

บทที่ 2

บททั่วไป

ในบทนี้จะกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ อันได้แก่ เรื่องของสัญญา และเรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

1. ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณา (lex arbitri) และข้อบังคับ (rules) ที่คู่กรณีตกลงให้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายหรือข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา (พิชัยศักดิ์ นรียงกูร, 2540 : 19 - 20)

ใน Black's Law Dictionary (sixth edition) อธิบายความหมายของการอนุญาโตตุลาการว่า หมายถึง กระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาทโดยการส่งข้อพิพาทให้บุคคลภายนอกที่เป็นกลาง ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ ทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายหลังกระบวนการพิจารณาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสนำเสนอคดีของตน ในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจ คู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอำนาจทำคำตัดสินที่มีผลผูกมัดคู่กรณี

ศาสตราจารย์ Rene David ได้ให้คำจำกัดความของการอนุญาตตุลาการว่าเป็นวิธีการ
 ระบุข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของคู่กรณีสองฝ่ายหรือมากกว่า โดยคู่กรณีได้มอบ
 อำนาจหน้าที่ให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนซึ่งเรียกว่าอนุญาตตุลาการ เพื่อทำการระบุข้อพิพาท
 ที่เกิดขึ้น โดยที่อำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ได้รับมอบ
 อำนาจมาจากรัฐ และอนุญาตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามความตกลงดังกล่าว
 (David, 1985 : 5)

2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของ
 อนุญาตตุลาการ อำนาจของศาลในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาตตุลาการ
 ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยทั่วไปแล้วทฤษฎี
 เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ทฤษฎี คือ (อนันต์ จันทร์โสภากร, 2536 :
 20 - 25)

2.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐมีอำนาจเต็มที่ที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการ
 อนุญาตตุลาการ อำนาจของอนุญาตตุลาการเป็นข้อยกเว้นการระบุข้อพิพาทแม้ในเรื่องทาง
 แ่ง ซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจตุลาการ (พิชัยศักดิ์ นรียงกูร, 2540 : 47) แม้จะยอมรับว่าการ
 อนุญาตตุลาการเป็นการริเริ่มด้วยความสมัครใจของคู่กรณีด้วยการตกลงกัน แต่ทฤษฎีนี้ก็ถือว่า
 การพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ การมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาตตุลาการ อำนาจ
 ของอนุญาตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ล้วนขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐ
 ที่จะมีการบังคับคำชี้ขาดทั้งสิ้น ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายของรัฐใดที่ใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็น
 "applicable law" เพื่อยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้อุญาตตุลาการ หรือให้อำนาจ
 แก่อุญาตตุลาการที่จะพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือยอมรับที่จะให้คำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับ
 ได้แล้ว อนุญาตตุลาการก็ไม่มีความหมาย และไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การ
 อนุญาตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณี หากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่เพียง
 ใดขึ้นอยู่กับรัฐเท่านั้น

การพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท โดยปกติแล้วจึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยรัฐ คู่กรณีสามารถที่จะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและชี้ขาดได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการจะไปทำการพิจารณาคดียอมรับเท่านั้น

ศาสตราจารย์ Mann ได้เขียนบทความเรื่อง "Lex Facit Arbitrum" และในบทความนั้นเขากล่าวไว้ว่า "...รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (public function) ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ" (Mann, 1967 : 158 อ้างถึงใน อดัมส์ จันทรโสภากร, 2536 : 21)

ตามความเห็นของท่านผู้นี้ อนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น หากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลที่จะบังคับได้

ผลของทฤษฎีนี้ก็คือว่า อนุญาโตตุลาการนั้นมีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยการนำกฎหมายสาระบัญญัติมาปรับใช้ในบ้านเองเดียวกับศาล ทฤษฎีนี้จึงเน้นที่ความแปรปรวนของผลในทางกฎหมายของคดีข้อพิพาทและบังคับว่าคำชี้ขาดต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี ดังนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติ และมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น อนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี (อดัมส์ จันทรโสภากร, 2536 : 21)

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องในแง่ที่ว่า เมื่อประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เป็นแต่เพียงประเทศที่ได้รับการเลือก เพราะการดำเนินการระงับข้อพิพาทในประเทศนั้น ๆ ทำได้สะดวกเท่านั้น ประเทศนั้นไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับแท้จริง นอกจากทำให้คนของตนมีงานทำในเรื่องของการขายบริการ ห้องประชุม ห้องอาหาร ที่พัก การแปล และการพิมพ์ ตลอดจนค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมักเป็นคนสัญชาติของประเทศนั้น ๆ เอง เพื่อให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณา และกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้นเมื่อจำเป็นได้ผลเอง เมื่อประเทศนั้นไม่มีประโยชน์มิได้เสียในผลแห่งคดี ก็ไม่ควรที่จะเอากฎหมายภายในของตนมาผูกเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540 : 47 - 48)

2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่า การอนุญาตโดยตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา จะเกิดขึ้นก็แต่โดยอาศัยความตกลงร่วมกันของคู่กรณีเท่านั้น คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้การอนุญาตโดยตุลาการในรูปแบบใด เป็นผู้เลือกอนุญาตโดยตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาด เป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณาคดี และยังเป็นผู้กำหนดวิธีการพิจารณาคดีของอนุญาตโดยตุลาการ นอกจากนี้ คู่กรณียังตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาตโดยตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญาและสมัครใจที่จะปฏิบัติตาม ขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาตโดยตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี

ทฤษฎีสัญญาปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงการอนุญาตโดยตุลาการ โดยเหตุผลว่าการอนุญาตโดยตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจคำชี้ขาดของอนุญาตโดยตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญา อนุญาตโดยตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ซึ่งทำขึ้นโดยอาศัยผู้เป็นอนุญาตโดยตุลาการในสถานะที่เป็นตัวแทนของคู่กรณี

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตโดยตุลาการสำหรับข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาและชี้ขาดโดยอนุญาตโดยตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาตโดยตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะบทหนักทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาตโดยตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขและเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาตโดยตุลาการ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าคำชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ

ความคิดของสำนักนี้มีความบกพร่องที่สำคัญอยู่สองประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ในชั้นบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นเรื่องของการบังคับเอากับตัวทรัพย์สิน ก็จำเป็นต้องยอมมีของศาลในการใช้อำนาจรัฐ คือ อำนาจอธิปไตย ได้แก่ อำนาจตุลาการและอำนาจบริหาร เพื่อบังคับให้ชำระหนี้ ตลอดจนบังคับชำระเอากับตัวทรัพย์สินของจำเลย ซึ่งเป็นการใช้เครื่องมือของกฎหมายภายในนั่นเอง ประการที่สอง ในชั้นพิจารณาต้องอาศัยกฎหมายภายในในการบังคับให้พยานให้การก็ได้ ตลอดจนคุ้มครองในระหว่างรอการชี้ขาดซึ่งเป็นเรื่องของการยอมมีของศาลและกฎหมายภายในเช่นกัน (พิชัยศักดิ์ นรยางกูร, 2540 : 46 - 47)

2.3 ทฤษฎีผสม (Mixed Theory)

จะเห็นได้ว่าทั้งทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญา ต่างก็ไม่สามารถที่จะอธิบายลักษณะของการอนุญาตตุลาการได้ครบถ้วน การอนุญาตตุลาการมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการในการรับข้อพิพาทและทั้งที่เป็นสัญญา หรือข้อตกลงให้รับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ รูปแบบของการอนุญาตตุลาการและวิธีพิจารณาคำความเป็นเรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกัน ส่วนผลของข้อตกลงและลักษณะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีศาลขอให้บังคับคำชี้ขาด

ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีผสมนี้ คือ ศาสตราจารย์ Sauser Hall โดยปรากฏอยู่ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (*Institut de Droit International*) เมื่อ ค.ศ. 1952 ท่านอธิบายว่า การอนุญาตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องอิงกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงใด ในขณะเดียวกัน ท่านก็ยอมรับความจริงว่าการอนุญาตตุลาการมีรับได้ก็แต่โดยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในทางพิจารณาคดี ท่านจึงให้นิยามการอนุญาตตุลาการว่าเป็น " a mixed judicial institution sui generis which has its origin in the (parties) agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law "

ความจริงแล้ว ทั้งสองทฤษฎีที่กล่าวมาไม่ได้มีความขัดแย้งกันเลย การอนุญาตตุลาการเกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน มีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาความเป็นสัญญา ข้อตกลงให้ใช้อนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นเป็นสัญญาและก็ไม่มีเหตุผลอื่นที่จะถือว่าไม่ใช่สัญญา ดังนั้น ความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้น ก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ (ฮันต์ จันทรโสภากร, 2536 : 23)

2.4 ทฤษฎีความเป็นแบบของมันเอง (Sui generis Theory)

ทฤษฎีนี้เสนอโดย Rubellin Devichi ท่านเห็นว่าลักษณะของการอนุญาตตุลาการนั้น

ต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ จะเห็นได้ว่าทั้งสามทฤษฎีที่ได้กล่าวมาแล้วพยายามที่จะจำกัด การอนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่าง ประเทศ และกฎหมายนั้น ๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้ อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาด หรือวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นแบบของมันเองของการอนุญาโตตุลาการนั้นมองการอนุญาโตตุลาการใน ฐานะที่เป็นตัวของมันเองว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ ของมันคืออะไรและทำไมถึงต้องเป็นเช่นนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการเป็น เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ดี

การอนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาขึ้นมาเพราะบรรดานักธุรกิจต่างก็เห็นว่าเป็นวิธีการที่ สะดวกและเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาท ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้ นักธุรกิจก็ใช้วิธี การนี้อยู่แล้ว กฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่ตามมาทีหลังเพื่อรับรองแนวปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้น เป็นต้นว่า เสรีภาพของคู่กรณีที่จะตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกันมีสัญญาข้อพิพาทและ วิธีพิจารณา ไม่ได้มีออกมาจากทฤษฎีสัญญา หรือทฤษฎีที่มีอำนาจของรัฐ แต่เป็นผลที่มาจาก ความจำเป็นในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีผลบังคับได้ก็ไม่ไปเพราะสถานะ ทางสัญญาหรือการมอบอำนาจจากรัฐ หากแต่เพราะความจำเป็นอย่างอื่นที่จะให้การ อนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า "denationalised arbitration" หรือ "non-national arbitration" และยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตที่ จำกัดที่จะตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้นว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับ วิธี พิจารณาความ ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้อง ผูกติดกับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถที่ จะใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดี หรืออาจใช้กฎหมาย หรือมาตรฐาน ทบธรรมเนียม ประเพณี และแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้

ข้อบกพร่องของทฤษฎีนี้ คือ การไม่อิงกฎหมายภายในและไม่อิงสัญญา ทำให้อำนาจของ การอนุญาโตตุลาการไม่มีสิ่งรองรับ การอ้างความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ หรือความจำเป็น เพื่อความราบรื่นในการค้าระหว่างประเทศ เป็นการอธิบายในเชิงผลมากกว่าต้นเหตุแห่งอำนาจ ของการอนุญาโตตุลาการ (พิชัยศักดิ์ ทรฆานูร, 2540 : 48)

3. ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาตโตตุลาการ

ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาตโตตุลาการ มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

3.1 เรื่องของสัญญา

3.2 เรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

3.2.1 อนุญาตโตตุลาการ

3.2.2 กระบวนการพิจารณารับอนุญาตโตตุลาการ

3.1 เรื่องของสัญญา การอนุญาตโตตุลาการเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณีอนุญาตให้ อนุญาตโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท การตกลงกันของคู่กรณีนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งหลักทั่วไปของสัญญา ก็คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และ เจตนาที่แสดงออกนั้นตรงกัน และเป็นที่ยอมรับกันโดยหลาย ๆ ประเทศว่า เจตนาในการ ทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการนั้น ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง ไม่ใช่โดยปริยาย ส่วนคู่กรณีจะมี เสรีภาพในการทำสัญญามากน้อยเพียงใด เป็นเรื่องที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการและ กฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ (อนันต์ จันทร์โสภากร, 2536 : 11,40)

ในเรื่องของสัญญานี้ อาจสรุปได้ว่ามีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ

3.1.1 คู่สัญญาที่ตกลงเข้าทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการนั้น จะต้องเป็นผู้มี ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับ

3.1.2 สัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ทำขึ้นจะต้องสมบูรณ์ เป็นไปตามกฎหมาย นิติกรรมสัญญาและกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการ

3.1.3 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตโตตุลาการ ส่วนเรื่องใดบ้างสามารถระงับได้โดยการอนุญาตโตตุลาการก็ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละรัฐ

3.2 เรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท อาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ

3.2.1 อนุญาตโตตุลาการ อนุญาตโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียง และปราศจากอคติ ดำเนินกระบวนการพิจารณารับอนุญาตโตตุลาการด้วยความเป็นธรรม กล่าวคือ จะ ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย ให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการต่อสู้คดี หรือนำพยานหลักฐานมาสืบ อย่างเต็มที่

3.2.2 กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการ การอนุญาตตุลาการนั้นเมื่อลักษณะของกระบวนการในการวินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทด้วย โดยอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการนั้นเกิดจากรหัสตกลงของคู่กรณี (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540 : 38) ดังนั้น อนุญาตตุลาการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้

คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่างที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปวงหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยุติธรรมให้ทำการบังคับคำชี้ขาดนั้นได้ (อนันต์ จันทร์โสภากร, 2538 : 11)

ในเรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้ อาจสรุปได้ว่ามีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ

- (1) ขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดนั้น เป็นไปตามสัญญาอนุญาตตุลาการ
- (2) คู่สัญญาต้องมีความเสมอภาคในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีความเสมอภาคในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ เนื่องจากพื้นฐานในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ คือ สัญญา ดังนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีส่วนร่วมในการตกลงยินยอมแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ มิฉะนั้นอยู่กับดุลพินิจของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ตาม Judicial Code มาตรา 1678 วรรค 1 ของประเทศเบลเยียม กำหนดไว้ว่า สัญญาอนุญาตตุลาการมีผลไม่สมบูรณ์ถ้าหากว่าสัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวกำหนดให้คู่กรณีตามสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานะที่ได้เปรียบในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการกรณีที่มีคนเดียว หรือหลายคน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1028 ของประเทศเนเธอร์แลนด์ กำหนดไว้ว่าสถานะที่ได้เปรียบในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจะไม่ใช่เหตุให้สัญญาอนุญาตตุลาการไม่สมบูรณ์ แต่อาจจะเป็นเหตุให้มีการเปลี่ยนวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ จากวิธีที่ตกลงกันเป็นการแต่งตั้งโดยประธานของ the District Court ถ้าคู่กรณีร้องขอภายใน 1 เดือน หลังจากเริ่มต้นการอนุญาตตุลาการ เป็นต้น
- (3) อนุญาตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียงและปราศจากอคติ
- (4) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการต้องเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวน
- (5) องค์ประกอบของคำชี้ขาดในส่วนที่สำคัญครบถ้วนและคำชี้ขาดมีผลผูกมัดคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

ในกรณีที่ถูกกรณีได้ตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการ และต่อมาปรากฏว่าได้เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่กรณีดังกล่าว หรือกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้แต่แรก แต่ต่อมาได้เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีขึ้น คู่กรณีจึงได้ตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ ทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้นนั้น คู่กรณีจะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ จะไปฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลตามปกติไม่ได้ และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดว่า หากคู่กรณีฝ่าฝืนหรือตกลงดังกล่าวและไปดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล ก็ไปศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ

โดยทั่วไปนั้น การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ จะเริ่มด้วยการที่คู่กรณีฝ่ายเรียกร้องแจ้งความประสงค์ขอเริ่มการอนุญาตตุลาการไปยังคู่กรณีอีกฝ่าย หรืออาจจะแจ้งความประสงค์ขอเริ่มการอนุญาตตุลาการไปยังสถาบันการอนุญาตตุลาการที่ได้กำหนดไว้ และต่อมาจะมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการโดยมีจำนวนตามที่ตกลงกันไว้ และจะเริ่มการพิจารณาคดีโดยอนุญาตตุลาการจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบอย่างเต็มที่ หรืออาจจะเป็นกรณีที่มีพิจารณากันเฉพาะพยานเอกสารโดยไม่มีการเบิกความด้วยปากก็ได้ ในบางกรณีก็มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยอำนาจศาลมาช่วยระหว่างพิจารณาเนื่องจากอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจบางประการ เช่น การขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานเอกสาร หรือการขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น เมื่ออนุญาตตุลาการได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ จนเสร็จสิ้นก็จะทำคำชี้ขาด และส่งคำชี้ขาดไปให้คู่กรณีทุกฝ่ายทราบ

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีขึ้นอนุญาตตุลาการได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาดโดยสมัครใจ ข้อพิพาทดังกล่าวก็จะจบลงโดยดี แต่หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีขึ้นอนุญาตตุลาการไม่ได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะก็จะต้องไปร้องต่อศาลเพื่อขอบังคับตามคำชี้ขาด ศาลก็จะพิจารณาว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้นโดยกระบวนการพิจารณาที่ชอบหรือไม่ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ หากคำชี้ขาดดังกล่าวไม่มีข้อบกพร่อง ศาลก็จะออกคำบังคับตามคำชี้ขาด

หากปรากฏว่าคำชี้ขาดมีความผิดพลาดเล็กน้อย หรือความผิดพลาดเกี่ยวกับการพิมพ์หรือการคำนวณ ก็อาจจะร้องขอให้อนุญาตตุลาการแก้ไขได้ หากปรากฏว่ามีข้อความกำกวมไม่ชัดเจน ก็อาจจะร้องขอให้อนุญาตตุลาการตีความคำชี้ขาดได้ หรือหากว่าอนุญาตตุลาการไม่ได้ชี้ขาดข้อพิพาทบางประเด็นก็อาจขอให้อนุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้

นอกจากนี้ยังมีการดำเนินการโดยวิธีอื่น ๆ เกี่ยวกับคำชี้ขาดภายหลังการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

- การคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาด คู่กรณีที่ไม่เห็นว่าการชี้ขาดมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ก็อาจจะคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดโดยการร้องขอเข้าไปในคดีตั้งแต่ในชั้นกระบวนการพิจารณาการบังคับตามคำชี้ขาด

- การอุทธรณ์คำชี้ขาด คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดก็อาจจะอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาล หรืออนุญาโตตุลาการชุดที่ 2 ก็ได้ โดยในการอุทธรณ์นั้น บางกรณีก็จะต้องได้ตกลงให้สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดไว้ก่อนจึงจะสามารถอุทธรณ์ได้ ในบางกรณีสามารถอุทธรณ์ได้โดยไม่ต้องมีการตกลงการอุทธรณ์ไว้ก่อน ทั้งนี้แล้วแต่กฎหมายของแต่ละประเทศ

- การยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด คู่กรณีที่ไม่เห็นว่าคำชี้ขาดที่ทำการชี้ขาดมีข้อบกพร่องก็อาจจะร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ในกรณีที่มีการเยียวยา มีทั้งการอุทธรณ์คำชี้ขาด และการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น บางกรณีกฎหมายก็กำหนดให้สามารถร้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อไม่สามารถดำเนินการอุทธรณ์คำชี้ขาดได้อีก หรือบางกรณีกฎหมายก็กำหนดไว้ว่าในการอุทธรณ์คำชี้ขาดนั้นอาจจะขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดด้วยก็ได้ แต่ในบางกรณีกฎหมายก็กำหนดวิธีการเยียวยาคำชี้ขาดไว้อย่างเดียว คือ การยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดโดยไม่ได้อีกให้สิทธิคู่กรณีในการอุทธรณ์คำชี้ขาดไว้ด้วย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย