

บทที่ 3

แนวความคิดและทางปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ภายในและระหว่างประเทศ

วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งแบ่งออกเป็นอนุญาโตตุลาการภายในและระหว่างประเทศเป็นลักษณะของการพัฒนาของกฎหมายสมัยใหม่ การออกกฎหมายได้มีการตระหนักถึงเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยเฉพาะในเรื่องทางการค้า (commercial matters) ซึ่งประสงค์จะให้กฎหมายแตกต่างกับการใช้กับข้อพิพาทภายในประเทศ โดยในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับในลักษณะระหว่างประเทศจะต้องมีลักษณะเสรีหรือกว้างกว่ากฎหมายภายใน เป็นที่ตระหนักว่าระบบอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย 2 ส่วน คือ ประการแรกเป็นส่วนของความยินยอม และประการหลังเป็นส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาตัดสิน โดยส่วนของความยินยอมปรากฏโดยแจ้งชัดในข้อตกลงหรือข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement or arbitration clause) ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาที่พบได้โดยปกติทั่วไปเช่นสัญญาอื่น ๆ ส่วนของการพิจารณาตัดสินก็ปรากฏโดยเมื่อมีการกระทำการตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และรวมถึงการตรวจสอบการดำเนินการโดยองค์กรตุลาการ (judicial review)¹

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ทันสมัยได้สร้างการพัฒนาของระบบข้ามชาติ (transnational) ของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งวิวัฒนาการมาเป็นลักษณะสำคัญและความสำเร็จของ lex mercatoria หรือ law merchant* ภายในและระหว่าง

¹ Schmitthoff, M, Clive, "The Jurisdiction of the arbitrator," in The Art of Arbitration edited by Jan C. Schultz, Albert Jan Van Den Berg. (The Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publisher, 1982), p. 285.

* Law merchant หมายถึง กฎหมายของนายวานิช คือ ความคิดที่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างพ่อค้าระหว่างประเทศ ควรต้องอยู่ภายใต้กฎหมายพิเศษ คือ กฎหมายของนายวานิช ซึ่งเกิดจากจารีตและวิธีปฏิบัติของพ่อค้า ดู พิชัยศักดิ์ หรรษากร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 85.

ประเทศและยอมรับข้อตกลงที่คู่กรณีจะตกลงจำกัดอำนาจการตรวจสอบทางศาล (judicial review) ในคำชี้ขาด ส่วนข้อตกลงที่จำกัด (exclusion agreement) ซึ่งคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ ก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่ต้องไม่ใช่เรื่องภายในประเทศ แต่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ Lord Dilock เน้นลักษณะสัญญาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในคดี Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik V. South India Shipping Corporation Ltd. โดยกล่าวว่า "แน่นอนที่การอนุญาโตตุลาการภายใต้มาตรการของการควบคุมซึ่งกำหนดโดยกฎหมาย ไม่มีทางที่จะทำให้อรรถาธิบายของสัญญาที่จำเป็นของการอนุญาโตตุลาการต้องสูญสิ้นไป² โดยกฎหมายได้เข้มงวดกับการยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการทั้งภายในและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งในต้นปี 1855 ในคดี Burchell V. Marsh (58 U.S. 344) ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ได้รับการสนับสนุนทุกอย่างจากศาล³

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยที่สวิตเซอร์แลนด์เป็นสมาพันธ์รัฐ ประกอบด้วย 26 มลรัฐหรือกึ่งตอง (canton) ปัญหาเกี่ยวกับองค์การตุลาการ กระบวนการพิจารณา และการบริหารกระบวนการยุติธรรมยังคงอยู่ในอำนาจของ canton ศาลสูงสุดของ Federal ตัดสินไว้เมื่อ 28 พฤษภาคม 1915 (BGE 41 II 534, et seq.) ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ภายใต้ Federal Private Law แต่อยู่ภายใต้กฎหมายของ canton ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ต่อมาปี 1969 canton ต่าง ๆ ได้เข้าร่วมสนธิสัญญาทางไมตรีทำความตกลงให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นเอกภาพระหว่างสมาพันธ์รัฐ คือ Intercantonal Arbitration Convention ลงวันที่ 27 มีนาคม 1969 โดยได้รับอนุมัติจากรัฐบาลสมาพันธ์รัฐเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 1969 ซึ่งเรียกว่า "concordat" ดังนั้น concordat จึงใช้ได้ใน 25 canton ยกเว้น กึ่งตอง Luzern ที่ไม่ได้นำ concordat มาใช้ หลังจากนั้นเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 1987 รัฐสภา

² Schmitthoff, M. Clive, *The Jurisdiction of the arbitrator*, p. 286.

³ Holtzmann, M. Howard, "United States," in *International Handbook on commercial Arbitration* (Kluwer Law and Taxation Publishers Vol. IV. Suppl 13. September 1992.), U.S.A. - 1.

สวิตเซอร์แลนด์ได้ตรา Swiss Private International Law act 1987 ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁴

บทบาทของศาลเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมมีผล ศาลต้องให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการในคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากศาลได้รับคำร้องขอของคู่กรณี เว้นแต่สัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้⁵

กฎหมายแม่แบบสำหรับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (Model Law, on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) ได้เป็นแบบอย่างให้ประเทศต่าง ๆ นำไปร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศของตน เพื่อให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศทั่วโลกมีลักษณะกลมกลืนหรือคล้ายคลึงกันมากที่สุด อันจะยังประโยชน์ต่อนักธุรกิจที่ใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท นักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการ และผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ⁶

การอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันของไทยทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติแยกออกได้เป็น การอนุญาโตตุลาการในศาลและการอนุญาโตตุลาการนอกศาล

1. การอนุญาโตตุลาการในศาล

การอนุญาโตตุลาการในศาล คือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่กรณีได้ฟ้องคดีต่อศาลชั้นต้น และคดีนั้นอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล ทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องตกลงกันเสนอข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือทั้งหมดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด ถ้าศาลเห็นว่า

⁴ Briner Robert, "Switzerland," in International Handbook on Commercial Arbitration. (Kluwer Law and Taxation Publishers Vol. III. Suppl. 13. September 1992), Switzerland. - 1.

⁵ Code of Civil Procedure, Art. 1458.

⁶ เสาวนีย์ อัครโรจน์, บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 69-70.

ข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายก็จะอนุญาตและให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น การตั้งอนุญาโตตุลาการก็ดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ดี ต่างก็อยู่ภายใต้การควบคุมและการช่วยเหลือของศาล กฎหมายบัญญัติให้มีเรื่องอนุญาโตตุลาการเฉพาะคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นเท่านั้น เพราะเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษานั้นเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยสถาบันศาล กฎหมายจะไม่อนุญาตให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา เพราะหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาศาลชั้นต้นจะทำได้ก็แต่โดยคำพิพากษาของศาลที่สูงกว่า สำหรับเรื่องอนุญาโตตุลาการในศาลมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 210 - 220 ตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ (มาตรา 210) การตั้งอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 211, 212) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 213) ค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 214) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 215, 216) การทำคำชี้ขาด (มาตรา 217, 218) การสิ้นสุดของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 219) การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 220) ทั้งนี้ ในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการ ศาลอาจเข้าไปช่วยเหลือควบคุมกระบวนการได้ด้วย เช่น การช่วยตั้งอนุญาโตตุลาการ การหมายเรียกพยาน การมีคำสั่งในเรื่องค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

2. การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การอนุญาโตตุลาการนอกศาล คือ การระงับข้อพิพาทของคู่กรณีที่ไม่ประสงค์จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาคดีในชั้นศาล แต่ประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด วิธีการอนุญาโตตุลาการนอกศาลมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แยกตามลักษณะของการอนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

(1) การอนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (institutional arbitration) ในประเทศไทยขณะนี้ มีหน่วยงานที่ดำเนินการในเรื่องอนุญาโตตุลาการในลักษณะสถาบันทั้งภาครัฐและเอกชนหลายแห่ง คือ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย สมาคมประกันวินาศภัย เป็นต้น แต่ละหน่วยงานจะมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนเอง และดำเนินการระงับข้อพิพาททางแพ่งทั้งเรื่องทั่ว ๆ ไป และเฉพาะเรื่องตามอำนาจหน้าที่ที่หน่วยงานนั้น ๆ ต้องเกี่ยวข้องด้วย โดยทั่วไปเมื่อคู่กรณีมีข้อพิพาทอาจทำสัญญากันล่วงหน้า หรือเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วทำให้ใช้ข้อบังคับของสถาบันดังกล่าวมาบังคับเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ในต่างประเทศก็มีสถาบันที่ดำเนินการด้านอนุญาโตตุลาการที่มี

ชื่อเสียงเป็นที่รู้จัก เช่น สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association - AAA) ในประเทศสหรัฐอเมริกา หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce - ICC) ในประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น ซึ่งสถาบันเหล่านี้ส่วนมีข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเฉพาะของแต่ละสถาบันเองเช่นเดียวกับสถาบันในประเทศไทย

ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบันส่วนใหญ่จะคล้ายคลึงกันในหลักการใหญ่ ๆ ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ คือ การเสนอข้อพิพาทต่อสถาบัน การส่งเอกสาร การตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธีการในการดำเนินกระบวนการ ภาษาที่ใช้ สถานที่ซึ่งมักจะใช้สถาบัน แต่อาจตกลงกันให้ใช้ที่อื่นก็ได้ตามความสะดวกของอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดและวิธีการทำคำชี้ขาด

(2) การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน หรือเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกันเอง ตั้งอนุญาโตตุลาการเอง กำหนดวิธีดำเนินการพิจารณาเฉพาะเรื่องที่พิพาทกัน กฎเกณฑ์ต่าง ๆ กำหนดกันขึ้นเองเพื่อให้เหมาะสมกับข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจนี้ส่วนใหญ่จะดำเนินการเพราะมีความเชื่อถือเคารพศรัทธาต่อบุคคลที่จะตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการเป็นพิเศษ เพราะการที่คู่พิพาทกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นมาใช้กับการระงับข้อพิพาทของตนอาจก่อให้เกิดอุปสรรคข้อขัดข้องต่องานแนวททางแก้ไขปัญหากันเอง ซึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับของการอนุญาโตตุลาการทั่วไป และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นหากผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่มีประสบการณ์และมีอำนาจหมายอาจจะก่อให้เกิดปัญหาเวลาบังคับตามคำชี้ขาดได้ หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดและมีการนำคำชี้ขาดไปขอให้ศาลบังคับ ซึ่งศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ถ้าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากการอนุญาโตตุลาการในศาลและนอกศาลแล้วยังมีการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายพิเศษ เนื่องจากมีกฎหมายต่าง ๆ บัญญัติให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหรือการชี้ขาด เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530⁷ พระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524⁸ พระราชบัญญัติประชณีย์ พุทธศักราช

⁷ ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 104 ตอน 164, 19 สิงหาคม 2530.

⁸ ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 98 ตอน 133, 14 สิงหาคม 2524.

2477⁹ พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท พุทธศักราช 2477¹⁰ พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535¹¹ ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดของการอนุญาโตตุลาการไว้ ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยไม่ต้องนำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาใช้บังคับ

สำหรับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลยังแบ่งออกเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งความหมายของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในที่นี้มิใช่การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือรัฐ หรือองค์กรต่าง ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศหนึ่งกับรัฐหรือประเทศหรือองค์กรตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกแห่งหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะของข้อพิพาทระดับประเทศต่อประเทศ แต่จุดมุ่งหมายประสงค์จะกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commercial arbitration) ซึ่งสัญญาทางธุรกิจหรือพาณิชย์ระหว่างประเทศ คู่กรณีที่มีจะทำข้อตกลงหรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement, arbitration clause) ระหว่างกันว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาหรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาก็ให้มีการระงับข้อพิพาทขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการ การใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททางธุรกิจหรือพาณิชย์ระหว่างประเทศแสดงให้เห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศมีประโยชน์และเหมาะสมแก่ความจำเป็นทางธุรกิจระหว่างประเทศ¹²

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 51, 10 กุมภาพันธ์ 2477. หน้า 1226.

¹⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 51 ตอน 28, 16 ตุลาคม 2477 หน้า 768.

¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอน 52, 18 เมษายน 2535.

¹² อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 33.

การอนุญาโตตุลาการนอกศาลมีเรื่องที่ต้องพิจารณาตามลำดับ ดังนี้

2.1 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement) หรือข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause)

สัญญาอนุญาโตตุลาการมีความเป็นเอกภาพหรือเป็นอิสระแยกออกจากสัญญาหลักได้หรือไม่ บทบัญญัติของกฎหมายปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ยังไม่มีบัญญัติไว้ ซึ่งปัญหาเรื่องนี้ ในทางปฏิบัติและกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้แบ่งเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นเอกเทศแยกออกจากสัญญาหลักได้ เนื่องจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เนื้อหาหรือส่วนที่เป็นสาระของสัญญาหลัก แต่เป็นเรื่องของการเยียวยาหรือเป็นหนทางที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา ดังนั้น จึงสามารถแยกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักได้¹³ ประเทศที่ยึดตามความเห็นนี้มีหลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา เยอรมัน ญี่ปุ่น เป็นต้น ฝ่ายที่สองเห็นว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีความเป็นเอกเทศ ไม่อาจแยกจากสัญญาหลักได้ ถ้าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีผลใช้บังคับเพราะข้อบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีผลใช้บังคับไปด้วย ประเทศที่ยึดถือความเห็นนี้โดยส่วนใหญ่เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (common law) เช่น ประเทศออสเตรเลีย อินเดีย แอฟริกาใต้¹⁴

สำหรับประเทศไทย ได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในเรื่องนี้ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า เมื่อไม่ถือว่ามีสัญญาซื้อขายเพราะจำเลยผู้ขายไม่ยอมลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญาซื้อขายที่โจทก์ส่งมา ข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้นก็ไม่มีผลบังคับ แม้ว่าจำเลยจะตั้งตัวแทนแก้ชกกล่าวหาของโจทก์ต่ออนุญาโตตุลาการที่กรุงลอนดอน ก็ไม่ถือว่าจำเลยยอมให้คำชี้ขาดผูกพันจำเลย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 520/2520)

ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสัญญาที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากสัญญาดังกล่าวไม่สมบูรณ์และมีการดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดย่อมไม่สมบูรณ์และไม่มีผลบังคับกับคู่สัญญา สำหรับ

¹³ เลาวนีย์ อัครวิจารณ์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 109-110.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

ปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้ตัดสินว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยสมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากสัญญาว่าระบุให้อนุญาโตตุลาการหรือศาลเป็นผู้มีอำนาจตีความ ถ้าระบุไว้ชัดเจนก็เป็นไปตามสัญญานั้น แต่ถ้ามิได้ระบุไว้ ประกอบกับไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องนี้ไว้ รวมทั้งไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ด้วย จึงต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายของต่างประเทศซึ่งมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฯลฯ อีกฝ่ายเห็นว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ สวีเดน ฯลฯ¹⁵

ปัญหาเรื่องนี้ ฝ่ายที่เห็นว่าควรให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจตัดสินถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการเพราะศาลเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา ส่วนอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ควรมีอำนาจตัดสินปัญหาที่ตนมีส่วนได้เสียซึ่งอาจก่อให้เกิดความลำเอียงทำให้การตัดสินไม่ยุติธรรม นอกจากนั้นหากให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเรื่องนี้ หากอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์ และมีการดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อมาจนมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินปัญหานี้ของอนุญาโตตุลาการแล้วนำปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของศาล หากศาลตัดสินว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ก็จะทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการต้องเสียไป

ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) เป็นการกำหนดตกลงกันในการระงับข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีกิจการใดกิจการหนึ่งเกิดขึ้นก่อน และมีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งที่เกี่ยวกับกิจการนั้นที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยคู่กรณีประสงค์จะให้วิธีอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งแทนการดำเนินคดีในศาล ดังนั้น จึงต้องมีสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขาย โดยมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ตัวอย่างข้อสัญญาดังกล่าวปรากฏไว้เป็นแบบเลือกที่ใช้กันอยู่ทั่วไป โดยเฉพาะระหว่างหน่วยงานภาครัฐและเอกชนดังที่ปรากฏในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แบบสัญญาจ้าง ข้อ 21 ว่า

“ข้อ 21 กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

21.1 ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติสัญญา และคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด

21.2 เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเห็นพ้องกันให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวเป็นผู้ชี้ขาด การระงับข้อพิพาทให้กระทำโดยอนุญาโตตุลาการ 2 คน โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะทำหนังสือแสดงเจตนาจะให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทและระบุชื่ออนุญาโตตุลาการคนที่ตนแต่งตั้งส่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากนั้นภายในระยะเวลา 30 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับแจ้งดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับแจ้งจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สอง ถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนดังกล่าวไม่สามารถประนีประนอมระงับข้อพิพาทนั้นได้ ให้อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับจากวันที่ไม่สามารถตกลงกัน ผู้ชี้ขาดดังกล่าวจะพิจารณาระงับข้อพิพาทต่อไป กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการให้ถือตามข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม โดยอนุโลม หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ และให้กระทำในกรุงเทพมหานคร โดยใช้ภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษเป็นภาษาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

21.3 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนหรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิร้องขอต่อศาลแห่งเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดได้แล้วแต่กรณี

21.4 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือของอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี ให้ถือเป็นเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่สัญญา

21.5 คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้รับภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนและออกค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายละครั้ง ในกรณีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาด ให้อนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดเป็นผู้กำหนดภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือภาระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดคนเดียว แล้วแต่กรณี"

ในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ที่มีแบบตัวอย่างให้เลือกใช้ว่า "ข้อพิพาท ข้อโต้แย้ง หรือข้อเรียกร้องใด ๆ ซึ่งเกิดจากสัญญานี้หรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ รวมทั้งปัญหาการผิดสัญญา การเลิก

สัญญา หรือความสมบูรณ์แห่งสัญญาดังกล่าว ให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยการอนุญาโตตุลาการ ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งใช้บังคับอยู่ใน ขณะที่มีการเสนอข้อพิพาทเพื่อการอนุญาโตตุลาการและให้อยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันดังกล่าว” หรือคู่กรณีอาจตกลงกำหนดให้มีสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลักเพื่อกำหนดถึง วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ได้ ซึ่งหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ ประเทศส่วนใหญ่ยอมรับกันว่า ข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเอกเทศมีความอิสระ ในตัวเองไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก คือ สัญญาซื้อขาย หลักกฎหมายดังกล่าวนี้คือ severability หรือ separability doctrine ดังนั้น ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาหลักแต่ประการใด¹⁶

หลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (separability doctrine)

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้ระบุถึงความเป็นเอกเทศของ สัญญาอนุญาโตตุลาการว่า ถ้าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่ง ของสัญญาหลักจะสมบูรณ์หรือใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติในบางคดีก็มีปัญหากรณีนี้ คู่สัญญาอ้างว่า สัญญาหลักไม่มีอยู่เนื่องจากมีการบอกเลิกสัญญาไปแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายจะใช้ การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อีกฝ่ายอ้างว่าเมื่อไม่มีสัญญาหลักแล้ว สัญญา อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นข้อสัญญาหรือข้อกำหนดในสัญญาหลักจึงไม่มีอยู่ด้วย ดังนั้น ข้อพิพาท ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการบอกเลิกสัญญาจำต้องไปฟ้องร้องบังคับทางศาล

หลักในความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายของประเทศ อังกฤษเดิมก็มีได้ระบุหลักนี้ไว้ แต่กฎหมายปัจจุบันคือ Arbitration Act 1996 ได้บัญญัติไว้ว่า เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หลักไม่ว่าจะทำการเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ เป็นอันสมบูรณ์ แม้ว่าสัญญาหลักนั้นไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีอยู่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากเป็นอิสระจากสัญญาหลัก¹⁷

¹⁶ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, หน้า 50-51.

¹⁷ ดู Arbitration Act 1996, Sect 7.

ในประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับศาลของรัฐบาลกลางยอมรับข้อตกลงที่คู่กรณีประสงค์จะใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมาย (legal theory) ที่แยกออกจากข้อตกลงทางพาณิชย์ (commercial agreement) ยิ่งกว่านั้นถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอ้างว่า สัญญาระบุข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์เพราะเกิดจากการฉ้อฉลหรือเหตุอื่นในทำนองเดียวกัน ศาลเป็นผู้มีอำนาจตัดสินปัญหาดังกล่าวไม่ใช่อนุญาโตตุลาการ หลักนี้ปรากฏจากคำพิพากษาศาลสูงสุดในคดี Prime Paint v. Flood & Conklin (388 U.S. 395, 1967) ซึ่งกล่าวว่า เว้นแต่คู่กรณีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) ซึ่งเป็นสาระในกฎหมายของรัฐบาลกลาง (federal law) แยกออกจากสัญญาซึ่งข้อกำหนดนั้นอยู่ และไม่มีการเรียกร้องที่สร้างขึ้นโดยตรงกับข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุฉ้อฉล ทั้งนี้ ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการถือว่าไม่รวมอยู่ในสัญญาหลักที่มีการอ้างว่าสร้างขึ้นโดยฉ้อฉล¹⁸

เนื่องจากกฎหมายของแต่ละมลรัฐในสหรัฐอเมริกาแตกต่างกัน เช่น มลรัฐนิวยอร์ก (New York) และมลรัฐอื่น ๆ ที่ให้ระบบกฎหมายตามกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL (UNCITRAL Model Arbitration Law) ที่ใช้หลักความเป็นเอกเทศ (separability doctrine) และการพิจารณาในส่วนอื่น ๆ ว่า ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการแยกเป็นเอกเทศ อย่างไรก็ตาม การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศส่วนมากใช้กฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่ได้พิจารณากฎหมายในมลรัฐต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างกันดังกล่าว¹⁹

ในคดี Prime Paint v. Flood & Conklin ที่อ้างแล้วข้างต้น ที่มีความสำคัญไม่ใช่เพราะได้สร้างหลักความเป็นเอกเทศให้แก่รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ทำให้เห็นได้ว่า ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยคดีดังกล่าว โดยเน้นนโยบายของประเทศในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ โดยกล่าวว่า “เป็นการถูกต้องที่ทำให้เกิดความขัดแย้งว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้เลือกโดยระบุไว้ในสัญญานั้นเพราะประสงค์ความรวดเร็วจึงต้องไม่ชักช้าโดยการขัดขวางในศาล²⁰

¹⁸ Holtzman, M. Howard, U.S.A.-13.

¹⁹ Ibid., p. 13-14.

²⁰ Ibid., p. 14.

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของฝรั่งเศสบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง²¹ (Code of Civil Procedure) โดยแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 1981 โดยยกเลิกกฎหมายอนุญาโตตุลาการเดิม (มาตรา 1005 - 1028) และใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ มาตรา 1442 - 1507²²

เมื่อปี ค.ศ. 1963 ศาลฎีกาของฝรั่งเศสได้วางหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดี Gosset ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระจากสัญญาหลักในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่า บริษัทฝรั่งเศสชื่อ "Gosset" ติดต่อซื้อเมล็ดธัญพืชจากบริษัทอิตาลีชื่อ "Carapelli" โดยที่การนำเมล็ดธัญพืชเข้าฝรั่งเศสต้องได้รับอนุญาตเป็นพิเศษจากทางราชการก่อนจึงจะผ่านด่านศุลกากรได้ และบริษัท Gosset ทราบแล้วแต่ไม่สามารถขอคำอนุญาตพิเศษได้ แต่ก็แจ้งไปยังบริษัท Carapelli ให้ส่งเมล็ดธัญพืชให้ โดยมีการระบุข้อตกลงเพิ่มเติมว่า บริษัท Gosset จะชำระค่าเมล็ดธัญพืชให้ต่อเมื่อได้ผ่านด่านศุลกากรมายังประเทศฝรั่งเศสแล้ว ปรากฏว่าเมล็ดธัญพืชทั้งหมดไม่สามารถผ่านด่านศุลกากรเข้าประเทศฝรั่งเศสได้ บริษัท Carapelli จึงนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันได้ เนื่องจากบริษัท Gosset ปฏิเสธที่จะชำระราคา เพื่อเรียกร้องให้บริษัท Gosset ชดใช้ค่าเสียหายในการที่สินค้าไม่อาจนำผ่านด่านศุลกากรรวมทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการอิตาลีวินิจฉัยชี้ขาดให้บริษัท Gosset ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท Carapelli ดังนั้น บริษัท Carapelli จึงนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นยื่นต่อศาลแพ่งฝรั่งเศสขอให้มีการบังคับคดีให้ และประธานศาลแพ่งฝรั่งเศสได้ออกคำบังคับให้ตามที่บริษัท Carapelli ร้องขอต่อมาคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดฝรั่งเศสในปัญหาข้อกฎหมายว่า การที่บริษัท Gosset อ้างในชั้นอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดว่า สัญญาที่ทำไปนั้นใช้บังคับไม่ได้ ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการใช้บังคับไม่ได้ด้วย ซึ่งศาลสูงสุดฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ข้อตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะแยกข้อตกลงนั้นออกต่างหากจากสัญญาหลักหรือรวมอยู่ในสัญญาหลักก็ตาม ถือว่ามีความเป็นเอกเทศอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย ดังนั้น ข้อตกลงในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงไม่เสียไปแม้ว่าสัญญาหลักจะเสียไปหรือ

²¹ Derains, Yves, "France" in International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl.1, 1992, pp. 8 - 9.

²² ดู 1980 Decree, Yearbook. Vol. VI (1981), pp. 1 - 23. และ Journal Official, May 14, 1981, p. 1380.

ใช้บังคับไม่ได้²³ การวางหลักนี้มีต่อมาเป็นระยะ แต่สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้นกลับไม่ปรากฏการยอมรับโดยแจ้งชัดในหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1466 ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาอำนาจของตน คือ ตัดสินในความสมบูรณ์หรือขอบเขตในหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย อย่างไรก็ตามข้อกำหนดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการยังคงเป็นไปตามสัญญาหลักเพราะบางครั้งมีการแปลความหมายจากฝ่ายตุลาการว่าควรมีความเสมอภาคต่อกรณีระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ²⁴

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ระบุถึงความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ว่า ถ้าหากสัญญาหลัก (main contract) ไม่สมบูรณ์หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทหนึ่งยังไม่เกิดขึ้น สัญญาอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาหลักมีความสมบูรณ์ในตัวเองโดยไม่อาจถูกโต้แย้งได้ ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินอำนาจของตนและคำร้องกรณีโต้แย้งการไม่มีอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (lack of jurisdiction) ต้องยกขึ้นก่อนการต่อสู้คดี ในสาระของข้อพิพาท²⁵

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่แยกต่างหากจากสัญญาหลักดังกล่าวแม้ว่าจะรวมอยู่ในสัญญาหลัก ถ้าสัญญาหลักเป็นโมฆะสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นโมฆะตามไปด้วยถ้ามีเหตุผลทำให้ใช้บังคับถึงข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการนั้น²⁶

²³ สุธาบตี สัตตบุศย์, "อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในทางการค้า," วารสารกฎหมาย 4, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2521) : 18-19 ดู Motulsky Revere Critique de Droit International Prive 1963. 623 และ BRUNO OPPETIT "Droit du Commerce International" 1977 P.U.F., p. 463.

²⁴ ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VI (1981) France, 11. 4.

²⁵ The Swiss Private International Law Act of 18 December 1987, Art. 178 (3)., Art 186.

²⁶ Briner, Robert. "Switzerland," in International Handbook on Commercial Arbitration. Suppl. 12. January 1991. (BGE 116 Ia 56).

อนุสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐ (Intercantonal Arbitration Convention หรือ Concordat) ได้กำหนดหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในทำนองเดียวกัน²⁷

2.2 องค์ประกอบและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบของเอกชน ซึ่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้พยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นการตกลงในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีพิจารณาความซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญที่มุ่งใจให้คู่สัญญานิยมใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือข้อกำหนดในสัญญา ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำการใดเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้ไม่ได้ ส่วนคู่สัญญามีเสรีภาพในการตกลงกันมากน้อยเพียงใดเป็นไปตามข้อกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศ²⁸

2.2.1 จำนวนอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 11. ได้กำหนดไว้ว่า คู่สัญญาจะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้กี่คนก็ได้ แต่หากไม่กำหนดจำนวนไว้ ให้มีอนุญาโตตุลาการ จำนวน 3 คน

การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่ให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และหากอนุญาโตตุลาการที่ตั้งไว้ทั้งสองคนดังกล่าวมีความเห็นไม่ตรงกัน จึงมีการตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม ซึ่งกรณีเช่นนี้มีปัญหามากกว่าตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คนแต่แรก เพราะการตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 เมื่ออนุญาโตตุลาการ 2 คนที่ตั้งไว้แต่แรกมีความเห็นไม่ตรงกัน ทำให้อนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ต้องทำการพิจารณาชี้ขาดอีกครั้งหนึ่งซึ่งเป็นการดำเนิน

²⁷ ดู Art. 8, Intercantonal Arbitration Convention 27 August 1969. ในภาคผนวก Briner, Robert. อ้างแล้ว

²⁸ เอนก ศรีสนิท, การตั้งอนุญาโตตุลาการ, หน้า 29 - 32.

กระบวนการพิจารณาอีกครั้งทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่กรณี ดังนั้น ในทางปฏิบัติ เมื่อมีกรณีที่ต้องตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 หลังจากอนุญาโตตุลาการที่ตั้งไว้แล้วมีความเห็นไม่ตรงกันก็จะมีการตกลงชัดเจนให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนที่ดำเนินไปแล้วเป็นอันใช้ได้โดยให้อนุญาโตตุลาการคนที่ 3 รับฟังพยานหลักฐานที่ได้สืบไปแล้วรวมทั้งพยานหลักฐานเอกสารในสำนวนเพื่อพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ต้องมีการดำเนินกระบวนการใหม่

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 1453 ได้กำหนดให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator) หรือหลายคนในจำนวนที่เป็นเลขคี่ (uneven in number) ถ้าคู่กรณีจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยความตกลงของคู่กรณีตามบทบัญญัติเช่นนั้น ถ้าไม่มีบทบัญญัติเรื่องนี้หรือข้อตกลงในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเป็นฝ่ายแต่งตั้ง (party - appointed arbitrators) ให้ประธานศาลชั้นต้น (President of the Tribunal de Grande Instance) เป็นผู้แต่งตั้ง ดังนั้น คู่กรณีจึงมีอิสระในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ²⁹

สำหรับประเทศอังกฤษ กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Act 1996) ให้คู่กรณีมีอิสระที่จะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทของตน ไม่ว่าจะ มีประธานอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด (umpire) หรือไม่ ถ้าหากคู่กรณีมิได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (sole arbitrator) ถ้าสัญญา กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ 2 คน หรือจำนวนอื่นที่ทั้งสองฝ่ายตั้งจำนวนเท่ากัน ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นเพื่อเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 15)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐ (The Federal Arbitration Act หรือ The United States Arbitration Act) ระบุให้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามความตกลงของคู่กรณี แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงจำนวนไว้ ให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว (มาตรา 5) ส่วนกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอกรูป (Uniform Arbitration Act) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติโดยทั่วไปจำนวนอนุญาโตตุลาการมีการกำหนดไม่แน่นอน โดยกฎหมายของมลรัฐส่วนมากไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ในเรื่องนี้

²⁹ Derains, Yves, France - 11.

ในกรณีที่มิใช่ระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ โดยปกติถ้ามีการตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ เช่น 2 คน และอนุญาโตตุลาการ 2 คน ที่ได้รับแต่งตั้งไม่สามารถตกลงกันได้ ศาลจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่งเพื่อให้มีเสียงข้างมาก กรณีอนุญาโตตุลาการมีความเห็นไม่ตรงกัน³⁰

กรณีของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association - AAA) ที่ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับ UNCITRAL จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คน เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่นตามที่กำหนดใน AAA International Rules (มาตรา 5) สำหรับข้อบังคับทางพาณิชย์ (AAA Commercial Rules) ระบุว่า หากข้อตกลงไม่ได้มีการระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ ให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 1 คน เว้นแต่ในคดีใหญ่หรือคดีสำคัญก็จะมีอนุญาโตตุลาการมากกว่า 1 คน (มาตรา 17)

เมื่อมีอนุญาโตตุลาการมากกว่า 1 คน คำตัดสินในประเด็นที่เป็นสาระสำคัญต้องทำโดยเสียงส่วนใหญ่ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น³¹

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ไม่มีบทบัญญัติระบุเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ แต่อนุสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐ (Concordat) ได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้³²

Concordat ได้กำหนดว่า อนุญาโตตุลาการต้องประกอบด้วย อนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่นหรือตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (sole arbitrator) ทั้งนี้ คู่กรณีอาจตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่โดยไม่มีการตั้งประธาน (chairman) ก็ได้³³ ในคดีที่มีอนุญาโตตุลาการในจำนวนที่เป็นเลขคู่ คู่กรณีอาจให้มีการออกเสียงของประธาน หรือใช้เสียงข้างมากหรือมติเอกฉันท์ (มาตรา 11 (4))

³⁰ Holtzman, M. Howard, U.S.A. - 17.

³¹ ดู AAA Commercial Rules, Sect 28 (4), AAA International Rules, Art. 27 และ UNCITRAL Rules Art. 31.

³² Briner, Rober, Switzerland - 15.

³³ Intercantonal Arbitration Convention (Concordat) 27 August 1969. Art. 10.

โดยที่ข้อบังคับในเรื่องนี้ไม่ใช่เป็นข้อบังคับที่กำหนดแน่นอนสำหรับจำนวน อนุญาติตตุลาการ ดังนั้น จึงมีทางเป็นไปได้ที่เกิดทางตัน (deadlock) กรณีอนุญาติตตุลาการที่มี จำนวนเลขคู่เมื่อมีความเห็นไม่ตรงกัน และไม่อาจมีเสียงข้างมากได้ อย่างไรก็ตาม การแก้ปัญหา นี้จะเป็นไปโดยที่มีการส่งคำชี้ขาดที่ไม่สมบูรณ์ไปยังคู่กรณี และคู่กรณีจะร่างข้อกำหนดอนุญาติต ตุลาการเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวนี้³⁴

2.2.2 คุณสมบัติและหน้าที่ความรับผิดชอบของอนุญาติตตุลาการ การตั้งอนุญาติต ตุลาการและการตั้งอนุญาติตตุลาการแทนที่

2.2.2.1 คุณสมบัติของอนุญาติตตุลาการ

การอนุญาติตตุลาการจะสำเร็จหรือล้มเหลวส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับ บุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาติตตุลาการ เนื่องจากต้องอาศัยความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ความซื่อสัตย์สุจริต และความอิสระเป็นกลาง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาข้อพิพาท ดังนั้น การที่คู่กรณีจะตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาติตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อพิพาทนั้น ๆ จำต้องคำนึงถึง คุณสมบัติดังกล่าว³⁵

เนื่องจากความสามารถของบุคคลที่จะเป็นอนุญาติตตุลาการนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายของแต่ละประเทศไป ซึ่งกฎหมาย ของทุกประเทศจะกำหนดเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลไว้ว่า บุคคลใดจะมีความสามารถตาม กฎหมายหรือไม่ต้องดูกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ แต่บางครั้งการทำกิจการบางเรื่อง การพิจารณาความสามารถในการกระทำอาจพิจารณาจากกฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้น เข้าไปทำกิจการนั้นก็ได้³⁶

เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษในเรื่องความสามารถของ บุคคลที่จะเป็นอนุญาติตตุลาการจึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปในเรื่องความสามารถของบุคคล คือ อนุญาติตตุลาการต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถบรรพบุรุษตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะ

³⁴ Briner, Robert. Ibid.

³⁵ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, สัญญาอนุญาติตตุลาการ, หน้า 169

³⁶ อนันต์ จันทร์โสภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาติตตุลาการ นอกศาล, หน้า 64.

จัดการกิจการของตนได้ ไม่เป็นผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต ผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ และต้องไม่เป็นบุคคลที่ต้องห้ามตามกฎหมายอื่นในการจัดการกิจการของตน

สำหรับอนุญาโตตุลาการที่เป็นชาวต่างชาติ คือไม่ใช่บุคคลสัญชาติของประเทศที่เป็นที่ทำการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายของหลายประเทศไม่อนุญาตให้บุคคลต่างด้าวเข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการ เช่น โปรตุเกส ชิลี โคลัมเบีย เอกวาดอร์ ฮอนดูรัส เวเนซุเอลา แต่บางประเทศอนุญาตให้คนต่างด้าวเป็นอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะตามหลักถ้อยที่ด้อยปฏิบัติ (reciprocity) เช่น ประเทศเซเชลโลวเกีย³⁷ ส่วนประเทศไทยบุคคลต่างด้าวที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการในไทยจะสามารถมาทำหน้าที่นี้ได้แต่จะต้องได้รับใบอนุญาตให้ทำงาน (work permit) ก่อน ทั้งนี้ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายที่สงวนอาชีพบางอย่างสำหรับคนไทยตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 แต่อย่างไรก็ดีเพื่อพัฒนาและส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทยให้เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ และเพื่อดึงดูดให้ชาวต่างชาติมาทำการอนุญาโตตุลาการในไทย ตลอดจนนำความรู้ เทคนิค และวิทยาการจากต่างประเทศเข้ามาเผยแพร่ อันจะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจและการพัฒนาทางวิชาการ จึงได้มีแนวคิดในการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ชาวต่างชาติสามารถมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ รวมทั้งการทำหน้าที่ว่าความในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยในบางกรณี

สำหรับสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อห้ามของกฎหมายว่า อนุญาโตตุลาการต้องเป็นพลเมืองหรือมีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่น เช่น เมื่อสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Rules ต้องทำตามมาตรา 6 ที่ให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เป็นบุคคลสัญชาติอื่นมากกว่าสัญชาติของคู่กรณี

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น ผู้พิพากษาฝรั่งเศสอาจได้รับแต่งตั้งเป็น
อนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนั้นคู่กรณีสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นชาวต่างชาติในการ
อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ เพราะไม่มีข้อห้ามใด ๆ รวมทั้งการอนุญาโตตุลาการภายใน
ประเทศด้วย³⁸

ส่วนประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่จะเป็น
อนุญาโตตุลาการต้องมีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง คือสามารถจัดการกิจการตนเองได้
นอกจากนั้นต้องมีความซื่อสัตย์ ความเป็นกลางหรือไม่ลำเอียง ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท โดย
คู่กรณีอาจกำหนดคุณสมบัติพิเศษของบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาได้ เช่น เป็น
ผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่พิพาทกันอยู่ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำการด้วยความ
ยุติธรรมและวางตนเป็นกลาง³⁹

ในส่วนของบุคคลที่อยู่ในวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ไม่ว่าจะ
ผู้พิพากษาหรืออัยการจะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น กฎหมายของหลาย
ประเทศกำหนดไม่ให้ผู้พิพากษาได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการโดยมีเหตุผลต่าง ๆ กัน ซึ่ง
เหตุผลประการหนึ่งคือ ข้อพิพาทที่ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการอาจต้องมาสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลบังคับ
ตามคำชี้ขาด ซึ่งหากผู้พิพากษานั้นเป็นอนุญาโตตุลาการอาจกระทบต่อความไว้วางใจของ
ประชาชนที่มีต่อสถาบันศาล เพราะการได้รับคำตอบแทนจากคู่กรณี⁴⁰ ในพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้ห้ามผู้พิพากษาเป็นอนุญาโตตุลาการแต่เท่าที่ปรากฏคดี
อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่มีผู้พิพากษาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพราะถือเป็น
จริยธรรมข้อหนึ่งของผู้พิพากษาซึ่งยังรักษาการอยู่จะเป็นอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เว้นแต่ผู้พิพากษา
ที่เกษียณอายุราชการหรือออกจากราชการมาแล้วที่รับเป็นอนุญาโตตุลาการ ในส่วนของอัยการ
นั้นกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้กล่าวว่าอัยการจะเป็นอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่⁴¹ ใน
ประเทศไทยคู่กรณีได้แต่งตั้งพนักงานอัยการให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

³⁸ Derains, Yves, France - 12.

³⁹ ดู Arbitration Act, Sect. 33.

⁴⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
นอกศาล, หน้า 66.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

ข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐมักจะแต่งตั้งพนักงานอัยการเป็นอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนในกรณีที่มีการตกลงในสัญญาให้ตั้งอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สองคนขึ้นไป

ในทางปฏิบัติ บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการมักจะมีคุณสมบัติพิเศษ โดยมีความรู้เชี่ยวชาญในทางใดทางหนึ่งเกี่ยวกับข้อพิพาท เป็นผู้มีความรู้ ความรู้ ความซื่อสัตย์สุจริตและความเป็นกลาง นอกจากนี้อาจมีความรู้ความเข้าใจในวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องที่พิพาท อาจทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้า ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคู่กรณีที่ใช้อนุญาโตตุลาการและจะทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพิ่มขึ้นตามระยะเวลาที่เนิ่นนานออกไปด้วย

คุณสมบัติประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 17 ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ กล่าวคือ ต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการ ซึ่งสอดคล้องกับหลักพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมที่ว่า บุคคลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยและตัดสินเรื่องต่าง ๆ ต้องมีความอิสระและมีความเป็นกลาง⁴² ดังจะเห็นหลักนี้จากการวางตนและประพฤติตนของผู้พิพากษาที่ระมัดระวังในด้านความสัมพันธ์กับคู่ความ ซึ่งกลับกันกับอนุญาโตตุลาการที่มักได้รับการแต่งตั้งจากการรู้จักและเชื่อถือยอมรับไว้วางใจให้เป็นอนุญาโตตุลาการหรืออาจได้รับการแต่งตั้งจากสถาบันต่าง ๆ ที่มีชื่อบุคคลนั้นในทะเบียนอนุญาโตตุลาการก็ได้ ดังปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการมีทั้งกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้ง (party-appointed arbitrator) และอนุญาโตตุลาการที่มีได้มาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าไม่ได้มีการยึดหลักความเป็นอิสระและเป็นกลางเคร่งครัดเหมือนกรณีผู้พิพากษา เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาให้คู่กรณีที่กำหนดในสัญญาอนุญาโตตุลาการให้อนุญาโตตุลาการที่ฝ่ายตนแต่งตั้งมีบทบาทในการเป็นที่ปรึกษาหรือตัวแทนได้ด้วย แต่ข้อตกลงนั้นต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และเปิดเผยให้คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้ทราบบทบาทของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว⁴³

⁴² ดู Domke on Commercial Arbitration. Rev. Ed. Wilner 1985. 21 : 03.

⁴³ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 70 - 71.

โดยที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ อย่างไรก็ตาม พื้นฐานในการทำลายคำชี้ขาดประการหนึ่งคือความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ⁴⁴ กรณีขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางครอบครัว มีความผูกพันทางวิชาชีพหรือธุรกิจในปัจจุบันหรือในอดีต และมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับโดยตรงหรือโดยอ้อม

การเกี่ยวข้องกับต่อคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยถึงความสัมพันธ์อันเป็นฐานของการขาดคุณสมบัติ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาถือว่า อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยไม่เฉพาะข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าทำให้เกิดอคติหรือการไม่เป็นกลางเท่านั้น แต่รวมถึงข้อเท็จจริงที่อาจก่อให้เกิดอคติ (bias) ด้วย⁴⁵ ซึ่งถ้ามีการเปิดเผยทั้งหมดดังกล่าวแล้ว คู่กรณีไม่ได้ปฏิเสธบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นและมีการดำเนินกระบวนการไป ศาลถือว่าได้มีการละสิทธิการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแล้ว หลักดังกล่าวนี้ใช้กับอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการคนกลางด้วย (neutral) ไม่ว่าจะตั้งโดยคู่กรณีหรือสถาบันที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกาบางระบบใช้อนุญาโตตุลาการสามคน (tripartite) โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตน ฝ่ายละ 1 คน ซึ่งไม่ได้คาดหวังว่าจะเป็นคนกลาง และอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนนั้นตั้งอนุญาโตตุลาการคนกลาง (neutral arbitrator) แต่ถ้าไม่อาจตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนกลางได้ ก็จะมีการแต่งตั้งโดยบุคคลอื่นที่มีความอิสระหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำหรับสถาบันอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกา รวมทั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) จะไม่ใช้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 3 คนทำนองนั้น แต่จะแนะนำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลางมีมาตรฐานสูงเท่าเทียมกันในความอิสระและเป็นกลาง แม้จะเป็นอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณี (party-appointed arbitrator)⁴⁶

⁴⁴ ดู Federal Arbitration Act, Sect 10 และ Uniform Arbitration Act, Sect. 12.

⁴⁵ ดู คดี Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co., 393 U.S. 145, 1968.

⁴⁶ Holtzmann, M. Howard. U.S.A.-15.

การออกประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ คือ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ในปี ค.ศ. 1977 ของ The American Arbitration Association (AAA) ซึ่งได้มีการกำหนดแนวทางที่เป็นคุณสมบัตินของอนุญาโตตุลาการในเรื่องการเปิดเผยความสัมพันธ์ที่อาจมีผลต่อความเป็นกลางหรือก่อให้เกิดอคติ การติดต่อกับคู่กรณี ความมีอิสระ ยุติธรรม และความขยันหมั่นเพียรในการดำเนินกระบวนการพิจารณา การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลับ เป็นต้น⁴⁷ ซึ่งจะเป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาถึงความเหมาะสมในคุณสมบัตินของการเป็นอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสได้กำหนดคุณสมบัตินเฉพาะสำหรับอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code of Civil Procedure) ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลธรรมดาและต้องมีความสามารถในสิทธิทางแพ่งของตน โดยมาตรา 1451 ได้เน้นว่า เมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอ้างถึงบุคคลตามกฎหมาย บุคคลนั้นเป็นบุคคลที่มีอำนาจเต็มทีในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ สำหรับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1442 - 1459 มาใช้ ในกรณีที่ไม่ใช่ข้อตกลงพิเศษของคู่กรณีเป็นอย่างอื่น คู่กรณีมีอิสระในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแม้จะขัดแย้งหรือฝ่าฝืนกับมาตรา 1451 อย่างไรก็ตาม คู่กรณีที่ประสงค์ให้บุคคลใดมีอำนาจทำการอนุญาโตตุลาการโดยขัดแย้งกับบทบัญญัติดังกล่าวต้องแสดงโดยชัดแจ้งว่าจะไม่ใช้บังคับมาตรา 1451⁴⁸ ในเรื่องคุณสมบัตินอนุญาโตตุลาการนี้ ศาลสูงสุดฝรั่งเศสถือว่า ความอิสระทางใจเป็นคุณสมบัตินหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ⁴⁹ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการคัดค้านและทำลายคำชี้ขาดได้รับรองหลักทั่วไปในเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนี้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁷ ดูรายละเอียดใน Yearbook Commercial Arbitration, Vol. X (1985) pp. 131-140.

⁴⁸ Derains, Yves, France - 9.

⁴⁹ ดู รายละเอียดใน Cass Civ. 2 Éme, April 13, 1972, Rev. Arb. 1975, 236.

2.2.2.2 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งไม่ว่าจากคู่กรณีหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี มีหน้าที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งมีคำชี้ขาด ซึ่งโดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ในการวินิจฉัยชี้ขาดนั้น อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาข้อพิพาททุกประเด็นที่มีการเสนอต่อตน อนุญาโตตุลาการไม่มีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดในประเด็นที่มีได้มีการเสนอ การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินไปตามกฎหมายหรือข้อตกลงของคู่กรณีด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม แต่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาโดยเคร่งครัด เว้นแต่คู่กรณีจะได้ระบุไว้เช่นนั้น และในการดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดชั้นตอนและรายละเอียดในการพิจารณาถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดไว้ในสัญญา⁵⁰

นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการยังมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม เช่น อนุญาโตตุลาการมีส่วนร่วมได้เสียตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 213 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้ ควรเปิดเผยก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือในโอกาสแรกที่ควรเปิดเผยได้ สำหรับหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยตนเองนั้น เนื่องจากการที่คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ความไว้เนื้อเชื่อใจ ความเป็นกลาง ความซื่อสัตย์สุจริต ฯลฯ ซึ่งเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัว ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง ส่วนหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีทุกฝ่ายโดยเท่าเทียมกัน โดยให้โอกาสแก่คู่กรณีในการเสนอพยานหลักฐานต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และรับฟังพยานหลักฐาน รวมทั้งหน้าที่ในการชี้ขาดเฉพาะประเด็นข้อพิพาทที่เสนอและทำคำชี้ขาดไปตามที่ได้รับมอบหมายในระยะเวลาตามที่กำหนดโดยกฎหมายหรือความตกลงของคู่กรณี⁵¹

2.2.2.3 การตั้งอนุญาโตตุลาการและการตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

โดยที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่มีบทบาทมาก เพราะการอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จหรือล้มเหลวย่อมขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากไม่มีการกำหนดรายละเอียดและขั้นตอนในการพิจารณาไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงของคู่กรณี หรือกฎหมายวิธีพิจารณาไม่มีบทบัญญัติเรื่องนี้ไว้ อนุญาโตตุลาการก็จะเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณา

⁵⁰ เสาวนีย์ อัครโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 181.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 182-184.

ต่าง ๆ ด้วยตนเอง นอกจากนั้นกล่าวได้ว่า อนุญาโตตุลาการนอกจากมีบทบาทต่อการอนุญาโตตุลาการแล้วยังมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการอนุญาโตตุลาการมากกว่าผู้พิพากษาที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาพิพากษาคดีในศาล เพราะเมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้ว โดยปกติคำชี้ขาดจะเป็นเด็ดขาดและถึงที่สุดผูกพันคู่กรณี แต่คำพิพากษาในศาลนั้น ยังมีศาลสูงที่จะแก้ไขกลับหรือยกคำพิพากษาของศาลล่างได้ ดังนั้น การเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก⁵²

ลักษณะของอนุญาโตตุลาการเป็นทั้งเรื่องของสัญญา (Contractual nature) และกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (judicial process)⁵³ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมและไม่เป็นผู้ขาดคุณสมบัติสำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 ว่า

“ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการและบุคคลดังกล่าวนั้นไม่ยินยอมรับการตั้งหรือตาย ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถก่อนยินยอมรับการตั้งหรือก่อนตั้ง แล้วแต่กรณี ให้ถือเสมือนว่าไม่มีการกำหนดตัวอนุญาโตตุลาการหรือผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

ถ้าอนุญาโตตุลาการผู้ยินยอมรับการตั้งแล้วผู้ใดตาย ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทน โดยวิธีเดียวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการผู้นั้น

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการผู้ยินยอมรับการตั้งแล้ว ผู้ใดไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่เต็มใจปฏิบัติหน้าที่หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาอันสมควร คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนอนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้” และมาตรา 12 ได้กำหนดว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การตั้งอนุญาโตตุลาการต้องทำภายในกำหนดเวลาอันสมควร โดยได้รับ

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 166.

⁵³ เอนก ศรีสนิท, การตั้งอนุญาโตตุลาการ, หน้า 33.

ความยินยอมจากผู้ได้รับตั้งกับต้องทำเป็นหนังสือ ลงวันเดือนปี และลายมือชื่อของผู้ตั้งไว้เป็นสำคัญ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเป็นที่ยอมรับของผู้ที่จะแต่งตั้ง ส่วนอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งต้องยินยอมในการเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีคุณสมบัติเป็นที่ยอมรับ และต้องไม่เป็นผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ และเป็นผู้ที่เต็มใจปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งด้วย ส่วนกรณีที่ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ไม่เต็มใจปฏิบัติหน้าที่หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาอันสมควรนั้น คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนอนุญาโตตุลาการนั้นได้

การที่ผู้ได้รับการแต่งตั้งปฏิเสธไม่ยอมรับการเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งมาตรา 12 ดังกล่าวได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ได้รับการตั้ง ดังนั้น ถ้าผู้นั้นปฏิเสธไม่ยอมรับการตั้งก็ต้องตั้งอนุญาโตตุลาการใหม่ ส่วนกรณีที่มีการปฏิเสธเกิดจากคู่กรณีที่ไม่ยอมรับการแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ของอังกฤษ (Arbitration Act 1996) มาตรา 16 ได้กำหนดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ว่า คู่กรณีมีอิสระที่จะตกลงวิธีการตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งการแต่งตั้งประธานอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด (umpire) ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงวิธีการตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ให้เป็นไปดังนี้

(1) ถ้ากำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator) ให้คู่กรณีร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใน 28 วันนับแต่วันได้รับหนังสือร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(2) ถ้ากำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ จำนวน 2 คน คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน ภายใน 14 วันนับแต่วันได้รับหนังสือร้องขอจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(3) ถ้ากำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ จำนวน 3 คน ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน ภายใน 14 วันนับแต่วันได้รับหนังสือร้องขอ และให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งแล้วทั้งสองคนแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 โดยทันที ให้เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ

(4) ถ้ากำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ จำนวน 2 คน และผู้ชี้ขาด 1 คน ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน ภายใน 14 วันนับแต่วันได้รับหนังสือร้องขอ และอนุญาโตตุลาการสองคนที่ได้รับแต่งตั้งอาจแต่งตั้งผู้ชี้ขาดในเวลาใด ๆ หลังจากที่ตนได้รับแต่งตั้งและต้องทำการพิจารณาในเนื้อหาสาระใด ๆ หรือโดยทันทีถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองคนไม่สามารถตกลงในสาระที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Federal Arbitration Act - FAA) ได้กำหนดว่า ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่ถ้าไม่ได้ระบุไว้ หรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทำตามข้อตกลง คู่กรณีอาจร้องขอให้ศาลตั้งอนุญาโตตุลาการให้ได้ (มาตรา 5) ซึ่งกรณีนี้ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว (single arbitrator) แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดบทบัญญัติต่อไปให้วิธีการแก้ศาลในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่ในกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ได้กำหนดไว้ในทำนองเดียวกัน (มาตรา 3 ของ Uniform Arbitration Act - UAA)

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ถ้าคู่กรณีตกลงชื่ออนุญาโตตุลาการและวิธีการพิเศษในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ AAA ก็จะทำดำเนินการตามวิธีการที่ตกลงกันนั้น⁵⁴

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดเงื่อนไขสำหรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitral clause หรือ submission) ที่ต้องปรากฏชื่อของอนุญาโตตุลาการหรือวิธีการแต่งตั้งซึ่งเป็นการเฉพาะกิจ (ad hoc) สำหรับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

⁵⁴ ดู AAA Commercial Rules, Sect. 14; AAA International Rules, Art.6; UNCITRAL Rules, Art. 1.

หรือใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 1443 และ 1448 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง)

คู่กรณีมีอิสระในวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สำหรับหลักเกณฑ์เฉพาะกิจดังกล่าวในเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดเท่าไรก็ได้ ส่วนวิธีการแต่งตั้งที่คู่กรณินิยมใช้ในทางปฏิบัตินั้น เมื่อมีการตกลงเฉพาะกิจในการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และอนุญาโตตุลาการของทั้งสองฝ่ายจะร่วมกันตั้งบุคคลอีกคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการ⁵⁵

กรณีที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการได้กำหนดให้ใช้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ บุคคลที่สถาบันนั้นแต่งตั้งจะต้องเป็นที่ยอมรับของคู่กรณี (มาตรา 1455) โดยบุคคลที่รับผิดชอบสถาบันอนุญาโตตุลาการจะเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีเลือก ซึ่งถ้าคู่กรณีไม่เลือกบุคคลที่สถาบันเสนอชื่อก็จะให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และสถาบันจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ถ้าจำเป็น ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่เสนอชื่ออนุญาโตตุลาการฝ่ายตน สถาบันก็จะเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีอาจละสิทธิการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนด โดยให้สถาบันดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้โดยตรง⁵⁶

ถ้าอนุญาโตตุลาการคนใดตายหรือมีเหตุที่ไม่สามารถทำหน้าที่ได้ กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะหยุดลง เว้นแต่คู่กรณีได้กำหนดวิธีการสำหรับการตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ (มาตรา 1464)

ประธานศาลชั้นต้น (President of the Tribunal de Grande Instance) หรือประธานศาลพาณิชย์ (President of the Tribunal de Commerce) โดยความตกลงของคู่กรณีจะมีอำนาจพิจารณาปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เช่น จะสั่งให้ดำเนินการใด ๆ ถ้าจำเป็นในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หรือเมื่อคู่กรณีไม่มี

⁵⁵ Derains, Yves, France - 11.

⁵⁶ Ibid., France - 12.

ทางออกสำหรับการแก้ปัญหาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่น เมื่ออนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 ได้⁵⁷

ปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในฝรั่งเศสหรือทำขึ้นภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสที่คู่กรณีอาจยื่นคำร้องต่อประธานศาลชั้นต้นกรุงปารีสดังกล่าว เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่เช่น Juge des référés ตามวิธีพิจารณาโดยย่อ (มาตรา 1493) บทบัญญัตินี้มีประโยชน์ในทางปฏิบัติ ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในฝรั่งเศส ซึ่งเป็นกรณีสืบเนื่องมาจากหน้าที่พิเศษเพราะมีประสิทธิผลเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในเรื่องระหว่างประเทศ หรือเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นในฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ในบางคดี ผู้พิพากษาซึ่งมีอำนาจสำหรับการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของฝรั่งเศสตามความตกลงของคู่กรณี แต่ถ้านการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในประเทศอื่น อาจมีปัญหาข้อขัดแย้งในอำนาจของผู้พิพากษากับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัญหานี้เป็นที่ยอมรับถึงอำนาจของผู้พิพากษาฝรั่งเศสเพราะเป็นความประสงค์ของคู่กรณีที่เป็นผลของการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาฝรั่งเศส ทั้งนี้ หากมีปัญหาที่ได้มีการยื่นต่อผู้พิพากษา ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ผู้พิพากษาฝรั่งเศสก็จะแก้ปัญหาตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับคดีค้างพิจารณา (litis pendentia)⁵⁸

กฎหมายของประเทศสวีเดนกำหนดว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามความตกลงของคู่กรณีโดยสามารถกำหนดรายละเอียดวิธีการแต่งตั้งหรือโดยอ้างอิงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ⁵⁹ ถ้าไม่มีข้อตกลงของคู่กรณีอาจขอให้ศาลของ Canton ซึ่งอนุญาโตตุลาการนั้นพิจารณาดำเนินการให้ได้ ในกรณีเช่นนั้น กฎหมายของ canton เช่น Concordat จะนำมาใช้โดยอนุโลม ศาลฎีกาของรัฐบาลกลางจะไม่ทบทวน (review) คำตัดสินของศาล Canton ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่การพิจารณานั้นจะทำความควบคู่ไปกับการทบทวนคำชี้ขาดขั้นเป็นที่สุด (final award)⁶⁰

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., France - 13.

⁵⁹ The Swiss Private International Law Act, Art. 179.

⁶⁰ BGE 115 II 294 et seq.

สำหรับอนุสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐ (Concordat) กำหนดว่า คู่กรณีอาจตั้งอนุญาโตตุลาการคนหนึ่งหรือหลายคนในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือในข้อตกลงภายหลังก็ได้ และอาจตั้งโดยอ้างถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินการให้ได้ ในกรณีให้สถาบันอนุญาโตตุลาการดำเนินการต้องระบุถึงผู้มีอำนาจของสถาบันนั้น หากไม่มีการตกลงกันดังกล่าว ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายตั้งอนุญาโตตุลาการในจำนวนที่เท่ากันและอนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งต้องแต่งตั้งประธาน* (chairman) โดยมติเอกฉันท์⁶¹

ถ้าคู่กรณีไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนได้ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งไม่สามารถตั้งประธานอนุญาโตตุลาการได้ องค์การตุลาการ (judicial authority) ของกึ่งตอง (canton) ซึ่งอนุญาโตตุลาการนั้นพิจารณาต้องทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอของคู่กรณี เว้นแต่จะมีข้อตกลงให้องค์กรอื่นแต่งตั้ง⁶².

2.2.3 การคัดค้านและการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท จึงต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต ให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณี และวางตนเป็นกลางโดยไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่นเดียวกับผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีในศาล ซึ่งหากปรากฏว่า อนุญาโตตุลาการไม่ยุติธรรม ลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดเพราะมีส่วนได้เสียกับคู่กรณีฝ่ายนั้น หรือมีส่วนได้เสียในข้อพิพาทในทางใด ๆ แล้ว คู่กรณีอาจยกข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นเป็นเหตุคัดค้านอนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้ ซึ่งมาตรา 14 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่า "เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม" เมื่อนำเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาประกอบ

* ใน Concordat ฉบับภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า "surarbitre" ฉบับภาษาเยอรมันเรียกว่า "Obmann"

⁶¹ Briner, Rober, Switzerland - 16.

⁶² Intercantonal Arbitration Convention (Concordat), Art. 12.

การใช้เป็นเหตุคัดค้านอนุญาตตุลาการตามมาตรา 14 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการแล้ว เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการจึงได้แก่เหตุต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. ถ้าอนุญาตตุลาการนั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น
2. ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนั้นได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนั้นได้เพียงสองชั้น
3. ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น
4. ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
5. ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลมาแล้วหรือเป็นอนุญาตตุลาการมาแล้ว
6. ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งอนุญาตตุลาการผู้นั้นเองหรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาของอนุญาตตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่กรณีนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
7. ถ้าอนุญาตตุลาการเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
8. เหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม เป็นต้นว่า การทุจริต หรือขาดความเป็นอิสระ

คู่กรณีฝ่ายใดที่ตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายตน จะคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งไม่ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 วรรคสอง ว่า “ แต่คู่กรณีฝ่ายใดจะคัดค้านอนุญาตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งหาได้ไม่ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้ง”

ในกรณีที่ คู่กรณีตกลงด้วยความยินยอมกับทุกฝ่ายที่จะถอดถอนอนุญาตตุลาการน่าจะทำได้โดยไม่ต้องอาศัยเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการอย่างไร

อย่างหนึ่ง ซึ่งมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีหลักการในเรื่องนี้ว่า เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้วจะถอดถอนอนุญาตตุลาการไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายจะยินยอมด้วยหรือปรากฏเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการขึ้น และได้มีการหยิบยกเหตุนั้นขึ้นคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจ แล้วมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นใหม่แทนผู้ซึ่งถูกคัดค้าน

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการคัดค้านและการถอดถอนอนุญาตตุลาการจะกระทำเมื่อคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายตนหรือร่วมกันตั้งแล้วคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า อนุญาตตุลาการไม่มีความเป็นอิสระหรือมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท เช่น เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของนิติบุคคลที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท ซึ่งมีโอกาสที่ทำให้อนุญาตตุลาการขาดความเป็นอิสระ ซึ่งการขาดความเป็นอิสระนี้ถือว่าเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้อนุญาตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดโดยเสียความยุติธรรม คู่กรณีฝ่ายนั้นก็จะคัดค้านอนุญาตตุลาการผู้นั้นแล้วก็จะมีการดำเนินการตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นใหม่ โดยส่วนใหญ่การตั้งอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม จะให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายไปแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายตนในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันตั้งอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคนในการพิจารณาข้อพิพาทนั้น ซึ่งคู่กรณีอาจจะนำชื่อจากทะเบียนอนุญาตตุลาการของสถาบัน หรือจะตั้งบุคคลอื่นที่ไม่มีรายชื่อในทะเบียนก็ได้ เมื่อคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้กำหนดบุคคลที่ฝ่ายตนจะตั้งให้เป็นอนุญาตตุลาการมาแล้ว ก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมของบุคคลผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการโดยให้โอกาสแต่ละฝ่ายคัดค้านอนุญาตตุลาการของอีกฝ่ายหนึ่งก่อน ถ้ามีการคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นก็จะมี การแต่งตั้งคนอื่นแทน ทั้งนี้เพื่อมิให้การดำเนินกระบวนการต้องเสียไปหากมีการคัดค้านอนุญาตตุลาการเมื่อได้ดำเนินกระบวนการไปแล้วและมีการตั้งอนุญาตตุลาการใหม่ เพราะหากคู่กรณีไม่ยอมรับการดำเนินกระบวนการที่ได้ทำมาแล้ว ก็จะต้องเริ่มต้นดำเนินกระบวนการใหม่ ทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

การถอดถอนอนุญาตตุลาการนั้น โดยหลักการแล้วจะถอดถอนอนุญาตตุลาการไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายจะยินยอมด้วย หรือปรากฏเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการ และได้หยิบยกเหตุขึ้นคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจ แล้วมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นใหม่แทนผู้ที่ถูกคัดค้านตามบทบัญญัติในมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

การคัดค้านอนุญาตตุลาการตามมาตรา 14 วรรคสอง กำหนดให้สิทธิในการคัดค้านแก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้แต่งตั้งหรือร่วมแต่งตั้งอนุญาตตุลาการผู้ที่จะถูกคัดค้าน เนื่องจากการแต่งตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งควรจะพิจารณาตรวจสอบคุณสมบัติและความเหมาะสมของบุคคลนั้น ๆ ก่อน จนเมื่อพึงพอใจคุณสมบัติและเห็นว่าเหมาะสมที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วจึงแต่งตั้ง จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะให้มาคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ตนแต่งตั้งหรือมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงปรากฏในภายหลังถึงเหตุที่จะคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นแล้วโดยขณะแต่งตั้งคู่กรณีที่เป็นผู้แต่งตั้งหรือร่วมแต่งตั้งไม่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการคัดค้านนั้น คู่กรณีก็สามารถคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ตนได้แต่งตั้งหรือร่วมแต่งตั้งได้⁶³

สำหรับวิธีคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น ซึ่งทางปฏิบัติก็มักจะมีการคัดค้านไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือต่อคณะอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทก่อน อันเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรให้เห็นว่า คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านไม่ยอมรับบุคคลนั้นในการเป็นอนุญาตตุลาการวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท⁶⁴ ในเรื่องระยะเวลาของการคัดค้าน มาตรา 14 วรรคท้าย ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น คู่กรณีที่จะคัดค้านอนุญาตตุลาการต้องยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยาน ถ้าได้ทราบถึงเหตุที่พึงคัดค้านได้ก่อนวันสืบพยาน หรือถ้าทราบเหตุที่พึงคัดค้านได้ในระหว่างพิจารณาก็ให้ยื่นคำร้องคัดค้านไม่ช้ากว่าวันนัดสืบพยานครั้งต่อไป แต่ต้องก่อนเริ่มสืบพยานเช่นว่านั้น⁶⁵ ถ้ากรณีที่อนุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จสิ้นแล้ว คู่กรณีเพิ่งรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้าน ก็เป็นเรื่องที่จะต้องขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หรือเป็นเรื่องของการขอให้ศาลปฏิเสศการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ⁶⁶ แล้วแต่กรณี

⁶³ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 88-89.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁵ มาตรา 13 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุโลมมาใช้โดยมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁶⁶ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 90.

เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องงดการดำเนินการกระบวนการพิจารณาไว้ก่อนจนกว่าศาลจะมีคำสั่ง สำหรับกระบวนการพิจารณาที่อนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการไปก่อนมีการยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นอันใช้ได้ เว้นแต่ศาลจะกำหนดให้คำสั่งเป็นอย่างอื่น⁶⁷

เมื่อมีการร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ถ้าอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านยอมถอนตัวจากการพิจารณาข้อพิพาทนั้น ก็ให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนอนุญาโตตุลาการนั้น แต่ถ้าไม่ยอมถอนตัวจากการพิจารณาข้อพิพาท ให้ศาลฟังคำสั่งของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องและอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านและสืบพยานหลักฐานตามที่เห็นสมควร แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกคำคัดค้านนั้น คำสั่งเช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด⁶⁸

การคัดค้านอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายที่กำหนดไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลกลาง (Federal Arbitration Act) หรือของมลรัฐต่าง ๆ ที่บัญญัติถึงการคัดค้านหรือถอนอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยทั่วไปศาลจะไม่ถอดถอนอนุญาโตตุลาการก่อนหรือในระหว่างดำเนินการกระบวนการพิจารณา แม้ว่าศาลจะมีอำนาจทำเช่นนั้นในทางปฏิบัติ การตรวจสอบทางตุลาการในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำคำชี้ขาด เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะทำลายคำชี้ขาด (setting aside) โดยอ้างเหตุความไม่เป็นกลาง (partial) ของอนุญาโตตุลาการนั้น⁶⁹

กรณีข้อพิพาทดำเนินการโดยข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น AAA ซึ่งข้อบังคับกำหนดวิธีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการก่อนและระหว่างดำเนินการกระบวนการพิจารณา เช่น ข้อบังคับทางพาณิชย์ (AAA Commercial Rules) ระบุว่า เมื่อมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ AAA จะตัดสินก่อนหรือระหว่างพิจารณาถึงการขาดคุณสมบัตินั้น (ข้อ 19) AAA มีอำนาจในทำนองเดียวกันภายใต้ข้อบังคับระหว่างประเทศ (ข้อ 9) รวมทั้งในกรณี AAA

⁶⁷ มาตรา 13 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุโลมมาใช้โดยมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁶⁸ มาตรา 14 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุโลมมาใช้โดยมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

⁶⁹ Holtzmann, M.Howard, U.S.A.-17.

ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับ UNCITRAL (ข้อ 12) ถ้า AAA เห็นว่า อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการครบถ้วนพิจารณาต่อไปได้ และคำตัดสินไม่มีเหตุน่าเชื่อในเรื่องความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ปัญหานี้ยังสามารถตรวจสอบโดยศาลในท้ายที่สุดได้ ในการพิจารณาเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนี้ AAA จะพิจารณาประมวลจริยธรรม (Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes) ประกอบด้วย⁷⁰

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (The Swiss Private International Law Act) ระบุว่า อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านในกรณีดังต่อไปนี้ คือ ไม่ได้ดำเนินการตามความตกลงของคู่กรณี ปรากฏว่าอยู่บนหลักที่มีอยู่สำหรับการคัดค้านที่ให้โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการตามความตกลงของคู่กรณี หรือเมื่อมีข้อสงสัยในความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 180 (1)) อย่างไรก็ตาม คู่กรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนตั้งไม่ได้ (มาตรา 182 (2))

ผู้พิพากษา ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการทำคำตัดสินกรณีที่มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คู่กรณีตกลงใช้ข้อบังคับพิเศษ เช่น ข้อบังคับ ICC Court of International Arbitration เป็นผู้ตัดสิน ซึ่งคำตัดสินของ ICC Court เป็นที่สุด (มาตรา 180 (3))

นอกจากนี้คู่กรณีสามารถขอทำลาย (setting aside) คำชี้ขาดที่เป็นที่สุดในการคดีที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการโดยไม่ถูกต้องหรือว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดไม่ตรงกับอำนาจที่ได้รับ (มาตรา 190) ในกรณีที่มีคำตัดสินของกึ่งตอง (cantonal decision) เกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำไปสู่ศาลสูงสุดรัฐบาลกลางได้โดยทันที (immediately) แต่สามารถทำได้หลังจากมีการส่งคำชี้ขาดที่เป็นที่สุดแล้ว⁷¹

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Briner, Robert, Switzerland - 14.

2.3 กระบวนพิจารณา

2.3.1 การเริ่มต้นกระบวนพิจารณาและภาษาที่ใช้

โดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการไว้ว่า คู่กรณีฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายเริ่มต้นก่อนการเริ่มต้นคดีจะต้องทำอย่างไร และจะถือวันใดเป็นวันเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีฝ่ายที่จะต้องเป็นผู้เริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการไม่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ และหากมีการกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement) หรือข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause หรือ arbitral clause) จะนับระยะเวลาอย่างไร ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นการค้าในศาลแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้จะต้องเป็นโจทก์เริ่มต้นคดีโดยทูลยื่นฟ้องต่อศาลและถือว่าคดีได้เริ่มต้น ณ วันที่โจทก์ยื่นฟ้อง อายุความจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่โจทก์ยื่นคำฟ้อง ซึ่งจะพิจารณาได้ว่าฟ้องของโจทก์ขาดอายุความหรือไม่

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแตกต่างกับการฟ้องคดีในศาล ซึ่งอาจมีการตกลงเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกัน ไม่ว่าคู่กรณีฝ่ายไหนก็สามารถเป็นฝ่ายเริ่มต้นดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งหากฝ่ายเจ้าหนี้ไม่เริ่มคดีก่อน ทางฝ่ายลูกหนี้ซึ่งแม้จะไม่มีกรณีที่จะเรียกร้องสิ่งใด ๆ ก็สามารถเป็นฝ่ายเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในทางปฏิบัติก็มีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น เพราะฝ่ายเจ้าหนี้วางเฉยไม่เรียกร้อง ฝ่ายลูกหนี้เกรงว่าข้อพิพาทนั้นจะขาดอายุความในการดำเนินกระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ จึงได้เริ่มต้นคดีก่อนภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา มิฉะนั้นอาจต้องไปดำเนินการในชั้นศาลซึ่งตนไม่ประสงค์เช่นนั้น

การเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้นั้นมีความสำคัญต่อระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการและอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้อง ในทางปฏิบัติต้องพิจารณาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าคู่กรณีตกลงการเริ่มต้นคดีไว้อย่างไร ถ้าในสัญญากำหนดให้ถือเอาวันใดเป็นวันเริ่มต้นคดีก็เป็นไปตามนั้น แต่ถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้ระบุเกี่ยวกับวันเริ่มต้นคดีไว้ ก็คงต้องพิจารณาว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจหรือการอนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบันกรณีการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) โดยส่วนใหญ่การเริ่มต้นคดีจะกระทำ

การโดยคู่กรณีที่ประสงค์จะใช้สิทธิเรียกร้องมีคำบอกกล่าวแสดงความจำนงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ (notice of intention to arbitrate) ไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมักจะระบุชื่ออนุญาโตตุลาการที่ตนประสงค์จะแต่งตั้งไว้ด้วย โดยอาจมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเรียกร้องโดยย่อ หรือรายละเอียดอื่น ๆ ตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดไว้พร้อมทั้งกำหนดให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีการอนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (institutional arbitration) ต้องพิจารณาถึงข้อบังคับของสถาบันนั้น ๆ ที่คู่กรณีเลือกใช้ สำหรับข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ได้กำหนดไว้ในข้อ 6 ว่า เมื่อประสงค์จะเริ่มดำเนินการคดี ให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทของตนโดยทำเป็นหนังสือประกอบด้วยรายละเอียดตามแบบที่สถาบันได้กำหนดไว้ยื่นต่อผู้อำนวยการ หนังสือดังกล่าวประกอบด้วยรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. คำขอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
2. ชื่อและที่อยู่ของคู่กรณี
3. ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับกับคู่กรณี
4. สัญญาหรือนิติสัมพันธ์อันก่อให้เกิดข้อพิพาท
5. ข้อเท็จจริงอันเป็นฐานแห่งข้อเรียกร้อง และจำนวนเงินที่เรียกร้อง
6. ข้อเรียกร้องและคำขอ
7. หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันได้ก่อน ให้ระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการ

ข้อบังคับดังกล่าวมิได้ระบุไว้ชัดเจนว่า การเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการจะให้คู่กรณีฝ่ายใดเริ่มต้นคดีก่อน แต่เมื่อพิจารณารายละเอียดที่จะต้องมิในคำเสนอข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องแล้วซึ่งจะต้องระบุข้อเรียกร้องและคำขอแล้วก็แสดงให้เห็นโดยปริยายว่า คู่กรณีที่เป็นฝ่ายเสนอข้อพิพาทหรือผู้ที่เริ่มต้นคดีน่าจะเป็นฝ่ายเจ้านี้เท่านั้น⁷² อย่างไรก็ตาม ในทาง

⁷² อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 94.

ปฏิบัติมีกรณีที่ถูกหนี้ยได้เริ่มต้นคดีเพราะเจ้าหนี้ยไม่เริ่มต้นคดีก่อน ซึ่งสถาบันก็ดำเนินการรับคำเสนอข้อพิพาทนั้นไว้พิจารณาและฝ่ายเจ้าหนี้ยได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาด้วย

ส่วนกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ ข้อบังคับอนุญาตตุลาการหรือการค้าไทยได้กำหนดรายละเอียดไว้ตั้งแต่ข้อ 14 ถึงข้อ 20 ดังนี้

ข้อ 14 เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น และคู่กรณีมีความประสงค์จะเสนอข้อพิพาทไปยังอนุญาตตุลาการเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดตามข้อบังคับนี้แล้ว ให้ทำคำร้องพร้อมด้วยรายละเอียดตามที่ระบุไว้ในข้อบังคับข้อ 17 ยื่นต่อนายทะเบียน

ข้อ 15 เมื่อนายทะเบียนได้รับคำร้องและรายละเอียดดังกล่าวในข้อ 14 ให้รับจัดการให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามวิธีการที่ระบุไว้ในข้อบังคับนี้

ข้อ 16 นายทะเบียนจะได้แจ้งให้คู่กรณีทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ให้มาทำการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามความหมายในหมวด 4 ข้อ 8 หนังสือที่นายทะเบียนแจ้งไปจะต้องกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน นับแต่วันที่ส่งไปถึงคู่กรณี ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดปฏิเสธหรือละเลยไม่ทำการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ให้นายทะเบียนเสนอต่อคณะกรรมการอนุญาตตุลาการการค้าไทยเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนคู่กรณีฝ่ายนั้น เมื่อนายทะเบียนได้รับรายชื่ออนุญาตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้ง และหรืออนุญาตตุลาการที่คณะกรรมการอนุญาตตุลาการการค้าไทยจัดการแต่งตั้ง ให้นายทะเบียนแจ้งผลของการแต่งตั้งให้คู่กรณีทราบด้วย

ข้อ 17 คำร้องตามความในหมวดนี้ ให้ทำเป็น 6 ชุด และมีข้อความดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อเต็มของคู่กรณี พร้อมด้วยตำบลที่อยู่
- (2) รายละเอียดเกี่ยวกับข้อพิพาท
- (3) ต้นฉบับหรือสำเนาเอกสาร ตลอดจนข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องซึ่งคู่กรณีประสงค์จะอ้างอิงถึง

ข้อ 18 เมื่อนายทะเบียนได้รับคำร้องพร้อมด้วยรายละเอียดดังกล่าวในข้อ 17 แล้ว จะได้จัดส่งสำเนานั้นไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้ทำคำตอบกลับมา 6 ชุด พร้อมด้วยเอกสารหรือข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้ออ้างของฝ่ายนั้น ภายในเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำร้อง

ข้อ 19 เมื่อนายทะเบียนได้รับคำตอบแก้ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ให้จัดส่งสำเนาคำตอบแก้หนึ่งชุดไปยังคู่กรณีที่ยื่นคำร้องทราบ หากปรากฏว่า คำตอบแก้นั้นมีลักษณะเป็นการตั้งข้อเรียกร้องขึ้นมาใหม่ โดยอาศัยมูลกรณีพิพาทอันเดียวกัน ให้คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำร้องนั้นเสนอข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อกล่าวแก้คำตอบแก้ พร้อมด้วยเอกสารหรือหลักฐานอื่น ๆ ที่สนับสนุนคำกล่าวแก้ของตนรวม 6 ชุด ภายในเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำตอบแก้

ข้อ 20 นายทะเบียนจะรวบรวมและส่งมอบหลักฐานข้อพิพาท และเอกสารที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้รับจากคู่กรณีพิพาท ให้แก่อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้แต่งตั้งขึ้นตามข้อบังคับนี้ และให้ถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทแล้วแต่บัดนั้น

ในข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ได้กำหนดไว้ในข้อ 13 ว่า คู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการ จะต้องส่งคำบอกกล่าวแสดงความจำนงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และให้ถือว่าคดีได้เริ่มขึ้น ณ วันที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นได้รับคำบอกกล่าว จะเห็นได้ว่าข้อบังคับของ UNCITRAL ก่อนช่วงชัดเจนกว่าข้อบังคับของหอการค้าไทย และสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เพราะถือเอาวันที่มีการบอกกล่าวแสดงความจำนงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเป็นวันเริ่มต้นคดีแล้ว เจ้าหนี้สามารถทราบได้ว่าคดีขาดอายุความแล้วหรือไม่ การส่งคำบอกกล่าวก็มีผลเป็นการเสนอข้อพิพาทอันเป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14

สำหรับภาษาที่ใช้ในการดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีสามารถตกลงใช้ภาษาใดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ได้ ไม่จำเป็นต้องใช้ภาษาไทยกรณีที่ทำการพิจารณาข้อพิพาทในประเทศไทย ซึ่งข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ได้กำหนดไว้ในข้อ 20 ว่า “กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดเป็นภาษาใดก็ได้” นอกจากภาษาอังกฤษที่เป็นภาษาสากลแล้ว การสืบพยานในทางปฏิบัติมีการซักถามพยานเป็นภาษาอื่น เช่น เกาหลี โดยไม่มีการแปลในขณะสืบพยานนั้น แต่ใช้วิธีการบันทึกเทปเพื่อเป็นพยานหลักฐาน ทั้งนี้ คู่กรณีฝ่ายที่นำพยานมาสืบต้องจัดทำคำแปลให้อนุญาโตตุลาการ

ตามกฎหมายและในทางปฏิบัติของประเทศอังกฤษ วิธีพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการจะคล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาในศาล อนุญาโตตุลาการมักจะนำวิธีพิจารณาของศาลมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทโดยอนุโลม แต่คู่กรณีก็มีสิทธิเปลี่ยนแปลงโดยให้อนุญาโตตุลาการกำหนดกระบวนการพิจารณาได้โดยไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการนั้นพิจารณาจากเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ⁷³

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ของอังกฤษ (Arbitration Act 1996) อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดกระบวนการพิจารณาและหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐาน กล่าวคือ การเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณา ภาษาที่จะใช้ในกระบวนการพิจารณา และการแปลซึ่งเอกสารที่เกี่ยวข้อง แบบของข้อเรียกร้อง (statements of claim) และคำแก้ข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้าน (defence) เอกสารที่เกี่ยวข้องและระดับชั้นของเอกสารที่ต้องเปิดเผยระหว่างคู่กรณีหรือที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอ การใช้ข้อบังคับเรื่องพยานหลักฐานหรือข้อบังคับอื่น ๆ ที่เป็นที่ยอมรับ ฯลฯ (มาตรา 34)

นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ (experts) หรือที่ปรึกษากฎหมาย (legal advisers) หรือที่ปรึกษาหรือผู้ประเมิน (assessors) ในการให้ความเห็นในเรื่องทางเทคนิคได้ โดยบุคคลดังกล่าวอาจได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา (มาตรา 37)

โดยที่การอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาลมาก ศาลจึงมีอำนาจในบางเรื่องที่จะควบคุมการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือให้ความช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การขอหมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร (มาตรา 43-44) การตัดสินข้อกฎหมาย (มาตรา 45) อย่างไรก็ตาม ศาลจะมีอำนาจทำการดังกล่าวได้ต่อเมื่อคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการร้องขอให้ศาลดำเนินการ

กรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่เข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการต่อไปโดยมีคู่กรณีในข้อพิพาทเพียงฝ่ายเดียว (มาตรา 41) โดยไม่ต้องใช้อำนาจของศาล

⁷³ เสาวนีย์ อัครไวจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 26.

ในฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code of Civil Procedure) มาตรา 1460 ไม่ได้กำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการไว้ ถ้าคู่กรณีได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น ข้อตกลงอนุญาตตุลาการอาจใช้จากการอ้างถึงสถาบันอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการก็ต้องนำหลักทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการมาใช้ตามที่ปรากฏในมาตรา 4-10 มาตรา 11 (1) และมาตรา 13-20 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁷⁴

สำหรับบทบัญญัติโดยสรุปซึ่งใช้กับการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือสาระของข้อพิพาทกำหนดไว้ในข้อเรียกร้องและคำคัดค้านรวมทั้งข้อเรียกร้องแย้ง และคำแก้ข้อเรียกร้องแย้ง (มาตรา 4) การพิสูจน์ข้อเท็จจริงโดยพยานหลักฐานตามข้อเรียกร้อง (มาตรา 8 และ 9) ข้อเท็จจริงที่ไม่นำเข้าสู่อคติไม่อาจนำมาเป็นพื้นฐานในคำตัดสินของอนุญาตตุลาการได้ (มาตรา 7) อนุญาตตุลาการอาจเชิญคู่กรณีมาให้ความเห็นในข้อเท็จจริงที่พิจารณาว่าเกี่ยวข้องกับคดี (มาตรา 8) อนุญาตตุลาการอาจใช้มาตรการทางกฎหมายใด ๆ ที่เป็นประโยชน์ในการมีคำสั่ง (มาตรา 10) คู่กรณีต้องเข้าร่วมในมาตรการที่สั่ง (มาตรา 11) อนุญาตตุลาการอาจเชิญคู่กรณีมาให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายใด ๆ (มาตรา 13) หลักความเท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณีต้องได้รับการยอมรับและไม่มีคำตัดสินที่สร้างขึ้นหากข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานซึ่งคู่กรณีทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสให้ความเห็น และอนุญาตตุลาการไม่สามารถทำคำตัดสินโดยปราศจากการรับรองของคู่กรณี (มาตรา 14-17) อนุญาตตุลาการสามารถใช้การประนีประนอมได้ตลอดเวลา (มาตรา 21)

ถึงแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายปรากฏโดยชัดแจ้งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจา (oral hearing) ซึ่งโดยปกติคู่กรณีจะกระทำโดยลายลักษณ์อักษร เนื้อหาโดยทั่วไปในพื้นฐานกฎหมายเป็นไปได้ที่คู่กรณีเสนอให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจาได้⁷⁵

สำหรับการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1494 วรรคสอง กำหนดว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการทั้งโดยตรงและโดยอ้อมซึ่งอ้างถึงข้อบังคับอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการตามข้อบังคับ

⁷⁴ Derains, Yves, France - 15.

⁷⁵ Ibid.

นั้น แต่อนุญาตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความ แต่ถ้า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการมิได้กำหนดกระบวนการพิจารณาไว้ อนุญาตตุลาการจะต้องดำเนินการ เท่าที่จำเป็นไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมอิงกฎหมายหรือข้อบังคับอนุญาตตุลาการ มาตรฐานนี้ให้ความยืดหยุ่นต่อคู่กรณีมากที่สุดที่ใช้อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส ตั้งแต่การที่สามารถกำหนดกระบวนการพิจารณาได้ตามที่เห็นสมควร หรือให้อุญาตตุลาการดำเนินการโดยไม่ใช้กฎหมาย ซึ่งอาจเป็นประโยชน์โดยเฉพาะในคดีซึ่งคู่กรณีอยู่ในระบบกฎหมายที่ต่างวัฒนธรรมกันมากในเรื่องกระบวนการพิจารณา เช่น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law system) และระบบกฎหมายภาคพื้นทวีป (continental system) ซึ่งหมายถึง ประเทศอื่น ๆ ในยุโรป ยกเว้นประเทศอังกฤษ⁷⁶

การใช้กฎหมายของชาติอื่น ๆ อาจตกลงโดยคู่กรณีหรืออนุญาตตุลาการ แต่เมื่อมีการเสนอให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศส อนุญาตตุลาการต้องยอมรับข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของฝรั่งเศส⁷⁷ อย่างไรก็ตาม มาตรา 1495 ให้ความมั่นใจว่า คู่กรณีอาจมีข้อตกลงพิเศษนอกเหนือจากการใช้ข้อบังคับใด ๆ ซึ่งเป็นไปตามความสงบเรียบร้อยภายใน แต่เสรีภาพของคู่กรณีและอนุญาตตุลาการยังคงมีอยู่ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศของฝรั่งเศสด้วย ยิ่งกว่านั้นคำชี้ขาดอาจถูกทำลาย (set aside) โดยผู้พิพากษาฝรั่งเศสเมื่อเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาได้ โดยใช้หลักจากพื้นฐานแนวคิด 2 ประการคือ หลักของความเสมอภาค (principle of equality) ระหว่างคู่กรณี และสิทธิต่อสู้คดีของคู่กรณีในทุกประเด็นของข้อพิพาท

กระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่อยู่ในดุลพินิจของอนุญาตตุลาการ ถ้าไม่ปรากฏข้อตกลงของคู่กรณีหรือข้อบังคับที่นำมาบังคับใช้กฎหมายอนุญาตตุลาการของสหรัฐ (Federal Arbitration Act) ไม่กำหนดบังคับในเรื่องกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการไว้ อย่างไรก็ตาม คำชี้ขาดอาจถูกทำลายถ้าอนุญาตตุลาการปฏิเสธให้เลื่อนการพิจารณาคดีที่มีเหตุสมควรหรือปฏิเสธการรับฟังพยาน (มาตรา 10) ถึงแม้ว่าจะไม่มีภาระบัญญัติในกฎหมายในเรื่องการพิจารณาที่ให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณี แต่โดยทั่วไปยอมรับกันว่า สิทธิพื้นฐานจะต้องไม่ได้รับการปฏิเสธ คู่กรณีอาจละสิทธิในการเข้าฟังการดำเนินการสอบสวน

⁷⁶ Ibid., France - 16.

⁷⁷ ดู Yearbook Vol. VI (1981) France, IV. 2. a.

พิจารณา ซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินตามหลักเรื่องพยานหลักฐานโดยพิจารณาใน ข้อต่อสู้ที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติ โดยชัดแจ้งเกี่ยวกับวิธีพิจารณา โดยระบุข้อกำหนดเกี่ยวกับการแจ้งกำหนดวันพิจารณา การเลื่อนการพิจารณาถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่มา การละสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาและการเสนอพยาน หลักฐานปรากฏในมาตรา 15 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอกรูป (Uniform Arbitration Act)⁷⁸

ถ้าไม่มีการกำหนดในกฎหมายให้ คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการมีอิสระใน การกำหนดกระบวนการพิจารณา ตั้งแต่การเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ การยื่น ข้อเรียกร้อง (statements of Claim) คำคัดค้าน (defense) การยื่นคำร้องอื่น ๆ และการดำเนิน กระบวนการพิจารณาที่กำหนดไว้โดยลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา การดำเนินกระบวนการที่ ปรากฏอยู่ภายใต้ข้อบังคับซึ่งคู่กรณีตกลงกัน และข้อบังคับนั้นแตกต่างกับข้อบังคับที่ใช้ในสหรัฐ อเมริกา เช่น ข้อบังคับ AAA (AAA Commercial Rules, AAA International Rules) และ ข้อบังคับของ UNCITRAL ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแต่ละแห่งได้รวมบทบัญญัติใน เรื่องกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน⁷⁹

2.3.2 กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี (applicable law)

ในการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจเลือกกฎหมายโดยใช้กฎหมายสาระ บัญญัติ (substantive law) กับข้อพิพาท แต่ถ้าคู่กรณีมิได้เลือกไว้ก็เป็นหน้าที่ของอนุญาโต ตุลาการจะต้องเลือกโดยอาจใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of laws) เพื่อ เลือกกฎหมายสาระบัญญัติ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของคู่กรณี ตามสัญญา⁸⁰

⁷⁸ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 20.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ ดู พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 131.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับกรณี อย่างไรก็ตาม ในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ อนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 24 เพื่อให้คำชี้ขาดที่ทำขึ้นชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้น มิฉะนั้น ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด และอนุญาโตตุลาการไม่สามารถตัดสินในลักษณะของ amiable compositeurs ตามหลักความยุติธรรม (equity) ได้ ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นั้น คู่กรณีอาจจะระบุในสัญญาว่าให้อยู่ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ ถ้าไม่มีการระบุกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ อนุญาโตตุลาการจะนำหลักนิติธรรม (rules of law) มาปรับใช้⁸¹ ซึ่งอาจต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี (applicable law) เป็นเรื่องที่คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการตกลงกันในเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสาระของข้อพิพาท หากไม่มีการตกลงกันได้ อนุญาโตตุลาการจะมีหน้าที่ในการหากกฎหมายที่มาใช้กับข้อพิพาทนั้นซึ่งนอกจากกฎหมายสาระบัญญัติดังกล่าว กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณียังมีอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความกล่าวคือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ เช่น เยอรมัน คู่กรณีที่ทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศเยอรมันอาจเลือกใช้กฎหมายของประเทศอื่น ๆ มาบังคับกับการอนุญาโตตุลาการในเรื่องทั่วไปและวิธีพิจารณา ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายวิธีพิจารณาก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการบังคับกับการพิจารณา (lex loci arbitri)⁸² อย่างไรก็ตาม การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีนั้น คู่กรณีอาจถูกจำกัดโดยเหตุผลความจำเป็นในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาด นอกจากหลักเกณฑ์ที่เลือกในเรื่องสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ยังอาจรวมถึงเรื่องสถานที่บังคับตามคำชี้ขาด (place of enforcement)⁸³ ที่ต้องคำนึงถึงด้วย

⁸¹ Saowanee Asawaroj, "Thailand," in International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 9, September 1988, Thailand - 9.

⁸² ดู พิรัชศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 10.

⁸³ Lew, D.M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 582.

เมื่ออนุญาโตตุลาการต้องเลือกหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งมักใช้บทบัญญัติกฎหมายชาติต่าง ๆ บ้าง อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องค้นหาในเรื่องที่ไม่ใช่เฉพาะของชาติใดชาติหนึ่ง (non-national) และโดยทั่วไปยอมรับข้อบังคับ (rule) หรือทางปฏิบัติที่เหมาะสมกับประเด็นพิพาท อาจเป็นไปได้ว่าคู่กรณีมาจากหรือมีที่ทำธุรกิจในประเทศซึ่งให้สัตยาบันและนำอนุสัญญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ในกรณีเช่นนั้นข้อกำหนดในอนุสัญญาดังกล่าวถูกนำมาใช้บังคับ ในอีกกรณีหนึ่งอาจมีกฎหมายหรือทางปฏิบัติในเรื่องระหว่างประเทศบ้าง หรือไม่ใช่เรื่องเฉพาะชาติ (non-national) บ้างที่เหมาะสมกับข้อพิพาท ดังนั้น กฎหมายหรือทางปฏิบัตินั้นจะถูกนำมาใช้บังคับ นอกจากนี้ หากข้อพิพาทนั้นสามารถได้รับการแก้ไขโดยอาศัยจารีตประเพณีทางการค้า หรืออุตสาหกรรม ต้องนำจารีตประเพณีเช่นนั้นมาใช้บังคับ⁸⁴

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นซึ่งประกอบด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (law of international trade) ที่ต้องนำมาใช้บังคับมากกว่าข้อบังคับของกฎหมายภายใน (national law) ซึ่งมีการพัฒนามาจากการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commerce) โดยการตกลงและความประสงค์ของคู่กรณี⁸⁵

แม้จะไม่มีข้อบังคับที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศสำหรับข้อพิพาทใด ๆ อนุญาโตตุลาการก็ยังคงสามารถทำคำชี้ขาดได้โดยไม่ต้องอ้างอิงกฎหมายภายในของชาติใดชาติหนึ่ง ซึ่งในระบบกฎหมายอื่น ๆ รวมทั้งระบบกฎหมายขัดกันก็ยอมรับหลักการนี้เช่นเดียวกัน และในกรณีนี้ก็ไม่มีเจตจำนงที่จะต้องเลือกเอากฎหมายของชาติใดชาติหนึ่งมาใช้ เนื่องจากถือว่าไม่มีการขัดกันของกฎหมายเกิดขึ้นหรือเพราะว่าไม่มีการขัดกันที่แท้จริง (real conflict) เช่นนั้น การที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดบนพื้นฐานของหลักทั่วไป (common rule) ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในระดับระหว่างประเทศ แทนที่การอ้างอิงข้อบังคับของกฎหมายภายในของชาติใดชาติหนึ่ง แม้ว่าโดยส่วนใหญ่ข้อบังคับทั้งสองประการจะไม่มี ความแตกต่างกันมากนักก็ตาม ยิ่งเป็นการเน้นให้เห็นถึงคำชี้ขาดที่มีลักษณะระหว่างประเทศ⁸⁶

⁸⁴ Ibid., pp. 582-583.

⁸⁵ Ibid., p. 583.

⁸⁶ Ibid.

ระบบ Common law ถือว่า อนุญาโตตุลาการนั้นพิจารณาคดีที่ไหนต้องใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นก็เป็นคำชี้ขาดของประเทศนั้น เช่น ถ้ามีการทำอนุญาโตตุลาการในฝรั่งเศส โดยอนุญาโตตุลาการสามารถเลือกกฎหมายของประเทศอื่นได้ซึ่งหมายถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่หมายถึงกฎหมายที่มาตัดสินข้อพิพาท ถ้าคู่กรณีเลือกใช้กฎหมายของชาติอื่นที่ไม่ใช่ฝรั่งเศส ให้ถือว่าคำตัดสินอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะเดียวกับกฎหมายที่เลือกใช้ เช่น foreign arbitration ไม่ถือว่าเป็น domestic arbitration ฉะนั้น ถ้าจะให้ศาลฝรั่งเศสยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต้องอาศัยอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก 1958⁸⁷

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 1496 บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินคดีตามข้อบังคับของกฎหมาย (Rules of law) ที่คู่กรณีเลือก หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้นให้เป็นไปตามความเหมาะสม บทบัญญัตินี้คำนึงถึงประโยชน์ทางการค้าและรับรองเสรีภาพของคู่กรณีในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ อันเป็นภาระผูกพันของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการตามนั้น การที่อนุญาโตตุลาการไม่ดำเนินการตามบทบัญญัตินี้อาจเป็นเหตุของการคัดค้านคำชี้ขาด ตั้งแต่การไม่เอาใจใส่ในหน้าที่ที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (terms of reference) กฎหมายที่คู่กรณีเลือก อาจเป็นกฎหมายภายในประเทศหรือไม่ใช่กฎหมายภายในประเทศ (lex mercatoria)⁸⁸

หากไม่มีทางเลือกของกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคู่กรณี อนุญาโตตุลาการมีเสรีภาพที่เหมือนกับคู่กรณีที่ตัดสินใจใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายภายในหรือไม่ อนุญาโตตุลาการอาจใช้ประโยชน์ของจารีตประเพณีทางการค้า ซึ่งเป็นประเพณีในอนุสัญญาระหว่างประเทศ⁸⁹

⁸⁷ อนันต์ จันทร์โอภากร, Applicable Law, หน้า 9-10.

⁸⁸ Derains, Yves, France (Suppl. on International Arbitration) p.11. และดู Journal Official, May 14, 1981, p. 1380.

⁸⁹ ดู Art. 7 (1) ของ 1961 ของ 1961 European Convention และ UNCITRAL Rules, Art. 33(3); ICC Rules, Art 13 (5).

นอกจากนั้นมิบับัญญัติให้อนุญาตตุลาการทำหน้าที่เช่นผู้ไกล่เกลี่ย (amiable compositeur)⁹⁰ เมื่อคู่กรณีตกลงกันเช่นนั้น (มาตรา 1497) ซึ่งอนุญาตตุลาการที่มีอำนาจเช่น amiables compositeurs ได้รับอนุญาตในการไม่ต้องใช้ข้อบังคับของกฎหมาย ในทางปฏิบัติสิ่งที่สำคัญในการให้อำนาจอนุญาตตุลาการเป็น amiables compositeurs ถือเป็น การละสิทธิอุทธรณ์คดีด้านคำชี้ขาด⁹¹

ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายของรัฐบาลกลางและกฎหมายของรัฐไม่ได้ระบุถึงปัญหาที่อนุญาตตุลาการต้องทำตามข้อบังคับของกฎหมาย (rules of law) อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับ UNCITRAL ได้ระบุบทบัญญัติในเรื่องนี้⁹² (ข้อ 33)

ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณา (Procedural Law) โดยทั่วไปอนุญาตตุลาการ ดำเนินการตามบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาตตุลาการ ณ สถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ⁹³

ถ้าข้อตกลงหรือข้อบังคับที่นำมาใช้มีการกำหนดว่า อนุญาตตุลาการต้อง ตัดสินตามกฎหมาย ศาลถือว่าอนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติตามที่กำหนดนั้น อนุญาตตุลาการ จะใช้กฎหมายสาระบัญญัติ (substantive law) ที่ตกลงโดยคู่กรณีหรือถูกเลือกโดยข้อบังคับที่นำ มาใช้ได้ ๆ การที่อนุญาตตุลาการตัดสินตามกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับกรณี (applicable law) ไม่ได้หมายความว่า ศาลจะตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการสำหรับความผิดพลาดในการ แปลความกฎหมาย หรือจะทำลายคำชี้ขาดเมื่อปรากฏข้อผิดพลาดเช่นนั้น⁹⁴

กรณีที่ข้อตกลงหรือข้อบังคับไม่ได้แสดงให้เห็นปรากฏถึงกฎหมายที่ใช้ในการ ตัดสินสาระของข้อพิพาท อนุญาตตุลาการมีอิสระที่จะตัดสินข้อพิพาทนั้นไปตามที่เห็นว่า ยุติธรรมและเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม อนุญาตตุลาการส่วนใหญ่พิจารณาแนวทางของกฎหมาย

⁹⁰ ดู Yearbook Vol. VI (1981) France, V. 5.

⁹¹ Derains, Yves, France, op.cit. p.12.

⁹² Holtzman, M. Howard, U.S.A.-27.

⁹³ Ibid., U.S.A. - 28.

⁹⁴ Ibid.

ที่เหมาะสมมากที่สุดสำหรับคดีนั้น ๆ เมื่อสัญญาระบุสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ แต่มิได้ระบุกฎหมายสาระบัญญัติที่ใช้บังคับ อนุญาโตตุลาการบางคนจะถือว่า คู่กรณีประสงค์จะให้ใช้กฎหมายสาระบัญญัติของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักนี้ และสามารถใช้ดุลพินิจเลือกกฎหมายสาระบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับ บางครั้งให้หลักการเลือกใช้กฎหมาย (choice of law principles) ซึ่งแพร่หลายในการใช้กฎหมาย ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ⁹⁵

ทางปฏิบัติ ของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินในกรณีของ amiable compositeurs ซึ่งทำได้ตามกฎหมายของบางประเทศ ไม่ปรากฏในสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม แนวคิดเช่นนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องปกติในการอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่สัญญาหรือข้อบังคับไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการตัดสินในสาระของข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินตามความเป็นธรรมและยุติธรรม ซึ่งแนวคิดเช่นนี้คล้ายกับการตัดสินของ amiable compositeurs⁹⁶

กระบวนการพิจารณาเดิมของอังกฤษ อนุญาโตตุลาการอาจยื่นขอต่อศาลในการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมาย (questions of law) ซึ่งกฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้เดินตามแนวทางนี้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมลรัฐคอนเนคติกัต (Connecticut) บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการเสนอต่อศาลเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายได้ แต่บทบัญญัตินี้ไม่อาจใช้กับคดีพหุภาคีระหว่างประเทศ เพราะการตรากฎหมายของมลรัฐนี้ที่ใช้บังคับกับคดีระหว่างประเทศยึดหลักกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)⁹⁷

2.3.3 สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration)

โดยทั่วไปสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามความตกลงของคู่กรณี ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในไทย เมื่อไม่มีการตกลงเรื่องสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไว้โดยชัดแจ้ง หากมีการยื่นข้อเรียกร้องต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา สถานที่ตั้งของสถาบันนั้นจะเป็นที่ทำการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid., U.S.A. - 29.

⁹⁷ Ibid.

ในสหรัฐอเมริกาที่มีหลักเรื่องนี้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามความตกลงของคู่กรณี ภายใต้ AAA Commercial Rules ถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงเรื่องสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไว้ AAA จะเป็นผู้ตัดสินเรื่องนี้ ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการ (ข้อ 11) ตรงกันข้ามกับหลักใน UNCITRAL Rules ที่กล่าวว่าเมื่อคู่กรณีมิได้ตกลงเรื่องสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องนี้คืออนุญาโตตุลาการ (ข้อ 16) ส่วนกฎหมายอนุญาโตตุลาการสหรัฐ (Federal Arbitration Act - FAA) กำหนดสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่อ้างอิงเพียงแห่งเดียวเท่านั้น กล่าวคือ ถ้าศาลมีคำสั่งบังคับกับการอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องเกิดขึ้นในเขตศาลสหรัฐซึ่งมีการยื่นคำร้องเพื่อสั่ง (FAA มาตรา 4) กฎหมายมลรัฐส่วนมากระบุบทบัญญัติพิเศษว่า เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันหรือในข้อบังคับที่นำมาใช้บังคับกับกรณี (applicable rules) อนุญาโตตุลาการจะระงับสถานที่พิจารณา (place of hearings) ซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายเอกรูปสหรัฐอเมริกา (Uniform Arbitration Act มาตรา 5)⁹⁸

ไม่ว่ากฎหมายของสหรัฐหรือมลรัฐส่วนใหญ่มักให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งหมดเพียงแห่งเดียว AAA Commercial Rules อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแต่ละครั้งที่พิจารณา ซึ่งแสดงว่า การพิจารณาอาจจัด ณ สถานที่แตกต่างกันเพื่อความสะดวก และเป็นเรื่องของความยืดหยุ่นทำนองเดียวกันที่มีใน AAA International Rules (มาตรา 13) และ UNCITRAL Rules (มาตรา 16)⁹⁹

สิ่งสำคัญของ การเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการก็คือ การอนุญาโตตุลาการจะถูกบังคับโดยกฎหมายวิธีพิจารณาของสถานที่นั้น โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการจะทำคำชี้ขาด ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ การบังคับคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศบ่อยครั้งขึ้นอยู่กับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ แต่ในคดีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ กระบวนการบังคับแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานที่ทำคำชี้ขาด¹⁰⁰

⁹⁸ Ibid., U.S.A.-19

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ ดู Federal Arbitration Act มาตรา 9 ใน International Handbook on

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการภายในประเทศไม่ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดของสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ และโดยที่สถานที่ทำการอนุญาตตุลาการไม่เคยมีความสำคัญในกฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวพันโดยตรงและแยกจากกันด้วยเหตุปัญหา 2 ประการ ซึ่งบางครั้งเกี่ยวกับเจตนาของสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ ปัญหาประการแรก คือ การตัดสินของผู้พิพากษาซึ่งมีอำนาจ (Jurisdiction) ต่อมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นในการเริ่มต้นและระหว่างดำเนินกระบวนการ เช่น การตั้งอนุญาตตุลาการ การขยายเวลาในการทำคำชี้ขาด เป็นต้น มาตรา 1457 กำหนดว่า ผู้พิพากษาที่มีอำนาจคือ ผู้ที่สัญญาอนุญาตตุลาการได้แสดงไว้ ถ้าไม่ปรากฏเช่นนั้น คือ บุคคล ณ สถานที่ใด ๆ ซึ่งการอนุญาตตุลาการได้ดำเนินการตามสัญญาอนุญาตตุลาการ ในกรณีที่ไม่มีปรากฏสถานที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการในสัญญาอนุญาตตุลาการ ขอบอำนาจนั้นตกแก่ผู้พิพากษา ณ สถานที่ที่ผู้ถูกเรียกร้อง (Defendant) มีถิ่นที่อยู่หรือตกแก่ผู้พิพากษา ณ ถิ่นที่อยู่ของผู้เรียกร้อง (claimant) ถ้าผู้ถูกเรียกร้องไม่มีถิ่นที่อยู่ในฝรั่งเศส ปัญหาประการที่สอง คือ สถานที่ที่มีการยื่นคำร้องขอยกเลิกคำชี้ขาด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1486 ระบุว่า การขอยกเลิกคำชี้ขาดต้องยื่นต่อศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ณ สถานที่ทำคำชี้ขาด¹⁰¹

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแสดงโดยปริยายว่า คู่กรณีมีอิสระที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ ถ้ามีการแสดงโดยชัดแจ้งโดยคู่กรณี เช่นนั้น อนุญาตตุลาการจะต้องยอมรับและทำคำชี้ขาด ณ สถานที่ที่คู่กรณีเลือก อย่างไรก็ตาม อนุญาตตุลาการสามารถใช้สถานที่อื่นที่แตกต่างจากที่กำหนดไว้เพื่อความเหมาะสม เช่น การสืบพยาน หรือการไต่สวนที่จำเป็น เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงเรื่องสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการซึ่งมีอิสระในการดำเนินกระบวนการจะเป็นผู้ตัดสินในกรณีนี้¹⁰²

2.3.4 พยานหลักฐานและพยานผู้เชี่ยวชาญ

กฎหมายและทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการของอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องยึดกับตัวบทกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ว่าด้วย

¹⁰¹ Derains, Yves, France - 14.

¹⁰² Ibid.

การสืบพยาน ดังเช่นวิธีพิจารณาในศาล การดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถปรับให้เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละเรื่องและคำนึงถึงความประสงค์ของคู่กรณี แม้ว่าโดยหลักการแล้วจะถือว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งหมดเป็นอำนาจและดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ตามคำกล่าวที่ว่า "arbitrator is the master of the procedure" แต่ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีดำเนินการพิจารณาโดยให้คู่กรณีเห็นพ้องต้องกันก่อนเสมอ¹⁰³

การเสนอพยานหลักฐานในสหรัฐอเมริกา กฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจและข้อบังคับที่นำมาใช้ภายใต้การควบคุมของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐจึงไม่ได้ระบุบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับพยานหลักฐานไว้ แต่มีบทบัญญัติว่า คำชี้ขาดอาจถูกทำลายถ้าอนุญาโตตุลาการปฏิเสธการรับฟังพยานที่เป็นประเด็นพิพาท (มาตรา 10) อนุญาโตตุลาการอาจบังคับพยานในลักษณะเดียวกับผู้พิพากษา คือ เรียกบุคคลให้มาเป็นพยานเช่นการดำเนินกระบวนการในศาล (มาตรา 7) และกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ส่วนใหญ่มีลักษณะเช่นที่กล่าวมานี้¹⁰⁴

การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการในสหรัฐอเมริกาไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายในเรื่องพยานหลักฐานเช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาของศาลที่เรียกว่า "ข้อกำหนดเกี่ยวกับพยานหลักฐาน" (legal rules of evidence) ซึ่งพัฒนามาจากการพิจารณาโดยคณะลูกขุนในศาล แต่ไม่ได้ใช้กับการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีกระบวนการที่ไม่เป็นทางการ อนุญาโตตุลาการสามารถรับฟังพยานหลักฐานอะไรก็ตามที่เสนอต่อตนโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าพยานหลักฐานทั้งหมดเป็นที่เชื่อถือว่ามีมูลหรือเท็จจริงได้หรือไม่¹⁰⁵

¹⁰³ อานันท์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 105-108.

¹⁰⁴ ดู Uniform Arbitration Act, Sect. 7, 12.

¹⁰⁵ Holtzman, M. Howard, U.S.A.-20.

คู่กรณีอาจเลือกยื่นคำให้การพยานที่สาบานตนแล้วเป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า affidavit *

โดยปกติคู่กรณีหรือทนายที่ระบุพยานจะเป็นผู้เริ่มถามพยานก่อนสำหรับคำถามนำ (leading questions) จะถามได้หรือไม่เป็นดุลพินิจของอนุญาตโตตุลาการหลังจากเสร็จการซักถาม พยานจะตอบคำถามด้านของอีกฝ่าย (cross examination) สิทธิในการถามด้านพยานปรากฏในกฎหมายมลรัฐต่าง ๆ (กฎหมายอนุญาตโตตุลาการเอกรูป มาตรา 5) และในทางปฏิบัติคู่กรณีที่ระบุพยานสามารถถามหลังจากคำถามด้าน คือ คำถามดึง (re-direct examination) แต่การถามดึง (re-direct) หรือ การถามด้านซ้ำ (re-cross examination) อยู่ในดุลพินิจอนุญาตโตตุลาการ¹⁰⁶

ในทางปฏิบัติแม้ว่าการซักถามและถามด้านพยานจะดำเนินการโดยคู่กรณีหรือทนาย แต่อนุญาตโตตุลาการอาจถามพยานเพื่อให้เข้าใจและสามารถตัดสินข้อพิพาทได้ในกรณีที่เห็นว่าจำเป็น ส่วนในเรื่องพยานเอกสารนั้น ถ้าคู่กรณีหรือบุคคลอื่นได้ปฏิเสธการส่งเอกสาร คู่กรณีที่ประสงค์จะใช้เอกสารนั้นเป็นพยานเอกสารอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจอย่างไรก็ตามโดยทั่วไปศาลจะไม่มาเกี่ยวข้องกับกระบวนพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการและจะสั่งเรื่องนี้เป็นกรณีพิเศษเท่านั้น¹⁰⁷

เรื่องผู้เชี่ยวชาญ (expert) กฎหมายอนุญาตโตตุลาการมิได้ระบุบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ผู้เชี่ยวชาญได้รับการปฏิบัติเช่นพยานอื่น ๆ ข้อบังคับที่ดำเนินการภายใต้สมาคมอนุญาตโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ทั้งในและระหว่างประเทศระบุบทบัญญัติให้คู่กรณีเสนอตั้งผู้เชี่ยวชาญได้เช่นเดียวกับที่ให้อุญาตโตตุลาการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ¹⁰⁸

* Affidavit เป็นคำเบิกความว่าด้วยข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งทำนอกศาล โดยมีคำสาบานประกอบ และอาจนำมาใช้อย่างคำพยานในศาลได้ ดู พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 7.

¹⁰⁶ Holtzmann, M. Howard, U.S.A.-21.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

ในฝรั่งเศส อนุญาตตุลาการอาจสั่งพยานให้การโดยไม่ต้องผูกมัดกับข้อบังคับกระบวนการพิจารณาเช่นศาล อนุญาตตุลาการมีอิสระที่จะสืบพยานตามที่เห็นว่าเหมาะสม เว้นแต่คู่กรณีจะดำเนินการตามที่ตกลงกันเป็นพิเศษ ยิ่งกว่านั้นอนุญาตตุลาการอาจให้คู่กรณีซักถามและถามค้านพยาน¹⁰⁹

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสระบุให้พยานไม่ต้องสาบาน (มาตรา 1461) อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับพยานให้มาร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่นอำนาจของผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถขอให้ศาลชั้นต้นหมายเรียกพยานมาให้การได้ และอนุญาตตุลาการอาจสั่งให้คู่กรณีส่งเอกสาร (มาตรา 1460) อนุญาตตุลาการอาจพิสูจน์การเขียนหรือวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับข้อผิดพลาดของเอกสารที่พิพาท อำนาจเช่นว่านั้นเป็นไปตามจารีตประเพณี ซึ่งอนุญาตตุลาการได้รับมาจากกฎหมายที่เกิดจากคดี (case law) ปรากฏในมาตรา 1467 อย่างไรก็ตามอำนาจนี้ไม่สามารถใช้บังคับกับเอกสารที่รับรองโดยเจ้าหน้าที่และเจ้าหน้าที่นั้นได้จัดทำขึ้นโดยรับอนุญาตจากรัฐ (public notary)¹¹⁰

ในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้คู่กรณีกำหนดกระบวนการพิจารณาในการสืบพยาน ถ้าคู่กรณีไม่อาจตกลงกันได้ อนุญาตตุลาการมีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับพยานตามที่เห็นเหมาะสม โดยให้อนุญาตตุลาการใช้หลักของความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (มาตรา 1494)¹¹¹

สำหรับผู้เชี่ยวชาญ (experts) ในการอนุญาตตุลาการนั้น อนุญาตตุลาการอาจตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ความเห็นเป็นข้อมูลของอนุญาตตุลาการ ส่วนในเรื่องกระบวนการพิจารณา อนุญาตตุลาการมีอิสระที่จะตัดสินเกี่ยวกับข้อบังคับที่ตามมา โดยให้อนุญาตตุลาการใช้หลักความเสมอภาค (principle of equality) และกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา (adversary proceedings)¹¹² ยิ่งกว่านั้นคู่กรณีอาจต้องพิจารณาความเห็นผู้เชี่ยวชาญ และถ้าอนุญาตตุลาการ

¹⁰⁹ Derains, Yves., France - 16.

¹¹⁰ Ibid., France - 16, 17.

¹¹¹ Ibid., France - 17.

¹¹² ดู พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 3.

เห็นเป็นการเหมาะสม อาจให้ผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในกระบวนการพิจารณาและให้คู่กรณีถามผู้เชี่ยวชาญนั้น
ได้¹¹³

2.3.5 การผิดนัด (default) และการพิจารณาโดยขาดนัด

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาโดยขาดนัด
ไว้ด้วย ทั้งเรื่องการขาดนัดยื่นคำให้การและขาดนัดพิจารณา ซึ่งใช้สำหรับบังคับกับการดำเนิน
กระบวนการพิจารณาในศาล แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้มีบทบัญญัติใน
เรื่องการพิจารณาคดีโดยที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดไว้ด้วย ในทางปฏิบัติ เมื่อมีกรณีเช่นนี้
เกิดขึ้น อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจสั่งในเรื่องคู่กรณีขาดนัดแล้วดำเนินกระบวนการพิจารณาไปฝ่าย
เดียวได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการได้เคยสั่งเรื่องการขาดนัดพิจารณาของคู่กรณี
ฝ่ายหนึ่งแล้วดำเนินกระบวนการพิจารณาไปฝ่ายเดียวแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง *
ซึ่งน่าจะเป็นการสั่งโดยเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 17 ให้อำนาจ
อนุญาโตตุลาการอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักแห่งความ
ยุติธรรมเป็นสำคัญ โดยจะต้องแจ้งคู่กรณีทุกฝ่ายเกี่ยวกับวันนัดพิจารณาโดยชอบแล้ว¹¹⁴

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Federal Arbitration Act) ไม่มีบท
บัญญัติเกี่ยวกับการไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของคู่กรณีหลังจากการได้รับแจ้งโดยชอบ (due
notice) แต่โดยหลักทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่า ถ้าคู่กรณีได้รับแจ้งเกี่ยวกับสถานที่และเวลาพิจารณา
ของอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ไม่มาร่วมในกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการ
พิจารณาไปฝ่ายเดียว ส่วนกฎหมายของสหรัฐส่วนใหญ่ระบุบทบัญญัติว่าด้วยการขาดนัด
(default) โดยชัดแจ้ง ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอกรูป (Uniform Arbitration Act) บัญญัติว่า

¹¹³ Derains, Yves, France - 17.

* คดีของสำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เมื่อปี พ.ศ. 2536
(ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 3/2536 หมายเลขแดงที่ 7/2536 เรื่อง สัญญาก่อสร้าง ซึ่งอนุญาโต
ตุลาการใช้เวลาพิจารณาทำคำชี้ขาดเป็นเวลา 2 เดือนเศษ

¹¹⁴ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
นอกศาล, หน้า 110-111.

อนุญาตตุลาการอาจพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในประเด็นที่เสนอโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่ได้รับแจ้งโดยชอบเกี่ยวกับวันนัดพิจารณาแล้วไม่เข้าร่วมการพิจารณา (มาตรา 5)¹¹⁵

ข้อบังคับทั้งหลายที่อยู่ภายใต้การดำเนินการของ AAA ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ภายในหรือระหว่างประเทศระบุว่า อนุญาตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด เมื่อคู่กรณีนั้นได้รับแจ้งโดยเหมาะสมแล้วไม่มาร่วมการพิจารณาหรือขอเลื่อนการพิจารณา (adjournment) อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับทางพาณิชย์ (AAA Commercial Rules) กำหนดว่า คำชี้ขาดต้องไม่ทำโดยฝ่ายเดียว (solely) ในกรณีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด อนุญาตตุลาการต้องให้คู่กรณีซึ่งมาร่วมพิจารณาเสนอพยานหลักฐานที่อนุญาตตุลาการอาจใช้ในการทำคำชี้ขาด (ข้อ 30) โดยข้อบังคับอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของ AAA และข้อบังคับ UNCITRAL มีบทบัญญัติที่นำไปสู่ผลที่คล้ายคลึงกัน¹¹⁶ ซึ่งหมายถึงว่า แม้จะมีกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด แต่อนุญาตตุลาการจะตัดสินชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแพ้คดี เพราะเหตุที่ขาดนัดเท่านั้นไม่ได้ จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ปรากฏจากพยานหลักฐานในข้อพิพาทนั้น

ในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการขาดนัดไว้ คู่กรณีที่ได้รับแจ้งโดยชอบแล้วไม่มาปรากฏตัวหรือไม่แสดงตนภายในเวลาที่กำหนด อนุญาตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาไปโดยไม่มีคู่กรณีฝ่ายนั้นและทำคำชี้ขาดไปได้ ซึ่งการแจ้งให้คู่กรณีมาเข้าร่วมการพิจารณาจะทำโดยจดหมายลงทะเบียน (registered letter) ส่วนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศก็ไม่ปรากฏข้อบังคับเป็นพิเศษในเรื่องการขาดนัดไว้ อนุญาตตุลาการหรือคู่กรณีจะดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยใช้ข้อบังคับในประเทศที่มีบทบัญญัติเรื่องนี้หรือไม่ปรากฏเรื่องนี้ก็ดำเนินการสอบสวนพิจารณาไปตามข้อบังคับที่ตกลงกันหรือหลักทั่วไปที่อนุญาตตุลาการสามารถดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ เมื่อได้มีการแจ้งวันนัดโดยชอบแล้ว¹¹⁷

¹¹⁵ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. -23.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Derains, Yves, France - 18.

2.4 คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด

เมื่ออนุญาตตุลาการได้พิจารณาดีโดยสืบพยานทั้งฝ่ายผู้เรียกร้องและผู้ถูกเรียกร้องเสร็จแล้วก็จะสั่งปิดการพิจารณาเพื่อดำเนินการทำคำชี้ขาด ในกรณีที่มิอนุญาตตุลาการมากกว่า 1 คน คำชี้ขาดจะกระทำโดยเสียงข้างมาก โดยกฎหมายของต่างประเทศและของไทย ก็ถือหลักนี้เช่นเดียวกัน ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ในกรณีที่หาเสียงข้างมากไม่ได้ก็ให้อนุญาตตุลาการทุกคนรวมกันตั้งผู้ชี้ขาด (umpire)¹¹⁸

2.4.1 รูปแบบของคำชี้ขาดและเนื้อหาของคำชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 20 กำหนดให้คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี โดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย แต่กฎหมายมิได้กำหนดรายละเอียดว่า คำชี้ขาดต้องมีรายละเอียดหรือรายการอะไรบ้าง ซึ่งในทางปฏิบัติคำชี้ขาดจะประกอบด้วย ส่วนเริ่มต้นของคำชี้ขาดหรืออารัมภบทโดยจะแสดงถึงเหตุของข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ข้อเรียกร้องของคู่กรณี ข้อต่อสู้ของคู่กรณีและกระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินไป ส่วนที่สองเป็นส่วนที่เป็นเนื้อหาคำตัดสินโดยปกติก็จะตัดสินไปตามประเด็นข้อพิพาทที่ได้กำหนดไว้ก่อนการสืบพยาน ซึ่งในการวินิจฉัยข้อพิพาทในแต่ละประเด็นมักจะมีการกล่าวอ้างถึงกฎหมาย โดยอนุญาตตุลาการก็จะให้เหตุผลแห่งการวินิจฉัยในแต่ละประเด็นไว้ ส่วนที่สามเป็นลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด ซึ่งถ้ามีอนุญาตตุลาการหลายคน คำชี้ขาดนั้นต้องให้อนุญาตตุลาการทุกคนลงลายมือชื่อหรือไม่ ถ้ามีการปฏิเสธการลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการจะทำให้คำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์หรือไม่ เห็นว่า กฎหมายได้กำหนดให้คำชี้ขาดทำโดยเสียงข้างมาก ดังนั้น หากคำชี้ขาดลงลายมือชื่อโดยอนุญาตตุลาการโดยเสียงข้างมากแล้ว แม้จะมีอนุญาตตุลาการบางคนไม่ลงลายมือชื่อ คำชี้ขาดนั้นก็น่าจะใช้ได้ ในส่วนที่สี่คือวันเดือนปีและสถานที่ทำคำชี้ขาด แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดว่า คำชี้ขาดต้องระบุวันเดือนปีและสถานที่ในการทำคำชี้ขาด แต่รายละเอียดเรื่องนี้มีความสำคัญ

¹¹⁸ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530.

เพราะสามารถตรวจสอบได้สะดวกและชัดเจนว่า คำชี้ขาดทำขึ้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือตามที่คู่กรณีตกลงกันได้ ส่วนการระงับสถานะที่ทำคำชี้ขาดก็จะเป็นการสะดวกในการตรวจสอบในชั้นบังคับตามคำชี้ขาดว่า คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด¹¹⁹

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดว่า อนุญาตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดระหว่างพิจารณาหรือระหว่างกาล (interim award) คำชี้ขาดระหว่างกาลอาจเกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (interim measures of protection) กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี (applicable law) กฎหมายเกี่ยวกับอายุความ (limitation) อำนาจพิจารณาของอนุญาตตุลาการ (arbitrator's jurisdiction) หลักความรับผิดทางแพ่งของคู่กรณี (principle of the civil liability) หรือปัญหาใด ๆ ที่อนุญาตตุลาการพิจารณาเห็นเหมาะสมที่จะวินิจฉัยให้ระงับไปโดยให้แยกต่างหากจากกัน อย่างไรก็ตาม คู่กรณีอาจขอให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยครอบคลุมทุกประเด็นพิพาทในคำชี้ขาดอันเป็นที่สุดท้ายเพียงเดียว (one single final award)¹²⁰

คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการในการอนุญาตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration) ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยอนุญาตตุลาการ ถ้าอนุญาตตุลาการเสียชีวิตอย่างน้อยไม่เต็มใจลงนามต้องแสดงให้เห็นปรากฏในคำชี้ขาดโดยอนุญาตตุลาการคนอื่น และคำชี้ขาดนั้นมีผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่ลงนามโดยอนุญาตตุลาการทุกคน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1473) นอกจากนั้นคำชี้ขาดจะต้องประกอบด้วยรายละเอียดดังนี้ คือ ชื่อและที่อยู่ของอนุญาตตุลาการ วันที่ทำคำชี้ขาด สถานที่ทำคำชี้ขาด ชื่อและที่อยู่ของคู่กรณีทุกฝ่าย ชื่อของผู้แทนคู่กรณี (ถ้ามี) (มาตรา 1472) คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผล (มาตรา 1471) การไม่มีเหตุผลในคำชี้ขาดอาจเป็นเหตุของการเพิกถอนคำชี้ขาดเช่นเดียวกับการไม่ปรากฏชื่ออนุญาตตุลาการและวันที่ทำคำชี้ขาด (มาตรา 1480)¹²¹

¹¹⁹ อนันต์ จันทร์โฮภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 114-120.

¹²⁰ Derains, Yves, France - 18.

¹²¹ Ibid., France - 19, 20.

สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในฝรั่งเศส ถ้าคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายใดบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการก็เป็นไปตามนั้น กฎหมายดังกล่าวอาจเป็นเพียงกฎที่ใช้กับวิธีพิจารณา ถ้ากฎหมายหรือกฎไร้สัญชาติเหล่านั้นที่ใช้กับวิธีพิจารณาอนุญาตให้ทำคำชี้ขาดโดยไม่ให้เหตุผล หรือแม้จะอยู่ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสก็ตาม ตราบเท่าที่คู่กรณีได้อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยไม่ต้องใช้เหตุผล¹²²

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกาและมลรัฐต่าง ๆ กล่าวถึงคำชี้ขาดเท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึงคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim or interlocutory awards) ซึ่งตรงข้ามกับคำชี้ขาดที่เป็นที่สุด (final awards)¹²³

การทำคำชี้ขาดต้องทำโดยอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก คำชี้ขาดนั้นมีลักษณะแน่นอนและถึงที่สุด และต้องลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลในคำชี้ขาด และในทางปฏิบัติก็ไม่นิยมระบุเหตุผลในคำชี้ขาด¹²⁴ กฎหมายของสหรัฐและมลรัฐส่วนใหญ่ระบุว่าคำชี้ขาดต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร¹²⁵ รูปแบบคำชี้ขาดเพียงระบุวัน สถานที่ ทำคำชี้ขาด และลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ภายในประเทศโดยทั่วไประบุเพียงข้อสรุปเท่านั้น เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในทางตรงข้ามคดีที่ทำในสหรัฐอเมริกาภายใต้ข้อบังคับ UNCITRAL ต้องระบุเหตุผลในคำชี้ขาด¹²⁶ เช่นเดียวกับข้อบังคับ AAA ที่ให้ระบุเหตุผลในคำชี้ขาด¹²⁷

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹²² Ibid., France - 20.

¹²³ Holtzman, M. Howard, U.S.A.-24.

¹²⁴ คดี Bernhardt V. Polygraphic company (1956), (350 U.S. 198) ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลของคำชี้ขาดแต่อย่างใด รายละเอียดดู Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 132.

¹²⁵ ดู Federal Arbitration Act, Sect. 13 ; Uniform Arbitration Act, sect. 8.

¹²⁶ ดู UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 32.

¹²⁷ ดู AAA International Rules, Art. 28.

โดยที่กฎหมายรัฐบาลกลางไม่มีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อใน คำชี้ขาด ทางปฏิบัติคำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้กฎหมายนั้น จึงมีลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือเสียงข้างมากกรณีมีอนุญาโตตุลาการมากกว่า 1 คน¹²⁸ สำหรับข้อบังคับของ UNCITRAL ระบุ ให้คำชี้ขาดระบุเหตุผลกรณีอนุญาโตตุลาการไม่ลงลายมือชื่อ (ข้อ 32) ส่วน AAA Commercial Rules ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ รวมถึงกฎหมายรัฐบาลกลาง (Federal Arbitration Act) และ กฎหมายเอกรูป (Uniform Arbitration Act) ก็ไม่ได้ระบุไว้ให้ต้องระบุเหตุของการไม่ลงลายมือชื่อ ของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างน้อย ตรงข้ามกับกฎหมายของมลรัฐที่ใช้ UNCITRAL Model Law มี บทบัญญัติให้ระบุเหตุของการไม่ลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการด้วย¹²⁹

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1996) กำหนดให้คู่กรณีสามารถตกลงในเรื่องแบบของคำชี้ขาด ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันได้ คำชี้ขาดต้อง ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อโดยอนุญาโตตุลาการทุกคน และประกอบด้วยเหตุผล เว้นแต่คู่กรณีตกลงให้คำชี้ขาดไม่ต้องระบุเหตุผล นอกจากนี้คำชี้ขาดต้องระบุสถานที่ทำการ อนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) และวันที่ทำคำชี้ขาด (มาตรา 52)

2.4.2 การจัดทำคำชี้ขาดและระยะเวลาของการทำคำชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 21 บัญญัติว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในเวลา 180 วัน นับแต่วันตั้งอนุญาโตตุลาการคน สุดท้ายหรือผู้ชี้ขาดโดยชอบ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ในทางปฏิบัติ คดีที่มีข้อ ยุ้งยากซับซ้อนซึ่งคาดได้ว่าจะต้องใช้เวลาพิจารณามากกว่า 180 วัน คู่กรณีมักจะขยายเวลาโดย ตกลงกันไว้ก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาหรือเมื่อเริ่มกระบวนการพิจารณาไปแล้วระยะหนึ่ง อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีไม่อาจตกลงเรื่องระยะเวลาที่ขยาย คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรืออนุญาโตตุลาการ หรือ ผู้ชี้ขาดสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจและให้ศาลมีอำนาจสั่งขยายเวลาได้ตามที่เห็นสมควร คู่กรณีที่ประสงค์จะได้แย้งการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกินกำหนดเวลาดังกล่าว จะต้อง ได้แย้งเป็นหนังสือต่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด ภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันสิ้นกำหนดเวลา

¹²⁸ Uniform Arbitration Act, Sect. 4, 8.

¹²⁹ ดู UNCITRAL Model Law, Art. 31.

สำหรับทำคำชี้ขาดนั้น เพื่อเป็นเหตุคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดในภายหลัง¹³⁰

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ให้คู่กรณีกำหนดในสัญญาอนุญาตตุลาการให้เวลาที่เหมาะสมต่ออนุญาตตุลาการในการทำคำชี้ขาด ถ้าไม่มีการกำหนดเวลาทำคำชี้ขาดของคู่กรณีดังกล่าว อนุญาตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดให้แล้วเสร็จภายใน 6 เดือน นับแต่วันตั้งอนุญาตตุลาการคนสุดท้าย (มาตรา 1456)¹³¹

ระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดที่กำหนดโดยคู่กรณีหรือโดยกฎหมาย สามารถขยายได้โดยความตกลงของคู่กรณี¹³² หรือศาลชั้นต้นตามคำร้องขอของคู่กรณีหรืออนุญาตตุลาการ ศาลสูงสุดฝรั่งเศสตัดสินว่า คู่กรณีสามารถมอบอำนาจให้บุคคลที่ 3 ซึ่งในทางปฏิบัติคือสถาบันอนุญาตตุลาการ (Arbitral Institution) ขยายเวลาที่จำกัดนั้นและการขยายเวลาเช่นนั้นถือเสมือนว่าคู่กรณีได้ทำด้วยตนเอง¹³³ ทั้งนี้ คู่กรณีที่ไม่ได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการขยายเวลาที่จำกัดนั้น การขยายเวลาใด ๆ ที่ทำขึ้นจะไม่มีผลบังคับและไม่สมบูรณ์¹³⁴

อนุญาตตุลาการต้องกำหนดวันที่แน่นอนสำหรับการประชุมปรึกษาหรือทำคำชี้ขาด ซึ่งจะไม่มีการเสนอเอกสารหรือให้ความเห็นใด ๆ ต่ออนุญาตตุลาการหลังจากวันที่กำหนดนั้น เว้นแต่อนุญาตตุลาการร้องขอ (มาตรา 1468) คำชี้ขาดต้องทำขึ้นโดยเสียงส่วนใหญ่ของอนุญาตตุลาการ กรณีที่ไม่อาจหาเสียงที่เป็นเอกฉันท์ได้ (มาตรา 1460) ทั้งนี้ การประชุมปรึกษาของอนุญาตตุลาการต้องเป็นความลับ¹³⁵

¹³⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 116.

¹³¹ Derains, Yves, France - 19.

¹³² ดู Yearbook Vol. VI (1981) France, v.2

¹³³ Cass. Civ. Iere, June 16, 1976, Rev. Arb. 1977. 267.

¹³⁴ Derains, Yves, Ibid.

¹³⁵ Ibid.

ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายรัฐบาลกลางไม่ได้ระบุระยะเวลาสำหรับทำคำชี้ขาด ให้ใช้บังคับตามความตกลงของคู่กรณี กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ให้ทำคำชี้ขาดภายในเวลาที่ระบุไว้ในสัญญาอนุญาติตตุลาการ แต่ถ้าไม่ได้ระบุไว้ก็ให้เป็นไปตามที่ศาลกำหนดตามคำร้องของ คู่กรณี¹³⁶

กฎหมายอนุญาติตตุลาการสหรัฐอเมริกา (United States Arbitration Act) กฎหมายอนุญาติตตุลาการเอกรูป (Uniform Arbitration Act) ข้อบังคับของ AAA และ ข้อบังคับของ UNCITRAL ต่างก็ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาติตตุลาการเสียงข้างน้อยที่จะ บันทึกด้วยคำที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นอนุญาติตตุลาการเสียงข้างมาก การอนุญาติตตุลาการ ภายในประเทศของสหรัฐอเมริกา อนุญาติตตุลาการที่ไม่เห็นพ้องด้วยโดยปกติไม่บันทึกเหตุผล สำหรับการไม่เห็นด้วยทำนองเดียวกับอนุญาติตตุลาการเสียงข้างมากที่โดยปกติไม่บันทึกเหตุผล สำหรับการชี้ขาด อย่างไรก็ตาม ความเห็นกรณีที่ไม่เห็นพ้องด้วยจะปรากฏในกรณีอนุญาติตตุลาการ ระหว่างประเทศมากกว่า ไม่ปรากฏข้อบังคับหรือกฎหมายกำหนดแบบสำหรับการไม่เห็นพ้องด้วย ทางปฏิบัติแตกต่างกัน ข้อความที่ไม่เห็นพ้องด้วยของอนุญาติตตุลาการเสียงข้างน้อยบางครั้งแนบ กับคำชี้ขาด และบางกรณีแยกเป็นเอกสารต่างหาก โดยส่งไปพร้อมกับคำชี้ขาดหรือส่งไปภายหลัง การไม่เห็นพ้องด้วยดังกล่าวไม่มีผลที่จะดำเนินการใด ๆ ต่อไปได้ แต่อาจเป็นส่วนหนึ่งของ คำชี้ขาดที่จะขยายผลเมื่อเข้าสู่การพิจารณาของศาลกรณีที่บังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอน คำชี้ขาด¹³⁷

2.4.3 การแปลความและแก้ไขคำชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาติตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 22 วรรคสอง บัญญัติ ว่า "ถ้าในคำชี้ขาดใดมีข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรือข้อผิดพลาดเล็กน้อย เมื่ออนุญาติตตุลาการหรือ ผู้ชี้ขาดเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ อนุญาติตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดอาจแก้ไขให้ ถูกต้องได้" เป็นกรณีที่ปรากฏว่า เมื่อได้มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว อนุญาติตตุลาการหรือคู่กรณีได้พบเห็นข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยในคำชี้ขาด เช่น การ คำนวนตัวเลขผิดพลาด การพิมพ์หรือสะกดข้อผิดพลาด ตัวเลขและตัวอักษรไม่ตรงกัน เป็นต้น ซึ่ง อนุญาติตตุลาการอาจแก้ไขข้อผิดพลาดเหล่านั้นได้ หรือเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ อนุญาติต

¹³⁶ Uniform Arbitration Act, Sect.8.

¹³⁷ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. -24, 25.

ตุลาการก็อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้โดยกฎหมายมิได้กำหนดระยะเวลาไว้ ดังนั้นจึงสามารถแก้ไขเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้ากรณีที่มีการขอบังคับคำชี้ขาดแล้ว ศาลอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคสอง ว่า "ในกรณีที่คำชี้ขาดใดมีความบกพร่องอันมิใช่สาระสำคัญและอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ เช่น การคำนวณตัวเลข หรือการกล่าวอ้างถึงบุคคลหรือทรัพย์สินใดผิดพลาดไป ศาลอาจแก้ไขให้ถูกต้องและมีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ได้แก้ไขแล้วนั้นได้"

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดว่า ศาลอาจมีคำสั่งแก้ไขหรือทำให้คำชี้ขาดถูกต้องโดยคำร้องขอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกรณีต่อไปนี้ คือ (1) การคำนวณตัวเลขผิดพลาด หรือการกล่าวอ้างถึงบุคคลหรือสิ่งใด ๆ ในคำชี้ขาดไม่ถูกต้อง (2) อนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดในเนื้อหาสาระที่มีได้เสนอให้พิจารณา หรือ (3) คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ในเรื่องแบบ (FAA มาตรา 11)¹³⁸ ทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาตตุลาการมลรัฐต่าง ๆ¹³⁹ ซึ่งศาลอนุญาตให้แก้ไขข้อผิดพลาดเช่นนี้รวมถึงเรื่องเกี่ยวกับสิทธิบัตรด้วย โดยทั่วไปศาลใช้หลักว่าอนุญาตตุลาการเมื่อได้ทำคำชี้ขาดเสร็จและส่งสำเนาคำชี้ขาดไปยังคู่กรณีที่เกี่ยวข้องแล้ว อำนาจหน้าที่ของอนุญาตตุลาการก็สิ้นสุดลง (functus officio) เมื่อมีการส่งคำชี้ขาดแล้วจึงไม่อาจแก้ไขหรือทำให้คำชี้ขาดถูกต้องโดยอนุญาตตุลาการได้ แต่มีข้อสังเกตว่า กฎหมายอนุญาตตุลาการสหรัฐอเมริกา (United States Arbitration Act) ซึ่งกำหนดให้ศาลเป็นผู้แก้ไขข้อผิดพลาดในคำชี้ขาดนั้น ไม่ปรากฏวิธีการที่แก้ไขตามคำร้องขอของคู่กรณี ส่วนข้อบังคับ UNCITRAL ที่ได้ระบุบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแก้ไขคำชี้ขาดไว้มีใช้บังคับในสหรัฐอเมริกาเมื่อคู่กรณีตกลงใช้ข้อบังคับนั้น¹⁴⁰ สำหรับข้อบังคับสมาคมอนุญาตตุลาการอเมริกัน (AAA Commercial Rules) ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจอนุญาตตุลาการที่จะแก้ไขหรือแปลความในคำชี้ขาด ตรงข้ามกับ AAA International Rules ที่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ด้วย¹⁴¹

¹³⁸ Ibid., U.S.A-29.

¹³⁹ ดู Uniform Arbitration Act, Sect.9, Sect.13.

¹⁴⁰ ดู UNCITRAL Arbitration Rules, Art.35. (interpretation of the award), Art. 36. (correction of the award) ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 1, 2540, หน้า 435.

¹⁴¹ ดู AAA International Rules, Art 31. (interpretation or correction of the award) ในรวมบทความ ฯ หน้า 387.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการแปลความหมายและแก้ไขข้อพิพาทให้ถูกต้องได้ (มาตรา 1475) ซึ่งอาจมีข้อผิดพลาดจากการพิมพ์ผิดหรือเขียนผิดที่ปรากฏในคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการอาจมีคำชี้ขาดเพิ่มเติมในประเด็นที่คู่กรณีได้เสนอไว้แต่ยังมีคำชี้ขาดโดยใช้กระบวนการที่ใช้บังคับในศาล ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 461-464) แต่ถ้าไม่อาจจัดให้มีการประชุมปรึกษาหารือระหว่างอนุญาโตตุลาการด้วยกันได้อีก เช่น อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งตาย ศาลจะมีอำนาจดำเนินการเช่นนั้น¹⁴² ส่วนในเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การแปลความหมายและแก้ไขข้อผิดพลาดในคำชี้ขาดขึ้นอยู่กับข้อบังคับที่คู่กรณีตกลงกันหรือที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาปรับใช้¹⁴³

2.4.4 การส่งคำชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 21 วรรคสี่ บัญญัติว่า “เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว อนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดจะต้องจัดส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกคน” สำหรับวิธีในการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้น กฎหมายมิได้ระบุไว้เฉพาะเจาะจงว่าต้องส่งโดยวิธีใด ดังนั้น การส่งคำชี้ขาดจะส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือวิธีการอื่นใดที่เหมาะสมก็ได้ ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่จะส่งโดยไปรษณีย์ลงทะเบียน ยกเว้นในบางกรณีก็ส่งโดยการนำส่งของเจ้าหน้าที่โดยตรง (by hand) ไปยังที่อยู่ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เมื่อคำชี้ขาดได้มีการส่งสำเนาถึงคู่กรณีดังกล่าวแล้ว คำชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี ซึ่งถ้ายังไม่มีการส่งสำเนาคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นก็ไม่มีผลแต่อย่างใด¹⁴⁴

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา (United States Arbitration Act) ไม่ได้ระบุถึงวิธีการในการส่งคำชี้ขาด แต่กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ระบุว่า คำชี้ขาดให้ส่งถึงตัวคู่กรณีหรือโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียน เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น¹⁴⁵ สำหรับข้อบังคับของ AAA (AAA Commercial Rules) ระบุให้การส่งคำชี้ขาดทำโดยทางไปรษณีย์ (ข้อ 45) ถึงแม้ว่าวิธีการของ AAA จะแตกต่างกับกฎหมายของมลรัฐมากมายหลายแห่งที่ระบุให้การส่งคำชี้ขาด

¹⁴² Derains, Yves, France - 22.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ ดูมาตรา 22 และ 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.

¹⁴⁵ ดู Uniform Arbitration Act, Sect 8.

ดำเนินการโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนมากกว่าการส่งทางไปรษณีย์แบบธรรมดา ซึ่งศาลถือว่าการที่คู่กรณีตกลงใช้ข้อบังคับของ AAA คู่กรณีต้องผูกพันตามข้อบังคับเหล่านั้น ดังนั้น การส่งคำชี้ขาดโดยทางไปรษณีย์ที่ไม่ได้ลงทะเบียนถือว่าเป็นการส่งคำชี้ขาดโดยถูกต้องแล้ว ส่วน AAA International Rules และ UNCITRAL Rules ไม่ได้กำหนดวิธีการส่งคำชี้ขาดไว้ อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับดังกล่าวนี้ อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายของสหรัฐ ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการบังคับสำหรับการส่งคำชี้ขาด ในกรณีที่กฎหมายของสหรัฐนั้นระบุวิธีการส่งคำชี้ขาดไว้¹⁴⁶

สำหรับคำชี้ขาดที่ทำภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร (Patent Law) ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี 1983 และ 1984 ไม่มีการระบุการส่งคำชี้ขาดไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกาหรือกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม กรรมการในคณะกรรมการสิทธิบัตร (Commissioner of Patents) จะแจ้งความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร การละเมิดสิทธิบัตร และการรบกวนสิทธิบัตรต่อผู้เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เมื่อได้มีคำพิพากษามาจากคำชี้ขาดในกรณีนี้ คำพิพากษาดังกล่าวจะได้รับการบันทึกไว้ในศาลในลักษณะเดียวกับคำพิพากษาอื่น ๆ ของศาล¹⁴⁷

ในประเทศฝรั่งเศส การส่งคำชี้ขาดโดยปกตินั้น อนุญาโตตุลาการหรือประธานอนุญาโตตุลาการจะส่งสำเนาคำชี้ขาดโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ (registered letter with a return receipt) อย่างไรก็ดี ไม่มีการวางคำชี้ขาด (deposit) เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดหรือต้องการเพิกถอนคำชี้ขาด¹⁴⁸

กฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศเอกชนตีบุคคล (The Swiss Private International Law Act) และอนุสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐ (Intercantonal Arbitration Convention หรือ Concordat) คู่กรณีมีอิสระในการตกลงวิธีการส่งคำชี้ขาดโดยไม่ผูกมัดที่จะต้องส่งโดยการลงทะเบียน¹⁴⁹ ในกรณีที่ไม่ปรากฏข้อตกลงของคู่กรณีในกรณีดังกล่าวหรือไม่ปรากฏบทบัญญัติของข้อบังคับวิธีพิจารณาที่นำมาใช้บังคับ

¹⁴⁶ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. -32.

¹⁴⁷ Ibid., United States Arbitration Act, Sect. 13.

¹⁴⁸ Derains, Yves, France-23.

¹⁴⁹ ดู The Swiss Private International Law Act, Art. 193 (1) และ Concordat, Art.

(applicable procedural rules) อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้รับผิดชอบในการใช้วิธีที่เหมาะสมในการแจ้งคำชี้ขาดแก่คู่กรณี¹⁵⁰

กฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษ (The Arbitration Act 1996) กำหนดว่า คู่กรณีมีอิสระในการตกลงเกี่ยวกับการแจ้งคำชี้ขาด ในกรณีไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น อนุญาโตตุลาการต้องส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องโดยไม่ชักช้า (มาตรา 55) เรื่องนี้เป็นบทบัญญัติใหม่ ซึ่งเดิมมิได้กำหนดไว้¹⁵¹ เปรียบเทียบกับกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งระบุว่าหลังจากทำคำชี้ขาด ต้องส่งสำเนาคำชี้ขาดซึ่งลงนามโดยอนุญาโตตุลาการไปยังคู่กรณีแต่ละฝ่าย¹⁵²

2.4.5 การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในประเทศ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 กำหนดเกี่ยวกับการขอบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไว้ว่า เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น (มาตรา 23) ซึ่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาดำเนินการตามคำชี้ขาดแล้ว หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็สามารถขอบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ต่อไป สำหรับการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาดำเนินการตามคำชี้ขาดนั้น จะต้องยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ศาลที่มีเขตอำนาจได้แก่ ศาลที่มีการพิจารณาคดีชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตหรือศาลที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น (มาตรา 25)

การยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาดำเนินการตามคำชี้ขาดตามมาตรา 23 คู่กรณีที่ประสงค์จะขอบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องยื่นคำร้องขอภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่ แล้ว

¹⁵⁰ Briner, Robert, Switzerland - 27.

¹⁵¹ Harris, B ; Planterose, R. and Tecks, J, The Arbitration Act 1996 : A Commentary (Blackwell Science, 1997), p. 209.

¹⁵² ดู Art. 31 (4) UNCITRAL Model Law.

เมื่อศาลได้รับคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดจากคู่กรณีแล้ว ศาลจะต้องรีบทำการไต่สวนและมีคำพิพากษาโดยด่วน แต่ทั้งนี้จะต้องให้คู่กรณีที่จะถูกบังคับมีโอกาสคัดค้านก่อน (มาตรา 23 วรรคสอง) สำหรับเหตุที่จะยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้กำหนดไว้ แต่เมื่อพิจารณาถึงเหตุที่ศาลใช้พิจารณาในการทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 24 วรรคหนึ่ง ก็น่าจะเป็นเหตุที่จะยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านของคู่กรณีที่จะถูกบังคับได้ ซึ่งได้แก่ คำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น คำชี้ขาดเกิดการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ภายในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำชี้ขาดของคู่กรณี¹⁵³

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าภายใน 1 ปี หลังจากที่มีการทำคำชี้ขาด คู่กรณีอาจยื่นขอให้รับรองคำชี้ขาดต่อศาลของสหรัฐ (Federal Court) ผลของกระบวนการพิจารณานี้จะเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดมาเป็นคำพิพากษาของศาลโดยเรียกว่าคำพิพากษาคำชี้ขาด นอกจากนี้คำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) และคำชี้ขาดบางส่วน (partial award) อาจขอให้รับรองได้เช่นเดียวกัน¹⁵⁴ กฎหมายระบุให้ศาลต้องมีคำสั่งรับรองคำชี้ขาดเว้นแต่คำชี้ขาดถูกทำลาย มีการแก้ไข หรือต้องทำให้ถูกต้อง¹⁵⁵ คำชี้ขาดอยู่ในกระบวนการพิจารณาทำลายคำชี้ขาด หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ศาลจะตัดสินปัญหานั้นก่อนรับรองคำชี้ขาด¹⁵⁶ สำหรับกระบวนการขอให้รับรองคำชี้ขาดทำได้โดยการยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่ของศาลโดยแนบเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น สัญญาอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ และสำเนาคำสั่งศาลที่แก้ไขคำชี้ขาด¹⁵⁷ เมื่อศาลมีคำสั่งรับรองคำชี้ขาดทำให้คำชี้ขาดนั้นกลายเป็นคำพิพากษาในศาลดังกล่าวข้างต้น ซึ่งกฎหมายของหลายมลรัฐกำหนดบทบัญญัติที่คล้ายคลึงเกี่ยวกับคำพิพากษาคำชี้ขาด¹⁵⁸

¹⁵³ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 128.

¹⁵⁴ Holtzmann, M.Howard, U.S.A.-32.

¹⁵⁵ ดู United States Arbitration Act, Sect. 9.

¹⁵⁶ ดู Uniform Arbitration Act, Sect.11.

¹⁵⁷ ดู United States Arbitration Act, Sect. 13.

¹⁵⁸ ดู Uniform Arbitration Act, Sect. 11,14,15.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสกำหนดให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นคำตัดสินที่เป็นที่สุดแล้ว (res judicata)¹⁵⁹

การบังคับตามคำชี้ขาดดำเนินการโดยคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด(exequatur) ของศาลชั้นต้น (Tribunal de Grande Instance) ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยมีเอกสาร คือ ต้นฉบับคำชี้ขาด สำเนาสัญญาอนุญาโตตุลาการแสดงต่อศาล (มาตรา 1477)

กระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นกระบวนการฝ่ายเดียวโดยปราศจากการเข้าร่วมของคู่กรณีที่ถูกบังคับ ถ้าอนุญาโตตุลาการขอให้มีการบังคับชั่วคราว คำสั่งบังคับตาม (exequatur) อาจมีขึ้นแม้จะมีการอุทธรณ์หรือการขอเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ศาลปฏิเสธ ไม่มีคำสั่งบังคับตาม ศาลจะต้องระบุเหตุผลนั้นซึ่งอาจได้แก่เอกสารนั้นไม่ใช่คำชี้ขาด หรือระบุเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (contrary to public policy)¹⁶⁰

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (The Swiss Private international Law Act) กำหนดว่า คำชี้ขาดเป็นที่สุดนับแต่การแจ้ง (มาตรา 190) เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐ (Intercantonal Arbitration Convention หรือ Concordat) ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการบังคับคำชี้ขาด ศาลจะออกใบรับรองการบังคับให้ (certificate of enforceability)¹⁶¹

คำรับรองคำชี้ขาดใช้บังคับได้ออกโดยผู้พิพากษามลรัฐ (Canton) ที่มีอำนาจ ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ทำให้คำชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพัน กระบวนการในการให้คำรับรองเช่นว่านั้นเป็นกระบวนการฝ่ายเดียว จะไม่มีการออกใบรับรองการบังคับได้ของคำชี้ขาดเฉพาะบางกรณีที่กำหนดไว้เท่านั้นซึ่งมีข้อจำกัดมาก¹⁶²

¹⁵⁹ ดู Code of Civil Procedure, Art. 1475.

¹⁶⁰ Derains, Yves, France - 23.

¹⁶¹ ดู The Swiss Private International Law Act, Art. 193 (2) และ Concordat, Art. 44.

¹⁶² Briner, Robert. "Switzerland" in International handbook on Commercial Arbitration. Suppl. 9. September 1988 . p.28.

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ทำในประเทศสวิตเซอร์แลนด์และมีการประกาศการบังคับแล้วสามารถใช้บังคับได้ทั่วประเทศในทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นผลดีจากการกำหนดไว้ในมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ (Federal Constitution)

การบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศซึ่งกระทบต่อรัฐต่างประเทศ (Foreign State) กรณีการขายยึดทุนของรัฐต่างประเทศนั้นซึ่งผูกไว้กับธนาคารสวิส ศาลฎีกาถือว่า รัฐต่างประเทศสามารถขอความคุ้มกันการบังคับ (immunity of execution) เมื่อเนื้อหาสาระไม่มีความเกี่ยวข้องเพียงพอกับสวิตเซอร์แลนด์¹⁶³

ถ้าคู่กรณีละทิ้งซึ่งสิทธิที่จะทำลายคำชี้ขาด (setting aside) และถ้าคำชี้ขาดนั้นบังคับในสวิตเซอร์แลนด์¹⁶⁴ ให้นำอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁶⁵ ซึ่งลูกหนี้สามารถยกคำร้องในกรณีต่อไปนี้ เช่น คู่กรณีไม่ได้รับการแจ้งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กำหนดนัดพิจารณา หรือไม่สามารถเข้าร่วมในการพิจารณาคดี องค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ได้ทำตามข้อตกลงนั้น หรือไม่เป็นไปตามกฎหมายสวิส คำชี้ขาดตัดสินนอกขอบเขตของการเสนอข้อพิพาท แต่ถ้าคำตัดสินในเนื้อหาของข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการสามารถแยกออกจากเนื้อหาที่ไม่ได้เสนอมานั้น คำชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาทนั้นอาจยอมรับและใช้บังคับได้ มีความแตกต่างในเนื้อหาสาระที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของสวิตเซอร์แลนด์หรือการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสวิส (Swiss public Policy) เป็นต้น

2.4.6 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตั้งแต่มาตรา 28 ถึงมาตรา 35 โดยมาตรา 28 ได้ให้ความหมายของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศว่า หมายถึง "อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ นอกพระราชอาณาจักรไทย และคู่กรณี

¹⁶³ *ibid.*, p.29.

¹⁶⁴ The Swiss Private International Law Act, Chapter 12, Art. 192(1)

¹⁶⁵ *ibid.*, Art. 192 (2).

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย” จากคำนิยามดังกล่าว การเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

1. สถานที่ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ต้องอยู่นอกราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นการใช้หลักดินแดน (territorialist theory) เช่นเดียวกับเกณฑ์ที่กำหนดในโปรโตคอลเจนีวา อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา และอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กที่ประเทศไทยเป็นภาคี¹⁶⁶ และ

2. คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย ซึ่งเป็นการใช้หลักสัญชาติของคู่กรณี (nationality of the party) เช่นเดียวกับเกณฑ์ที่กำหนดในโปรโตคอลเจนีวา อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา และกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก อย่างไรก็ตามมีส่วนคล้ายกับกฎหมายของอังกฤษที่ใช้หลักสัญชาติเป็นเกณฑ์ แต่กฎหมายอังกฤษใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดอนุญาโตตุลาการภายในประเทศซึ่งไม่ขัดต่ออนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก¹⁶⁷

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ไม่ได้แบ่งแยกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นภายในประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในต่างประเทศซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป¹⁶⁸

สำหรับเงื่อนไขที่จะขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานั้น แยกได้ดังนี้

¹⁶⁶ วิมล พาแพง, การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะปัญหาการใช้มาตรา 32 และมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530, หน้า 42.

¹⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁸ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย : ปัญหาและทางแก้," วารสารกฎหมาย, 17, 1 (มกราคม 2540) : 36.

1. อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา

การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา มีเงื่อนไขที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้¹⁶⁹

- 1) เป็นคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีและคู่กรณีเป็นบุคคลที่อยู่ในบังคับของรัฐภาคี
- 2) เป็นคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับของโปรโตคอลเจนีวา
- 3) เป็นคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น
- 4) เป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือตามที่ได้แต่งตั้งขึ้นตามวิธีการที่ตกลงโดยคู่กรณีและชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณา
- 5) เป็นคำชี้ขาดที่อาจเสนอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดได้ตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น
- 6) เป็นคำชี้ขาดที่ถึงที่สุดแล้วในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด ซึ่งหมายถึงคำชี้ขาดถึงที่สุดไม่สามารถที่จะโต้แย้ง (opposition) อุทธรณ์ (appel) หรือฎีกา (pouvoir en cassation) ได้อีก¹⁷⁰
- 7) การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือหลักกฎหมายของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด

เงื่อนไขต่าง ๆ ดังกล่าวนี้ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32 (1) - (8) แต่มีแตกต่างกันบ้างในถ้อยคำที่ใช้¹⁷¹

¹⁶⁹ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 154 - 155.

¹⁷⁰ วิมล พาแพง, การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฯ, หน้า 64.

¹⁷¹ โปรดดูรายละเอียดใน อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 154 - 155.

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวาให้อำนาจศาลที่จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด แม้ว่าคู่กรณีที่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดจะได้พิสูจน์เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กล่าวข้างต้นโดยครบถ้วนแล้ว กล่าวคือ ถ้าเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า¹⁷²

- 1) คำชี้ขาดนั้นได้ถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น
- 2) คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่ได้รับแจ้งล่วงหน้าถึงการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีเวลาเพียงพอในการต่อสู้คดี หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือไม่มีผู้แทนโดยถูกต้อง
- 3) คำชี้ขาดนั้นมิได้วินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ที่กำหนดไว้หรือภายใต้ขอบเขตของสัญญา
- 4) คำชี้ขาดนั้นมิได้วินิจฉัยข้อพิพาทครบทุกประเด็นที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

ข้อ 1) - 3) ของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวาได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 33 (1) - (3) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ส่วนข้อ 4) ไม่มีการนำมาบัญญัติไว้แต่อย่างใด

สำหรับวิธีการในการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้ อนุสัญญาฉบับนครเจนีวานั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 กำหนดให้คู่กรณีที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน กำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีแล้ว (มาตรา 30) โดยจะต้องมีเอกสาร มาแสดงตามมาตรา 31 กล่าวคือ

- (1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (3) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น โดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้ว เจ้าหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ ตัวแทนทางทูตหรือกงสุลไทย เป็นผู้รับรอง

¹⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 155.

เมื่อศาลได้รับคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวแล้ว ให้ศาลทำการไต่สวนและมีคำพิพากษาโดยด่วน ทั้งนี้ ต้องให้คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับมีโอกาสคัดค้านก่อน¹⁷³

2. อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก

การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ผู้ขอให้บังคับต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข โดยจัดส่งเอกสารแก่ศาลดังต่อไปนี้¹⁷⁴

- 1) ต้นฉบับคำชี้ขาดที่ได้รับรองโดยชอบ หรือสำเนาที่รับรองว่าถูกต้อง
- 2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสำเนาที่รับรองว่าถูกต้อง
- 3) กรณีที่ต้องทำคำแปล จะต้องส่งคำแปลของคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการรับรองคำแปลทำโดยผู้แปลซึ่งได้รับแต่งตั้งจากทางราชการหรือที่ได้สาบานตนแล้ว หรือผู้แทนทางการทูต หรือกงสุล*

ผู้ขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก มีหน้าที่เพียงเสนอต้นฉบับเอกสารดังกล่าวข้างต้นพร้อมสำเนารับรองถูกต้อง รวมทั้งคำแปลกรณีที่ต้องมี โดยไม่มีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลดังเช่นที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นเพื่อให้ศาลปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้น¹⁷⁵

¹⁷³ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530. มาตรา 30 วรรค 2 นำมาตรา 23 วรรค 2 มาใช้โดยอนุโลม

¹⁷⁴ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 157.

* New York Convention, Art.4. ซึ่งข้อความนี้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.

¹⁷⁵ วิมล พาแพง, การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฯ, หน้า 65.

วิธีการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้ บังคับของอนุญาโตตุลาการฉบับนครนิวยอร์กนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่อนุญาโตตุลาการได้ส่ง สำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยจะต้องมีเอกสารต่อไปนี้มาแสดงด้วยตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 30 และมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 กล่าวคือ

- 1) ต้นฉบับคำชี้ขาดหรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- 2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- 3) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น โดยมีผู้แปล ซึ่งได้สาบานตัวแล้ว เจ้าหน้าที่กระทรวงการต่างประเทศ ตัวแทนทางทูต หรือกงสุลไทยเป็นผู้รับรอง

เมื่อศาลได้รับคำร้องขอดังกล่าวแล้ว ให้รีบทำการไต่สวนและมีคำพิพากษาโดยด่วน ทั้งนี้ ต้องให้คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับมีโอกาสคัดค้านก่อน อย่างไรก็ตาม ศาลอาจมีคำสั่ง ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่า¹⁷⁶

- 1) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น
- 2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ว่าให้นำมาใช้บังคับ หรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว
- 3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น
- 4) คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำวินิจฉัยที่เกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้นก็ได้

¹⁷⁶ มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.

5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาด หรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ มิได้เป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่มีได้ตกลงกันไว้ หรือ

6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันเป็นยุติ หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียแล้ว โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด แต่ถ้าเพียงแต่มีการยื่นเรื่องราวขอให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำการเพิกถอน หรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาดนั้น ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และหากคู่ความฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งคู่ความฝ่ายที่จะถูกบังคับหาประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

นอกจากนี้ ศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 โดยหยิบยกขึ้นมาว่ากล่าวตัวเอง เมื่อศาลเห็นว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือหลักข้อยุติที่ยอมรับปฏิบัติ

เนื่องจากข้อความที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บางมาตราไม่ตรงหรือสอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กหรืออนุสัญญาฉบับนครเจนีวา บางมาตรามีข้อความทำนองขัดกับอนุสัญญา เช่น มาตรา 35 ที่ให้อำนาจศาลมากกว่าในอนุสัญญา กล่าวคือ ให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ ถ้าศาลเห็นว่า การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดกับหลักข้อยุติที่ยอมรับปฏิบัติระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่กรณีที่ระบุไว้เป็นเหตุหนึ่งที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดตามข้อ 5 ของอนุสัญญา แต่เป็นข้อสงวนข้อหนึ่งที่ประเทศไทยมิได้ขอตั้งไว้ว่าจะยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเฉพาะที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีด้วยกันเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อสงวนตามหลักข้อยุติที่ยอมรับปฏิบัติระหว่างประเทศ (reciprocity)¹⁷⁷ ดังนั้นหากมีการใช้อำนาจของศาลในเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้เกินเลยไปจากในอนุสัญญาก็อาจจะต้องระมัดระวังในการกระทบกระเทือนต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ¹⁷⁸

¹⁷⁷ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ นอกศาล, หน้า 160 - 161.

¹⁷⁸ วิมล พาแพง, การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ, หน้า 72.

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาสนับสนุนการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่มาจากต่างประเทศและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ ภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาสองฝ่ายและนโยบายด้านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ว่าจะไม่มีอนุสัญญาหรือสนธิสัญญามาใช้บังคับก็ตาม¹⁷⁹

เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ.1970 สหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958) ภายใต้ข้อลงนาม 2 ประการว่า อนุสัญญานี้จะใช้บังคับในกรณีเท่านั้น คือ (1) คำชี้ขาดที่ทำในดินแดนของรัฐภาคีด้วยกัน และ (2) ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือความสัมพันธ์ที่ได้รับความพิจารณาในทางพาณิชย์ (Commercial) ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้เพิ่มบทใหม่ (Chapter 2) เพื่อรองรับอนุสัญญาฉบับนี้ไว้ใน The United States Arbitration Act.¹⁸⁰ โดยกฎหมายได้กำหนดว่า อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กบังคับโดยศาลสหรัฐซึ่งมีอำนาจเหนือคดีและอาจมีการโอนคดีจากศาลสหรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว (มาตรา 201, 203 และ 205) กระบวนพิจารณาของกฎหมายที่แก้ไขนี้ให้ใช้ในลักษณะเกี่ยวกับคดีภายในประเทศ เว้นแต่กระบวนพิจารณานั้นจะขัดแย้งกับอนุสัญญา(มาตรา 208)

ศาลได้มีคำพิพากษาโดยใช้หรืออ้างอิงอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก ซึ่งมีการยกคำพิพากษาไว้ใน Yearbook Commercial Arbitration เป็นการแสดงให้เห็นว่า อนุสัญญานครนิวยอร์กเป็นที่ยอมรับของศาลในสหรัฐอเมริกา¹⁸¹

บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่รองรับอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ระบุว่า อนุสัญญานี้ไม่ใช้บังคับกับข้อตกลงหรือคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างพลเมือง (citizens) ของสหรัฐอเมริกา เว้นแต่ความสัมพันธ์นั้นเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ตั้งในต่างประเทศหรือมีการดำเนินการในต่างประเทศ หรือความสัมพันธ์ที่มีเหตุผลสมควรในเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับรัฐต่างประเทศหนึ่งรัฐหรือมากกว่านั้น (มาตรา 202) ซึ่งหมายความว่า อนุสัญญานี้ใช้บังคับเมื่อ

¹⁷⁹ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 36.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid.

มีคู่กรณีเป็นชาวต่างชาติอย่างน้อยหนึ่งราย นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์รัฐบาลกลาง (Federal Court of Appeal) ถือว่าอนุสัญญาใช้บังคับกับการบังคับคำชี้ขาดที่ทำในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นชาวต่างชาติ¹⁸² คำตัดสินของศาลแสดงให้เห็นว่า ศาลส่งเสริมคู่กรณีชาวต่างชาติ ให้เลือกสหรัฐอเมริกาเป็นสถานที่ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

สหรัฐอเมริกาเป็นภาคีในอนุสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอินเตอร် - อเมริกัน (Inter - American Convention on International Commercial Arbitration, Panama 1981) ของ Organization of American States - OAS หรือต่อไปนี้เรียกว่า "อนุสัญญาปานามา" ซึ่งมีการรับรองอนุสัญญานี้ไว้ในบทที่ 3 (Chapter 3) ของกฎหมาย (The United States Arbitration Act) โดยกำหนดทำนองเดียวกับการรับรองอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเมื่อปี 1970

อย่างไรก็ตาม ปรากฏบทบัญญัติใหม่ที่น่าสนใจ 2 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาปานามา กล่าวคือ

ประการแรก อนุสัญญาปานามาระบุว่าถ้าไม่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น การอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการตามข้อบังคับว่าด้วยกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าอินเตอร် - อเมริกัน (The Rules of Procedure of the Inter - American Commercial Arbitration Commission - IACAC)¹⁸³ การนำอนุสัญญาปานามามาใช้ต้องนำข้อบังคับ IACAC มาไว้ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาด้วย ดังนั้น การแก้ไขข้อบังคับของ IACAC ในอนาคตไม่ว่าจะเป็นเรื่องนโยบายและเหตุผลของสถาบันจะทำให้ข้อบังคับนั้นกลายเป็นกฎหมายสหรัฐอเมริกาโดยอัตโนมัติ ดังนั้น ถ้ามีการแก้ไขข้อบังคับของ IACAC ในอนาคต ซึ่งอยู่ในวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาปานามา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) ของสหรัฐอเมริกา อาจแนะนำว่าการแก้ไขเช่นนั้นมิผลเพราะต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายสหรัฐอเมริกา (FAA มาตรา 306)

¹⁸² ดู Bergesen *v.* Joseph Muller Corp., 710 F.2d 928, U.S. Ct. of appeals, 2d Cir., 1984, ย่อใน Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IX (1984) pp. 487 - 494.

¹⁸³ รายละเอียดดูใน van den Berg, A.J., "The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility" 3 Arbitration International (1989) pp. 214 - 229.

ประการที่สอง ประเทศต่าง ๆ อาจเป็นภาคีในอนุสัญญาปานามาและอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ซึ่งอาจมีกรณีขัดแย้งระหว่างอนุสัญญาทั้งสองฉบับ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหานี้ บทที่ 3 (Chapter 3) กฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดว่า เว้นแต่มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งของคู่กรณี ให้ใช้อนุสัญญาปานามาบังคับถ้าคู่กรณีส่วนใหญ่เป็นพลเมืองของรัฐซึ่งให้สัตยาบัน (ratify) อนุสัญญาปานามา และเป็นสมาชิกของ Organization of American States อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ¹⁸⁴

นอกจากอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและอนุสัญญาปานามาแล้ว สหรัฐอเมริกา ยังเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States, Washington, 1965 ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า "อนุสัญญาวอชิงตัน" ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ อนุสัญญาวอชิงตัน ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่า คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการตาม อนุสัญญาวอชิงตันใช้บังคับในสหรัฐอเมริกาได้¹⁸⁵ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาอื่น ๆ สหรัฐอเมริกา ไม่ได้เป็นภาคี ไม่ว่าจะเป็น Geneva Protocol on Arbitration Clauses (1923) Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards (1927) หรือ European Convention on International Commercial Arbitration (1961)

สำหรับสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaties) นั้น สหรัฐอเมริกาเป็นคู่ภาคีใน Treaties of Friendship, Commerce and Navigation ซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ โดยการบังคับจะไม่ถูกปฏิเสธแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะทำได้ในประเทศหรือเกี่ยวกับสัญชาติของอนุญาโตตุลาการ ในระหว่างปี 1950 - 1966 สหรัฐอเมริกาได้ทำสนธิสัญญาทวิภาคีเช่นเดียวกันนี้กับประเทศต่าง ๆ เช่น กรีซ อิสราเอล อิตาลี ญี่ปุ่น เยอรมัน เดนมาร์ก เกาหลี ฝรั่งเศส เวียดนาม และไทย ฯลฯ สนธิสัญญาดังกล่าวระหว่างสหรัฐอเมริกากับญี่ปุ่น

¹⁸⁴ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 38

¹⁸⁵ ดู *Liberian Eastern Timber Corporation v. The Government of the Republic of Liberia*, 650 F. Suppl. 73, U.S. Dist. Ct., S.D.N.Y., 1986 ยืนยันโดยไม่มีความเห็นโดย Ct. of Appeals. 2d Cir., และย่อไว้ใน *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIII (1988) pp. 661 - 667.

เยอรมัน และเดนมาร์ค ได้ปรากฏคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการบังคับกับการอนุญาตตุลาการด้วย¹⁸⁶

ศาลสหรัฐและศาลมลรัฐในสหรัฐอเมริกามักบังคับกับการอนุญาตตุลาการโดยถือว่าเป็นภาระผูกพันตามสัญญาของคู่กรณีเมื่อไม่อาจนำอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาใด ๆ มาใช้บังคับได้ คำตัดสินของศาลโดยทั่วไป ไม่ใช่หลักการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติหรือต่างตอบแทน (reciprocity) กับการบังคับสัญญา หรือคำชี้ขาด ศาลจะใช้หลักของมิตรภาพ (comity) และความสงบเรียบร้อย (public policy) สนับสนุนการอนุญาตตุลาการ และอาจใช้โดยการเปรียบเทียบกับมาตรฐานของกฎหมายสหรัฐอเมริกาว่าด้วยอนุญาตตุลาการที่ใช้บังคับกับการบังคับคำชี้ขาดอื่น ๆ¹⁸⁷

หลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าการที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการในกรณีขัดต่อความสงบเรียบร้อยต้องตีความโดยเคร่งครัด และหากมีการฝ่าฝืน คำชี้ขาดจะถูกปฏิเสธการบังคับ เช่น คำชี้ขาดที่ฝ่าฝืนความรู้สึกพื้นฐานในเรื่องศีลธรรมและความยุติธรรม¹⁸⁸ นอกจากนี้ศาลยอมรับว่า สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาต่าง ๆ ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาส่งเสริมการบังคับต่อการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศว่าเป็นเครื่องมือที่จำเป็นในการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศและความสงบสุขในโลก ดังนั้นเรื่องความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศนี้อยู่ในลำดับที่เหนือกว่าความสงบเรียบร้อยในประเทศที่มีการแสดงโดยชัดแจ้งไว้ในกฎหมายภายใน (domestic law)¹⁸⁹

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (United States Supreme Court) บังคับกับข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในคดีที่เกี่ยวข้องกับทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งศาลให้การสนับสนุนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น ในปี 1985 คดี Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. ซึ่งศาลถือว่า ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการผูกขาดที่เกิดขึ้นใน

¹⁸⁶ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 38

¹⁸⁷ Ibid., U.S.A. - 39.

¹⁸⁸ ดู Parsons & whittemore Overseas Co. Inc. V. Societe General de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America. 508 F. 2 d 969, U.S. court of Appeals, 2 d Cir., 1974 ย่อใน Yearbook Commercial Arbitration, Vol.1 (1976) pp. 215-217.

¹⁸⁹ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 39.

ธุรกรรมระหว่างประเทศใช้อนุญาโตตุลาการได้ ถึงแม้ว่าคำตัดสินของศาลในเวลานั้นจะไม่ใช่ต่อการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศในชื่อเรียกเรื่องเกี่ยวกับการผูกขาด¹⁹⁰ ศาลสูงสุดก่อนหน้านี้ยอมรับความแตกต่างระหว่างความสงบเรียบร้อยภายในและระหว่างประเทศในคดี Scherk V. Alberto Culver ซึ่งศาลบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจากข้อเรียกร้องที่เกิดในทางการค้าระหว่างประเทศ (international trade) ถึงแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการในชื่อเรียกเรื่องที่คล้ายคลึงกันจะถูกขัดขวางถ้าเกิดขึ้นในทางธุรกรรมภายในประเทศ (domestic transaction)¹⁹¹ ในทำนองเดียวกัน ศาลบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign arbitration award) ต่อบริษัทอเมริกันกับคดีล้มละลาย ถึงแม้ว่าคำชี้ขาดนั้น ถ้าเป็นข้อพิพาทภายในจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยภายในประเทศตามที่กำหนดในกฎหมายล้มละลาย (Federal Bankruptcy Law)¹⁹² และมีการสั่งในการอนุญาโตตุลาการในคดีพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีการคัดค้านว่า ธุรกรรม (transaction) ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในประเทศที่ต่อต้านการค้าว่าบาตรทางการค้า (trade boycotts)¹⁹³ ซึ่งคดีต่าง ๆ ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลสหรัฐอเมริกาเดินตามแนวที่ศาลเคยกล่าวไว้ในปี 1855 ว่า "การอนุญาโตตุลาการต้องได้รับการสนับสนุนทุกอย่างจากศาล"¹⁹⁴

การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บรรพ 4 มาตรา 1476 -1479 และ 1498 -1500 เป็นบทบังคับสำหรับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ รวมทั้งการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดที่เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งทำในฝรั่งเศส¹⁹⁵ อย่างไรก็ตาม การใช้บทบัญญัติดังกล่าวบังคับในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญา (treaty) หรืออนุสัญญา (convention) ระหว่างประเทศหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอให้มีการยอมรับหรือบังคับ ไม่ใช่ประโยชน์จากอนุสัญญา ซึ่งจะต้องไม่จำกัดเมื่อการขอใช้คำเสียหายขัดแย้งต่อคำสั่งให้มีการบังคับคำชี้ขาด (leave of enforcement) ซึ่ง

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ ดู 417 U.S. 506, 1974 ย่อใน Yearbook Commercial Arbitration, Vol. 1 (1976) pp.203 -204.

¹⁹² ดู คดี Parsons & Whittemore อ้างแล้ว. หน้า 124.

¹⁹³ ดู คดี Antco Shipping Co. Ltd. V. Sidemar S.p.A., 417 F. Supp. 207, U.S. Dist. Ct., S.D.N.Y., 1976. ย่อใน Yearbook Commercial Arbitration, Vol. II(1977) p.251.

¹⁹⁴ Holtzmann, M. Howard., U.S.A. - 40

¹⁹⁵ Derains, Yves, France : Annex I., at 6 - 10., France - 22.

มีข้อจำกัดมากภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมากกว่าอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ยิ่งกว่านั้น อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กจะไม่มีการใช้มากนักในการบังคับคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นในฝรั่งเศสในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าอนุสัญญาใช้บังคับได้โดยปราศจากข้อสงสัยกับคำชี้ขาดที่ไม่ได้รับการพิจารณาเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ (considered as domestic) ในฝรั่งเศส¹⁹⁶

คู่กรณีที่ประสงค์จะให้มีการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการต่างประเทศหรือคำชี้ขาดที่มีประเด็นในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศต้องแสดงให้เห็นความมีอยู่ของคำชี้ขาดโดยเสนอต้นฉบับคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองแล้วของเอกสารดังกล่าว ถ้าเอกสารเหล่านั้นไม่เป็นภาษาฝรั่งเศสจะต้องเสนอเอกสารที่รับรองการแปลด้วย (มาตรา 1499) การยอมรับคำชี้ขาดอาจทำโดยผู้พิพากษา ซึ่งการยอมรับเช่นนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเช่นการยอมรับตามความประสงค์ของคู่กรณีใช้หลักของคำตัดสินที่เป็นที่สุดแล้ว (res judicata) ซึ่งได้มาจากคำชี้ขาดที่ขัดกับกระบวนการพิจารณาใหม่ในฝรั่งเศส ในกรณีเช่นนั้นผลที่ตามมาจากมาตรา 1476 ว่าให้ใช้มาตรา 1500 บังคับ ซึ่งกำหนดว่าผลของคำตัดสินที่เป็นที่สุดแล้ว (res judicata) เป็นที่ยอมรับนับจากวันที่ทำคำชี้ขาด ไม่ใช่วันที่มีการยอมรับคำชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขทำงานของเดียวกันกับการยอมรับคำชี้ขาด คำชี้ขาดอาจถูกบังคับตามคำสั่งให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด (leave of enforcement or exequatur) ซึ่งสั่งโดยผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (Tribunal de Grande Instance) ตามมาตรา 1498

ศาลชั้นต้นที่มีการดำเนินการอนุญาตตุลาการในเขตมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งใช้กับกรณีคำชี้ขาดเกิดขึ้นในฝรั่งเศส รวมทั้งการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงคำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign awards) เป็นบทบัญญัติที่ระบุในมาตรา 1477 และ 1500¹⁹⁷

กระบวนการพิจารณาให้มีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดเป็นกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว (unilateral) โดยอีกฝ่ายมิได้เข้าร่วมในการพิจารณาด้วย ถ้าอนุญาตตุลาการสั่งให้มีการบังคับชั่วคราว คำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดอาจสั่งได้แม้จะปรากฏว่ามีคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาด (annulment

¹⁹⁶ ดู Art. 1 of the New York Convention, 1958.

¹⁹⁷ Derains, Yves, France, Annex I, at 6, 10.

against the award) หรืออุทธรณ์คัดค้านคำสั่งให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด (มาตรา 1478 และ 1500)

ในกรณีที่มีการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ผู้พิพากษาจะต้องให้เหตุผลด้วย เช่น ความมีอยู่ของคำชี้ขาดไม่ใช่เป็นหลักฐานที่แท้จริง หรือคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ ซึ่งความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศกล่าวได้ว่ามีขอบเขตแคบกว่า (narrower scope) ความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ¹⁹⁸ ถ้าคำร้องขอสำหรับการให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดถูกปฏิเสธ ผู้ร้องอาจอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการปฏิเสธเช่นนั้น (มาตรา 1501 และ 1503)

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์เป็นภาคีอนุสัญญาหลายฝ่าย กล่าวคือ โปรโตคอลเจนีวา อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก อนุสัญญาอชิงตัน * แต่ไม่ได้เป็นภาคีของ European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1 April 1961 ในข้อเท็จจริงปรากฏว่ากฎหมายได้บัญญัติในทำนองเดียวกับอนุสัญญานี้ นอกจากนี้ สวิตเซอร์แลนด์ยังเป็นภาคีในข้อตกลงหลายฝ่ายซึ่งมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการอีกหลายฉบับ ** ส่วนสนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) สวิตเซอร์แลนด์ได้ทำสนธิสัญญากับประเทศต่าง ๆ หลายประเทศระหว่างปี 1869 - 1968 อาทิเช่น ออสเตรเลีย เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี สเปน สวีเดน เป็นต้น

¹⁹⁸ Ibid., France - 24, 25.

* Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington, 18 March 1965.

** Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air of 12 October 1929/28 September 1955 Art. 32 and additional Convention of Guadalajara of 18 September 1961. Art. 9, International Convention concerning the Carriage of Goods by Road (CMR) Geneva, of 19 May 1956, Art 33, Convention concerning International Rail Transports (COTIF), Bern, of 9 May 1980, Arts. 12 to 16

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (the Federal Supreme Court) ถือว่า ถ้าสนธิสัญญาทวิภาคี ซึ่งในคดีเกี่ยวกับสนธิสัญญาระหว่างฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์ มีสถานะเหมือนกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งในคดีหมายถึงอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ที่คู่กรณีสามารถใช้อาศัยอ้างอิง โดยคู่กรณีซึ่งประสงค์ให้มีการบังคับคำชี้ขาดอาจอ้างบทบัญญัติใดในสนธิสัญญาทวิภาคีหรืออนุสัญญาพหุภาคีที่เป็นประโยชน์มากกว่าได้¹⁹⁹

การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign arbitral award) ที่เกี่ยวข้องกับชำระหนี้จะอยู่ภายใต้บังคับของ Federal Law on Debtors and Bankruptcy, II April 1889. ในบางกรณี ถ้าไม่มีบทบัญญัติไว้ลูกหนี้อาจต่อสู้โดยใช้สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้²⁰⁰

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลจะใช้ข้อบังคับของกฎหมายที่มีข้อจำกัดน้อยกว่าภายในประเทศ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดเช่นที่มีคำตัดสินไว้แล้วกรณีของหอการค้าเชโกสโลวาเกีย (the Czechoslovakian Chamber of Commerce)²⁰¹ สมาคมอนุญาโตตุลาการปารีส (the Chamber Arbitrale de Paris)²⁰² เป็นต้น

กรณีการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาซึ่งบทบัญญัติของสนธิสัญญาจะแพร่หลาย โดยเฉพาะเรื่องความสงบเรียบร้อย (ordre public) ซึ่งเป็นพื้นฐานในการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่อมีการขอบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในสวิตเซอร์แลนด์ ศาลสวิสค่อนข้างจะใช้บรรทัดฐานของความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ ซึ่งการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยสวิสในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไม่จำเป็นต้องทำลายคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเสมอไป²⁰³

¹⁹⁹ BGE 110 Ib 191 et seq.

²⁰⁰ Federal Law on Debtors and Bankruptcy, Art. 81 (3).

²⁰¹ BGE 84 I 39.

²⁰² BGE 84 I 56.

²⁰³ BGE 101 Ia 526.

2.4.7 การยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด (setting aside of the arbitral award)

การให้สิทธิแก่คู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการในการขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติเรื่องนี้ไว้²⁰⁴

กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษฉบับเดิม (Arbitration Act 1950) ให้อำนาจศาลที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดทำการโดยไม่ชอบ หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือการอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดทำโดยไม่ถูกต้อง (มาตรา 23(2)) สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ (Arbitration Act 1996) ได้มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันที่ให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน (in whole or in part) ซึ่งคำชี้ขาดในกรณีดังต่อไปนี้คือ อนุญาโตตุลาการกระทำการโดยไม่ถูกต้องโดยทำเกินขอบเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการ ไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่คู่กรณีตกลงกัน คำชี้ขาดไม่ถูกต้อง มีข้อบกพร่องเคลือบแคลงสงสัย มีการฉ้อฉล หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือไม่ถูกต้องในเรื่องแบบ (form of the award) หรือมีการดำเนินกระบวนการอื่น ๆ หรือในคำชี้ขาดที่ให้โดยอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจของคู่กรณีมีการดำเนินการโดยไม่ถูกต้อง (มาตรา 68)

กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Arbitration Act) และกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ มีบทบัญญัติให้ศาลมีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการแต่ในข้อจำกัดมาก เพราะถือว่าคำชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี ศาลมีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดในกรณีดังกล่าวต่อไปนี้คือ (1) คำชี้ขาดได้มาโดยการฉ้อฉล หรือทุจริตในเรื่องสินบน (corruption) (2) มีหลักฐานปรากฏในความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ (3) อนุญาโตตุลาการปฏิเสธการรับฟังพยานในประเด็นพิพาท ไม่อนุญาตให้เลื่อนการพิจารณาในกรณีที่มีเหตุผลสมควร หรือกระทำการใด ๆ ทำให้เสียสิทธิต่อคู่กรณี (4)

²⁰⁴ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 131.

อนุญาโตตุลาการทำเกินอำนาจหรือใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง ทำให้คำชี้ขาดที่เป็นที่สุดนั้นไม่สมบูรณ์²⁰⁵

กฎหมายเอกรูปว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ (Uniform Arbitration Act) มีบทบัญญัติว่า คำชี้ขาดอาจถูกยกเลิหรือเพิกถอนเมื่อไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ให้คู่กรณีสงวนสิทธิโดยยกขึ้นคัดค้านกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ (มาตรา 12) ศาลจะไม่ยกประเด็นที่อนุญาโตตุลาการผิดพลาดในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเนื่องจากข้อผิดพลาดเช่นนั้นมิใช่พื้นฐานสำหรับการยกเลิหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ถึงแม้ว่าศาลจะไม่ยกเลิหรือเพิกถอนคำชี้ขาดในกรณีผิดพลาดในการตีความกฎหมาย แต่ศาลบางแห่งก็อ้างถึงมาตรฐาน "การไม่คำนึงถึงกฎหมายโดยชัดแจ้ง (manifest disregard of the law) ในการยกเลิหรือเพิกถอนคำชี้ขาด โดยศาลระบุว่า การไม่คำนึงถึงกฎหมาย หมายความว่าอนุญาโตตุลาการรู้ถึงการมีอยู่ของหลักกฎหมายที่ใช้บังคับอย่างชัดแจ้ง แต่ตัดสินใจโดยไม่รับรู้หรือใส่ใจต่อกฎหมายนั้น ศาลคำนึงถึงหลักที่สร้างไว้เป็นอย่างดีแล้ว ไม่ใช่ศาลมีอำนาจยกเลิหรือเพิกถอนคำชี้ขาดเพราะไม่เห็นด้วยกับอนุญาโตตุลาการในเรื่องความหมาย (meaning) หรือกฎหมายที่ใช้บังคับ²⁰⁶ นอกจากนี้ยังปรากฏคำพิพากษาของศาลที่กล่าวถึงการไม่คำนึงถึงโดยชัดแจ้ง (manifest disregard) ในคดีอื่น ๆ ด้วย²⁰⁷ อย่างไรก็ตาม ศาลมักจะยกเลิหรือเพิกถอนคำชี้ขาดถ้าปรากฏว่ามีการไม่คำนึงถึงกฎหมายโดยชัดแจ้ง²⁰⁸

ในเรื่องกระบวนการพิจารณาสำหรับการขอยกเลิหรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีซึ่งไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีอำนาจ กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและมลรัฐส่วนใหญ่ กำหนดให้คำร้องขอต่อศาลต้องทำภายใน 90 วัน หลังจากส่งคำชี้ขาด คำร้องขอนี้ดำเนินการ

²⁰⁵ ดู The United States Arbitration Act, Sect.10 และ The Uniform Arbitration Act, Sect. 12.

²⁰⁶ ดูคดี Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bobker, 808 F.2d 930, U.S. Ct. of Appeals, 2d Cir., 1986.

²⁰⁷ ดูคดี Brandeis Intsel Ltd. v. Calabrian Chemicals Corp., 656 F. Suppl. 160, U.S. Dist. Ct. S.D.N.Y., 1987, ย่อใน Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XIII (1988) pp.544 - 548 and p. 552.

²⁰⁸ Holtzmann, M. Howard., U.S.A. - 35.

ภายใต้กระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับคำร้องขออื่น ๆ ในศาล ²⁰⁹

การคัดค้านคำชี้ขาดในกรณีที่ไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่อนุญาโตตุลาการทำการโดยไม่มีอำนาจ มิใช่เป็นกรณีปกติในการทำคำร้องขอ ยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด การคัดค้านในกรณีดังกล่าวโดยปกติต้องดำเนินการก่อนหน้าการขอ ยกเลิกหรือเพิกถอน โดยดำเนินการในแบบคำขอพักการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ²¹⁰ อย่างไรก็ตาม มีกรณียกเว้นเมื่อคู่กรณีไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการซึ่ง ไม่อาจยื่นคำร้องในชั้นนั้นได้ จึงอาจยื่นในชั้นขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเหตุที่ไม่มีสัญญา หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ²¹¹ ส่วนการคัดค้านในเหตุที่การอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบ เรียบร้อยนั้น คู่กรณีสามารถยกขึ้นต่อผู้ในชั้นศาลในเวลาใด ๆ ก็ได้ ²¹²

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การโต้แย้งหรือคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ดำเนินการได้โดยการอุทธรณ์ (appeal from arbitral awards) และการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด (setting aside of the arbitral award) โดยคู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดสามารถอุทธรณ์ คำชี้ขาดได้ เว้นแต่คู่กรณีจะละสิทธิการอุทธรณ์ไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือเมื่ออนุญาโต ตุลาการได้รับอำนาจของ amiables compositeurs เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันโดยชัดแจ้งสงวนสิทธิ การอุทธรณ์ไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ²¹³

คู่กรณีที่ยื่นอุทธรณ์อาจขอทบทวนคำชี้ขาด (review of the award) ในสาระสำคัญ หรือขอเพิกถอนคำชี้ขาด (annulment) ซึ่งถ้าเป็นกรณีการเพิกถอนคำชี้ขาด ผลของการอุทธรณ์จะ เป็นเช่นเดียวกับกระบวนการทำลายคำชี้ขาด (setting aside) ²¹⁴

²⁰⁹ The United States arbitration Act, Sect 12 ; The Uniform Arbitration Act, Sect. 16.

²¹⁰ The Uniform Arbitration Act, Sect. 2.

²¹¹ The Uniform Arbitration Act, Sect. 12.

²¹² Holtzmann, M. Howard, U.S.A.-36.

²¹³ Code of civil Procedure, Art, 1482.

²¹⁴ Derains, Yves, France - 25.

การอุทธรณ์ตามมาตรา 1482 ต้องยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ซึ่งเป็นสถานที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น ภายใน 1 เดือนนับจากวันรับแจ้งคำตัดสินการมีคำสั่งบังคับคำชี้ขาด (exequatur of the award)

เหตุที่ศาลจะยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ได้แก่เหตุดังต่อไปนี้²¹⁵

(1) คำชี้ขาดทำขึ้นโดยไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นโมฆะหรือสิ้นผลไปแล้ว

(2) คำชี้ขาดทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบ

(3) อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (terms of reference) โดยบทบัญญัตินี้เป็นกรณีการตัดสินเกินขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือตัดสินในเรื่องที่มีได้หยิบยกขึ้นโดยคู่กรณี (ultra petita) อย่างไรก็ตาม หากอนุญาโตตุลาการไม่ได้ตัดสินในประเด็นใด คู่กรณีสามารถให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดให้สมบูรณ์ได้ตามมาตรา 1475

(4) การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ถูกต้อง

(5) คำชี้ขาดไม่ถูกต้องตามแบบที่กำหนด เช่นที่ระบุไว้ในมาตรา 1480 กล่าวคือ ไม่ระบุเหตุผล ไม่ระบุชื่ออนุญาโตตุลาการ และวันทำคำชี้ขาด ไม่มีการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการทุกคน หรือไม่ระบุเหตุของการไม่ลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการบางคน

(6) เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการขัดต่อความสงบเรียบร้อย (violation of public policy)

สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในฝรั่งเศส กฎหมายกำหนดว่า คำชี้ขาดที่ทำในฝรั่งเศสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอน หลักในการยกเลิกหรือเพิกถอนใช้ทำนองเดียวกับการอุทธรณ์คำตัดสินในคำสั่งให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เหตุที่จะขอยกเลิกหรือเพิกถอน²¹⁶ ได้แก่ การไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือสิ้นผลแล้ว การตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง อนุญาโตตุลาการกระทำการเกินอำนาจที่ได้รับ คู่กรณีได้รับการปฏิบัติโดยไม่เท่าเทียมกัน

²¹⁵ Code of Civil Procedure, Art. 1484.

²¹⁶ Code of Civil Procedure, Art. 1502.

(principe de la contradiction) ซึ่งขัดกับหลัก due process การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาด จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (international public policy).

การยื่นคำร้องขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดส่งผลต่อคำสั่งให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด (exequatur order) ถ้ามี เว้นแต่อนุญาตตุลาการได้รับการบังคับตามคำชี้ขาดชั่วคราว คำตัดสินกรณีมีการยกเลิกหรือเพิกถอนอาจกระทบเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด ในกรณี เช่นนั้น ส่วนอื่นของคำชี้ขาดเป็นอันสมบูรณ์ (มาตรา 1490)

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีบทบัญญัติว่า คำชี้ขาดจะถูกกระทบได้โดยการยกเลิกหรือเพิกถอน (setting aside) และการทบทวน (review) ซึ่งการเพิกถอนคำชี้ขาดมีข้อบังคับที่แตกต่างกันระหว่างการอนุญาตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพราะสวิตเซอร์แลนด์เป็นสหพันธรัฐ (Federal States)²¹⁷

กฎหมายระหว่างประเทศแพนคตินบุคคล (the Swiss Private International Law Act) เปลี่ยนแปลงหลักใหญ่ 2 ประการ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ประการแรกได้แก่ ศาลสูงสุดสหพันธรัฐ (Federal Supreme Court) เป็นองค์กรที่มีอำนาจที่จะพิจารณาการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ประการที่สอง กฎหมายให้สิทธิคู่กรณีละสิทธิทั้งสิ้นหรือบางส่วนในการขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด²¹⁸

เหตุที่จะขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการในกฎหมายระหว่างประเทศแพนคตินบุคคลและ/หรือกฎหมายเอกรูป (Concordat) คือ เหตุดังต่อไปนี้

- (1) เมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ถูกต้อง
- (2) เมื่ออนุญาตตุลาการไม่อาจทำคำตัดสินตามประเด็นในข้อเรียกร้อง หรือทำคำตัดสินเกินกว่าประเด็นในข้อเรียกร้องที่เสนอต่ออนุญาตตุลาการ

²¹⁷ Briner, Robert, "Switzerland," in International Handbook on Commercial Arbitration, suppl. 9 September 1988, Switzerland - 30.

²¹⁸ Ibid.

(3) เมื่อมีการดำเนินการฝ่าฝืนหลักความเสมอภาคของคู่กรณี การฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณา ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ เช่น ICC Rules หรือ UNCITRAL Rules ยังไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะขอยกเลิกหรือเพิกถอน

(4) เมื่อคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อย

(5) เมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับมากกว่าข้อเรียกร้องโดยปราศจากเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย

(6) เมื่อคำชี้ขาดฝ่าฝืนโดยขัดแย้งกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏหรือขัดต่อกฎหมายหรือหลักความยุติธรรม (equity)

(7) เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดหลังจากสิ้นระยะเวลาที่ต้องทำคำชี้ขาด

(8) เมื่อมีการกำหนดค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการสูงเกินไปโดยขัดแย้ง

ศาลสูงสุดสมาพันธรัฐถือว่า คู่กรณีที่ประสงค์จะอ้างการขัดต่อความสงบเรียบร้อยต้องอ้างว่า คำชี้ขาดฝ่าฝืนหลักกฎหมายเบื้องต้น เช่น การอ้างถึงหลักคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญา (pacta sunt servanda) การห้ามนำกฎหมายไปใช้ในทางที่ผิด หลักความสุจริต (principle of good faith) เป็นต้น²¹⁹

คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอาศัย Concordat ศาลสูงสุดสมาพันธรัฐถือว่า เมื่ออนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำชี้ขาดในลักษณะ *ex aequo et bono* * อนุญาโตตุลาการต้องถูกจำกัดโดยบทบัญญัติของความสงบเรียบร้อยเท่านั้น²²⁰

ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณการขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด คือ ศาลฎีกาสมาพันธรัฐ (Federal Supreme Court) กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Swiss Private International Law Act) ให้สิทธิคู่กรณีตกลงให้ผู้พิพากษา Canton ณ สถานที่ทำการ

²¹⁹ ATF 116 II 634, reproduced in English in Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992) pp. 279-286.

* การตัดสินโดยใช้หลักความเป็นธรรมและใช้มโนธรรมที่ดี ดู พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 52.

²²⁰ BGE 107 IB 63.

อนุญาโตตุลาการ มีอำนาจเช่นเดียวกับอำนาจของศาลสูงสุดสมาพันธรัฐ²²¹ ซึ่งการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดต้องดำเนินการภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำชี้ขาด โดยไม่อาจยื่นหลังจากสิ้นระยะเวลาดังกล่าวได้ ตาม The Federal Judicial Organization Act

นอกจากนี้การที่กฎหมายให้อำนาจคู่กรณีตกลงกันว่า ผู้พิพากษาของ Canton ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจตัดสินแทน (in lieu) ศาลสูงสุดสมาพันธรัฐ ซึ่งศาล Canton นั้นจะใช้วิธีพิจารณาเช่นที่ศาลสูง (high court) มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งของ Canton นั้น²²² โดยคำตัดสินของ Canton เป็นที่สุด ไม่มีการนำคดีมาสู่ศาลสูงสุดสมาพันธรัฐ อย่างไรก็ตามการอุทธรณ์ที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายมหาชน (public Law) สามารถทำได้ถ้าขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เช่น ความไม่เป็นกลาง (impartiality) หรือกรณีฝ่าฝืนต่อหลักในเรื่องสิทธิการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา²²³

ในส่วนหลักกฎหมายภายใต้ Intercantonal Arbitration Convention (Concordat) ได้กำหนดวิธีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดให้ยื่นต่อศาล Canton ที่มีอำนาจ โดยให้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของ Canton ทั้งนี้ ให้ยื่นขอยกเลิกหรือเพิกถอนภายใน 30 วัน เช่นเดียวกัน²²⁴ ซึ่งคำตัดสินของศาล Canton ในการยกเลิกหรือเพิกถอน และทบทวน (review) คำชี้ขาด กรณีที่ศาลตัดสินขัดกับ Concordatให้นำไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดสมาพันธรัฐ²²⁵

ในประเด็นปัญหาว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ที่เป็นผู้เรียกร้องในคดีอนุญาโตตุลาการสามารถอุทธรณ์หรือยื่นคำร้องขอต่อศาลขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ต้องปฏิเสธการปฏิบัติตามคำชี้ขาดและรอให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะยื่นคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดก่อน จึงจะสามารถเข้าสู่โดยคัดค้านคำชี้ขาดตามมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 การที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะเยียวยา

²²¹ The Swiss Private International Law Act, Art. 191 (2).

²²² ดู The Swiss Private International Law Act, Art. 191 (2) และ Concordat, Art. 36.

²²³ BGE 116 II 721, esp. 728 and 729.

²²⁴ BGE 114 Ia 296 et seq.

²²⁵ Briner, Robert., "Switzerland," in International Handbook on Commercial

ผู้เรียกร้องซึ่งเป็นฝ่ายแพ้คดี โดยอาจจะต้องถูกผูกพันโดยคำชี้ขาดที่ไม่ชอบเพราะอนุญาโตตุลาการ กระทำการโดยทุจริตหรือดำเนินกระบวนการพิจารณามีชอบหรือเหตุใด ๆ ที่มีสภาพร้ายแรง ดังนั้น เมื่อ บทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติให้สิทธิ คู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ได้ จึงควรพิจารณาโดยศึกษาถึงกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เกี่ยวกับกรณีการขอ ให้เพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งเป็นกฎหมายที่หลายประเทศนำไปเป็นแบบในการร่าง โดยกฎหมาย แม่แบบมาตรา 34 กำหนดว่า

มาตรา 34 การคัดค้านคำชี้ขาดโดยการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด

- (1) การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจทำโดยการร้องขอต่อศาล ให้เพิกถอนคำชี้ขาด ตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2), และ (3) แห่งมาตรานี้
- (2) ศาลที่มีเขตอำนาจจะเพิกถอนคำชี้ขาด ถ้า
 - (a) คู่พิพาทที่ร้องขอพิสูจน์ให้เห็นว่า
 - (I) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 เป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่ง ประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้ หรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มี ข้อตกลงดังกล่าว
 - (II) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยขอถึงการแต่งตั้งหรือ การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้น อนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น หรือ
 - (III) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่ได้ระบุไว้หรือไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญา อนุญาโตตุลาการ หรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่คำ คำชี้ขาดที่วินิจฉัยที่ว่านั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ให้เพิกถอน เฉพาะคำชี้ขาดส่วนที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ
 - (IV) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีพิจารณาของอนุญาโต ตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ เว้นแต่ข้อตกลงเช่นว่านั้นขัดกับบทบัญญัติกฎหมายนี้ ซึ่งคู่พิพาทไม่อาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ หรือหากไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นี้ หรือ
 - (b) ปรากฏแก่ศาลว่า

(I) ประเด็นข้อพิพาทไม่สามารถระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย

(II) คำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) คำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดต้องยื่นต่อศาลภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้ร้องขอได้รับคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นคำร้องภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 33 นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ยกคำร้องขอนั้น

(4) เมื่อได้รับคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด หากศาลเห็นสมควรและได้รับคำร้องขอจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจระงับการพิจารณาการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อให้โอกาสคณะอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหรือดำเนินการอื่นที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจะเป็นการกำจัดเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น

ในการพิจารณากำหนดพื้นฐานในการเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 34 มีประเด็นเบื้องต้นที่นำมาพิจารณาโดยคณะทำงาน (working group) คือ พื้นฐานสำหรับการเพิกถอนคำชี้ขาดต้องอยู่ในขอบเขตพื้นฐานที่การยอมรับและบังคับคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก โดยมีการปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำเพียงเล็กน้อย²²⁶

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการประชุมพิจารณาของคณะทำงาน ได้มีการเสนอพื้นฐานเพิ่มเติมในการใช้เป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดโดยนำมาจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ซึ่งแตกต่างกัน กล่าวคือ ประเด็นของข้อพิพาทไม่ปรากฏในคำชี้ขาด คำชี้ขาดประกอบด้วยคำตัดสินที่ขัดแย้งกันรวมทั้งคำชี้ขาดที่เกิดจากการรับสินบน (corruption) ของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดที่ผิดพลาดในสาระสำคัญซึ่งไม่ใช่การพิมพ์ผิดหรือเขียนผิด และการปรากฏพยานหลักฐานใหม่²²⁷ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการพิจารณาร่างมาตรา 34 มีความเห็นเช่นเดียวกับคณะทำงานที่ปฏิเสธการเพิ่มพื้นฐานใหม่ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ซึ่งความหมายของพื้นฐานการเพิกถอนคำชี้ขาดในกรณีคำชี้ขาดทำขึ้นโดยไม่ชอบ หมายรวมถึง การฉ้อโกง (fraud)

²²⁶ A/CN.9/264, Art. 34, para 7-9, pp.965-966 infra.

²²⁷ A/CN.9/263/Add. 2, paras 29-35, pp.959-961. infra (UK Comments) และ A/CN.9/SR.318, para 69, p.982 infra. (Summary Record).

เรื่องสินบน (bribery) หรือการปลอมลายมือ (forgery) เป็นต้น²²⁸

รายงานของคณะกรรมการได้อธิบายความหมายของ "ความสงบเรียบร้อย (public policy) ที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก รวมทั้งความตกลงอื่น ๆ อีกหลายฉบับว่าครอบคลุม หลักกฎหมายพื้นฐานและความยุติธรรมในเนื้อหาสาระ เช่น เรื่องสินบน (corruption/bribery) หรือ การฉ้อโกง (fraud) และกรณีร้ายแรงในทำนองเดียวกัน ซึ่งจะเป็นองค์ประกอบพื้นฐานสำหรับการ เพิกถอนคำชี้ขาด และในที่สุดคณะกรรมการได้เห็นชอบที่จะไม่เปลี่ยนแปลงแนวการยกเว้น มาตรา 34 ของคณะทำงานเพราะเห็นว่าเหมาะสมและสอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก²²⁹

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้มีบทบัญญัติ เกี่ยวกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ถ้ามีกรณีอนุญาโตตุลาการทุจริตทำให้ คู่กรณีฝ่ายที่เป็นผู้เรียกร้องในชั้นอนุญาโตตุลาการต้องแพ้คดีเพราะเหตุทุจริต ทางเยียวยาให้แก่ คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็คือ การขอยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด เพื่อให้คำชี้ขาดที่ไม่ชอบธรรมนั้นถูก ทำลายไปและไม่ต้องถูกผูกพันโดยคำชี้ขาดที่ไม่ชอบ ดังนั้น จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยบัญญัติเรื่องการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ อาจเทียบเคียงกับมาตรา 34 ของ UNCITRAL Model Law และนำมาเป็นแบบในการยกเว้นก็จะ สามารถเยียวยาคู่กรณีที่เป็นผู้เรียกร้องซึ่งต้องมาแพ้คดีเพราะการทุจริตของอนุญาโตตุลาการหรือ เหตุอื่นที่มีสภาพร้ายแรงในทำนองเดียวกัน

2.5 ค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 หมวด 5 มาตรา 27 ได้กำหนดว่า

"ในกรณีที่มีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ค่าธรรมเนียมและ ค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด แต่ไม่รวมถึงค่า ทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของอนุญาโต ตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี แต่ไม่ว่าจะได้ตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือกำหนด

²²⁸ Holtzmann, M. Howard and Neuhaus, E. Joseph. , A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ; Legislative History and Commentary. (Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1994) p.912.

²²⁹ Ibid., p. 915.

ไว้ในคำชี้ขาดเป็นประการใด ถ้าศาลที่มีเขตอำนาจเห็นสมควรอาจกำหนดให้ใหม่ตามความเป็นธรรมก็ได้

ในกรณีที่มีได้กำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการหรือคำปฎิการอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดไว้ในคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดอาจยื่นคำร้องให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการและคำปฎิการอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร"

ในทางปฏิบัติ การกำหนดค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียมสถาบันอนุญาตตุลาการ คำปฎิการอนุญาตตุลาการและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรดำเนินการระบวนพิจารณา แยกได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

1. การดำเนินการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาตตุลาการ ซึ่งขณะนี้มิสถาบันที่ดำเนินการระบวนข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการคือ สำนักงานอนุญาตตุลาการกระทรวงยุติธรรม สภาก่อการค้ำแห่งประเทศไทย สมาคมประกันวินาศภัย โดยสมาคมประกันวินาศภัยจะดำเนินการระบวนข้อพิพาทเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการประกันภัยต่าง ๆ ซึ่งสถาบันที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการดังกล่าวจะมีข้อบังคับของสถาบันเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการเมื่อคู่กรณีตกลงใช้ข้อบังคับของสถาบันนั้น ๆ ก็ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับเหล่านั้น เช่น ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม หมวด 4 ข้อ 34 ได้กำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 กล่าวคือ ในกรณีที่มีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาอนุญาตตุลาการ ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการ และคำปฎิการอนุญาตตุลาการแต่ไม่รวมถึงค่าทนายความและค่าใช้จ่ายของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

การดำเนินการในเรื่องค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการในส่วนค่าธรรมเนียมนั้น สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ไม่ได้เรียกเก็บจากคู่กรณี เป็นการให้บริการของหน่วยงานของรัฐโดยไม่คิดค่าบริการต่างกับสถาบันเอกชนโดยเฉพาะในต่างประเทศที่เรียกเก็บจากข้อพิพาทที่เข้าสู่การดำเนินการของสถาบัน สำหรับคำปฎิการอนุญาตตุลาการนั้น เมื่อคู่กรณีได้ตกลงตั้งอนุญาตตุลาการแล้วไม่ว่าจะตั้งเพียงคนเดียวหรือมากกว่า จะมีการเรียกให้คู่กรณีวางประกันคำปฎิการอนุญาตตุลาการ รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในระหว่างดำเนินการระบวนพิจารณา

โดยใช้ข้อบังคับดังกล่าวข้อ 35 ซึ่งกำหนดว่า "ผู้อำนวยการอาจเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบวางเงินประกันค่าใช้จ่ายได้และในกรณีที่มีพฤติการณ์จำเป็นพิเศษ ก็อาจเรียกเงินประกันค่าธรรมเนียมและค่าป่วยการจากคู่กรณีได้" ในทางปฏิบัติ จึงมีการเรียกให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายวางเงินประกัน โดยค่าป่วยการอนุญาตตุลาการซึ่งมีการกำหนดทั้งแบบกรณีเหมาจ่ายเป็นเงินก้อนเดียว (lump sum) เป็นรายคดีตามความยากง่าย ทุนทรัพย์ ระยะเวลาในการพิจารณา ฯลฯ หรือแบบเป็นรายนัดที่มีการพิจารณาคดีแล้วแต่ความตกลงของคู่กรณี แต่ไม่มีการกำหนดอัตราให้อย่างชัดเจนแน่นอนตามทุนทรัพย์ที่พิพาท ดังนั้น จึงทำให้คู่กรณีที่พิพาทไม่อาจคาดการณ์เรื่องค่าป่วยการอนุญาตตุลาการได้ ค่าป่วยการจะสูงหรือต่ำจึงขึ้นอยู่กับประสบการณ์และความมีชื่อเสียงของอนุญาตตุลาการเป็นสำคัญ

ส่วนข้อบังคับอนุญาตตุลาการหอการค้าไทย หมวด 7 ข้อ 36 ได้กำหนดเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม ค่าป่วยการ และค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการ ดังนี้

"ค่าธรรมเนียม ค่าป่วยการ และค่าพาหนะและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ให้มีอัตราและเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ค่าธรรมเนียมสภาอนุญาตตุลาการ อัตราร้อยละ 1 ของจำนวนเงินที่เรียกร้องหรือมูลค่าที่พิพาท แต่ไม่ต่ำกว่า 1,000 บาท และไม่เกิน 20,000 บาท คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำร้องจะต้องชำระให้นายทะเบียนพร้อมกับที่ยื่นเรื่องราว

(2) ค่าป่วยการและค่าพาหนะเดินทางของอนุญาตตุลาการจะได้กำหนดอัตราขึ้นไว้โดยคณะกรรมการอนุญาตตุลาการการค้าไทยเป็นครั้งคราว

(3) ค่าป่วยการและค่าพาหนะเดินทางของพยาน ให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้กำหนด

(4) ค่ารับรองสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ อัตรา 100 บาทต่อสำเนาหนึ่งชุด

(5) ค่าอากรแสตมป์ที่ปิดในคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการให้เป็นไปตามประมวลรัษฎากร

(6) ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ นอกจากที่ระบุไว้ตั้งแต่ (1) - (5) ให้คณะกรรมการอนุญาตตุลาการหอการค้าไทยเป็นผู้กำหนดตามที่เห็นสมควร"

อย่างไรก็ตาม ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันก่อนเรื่องพิพาทก่อนที่จะมีคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการอาจใช้ดุลพินิจคืนค่าธรรมเนียมทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่คู่กรณีตามที่เห็นสมควรซึ่งกำหนดไว้ในข้อบังคับ ฯ ข้อ 37

2. การดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ไม่อยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีสามารถตกลงวิธีพิจารณาโดยอาจนำข้อบังคับของสถาบันใด ๆ มาปรับใช้ หรือจะตกลงใช้วิธีพิจารณาเฉพาะคู่กรณีก็ได้

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดในเรื่องค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่มีบทบัญญัติเช่นนั้น เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียม (expenses and fees) และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ แต่ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในคำชี้ขาด²³⁰

ข้อบังคับภายใต้การจัดการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association -AAA) ที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในและระหว่างประเทศระบุบทบัญญัติในเรื่องค่าใช้จ่ายค่อนข้างละเอียด โดยค่าใช้จ่ายของ AAA ประกอบด้วยค่าใช้จ่าย 3 ประการ คือ (1) ค่าธรรมเนียมสถาบัน (administrative fee) ซึ่งคู่กรณีต้องจ่ายต่อ AAA (2) ค่าบริการ จ่ายต่ออนุญาโตตุลาการ รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่มีการสำรองจ่ายไป และ (3) ค่าใช้จ่ายตามกฎหมายและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดจากคู่กรณีในการเสนอข้อพิพาท ซึ่งค่าธรรมเนียมในการจัดการของสถาบันจะกำหนดไว้ในบัญชีแนบท้ายในแต่ละข้อบังคับ ซึ่ง AAA อาจผ่อนผันหรือลดค่าธรรมเนียมในการจัดการของสถาบัน ถ้ามีกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสบเคราะห์ร้าย (มาตรา 48) นอกจากนี้หาก AAA จัดการภายใต้ข้อบังคับของ UNCITRAL หรือ International Rules ก็มีการยืดหยุ่นในการผ่อนผันค่าธรรมเนียมเช่นเดียวกัน²³¹

นอกจากค่าธรรมเนียมในการจัดการของสถาบันและค่าปฎิการอนุญาโตตุลาการ (arbitrator's fee) แล้ว AAA Commercial Rules ยังกำหนดถึงค่าใช้จ่ายของพยานซึ่งคู่กรณีต้องจ่ายเมื่อมีการเรียกหรือระงับพยาน และค่าใช้จ่ายที่คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอต้องเป็นผู้รับผิดชอบ เช่น ค่าใช้จ่ายในการจดตรวจเลข (Stenographic records) ภายใต้ AAA Commercial Rules ค่าใช้จ่ายทั้งหมดรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าใช้จ่ายอื่นของอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายของพยานใด ๆ ที่อนุญาโตตุลาการเรียก คู่กรณีต้องเป็นผู้รับผิดชอบในส่วนที่เท่ากัน เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นหรือเว้นแต่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในคำชี้ขาดให้ค่าใช้จ่ายเช่นนั้นคู่กรณีฝ่ายใดรับผิดชอบ (ข้อ 49)

²³⁰ Uniform Arbitration Act, Sect. 10.

²³¹ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 30 ; Uniform Arbitration Act, sect. 10.

ภายใต้ AAA International Rules ค่าใช้จ่ายที่กล่าวมานั้นจะกำหนดโดยอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีแบ่งกันรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายตามที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเห็นสมควร (ข้อ 32)²³²

ข้อบังคับที่กำหนดใน AAA Commercial และ International Rules ให้อำนาจ AAA เรียกให้คู่กรณีวางประกันค่าใช้จ่ายล่วงหน้าเมื่อเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ครอบคลุมค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการรวมทั้งค่าบวการอนุญาโตตุลาการ (ถ้ามี)²³³ ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่วางประกันค่าใช้จ่าย คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจวางประกันค่าใช้จ่ายทั้งหมด เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไป²³⁴

บัญชีค่าธรรมเนียมการจัดการ (AAA Administrative Fee Schedules) จะไม่ได้รวมถึงค่าบวการที่จะจ่ายให้อนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติในสหรัฐอเมริกา ค่าบวการอนุญาโตตุลาการจะขึ้นอยู่กับเวลาที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการดำเนินการและองค์ประกอบอื่น ๆ เช่น ขนาดของคดี (size) และความยุ่งยากซับซ้อน (complexity)²³⁵

ค่าใช้จ่ายในการช่วยเหลือทางกฎหมาย (costs of legal assistance) ซึ่งหมายถึงค่าใช้จ่ายของทนายความ ในทางปฏิบัติคู่กรณีแต่ละฝ่ายจ่ายให้แก่ทนายของฝ่ายตน ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ²³⁶

กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการวางประกัน (deposit) ค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะทำตามธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมาย²³⁷ โดยอนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้มีการวางเงินล่วงหน้าสำหรับค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นในชั้นอนุญาโตตุลาการและอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาไปตามค่าใช้จ่ายที่วางนั้น ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่วางเงิน คู่กรณีอีกฝ่ายอาจเลือกวางเงินทั้งหมดหรือทั้งการดำเนินกระบวนการ

²³² Ibid., U.S.A. 31.

²³³ AAA Commercial Rules, Sect 52; AAA International Rules, Art. 34.

²³⁴ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 31.

²³⁵ AAA Commercial Rules, Sect. 51 ; AAA International Rules Art. 33 ; UNCITRAL Rules, Art. 39.

²³⁶ Holtzmann, M. Howard, U.S.A. - 31, 32.

²³⁷ Intercantonal Arbitration Convention (Concordat), Art. 30.

พิจารณา ซึ่งถ้าเลือกประการหลัง คู่กรณีจะไม่ผูกพันตามสัญญาอนุญาตตุลาการอีกต่อไป²³⁸

เนื่องจากไม่มีการกำหนดเป็นบัญญัติแน่นอนสำหรับค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการของสวิตเซอร์แลนด์ ดังนั้น การอนุญาตตุลาการที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของ ICC หรือสถาบันอื่นที่มีการระบุค่าใช้จ่ายแน่นอนจึงเป็นที่นิยมแพร่หลายกว่า เพราะคู่กรณีสามารถทราบค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายในการดำเนินการล่วงหน้า ในมลรัฐ (canton) ต่าง ๆ จะมีบัญญัติค่าป่วยการสำหรับนักกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานของศาล ดังนั้น เมื่อนักกฎหมายเข้ามาทำหน้าที่อนุญาตตุลาการหรือเลขานุการ (secretaries) ก็จะทำหน้าที่ดังกล่าวมาใช้²³⁹

กฎหมายกำหนดว่า ค่าใช้จ่ายจะถูกคัดค้านถ้ามีการกำหนดค่าป่วยการอนุญาตตุลาการสูงเกินไป²⁴⁰ ซึ่งศาลมีคำพิพากษาในเรื่องนี้เหมือนกัน แต่ไม่ปรากฏการเผยแพร่คำพิพากษาของศาล ส่วนค่าใช้จ่ายในการช่วยเหลือทางกฎหมาย (costs of legal assistance) ตามทางปฏิบัติในสวิส ค่าใช้จ่ายส่วนนั้นคู่กรณีฝ่ายที่ชนะเป็นผู้รับผิดชอบถ้ามีการรับรองซึ่งให้โดยข้อบังคับวิธีพิจารณา สวิสที่นำมาปรับใช้กับการอนุญาตตุลาการ²⁴¹

ในฝรั่งเศส ค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการภายในประเทศ โดยทั่วไปคู่กรณีฝ่ายที่แพ้จะรับผิดชอบค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย หากฝ่ายที่ชนะไม่ได้รับตามจำนวนที่เรียกร้อง อนุญาตตุลาการจะกำหนดให้มีการแบ่งปันค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมระหว่างคู่กรณีตามสัดส่วน ในความสำเร็จของข้อเรียกร้องของแต่ละฝ่าย²⁴²

²³⁸ Briner, Robert, "Switzerland," in International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 14, April 1993, Switzerland - 26.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Concordat, Art. 36 (i).

²⁴¹ Briner, Robert. "Switzerland," in International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 9, September 1988, Switzerland - 27.

²⁴² Derains, Yves, France - 22.

การเรียกให้วางประกันค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการนั้น ตามธรรมเนียมปฏิบัติ สถาบันอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการเรื่องนี้โดยชัดแจ้ง หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะวางเงิน คู่กรณีอีกฝ่ายจะต้องวางเงินประกันเต็มจำนวนหากประสงค์ให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไป โดยปกติอนุญาโตตุลาการจะระบุค่าป่วยการของตน อย่างไรก็ตามเพื่อมิให้เกิดปัญหาควรระบุ โดยให้น้ำหนักกำหนดค่าป่วยการไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีไม่ชำระค่าป่วยการ อนุญาโตตุลาการจะเรียกร้องค่าป่วยการต่อศาลที่มีอำนาจ ซึ่งศาลสามารถลดจำนวนค่าป่วยการได้²⁴³ สำหรับค่าใช้จ่ายในการช่วยเหลือทางกฎหมาย (Cost of legal assistance) นั้น ศาลจะกำหนดให้มีการชดเชยคืน (reimburse) ให้แก่คู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดี ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1975 เป็นต้นมาเมื่อศาลมีอำนาจที่จะสั่งเช่นนั้นตามกฎหมายได้²⁴⁴

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ (The Arbitration Act 1996) ได้กำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ โดยแบ่งประเภทของค่าใช้จ่ายไว้ว่ามี 3 ประเภท คือ (1) ค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ (2) ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง และ (3) ค่าใช้จ่ายของทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ของคู่กรณี (มาตรา 59) ซึ่งค่าใช้จ่ายของผู้เชี่ยวชาญ (experts) ที่ปรึกษากฎหมาย (legal advisers) และที่ปรึกษาหรือผู้ประเมิน (assessors) ซึ่งทำหน้าที่ให้คำปรึกษาทางด้านเทคนิค (technical matters) ที่อนุญาโตตุลาการแต่งตั้งและต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายนี้ จะรวมอยู่ในค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการตาม (1) ด้วย²⁴⁵ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีกำหนดไว้คล้ายคลึงกับที่มีอยู่ใน UNCITRAL Arbitration Rules²⁴⁶

เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการรวมถึงค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายอื่นของอนุญาโตตุลาการในจำนวนที่เหมาะสม และถ้ามีปัญหาว่าค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายในจำนวนเท่าใดจึงจะเป็นการเหมาะสม ศาลจะเป็นผู้ตัดสิน (มาตรา 64) อย่างไรก็ตาม ค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจขอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงจำนวนที่เหมาะสมก่อน เว้นแต่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่เหมาะสมที่จะตัดสินเรื่องค่าป่วยการ

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid., Code of Civil Procedure, Art. 700.

²⁴⁵ ดู The Arbitration Act 1996, Sect. 37 (2).

²⁴⁶ UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 38.

