ

ประเทศไทยก็เป็นเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่มีการทำการค้าทั้งภายในประเทศ และระหว่างประเทศ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในหมู่พ่อค้าหรือนักธุรกิจมักใช้คนกลางในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันแต่ก็เป็นไปในวงจำกัด โดยเฉพาะหากมองเหตุผลของด้านรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยทางด้านตุลาการรวมอยู่ด้วย และเนื่องจากศาลมีแนวโน้มในการจำกัดอำนาจตุลาการไว้ให้กับตน ดังนั้นศาลจึงพยายามตีความข้อตกลงอนุญาโตตุลาการค่อนข้างเคร่งครัดให้ใช้ในข้อพิพาททางการค้าเป็นส่วนใหญ่ และไม่ยอมรับบุคคลที่เป็นคนกลางซึ่งขาดข้อพิพาทที่กระทบต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองและกระทบต่อการใช้สิทธิทางศาลของบุคคล ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาขององค์กรทางด้านตุลาการระดับสูงอันได้แก่ ศาลฎีกาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามตัวอย่างที่แสดงไว้ข้างท้าย ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 945/2498 จำเลยตัดฟ้องว่า โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้เพราะจะต้องนำข้อพิพาทเสนออนุญาโตตุลาการ ตามสัญญาข้อ 9. นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าสัญญาข้อ 9. เป็นแต่กล่าวไว้ว่าถ้าจะเรียกร้อยเอาค่าเสียหายทดแทนอย่างไร จะต้องกระทำภายใน 3 วันนับจากวันที่สินค้ามาถึง และในการเรียกร้อยค่าเสียหายทดแทนนั้นถ้าจำเป็นต้องมอบเรื่องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และคำตัดสินชี้ขาดนั้นจะผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ไม่มีข้อบังคับว่าคู่กรณีจำต้องมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดทุกกรณีไป ข้อสัญญานั้นบอกแต่เพียงว่า ถ้ามอบเรื่องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดไปแล้ว คู่กรณียินยอมจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ๆ เท่า นั้น จึงไม่เป็นการตัดสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องศาล

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2501² การจัดตั้งศาลขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีบางประเภทนั้น ย่อมกระทำได้โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่ที่จัดตั้งขึ้นนั้นต้องเป็น “ศาล” มีตุลาการเป็นผู้กระทำการในพระปรมาภิไธย การจัดตั้งคณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคมนั้น คณะกรรมการ ฯ ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่ชี้ขาดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ และสิทธิครอบครองอันเป็นกรณี

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย”, ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543) หน้า 25 –28.

พิพาทระหว่างบุคคล มีผลเป็นการตั้งบุคคลอื่นที่มีศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี จึงไม่อาจกล่าวเป็นอย่างอื่นนอกจากว่า เป็นการแย้งหรือขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 99 ซึ่งบัญญัติว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ และมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 ขัดต่อมาตรา 99 ของรัฐธรรมนูญฯ เพราะเป็นการให้อำนาจคณะบุคคลให้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินอันเป็นกรณีพิพาทระหว่างบุคคล มีผลที่จะลบล้างกรรมสิทธิ์ของบุคคลที่มีอยู่แล้ว และเป็นการก่อตั้งกรรมสิทธิ์ขึ้นใหม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 49/2502 เมื่อจำเลยกระทำผิดสัญญาขึ้นแล้ว โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายก็ย่อมมีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ และตามสัญญาก็มิได้บังคับไว้ว่าจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการพิจารณาเสียก่อนจึงจะฟ้องร้องกันได้ ข้อความอันเกี่ยวพันปัญหาข้อนี้มีสั้นๆ เพียงว่า “อนุญาโตตุลาการชั้นที่มิตรที่เมืองแฮมเบิร์ก” ซึ่งแปลได้ว่า ถ้าประสงค์จะตั้งอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทกันชั้นที่มิตรก็ต้องกระทำกันที่เมืองแฮมเบิร์กเท่านั้นเอง และเรื่องนี้จำเลยก็ได้เสนอขอให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเสียก่อนประการใด ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1240/2514 เมื่อศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในขณะที่ไม่มีความตุลาการรัฐธรรมนูญว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 ในส่วนที่เกี่ยวกับการตั้งคณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน เพื่อให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นคำวินิจฉัยของศาลที่มีอำนาจชี้ขาดได้ชี้ขาดไปแล้วโดยชอบ ก็ต้องถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการตั้งคณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน ไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่นั้นจนบัดนี้ ไม่อาจกลับหรือฟื้นฟูให้มีผลใช้บังคับขึ้นได้อีก

แม้ว่าต่อมาท่าทีของศาลก็ในการพิจารณาเรื่องการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเริ่มเปลี่ยนไปจากที่มีการใช้อำนาจทางด้านตุลาการอย่างเคร่งครัดหรือหวงกันอำนาจตุลาการไว้กับตนอย่างเด็ดขาด เป็นการยอมรับให้มีการตั้งคนกลางหรืออนุญาโตตุลาการให้อำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทมากขึ้น แต่ก็ยังคงมีการตีความสัญญาอนุญาโตตุลาการในวงจำกัดอยู่บ้าง ตามคำพิพากษาฎีกาที่แสดงข้างทำนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1296/2518 เป็นคดีระหว่างการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคกับห้างหุ้นส่วน วรจักรการไฟฟ้า โดยจำเลยฎีกาว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะคู่สัญญายังมีได้เสนอข้อพิพาทที่ได้แย้งกันให้อนุญาตโตตุลาการซึ่งขาดตามข้อตกลงในสัญญาข้อ 13 เสียก่อน ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามสัญญาข้อ 13 ที่กล่าวถึง การเสนอข้อพิพาทที่ได้แย้งกันต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดนั้น หมายถึงเฉพาะกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น ในเรื่องเกี่ยวกับข้อสัญญาซื้อขายสินค้ารายพิพาท อันคู่สัญญาจะตกลงประนีประนอมกันไม่ได้เท่านั้น จึงจะเสนอให้อนุญาตโตตุลาการซึ่งขาด กรณีนี้ไม่ปรากฏว่าโจทก์จำเลยมีข้อโต้แย้งตกลงกันไม่ได้เกี่ยวกับข้อสัญญา แต่เป็นเรื่องจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาเลยทีเดียว อีกนัยหนึ่งจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาไม่ส่งสินค้าตามสัญญาดังวินิจฉัยไว้แล้ว จึงไม่ใช่กรณีจะต้องบังคับตามข้อ 13 ดังจำเลยฎีกา โจทก์มีอำนาจนำคดีมาฟ้องศาลได้

4.1.2 การอนุญาโตตุลาการนอกศาลภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 210 ถึง 222 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แบ่งอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือการอนุญาโตตุลาการในศาลและการอนุญาโตตุลาการนอกศาล³

ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการในศาลนั้นต้องได้ความว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลแล้ว คู่ความได้มีการตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อทำการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ ทั้งนี้จากถ้อยคำในมาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ว่า “บรรดาคดีทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวง หรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาตโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้” โดยมีขั้นตอนวิธีการ การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการกำหนดค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการบัญญัติอยู่ตั้งแต่มาตรา 211 จนถึงมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ยกเว้นมาตรา 221 เพียงมาตราเดียวที่เป็นเรื่องของอนุญาโตตุลาการนอกศาลซึ่งอยู่ในขอบเขตของการศึกษานี้ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลมิได้กล่าวถึงรูปแบบ วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ผลและสภาพบังคับของสัญญาไว้ให้ชัดเจนแต่อย่างใด จึงมักจะก่อให้เกิด

³ ธาดา ศาสตรสาธิต, “การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ”, *บทบัญญัติ*, 44 (ธันวาคม 2531) : 50 – 53.

เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ และคู่สัญญาก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่ต้องเสนอข้อพิพาทให้ออญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดเสียก่อน

เนื่องจากความสมบูรณ์ของสัญญาออญาโตตุลาการและข้อความที่มีอยู่ในสัญญาออญาโตตุลาการนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญมาก เพราะถ้าสัญญาดังกล่าวไม่สมบูรณ์ การที่คู่สัญญาทำสัญญาออญาโตตุลาการกันไว้นั้นอาจไม่มีผลบังคับแต่ประการใด และอาจเกิดปัญหาต่อไปว่า ใครจะเป็นผู้ตัดสินว่าสัญญาออญาโตตุลาการหรือสัญญาที่มีข้อตกลงออญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วยนั้นไม่สมบูรณ์ ในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาดูสัญญาออญาโตตุลาการหรือสัญญาที่ออญาโตตุลาการตกลงเข้ารับทำหน้าที่ออญาโตตุลาการว่ามีระบุให้ออญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยความสมบูรณ์ของสัญญาไว้หรือไม่ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้ระบุไว้ ก็อาจมีปัญหาเกิดขึ้นได้ว่าผู้ใดจะเป็นผู้ตีความสัญญาดังกล่าว เพราะในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ และไม่มีคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้จวบจนถึง พ.ศ.2523 ในขณะที่นักนิติศาสตร์เห็นว่า ศาลเท่านั้นที่ควรจะมีอำนาจตัดสินว่าสัญญาออญาโตตุลาการสมบูรณ์ใช้บังคับได้หรือไม่ เพราะศาลเป็นบุคคลภายนอก ไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องสัญญาออญาโตตุลาการ ส่วนออญาโตตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในปัญหาดังกล่าวโดยตรง จึงไม่ควรจะมีอำนาจตัดสินปัญหาดังกล่าวซึ่งตนมีส่วนได้เสียอยู่⁴ (On one should not be judge in his own cause⁵) เพราะอาจขาดความอิสระและเป็นการทำให้เกิดการตัดสินที่ไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า “Aliquis non debet esse iudex in propria causa, quia non potest esse iudex et. pars” ที่มีความหมายว่าบุคคลไม่ควรเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเพราะเขาไม่อาจเป็นทั้งผู้พิพากษาและคู่กรณี⁶ และอาจเปรียบเทียบได้กับการคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวล

⁴ เสาวนีย์ อัครวโรจน์, “สัญญาออญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 112. และ วิไล ประมวลสมบัติ, “การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการออญาโตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 57.

⁵ ศาสตราจารย์อมร จันทรมุขมณี ในคดีระหว่างกิจการร่วมค้ากับรัฐวิสาหกิจของรัฐบาลไทยคดีหนึ่ง ออญาโตตุลาการของฝ่ายรัฐวิสาหกิจของรัฐบาลไทยปฏิเสธที่จะชี้ขาดปัญหาความสมบูรณ์ของการตั้งออญาโตตุลาการ เนื่องจากถือว่าออญาโตตุลาการมีส่วนได้เสีย (personally interested) เพราะเหตุที่ลงชื่อยอมรับการแต่งตั้งผู้มีอำนาจเต็มในคดีของฝ่ายกิจการร่วมค้า

⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , *รวมศัพท์และภาษิตกฎหมาย ลาดิน – ไทย* (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 53.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ที่ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ หากผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น หรือตามมาตรา 13 ที่ผู้พิพากษาอาจถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีนั้นได้ หากแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านต่อศาลได้โดยไม่ต้องมีคำร้องคัดค้านของคู่ความ เนื่องจากถือเป็นหลักกฎหมายว่าหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดนั้นมีลักษณะกึ่งตุลาการ (quasi judicial⁷) ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องมีผู้ที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁸ ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 9935/2539

คำพิพากษาฎีกาที่ 9935/2539 เมื่อ ช. กรรมการ คชก. ตำบลลำโพ เป็นบุตรของโจทก์ทั้งสอง ช.จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทรายนี้ คำวินิจฉัยของ คชก. ตำบลลำโพ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2524 ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำวินิจฉัยนั้นได้ตาม มาตรา 58 วรรคหนึ่ง ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 3 และมาตรา 24 วรรคหนึ่ง

หลักที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่ควรเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทที่ตนพิจารณานั้น ก็มีกำหนดอย่างชัดเจนในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้าไทย ข้อ 10 ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เป็นบุคคล... (5) มีส่วนได้เสียหรือมีพฤติการณ์ที่ส่อไปในทางไม่ให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง...”

⁷ “quasi judicial” ปกติมักจะรู้จักกันในวงการกฎหมาย โดยมีผู้ให้ความหมายคำนี้ในภาษาไทยไว้ว่า “กึ่งตุลาการ” อาจทำให้เข้าใจความหมายของคำว่า “quasi judicial” ได้ไม่ชัดเจนนัก เนื่องจากคำว่า “กึ่ง” แปลว่า “ครึ่ง” ซึ่งจะตรงกับภาษาอังกฤษว่า “semi” แต่คำว่า “quasi” ไม่ได้แปลว่า “ครึ่ง” เลยแม้แต่น้อย คำว่า “quasi” แปลว่า “เหมือน” หรือ “คล้าย” อย่างไรก็ตาม “เหมือน” ในที่นี้หมายถึง เหมือนในสาระหรือสิ่งที่เป็นเนื้อแท้ ฉะนั้น คำว่า “quasi judicial” จึงควรตรงกับภาษาไทยว่า “ที่เหมือนตุลาการ” มิใช่ “กึ่งตุลาการ” ใน ประธาน จุฬาริเจนมนตรี, “ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย” ชาวเนติบัณฑิตยสภา ปีที่ 13 ฉบับที่ 140 มีนาคม 2544, หน้า 9.

⁸ เอกสารประกอบการประชุมประหมายเลข 12, ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณายกร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ, 2525, หน้า 3.

4.2 การอนุญาตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนอกศาลที่ใช้อยู่เดิมมีเพียงมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น ซึ่งยังไม่ชัดเจนและรัดกุมเพียงพอ โดยเฉพาะเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ อันเป็นผลให้ประชาชนผู้ประสงค์จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาตตุลาการนอกศาล ต้องประสบกับปัญหาข้อขัดข้องอยู่เสมอ เพื่อปรับปรุงกฎหมายเรื่องนี้ให้ละเอียดชัดเจน และสอดคล้องกับสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคม⁹ ในที่สุดจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 โดยในการร่างพระราชบัญญัตินี้ได้พิจารณาจากกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศอังกฤษ ค.ศ.1950 และ ค.ศ.1979¹⁰ เป็นต้นแบบเสียเป็นส่วนใหญ่

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2530 เป็นต้นมา และได้มีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ.2530 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็นแทน “มาตรา 221 การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนอกศาลให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ”¹¹ ดังนั้น ในปัจจุบันการอนุญาตตุลาการนอกศาลจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

⁹ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ..., 2529, หน้า 1.

¹⁰ เอกสารประกอบการประชุมประหมายเลข 12, ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณา ยกร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ, 2525, หน้า 3.

¹¹ พระราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 วันที่ 12 สิงหาคม พุทธศักราช 2530 หน้า 18-20.

4.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กับพระราชบัญญัติ อนุญาตศาลฎีกา พ.ศ.2530

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 234 ได้บัญญัติว่า “บรรดาศาลทั้งหลายจะตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ

การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งหรือคดีที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะกระทำมิได้”

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตั้งอนุญาตศาลฎีกาเพื่อรับข้อพิพาทตามที่กำหนดในข้อตกลงอนุญาตศาลฎีกาเป็นเพียงการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น ไม่ใช่การตั้งศาลขึ้นใหม่ และการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาตศาลฎีกาก็ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางด้านตุลาการเหมือนศาล การตั้งอนุญาตศาลฎีกาและการดำเนินการอนุญาตศาลฎีกาจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

4.2.2 การบังคับตามสัญญาอนุญาตศาลฎีกาภายใต้พระราชบัญญัติ อนุญาตศาลฎีกา พ.ศ.2530

การอนุญาตศาลฎีกาอาจแบ่งประเภทตามเจตนาในการเข้าร่วมการอนุญาตศาลฎีกาได้เป็น 2 ประเภทคือ การอนุญาตศาลฎีกาซึ่งเกิดขึ้นโดยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น มาตรา 7 (2) แห่งพระราชบัญญัติศาลฎีกา พ.ศ.2469¹² มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518¹³ เป็นต้น และการอนุญาตศาลฎีกาซึ่งเกิดขึ้นโดยความสมัครใจหรือความยิน

¹² มาตรา 7 (2) แห่งพระราชบัญญัติศาลฎีกา พ.ศ.2469 บัญญัติว่า “เมื่อได้ประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้แล้ว ถ้าผู้ใดร้องขออนุมัติทำเนียบท่าเรือ โรงพักสินค้า หรือที่มั่นคงแห่งหนึ่งแห่งใด และอธิบดีไม่เต็มใจจะให้อนุมัติไซ้ ให้อธิบดีแจ้งข้อขัดข้องเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้ร้องภายในสิบวันนับแต่วันที่รับคำร้อง ในเมื่อที่นั้นตั้งอยู่ภายในเขตท่ากรุงเทพฯ ฯ หรือภายในสองเดือน ถ้าตั้งอยู่ที่อื่น ถ้าและคำแจ้งข้อขัดข้องนั้นมีได้ส่งภายในกำหนดเวลาดังระบุไว้ไซ้ ให้ฟังถือว่าที่นั้น ฯ เป็นอันได้อนุมัติแล้ว ถ้าอธิบดีและผู้ร้องไม่สามารถจะตกลงกันได้ ก็ให้ตั้งอนุญาตศาลฎีกาฝ่ายละสองคนเป็นผู้ตัดสินข้อโต้เถียง ถ้าอนุญาตศาลฎีกาทั้งสองฝ่ายตกลงกันได้ ให้อนุญาตศาลฎีกานั้น ฯ ตั้งผู้ชี้ขาด และให้เป็นอันยุติถึงที่สุดตามคำตัดสินของผู้ชี้ขาดนั้น”

¹³ มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก หรือประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตาม

ยอมของคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 การอนุญาโตตุลาการประเภทแรกนั้นแน่นอนว่าคู่กรณีไม่มีอำนาจฟ้อง คู่กรณีต้องมอบข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการเสมอ¹⁴ ส่วนการอนุญาโตตุลาการประเภทหลังหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่ศาลสั่งจำหน่ายคดีตามมาตรา 10¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ใช่เป็นเพราะใจทักไม่มีอำนาจฟ้อง¹⁶ หากแต่เป็นวิธีการบังคับคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการนั้น เกิดขึ้นได้ก็แต่โดยความสมัครใจของคู่สัญญาโดยคู่สัญญาทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 5¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 และสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาชนิดหนึ่งเหมือนกับสัญญาโดยทั่วไป

กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือในกรณีที่ประเทศประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง ให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้ข้อพิพาทแรงงานที่ตกลงกันไม่ได้ตามมาตรา 22 วรรคสาม อันเกิดขึ้นในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง หรือกิจการประเภทใดประเภทหนึ่ง ได้รับการพิจารณาชี้ขาดจากคณะบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามที่รัฐมนตรีจะได้กำหนดหรือแต่งตั้งก็ได้...”

¹⁴ หรือที่เรียกว่า compulsory arbitration เป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องส่งเรื่องให้คณะบุคคลชี้ขาด ไม่ว่าคู่กรณีจะสมัครใจหรือไม่ ในพิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” บทบัญญัติ, 47 (กันยายน 2543) : 5.

¹⁵ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยานหรือก่อนมีคำพิพากษา ในกรณีที่ไม่มีคำร้องสืบพยาน ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วไม่ปรากฏว่ามีเหตุประการอื่นหรือมีเหตุที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย”

¹⁶ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ที่บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่งหรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามพระราชบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้” เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายให้ไปดำเนินการก่อน เป็นไปตามขั้นตอนตามกฎหมาย

¹⁷ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 บัญญัติว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการหมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่

อย่างไรก็ตามการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น แตกต่างกับการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาประเภทอื่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ได้บัญญัติหลักทั่วไปในการบังคับชำระหนี้ไว้ว่า เจ้าหนี้จะร้องขอให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเช่นนั้นได้ และในกรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้น และวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการให้กระทำการหนึ่งการใด เช่นนี้การบังคับชำระหนี้ก็อาจกระทำได้ โดยให้บุคคลภายนอกกระทำการนั้นโดยลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย หรือถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการให้กระทำนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใด การบังคับชำระหนี้ก็อาจกระทำได้โดยถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้

สำหรับสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น จะเห็นได้ว่าคู่สัญญามีหนี้ต่อกันก็ต่อเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่โดยผลของสัญญาที่จะต้องนำข้อพิพาทให้ออนุญาตตุลาการชี้ขาด การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาโดยนำข้อพิพาทเสนอต่อศาลเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด คู่สัญญาอีกฝ่ายจึงมีสิทธิที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา โดยให้นำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาตตุลาการได้ จะเห็นได้ว่าการบังคับดังกล่าว แม้หนีตามสัญญาอนุญาตตุลาการจะเป็นหนี้ที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ศาลบังคับโดยการสั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการแทนได้โดยตรง แต่ศาลก็ไม่อาจบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรค 2¹⁸ ได้ ดังนั้นกระบวนการทางการอนุญาตตุลาการจึงมีวิธีการบังคับในทางอ้อม กล่าวคือ ศาลต้องสั่งจำหน่ายคดีซึ่งเป็นมาตรการบังคับให้ผู้ผิดสัญญาอนุญาตตุลาการไปดำเนินการโดยการอนุญาตตุลาการ และหากคู่สัญญาที่ผิดสัญญาอนุญาตตุลาการไม่เข้าร่วมการอนุญาตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็อาจจะเสียประโยชน์หรือได้รับผลเสียจากการไม่เข้าร่วมในการอนุญาตตุลาการ เช่น คดีอาจขาดอายุความได้ หรือค่าชี้ขาดของอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการพิจารณาไปฝ่ายเดียวก็มีผลผูกพันฝ่ายที่ไม่ได้ร่วมการพิจารณาด้วย

เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้ออนุญาตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม”

¹⁸ มาตรา 213 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องทางให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำนิติกรรมนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้”

ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณา มาตรา 10 พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 จะเห็นได้ว่า การที่ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีได้ก็ต่อเมื่อ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ศาลสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการอนุญาตไต่สวนการ ดังนั้น หากกรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจฟ้องแล้ว ศาลอาจยกขึ้นพิจารณาเองได้โดยไม่ต้องมีคู่ความฝ่ายใดร้องขอ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁹ เพราะฉะนั้นการที่จำเลยอ้างเหตุว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะมิได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตไต่สวนการก่อนจึงเป็นแนวความคิดที่น่าจะไม่ถูกต้อง²⁰ เนื่องจากการทำคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการเป็นขั้นตอนที่มีสภาพบังคับให้คู่สัญญาต้องดำเนินการอนุญาตไต่สวนการก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องศาล ฉะนั้น เมื่อมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยกเรื่องข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการขึ้นคัดค้านการดำเนินการทางศาล ศาลจะต้องจำหน่ายคดีตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530²¹ และต่อไปนี้เป็นตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการยกข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการขึ้นเพื่อให้ศาลสั่งจำหน่ายคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 958/2544 ตามข้อสัญญาอนุญาตไต่สวนการ หากคู่กรณีตกลงกันได้ ย่อมทำให้ข้อพิพาทหมดสิ้นไป แต่ถ้าตกลงกันไม่ได้ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสนอข้อพิพาทให้อุญาตไต่สวนการชี้ขาด ดังนี้ เมื่อจำเลยไม่ชำระหนี้และไม่ตกลงกับโจทก์ ย่อมเป็นกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ ซึ่งโจทก์จะต้องเสนอข้อพิพาทให้อุญาตไต่สวนการชี้ขาดก่อน ทั้งเมื่อโจทก์ก็ฟ้องคดี จำเลยก็ให้การยืนยันให้ใช้ข้อสัญญาอนุญาตไต่สวนการอยู่ ส่วนที่จำเลยฟ้องแย้งก็สืบเนื่องมาจากโจทก์ก็ยื่นฟ้องจำเลย ทำให้เกิดความจำเป็นที่หากจำเลยจะฟ้องแย้งก็ต้องยื่นเข้ามาในคำให้การ เพื่อรักษาสิทธิของจำเลยเสียก่อนเท่านั้น เพราะขณะยื่นคำให้การและฟ้องแย้งยังไม่แน่ว่าศาลจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีหรือไม่ จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยได้**สละเงื่อนไข**ตามข้อสัญญาอนุญาตไต่สวนการ เมื่อโจทก์ไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการก่อนศาลจึงต้องมีคำสั่งจำหน่ายคดี ซึ่งย่อมมีผลให้ไม่มีคดีตามคำฟ้องของโจทก์ให้ต้องพิจารณาต่อไป ฟ้องแย้งของจำเลยจึงตกไปด้วย

¹⁹ มาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อแต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่ ...

(5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควรศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้...”

²⁰ รัชชชัย สุวรรณพานิช, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1425/2542

²¹ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 5448/2534 โดย รศ.ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์

ดังนั้น ถึงแม้จะมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการระหว่างกันอยู่ก็ตาม หากคู่สัญญาไม่กล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการให้ศาลพิจารณาเสียก่อนในเวลาอันสมควรหรือตามที่กฎหมายกำหนดและไม่มีกรณียกประเด็นเกี่ยวกับคำฟ้องเคลือบคลุม จึงไม่ใช่กรณีการหลงต่อผู้ทำให้เสียเปรียบในคดี เพราะคู่สัญญาก็ไม่อาจยกข้อตกลงอนุญาตตุลาการขึ้นกล่าวอ้างได้อีกถือว่าเป็นการสละข้อสัญญาอนุญาตตุลาการแล้ว การมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการต้องว่ากล่าวกันตั้งแต่ก่อนมีการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น²² เพื่อให้ศาลจำหน่ายคดี ถ้ากรณีที่ไม่มีกรณียกขึ้นกล่าวอ้างจนศาลได้มีคำพิพากษาแล้ว เท่ากับว่าข้อพิพาทนั้นได้อยู่ในอำนาจของศาลโดยสมบูรณ์แล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 2668/2544 จำเลยให้การลอบ ๆ ว่ามีสัญญาอนุญาตตุลาการ และมีโต้แย้งการที่ศาลชั้นต้นไม่ทำการไต่สวนให้ปรากฏว่ามีสัญญาฉบับข้อพิพาทอยู่หรือไม่ แต่กลับต่อสู้คดีตามประเด็นที่โจทก์ฟ้องตลอดมาโดยมิได้ส่งหนังสือสัญญาการฉบับข้อพิพาทต่อศาลเพื่อขอให้จำหน่ายคดี จำเลยจึงจะส่งสำเนาสัญญาดังกล่าวต่อศาลในชั้นยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์แสดงว่าจำเลยมิได้ประสงค์จะขอให้ศาลชั้นต้นมีคำสั่งจำหน่ายคดีตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ศาลจึงไม่ต้องส่งจำหน่ายคดีเพื่อให้โจทก์เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการก่อน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1425/2542²³ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยสละข้อตกลงในเรื่องอนุญาตตุลาการโดยปริยาย เพราะเหตุสองประการคือ หนึ่ง "... จำเลยที่ 1 อ้างว่าโจทก์ผิดสัญญาและได้มีหนังสือบอกเลิกสัญญา ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2534 โดยมิได้เสนอข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยก่อนตามสัญญาจ้างเหมาข้อ 19 " และสอง "เมื่อถูกฟ้องแล้วจำเลยที่ 1 ก็ไม่ได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นก่อนวันสืบพยานให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาตตุลาการก่อน"

การที่จะถือว่าจำเลยสละข้อตกลงเพราะจำเลยไม่ได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการก่อนฟ้องศาล น่าจะไม่ชอบด้วยเหตุผล กล่าวคือ หากพิจารณามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 จะเห็นได้ว่า คู่สัญญาอนุญาตตุลาการมีสิทธิที่จะตกลงกันในเรื่องระยะเวลาที่จะนำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องไม่เกินอายุความตามกฎหมาย และผลของการไม่นำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาภายในระยะ

²² ศาลไม่มีอำนาจยกขึ้นมาเอง เพราะไม่ใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

²³ รัชชัย สุวรรณพานิช, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1425/2542

เวลาดังกล่าวก็คือ คู่กรณีหมดสิทธิที่จะนำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า สิทธิของคู่ความในการที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการมีอยู่ภายในระยะเวลาดังกล่าว การที่คู่สัญญายังไม่ใช้สิทธิเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการนั้น มิได้หมายความว่าคู่สัญญานั้นสละ สิทธิในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการสละสิทธิในข้อตกลงว่าด้วยการ อนุญาโตตุลาการเพราะเหตุว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นมิได้นำเสนอต่ออนุญาโตตุลาการก่อนจึงไม่มีเหตุผล

ถ้าเหตุผลไม่ใช่กรณีที่จำเลยไม่ได้เสนอข้อพิพาทก่อนฟ้องศาลดังกล่าวมาแล้วกรณีก็คง เป็นเพราะจำเลยไม่ได้เสนอข้อพิพาทก่อนบอกเลิกสัญญาแล้วก็เท่ากับเป็นการสละข้อตกลง อนุญาโตตุลาการ ปัญหาที่น่าคิดคือการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ด้วยวัตถุประสงค์ที่จะ เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำการชี้ขาด และความเป็นจริงแล้วเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง บอกเลิกสัญญาหลักก็เพราะเห็นว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งเท่ากับว่าข้อพิพาทระหว่างคู่ สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ดังนั้นการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการบอกเลิกสัญญาถือว่าคู่สัญญาที่บอกเลิก สัญญาหลัก สละข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการจึงยังน่าสงสัยอยู่ เพราะขัดกับเจตนารมณ์ของ คู่สัญญาในการทำความตกลงกันในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากศาลฎีกาจะหมายความว่า การบอกเลิกสัญญาของจำเลยทำให้ข้อตกลงต่าง ๆ (รวมถึงข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการใน ข้อ 19) สิ้นผลผูกพันตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁴ ผลก็คงจะไม่ต่าง ต่างอะไรกับการสละข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการดังได้กล่าวมาแล้ว

ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2534 และ 7774/2538 ใช้เหตุ ผลในคำวินิจฉัยว่า “การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน” สำหรับคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในการที่จะฟ้องร้องหรือดำเนินการตามกฎหมายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้ หมายความว่าถึงเงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 145, 149, 151, 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ การใช้ถ้อยคำที่บังเอิญไปตรงกับศัพท์ทางเทคนิคทางกฎหมายอาจทำให้เข้าใจไขว้เขว จึงควรจะหลีกเลี่ยงโดยใช้ถ้อยคำอื่นที่สื่อความหมายเดียวกัน²⁵

²⁴ มาตรา 391 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า เมื่อคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่ เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

²⁵ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2534 โดย รศ.ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์

4.2.3 การเป็นเอกเทศของสัญญาและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการมีความเป็นเอกเทศ รวมทั้งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของตน ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดว่าตนเองมีอำนาจหรือไม่²⁶ ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนนั้นมีความเห็นเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแม้ไม่มีบทบัญญัติเช่นว่า แต่อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจดังกล่าวได้ โดยอาศัยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติที่มีอยู่ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ

4.2.3.1 การเป็นเอกเทศของสัญญาภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

การทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศนั้น เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นมีความเป็นเอกเทศ (ความเป็นเอกภาพของตนเอง²⁷) กล่าวคือ เป็นอิสระแยกออกจากหากจากสัญญาหลัก (principal contract) และเป็นจำพวกของมันเอง²⁸ (*sui generis*) หมายถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง เหมือนสัญญาซื้อขาย เซาทรัพย์ รวมถึงสัญญาหลักที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นรวมอยู่ด้วย

การเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ²⁹ ทำให้อาจมีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันบังคับกับสัญญาหลักและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คือไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายของประเทศเดียวกันเสมอไป เช่น ใช้กฎหมายไทยบังคับกับสัญญาหลัก แต่ใช้กฎหมายอังกฤษบังคับแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น อาจเป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา

²⁶ อนันต์ จันทโรภากร, กระทรวงยุติธรรม, “รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 1/2538,” 1 มิถุนายน 2538.

²⁷ สุชาติ สัตตบุศย์, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บรรณกิจ, 2528), หน้า 155-156. และโปรดดูบทที่ 2 ข้อ 2.3.1.1

²⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมศัพท์และภาชิตกฎหมายลาติน-ไทย, หน้า 853.

²⁹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 2 ข้อ 2.3.1.1

นอกจากนี้ การที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีความเป็นเอกเทศของตัวเองนั้น ยังทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเสียไป โดยเหตุที่ตัวสัญญาหลักตกเป็นโมฆะหรือถูกยกเลิกเพิกถอนไปแต่อย่างใด

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1425/2542 ที่ว่า “เมื่อถูกฟ้องแล้วจำเลยที่ 1 ก็ไม่ได้ยื่น คำร้องต่อศาลชั้นต้นก่อนวันสืบพยานให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน” นี้มีการแก้ปัญหามาโดยการนำหลักการแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการ ออกจากสัญญาหลัก (separability doctrine) มาใช้บังคับ ดังนั้น หากมีการบอกเลิกสัญญาหลักก็ไม่ทำให้ข้อตกลงว่าด้วยเรื่องการอนุญาโตตุลาการสิ้นผลไปด้วย

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการไม่ได้บัญญัติเรื่องของการแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักไว้ และการจะนำเอาหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173³⁰ มาใช้บังคับก็จะไม่ตรงกับข้อเท็จจริงในคดี ดังนั้นหากจะนำหลักการบอกเลิกสัญญาในมาตรา 391³¹ บังคับแก่คดีก็ยังไม่พอจะเข้าใจได้ แม้ว่าจะขัดกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม³²

4.2.3.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ปัจจุบันในเรื่องการอนุญาโตตุลาการ ได้มีการตราและใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาประมาณกว่า 10 ปี แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้ ทำให้เกิดความคลุมเครือเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว ทำให้นักกฎหมายไทยมีความเห็นในเรื่องดังกล่าวเป็น 2 แนว ดังนี้

³⁰ มาตรา 173 “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติกรรมแห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้”.

³¹ มาตรา 391 วรรคแรก “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่”.

³² รัชชชัย สุวรรณพานิช, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1425/2542.

แนวความเห็นแรก

แนวความเห็นแรกเห็นว่าเรื่องอำนาจของอนุญาตไต่สวนในการวินิจฉัยอำนาจของตนนั้นมีบทบัญญัติที่พอเกี่ยวข้องอยู่บ้างในมาตรา 10, 18 และ 24 โดยมาตรา 10³³ จะถือได้หรือไม่ว่าทำให้ศาลเป็นผู้ไต่สวนว่าสัญญาอนุญาตไต่สวนการเป็นโมฆะหรือใช้บังคับหรือปฏิบัติตามได้หรือไม่นั้น เป็นการชี้ให้เห็นว่าศาลเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องอำนาจของอนุญาตไต่สวนการ และหากพิจารณาจากมาตรา 18³⁴ อาจกล่าวได้ว่าอนุญาตไต่สวนการเองก็ยังคงฟังอำนาจศาลในการพิจารณาขอบเขตอำนาจของตนเอง และชี้ขาดเบื้องต้นว่าอนุญาตไต่สวนการมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทของคู่กรณีหรือไม่ ถือว่าเป็นการชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้น³⁵ ซึ่งในทางปฏิบัติก็ให้ตัวอนุญาตไต่สวนการยื่นคำร้องต่อศาล ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะถูกต้อง อันที่จริงแล้วในเมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาตไต่สวนการแล้ว คู่กรณีก็ควรจะต้องยอมรับว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งนั้นมีอำนาจหรือมีฐานะความรู้ความสามารถเพียงพอที่จะเป็นอนุญาตไต่สวนการได้³⁶ แต่ทั้งนี้ในมาตรา 24³⁷ ก็เปิดช่องให้คู่กรณีสามารถตกลงกันในสัญญาอนุญาตไต่สวนการได้ว่าจะให้อุญาตไต่สวนการ

³³ โปรดดูเชิงอรรถที่ 15.

³⁴ พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 มาตรา 18 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จำต้องอาศัยศาลในการออกหมายเรียกพยาน ให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา หรือชี้ขาดเบื้องต้นในข้อกฎหมายใด อนุญาตไต่สวนการคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นนั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณาหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”.

³⁵ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 102.

³⁶ สรรเสริญ ไกรจิตติ, กระทรวงยุติธรรม, “รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตไต่สวนการ, ครั้งที่ 3/2538,” 4 กรกฎาคม 2538.

³⁷ พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ.2530 มาตรา 24 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำ หรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตไต่สวนการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

มีอำนาจวินิจฉัยและการชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจอนุญาตตุลาการได้ ซึ่งเป็นทางออกสำหรับการแก้ปัญหาและข้อขัดข้องในทางปฏิบัติได้บ้าง³⁸ ทำให้เห็นได้ว่าการใช้อำนาจในการพิจารณากำหนดขอบเขตอำนาจของตนเองนั้น อย่างไรก็ตามก็ต้องไม่เกินกว่าที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้

ส่วนตัวผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของศาลซึ่งเป็นสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยซึ่งเป็นปัญหาข้อกฎหมายก็ตาม แต่อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการแตกต่างกับอำนาจของศาล เนื่องจากอำนาจของอนุญาตตุลาการเป็นอำนาจที่เกิดจากสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญา ไม่ใช่มีอำนาจอยู่เหนือคู่สัญญาโดยสมบูรณ์ เนื่องจากอำนาจของอนุญาตตุลาการก็ยังมีขอบเขตตามที่คู่สัญญากำหนด และการดำเนินการอนุญาตตุลาการก็เป็นกรปฏิบัติตามสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น การใช้อำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตน จึงเป็นทั้งการปฏิบัติตามสัญญาพร้อม ๆ กับการตีความเพื่อปฏิบัติสัญญาให้ลุล่วงไป มิใช่เป็นปัญหาข้อกฎหมายตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ที่จะต้องอาศัยศาลในการชี้ขาดเบื้องต้น ดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงสามารถวินิจฉัยอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองได้

แนวความเห็นที่สอง

แนวความเห็นที่สองเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ทำให้มีข้อบกพร่องในการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 จึงเกิดความคลุมเคลือในการตีความกฎหมายว่าผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการบ้าง³⁹

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าขณะที่ยกร่างและบัญญัติพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 โดยส่วนใหญ่คณะกรรมการพิจารณายกร่างกฎหมายว่าด้วย

ในกรณีที่คำชี้ขาดใดมีความบกพร่องอันมิใช่สาระสำคัญและอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ เช่น การคำนวณตัวเลขหรือการกล่าวอ้างถึงบุคคลหรือทรัพย์สินใดผิดพลาดไป ศาลอาจแก้ไขให้ถูกต้อง และมีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ได้แก้ไขแล้วนั้นได้”

³⁸ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 102.

³⁹ วิไล ประมวญสมบัติ, การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ, หน้า บทคัดย่อ.

อนุญาโตตุลาการได้ศึกษาถึงกฎหมายของประเทศอังกฤษ อันได้แก่กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1975 และกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1979 เป็นหลัก แม้ว่าขณะนั้นกระทรวงยุติธรรมจะได้รับข้อเสนอแนะเพื่อการช่วยเหลือสถาบันอนุญาโตตุลาการ และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติจากเลขาธิการสหประชาชาติผ่านคณะผู้แทนถาวรแห่งประเทศไทยประจำสหประชาชาติ ณ กรุงเวียนนา⁴⁰ ต่อมาอีกเพียงสองปีกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ได้ถูกจัดทำขึ้นเสร็จเรียบร้อย แต่ก็ไม่ได้มีการนำหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้แต่อย่างใด นั่นคือเนื้อหาของกฎหมายดูเหมือนว่าไม่ได้รับอิทธิพลจากแนวโน้มในทางระหว่างประเทศที่ต้องการทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของชาติต่าง ๆ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน⁴¹

ในทางปฏิบัติสถาบันส่วนใหญ่จะให้อำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยว่าตัวเองมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเรื่องนั้นหรือไม่ซึ่งเป็นหลักสากล⁴² และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการทุกประเทศกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาของอำนาจของตนเองได้ และให้ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นแยกออกจากสัญญาหลัก⁴³

สำนักงานอนุญาโตตุลาการเองก็ได้พยายามนำหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้ แต่เนื่องจากทัศนคติของนักกฎหมายที่ยังเข้าใจไม่ตรงกันหรือคาดเคลื่อนเกี่ยวกับอำนาจดังกล่าวจึงทำให้ไม่สามารถระงับข้อพิพาทในบางเรื่องโดยการอนุญาโตตุลาการได้ ดังเช่นคดีระหว่างกิจการรวมค้ากับบริษัทวิสาหกิจของรัฐบาล

⁴⁰ หนังสือของกระทรวงการต่างประเทศ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย ที่ กต 0602/12281 ลงวันที่ 4 มีนาคม 2526.

⁴¹ Hideki Ogawa, "The New Thai Arbitration Act of 1987," *Journal of International Arbitration* 6 (1989), p.3. อ้างถึงใน ธารทิพย์ จงจักรพันธ์, "กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ," สำนักงานอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม.

⁴² อนันต์ จันทร์โอภากร, กระทรวงยุติธรรม, "รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 1/2539," 27 มีนาคม 2539.

⁴³ วรวุฒิ ทวาทสิน, กระทรวงยุติธรรม, "รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 3/2539," 24 มิถุนายน 2538.

ไทย ในกรณีนี้อนุญาโตตุลาการของฝ่ายรัฐวิสาหกิจของรัฐบาลไทยไม่ยอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากการมอบอำนาจผู้มีอำนาจเต็มของกิจการร่วมค้าไม่สมบูรณ์ ทำให้เกิดประเด็นว่าอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์ของการตั้งอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ได้มีการยกประเด็นอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยของตนเองขึ้นมาด้วย แต่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐวิสาหกิจของรัฐบาลไทยในการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต่อไป ทางสำนักงานอนุญาโตตุลาการจึงได้จำหน่ายคดีชั่วคราว

นอกจากนั้นยังพิจารณาในประเด็นที่ว่าแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรือกฎหมายที่ควรจะเป็นและมีความเหมาะสมสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยว่าควรจะเป็นอย่างไร เพื่อที่จะนำไปสู่การส่งเสริมให้เกิดความเข้าใจในแนวความคิดดังกล่าว และปรับปรุงกฎหมายไทยให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับแนวความคิดอันเป็นที่ยอมรับในอารยะประเทศ ซึ่งในขณะนี้ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาแล้ว ดังที่จะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

4.2.4 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

เนื่องจากการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการทำสัญญาอย่างหนึ่ง ในกรณีที่มีการทำสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่นคู่สัญญามีสัญชาติต่างกัน หรือภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ เป็นต้น ดังนั้น จึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสัญญาที่สำคัญได้แก่มาตรา 9 (แบบของสัญญา) มาตรา 10 (ความสามารถของคู่สัญญา) และมาตรา 13 (สาระสำคัญหรือผลของสัญญา)

แบบของสัญญา

เมื่อมีปัญหาที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับต่างประเทศว่าสัญญาที่สร้างขึ้นสมบูรณ์หรือไม่ และจะใช้กฎหมายของประเทศใด ย่อมต้องพิจารณามาตรา 9 วรรค 1 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ซึ่งบัญญัติว่า "...ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรม ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น" นั่นคือ ต้องพิจารณาตามกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นทำขึ้น เช่น คนไทยทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับคนอเมริกันที่ประเทศอังกฤษ สมมติว่าตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถทำสัญญาในรูปแบบของสื่ออิเล็กทรอนิกส์

นึกได้ แต่กฎหมายอังกฤษต้องทำในรูปของจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน นั่นคือมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นศาลไทยต้องวินิจฉัยว่า สัญญาไม่สมบูรณ์เพราะทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายอังกฤษกำหนด แม้ว่ากฎหมายไทยสัญญาอนุญาตตุลาการจะทำในรูปแบบใดก็ได้

ความสามารถของคู่สัญญา

คู่สัญญาเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ความสามารถของบุคคลธรรมดาจะเกี่ยวข้องกับอายุ การไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ สถานะของผู้เยาว์ (เช่น นิติกรรมที่ผู้เยาว์สามารถทำได้เอง) สถานะการสมรส (เช่น การจัดการสินส่วนตัว) สำหรับนิติบุคคลจะมีปัญหาว่ากิจการนั้น นิติบุคคลนั้นได้ทำตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลหรือไม่ หากมีประเด็นเรื่องความสามารถของนิติบุคคล ต้องอาศัยมาตรา 10 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ซึ่งบัญญัติว่า “ความสามารถและควมไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น” มาใช้บังคับ ส่วนเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลอยู่ในมาตรา 7 บัญญัติว่า “...สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่” นั่นคืออาศัยประเทศที่เป็นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลเป็นหลัก ไม่ใช่ประเทศที่นิติบุคคลจดทะเบียนก่อตั้ง ดังนั้นเมื่อพิจารณาได้ความว่า สำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ที่ประเทศใด ศาลไทยต้องพิจารณาตามกฎหมายของประเทศนั้นว่า นิติบุคคลนั้นมีสถานะและความสามารถในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการหรือไม่

สาระสำคัญหรือผลของสัญญา

สิ่งที่เรียกว่าสาระสำคัญของสัญญา ได้แก่ สัญญาทำกันโดยถูกต้องสมบูรณ์หรือไม่ คู่สัญญามีเจตนาตรงกันหรือไม่ มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้กลฉ้อฉล ช่มชู้ หรือแสดงเจตนาลวง อันจะทำให้สัญญานั้นเสื่อมเสียหรือไม่ วัตถุประสงค์ของสัญญาขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะหรือไม่ เป็นต้น ส่วนผลของสัญญา ในทำนองเดียวกัน หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดสัญญาแล้วอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิประการใดบ้าง จะเรียกร้องได้เฉพาะค่าเสียหาย หรือสามารถบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ด้วย เป็นต้น⁴⁴

⁴⁴ คณิง ภาไชย, “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ”, บทบัญญัติ 46 (มิถุนายน 2533) : 51.

ตามที่มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 บัญญัติว่า “ปัญหาว่าการจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญาให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้ง หรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะให้บังคับก็ได้แก่ กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น” ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาตไต่ตุลาการจึงตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่คู่สัญญากำหนดเอาไว้ ไม่ว่าจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม และคู่สัญญาก็ยังอาจกำหนดให้อนุญาตไต่ตุลาการนั้น จะต้องวินิจฉัยไปตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาตไต่ตุลาการที่กำหนดได้อีกด้วย ฉะนั้น หากมีปัญหาที่เกิดขึ้นแต่ไม่ปรากฏในข้อตกลงอนุญาตไต่ตุลาการก็ต้องเป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาตไต่ตุลาการนั้น ๆ เช่นการตั้งอนุญาตไต่ตุลาการ จำนวนอนุญาตไต่ตุลาการ เป็นต้น สำหรับในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายที่จะให้บังคับแก่ข้อตกลงอนุญาตไต่ตุลาการเอาไว้ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยายก็ตาม ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันร่วมกัน มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 บัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันนั้นบังคับ แต่ถ้าคู่สัญญาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ได้ทำสัญญาขึ้น

4.3 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตไต่ตุลาการของไทย

ในประเทศไทยมีสถาบันอนุญาตไต่ตุลาการที่ได้รับความนิยมและมีบทบาทสำคัญในการดำเนินการด้านการอนุญาตไต่ตุลาการอยู่หลายสถาบัน แต่ที่ผู้เขียนเห็นว่าควรยกข้อบังคับของสถาบันอนุญาตไต่ตุลาการ กระทรวงยุติธรรม และข้อบังคับอนุญาตไต่ตุลาการหอการค้าไทย มาศึกษาเนื่องจากเป็นข้อบังคับที่เป็นที่รู้จักกันดีและเป็นที่ยอมรับในประเทศไทย

4.3.1 ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตไต่ตุลาการ สถาบัน - อนุญาตไต่ตุลาการ กระทรวงยุติธรรม

ในข้อบังคับอนุญาตไต่ตุลาการ สถาบันอนุญาตไต่ตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ไม่มีข้อกำหนดให้อนุญาตไต่ตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ ดังนั้น ถ้าหากมีการคัดค้านอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาตไต่ตุลาการที่ทำการภายใต้ข้อบังคับดังกล่าวก็มีปัญหาว่า อนุญาตไต่ตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าวพอมีทางแก้ไขได้โดยการปรับใช้ ข้อ 4 (2) ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่กำหนดว่า “การใดที่มีได้ระบุไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ให้ดำเนินการนั้นไปตามความตกลงของคู่กรณี หรือตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร หรือตามที่คณะกรรมการมีมติโดยลำดับ” กล่าวคือหากมีการคัดค้านอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ หรือคู่กรณีอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าแล้วในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

หากคู่กรณีตกลงกันไม่ได้ และอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร อนุญาโตตุลาการก็อาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองไปได้ ตรงกันข้ามหากอนุญาโตตุลาการไม่เห็นสมควรหรือไม่แน่ใจว่าสมควรดำเนินการอย่างไร คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการ สำนักงานอนุญาโตตุลาการก็อาจมีมติให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนเองก็ได้

4.3.2 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าไทย

ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหอการค้าไทย ไม่มีข้อกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้โดยชัดแจ้งเช่นกับข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของกระทรวงยุติธรรมว่ามีข้อบังคับบางข้อที่ทำให้แม้จะมีการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็ทำให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินการต่อไปได้ ดังนี้

ข้อ 22 กำหนดว่า “เมื่อคู่กรณีได้ทำความตกลงกันชัดเจนว่า ให้ส่งเรื่องพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดตามข้อบังคับนี้ คู่กรณีย่อมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามนั้น หากคู่กรณีฝ่ายใดปฏิเสธในภายหลัง หรือไม่ประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้วอนุญาโตตุลาการจะได้ดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทต่อไป โดยไม่ต้องคำนึงถึงคำปฏิเสธหรือไม่เป็นไปตามความประสงค์ของคู่กรณีดังกล่าว

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นที่ถูกต้องสมควรแล้วย่อมผูกพันคู่กรณีให้ปฏิบัติตามนั้น”

จากข้อกำหนดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้คู่กรณีจะปฏิเสธอำนาจอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ โดยไม่ต้องวินิจฉัยประเด็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาหรือไม่ เท่ากับข้อบังคับรับรองว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว

และในข้อ 24 กำหนดว่า “คู่กรณีจะต้องทำทุกอย่างที่จำเป็น เพื่อให้อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเที่ยงธรรม และงดเว้นกระทำการใด ๆ ด้วยเจตนาจะหวังเหนี่ยวหรือป้องกันมิให้อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ถ้าปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด มีพฤติการณ์เช่นนี้ คู่กรณีฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเห็นสมควร” ฉะนั้น หากการคู่กรณีฝ่ายใดต้องการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านนั้นเป็นการหวังเหนี่ยวหรือป้องกันมิให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยไม่สมควรฝ่ายนั้นก็อาจต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นการปรามมิให้คู่กรณีคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยพร่ำเพรื่อหรือมีเจตนาที่จะถ่วงเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

จากการที่ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทยยังไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนที่ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าสมควรนำข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) มาพิจารณาเพื่อนำมาปรับใช้เป็นข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทยต่อไป

4.4 ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่

เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ได้รับการยอมรับนับถือในระดับนานาชาติ จึงได้นำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) มาเป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมายใหม่ แต่อย่างไรก็ดี ควรมีการปรับปรุงให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยน่าจะเป็นผลดีมากกว่า

4.4.1 หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ (ร่างที่ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาแล้ว)

“โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับมากขึ้น และใช้กันอย่างแพร่หลายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บท

บัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”⁴⁵

ผู้เขียนเห็นว่าในหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่นี้ชี้ชัดว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับประเทศต่าง ๆ และส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลให้ข้อพิพาททั้งหลายอันคู่กรณีได้เลือกที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการแล้วได้ระงับสิ้นไปโดยการอนุญาโตตุลาการ

4.4.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่มีบทบัญญัติที่สนับสนุนและเกี่ยวข้องกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง⁴⁶ ดังนี้

มาตรา 14 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การ หรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทาง

⁴⁵ ร่างที่ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาแล้ว ตามรายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... วุฒิสภา ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2545 (สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา) หน้า 6.

⁴⁶ ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นการบัญญัติเช่นเดียวกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ

อนุญาตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้”⁴⁷

จากมาตราข้างต้นแสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการยื่นคำคัดค้านต่อศาลก็ไม่ใช่เป็นอุปสรรคต่อการอนุญาตตุลาการ ที่อนุญาตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาต่อไปได้

นอกจากนั้น ในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้บัญญัติในเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 24 โดยบัญญัติว่า

“คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญา แยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ

การคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทใดจะต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าวไม่ช้ากว่าวันยื่นคำคัดค้านต่อผู้ในประเด็นข้อพิพาท และคู่พิพาทจะไม่ถูกตัดสิทธิที่จะคัดค้านเพราะเหตุที่คู่คัดค้านนั้นได้ตั้งหรือมีส่วนร่วมในการตั้งอนุญาตตุลาการที่จะถูกคัดค้านนั้น และในการคัดค้านว่าคณะอนุญาตตุลาการกระทำเกินขอบเขตอำนาจ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยกขึ้นว่ากล่าวในทันทีที่เรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาเห็นว่าการที่ล่าช้านั้นมีเหตุสมควร คณะอนุญาตตุลาการอาจอนุญาตให้คู่พิพาทยกขึ้นว่ากล่าวภายหลังระยะเวลาที่กำหนดไว้ก็ได้

⁴⁷ ตามรายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... วุฒิสภา ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2545 (สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา) หน้า 3. มาตรานี้ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาโดยไม่มีการแก้ไข.

คณะอนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยชอบเขตอำนาจของตนโดยการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นหรือในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทก็ได้ แต่ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเรื่องใด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นนั้นและในขณะที่คำร้องยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาดต่อไปได้”⁴⁸

สำหรับในเรื่องการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการนี้อาจทำโดยการขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ตามมาตรา 40 ที่บัญญัติว่า “ การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า...

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะในส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้...”⁴⁹

ดังนั้นการยกคำคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่จึงสามารถยกขึ้นได้ถึง 4 ขั้นตอนด้วยกันคือ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4. มาตรานี้ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาโดยไม่มี การแก้ไข

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5 และ 15. มาตรานี้ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาโดยมี การแก้ไขเล็กน้อยในถ้อยคำให้เป็นภาษาที่ใช้ในกฎหมายทำให้เข้าใจได้ดีขึ้น.

- 1) ก่อนหรือพร้อมกับการยื่นคำคัดค้านต่อผู้ในประเด็นข้อพิพาท
- 2) ทันทีที่อนุญาตตุลาการกระทำเกินขอบเขตอำนาจของตนในระหว่างดำเนินการอนุญาตตุลาการ
- 3) ในภายหลัง หากอนุญาตตุลาการเห็นว่าการที่ยกคำคัดค้านล่าช้าขึ้นนั้นมีเหตุอันสมควร โดยผู้เขียนเห็นว่าควรต้องมีการยื่นก่อนที่จะแถลงปิดคดีเสร็จสิ้นหรือก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา
- 4) ในการขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด

สำหรับประเด็นที่ว่าอนุญาตตุลาการไม่ควรวินิจฉัยอำนาจของตนเอง เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น ศาสตราจารย์สรรเสริญ ไกรจิตติ มีความเห็นว่าการให้อุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง เป็นหลักปฏิบัติที่ให้ผลมากกว่าและโดยที่ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับใหม่กำหนดให้อุญาตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคี่ ฉะนั้น องค์ประกอบของผู้วินิจฉัยก็ไม่มีปัญหา เนื่องจากการพิจารณาของการอนุญาตตุลาการจะกระทำโดยเสียงข้างมาก⁵⁰

4.4.3 ประสิทธิภาพ ข้อดี และข้อควรพิจารณาในการนำหลักอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับใหม่

ต่อไปจะเป็นการพิจารณาในเรื่องการนำหลักอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับใหม่นี้จะทำให้การอนุญาตตุลาการมีประสิทธิภาพขึ้นได้อย่างไร และมีความแตกต่างกันหรือไม่ระหว่างการที่ศาลหรืออนุญาตตุลาการจะเป็นผู้วินิจฉัยในประเด็นอำนาจของอนุญาตตุลาการก่อน รวมทั้งข้อดีและข้อควรพิจารณาในการนำหลักดังกล่าวมาใช้

⁵⁰ กระทรวงยุติธรรม, รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ, ครั้งที่ 6/2539, 19 สิงหาคม 2539.

4.4.3.1 ประสิทธิภาพของการให้อำนาจไต่สวนการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

แม้กล่าวกันว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายก็ตาม แต่ศาลก็ไม่ใช่ที่พึ่งเดียวในการระงับข้อพิพาท นั่นคือก่อนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่ศาล คู่กรณียังมีทางเลือกในการระงับข้อพิพาท (Alternative Dispute Resolution) อันได้แก่ การเจรจาต่อรองระหว่างกันเอง การประนอมข้อพิพาท การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าวได้ก็จะเป็นการลดภาระในการพิจารณาข้อพิพาทของศาลลง

คุณสมบัติของการระงับข้อพิพาทในอุดมคติประกอบด้วยดังต่อไปนี้ เป็นธรรม (Fair) รวดเร็ว (Speedy) ประหยัด (Economical) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism) การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure Against Adverse Publicity) การรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship)⁵¹ ซึ่งคุณสมบัติดังกล่าวล้วนเป็นจุดมุ่งหมายของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

คุณสมบัติประการสำคัญอันเป็นปัจจัยที่ทำให้มีการเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการคือ กลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งหมายถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาทได้จริงและไม่ล่าช้า ดังนั้น การให้อำนาจไต่สวนการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทเพียงใดสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) การให้นำประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการไปสู่ศาลก่อน

⁵¹ วิชัย อริยะนนทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ”, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2540), หน้า 398.

การให้นำประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการไปสู่ศาลก่อนทำให้เกิดความล่าช้า เนื่องจากกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปโดยเคร่งครัดตามกฎหมายวิธีพิจารณาความและมีคดีในศาลเป็นจำนวนมากจนล้นศาล⁵² ดังนั้น กว่าที่ศาลจะพิจารณาเสร็จสิ้น ระยะเวลาก็ได้ล่วงเลยไปมากแล้ว การเริ่มต้นดำเนินการอนุญาโตตุลาการจึงล่าช้าไปด้วย ซึ่งอาจทำให้ความเสียหายจากข้อพิพาทหรือสัมพันธภาพระหว่างคู่กรณีได้รับเสียหายมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ศาลอาจมีอคติต่อการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทำให้การพิจารณาของศาลเป็นไปในทางที่ไม่เป็นผลดีต่อการอนุญาโตตุลาการ แม้ในปัจจุบันได้มีการนำระบบพิจารณาต่อเนื่องมาใช้ในศาลแล้ว แต่ก็ยังอาจมีความล่าช้าเกิดขึ้นได้เนื่องจากว่าเวลานัดพิจารณาคดีของคู่กรณีอาจจะต้องรอนานเป็นปี

2) การให้อนุญาโตตุลาการตัดสินเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองก่อน การให้อนุญาโตตุลาการตัดสินเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองก่อนที่คู่กรณีจะเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลได้ เพราะเหตุว่าหากอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการก็จะยุติลงโดยไม่ต้องนำประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการไปสู่ศาลอีก แต่หากอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี และอนุญาโตตุลาการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไป ส่งผลให้การระงับข้อพิพาทเสร็จไปโดยรวดเร็ว เนื่องจากกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่นไม่เคร่งครัดตามกฎหมายวิธีพิจารณาความเช่นเดียวกับศาล และอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรอคำวินิจฉัยของศาลก่อน นอกจากนี้ คำชี้ขาดเบื้องต้นของอนุญาโตตุลาการจะทำให้ศาลเห็นถึงพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและความสัมพันธ์ของคู่กรณีได้ชัดเจนมากขึ้น

⁵² ม.ล. ไกรฤกษ์ เกษมสันต์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา เปิดเผยว่า ศาลต้องแบกรับภาระอย่างหนัก เพราะขณะนี้คดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นทั่วประเทศถึง 1,678,710 คดี ในขณะที่ผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นมีเพียง 1,221 คนเท่านั้น และนายชาญณรงค์ ปรานีจิตต์ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ประจำสำนักประธานศาลฎีกายืนยันถึงสาเหตุที่ศาลต้องใช้วิธีพิจารณาคดีต่อเนื่องว่า สถิติคดีค้างเพิ่มขึ้นอย่างน่ากลัว ส่วนทางด้านนายประชุม ทองมี ทนายความ กล่าวว่า ไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลจะพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่องเพราะเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ไม่ได้ต้องการให้ศาลเคร่งครัดสืบพยานติดต่อกันทุกวัน ใน “เผยกว่าล้านคดีรอศาลชั้นต้นตัดสิน”, หนังสือพิมพ์คมชัดลึก วันพุธที่ 20 มีนาคม 2545, หน้า 8.

บทบัญญัติที่ให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองก่อนนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งกำหนดว่าหากอนุญาโตตุลาการตัดสินประเด็นอำนาจพิจารณาของตนเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้น ให้คู่กรณีเสนอประเด็นดังกล่าวให้ศาลวินิจฉัยได้ภายในกำหนด 3 เดือน และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ.1998 ของประเทศเยอรมันนี้ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องทำคำวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้น โดยคู่กรณีสามารถเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลได้ภายในกำหนด 1 เดือนเท่านั้น

3) การให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองควบคู่ไปกับการให้ศาลวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวพร้อมกันด้วย

อันที่จริงแล้วอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เหมือนตุลาการ (quasi judicial⁵³) นั่นคือมีหน้าที่ในการตัดสินข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรมเช่นเดียวกับศาล รวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น การให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองหรือให้ศาลวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวผลจึงไม่น่าจะมีความแตกต่างกัน การที่ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลให้วินิจฉัยไปในขณะที่อนุญาโตตุลาการกำลังวินิจฉัยด้วยนั้น เนื่องจากคู่กรณีต้องการความชัดเจนในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยให้ศาลเป็นผู้ยืนยันถึงอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองเสร็จก่อนศาล และเห็นว่าตนเองมีอำนาจเหนือข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทต่อไปได้ ทำให้ไม่ต้องเสียเวลาคอยการตัดสินของศาล แต่หากศาลพิจารณาเสร็จก่อนอนุญาโตตุลาการ และเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องหยุดกระบวนการพิจารณาของตนในทันที ทำให้ไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายและเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไป

การให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองควบคู่ไปกับการให้ศาลวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวพร้อมกันนี้ปรากฏในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 ของประเทศอังกฤษ โดยมีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองและศาลก็สามารถที่จะวินิจฉัยอำนาจดังกล่าวได้เช่นกัน เนื่องจากถือว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเป็นเรื่องเฉพาะกาลที่ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล

⁵³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในเชิงอรรถที่ 7.

การให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองก่อน หรือควบคู่ไปกับศาลนี้เป็นการประนีประนอมของแนวความคิดในการให้อำนาจอนุญาตตุลาการ ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองกับแนวความคิดที่ว่าอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของ อนุญาตตุลาการหรืออำนาจในการระงับข้อพิพาทเป็นอำนาจของตุลาการเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการให้อนุญาตตุลาการตัดสินเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองก่อน เนื่องจากการให้นำประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของ อนุญาตตุลาการไปสู่ศาลก่อนทำให้เกิดความล่าช้า สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย และแสดงถึงความไม่เชื่อมั่นในระบบอนุญาตตุลาการ โดยให้อนุญาตตุลาการทำเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้นเพื่อให้โอกาสแก่คู่กรณีในการเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลได้ทันที ส่วนการให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตนเองควบคู่ไปกับการให้ศาลวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวพร้อมกัน ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายที่ซ้ำซ้อนในการดำเนินการทั้งในการพิจารณาของศาลและอนุญาตตุลาการเพียงเพื่อการพิจารณาประเด็นเดียวกัน

4.4.3.2 ข้อดีในการนำหลักอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้

- 1) ทำให้การอนุญาตตุลาการมีประสิทธิภาพมากขึ้น คู่กรณีไม่สามารถประวิงเวลาให้ล่าช้าได้
- 2) มีความสอดคล้องกับกฎหมายประเทศอื่นและกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)
- 3) ทำให้เกิดความเชื่อมั่นในการอนุญาตตุลาการ ส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ตลอดจนทำให้เกิดความแน่นอนของพ่อค้าในระบบการค้าที่มีการระงับข้อพิพาทแบบนี้
- 4) เป็นการพัฒนาระบบการอนุญาตตุลาการให้ก้าวหน้าขึ้นไปอีกขั้นหนึ่ง

4.4.3.3 ข้อควรพิจารณาในการนำหลักอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาใช้

การนำหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด จำเป็นต้องคำนึงถึงข้อควรพิจารณาบางประการ อันได้แก่

1) การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง จำเป็นต้องอาศัยการพัฒนาด้านองค์กร การบริหารและบุคคลกรควบคู่กันไปด้วย เช่น การจัดตั้งองค์กรเฉพาะเพื่อวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การพัฒนาความรู้ความเข้าใจของบุคคลากรเกี่ยวกับอำนาจดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการและการปรับใช้กฎหมายให้ถูกต้องเหมาะสม และเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาความเข้าใจคลาดเคลื่อนว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้หรือไม่

2) ในการร่างสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย คู่สัญญาหรือนักกฎหมายที่ทำหน้าที่ร่างสัญญาต้องคำนึงถึงถ้อยคำที่เหมาะสมในการจำกัดความข้อพิพาทว่าครอบคลุมเพียงพอตามเจตนาของคู่สัญญา และศึกษาถึงกฎหมายภายในของประเทศที่เกี่ยวข้องให้มากที่สุด โดยระบุให้ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง เพื่อหลีกเลี่ยงถ้อยคำที่คลุมเครือซึ่งอาจนำไปสู่ข้อโต้แย้งว่าข้อพิพาทอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ รวมทั้งปัญหาอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นเท่าที่เป็นไปได้

4.5 ข้อควรพิจารณาอื่น ๆ ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนี้ นอกจากตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ายังมีข้อพิจารณาบางประการที่สมควรกล่าวไว้โดยย่อ เนื่องจากมีความเกี่ยวเนื่องกับอำนาจดังกล่าวและยังไม่ชัดเจนนัก อันได้แก่ เรื่องข้อพิพาทที่ไม่สามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชนชาวไทยและเรื่องเกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

4.5.1 ข้อพิพาทที่ไม่สามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชนชาวไทย

การพิจารณาว่าข้อพิพาทใดไม่อาจทำการอนุญาโตตุลาการได้ (unarbitrability) อาจพิจารณาได้จากผลของคำชี้ขาดไม่อาจบังคับได้ เช่นตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 24 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ในกรณีศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย หรือคำขอของคู่กรณีให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น” นอกจากตามที่ปรากฏในมาตราดังกล่าวแล้วมาตรา 30 ก็ยังได้บัญญัติเหตุที่ศาลสามารถปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดอีก 2 กรณี ได้แก่ (1) กรณีที่คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทย หรือ (2) กรณีที่การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ

ประเด็นข้อพิพาทสามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (Arbitrability) จะจำกัดแค่นั้นก็อาจต้องรอดูพัฒนาการทางกฎหมายต่อไปในอนาคตว่าเรื่องอะไรทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้บ้าง⁵⁴ ข้อพิพาทหลายประเภทที่ไม่น่าจะสามารถให้อนุญาโตตุลาการตัดสินได้ เช่นเรื่องสถานะภาพการสมรส ข้อพิพาทในครอบครัว⁵⁵ ความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร⁵⁶ เป็นต้น

อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่หลักที่สำคัญคือการทำคำชี้ขาด และคำชี้ขาดนั้นต้องบังคับได้ด้วย ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องระมัดระวังมิให้การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของตนขัดต่อกฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หากคำชี้ขาดนั้นขัดต่อกฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการแล้ว คำชี้ขาดก็ไม่สามารถบังคับได้ในประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่าง

⁵⁴ ธารทิพย์ จงจักรพันธ์, กระทรวงยุติธรรม, รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 8/2539, 16 ตุลาคม 2539.

⁵⁵ สรวีศ ลิ้มปริงชี, กระทรวงยุติธรรม, รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 8/2539, 16 ตุลาคม 2539.

⁵⁶ ความเห็นต่อข้อเสนอแนะของ Dr. Gerold Herrmann, เอกสารประกอบการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ หน้า 5.

ประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ได้เลย อย่างไรก็ตามการที่จะให้อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่ทำการบังคับตามคำชี้ขาดด้วยนั้นเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ลำบาก หรือแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยในบางกรณี กล่าวคือ กฎหมายของประเทศที่จะทำการบังคับคำชี้ขาดนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และที่สำคัญก็คือในขณะที่อนุญาตตุลาการดำเนินการพิจารณา นั้น อนุญาตตุลาการไม่อาจทราบได้ว่าคำชี้ขาดของตนจะนำไปบังคับในประเทศใดบ้าง ซึ่งในบางกรณีอาจมีการบังคับคำชี้ขาดมากกว่าหนึ่งประเทศขึ้นไปก็ได้ หากปรากฏว่าผู้แพ้ตามคำชี้ขาดมีทรัพย์สินในประเทศต่าง ๆ มากกว่าหนึ่งประเทศ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ลำบากที่จะให้อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่จะทำการบังคับคำชี้ขาด⁵⁷

กรณีที่จะต้องถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ใช้คำว่า “Public Policy”⁵⁸ นั้นยังเป็นที่ถกเถียงกันในระหว่างนักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศว่า ควรจะมีขอบเขตมากน้อยเพียงใด ความเห็นส่วนหนึ่งเห็นว่า ควรจะหมายความเฉพาะกรณีที่เป็นความสงบเรียบร้อยซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาชาติอารยประเทศ (International Public Policy) เท่านั้น ซึ่งโดยปกติมักจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 แล้ว “ความสงบเรียบร้อย” ในที่นี้ควรจะหมายถึง ความสงบเรียบร้อยของประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด เนื่องจากอนุสัญญาใช้คำว่า “the public policy of that country” อย่างไรก็ตาม กรณีที่ศาลควรจะยกหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยขึ้นอ้างนั้น ก็ควรจะจำกัดเฉพาะกรณีที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วมีผลให้การดำเนินการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการเสียความเป็นกลางและทำให้ได้คำชี้ขาดที่ไม่เป็นธรรม หาก

⁵⁷ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 9658/2542 อ้างถึงใน กรกันยา สุวรรณพานิช, “แนววินิจฉัยในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (The Intellectual Property and International Trade Law Forum : Special Issue 2000) (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อทตยา มิเลินเนียม จำกัด), หน้า 409.

⁵⁸ Article 5 (2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:...

(c) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

ได้มีการให้โอกาสผู้คัดค้านในการต่อสู้คดีชั้นอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ผู้คัดค้านไม่เข้าต่อสู้เอง ก็เป็นเรื่องที่ผู้คัดค้านสละสิทธิของตนเอง แต่หากเป็นเหตุที่เกิดขึ้นภายหลังคำชี้ขาด ก็ควรเป็นเหตุที่มีความร้ายแรงมาก จนทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของผู้คัดค้านอย่างมากด้วย⁵⁹ ซึ่งต่อไปนี้เป็นคำพิพากษาฎีกาที่ผู้เขียนได้รวบรวมมาบางส่วนในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายและความสงบเรียบร้อย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2560/2539 เงื่อนไขการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นข้อกำหนดในสัญญาจ้างเหมาระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน ซึ่งกำหนดถึงเรื่องการตั้งอนุญาโตตุลาการด้วย อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา ดังนั้น การที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านจ่ายเงินร้อยละ 40 เป็นเงินเย็นโดยไม่ต้องคำนึงถึงการขึ้นหรือลงของค่าเงินเยนหรือบาทโดยเทียบได้ตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 196 วรรค 2 โดยมีได้ให้วิศวกรปรับปรุงอัตราแลกเปลี่ยนเงินตามข้อกำหนด⁶⁰ จึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทในคดีนี้ ศาลไม่อาจให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 24 วรรคแรก⁶¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 5595/2539 ตามบันทึกการประชุม คชก. จังหวัดพิจิตร ซึ่งมีมติให้โจทก์ผู้เช่าสามารถซื้อที่ดินพิพาทจากจำเลยที่สองผู้รับโอนตามราคาที่ดินที่จดทะเบียนไว้โดยไม่ได้มีการพิจารณาว่าขณะที่จำเลยที่สองและที่สามซื้อที่ดินพิพาทจากจำเลยที่หนึ่งนั้น ราคาที่ดินพิพาทตามราคาตลาดมีราคาสูงเท่าใดสูงกว่าราคาตามที่ดินที่จดทะเบียนซื้อขายกันหรือไม่ แม้มติ คชก. ได้ถึง

⁵⁹ สรวิศ ลิ้มปริงซี่, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 9658/2542 อ้างถึงใน กรกันยา สุวรรณพานิช, “แนววินิจฉัยในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (The Intellectual Property and International Trade Law Forum : Special Issue 2000) (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อทตยา มิเลนเนียม จำกัด), หน้า 406.

⁶⁰ ในสัญญาดังกล่าวมีเงื่อนไขตามข้อ 1.9.2 วรรค 2 ว่าการจ่ายเงินบางส่วนของเงินบาทเป็นเงินญี่ปุ่นตามเงื่อนไขที่กำหนดผลการปรับปรุงการจ่ายเงินตามสัญญาแต่ละครั้งโดยวิศวกร

⁶¹ มาตรา 24 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณีให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น...”

ที่สุดไปแล้วก็ตาม แต่การพิจารณาเฉพาะเรื่องราคาที่ดินพิพาทนั้นไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2524 มาตรา 54 วรรคหนึ่ง ศาลบังคับตามมติในเรื่องนี้ของ คชก. ไม่ได้ ตามมาตรา 58 ประกอบพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 24 แต่คำวินิจฉัยของ คชก. ในส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นเพียงส่วนประกอบ ส่วนคินิจฉัยที่ให้โจทก์มีสิทธิซื้อที่ดินพิพาทนั้นเป็นคำวินิจฉัยส่วนหลักที่ชอบด้วยกฎหมายไม่เสียไป ดังนั้น ในส่วนประกอบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ศาลมีอำนาจพิจารณาจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบแล้วพิพากษาให้ถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตร พ.ศ.2524 มาตรา 54 ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2562/2540 ผู้คัดค้านฎีกาว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระดอกเบี้ยในอัตราสูงโดยมิได้ให้เหตุผลประกอบแสดงว่าต้องการให้ผู้ร้องได้รับประโยชน์จากผู้คัดค้านมากขึ้น เป็นการกระทำที่ไม่สุจริตและขัดต่อกฎหมายนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอให้อนุญาโตตุลาการที่กรุงลอนดอนประเทศอังกฤษเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่ผู้ร้องและผู้คัดค้านได้ตกลงกันไว้ก่อนเกิดข้อพิพาท และตามกฎหมายอังกฤษได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรม ค.ศ.1982 บัญญัติไว้ว่า หากอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรอาจชี้ขาดให้ชดใช้ดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสม การที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 12 ต่อปี ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจไปตามขอบเขตของกฎหมาย กรณีจึงยังฟังไม่ได้ว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่สุจริตและขัดต่อกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 5513/2540 การที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้จำเลยผู้ซื้อชำระเงินซึ่งเป็นส่วนต่างระหว่างราคาตามสัญญาของฝ่ายกับราคาตลาดของฝ่ายดังกล่าวในวันที่ 28 ตุลาคม 2535 โดยถือว่าวันดังกล่าวเป็นวันที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้ว่าตนไม่อาจคาดหวังค่าตอบแทนจากอีกฝ่ายได้นั้น มิได้ขัดต่อหลักเกณฑ์หรือธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันมาช้านานของอนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมฝ่ายแห่งลิเวอร์พูล จำกัด ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่จะให้คู่สัญญาอยู่ในสถานะทางการเงินที่เหมือนกันอย่างมากที่สุดราวกับว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญา เพราะแม้สัญญาซื้อขายฝ่ายระหว่างโจทก์และจำเลยได้กำหนดให้ส่งฝ่ายในเดือนกุมภาพันธ์ มีนาคม เมษายน และพฤษภาคม พ.ศ.2535 โดยจำเลยผู้ซื้อต้องเลตเตอร์ออฟเครดิตก็ตาม แต่จำเลยก็อาจปฏิบัติตามสัญญาในภายหลังได้ การคำนวณส่วนต่างของราคาฝ่ายดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องคำนวณในวันที่ได้กำหนดให้มีการชำระราคาหรือส่งมอบฝ่ายตามสัญญาเสมอไปไม่ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใดไม่ คำชี้ขาดนั้นจึงผูกพันบังคับจำเลยได้

4.5.2 ข้อพิพาทในทางการค้ากับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

หากพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อาจพบปัญหาว่าเมื่อศาลปกครองเปิดทำการแล้ว ข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการที่มีอยู่ในสัญญาทางปกครองที่รัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐ) ทำกับเอกชนจะยังมีผลบังคับใช้ได้ต่อไปได้หรือไม่ จะสิ้นผลไปโดยทันทีหรือมีผลบังคับใช้ได้ในขอบเขตแค่ไหนเพียงใด

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้... (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง...” และในมาตรา 3 ได้ให้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครองให้หมายความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ”

ศาสตราจารย์อิสสระ นิตินันท์ประกาศ ได้ให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองไว้อย่างกว้าง ๆ ดังนี้⁶²

(1) ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่า สัญญาที่เอกชนทำกับฝ่ายปกครองในเรื่องใดอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

(2) นอกจากกรณีดังกล่าวใน (1) สัญญาที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นสัญญาทางปกครอง

(ก) สัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับเอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญา ซึ่งเกินขอบเขตอันสมควรในกฎหมายเอกชน เช่น ให้อำนาจฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองสั่งให้คู่สัญญาเอกชนกระทำการใด ๆ ได้

⁶² อิสสระ นิตินันท์ประกาศ, ตอบ 20 คำถามเกี่ยวกับศาลปกครอง : เรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540), หน้า 50-51.

(ข) สัญญาซึ่งให้สิทธิเอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญาบริหารบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทาน เป็นต้น

สัญญาที่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว แม้เอกชนจะเข้าทำสัญญาด้วยความสมัครใจก็ตาม แต่เมื่อทำสัญญากันแล้วผู้สัญญาฝ่ายเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษของกฎหมายปกครอง ซึ่งรองรับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่เกินขอบเขตอันสมควรในกฎหมายเอกชน เอกสิทธิ์ดังกล่าวได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือเลิกสัญญาโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองได้โดยมีเงื่อนไขว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาก็ดี การเลิกสัญญาก็ดีมีความจำเป็นต้องทำเพื่อสาธารณะประโยชน์ (Public Interest) ⁶³

ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายปกครองจนเป็นเหตุให้เอกชนต้องรับภาระเพิ่มมากขึ้น หรือใช้อำนาจบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ แท้ที่จริงแล้วผู้สัญญาฝ่ายเอกชนอาจจะไม่ผิดสัญญาก็ตาม ฝ่ายปกครองก็สามารถที่จะทำได้ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้สัญญาฝ่ายเอกชน และอาจต้องจ่ายเงินทดแทนประโยชน์ที่ผู้สัญญาฝ่ายเอกชนคาดหวังว่าจะได้รับถ้าได้ดำเนินงานตามสัญญาจนสิ้นสุดอายุของสัญญาด้วย

หากผู้สัญญาหลีกเลี่ยงการใช้ศาลไม่ว่าภายในหรือต่างประเทศเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาท และหันมาใช้การอนุญาโตตุลาการแทน ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือต่างประเทศ ผู้สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจจะยกปัญหาข้อกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างว่าสัญญาทางปกครองเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่จะต้องระงับโดยศาลปกครองเท่านั้น ไม่ใช่กรณีที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทในระบบอนุญาโตตุลาการได้ และกฎหมายไทยก็ยังไม่ชัดเจนในจุดนี้ ⁶⁴

⁶³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในเรื่องเดียวกันหน้า 49.

⁶⁴ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “อนุญาโตตุลาการ”, การอบรมหลักสูตรกฎหมายและหลักปฏิบัติเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ รุ่นที่ 1 (ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, 2541) : หน้า 18.

แต่โดยที่มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดว่า คดีใดที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องอุทธรณ์หรือดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือแก้ไขความเดือดร้อนก่อน ผู้ฟ้องคดีจะต้องไปดำเนินการให้เสร็จสิ้นก่อน จึงจะนำมาฟ้องยังศาลปกครองได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาทางปกครองที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายปกครองมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกับเอกชน ต่างก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเดียวกัน คือถ้าหากมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการ คู่สัญญาต้องดำเนินการทางอนุญาตตุลาการก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องศาล และแม้ว่าสัญญาทางปกครองจะให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายมหาชนดังกล่าวก็ตาม การพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองโดยอนุญาตตุลาการเพื่อให้ได้คำชี้ขาดที่เกิดจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านโดยตรง ก็ไม่ขัดกับหลักกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด เพราะเหตุว่าเมื่อฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายก็มีสิทธิได้รับการชดเชยตามความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ในการชดเชยความเสียหายนั้นตามสัญญาและหลักของกฎหมายปกครองอยู่แล้ว ฉะนั้น หากการจำหน่ายคดีตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 และมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่ให้ดำเนินการตามขั้นตอนทางกฎหมายก่อนเป็นไปในทางเดียวกันเช่นนี้ ก็สามารถที่จะใช้หลักอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ซึ่งสอดคล้องกับหลักการในร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับใหม่

และยังมีปัญหาที่น่าคิดต่อไปว่าในอนาคตเมื่อมีการให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965⁶⁵ หากคู่สัญญาตกลงใช้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาดังกล่าว อาจเกิดปัญหา เนื่องจากรัฐภาคีในอนุสัญญานี้จะต้องยอมรับผูกพันในการบังคับคำชี้ขาดเกี่ยวกับหนี้เงินเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้วในประเทศของตน ตามข้อ 54 (1)⁶⁶ ของอนุสัญญาดังกล่าว โดยไม่

⁶⁵ แม้ขณะนี้ประเทศไทยเพียงแต่ลงนามในอนุสัญญา ยังมีได้เป็นภาคีก็ตาม แต่ก็ได้มีการยกร่างกฎหมายอนุวัติการเพื่อเตรียมการเข้าเป็นภาคีแล้ว

⁶⁶ แปลโดยรองศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทร์โอภากร

ต้องผ่านการตรวจสอบอย่างใด ๆ ในศาลของประเทศนั้นอีก กล่าวคือจะไม่ต้องยื่นคำร้องขอตาม มาตรา 23⁶⁷ หรือมาตรา 34⁶⁸ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เพื่อให้ศาลมีคำ พิพากษาตามคำชี้ขาดอีก⁶⁹ และถ้าข้อพิพาทที่ระงับในระบบอนุญาโตตุลาการของอนุสัญญาว่า ด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 นั้นเป็นสัญญา ทางปกครอง หากศาลปกครองไม่อาจทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ในปัญหาข้อ กฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน การบังคับตามคำชี้ขาดเสมือนคำพิพากษาก็อาจทำให้ สาธารณะได้รับความเสียหายได้

จากการศึกษาในบทนี้ สรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการนอกศาลของไทยแต่ก่อนนั้นไม่ ได้รับการยอมรับจากฝ่ายตุลาการเท่าที่ควรโดยการตีความข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่ จำกััด แต่อิทธิพลของการค้าระหว่างประเทศทำให้ประเทศไทยต้องมีบทบัญญัติเพื่อส่งเสริม อนุญาโตตุลาการมากขึ้น แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เป็นการเริ่มต้นของ อนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ดี แต่บทบัญญัติส่วนใหญ่ยังคงกล่าวถึงเฉพาะเรื่องพื้นฐานของ อนุญาโตตุลาการเท่านั้น ในทางปฏิบัติก็ยังคงมีปัญหาหลายเรื่อง รวมทั้งประเด็นที่ว่า

“ข้อ 54 (1) รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องยอมรับคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นตามความในอนุสัญญานี้ว่ามี ผลผูกพันและบังคับหนี้เงินตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดภายในดินแดนของตนเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำ พิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วของรัฐนั้น รัฐภาคีซึ่งมีรัฐธรรมนูญแบบสหพันธ์อาจบังคับคำชี้ขาด โดยศาลของสหพันธ์และอาจกำหนดว่าให้ศาลดังกล่าวถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นเสมือนหนึ่งคำ พิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วของบรรดารัฐที่อยู่ภายใต้สหพันธ์”

⁶⁷ มาตรา 23 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น คำร้องขอนี้ให้ยื่นภายในกำหนดเวลาหนึ่งปี นับแต่วันที่ ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่แล้ว”

⁶⁸ มาตรา 34 บัญญัติว่า “การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญานี้ว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ.2501 (ค.ศ.1958) นั้น ศาลมีอำนาจทำ คำสั่งปฏิเสธเสียได้ ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่า...”

⁶⁹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “อนุญาโตตุลาการ”, การอบรมหลักสูตรกฎหมายและหลักปฏิบัติ เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ รุ่นที่ 1 : หน้า 19.

อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ เพื่อเป็นการปรับปรุง อนุญาตตุลาการของไทยให้ทันสมัยยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับนานาชาติ ส่งผลให้ประเทศไทยเป็น สถานที่ที่เหมาะสมและดึงดูดให้มีการดำเนินการอนุญาตตุลาการในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับใหม่จึงได้บัญญัติหลักการในเรื่องความเป็นเอกเทศ ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการและอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ทำให้เป็นร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับใหม่ที่สมบูรณ์และเอื้ออำนวยสนับสนุนต่อการ ระวังข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาลมากที่สุดนั่นเอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

สรุปและเสนอแนะ

5.1 สรุป

จากการศึกษาหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้น สรุปได้ว่าการคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และหลักที่ว่าอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการตามที่ได้รับแต่งตั้งหรือภายในขอบเขตอำนาจตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดเป็นปัญหาว่าหากในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีการระบุให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้ อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาล แต่ในกรณีของศาลนั้น ศาลมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองเหนือคดีได้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ส่วนอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นนั้นหรือไม่ ยังมีความเห็นทางกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายอยู่ โดยความเห็นฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการพิจารณาอำนาจของตนเอง เพราะโดยส่วนใหญ่การคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงการประวิงเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น สำหรับความเห็นของฝ่ายที่สองไม่เห็นด้วยในการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ เพราะว่าอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการโดยตรง ทำให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีส่วนได้ส่วนเสีย จึงไม่ควรให้อำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยตัดสินในประเด็นดังกล่าว

การที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาข้อพิพาทได้นั้น อนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองก่อน ในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้และข้อตกลงครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยในเนื้อหาข้อพิพาทต่อไป ทั้งนี้ โดยปกติแล้วข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมักจะถูกรวมอยู่ในสัญญาหลักเสียเป็นส่วนใหญ่และเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับ

การดำเนินการลงทุน ทำให้มีปัญหาว่าความไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้ของสัญญาหลักที่อาจจะกระทบถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จึงได้มีการนำหลักความเป็นเอกเทศของสัญญามาใช้เพื่อแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก ความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญญาหลัก ดังนั้น หากสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไร้ผลบังคับ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้เป็นโมฆะหรือไม่มีผลบังคับตามไปด้วย และความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทำให้ขอบเขตของการวินิจฉัยคำคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการแคบลง เนื่องจากไม่ต้องพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาหลักก่อนเมื่อต้องพิจารณาความสมบูรณ์ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย อนุญาโตตุลาการก็จะดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นหรือไม่

ในทางปฏิบัติการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ทำให้การอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เนื่องจากเมื่อมีการคัดค้านอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้ทันที โดยไม่ต้องเสนอต่อศาลเพื่อตัดสินก่อนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ คือให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ภายใต้การควบคุมของศาล โดยอนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเองได้โดยไม่ต้องนำคดีไปให้ศาลพิจารณาก่อน หากอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจเหนือข้อพิพาท คู่กรณีจึงจะสามารถอุทธรณ์ต่อศาลได้

หลักอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้รับการยอมรับเรื่อยมาโดยมีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1961 (The 1961 European Convention (Geneva) on International Commercial Arbitration) และอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States or the ICSID Convention) ต่อมาสหประชาชาติได้จัดทำข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์

ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) โดยมีการระบุหลักดังกล่าวไว้เช่นกัน และได้มีสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น หอการค้านานาชาติ (ICC) และสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) รับหลักดังกล่าวในข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติไปพิจารณาในการกำหนดข้อบังคับของสถาบัน ส่วนในประเทศต่าง ๆ ก็ได้รับหลักการดังกล่าวในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศไปพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายของตน เช่นเดียวกัน อย่างในประเทศเยอรมันนี้ ประเทศอังกฤษ ซึ่งเดิมไม่ยอมรับอำนาจดังกล่าวโดยกำหนดให้ศาลควบคุมการอนุญาโตตุลาการอย่างเข้มงวด แต่ต่อมาก็รับเอากฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมาใช้จึงผ่อนปรนให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้

กรณีของประเทศไทย ในขณะนี้ใช้บังคับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 อยู่ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้อย่างชัดเจนพอ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ปฏิเสธหรือคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาททำให้เกิดปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองหรือไม่ มีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 แนวทางคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 อนุญาโตตุลาการสามารถมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองได้ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องขอบเขตอำนาจของตนเองสมควรมีอำนาจในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว และเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างมีประสิทธิภาพในเวลาอันรวดเร็ว จึงควรบัญญัติกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองอย่างชัดเจนเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีความมั่นใจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ทั้งนี้ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนมีอำนาจเหนือข้อพิพาท ศาลยังคงมีอำนาจตรวจสอบได้ในภายหลังเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดในประเด็นอำนาจพิจารณาข้อพิพาทของตน โดยทำเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้นหรือคำชี้ขาดรวมกับการวินิจฉัยในเนื้อหาข้อพิพาท ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นนั้นจริงหรือไม่ เว้นแต่ในกรณีที่ข้อพิพาทดังกล่าวขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทำให้ศาลมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นทันที

สำหรับข้อดีของหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนมีผลดี กล่าวคือทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดประสิทธิผลยิ่งขึ้น คู่สัญญามีความมั่นใจในการตกลงทำสัญญาก่อให้เกิดความแน่นอนในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และส่งผลให้เกิดความเชื่อมั่นมีแรงจูงใจในการตกลงทำการค้าการลงทุน เป็นผลดีโดยตรงต่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ และทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสอดคล้องและทัดเทียมกับข้อตกลงนานาชาติและกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ

5.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไว้โดยตรง เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการใหม่ จึงได้มีการนำเอาหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาบัญญัติไว้ด้วย โดยได้นำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) มาพิจารณาเป็นหลัก แต่แม้การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสอดคล้องและทัดเทียมกับข้อตกลงนานาชาติและกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศแล้วก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ ในเรื่องการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ดังนี้

(1) เมื่ออนุญาโตตุลาการตกลงทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญา ทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจและหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทตามที่ได้รับแต่งตั้ง อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากที่สุด เพราะอำนาจดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ดังนั้น นอกจากการบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของตนเองแล้ว หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนเองไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท หรือในขณะดำเนินการพิจารณาพบว่าข้อพิพาทเกินขอบเขตอำนาจของตน อนุญาโตตุลาการควรสามารถยกประเด็น

ปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้เองว่าตนมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นหรือไม่ โดยไม่ต้องมีคู่กรณีฝ่ายใดร้องขอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากข้อพิพาทดังกล่าวเกี่ยวกับการขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยอันดีของประชาชน และหากข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจหรือเกินอำนาจของตน อนุญาตศาลการต้องทำเป็นคำชี้ขาด(หรือคำชี้ขาดเบื้องต้น)ในทันทีว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวหรือข้อพิพาทเกินขอบเขตอำนาจของตน เพื่อให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทส่วนนั้นไปดำเนินการฟ้องร้องกันต่อไป

(2) เรื่องกำหนดเวลาการอุทธรณ์คำชี้ขาดในประเด็นอำนาจพิจารณาของอนุญาตศาลการต่อศาล ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาตศาลการฉบับใหม่ มาตรา 24 ได้กำหนดว่าในกรณีที่อนุญาตศาลการทำเป็นคำชี้ขาดเบื้องต้น ให้เวลาในการทำคำคัดค้านไว้ 30 วันเท่านั้น แต่ในมาตรา 40 เรื่องการขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด กลับให้เวลาถึง 90 วัน ทั้ง ๆ ที่ประเด็นอำนาจพิจารณาของอนุญาตศาลการมีความแตกต่างกับเหตุอื่น ๆ ในการขอเพิกถอนคำชี้ขาด โดยเฉพาะถ้าผู้คัดค้านทราบถึงการดำเนินการอนุญาตศาลการหรือได้เข้าร่วมในการอนุญาตศาลการด้วย เท่ากับว่าหากผู้คัดค้านไม่ยกคำคัดค้านอำนาจของอนุญาตศาลการขึ้นเลยตลอดการพิจารณา เมื่อมีคำชี้ขาดแล้วผู้คัดค้านก็ยังมีสิทธิอ้างเหตุดังกล่าวได้อีก

ในกรณีที่ผู้คัดค้านทราบถึงการดำเนินการของอนุญาตศาลการหรือได้เข้าร่วมในการอนุญาตศาลการ แต่ละเลยไม่ยกประเด็นว่าอนุญาตศาลการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทขึ้นว่ากล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด เห็นว่าฝ่ายผู้คัดค้านไม่ควรจะมีสิทธิยกประเด็นดังกล่าวขึ้นว่ากล่าวอีกในภายหลัง รวมทั้งในการขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดด้วย เพราะเสมือนผู้คัดค้านได้ยอมรับอำนาจของอนุญาตศาลการเหนือข้อพิพาทนั้นโดยปริยายแล้ว

(3) แม้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาตศาลการว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทไม่เป็นที่สุด โดยคู่กรณีสามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดดังกล่าวต่อศาลได้ แต่อย่างไรก็ตามหากให้มีการอุทธรณ์วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวถึงสามศาล และต่อมาภายหลังหากมีการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดโดยยกประเด็นดังกล่าวขึ้นว่ากล่าวอีกโดยฟ้องร้องกันได้อีกสามศาล เท่ากับว่าต้องพิจารณาในประเด็นเดียวกันหลายครั้ง อันจะทำให้เกิดความล่าช้าเป็นอย่างมาก กว่าที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดได้ จึงเห็นสมควรจำกัดการอุทธรณ์ประเด็นดังกล่าวคือ หากมีการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลชั้นต้นก็

ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาได้เลย ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 และคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลฎีกาให้เป็นที่สุด

(4) ศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการควรประกอบด้วยองค์คณะ ผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเข้าใจในระบบอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดี เพราะมีฉะนั้นแล้ว ศาลอาจ ตัดสินไปในทางที่ทำให้ประสิทธิภาพของอนุญาโตตุลาการลดลงจะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือและไว้วางใจในระบบอนุญาโตตุลาการ



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรกันยา สุวรรณพานิช. แนววินิจฉัยในคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่น่าสนใจ. ใน วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (The Intellectual Property and International Trade Law Forum : Special Issue 2000). 354-422. กรุงเทพมหานคร : อทตยา มิลเลนเนียม, 2543.
- คณิง ภาไชย. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ. บทบัณฑิตย. 46 (มิถุนายน 2533) : 47-56.
- ชูศรี มีวงศ์อุโฆษ. พจนานุกรมศัพท์รัฐศาสตร์เยอรมัน-ไทย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง (Competence-Competence). รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, ฉบับแก้ไขปรับปรุงใหม่ : พิมพ์ครั้งที่ 2 (เล่ม 2). 51-61. กรุงเทพมหานคร : B.J. Plate Processor, 2540.
- ธาดา ศาสตร์สาริต. การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ. บทบัณฑิตย เล่มที่ 44 ตอน 4 (ธันวาคม 2531) : 32-53.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย. ใน คู่มือการศึกษาวិชากฎหมายปกครอง. 1-119. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- ประธาน จุฬารัชมณฑล. ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย. ข่าวเนติบัณฑิตยสภา ปีที่ 13 ฉบับที่ 140 มีนาคม 2544 : 9.
- ประสิทธิ์ โสวิไลกุล. คำคมความคิดทางกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลทโปรดิวเซอร์, 2545.
- เผยกว่าล้านคดีรอศาลชั้นต้นตัดสิน. วันพุธที่ 20 มีนาคม 2545. หนังสือพิมพ์คมชัดลึก : 8.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. บทบัณฑิตย. 47 (กันยายน 2534) : 5-15.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการหาคำและรายชื่ออยู่กับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่ง
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
สัมพันธ์, 23 กุมภาพันธ์ 2545.

ยุติธรรม, กระทรวง. ความเห็นต่อข้อเสนอแนะของ Dr. G. Herrmann เอกสารประกอบการประชุม
คณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตไต่ตุลาการ.

ยุติธรรม, กระทรวง. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาตไต่ตุลาการ ครั้งที่ 3/2538. 4 กรกฎาคม 2538.

ยุติธรรม, กระทรวง. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาตไต่ตุลาการ ครั้งที่ 1/2539. 27 มีนาคม 2539.

ยุติธรรม, กระทรวง. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาตไต่ตุลาการ ครั้งที่ 3/2539. 24 มิถุนายน 2538.

ยุติธรรม, กระทรวง. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาตไต่ตุลาการ ครั้งที่ 6/2539. 19 สิงหาคม 2539.

ยุติธรรม, กระทรวง. รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบ
อนุญาตไต่ตุลาการ ครั้งที่ 8/2539. 16 ตุลาคม 2539.

ยุติธรรม, กระทรวง. เอกสารประกอบการประชุมหมายเลข 12. บันทึกการประชุมคณะกรรมการ
พิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาตไต่ตุลาการ. 2525.

เลขาธิการรัฐสภา, สำนักงาน. เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาตไต่ตุลาการ
พ.ศ. ... แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ.
2529.

วิชัย อริยะนันท์. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ. คู่มือการ
ศึกษาวิชากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2540.

วิชัย อริยะนันท์. อนุญาตไต่ตุลาการ. ใน เอกสารการอบรมหลักสูตรกฎหมายและหลักปฏิบัติ
เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ รุ่นที่ 1. ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง
ประเทศ, 2541.

วิจรรณ เจริญนาค. พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาตไต่ตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ. วิทยา
นิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

วิไล ประมวญสมบัติ. การปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2539.

สุธาบดี สัตตบุศย์. กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บรรณกิจ,
2528.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ. บทบัญญัติ.
46 (กันยายน 2533) : 33-44.

เสาวนีย์ ศักวโรจน์. สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

เสาวนีย์ ศักวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.

อนันต์ จันทโรภากร. การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กรณีคำ
พิพากษาฎีกาที่ 377/2531. บทบัญญัติ. 44 (กันยายน 2531) : 73-83.

อนันต์ จันทโรภากร, "การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ," ตุลพาห 37 (เมษายน 2533) :
70-126.

อนันต์ จันทโรภากร. คำแปลอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและ
คนชาติของรัฐอื่น. สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม.

อนันต์ จันทโรภากร. อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติ
ของรัฐอื่น. สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม.

อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ. ตอบ 20 คำถามเกี่ยวกับศาลปกครอง : เรียนรู้เรื่องศาลปกครอง
อย่างคนธรรมดา. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540.

ภาษาอังกฤษ

Ajibola, B. The Powers and Duties of Arbitrators. In The study group for international
commercial contracts (ed.), International Commercial Arbitration, 1995.

Bagwell, J. Enforcement of Arbitration Agreements : The Severability Doctrine in the
International Arena. Ga. J. Int'l and Comp. L. (1992). Cited in Janet A.
Rosen, Arbitration under Private International Law : The Doctrines of
Separability and Competence de la Competence. Fordham International
Law Journal 17 (1994).

- Berger, K. P. International Economic Arbitration. Deventer / Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- Cato, D. M. Arbitration Practice and Procedure : Interlocutory and Hearing Problems, 2nd ed. Hong Kong : LLP Asia, 1997.
- Chukwumerije, O. Judicial Supervision of Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1996. Arbitration International. 15 (1999) : 171-191.
- Craig, W. L., and others. International Chamber of Commerce Arbitration, 2nd ed. United States of America : Oceana Publications, 1991.
- Cunningham, M.A. Guide to Louisiana and Selected French Legal Materials and Citation. Tulane Law Review (1993). Cited in Janet A. Rosen. Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence. Fordham International Law Journal 17 (1994).
- David, R., Arbitration in International Trade, Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.
- Diskussionsentwurf – Begründung der Einzelvorschriften. Discussion Draft – Reasoning for each Provision. In Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO [Report with a Draft for Discussion of Reform of the Tenth Book of the Code of Civil Procedure]. at 134. Cited in Shirin Philipp. Is the Supreme Court Bucking the Trend? First Options v. Kaplan in Light of European Reform Initiatives in Arbitration. Boston University International Law Journal 14 (Spring 1996).
- Dockray, M.S. The Inherent Jurisdiction. The Law Quarterly Review. 113 (January 1997) :120-132.
- Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration. Illinois : Callaghan & Company, 1968.
- Gifis, S. H. Barron's Dictionary of Legal Terms. Third Edition. the United States of America: Barron's Educational Series, 1998.

- Glossner, O. Federation Republic of Germany. International Handbook of Commercial Arbitration. Alberg J. Van Den Berg and Pieter Sanders (eds.), Supplement 17, 1994.
- Gross, P. Competence of Competence : An English View. Arbitration International. 8 (1992) : 205-213.
- Holtzmann, H. M., and Neuhaus, J. E. A Guide to the UNCITRAL Mode Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary. Deventer/Neterlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- ICC. 60 Years of ICC Arbitration : A Look at the Future 23 (1984). Cited in Janet A. Rosen. Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence. Fordham International Law Journal 17 (1994).
- Javin, S. the Source and limits of the arbitrator's powers. International Chamber of Commerce Arbitration, 15 Issued (1986) : 163-186.
- Lew, J. D. M. Applicable Law in International Commercial Arbitration. New York : Oceana Publications, 1978.
- Mc Clendon, J, S.,and Everard, R, E. Goodman (eds.) International Commercial Arbitration in New York. New York : Transnational Publishers,1986.
- Merkin, R. Arbitration Law . London / Hongkong : LLP. Professional Publishing, 1991.
- Mustill, M. J., and Boyd, S. C. The Law and Practice of Commercial Arbitration. London : Butterworths, 1982.
- Ogawa, H. The New Thai Arbitration Act of 1987. Journal of International Arbitration 6 (1989), p.3, อ้างถึงใน ธารทิพย์ จงจักรพันธ์. กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ. สำนักงานอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม.
- Park, W. W. Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators. The American Review of International Arbitration. 8 (1997).
- Philipp, S. Is the Supreme Court Bucking the Trend? First Options v. Kaplan in Loght of European Reform Initiatives in Arbitration. Boston University International Law 14 (Spring 1996) : 119.

- Poznic, Gradjansko Procesno provo, beograd 1987, p.408, cited in Dragica Wedam – Lukic. The Jurisdictional Problems of Arbitration. Croatian Arbitration Yearbook 1 (1994).
- Rawls, J. A Theory of Justice. Oxford University Press, 1972 อ้างแล้ว Sir Norman Anderson. Liberty, Law and Justice. Stevens and Sons, 1978, p.140, อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โสมวิไลกุล. คำคมควรรคิดในทางกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : ปี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, 2545.
- Redfern, A., and Hunter, M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Third Edition. London : Sweet & Maxwell, 1999.
- Revue de l' Arbitrage. 1990, p.771. cited in Judge Bola Ajibola. The Powers and Duties of Arbitrators. In International Commercial Arbitration, ed. The Study Group for International Commercial Contracts (1995)
- Rosen, J. A. Arbitration under Private International Law : The Doctrines of Separability and Competence de la Competence. Fordham International Law Journal 17 (1994) : 599.
- Sandrock, O. International Arbitration in the Federal Republic of Germany : A Hitherto Missed Opportunity. American Review International Arbitration 50 (1990). Cited in Shirin Philipp. Is the Supreme Court Bucking the Trend? First Options v. Kaplan in Loght of European Reform Initiatives in Arbitration. Boston University International Law Journal. 14 (Spring 1996)
- Schlosser, Peter. The Competence of Arbitrators and of Courts. Arbitration International. 8 (1992) : 189-204.
- Schmitthoff, C. M. and David A.G. Sarre. Charlesworth's Mercantile Law. 13th edition. London : Stevens, 1997. p.537 ; Anthony Walfon (ed.). Russell on the Law of Arbitration. 17th edition. London : Stevens & Sons Limited, 1970. p.21, อ้างถึงในเสาวนีย์ ัศวโรจน์. สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- Schwebel, S. M., International Arbitration : Three Silent Problems. Cambridge : Grotius, 1987.

- Shihata I. F. I., The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction :
COMPETENCE DE LA COMPETENCE . Natherlands : Martinus Nijhoff,1965.
- Smit, H., and Pechota,V. Smit's Guides to International Arbitration : National Arbitration
Laws. United State of America : Sweet & Maxwell, 1998.
- Triva, Arbitrazni ngovor nakon ponistaja arbitrazne doluke, Rad "JAZU", xx/1981. Cited
in Dragica Wedam – Lukic. The Jurisdictional Problems of Arbitration.
Croatian Arbitration Yearbook 1 (1994).
- UNCITRAL Secretariat. Explanatory Note on the Model Law on International Commercial
Arbitration. www.uncitral.org.
- United Nations Commission on International Trade Law Yearbook, XVI : 1985. New York
: United Nations, 1988.
- van den Berg, A. J. The New York Arbitration Convention Convention of 1958 : Towards
a Uniform Judicial Interpretation. Natherlands : Kluwer Law and Taxation,
1981.
- Wedam – Lukic, D. Croatian Arbitration Yearbook 1 (1994) : 51.
- Wetter, J. G. Salient Features of Swedish Arbitration Clauses. 1983 Yearbook of the
Arbitration of the Stockholm Chamber of Commerce, 35. Cited in Judge Bola
Ajibola. The Powers and Duties of Arbitrators. In The study group for
international commercial contracts (ed.), International Commercial
Arbitration,1995.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล เกิดเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2518 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) จากสาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชารัฐศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เมื่อปีการศึกษา 2539 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต แขนงวิชากฎหมายระหว่างประเทศ ณ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2541



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย