

วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

4.1 แนวความคิดของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากมนุษย์ไม่สามารถใช้ชีวิตอยู่ตามลำพังโดยโดดเดี่ยวได้ เพราะต่างต้องพึ่งพาอาศัยกันและกัน จึงต้องร่วมกันอยู่ในสังคมโดยเริ่มจากสถาบันครอบครัว ซึ่งถือว่าเป็นหน่วยที่เล็กที่สุดของสังคมหลายครอบครัว กลายเป็นสังคมขนาดเล็กและขยายตัวเป็นสังคมใหญ่ และเป็นเรื่องธรรมดาที่คนหลายคนซึ่งอยู่รวมกัน ในสังคมย่อมมีโอกาสที่จะขัดแย้งหรือโต้แย้งกัน เนื่องจากผู้ที่อยู่ในสังคมแต่ละคนย่อมมีความประพฤติหรือความคิดที่แตกต่างกัน จึงอาจทำให้เกิดความขัดแย้งและมีการกระทำที่ไปกระทบต่อสิทธิของผู้อื่นทำให้เกิดความเสียหายขึ้น จนกลายมาเป็นข้อพิพาทที่โดยธรรมดาแล้วคู่พิพาทย่อมต้องการจะให้ข้อพิพาทยุติลงด้วยดี ด้วยความพึงพอใจของทุกฝ่ายในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยปกติแล้วคู่พิพาทจะตกลงกันเองแต่ในบางครั้งก็อาจจะตกลงกันเองไม่ได้ คู่พิพาทจึงจำเป็นต้องเลือกคนกลางที่ทั้งสองฝ่ายเชื่อถือว่ามาช่วยไกล่เกลี่ย หรือให้มาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และบุคคลที่คู่พิพาทยอมรับนับถือส่วนใหญ่ก็จะเป็นผู้นำของชุมชนของตน หรือในสังคมคน ในอดีตมักจะเป็นกษัตริย์หรือเจ้าครองนครที่มีอำนาจคุณพระเจ้า กษัตริย์จึงเข้าไปเกี่ยวข้องกับประชาชนในเรื่องการตัดสินข้อพิพาท โดยถือว่าเป็นการเข้าไปให้ความเป็นธรรมแก่คนในปกครอง

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีพิพาทกันนี้มีชื่อว่า จะต้องเป็นกษัตริย์เสมอไป อาจจะเป็นบุคคลซึ่งคู่พิพาทยอมรับนับถือ หรือบุคคลซึ่งคู่พิพาทเห็นว่ามีความเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทและสามารถให้ความยุติธรรมแก่เขาได้ ดังนั้น คู่พิพาทจึงมักจะเลือกบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติดังกล่าวนี้ให้มาทำการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และเมื่อคำสั่งชี้ขาดตัดสินเป็นประการใดคู่พิพาทก็จะยอมรับและปฏิบัติตามคำสั่งชี้ขาดตัดสินนั้น

ต่อมาเมื่อสังคมเจริญมากขึ้นภารกิจของกษัตริย์ก็เพิ่มขึ้นมาทำให้กษัตริย์ไม่มีเวลาที่จะทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทได้ จึงมอบหมายให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะทางกฎหมายให้ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทแทนพระองค์ บุคคลเหล่านี้เรียกกันว่า "ตุลาการ" หรือ "ผู้พิพากษา" หรือ "ศาล" ¹ แต่ศาลก็มีอำนาจดำเนินการชี้ขาดตัดสินไปทุกเรื่อง คงมีอำนาจเฉพาะการระงับข้อพิพาทในทางอาญา หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และข้อพิพาททางแพ่งที่คู่พิพาทไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลเท่านั้น ส่วนข้อพิพาททางแพ่งซึ่งคู่พิพาทมีความประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทกันเอง หรือใช้คนกลางมาทำการระงับข้อพิพาท ศาลจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวเพราะข้อพิพาททางแพ่งถือว่าเป็นเรื่องของเอกชน ซึ่งคู่พิพาทสามารถที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทกันเองได้โดยไม่ต้องใช้วิธีการฟ้องคดีต่อศาล แต่การระงับข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นเรื่องคู่พิพาทมีความสมัครใจที่จะมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้คนกลางมาทำการชี้ขาดข้อพิพาทของตน โดยคนกลางไม่มีเชื้อสายยุติธรรมซึ่งรัฐได้ก่อตั้งขึ้น และจากแนวความคิดนี้เองจึงเป็นที่มาของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ นับว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เก่าแก่ที่สุดวิธีหนึ่งที่ชักกันมาอาณาจักรตะวันตก ถือได้ว่าเป็นวิธีซึ่งเกิดก่อนการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันศาล เนื่องจากในสมัยก่อนศาลยังไม่มีรูปแบบที่ชัดเจนเช่นในปัจจุบัน ² จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์พบว่า ชาวกรีกเป็นชนชาติแรกที่มีหลักฐานว่านิยมระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ทั้งกรณีพิพาทในระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกันและข้อพิพาทระหว่างนครรัฐต่าง ๆ ด้วย ตั้งแต่ศตวรรษที่หกก่อนคริสต์ศักราช สำหรับข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการภายใน

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, หน้า 1.

² Peiter Sanders, Trends in International Commercial Arbitration, Recueil des Cours de l'Academic de Droit International de la Haye, 1975, p.220 อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์, เรื่องเดิม, หน้า 1.

นครรัฐต่าง ๆ มีมากมาย เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับศาสนา การพาณิชย์ หนี้ บุกรุก ฯลฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องระหว่างนครรัฐนั้น กรีกได้ทำสนธิสัญญาไว้หลายฉบับตกลงกันล่วงหน้าที่จะจับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตทางอนุญาโตตุลาการ โดยมีข้อพิพาทหลายชนิดด้วยกัน เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับศาสนา การปักปันเขตแดนอาณาเขต การแย่งดินแดน การเรียกร้องค่าเสียหายเนื่องจากการล่วงล้ำดินแดนของอีกนครรัฐหนึ่ง การชำระหนี้สิน ฯลฯ³ นอกจากนี้ ในสมัยโรมันก็ได้มีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกันอย่างกว้างขวาง และได้บัญญัติเป็นกฎหมายขึ้นในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งมีอายุราวสองพันปีมาแล้ว คือ ประมาณศตวรรษที่สี่ก่อนคริสต์ศักราช ในโต๊ะที่ 7 ว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 5 บัญญัติถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ สำหรับการระงับข้อพิพาทในเรื่องเขตที่ดินข้างเคียงจะกระทำได้โดยคนกลางอย่างน้อยสามคน⁴ นอกจากนี้ ก็ยังมีกฎหมายโรมันฉบับอื่น ๆ ตามประวัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโรมัน วิธีการอนุญาโตตุลาการเกิดจากความพยายามของรัฐที่จะเข้ามาควบคุมกิจการค้าขายและธุรกิจของคนในรัฐ ในขั้นเริ่มแรกสิทธิของรัฐที่จะเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชนนั้นไม่ได้รับการรับรอง แต่ต่อมาการแทรกแซงของรัฐก็ปรากฏขึ้นในรูปของวิธีการอนุญาโตตุลาการโดยความสมัครใจ และเปลี่ยนแปลงมาเป็นวิธีการอนุญาโตตุลาการโดยการบังคับ แต่อยู่ภายใต้การแนะนำของเจ้าหน้าที่ปกครองส่วนท้องถิ่น⁵

³ คีเรก ชัยนาม, ประวัติความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 10.

⁴ หลวงสุทธิวาทนฤพนธ์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 73.

⁵ Eugenio Minoli, An Italian Approach to Uniform Arbitration Laws, in International, Trade Arbitration, ed. Martin Domke (Westport, Connecticut; Greenwood Publishers, 1973), p.185.

นอกจากชาวโรมันแล้ว ในกลุ่มชนชาวฮิวก็ได้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทในระหว่างชนชาวฮิว แม้แต่พระเยซูก็ได้เคยทบทวนที่อนุญาโตตุลาการ เมื่อมีชายหนุ่มผู้หนึ่งขอร้องให้ชี้ขาดเรื่องการแบ่งมรดกระหว่างตนกับพี่ชาย⁶

ในสมัยกลางก็ได้มีการใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในประเทศต่าง ๆ ของทวีปยุโรป แม้แต่พระสันตปาปาซึ่งเป็นประมุขของคริสต์ศาสนาก็ได้ทบทวนที่อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในระหว่างรัฐต่าง ๆ ของยุโรปหลายครั้งด้วยกัน⁷

นอกจากประเทศต่าง ๆ จะได้รู้จักใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติกันแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้เป็นที่รู้จักกันแพร่หลายในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศกันมาก เช่น วิคตอเรีย ซอเรส โกรเซียส วัตแตล ฯลฯ นักกฎหมายเหล่านี้ได้เขียนหนังสือและบทความสนับสนุนวิธีการอนุญาโตตุลาการ และได้เข้าร่วมประชุมเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการกับผู้มีความเห็นต่าง ๆ ในสมัยนั้น⁸

ถึงแม้ว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการจะเป็นที่รู้จักและใช้ในสังคมมนุษย์ตั้งแต่ยุคเริ่มแรก และใช้กันตลอดมา แต่วิธีการอนุญาโตตุลาการก็เพิ่งเป็นที่รู้จักและใช้กันแพร่หลายทั่วโลกในปลายคริสต์ศตวรรษที่สิบเก้าและยี่สิบนี้เอง เพราะหลังจากที่รัฐต่าง ๆ จัดตั้งศาลยุติธรรมเพื่อระงับข้อพิพาทแล้ว ประชาชนนิยมภาคีฟ้องศาลมากขึ้น เนื่องจากข้อบกพร่องของอนุญาโตตุลาการอาจเกิดขึ้นได้ เพราะไม่ใช่นักกฎหมายอาชีพซึ่งต่างจากศาล ส่วนเหตุอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นอุปสรรคต่อระบบอนุญาโตตุลาการ คือ หลังจากสมัยกรีกและโรมันประเทศต่าง ๆ เกิดอคติต่ออนุญาโตตุลาการ โดยมีความคิดว่ารัฐเท่านั้นที่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

⁶ William Carton Jones, History of Commercial Arbitration in England and the United States : A Summary View, in International Trade Arbitration, ed. Martin Domke (Westport, Connecticut : Greenwood Press Publishers, 1973), p.127.

⁷ ดีเรก ชัยนาม, ประวัติความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ, หน้า 14.

⁸ Gerhard Von Glahn, Law Among Nations, (London : the Macmillan Company, 1965), p.461.

ดังนั้น ศาลของประเทศส่วนใหญ่จึงมีทัศนคติว่าการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด เป็นการรื้อถอนหรือตัดอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล และปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรือข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาและชี้ขาด⁹ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการอนุญาตตุลาการก็ยังมีผู้ชำระข้อพิพาทอยู่บ้าง เพียงแต่ไม่แพร่หลายนิยมนักมากเหมือนสิ่งคมยุคก่อน ๆ แต่ต่อมาเมื่อประเทศต่าง ๆ และโลกเจริญมากขึ้นตามลำดับ สภาพเศรษฐกิจของแต่ละประเทศและโลกเปลี่ยนแปลงไปมาก ศาลในประเทศต่าง ๆ ไม่สามารถที่จะตัดสินคดีให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ เนื่องจากไม่สามารถเข้าใจและติดตามให้ทันกับสภาพเศรษฐกิจของสังคมได้ จึงมีผู้นิยมหันมาใช้วิธีการอนุญาตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาททางแพ่งที่มีปัญหายุ่งยากหรือที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจอีกครั้ง¹⁰ เพราะการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการผู้กรณีสามารถเลือกผู้ที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้ และนอกจากนั้นค่าชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถึงที่สุด ดังนั้น การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้จึงได้รับความนิยมมากขึ้นมาก โดยเฉพาะในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องการความรวดเร็ว เช่น ธุรกิจการค้าทั้งภายในประเทศและในระหว่างประเทศ นอกจากนี้ การระงับข้อพิพาททางอนุญาตตุลาการยังเหมาะสมที่จะใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุน โดยเฉพาะการลงทุนจากต่างประเทศนั้น นักลงทุนต่างชาติจากประเทศที่พัฒนาแล้วที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศที่กำลังพัฒนามักจะพิจารณาว่า ในประเทศที่ตนจะเข้าไปลงทุนนั้นมีหลักประกันว่าทรัพย์สินและกิจการที่ตนลงทุนจะไม่ถูกยึดเป็นของรัฐ การยึดทรัพย์สินของเอกชนจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุผลและความจำเป็น และจะต้องมีการชำระเงินซึ่งกำหนดโดยอนุญาตตุลาการในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ และประเทศเหล่านั้นจะต้องมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางแพ่งอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ ดังนั้น ประเทศที่กำลังพัฒนา

9 อนันต์ จันทโรภากร, "การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ," ดูเฉพาะ เล่ม 2 ปีที่ 37 (มีนาคม-เมษายน 2533), หน้า 71.

10 Istvan Szasy, International Civil Procedure : A Comparative Study, (Hungary : A.W.Sijthoff-Leyden, 1967), p.589

ซึ่งต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ จึงมักจะพยายามบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นไว้ หรือปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ให้ทันสมัย และระบุไว้ในสัญญาที่เกี่ยวกับการลงทุน ให้มีอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต เพื่อเป็นหลักประกันว่า การลงทุนจะไม่ถูกยึดโดยไม่เป็นธรรม¹¹ ในบางประเทศ เช่น ประเทศอินโดนีเซียถึงกับมีบทบัญญัติในกฎหมายการลงทุนให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ¹²

จึงอาจกล่าวได้ว่า วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น นับวันแต่จะได้รับความนิยมมากขึ้นในทุกประเทศ ทั้งนี้ อาจสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การได้บุคคลที่เป็นกลางและมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน อีกทั้งเป็นที่ยอมรับของคู่พิพาท ให้มาทำการระงับข้อพิพาท ย่อมทำให้ผลการระงับข้อพิพาทยุติลงได้ด้วยดีและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย สำหรับกรณีของประเทศไทย แนวความคิดในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง โดยเรียกว่า "อนุญาโตตุลาการ"¹³ ถือเป็น

11 Joy Cherian, Investment Contracts and Arbitration, (Hungary : A.W. Sijthoff-Leyden, 1975), pp.1-2 and 17.

12 S. Gautama, Commercial Arbitration in Indonesia, Law Asia, 1, 2 (1973).

13 พระไอยการลักษณะตระลาการ

"อันว่าลักษณะตระลาการทงจากพวกโดยพระธรรมสาครอ้างหลักอินทภาษกล่าว

ดังนี้

ปกขอตถ ปตโรต เจโรก รณฐโรก สมมานโรก

อนุกบโรก รณฐาโรต อนุญญาโรต ฉธา มโรต

ปกขอตถ ปตโรต เจโรก ประการหนึ่งตระลาการเป็นฝักฝ่ายคู่ความข้างหนึ่ง รณฐโรก ประการหนึ่งตระลาการเป็นนายร้อยนายแขวงเมืองนอก สมมานโรก ประการหนึ่งตระลาการมีใจเสมอทั้งสองข้าง คือ มิได้ลำเอียง อนุกบโรก ประการหนึ่งตระลาการตั้งไว้ร้องตระลาการคู่ใหญ่ รณฐาโรต ประการหนึ่งตระลาการอันพระมหากษัตริราชตั้งไว้ อนุญญาโรต ประการหนึ่งตระลาการอันคู่ความยอมให้บังคับเอง"

ประเภทหนึ่งของตุลาการ (ตระลาการ) ซึ่งเป็นตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้นเอง และต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายครั้ง จนกระทั่งครั้งสุดท้ายได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 โดยบัญญัติไว้ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 และโดยเหตุที่บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติรายละเอียดไว้เฉพาะอนุญาโตตุลาการในศาล ส่วนอนุญาโตตุลาการนอกศาลบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 221 ซึ่งก็ไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและความไม่มั่นคงทางปฏิบัติ แต่ก็ยังเป็นที่ยอมรับในวงการธุรกิจการค้า เนื่องจากบางครั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีความจำเป็นที่จะต้องให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในการพิจารณาคัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งโดยปกติศาลมีขีดจำกัดความสามารถเฉพาะด้านนี้ ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการอยู่หลายฉบับ แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น ในที่สุดจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 เป็นต้นไป¹⁴ และได้มีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 221) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2530 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน "มาตรา 221 การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาลให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ"¹⁵ ดังนั้น ในปัจจุบันอนุญาโตตุลาการนอกศาลจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 วันที่ 12 สิงหาคม พุทธศักราช 2530, หน้า 18-20.

¹⁵ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 วันที่ 12 สิงหาคม พุทธศักราช 2530, หน้า 18-20.

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ อาจสรุปได้ว่าแนวความคิดในการจัดให้มีอนุญาโตตุลาการทําหน้าที่ระงับข้อพิพาทนั้น เกิดจากการต้องการให้มีคนกลางที่มีความเป็นธรรม ไม่มีประโยชน์ส่วนได้เสีย ไม่มีความลำเอียง และมีคุณสมบัติและความสามารถเฉพาะที่เหมาะสม¹⁶ ที่สำคัญคือคนกลางนี้จะต้องเป็นที่ยอมรับของคู่พิพาทที่จะให้ทำหน้าที่เป็นคนพิจารณาตัดสินและชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

4.1.1 ความหมายของอนุญาโตตุลาการ

ตามหลักภาษาไทย คำว่า "อนุญาโตตุลาการ" เป็นคำสนธิมาจากคำว่า "อนุญาต" และคำว่า "ตุลาการ" ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า "อนุญาโตตุลาการ" หมายถึง "บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อตัดสินข้อพิพาท"¹⁷ ส่วนตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยซึ่งเป็นข้อบังคับของสภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ได้ให้คำนิยามของ "อนุญาโตตุลาการ" ไว้ในข้อ 1 (3) ว่าหมายถึง "บุคคลคนเดียวหรือสองคนซึ่งคู่กรณีได้แต่งตั้งขึ้นเพื่อชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทในทางการค้าหรือธุรกิจอย่างอื่น และให้หมายความรวมถึงอนุญาโตตุลาการคนที่สามซึ่งอนุญาโตตุลาการหรือคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการการค้าไทยแต่งตั้งให้เป็นประธานอนุญาโตตุลาการ"¹⁸ และหากพิจารณาตามคำนิยามของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย

¹⁶ Ronald Bernstein, Handbook of Arbitration Practice,

(Sweet and Maxwell in Connjuction with the Chartered Institute of Arbitration, London, 1987), pp. 55-56.

¹⁷ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525, หน้า 892.

¹⁸ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย, (พระนคร ; โรงพิมพ์คุรุสภา, 2511), หน้า 1.

ดังกล่าวแล้วเห็นว่า หมายความว่าเฉพาะอนุญาโตตุลาการทางการค้าเท่านั้น จึงไม่ครอบคลุมถึงการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ และหมายถึงเฉพาะอนุญาโตตุลาการนอกศาล แต่ไม่รวมถึงอนุญาโตตุลาการในศาล

นอกจากการให้ความหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็ยังมีนักกฎหมายต่างประเทศให้ความหมายของ "อนุญาโตตุลาการ" ว่าเป็น "ข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้นและยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้น แทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล เพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากในการฟ้องร้องคดีตามปกติ" ¹⁹ ใน Black's Law Dictionary ได้อธิบายว่า หมายถึง "การเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางและได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้นซึ่งได้ทำขึ้นภายหลังจากการพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน" ²⁰ ส่วนท่านศาสตราจารย์ Rene David ได้เสนอคำนิยามว่า "อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนให้ระงับปัญหาซึ่งเกี่ยวพันถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ว่าจะมีการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น" ²¹

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁹ Waauregan Mills Inc V. Textile Workers Union of America, A.F.L.C.I.O., 21 Conn. Supp. 134, 14. 2d, pp. 593, 595.

²⁰ Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, (St.Paul, Minnesota:West Publishing Co., 1979), P.96

²¹ David, R., Arbitration in International Trade I (Kluwer Law Taxation 1985).

นอกจากนั้น สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (The American Arbitration Association) ได้ให้คำนิยามของ "การอนุญาโตตุลาการ" ว่าหมายถึง "การเสนอข้อพิพาทโดยความตกลงด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทต่อบุคคลซึ่งเป็นกลางให้ชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐาน และข้อโต้แย้งที่เสนอโดยคู่กรณีซึ่งตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าจะยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดและผูกพันตน" 22

จากความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า อนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลที่คู่พิพาทเลือกขึ้นมาทำหน้าที่เป็นคนกลางในการระงับข้อพิพาทนั่นเอง

4.1.2 ลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าจะมีการให้คำนิยามไว้แตกต่างกันมากมาย แต่โดยทั่วไปแล้วการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้ คือ 23

1. อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายของประเทศนั้น ๆ
2. บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องไม่ใช่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท คือ เป็นบุคคลภายนอกซึ่งเป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งท่านหรือ 2 ท่าน หรือมากกว่านั้น หรืออาจจะเป็น 2 ท่านเป็นหลัก ถ้าปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการทั้ง 2 ท่าน มีความเห็นไม่สอดคล้องกัน ก็อาจตั้งอีก 1 ท่าน ทำหน้าที่เป็นกรรมการตัดสินก็ได้ 24 โดยได้รับเลือกจากผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาทหรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาทได้ตกลงกันไว้หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะ

22 Cameron K. Jehringer, Arbitration : Precepts and Principle, Dobbs Ferry, (New York : Oceanna Publications Inc., 1969, p.5.

23 อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ, หน้า 83-84.

3. ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้เป็นฝ่ายในข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการตกลงกันได้มากน้อยเพียงใด เป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศ

4. อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ (Judicial way) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาและชี้ขาดไปตามหลักแห่งความยุติธรรม เป็นต้นว่า ให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี และจะต้องชี้ขาดโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีทุกฝ่าย

5. อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชน ดังนั้น กฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงพยายามทำให้เสรีภาพแก่เอกชนให้มากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการโดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือให้อนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

6. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด หมายความว่า มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์การของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งคือศาล ให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

24 Enid A. Marshall, Gill : The Law of Arbitration, Third edition, (London : Sweet & Maxwell, 1983), p.36.

7. การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่เป็น เพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญา เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีและเพื่อจะบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ และเมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยในทางปฏิบัติแล้ว การนำคำชี้ขาดไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับหรือบังคับจึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศบังคับ

4.1.3 ประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการ

ในหน้าคำนำของ Russell (1st ed. (20th) edition) กล่าวว่าอนุญาโตตุลาการจะได้รับความนิยมมากขึ้นในอนาคต เนื่องจากเหตุผลหลายประการ เช่น เป็นวิธีการที่ทำให้ความจริงแก่คู่พิพาท คู่พิพาทสามารถที่จะปฏิเสธไม่ชักฉวยหมาย เลือกกฎหมาย เลือกตั้งผู้พิพากษาตามที่ต้องการ และที่สำคัญ คือ เป็นการให้โอกาสที่จะปฏิเสธกฎหมาย ปฏิเสธที่จะไม่ใช้ผู้พิพากษาที่เขาไม่ประสงค์²⁵ นอกจากประโยชน์ดังกล่าวนี้แล้ว Enid A. Marshall²⁶ และเสาวนีย์ อัสวโรจน์²⁷ ยังได้กล่าวถึงประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการสรุปได้ว่า จุดประสงค์หลักของการให้มีวิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็คือ การหลีกเลี่ยงไม่ชักฉวยหมาย ยุติธรรมทางศาล แต่ผลที่ได้เหมือนกันคือข้อพิพาทยุติลงได้ มีความยุติธรรมเป็นที่พึงพอใจของคู่กรณี จึงอาจกล่าวได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีประโยชน์ คือ ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้โดยเร็วไม่เสียเวลา ประหยัดค่าใช้จ่าย และผลของการระงับข้อพิพาทก็เป็นที่ยอมรับได้ของคู่พิพาท ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากการดำเนินการโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาท

25 Ibid., preface.

26 Ibid., p. 3

27 เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ," หน้า 103-105.

สามารถที่จะกำหนดหรือตกลงใช้วิธีตามที่ต้องการได้ หรือถึงแม้จะไม่มีข้อตกลงเลือกใช้วิธีใด แต่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ไม่ยุ่งยาก ซับซ้อน และสามารถยืดหยุ่นได้ตามความเหมาะสมอันจะทำให้ประหยัดเวลา ไม่ต้องมีทนายคอยแก้ต่าง ทำให้ประหยัดเงินและค่าใช้จ่าย บุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นคู่พิพาทก็สามารถจะตกลงกำหนดกันได้ ทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติ มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะ เรื่องที่ตรงกับปัญหาที่พิพาทกันอยู่ ตลอดจนความเชื่อถือในความเป็นคนยุติธรรมของคนนั้น ทำให้ผลของคำชี้ขาดข้อพิพาททำได้อย่างถูกต้องเหมาะสมและยุติธรรม อีกประการหนึ่ง คู่พิพาทสามารถเลือกและกำหนดสถานที่พิจารณา นอกจากนี้ การพิจารณาไม่มีลักษณะเป็นทางการ ไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนเหมือนศาล การพิจารณาจึงเป็นไป ในลักษณะไม่เคร่งครัด ไม่มีการโต้แย้งต่อสู้เอาชนะกันเหมือนในศาล ทำให้คู่พิพาทผ่อนคลาย ความรู้สึกไม่ดีต่อกันลงไปได้ จึงเป็นบรรยากาศของความเป็นมิตรมากกว่าความเป็นศัตรูระหว่าง คู่พิพาท ซึ่งจะเป็นผลดีทั้งสองฝ่าย เพราะคู่พิพาทยังคงสามารถที่จะพึ่งพาอาศัยต่อกันอีกได้ในอนาคต และประโยชน์อีกประการ คือ ด้วยเหตุที่วิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการทำโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน เหมือนศาลที่อนุญาตให้บุคคลภายนอกเข้าฟังการพิจารณาได้ ดังนั้น จึงมีผลให้คู่พิพาทสามารถที่จะรักษาชื่อเสียงของตนไว้ได้ และที่สำคัญก็คือ วิธีอนุญาโตตุลาการเป็นการแบ่งเบาภาระและลดจำนวนคดีความของศาลลงไปได้

4.2 การนำข้อพิพาทเข้าสู่วิธีอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีสามารถที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่วิธีอนุญาโตตุลาการได้ 2 วิธี คือ

4.2.1 วัตถุประสงค์ของสัญญา

จากการศึกษาประวัติและแนวความคิดของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นหรือเริ่มต้นขึ้นได้โดยอาศัยสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ เพราะสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเกิดขึ้นได้โดยอาศัยความตกลงหรือความยินยอมพร้อมใจกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นไปตามหลักของสัญญา กล่าวคือ เมื่อ

คู่กรณีมีข้อเสนอและคำสนองตรงกันที่จะให้หน้าวีรือนุญจาริตตุลาการมาทำการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ผลก็คือ ย่อมทำให้เกิดสัญญาอนุญจาริตตุลาการ และเมื่อสัญญาสามารถใช้บังคับระหว่างคู่กรณี ผลของสัญญาย่อมผูกพันคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำต่อกันไว้ กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญจาริตตุลาการ โดยแต่งตั้ง อนุญจาริตตุลาการ เข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญจาริตตุลาการและผูกพันในหน้าที่ขาดของอนุญจาริต- ตตุลาการ หรืออาจจะกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าคู่กรณีสามารถจะนำข้อพิพาทเข้าสู่วีรือนุญจาริตตุลาการ ได้ก็ต่อเมื่อสัญญาอนุญจาริตตุลาการที่ใช้บังคับระหว่างคู่กรณี

ในเรื่องความหมายของสัญญาอนุญจาริตตุลาการนั้น แม้ว่าแต่ละประเทศซึ่งมี กฎหมายอนุญจาริตตุลาการได้ให้ความหมายไว้มีลักษณะแตกต่างกันตามความเหมาะสมของแต่ละ ประเทศก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของวิธีการระงับข้อพิพาทโดย อนุญจาริตตุลาการแล้ว คำจำกัดความของ "สัญญาอนุญจาริตตุลาการ" จะมีความหมายที่คล้ายคลึง กัน คือ เป็นการที่คู่กรณีตกลงกันโดยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอกคนเดียว หรือหลายคนให้ชี้ขาด การตกลงกันนี้อาจจะตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญจาริตตุลาการเมื่อ ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือตกลงกันไว้ว่าสัญญาว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การ พิจารณาชี้ขาดของอนุญจาริตตุลาการ หรืออาจจะเกิดจากผลของกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม ความหมายของสัญญาอนุญจาริตตุลาการนั้น มีหลายประเทศที่ คำจำกัดความไว้ เช่น ประเทศไทย มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญจาริตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่า "สัญญาอนุญจาริตตุลาการหมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาท ทางแห่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญจาริตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนด ตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญจาริตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม ประเทศสวีเดนและแลนด์ สัญญาอนุญจาริตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่ตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตโดยทาง อนุญจาริตตุลาการ สำหรับการระงับในอนาคตนั้นจะต้องเกิดจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แน่นอน กล่าวคือ เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ก่อนเป็นการล่วงหน้า สัญญาอนุญจาริต- ตตุลาการนั้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ มิฉะนั้น คู่กรณีในสัญญาจะบังคับให้มีอนุญจาริตตุลาการมิได้ (มาตรา 6 แห่งข้อตกลง และมาตรา 238 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสวีเดน)

ส่วนตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดน หมายถึง สัญญาที่คู่กรณีได้ตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด (Submission) และสัญญาที่คู่กรณีตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทจะเกิดขึ้นในอนาคตต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาด (arbitration clause) แต่ข้อพิพาทที่เกิดในอนาคตจะต้องเกิดจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แน่นอน และหากข้อตกลงใดที่ระบุว่าให้ระงับโดยอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีขอบเขตจำกัดและไม่ระบุให้ชัดแจ้ง ข้อตกลงนี้ย่อมไม่สมบูรณ์ถ้าบังคับไม่ได้ 28

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของฝรั่งเศส ได้แบ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ Compromis คือ สัญญาให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด และ Clause Compromissoire คือ สัญญาให้เสนอข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาหลักที่คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้าให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด สัญญาสองประเภทนี้มีความแตกต่างกันในเรื่องของข้อพิพาทที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา กล่าวคือ ข้อพิพาทที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการสำหรับ Compromis นั้นมีขอบเขตกว้างกว่า Clause Compromissoire คือ เป็นข้อพิพาททางแพ่งทั่วไป ยกเว้นการฟ้องหย่า การแยกกันอยู่ และสถานะส่วนบุคคล เช่น การเป็นบุตรตามกฎหมาย การยกหนี้และมรดก สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย เรื่องที่อยู่นอกราค้า เรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เรื่องของรัฐบาลหรือองค์การบริหารฝ่ายปกครอง สิทธิบัตร และการเลิกกิจการบริษัทจำกัด 29

28 Rutn Barder Ginsburg and Anders Bruyeline, *Civil Procedure in Sweden*, Edited by Hans Smit (The Hague, The Etherlands Marlinus Nijhoff, 1965), p. 361. อ้างใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ," หน้า 68.

29 Paul Cuche, *Precis de Procedure Civile et Commerciale* eixieme edition par Jean Vincent, Petite Precis Dalloz, (Paris : Librairie Dalloz, 1951), อ้างใน เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ," หน้า 38.

จากตัวอย่างความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นหากแบ่งตามลักษณะของข้อพิพาทแล้ว สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก. สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว

สัญญาอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เป็นสัญญาซึ่งกระทำขึ้นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และคู่กรณีมีความประสงค์จะให้บุคคลกลางมาทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน คู่กรณีจะต้องทำสัญญาเพื่อตั้งอนุญาโตตุลาการให้มาทำการชี้ขาดเพื่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า "Submission" หรือในกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า "Compromis" ซึ่งโดยมากจะทำเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก และจะต้องระบุให้ชัดเจนว่ามีความประสงค์ที่จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

ข. สัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นในอนาคต

ส่วนใหญ่นสัญญาประเภทนี้จะเกิดขึ้นได้เมื่อคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ต่อกันอยู่แล้ว เป็นสัญญาหลัก และในขณะที่เข้าทำสัญญาคู่กรณีก็มีความประสงค์เช่นเดียวกัน คือ ต้องการมอบข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาหลักนี้ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ดังนั้น ในการทำสัญญามอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด จึงมักจะกระทำโดยระบุรวมไว้เป็นข้อตกลงในฉบับเดียวกับสัญญาหลัก ซึ่งเรียกว่า "arbitration clause" หรือ Compromissoire or Compromissory clause" หรือคู่กรณีอาจจะทำภายหลังจากที่ทำสัญญาหลักแล้วก็ได้ โดยแยกเป็นสัญญาอีกฉบับ แต่ก็มีกฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน ได้กำหนดไว้ในมาตรา 28 (Borsengesetz Stock Exchange Law) ว่าข้อพิพาทในกิจการบางอย่างจะใช้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้จะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น

ในปัจจุบันทุกประเทศก็ยอมรับหลักการนี้ โดยไม่ถือว่าข้อตกลงในกรณีดังกล่าว เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือเป็นการรุกรานอำนาจอของศาล และสำหรับกฎหมายไทยก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เพื่อยืนยันว่ากฎหมายไทยยอมรับที่จะให้มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในอนุภาคได้ ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยยกอ้างอิงตามหลักการของอนุญาโตตุลาการกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 และเจนีวา โปรโตคอล ค.ศ. 1923

เมื่ออนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา ดังนั้น การที่คู่กรณีจะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

1) ความสามารถของคู่สัญญา

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นนิติกรรมตามกฎหมายชนิดหนึ่ง ดังนั้น การใช้สิทธิของบุคคลเกี่ยวกับการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดสัญญา ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเสนอหรือฝ่ายสนองนั้น มีความจำเป็นจะต้องคำนึงถึงเรื่องความสามารถของคู่สัญญาว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายแห่งหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะหากผู้กระทำสัญญาไม่มีความสามารถตามกฎหมายแล้ว จะทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเสียไป กล่าวคือ ใช้บังคับระหว่างคู่กรณีไม่ได้

2) ความสมัครใจ

เมื่ออนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้โดยอาศัยสัญญาระหว่างคู่กรณี ดังนั้น การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณี กล่าวคือ การแสดงเจตนาจะต้องมิใช่เป็นเรื่องที่คู่กรณีถูกกลั่นแกล้งตามมาตรา 159 หรือถูกข่มขู่ตามมาตรา 164 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ เพราะผลแห่งการกระทำดังกล่าวย่อมทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะบอกล้างได้ และผลแห่งการบอกล้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 ให้ถือว่าเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความสมัครใจเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้ Arthur J. Goldberg ผู้พิพากษาศาลสูงสุดท่านหนึ่งของสหรัฐอเมริกาถือว่า อนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจนั้น หมายถึงความสมัครใจโดยแท้จริง ตามสภาพแห่งความเป็นจริง ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ว่าสัญญาซื้อขายผ่อนส่งหรือสัญญาเช่า ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอำนาจในการเจรจาต่อรองไม่เท่ากัน และอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจในการเจรจาเปลี่ยนแปลง มีแต่เพียงเลือกที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น คือ อยู่ในฐานะจำยอม ข้อตกลงนั้นก็ใช้บังคับไม่ได้³⁰ กฎหมายของประเทศเยอรมัน³¹ และอิสราเอล³² ก็ถือหลักอย่างเดียวกัน

ประเทศไทยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 214/2526 ว่าการทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะตกลงได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรแล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษาผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายเอง

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นจะถูกกำหนดขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่เหนือกว่าก็ตาม จะต้องปรากฏว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ตกลงยอมรับข้อกำหนดนั้นด้วย แม้ว่าการตกลงยอมรับข้อกำหนดนั้นจะเป็นเพราะความจำยอม ไม่มีทางเลือกอื่น หรือเพราะความด้อยกว่าในทางเศรษฐกิจ หรือความรู้ในทางเทคนิค เพราะถ้าไม่มีการตกลงยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวแล้ว สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เกิดขึ้นไม่ได้

30 A Supreme Court Judge Looks at Arbitration, 20 Arb. J. 13 (1965)

31 มาตรา 1025 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1933) บัญญัติว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ชี้ความที่เหนือกว่าในฐานะทางเศรษฐกิจหรือทางสังคม ท้าให้อีกฝ่ายหนึ่งจำยอมต้องเข้าทำสัญญาหรือต้องยอมรับเงื่อนไขในสัญญานั้น ซึ่งท้าให้ตนได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในทางพิจารณาคดี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแต่งตั้ง หรือปฏิเสธผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ"

32 Israeli Law of Standard Contracts 1964, Note, 81 LQ Rev 31 (1965).

3) หลักฐานแห่งสัญญา

เมื่อคู่กรณีสมัครใจและเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว หากว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การที่คู่กรณีฝ่ายผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจะเรียกร้องสิทธิของตนโดยนำข้อพิพาทเข้ากระบวนการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการใช้บังคับได้หรือไม่ และในเรื่องหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา อิตาลี เยอรมัน ญี่ปุ่น สวิสเซอร์แลนด์ กำหนดว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นหนังสือ มิฉะนั้นใช้บังคับไม่ได้ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดนมิได้กำหนดว่าจะต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องทำตามแบบแต่ประการใด ดังนั้น คู่กรณีจึงสามารถตกลงด้วยวาจาก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติมักนิยมทำเป็นหนังสือเพื่อให้มีหลักฐานแน่นอน อย่างไรก็ตาม แม้จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา แต่การเรียกร้องหรือบอกกล่าวให้คู่กรณีดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร³³ สำหรับกรณีของประเทศไทยแต่เดิมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 ไม่ได้กำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ หรือจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ ดังนั้น สัญญาที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 จึงสามารถตกลงกันด้วยวาจาได้ ซึ่งมาตรา 36 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ได้กำหนดเป็นบทเฉพาะกาลไว้ว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ แต่การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 เป็นต้นมา จะต้องทำให้อ้างอิงตามที่มาตรา 6 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารที่ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์หรือเอกสารที่มีลักษณะเหมือนกัน

33 เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 24, 32, 45, 52, 68 และ 76.

ข้อกำหนดตามมาตรา 6 นี้ หาใช่แบบแห่งสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 ไม่ เพราะแม้คู่สัญญาจะไม่ทำตามก็หาไม่ผลให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโรมะไม่ เพียงแต่ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีเท่านั้น

มาตรา 6 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ร่างขึ้นตามแนวความคิดของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ข้อ 2 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า "The term 'agreement in writing' shall include an arbitration clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams." หมายความว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการรวมถึงข้อตกลงในสัญญาหลักหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ลงนามโดยคู่สัญญา หรือที่ปรากฏอยู่ในจดหมายหรือโทรเลขโต้ตอบ จะมีลายมือชื่อของคู่กรณีทุกฝ่าย หรือจะมีลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียว หรือไม่มีลายมือชื่อของคู่กรณีเลยก็ได้ แต่ขอให้เป็นเอกสารโต้ตอบหรือแลกเปลี่ยนระหว่างคู่กรณี que แสดงให้เห็นว่ามีการตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เข้าได้แล้ว³⁴ แต่มีข้อสังเกตว่า มาตรา 6 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้รวมเอาโทรพิมพ์หรือเอกสารอื่นในทางองเดียวกันไว้ด้วย ในขณะที่อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นั้นมีแต่เพียงจดหมายและโทรเลขโต้ตอบเท่านั้น กรณีนี้จะถือว่ามาตรา 6 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการบัญญัติเกินกว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะในขณะที่มีการร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 การใช้โทรพิมพ์หรือเครื่องสื่อสารอย่างอื่นยังไม่เป็นที่แพร่หลาย ด้วยเหตุนี้ ศาล

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁴ Tribunal of Rotterdam June 26, 1970, Chemical & Phosphates Ltd., V. Algemene Oliehandel, 1974 Revue de Droit Uniforme 328, 1 Yb. Com. Arb. (1906); Obergericht Basle June 13, 1971, Dutch Seller V. Swiss Buyer, 4 Yb. Com. Arb. 307 (1979); LG Sweibrucken January 11, 1978, Dutch Seller V. German Buyer, 7 Yb. Com. Arb. 262 (1979)

ของประเทศต่าง ๆ จึงได้ตีความอนุสัญญากรุงนิวออร์ค ค.ศ. 1958 โดยมุ่งหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ยิ่งไปกว่านี้อีกตามตัวอักษร³⁵

4) ข้อพิพาทที่สามารถจะให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้

ในการทำสัญญาอนุญาตนตุลาการนั้นแม้ว่าคู่สัญญาจะเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมายและกระทำด้วยความสมัครใจ และในการทำสัญญาจะได้มีหลักฐานของสัญญาซึ่งบังคับได้ก็ตาม สัญญาอนุญาตนตุลาการที่ได้กระทำอาจใช้บังคับระหว่างคู่กรณีไม่ได้หากมีกฎหมายห้ามมิให้คู่กรณีทำข้อพิพาทดังที่ได้ระบุไว้มาให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด และหากมีการฝ่าฝืนสัญญาอนุญาตนตุลาการก็จะตกเป็นโมฆะ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาขัดต่อกฎหมาย

สำหรับข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีสามารถที่จะมอบให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้นั้น ในกฎหมายของต่างประเทศกำหนดคล้ายคลึงกัน คือ จะต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งโดยทั่วไปที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย และเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และในเรื่องนี้กฎหมายอนุญาตนตุลาการของประเทศกำหนดแตกต่างกัน คือ ประเทศฝรั่งเศส ถือว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องหย่า การแยกกันอยู่ และสถานะส่วนบุคคล เช่น การเป็นบุตรตามกฎหมาย การยกหนี้ และมรดก สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย เรื่องที่อยู่นอกราคา เรื่องของรัฐบาล หรือองค์การบริหารฝ่ายปกครอง สิทธิบัตร และการเลิกกิจการบริษัทจำกัด เป็นข้อพิพาทที่ห้ามมิให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย³⁶ ส่วนประเทศอิตาลีถือว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวกับข้อพิพาทแรงงาน

³⁵ Austria, oberster gerichtshof November 17, 1971, Gaja, G., International Commercial Arbitration : New York Convention No. V. at 29 (1978)

³⁶ Paul Cuhe, *Precis de Procedure civil et Commerciale*, Cipieme edition Par Jean Vincent Petits *Precis Dalloz*, (Paris : Librairie Dalloz, 1957), p. 540.

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะของบุคคล และความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นข้อพิพาทที่ต้องห้ามตาม
 กฎหมาย 37 ส่วนประเทศสวีเดนกำหนดว่า ข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีไม่อาจระงับระงอมกัน
 เองได้ เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งอาจจะมีกฎหมายกำหนด
 ไว้ชัดแจ้งหรืออาจไม่มีกำหนดไว้เลยก็ได้ เช่น พิพาทเกี่ยวกับการหย่า การรับบุตรบุญธรรม
 ผู้ปกครอง ข้อพิพาทอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคล สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า กฎหมาย
 ห้ามผูกขาด และข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์เกินกว่า 4,500 Swedish Crows 38 สำหรับกรณี
 ของประเทศไทยนั้นหากพิจารณาก่อนที่มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ใช้อยู่
 จะเห็นว่ามิได้มีการกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าข้อพิพาทใดบ้างที่จะใช้วิธีอนุญาโตตุลาการมาทำการ
 ระงับข้อพิพาทได้ แต่โดยหลักทั่วไปข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้จะต้องเป็นข้อพิพาท
 ทางแพ่งเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติไว้ว่าประมวลกฎหมายวิธี-
 พิจารณาความแพ่ง และเมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ใช้อยู่แล้ว บทบัญญัติ
 ของมาตรา 5 ได้ระบุไว้ชัดแจ้งว่าจะต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น ส่วนข้อพิพาททางอาญา
 คู่พิพาทจะทาสัญญาให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไม่ได้ เนื่องจากข้อพิพาททางอาญาเป็นเรื่องที่เกี่ยว
 กับความสงบเรียบร้อย จึงควรที่จะให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาด

ในบางประเทศกฎหมายกำหนดว่า ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์หรือกิจการบาง
 ประเภทไม่สามารถมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศนั้น ๆ มี
 นโยบายที่จะสงวนการพิจารณาและตัดสินคดีเหล่านั้นไว้กับศาลเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้อาจเนื่องจาก
 ลักษณะของข้อพิพาทนั้นมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง
 การพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านั้นเป็นเรื่องที่จะต้องนำเอากฎหมายไปปรับใช้ข้อเท็จจริง
 ในคดี ซึ่งถ้าศาลเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว จะมีความชัดเจนแน่นอนแล้วยังเป็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

37 Maurg Cappelletti and Jaseph M. Perillo, Civil Procedure in Italy ed, Hans Smit (The Haque, The netherlanets : Martinus Nijhoff, 1965), p. 360.

38 เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 69.

บรรทัดฐานสำหรับคดีอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ เพราะแต่อนุญาโตตุลาการนั้นเมื่อทำคำชี้ขาดเรื่องใดเสร็จ อำนาจของอนุญาโตตุลาการก็จะสิ้นสุดลง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีก่อนไม่มีผลให้อนุญาโตตุลาการในคดีหลังต้องยึดถือตาม เพราะฉะนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในปัญหาข้อกฎหมายเดียวกันแต่ต่างคดีกันอาจมีผลแตกต่างกันก็ได้ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นธรรมดาที่รัฐจะต้องสงวนข้อพิพาทบางชนิดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาและตัดสิน

จากนโยบายของแต่ละประเทศที่สงวนข้อพิพาทบางประเภทไว้ให้อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดตัดสินนั้น เห็นได้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีแนวความคิดเป็นไปตามทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory) โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้เห็นว่าการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปกติแล้วเป็นหน้าที่ของศาล ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยรัฐและอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่รัฐได้มอบให้เอกชนทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทแทนรัฐ หากรัฐไม่มอบอำนาจคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีผลบังคับ ดังนั้น คู่พิพาทจึงสามารถที่จะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้เฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของแต่ละประเทศอนุญาตไว้เท่านั้น ถ้าคู่พิพาทฝ่าฝืนนำข้อพิพาทระบุไว้ให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้ว ย่อมทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ เพราะต้องห้ามโดยกฎหมาย

เมื่อเป็นไปตามข้อพิพาทดังกล่าวแล้ว คู่กรณีเข้าทำสัญญาผูกพันโดยถูกต้องตามกฎหมายได้ และผลของสัญญาบังคับระหว่างคู่กรณีแล้วย่อมถือว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่กรณีจะต้องผูกพันในการที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีจะนำข้อพิพาทไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลมิได้ และหากมีการฝ่าฝืนคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

เกี่ยวกับเรื่องการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้น หากพิจารณาโดยหลักทั่วไปในเรื่องของสัญญาแล้ว สัญญาอนุญาโตตุลาการหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น การชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจะไม่เป็นการเหมาะสมกับเจตนารมณ์ของการส่งเสริมให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและอีกประการหนึ่ง การพิสูจน์ความเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ยากมาก การบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาจึงน่าจะเหมาะสมกว่าการให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้ เดิมกฎหมายของหลายประเทศตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่ว่า แม้จะได้มีการตกลงระหว่างคู่กรณีไว้ว่าให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนใจประสงค์จะยกเลิกข้อตกลงดังกล่าว หรือไม่ยอมไปอนุญาโตตุลาการ แต่กลับนำคดีมาฟ้องร้องในศาล ก็ต้องถือว่าเขาไม่สมัครใจที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต่อไปอีกแล้ว ดังนั้น อีกฝ่ายหนึ่งจะมาขอให้ศาลบังคับให้คู่กรณีฝ่ายนั้นไปอนุญาโตตุลาการไม่ได้ ได้แต่เพียงมาฟ้องร้องต่อศาลว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นผิดสัญญาแล้วเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาเท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วการพิสูจน์ค่าเสียหายในเรื่องนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากมาก ศาลในต่างประเทศจึงมักจะกำหนดค่าเสียหายให้แต่เพียงพอเป็นพิธีที่เรียกกันว่าเป็นค่าเสียหายแต่โดยนาม (nominal damages) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จะขอให้ศาลบังคับให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ นอกจากนี้ยังมีความคิดที่ว่ารัฐมีหน้าที่ดำเนินการในทางความยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาท ดังนั้น แม้จะมีสัญญาหรือข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ก็ตาม เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีมาสู่ศาลอันเป็นการผิดสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ศาลก็มีหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีข้อพิพาทนั้น การที่จะบังคับให้ไปทำการอนุญาโตตุลาการและเจ้าหน้าที่ออกจากศาล เท่ากับรัฐปฏิเสธหน้าที่ที่มีต่อราษฎรในอันที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดี³⁹

แนวความคิดทางกฎหมายดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ทั้งนี้ เพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนี้ ส่วนใหญ่แล้วเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นทางการค้า โดยหลักการแล้วความคาดหวังและความแน่นอนเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการประกอบกิจการธุรกิจ ความไม่แน่นอนย่อมหมายถึงความเสี่ยงทางการค้า หากความไม่แน่นอนหรือความเสี่ยงมีสูง ผู้ประกอบการก็จะผลักระงับแก่ผู้บริโภค เป็นเหตุให้สินค้าราคาสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น ดังนั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

39 อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ, หน้า 88-89.

เมื่อได้มีการทำความตกลงหรือสัญญาอันใดไว้ต่อกัน คู่สัญญาก็ย่อมคาดหวังว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งหลัก "ความศักดิ์สิทธิ์แห่งสัญญา" ก็เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งของกฎหมายควบคู่กับหลัก "ความซื่อสัตย์และไว้วาจาง" ที่เรียกเป็นภาษาเยอรมันว่า "treu und glauben" ดังนั้น เมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันไว้แล้วว่าจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ควรได้รับการเชื่อถือและไว้วาจาง และคู่สัญญาก็ควรปฏิบัติตามสัญญาด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ถ้ากฎหมายหรือศาลยอมให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนใจ หรือยกเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการได้โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ตกลงด้วย ก็เป็นการขัดต่อหลักความซื่อสัตย์และไว้วาจางเป็นหัวใจของกฎหมาย

ต่อมาความคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยเห็นว่าเมื่อได้มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันเอาไว้แล้ว คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะกระทำการใด ๆ ใดให้มีผลเป็นการยกเลิกสัญญา โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ตกลงยินยอมให้ยกเลิกด้วยไม่ได้ ดังนั้น หากมีการนำคดีข้อพิพาทมาฟ้องร้องในศาล ทั้ง ๆ ที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้ ศาลก็อาจจำหน่ายคดี หรือบังคับให้ไปอนุญาโตตุลาการตามสัญญา ความเปลี่ยนแปลงนี้เกิดขึ้นทั้งโดยความริเริ่มของแต่ละประเทศเอง และโดยความตกลงระหว่างประเทศ เช่น เจนีวาบริดจ์โรล ค.ศ. 1923 ว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งชาติ (Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923) หรือในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) และผลแห่งการตกลงทำไว้ที่ประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติกฎหมายเพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าเมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไปฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล โดยฝ่าฝืนสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้

สำหรับกรณีของประเทศไทย เดิมแนวความคิดในเรื่องการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับของต่างประเทศ กล่าวคือ ทัศนะของกฎหมายที่มีต่ออนุญาโตตุลาการในขณะนั้นใกล้เคียงกับกฎหมายของอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 17-18 โดยพยายามที่จะจำกัดและควบคุมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด นอกจากนั้น ศาลไทย

มักจะมองอนุญาโตตุลาการว่าคล้ายกับคู่แข่งขันที่ไม่ควรยอมรับง่าย ๆ⁴⁰ ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกา 1732/2503 วางหลักไว้ว่า ข้อตกลงที่จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยจะไม่มาฟ้องร้องต่อศาลนั้นเป็นโรมมะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยศาลมองว่าข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวเป็นการรุกรอนอำนาจศาล แต่ในปัจจุบันความคิดทางกฎหมายของไทยนั้นเปลี่ยนแปลงไป โดยประเทศไทยได้เข้าร่วมในข้อตกลงทั้งสองฉบับนี้ด้วยเมื่อวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2473 และวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2502 ตามลำดับ 41 นอกจากนี้ข้อตกลงดังกล่าวแล้วประเทศไทยยังได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำพิพากษาของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอีก 2 ฉบับ คือ ฉบับกรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 จากพันธกรณีดังกล่าวทำให้ประเทศไทยต้องยกฐานะและบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งมาตรา 10 บัญญัติว่า "ในกรณีที่อยู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมีได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยาน หรือก่อนมีคำพิพากษาในกรณีที่ไม่มีการสืบพยาน ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน และเมื่อศาลได้สวนแล้วไม่ปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโรมมะ หรืออ้างบังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่น หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย"

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

40 จิตติ ติงศรัทธี, "ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," ตุลพาห เล่ม 3 ปีที่ 34 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2530), หน้า 8.

41 อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ, หน้า 88-89.

จากบทบัญญัติดังกล่าวถือว่ามีส่วนช่วยส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญา-
 โตตุลาการ โดยให้ศาลมีอำนาจจำหน่ายคดีในกรณีที่คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการผิดสัญญาที่ได้ทำ
 ไว้โดยนำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาล แต่อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ศาลจะจำหน่ายคดีก็เป็นหน้าที่ของ
 คู่สัญญาที่จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อสั่งให้จำหน่ายคดี หากไม่ยื่นคำร้องไว้แต่เข้ามาต่อสู้คดี
 ในศาล ก็ต้องถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ประสงค์ที่จะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป
 สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เป็นอันระงับไป หรือถ้าไม่ยื่นคำร้องต่อศาลและก็ไม่มาได้เข้ามาต่อสู้คดี
 ในศาลด้วย แต่กลับนำข้อพิพาทนั้นไปเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ กรณีนี้แม้จะเป็นการแสดงให้
 เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังประสงค์ที่จะใช้วิธีอนุญาโตตุลาการอยู่ ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีไม่ได้และ
 จะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดีต่อไป แม้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะขาดนัดยื่นคำให้การและขาดนัด
 พิจารณาคดี

4.2.2 โดยผลของกฎหมาย

การนำข้อพิพาทสิ่งแวดล้อมเข้าสู่วิธีอนุญาโตตุลาการโดยผลของกฎหมาย
 หมายถึง การนำข้อพิพาทเข้าสู่วิธีอนุญาโตตุลาการนั้น เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย มิใช่เกิดจาก
 ความสมัครใจของคู่กรณี กล่าวคือ ในกฎหมายบางฉบับจะมีบทบัญญัติระบุไว้ชัดเจนว่า หากมี
 ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น คู่พิพาทจะต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่วิธีอนุญาโต-
 ตตุลาการ กฎหมายที่มีลักษณะเช่นนี้ส่วนใหญ่มักจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดกิจการอันเป็น
 บริการสาธารณะ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่กเว้นหลักของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป แต่ทั้งนี้บท
 บัญญัติของกฎหมายพิเศษนั้นอาจไม่ได้กำหนดรายละเอียดของวิธีการอนุญาโตตุลาการไว้เลย เช่น
 พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2497 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิต พ.ศ.
 2511 หรือกฎหมายพิเศษนั้นบัญญัติรายละเอียดของการอนุญาโตตุลาการไว้ โดยอาจใช้คำว่า
 อนุญาโตตุลาการหรือคำอื่นที่มีความหมายอย่างเดียวกัน เช่น คำว่าผู้ชี้ขาด เช่น พระราชบัญญัติ
 จัดวางทางรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2469 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2467 พระราช
 บัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477
 พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กฎหมาย
 เหล่านี้ถ้าบัญญัติถึงวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นพิเศษก็ต้องปฏิบัติตามนั้น หรือถ้ามี

บทบัญญัติ เรื่องอนุญาโตตุลาการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปใช้โดยอนุโลม ก็ต้องปฏิบัติไปตามบทบัญญัตินั้นเช่นกัน แต่ถ้ากฎหมายพิเศษว่าด้วยคดีรายละเอียดยกเว้นเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ การอนุญาโตตุลาการจะมีสภาพอย่างไรต้องเป็นไปตามหลักสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ต้องแล้วแต่คู่กรณีจะตกลงกัน

4.3 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ นั้น ส่วนใหญ่จะมีกฎหมายของประเทศกำหนดวิธีการไว้ ซึ่งบางขั้นตอนก็คล้ายคลึงกัน บางขั้นตอนก็แตกต่างกัน ดังเช่น

ประเทศอังกฤษ : ตามกฎหมายและในทางปฏิบัติวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาของศาลมาก โดยอนุญาโตตุลาการมักจะนำวิธีพิจารณาของศาลและการสืบพยานหลักฐานมาใช้ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม แต่คู่กรณีอาจเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าวโดยให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายก็ได้⁴²

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงบทบาทของศาลอังกฤษที่มีต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว จะเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาลมาก ศาลมีอำนาจบางประการที่จะควบคุมการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการได้ เช่น การออกหมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร การช่วยตัดสินปัญหาข้อกฎหมาย แต่ทั้งนี้ศาลจะมีอำนาจดังกล่าวได้ต่อเมื่อคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการร้องขอให้ศาลกระทำการอย่างใด ๆ และเป็นกรกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติไว้

คู่กรณีมีสิทธิยื่นคำขอหรือที่ปรึกษากฎหมายมาร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดละเลยไม่เข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือปฏิเสธสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาไปได้โดยคู่กรณีเพียงฝ่าย

⁴² William H. Crill, The Law of Arbitration, second Edition (London : Sweet & Maxwell, 1975), p. 19.

เดียว แต่จะต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดว่าจะมีการพิจารณาไปด้วย ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องรออำนาจจากศาลหรือได้รับอำนาจโดยมีสัญญาระบุไว้ แต่เป็นอำนาจที่เกิดจากสภาพหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไป 43

ประเทศสหรัฐอเมริกา ; กฎหมายอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้น้อยมาก จึงตกเป็นหน้าที่ของคู่กรณีจะตกลงกำหนดการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกันเอง เพราะวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะของสัญญาซึ่งเป็นความตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ แต่ในกรณีที่มีข้อตกลงกำหนดวิธีพิจารณากันไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาได้ตามความเหมาะสม อำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ และกว้างกว่าอำนาจของผู้พิพากษาในศาลต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ซึ่งแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ เช่น อนุญาโตตุลาการมีอำนาจอุดช่องว่างในสัญญา ตีความสัญญา ตัดสินว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาหรือไม่เมื่อสัญญาระบุให้อำนาจต่าง ๆ เหล่านั้นไว้ ในบางรัฐอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะออกหมายเรียกพยานมาให้การ หรือเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้ 44

ในระหว่างพิจารณานอกจากคู่กรณีจะมีสิทธิเสนอพยานหลักฐานของตนในการพิจารณา แล้วคู่กรณียังมีสิทธิยื่นคำทูลขอความช่วยเหลือในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาอีกด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

43 เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, หน้า 26-27.

44 International Chamber of Commerce, Commercial Arbitration and the Law : U.S.A., in Commercial Arbitration and the Laws Throughout the World (Basel, Switzerland : Verlag fur Recht and Baselschaft A.G., 1964), p.6.

ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดละเลยหรือปฏิเสธไม่เข้าร่วมในการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการพิจารณาไปได้โดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว หลังจากที่ยกข้อกล่าวหาหนดคดีพิจารณาเป็นระยะเวลาอันสมควรให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดทราบแล้ว เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หลักเรื่องอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดขาดคดีนั้น เป็นหลักทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับกันทั่วไป เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา ข้อ 29 45

ประเทศเยอรมันนี้ ; กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมัน กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1025-1048 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิกำหนดวิธีพิจารณาตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม โดยที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตาม แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้รับรู้ว่าอนุญาโตตุลาการก็มีคุณลักษณะที่จะกำหนดวิธีพิจารณาของตนได้ตามความเหมาะสม ตามปกติถ้าไม่ใช่อนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการที่มีกฎเกณฑ์แน่นอนแล้ว ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะปฏิบัติตามวิธีพิจารณาทั่วไปของศาล กล่าวคืออนุญาโตตุลาการมักนำวิธีพิจารณาของศาลมาใช้กับการพิจารณาของตนโดยอนุโลม 46 แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าวิธีพิจารณานั้นจะกำหนดโดยบุคคลใด หลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น คือ อนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันและเต็มที่ในการเสนอพยานหลักฐานของตน อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ปฏิเสธคู่กรณีที่เสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ในการพิจารณา ทั้งนี้ เพราะคู่กรณีมีสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานใด ๆ ที่เกี่ยวกับประเด็นพิพาท และอนุญาโตตุลาการก็อาจให้คู่กรณีเสนอพยานหลักฐานเพิ่มเติมตามที่

45 Cameron K. Wehringer, Arbitration : Precepts and Principles, p. 98.

46 E.J. Cohn, Manual of German Law, Vol II, second edition (New York : Oceana Publications, Inc., 1971), p.251.

เห็นสมควรได้ สำหรับการสืบพยานนั้นอาจมีการสืบพยานทั้งพยานเอกสารและพยานบุคคล หรืออาจมีการสืบแต่พยานเอกสารอย่างเดียวก็ได้ เพราะกฎหมายไม่บังคับว่าจะต้องมีการสืบพยานบุคคล อนุญาโตตุลาการจึงอาจชี้ขาดโดยอาศัยพยานเอกสารที่คู่กรณีเสนอต่อตนได้ ถ้าคู่กรณีอนุญาโตตุลาการกระทำเช่นนั้น 47

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ; กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศนี้ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซุริค ค.ศ. 1977 มาตรา 238-258 และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น ตามบทตีคู่กรณีเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาและสถานที่ที่จะมีการพิจารณาข้อพิพาท แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกัน รายละเอียดในการพิจารณาต่าง ๆ นั้น อนุญาโตตุลาการย่อมเป็นผู้กำหนดได้เอง อย่างไรก็ตาม วิธีพิจารณาที่กำหนดต้องเป็นไปตามหลักเรื่องความยุติธรรม กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องได้มีโอกาสในการเสนอพยานหลักฐานของตนในการพิจารณาข้อพิพาทอย่างเท่าเทียมกัน 48 เช่น ได้สิทธิในการดำเนินการพิจารณา โดยเฉพาะ ต้องได้เสนอข้อโต้แย้งของตนทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ได้มีโอกาสและมีระยะเวลาพอสมควรที่จะทำความคุ้นเคยกับเอกสารในแฟ้ม ได้มีโอกาสเข้าร่วมการนั่งพิจารณาสำหรับสืบพยานเอกสารหรือพยานบุคคล มีสิทธิที่จะตั้งตัวแทน ที่ปรึกษากฎหมาย ทนายความ หรือผู้ช่วยเหลืออื่น ๆ ตามที่ตนปรารถนา (มาตรา 25 แห่งข้อตกลง มาตรา 248-249 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซุริค)

ในทางปฏิบัติ ในขั้นแรกเริ่มต้นโดยการแลกเปลี่ยนคำคู่ความระหว่างคู่กรณี หลังจากนั้นจะมีการสืบพยานซึ่งอาจมีทั้งพยานเอกสารและพยานบุคคล แต่การสืบพยานบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องมีก็ได้ เว้นแต่คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการต้องการให้มีการสืบพยานบุคคล การสืบพยานเอกสารเพียงอย่างเดียวแล้วอนุญาโตตุลาการชี้ขาดไปเลยก็ย่อมทำได้ แต่ในทางปฏิบัติก็มักจะมี

47 Ibid., p. 248.

48 Robert Briner, Switzerland, p. 192.

การสืบพยานบุคคลด้วย ในการดำเนินการพิจารณาอนุญาตตุลาการสามารถชี้ดุลพินิจของตนเอง ในการวัดคุณค่าและความสำคัญของพยานหลักฐานที่เสนอต่อตนได้ นอกจากนี้ อนุญาตตุลาการ อาจแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อช่วยเหลือตนในการพิจารณา แต่สำเนารายงานความเห็นต่าง ๆ ของผู้เชี่ยวชาญที่ทำขึ้นนั้น อนุญาตตุลาการต้องส่งรายงานนั้นให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย และคู่กรณีจะต้องได้รับโอกาสที่จะสอบถามพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย ถ้าพยานไม่ยอมปรากฏตัวในการพิจารณา อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะบังคับพยานนั้นได้ แต่จะต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้จัดการให้ (มาตรา 27 วรรค 2 และมาตรา 251 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งธุรกิจ)

ในการพิจารณานั้น ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดนัดไม่ยอมเข้าร่วมในการพิจารณาของ อนุญาตตุลาการ หลังจากที่อนุญาตตุลาการได้บอกกล่าวกำหนดนัดพิจารณาไปแล้ว อนุญาตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาไปได้โดยมีคู่กรณีฝ่ายเดียว และทบทวนชี้ขาดหลังจากการพิจารณาเสร็จสิ้น

ประเทศฝรั่งเศส : กฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1806 มาตรา 1003-1029 และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางปฏิบัติไว้ว่า อนุญาตตุลาการเริ่มมีอำนาจเข้าไปพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทก็ต่อเมื่อคู่กรณีที่ขอให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ยื่นหนังสือระบุชื่ออนุญาตตุลาการที่เลือกโดยคู่กรณีและประเด็นพิพาทที่จะชี้ขาดต่อตน เมื่ออนุญาตตุลาการยอมรับหน้าที่แล้วก็ต้องดำเนินการพิจารณาข้อพิพาท วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการจะเป็นอย่างไรนั้น ตามปกติอนุญาตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามที่คู่กรณีกำหนด แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ กำหนดวิธีพิจารณาไว้ อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อพิพาทโดยปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั้ง สารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่มีอยู่ สิทธิของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการนั้นมี ขอบเขตกว้างขวาง โดยคู่กรณีจะกำหนดให้อนุญาตตุลาการไม่ผูกพันตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง หรือจะกำหนดให้อนุญาตตุลาการไม่ต้องใช้หลักกฎหมายสารบัญญัติปรับแก้ข้อพิพาท

หรือทั้งสองประการก็ได้⁴⁹ แต่ทั้งนี้จะกำหนดให้อนุญาตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ได้

สำหรับการนั่งพิจารณาข้อพิพาทนั้น มาตรา 1011 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ว่า ถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่า 1 คน อนุญาโตตุลาการจะต้องนั่งพิจารณาดด้วยกันทุกครั้ง เว้นแต่คู่กรณีจะยินยอมให้อนุญาตตุลาการมอบอำนาจให้ผู้อื่นแทนก็ได้ ส่วนเรื่องในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะมีวิธีพิจารณาและสืบพยานคล้ายคลึงกับวิธีการของศาล นอกจากอนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาสืบพยานในสถานที่ที่กำหนดแล้ว อนุญาโตตุลาการก็อาจออกไปตรวจสอบสถานที่หรือวัตถุที่อยู่นอกสถานที่ที่พิจารณาได้โดยได้รับความยินยอมจากคู่กรณี

ในการพิจารณานั้นถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมเข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาไปโดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวได้⁵⁰

ประเทศญี่ปุ่น ; วิธีการอนุญาโตตุลาการเพิ่งเริ่มรู้จักกันแพร่หลายและนิยมมากขึ้นมาก ขึ้นเมื่อรัฐบาลประกาศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่ในปี ค.ศ. 1890 โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1890 มาตรา 786-805⁵¹ (The Code of Civil Procedure หรือ Law no. 29, 1890) ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมันมาก และกฎหมาย

⁴⁹ Gerard Cornu et Jean Foyer, Themis Procedure Civile, (Paris : Press Universitaires de France, 1958), p. 586.

⁵⁰ International Chamber of Commerce, Commercial Arbitration and the Law : France, p. 2.

⁵¹ Eibun Horeisha (E.H.S.) Law Bulletin Series 2 E.H.S. no. 2010 (Tokyo, Japan : Ministry of Justice, 1955), pp.159-163.

อนุญาโตตุลาการฉบับนี้ก็ได้รับการยอมรับและบังคับใช้กันตลอดมาจนกระทั่งปัจจุบันนี้ และสำหรับในส่วนของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยปกติคู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม แม้แต่คู่กรณีจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้วิธีพิจารณาซึ่งจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศก็ยังสามารถทำได้⁵² แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันในรายละเอียดของวิธีพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่กำหนดวิธีพิจารณาได้เองตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาบางประการที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น อนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดสถานที่และเวลาที่จะมีการพิจารณา ก่อนที่จะทำการชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต้องฟังคู่กรณีและได้สวนสาเหตุผลของข้อพิพาทเท่าที่จำเป็น มีอำนาจได้สวนพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญที่มาให้การ และสำหรับการกระทำบางอย่างอนุญาโตตุลาการที่ไม่สามารถทำได้เอง ต้องขอให้ศาลช่วยเหลือ เช่น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้พยานหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้การต่อหน้าอนุญาโตตุลาการ หรือส่งสอบพยานหลักฐานให้อนุญาโตตุลาการ หรือบังคับให้พยานหรือผู้เชี่ยวชาญสาบานตน ถ้าอนุญาโตตุลาการต้องการกระทำการดังกล่าว อนุญาโตตุลาการนั้นเองหรือคู่กรณีต้องร้องขอต่อศาลให้บังคับให้พยานหรือผู้เชี่ยวชาญกระทำการดังกล่าวนั้นไว้ (มาตรา 796) นอกจากนี้ หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่เข้าร่วมการพิจารณาหลังจากที่ได้รับการบอกกล่าวกำหนดการพิจารณาแล้ว กฎหมายให้ถือว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นยอมรับข้อเท็จจริงที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้าง กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหาไม่เข้าร่วมในการพิจารณาหลังจากที่ได้รับการบอกกล่าวกำหนดนัดพิจารณาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ถือว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นยอมรับตามข้อเท็จจริงที่กล่าวหา และอนุญาโตตุลาการอาจทำการชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายที่กล่าวหาชนะไปได้เลย (มาตรา 140)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

52 International Chamber of Commerce, Commercial Arbitration and the Law: Japan, in Commercial Arbitration and the Laws throughout the world, (Basel, Switzerland : Verlag fur Recht und Gesellschaft A.C, 1964), p. 4.

ประเทศสวีเดน ; กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดนได้กำหนดไว้
 ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1929 และในส่วนวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้นได้
 กำหนดหลักการใหญ่ ๆ ของการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป แต่ในส่วน
 ที่เกี่ยวกับรายละเอียดแล้วมิได้บัญญัติไว้เลย จึงเป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะกำหนดรายละเอียดใน
 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและสถานที่ในการพิจารณา แต่ถ้าคู่กรณีไม่กำหนดวิธีพิจารณา
 ดังกล่าว อนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้กำหนดรายละเอียดในการพิจารณาด้วยตนเอง ซึ่งต้อง
 กระทำการโดยเที่ยงตรงให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลัก
 ฐานของตนและต้องดำเนินการโดยรวดเร็ว ไม่ชักช้า (มาตรา 13) อำนาจของอนุญาโตตุลาการใน
 การพิจารณาของกฎหมายอนุญาโตตุลาการสวีเดนนั้นค่อนข้างกว้างหน้า 53 เช่น อนุญาโตตุลาการ
 มีอำนาจอุดช่องว่างในสัญญาเมื่อวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการบางเรื่องที่ไม่มีความหมายหรือ
 สัญญาที่กำหนดไว้ซึ่งเกิดปัญหาขึ้น อนุญาโตตุลาการย่อมเป็นผู้กำหนดเองได้ อนุญาโตตุลาการมี
 อำนาจเรียกให้คู่กรณีเสนอพยานหลักฐานหรือพยานหลักฐานเพิ่มเติม รวมทั้งตั้งผู้เชี่ยวชาญเอง
 และกำหนดค่าธรรมเนียมที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาได้ แต่ถ้าพยานไม่ยอมมาให้การหรือเสนอพยาน
 หลักฐาน คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องยื่นคำร้องต่อศาล และให้อนุญาโตตุลาการรับรองให้ศาลดำเนินการ
 ดังกล่าวไว้ (มาตรา 15)

ในระหว่างพิจารณานั้นนอกจากคู่กรณีมีสิทธิเสนอพยานหลักฐานของตนแล้ว คู่กรณีมีสิทธิ
 แต่งตั้งผู้แทนซึ่งอาจเป็นทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายหรือผู้อื่นเพื่อช่วยเหลือในการพิจารณาได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

53 International Chamber of Commerce, Commercial Arbitration
 and the Law: Japan, in Commercial Arbitration and the Laws throughout
 the world (Basel, Switzerland : Verlag fur Recht und Gesellschaft
 A.C, 1964), p. 4.

ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดละเลยไม่เข้าร่วมการพิจารณาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการพิจารณาต่อไปโดยมีคู่กรณีฝ่ายเดียว และชี้ขาดโดยอาศัยเหตุผลจากพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอมา โดยจะไม่ดำเนินการพิจารณาและชี้ขาดให้ฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมการพิจารณาแพ้ไม่ได้⁵⁴

สำหรับกรณีของประเทศไทย กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 210-222 ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตราดังกล่าวสามารถแบ่งอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ประเภท คือ อนุญาโตตุลาการนอกและในศาล ดังนั้น การศึกษาวิจัยนี้จึงแบ่งวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยออกเป็น 2 วิธี คือ

4.3.1 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในศาล

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในศาลของไทยเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. การเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการ

การเริ่มต้นดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นไปตามมาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า "บรรดาคดีที่ทั้งปวงซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่ง ให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นว่านั้นต่อศาล

⁵⁴ Ulf Holmback and Nils Mangard, Sweden, 171 Pieter Sanders, Recent Amendment on Arbitration Statutes : Sweden 2 Yearbook of Commercial Arbitration, 227, 327 (1977)

ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงไม่ผิดกฎหมาย ให้ศาลอนุญาตตามคำขอนั้น"

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า อนุญาโตตุลาการในศาลเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่กรณี ซึ่งมีเจตนาที่จะให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาททั้งปวง หรือแต่ประเด็นใดประเด็นหนึ่งซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น โดยคู่ความจะต้องทำเป็นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อตกลงถึงความต้องการที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการต่อศาลที่พิจารณาคดี เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงไม่ผิดกฎหมาย ศาลก็จะอนุญาตให้ตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของคู่กรณี

ต่ออย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายมาตราดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่ากฎหมายยินยอมให้คู่ความตั้งอนุญาโตตุลาการในศาลได้เฉพาะกรณีที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากหากคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา และคู่กรณีสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้แล้ว จะมีผลให้คำชี้ขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาของศาล ซึ่งผ่านการพิจารณาชี้ขาดตัดสินมาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งเป็นการไม่ถูกต้องด้วยกระบวนการยุติธรรม เพราะคำพิพากษาจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกลับได้ก็โดยคำพิพากษาของศาลที่สูงกว่าเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป การเริ่มต้นดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการในศาลจะเริ่มต้นเมื่อศาลได้อนุญาตตามคำขอของคู่ความที่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายได้ให้อำนาจในการพิจารณาว่าข้อตกลงนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และหากศาลเห็นว่าข้อตกลงไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้คู่พิพาทจะได้ตกลงใจกันโดยสมัครใจแล้วก็ตาม การเริ่มต้นดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการในศาลไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย หากศาลมิได้อนุญาตตามคำขอของคู่ความ

จากอำนาจตุลาการวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นว่าศาลมีบทบาทเป็นอย่างมากในการที่จะควบคุมอนุญาโตตุลาการในศาลให้อยู่ภายใต้การดูแลของศาล และหากพิจารณาถึงเหตุที่บทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดให้ศาลมีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นอย่างมาก เนื่องมาจากขณะที่มีการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ผู้ร่างมีแนวความคิดที่ค่อนข้างจะสอดคล้องกับทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ

หรือ (Jurisdictional Theory) อื่น ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในศาลของประเทศไทย จึงออกมาในรูปแบบที่ศาลมีบทบาทในการที่จะควบคุมการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก โดยศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดการอนุญาโตตุลาการ

ข. การตั้งอนุญาโตตุลาการ

เกี่ยวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการในศาลเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 211 แล้วสามารถดำเนินการได้ 2 กรณี คือ

1. กรณีที่คู่ความทักความตกลงให้มีอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท โดยในข้อตกลงคู่ความกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไร ก็ให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ได้ทำไว้

2. กรณีที่คู่ความมิได้กำหนดรายละเอียดไว้ในข้อตกลงการตั้งอนุญาโตตุลาการ ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ

2.1 คู่ความชอบที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละคน แต่ถ้าคดีมีโจทก์ร่วมหรือจำเลยร่วมหลายคน ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนหนึ่งแทนโจทก์ร่วมทั้งหมด และคนหนึ่งแทนจำเลยร่วมทั้งหมด

2.2 ถ้าคู่ความจะตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนด้วยความเห็นชอบพร้อมกัน การตั้งเช่นนี้ให้ทำเป็นหนังสือลงวันเดือนปี และให้คู่ความลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

2.3 ถ้าตกลงกันให้คู่ความฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ การตั้งเช่นนี้ให้ทำเป็นหนังสือลงวันเดือนปีและลงลายมือชื่อของคู่ความหรือบุคคลภายนอกนั้น แล้วส่งไปให้คู่ความอื่น ๆ

2.4 ถ้าศาลไม่เห็นชอบด้วยบุคคลที่คู่ความตั้งหรือที่เสนอตั้ง เป็นอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลสั่งคู่ความตั้งบุคคลอื่นหรือเสนอบุคคลอื่นตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่ความมิได้ตั้งหรือเสนอให้ตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร แล้วให้ศาลส่งคำสั่งเช่นนี้ไปยังอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้น และคู่ความที่เกี่ยวข้องโดยทางเจ้าพนักงานศาล

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการจัดอนุญาตตุลาการในศาลตามมาตรา 211 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว จะเห็นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจแก่ศาลในการที่มาควบคุมการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ซึ่งหากศาลไม่เห็นด้วยกับอนุญาตตุลาการที่คู่ความตั้งหรือเสนอให้ศาลตั้งแล้ว ศาลอาจจะสั่งให้เปลี่ยนตัวอนุญาตตุลาการก็ได้ และหากศาลไม่พอใจหรือไม่เห็นด้วย ศาลก็อาจจะตั้งอนุญาตตุลาการในคดีดังกล่าวก็ได้

แต่อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามนัยมาตราดังกล่าวนี้ มีชื่อว่าศาลจะตั้งใครก็ได้ตามอำเภอใจของศาล ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้กฎหมายได้จำกัดอำนาจของศาลเกี่ยวกับการตั้งอนุญาตตุลาการในศาลไว้ตามมาตรา 212 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า "ข้อความในหมวดนี้มีไว้ให้อำนาจศาลที่จะตั้งบุคคลเป็นอนุญาตตุลาการโดยมิได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น"

ค. การคัดค้านอนุญาตตุลาการ

เมื่อได้มีการตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาทำการพิจารณาชี้ขาดคดีแล้ว หากคู่กรณีเห็นว่าอนุญาตตุลาการที่ได้ตั้งขึ้นมา หรือที่ศาลแต่งตั้งขึ้นมาแล้วแต่กรณีมีความไม่เหมาะสมที่เป็นอนุญาตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายนั้นอาจคัดค้านได้

สำหรับการคัดค้านอนุญาตตุลาการในศาลนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 213 ได้กำหนดไว้ให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งด้วยเหตุดังนี้ คือ

1. คัดค้านโดยอาศัยเหตุเช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ตามมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ
 - 1.1 ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
 - 1.2 ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ ว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

1.3 ถ้าเป็นผู้ที่ถู้อ้างเป็นพยานโดยที่ารู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือ โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

1.4 ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็น ทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว

1.5 ถ้าเป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว

1.6 ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่งพิพาท กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของ คู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

1.7 ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

2. อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่ไร้ความสามารถตามกฎหมายแพ่ง

3. อนุญาโตตุลาการไม่สามารถทำหน้าที่ตามที่ได้รับแต่งตั้งได้

เมื่อมีการคัดค้านอย่างใดอย่างหนึ่งใน 3 กรณีดังกล่าวนี้ ก็ให้นายทนายผู้คดี ว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาซึ่งบังคับโดยอนุกรม และในกรณีที่การคัดค้านสามารถที่จะรับฟัง ได้ กฎหมายกำหนดให้อนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่

ง. กระบวนพิจารณาในการวินิจฉัยชี้ขาด

เมื่อได้เริ่มต้นดำเนินทางอนุญาโตตุลาการในศาลตามมาตรา 210 และแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการตามมาตรา 211 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ขั้นตอนต่อไป จึงเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดี และเมื่อ พิจารณามาตรา 215 และมาตรา 216 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว จะเห็น ว่าในการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการในศาลมีอำนาจและหน้าที่ในการทำพิจารณาชี้ขาดตัดสิน คดี ดังนี้

1. กำหนดประเด็นพิพาทในกรณีข้อตกลงหรือในคำสั่งศาลมิได้กำหนดประเด็นพิพาทไว้ (มาตรา 215)

2. ให้อนุญาตตุลาการฟังคำคู่ความทั้งปวง และอาจทำการไต่สวนในข้อพิพาทก่อนทำคำชี้ขาดคดี

นอกจากอำนาจหน้าที่ทั้งสองประการแล้ว หากอนุญาตตุลาการเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอื่นใดของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุญาตตุลาการก็อาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลให้ดำเนินการเช่นนั้นก็ได้

อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากอำนาจดังกล่าวแล้ว เมื่อพิจารณาตามมาตรา 216 วรรค 4 จะเห็นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจของอนุญาตตุลาการไว้อย่างกว้างขวางที่จะดำเนินการวิธีพิจารณาใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร เว้นแต่ข้อตกลงของคู่พิพาทจะได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น จากบทบัญญัติของกฎหมายมาตราดังกล่าวนี้ เห็นว่านอกเหนือจากผู้ร่างกฎหมายจะได้มีแนวความคิดในขณะที่ร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 โน้มเอียงไปทางทฤษฎีเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory) กล่าวคือ ให้ศาลมีบทบาทในการควบคุมการดำเนินการของอนุญาตตุลาการค่อนข้างมากแล้ว ผู้ร่างกฎหมายยังเปิดโอกาสให้อนุญาตตุลาการดำเนินการสอบสวนพิจารณาใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายได้มีแนวความคิดตามทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ด้วย เนื่องจากเปิดโอกาสให้อนุญาตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทดำเนินการสอบสวนพิจารณาบางอย่างได้โดยอิสระตามที่เห็นสมควร เพื่อให้ข้อพิพาทยุติลงได้ตามเจตนาของคู่พิพาทที่ได้ตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาระงับข้อพิพาทแทนศาลยุติธรรม ทั้งนี้ เพราะถือว่าลักษณะการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นแท้จริงก็เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติและบังคับตามสัญญานั้นเอง 55

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

55 Martin Domke, Commercial Arbitration, (Prentice Hall, 1965), p.2.

ดังนั้น กฎหมายจึงให้อนุญาตตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจในการดำเนินการประเมินกระบวนการพิจารณาได้โดยอิสระ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ดังนั้น เมื่ออนุญาตตุลาการทำการกำหนดประเด็นข้อพิพาท และทำการไต่สวนพร้อมทั้งฟังพยานหลักฐานทั้งปวงแล้ว อนุญาตตุลาการก็จะต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาท และการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในศาลนั้น อยู่ภายบังคับของมาตรา 217 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ถ้ามีการตกลงกันไว้ว่าในการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นอย่างไรในการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการก็เป็นไปตามนั้น แต่ถ้ามิได้มีการตกลงกันไว้การทำการชี้ขาดอยู่ในหลักเกณฑ์ ดังนี้

- 1) ในกรณีมีอนุญาตตุลาการหลายคนให้ทำการชี้ขาดตามคะแนนเสียงข้างมาก
- 2) ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้อนุญาตตุลาการตั้งบุคคลภายนอกเป็นประธานขึ้นคนหนึ่งเพื่อออกคะแนนเสียงข้างมาก ถ้าอนุญาตตุลาการไม่ตกลงในการตั้งประธาน ให้อัยการขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งตั้งประธานเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดคดีในประเด็นข้อพิพาท เมื่ออนุญาตตุลาการในศาลได้มีคำชี้ขาดประการใดแล้ว ก็ถือว่าวิธีพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้สิ้นสุดลงแล้ว

จ. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

เมื่ออนุญาตตุลาการได้ดำเนินการทำการชี้ขาดข้อพิพาทเสร็จเรียบร้อยแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการยังไม่สามารถที่จะใช้บังคับแก่คู่กรณีได้ทันที เนื่องจากมาตรา 218 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า "ให้อนุญาตตุลาการยื่นคำชี้ขาดของตนต่อศาลและให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น" และจากบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในศาลจะมีผลใช้บังคับได้ระหว่างคู่กรณีต่อเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้ว ผลแห่งคำพิพากษาย่อมถือว่าผูกพันคู่พิพาทผู้แพ้คดีตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ดังเช่นลูกหนี้ตามคำพิพากษาของศาลในคดีแพ่งโดยทั่วไป ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ หากคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายแพ้คดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) มิได้ปฏิบัติตาม

คำพิพากษาของศาล มาตรา 271 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ให้สิทธิแก่คู่ความ หรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา) ขอบที่จะร้องขอให้ศาลบังคับคดีได้ภายใน 10 ปีนับแต่วันมีคำพิพากษา และผลแห่งคำพิพากษาของศาลซึ่งพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญา- โตตุลาการนี้ คู่พิพาทที่ผู้แพ้คดีตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถอุทธรณ์ได้ เนื่องจาก มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติไว้ว่า "ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่ง ของศาลซึ่งบัญญัติไม่ยอมพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือคำพิพากษาของศาลตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในเหตุดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อมีข้ออ้างแสดงว่าอนุญาโตตุลาการหรือประธานมิได้กระทำโดยสุจริต หรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชักกลั่นแกล้ง
- (2) เมื่อคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยของประชาชน
- (3) คำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

จากบทบัญญัติของกฎหมายมาตราดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธี อนุญาโตตุลาการในศาลนั้น ผลของการที่ศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แล้ว คู่ความจะอุทธรณ์ไม่ได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ เนื่องจาก วัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการประการหนึ่งต้องการให้ข้อพิพาทยุติ ลงโดยเร็ว

จ. คำธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องคำธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการในศาลนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว สามารถแยกได้ 2 กรณี คือ

- 1) ถ้าในข้อตกลงกำหนดในเรื่องคำธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการในศาล เอาไว้ การจ่ายค่าธรรมเนียมก็เป็นไปตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้

2) ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องค่าธรรมเนียมอนุญาตตุลาการเอาไว้ อนุญาตตุลาการผู้ทำการชี้ขาดคดีสามารถได้รับค่าธรรมเนียมโดยเสนอคำร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลกำหนดค่าธรรมเนียมมาให้ก็ได้ และเมื่อได้รับคำร้องแล้วกฎหมายก็ให้อำนาจแก่ศาลที่จะกำหนดค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาตตุลาการตามที่เห็นสมควร

4.3.2 วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการนอกศาล

เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลเอาไว้เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 221 จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนและความไม่มั่นคงในทางปฏิบัติ อีกทั้งความนิยมในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในวงการธุรกิจการค้าแพร่หลายมาก ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการอยู่หลายฉบับ แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น ในที่สุดจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 เป็นต้นมา⁵⁶ และได้มีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2530⁵⁷ ดังนั้น ในปัจจุบันอนุญาตตุลาการนอกศาลจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁶ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 วันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ. 2530, หน้า 1-17.

⁵⁷ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 วันที่ 12 สิงหาคม พ.ศ. 2530, หน้า 18-20.

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักโดยทั่วไปของอนุญาโตตุลาการนอกจากจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวในเรื่องที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 11 วรรคสอง และมาตรา 17 วรรคสอง จะเห็นว่าบทบัญญัติของทั้งสองมาตราดังกล่าวนั้นเป็นไปตามทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาหรือความสมัครใจของคู่กรณี ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้จึงเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือกำหนดกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการได้ตามความประสงค์ของคู่กรณี ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการนอกศาลนั้น หากคู่กรณีกำหนดข้อตกลงกันเองโดยระบุไว้ในสัญญา การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามสัญญา แต่ถ้าในสัญญาระบุไว้ว่าให้การระงับข้อพิพาทโดยข้อบังคับของสถาบันใด การระงับข้อพิพาทของคู่กรณีย่อมเป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันนั้น ๆ ซึ่งจากทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้อาจแยกวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนอกศาลออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

4.3.2.1 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยใช้สถาบัน

ในปัจจุบันมีสถาบันที่ให้บริการทางด้านอนุญาโตตุลาการมากมาย ซึ่งแต่ละสถาบันก็มีกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของตนเอง และอาจมีความชำนาญในธุรกิจหรือการค้าเฉพาะด้าน จึงเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถเลือกใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการตามความเหมาะสมของประเภทข้อพิพาทได้ทั้งระดับภายในประเทศ ระดับภูมิภาคหรือระดับระหว่างประเทศ

สำหรับสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้น ขณะนี้มีอยู่ 2 สถาบัน คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ทำหน้าที่ให้บริการในเรื่องการประนีประนอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาททั่วไป ซึ่งสถาบันนี้ได้จัดเตรียมรายชื่ออนุญาโตตุลาการประจำสถาบันไว้ให้คู่กรณีได้เลือกอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งมีความเชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ ไว้หลายสาขาด้วยกัน เช่น สาขาที่ดิน สาขาแรงงาน สาขาละเมิด สาขาสัญญา สาขาการลงทุน สาขาทรัพย์สินทางปัญญา ฯลฯ โดยอาศัยข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการ

ประนอมข้อพิพาทและข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ส่วนอีกสถาบันหนึ่งเป็นของสภาหอการค้าไทยซึ่งเป็นองค์กรเอกชนดำเนินการระงับข้อพิพาทเฉพาะที่เกี่ยวกับทางด้านการค้าโดยอาศัยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทยเป็นหลักเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาท สถาบันทั้งสองสถาบันนี้จะทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยอาศัยกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของตนเอง ซึ่งกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับนี้มิได้มีลักษณะเป็นกฎหมาย เนื่องจากมิได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติดังเช่นกฎหมายทั่ว ๆ ไป เมื่อคู่กรณีตกลงที่จะนำกฎเกณฑ์ข้อบังคับของสถาบันใดมาชี้บังคับข้อพิพาท กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับนั้นจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อตกลงของคู่กรณีเท่านั้น โดยปกติแล้วกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ และกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทจึงต้องตกอยู่บังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ สำหรับประเทศไทย กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของทั้งสองสถาบันนี้จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎเกณฑ์หรือข้อบังคับในการดำเนินการระงับข้อพิพาทของแต่ละสถาบันจะแตกต่างกัน แต่เมื่อพิจารณาถึงแนวทางปฏิบัติแล้วไม่ว่าสถาบันใดก็จะมีหลักเกณฑ์หรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามลำดับ ดังนี้

(1) การเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แล้ว จะเห็นว่าไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการไว้เลย ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีในศาลไว้อย่างละเอียด อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วคู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายเจ้าหนี้และเป็นฝ่ายเริ่มต้นคดีในทางอนุญาโตตุลาการซึ่งนิยมเรียกฝ่ายที่เป็นผู้เริ่มต้นคดีว่า "claimant" หรืออาจแปลเป็นไทยว่า "ฝ่ายเรียกร้อง" และเรียกฝ่ายถูกหน้ซึ่งถูกเรียกร้องว่า "respondent" หรืออาจแปลเป็นไทยว่า "ฝ่ายตอบข้อเรียกร้อง" แทนที่จะเรียกว่า "plaintiff" (โจทก์) และ defendant (จำเลย)

เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการไว้ว่าจะต้องทำอย่างไร ดังนั้น จึงต้องอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทำกันไว้เป็นหลัก ซึ่งถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างไรก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ถ้าสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนด

ของสถาบันอนุญาโตตุลาการมาซึ่งบังคับ การเริ่มต้นคดีอนุญาโตตุลาการก็ต้องเป็นไปตามนั้น ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ข้อ 6 กำหนดว่า เมื่อประสงค์จะเริ่มต้นดำเนินคดี ๑ ที่คู่กรณีเสนอข้อพิพาทของตนโดยทำเป็นหนังสือประกอบ ด้วยรายละเอียดตามแบบที่สถาบันได้กำหนดไว้ (อ.ต.๗) ยื่นต่อผู้อำนวยการ หนังสือดังกล่าว ประกอบด้วยรายละเอียดต่อไปนี้

1. คำขอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
2. ชื่อและที่อยู่ของคู่กรณี
3. ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโต-
ตุลาการที่บังคับกับคู่กรณี
4. สัญญาหรือนิติสัมพันธ์อันก่อให้เกิดข้อพิพาท
5. ข้อเท็จจริงอันเป็นฐานแห่งข้อเรียกร้อง และจำนวนเงินที่เรียกร้อง
6. ข้อเรียกร้องและคำขอ
7. หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้ก่อน ๑ ให้ระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการ

จะเห็นว่าข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมฯ ก็ไม่ได้ระบุไว้โดยชัดเจนว่า การเริ่มต้นคดีทางอนุญาโตตุลาการนั้น จะให้คู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายเริ่มต้นคดี อย่างไรก็ดี แม้ข้อบังคับข้อ 6 จะระบุแต่เพียงว่า "๑ ที่คู่กรณีเสนอข้อพิพาทของตน" แต่เมื่ออ่านประกอบกับรายละเอียดที่จะต้องเป็นแบบของหนังสือเสนอข้อพิพาทซึ่งจะต้องระบุข้อเรียกร้องและคำขอด้วยแล้ว ก็แสดงให้เห็นโดยปริยายว่าคู่กรณีที่เป็นฝ่ายเสนอข้อพิพาท หรือผู้ที่เริ่มต้นคดีน่าที่จะเป็นฝ่ายเจ้าหน้าที่เท่านั้น

เมื่อคู่กรณีได้เสนอข้อพิพาทของตนตามแบบ อ.ต.๗ ครบถ้วนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะรับคำเสนอข้อพิพาทและออกใบรับให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาท จากนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะนำคำเสนอข้อพิพาทเสนอผู้อำนวยการอนุญาโตตุลาการ และเมื่อผู้อำนวยการฯ เห็นว่าคำเสนอข้อพิพาทเห็นว่าคำเสนอที่ยื่นตามแบบ อ.ต.๗ ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ ก็จะส่งคำเสนอข้อพิพาทคืนผู้ร้อง แต่ถ้าคำเสนอข้อพิพาทถูกต้องตรงตามหลักเกณฑ์ ก็จะมีคำสั่งรับคำเสนอไว้ จากนั้นก็จะดำเนินการตามข้อ 7 แห่งข้อบังคับของสถาบัน กล่าวคือ สถาบันจะส่งหนังสือ

เสนอข้อพิพาทไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยพลัน ณ ภูมิลำเนาหรือสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี ฝ่ายนั้นโดยปริยายมีลักษณะเป็นตอบรับ หรือวิธีอื่นตามที่เห็นสมควร แต่หากผู้อำนวยการเห็นว่าไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ก็จะส่งคำเสนอข้อพิพาทคืนไป

เมื่อกรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับคำเสนอข้อพิพาทแล้ว ขั้นตอนต่อไปย่อมเป็นไปตามข้อ 8. แห่งข้อบังคับของสถาบันฯ กล่าวคือ หากคู่กรณีเห็นว่าคำเสนอข้อพิพาทของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ถูกต้องก็ต้องยื่นคำคัดค้าน และนอกจากนั้น หากมีข้อเรียกร้องแย้งก็อาจเสนอข้อเรียกร้องแย้งตามแบบ อ.ต.7 ต่อสำนักงานฯ ภายในเวลา 15 วัน

เมื่อสำนักงานฯ ได้รับคำคัดค้านและเรียกร้องแย้ง (ถ้ามี) สำนักงานฯ ก็จะส่งสำเนาคำคัดค้านและข้อเรียกร้องแย้ง (ถ้ามี) ไปยังผู้เสนอข้อพิพาท และในกรณีที่ได้รับสำเนาข้อเรียกร้องแย้ง ผู้เสนอข้อพิพาทจะต้องยื่นค้ำประกันข้อเรียกร้องแย้งต่อสำนักงานฯ ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาค้ำประกันข้อเรียกร้องแย้ง

ขั้นตอนต่อไปในการระงับข้อพิพาทของสถาบันฯ คือ ดำเนินการไปตามข้อ 3 แห่งข้อบังคับของสถาบันฯ กล่าวคือ ก่อนเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ให้ผู้อำนวยการฯ นัดประชุมคู่กรณีเพื่อเจรจาไกล่เกลี่ย ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน คือ

- (1) ถ้าคู่กรณีเจรจาตกลงกันได้ก็เป็นไปตามที่ได้ตกลงกัน
- (2) กรณีตกลงกันไม่ได้ตาม (1) หากว่าผู้อำนวยการเห็นว่าจำเป็นและคู่กรณีเห็นสมควรให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการประนอมข้อพิพาท ก็ให้นำข้อบังคับของการประนอมข้อพิพาทมาใช้บังคับแก่การประนอมข้อพิพาทในกรณีดังกล่าวด้วย
- (3) กรณีคู่พิพาทตกลงกันไม่ได้และไม่ประสงค์จะใช้วิธีประนอมข้อพิพาท คู่พิพาทก็ต้องใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ

ในการดำเนินงานของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น เปิดโอกาสให้คู่พิพาทย้อนกลับมาใช้วิธีเจรจาไกล่เกลี่ย (Negotiation) ก่อน เมื่อยังตกลงกันไม่ได้และคู่กรณียังคงต้องการให้บุคคลที่สามทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย (Conciliation) สถาบันฯ ก็จะดำเนินการให้ตามความประสงค์ จึงเท่ากับว่าสถาบันฯ เองก็มีได้มุ่งแต่เฉพาะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสถาบันฯ แต่อย่างเดียวนั่น และถ้ายังตกลงกันไม่ได้อีกสถาบันฯ ก็จะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต่อไป

ส่วนกฎเกณฑ์ของสภาหอการค้าไทย ก็ได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ดังนี้ คือ

านกรณีที่มีข้อพิพาททางการค้าเกิดขึ้น และคู่กรณีประสงค์จะขออนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว ก็ให้คู่กรณียื่นคำร้องต่อนายทะเบียนพร้อมทั้งรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ (ข้อ 14)

เมื่อได้รับคำร้องพร้อมทั้งรายละเอียดดังกล่าว นายทะเบียนจะต้องจัดส่งสำเนาคำร้องไปยังคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง เพื่อให้ยื่นข้อคัดค้านพร้อมทั้งเอกสารและข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อคัดค้านของตนภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำร้องดังกล่าว (ข้อ 18)

เมื่อนายทะเบียนได้รับข้อคัดค้านจากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องแล้ว ให้นายทะเบียนส่งสำเนาข้อคัดค้านไปยังคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง และถ้าข้อคัดค้านดังกล่าวมีลักษณะของการเรียกร้องแย้งานข้อพิพาทเดียวกันนั้นด้วย คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องจะต้องยื่นคำตอบข้อเรียกร้องแย้งนั้นพร้อมทั้งเอกสารและพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาข้อคัดค้านดังกล่าว (ข้อ 19)

เมื่อนายทะเบียนได้รับคำร้องจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้อง ตามความในข้อ 14 นายทะเบียนจะต้องดำเนินการโดยมิชักช้า เพื่อให้คณะอนุญาตุลาการตัดสินและชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎเกณฑ์ของสถาบัน (ข้อ 15) โดยนายทะเบียนจะต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังคู่กรณีทุกฝ่าย ให้ทำการแต่งตั้งอนุญาตุลาการภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าว ซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่า 30 วันนับแต่วันที่รับคำบอกกล่าว (ข้อ 16) เมื่อได้แต่งตั้งอนุญาตุลาการขึ้นโดยชอบแล้ว นายทะเบียนจะต้องส่งมอบสำนวนตลอดจนเอกสารต่าง ๆ ซึ่งได้รับจากคู่กรณีแก่อนุญาตุลาการ และให้ถือว่าคดีได้เริ่มต้นขึ้นนับแต่นั้น (ข้อ 20)

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์อนุญาตุลาการของสภาหอการค้าไทยมีความละเอียดและชัดเจนกว่าข้อบังคับของสถาบันอนุญาตุลาการ กระทรวงยุติธรรม

(2) การแต่งตั้งอนุญาตุลาการ

หลังจากคู่กรณีได้เริ่มต้นคดีทางอนุญาตุลาการแล้ว ขั้นตอนต่อไป คือ จะต้องมีการแต่งตั้งอนุญาตุลาการเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งในเรื่องนี้สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

ก. จำนวนอนุญาโตตุลาการ

จำนวนอนุญาโตตุลาการจะมีเท่าใด ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณีซึ่งทำการตกลงกันไว้โดยสัญญา หากไม่มีข้อตกลงไว้ก็จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 1979 (The Arbitration Act, 1979) ของอังกฤษ มาตรา 6 กำหนดว่า "อนุญาโตตุลาการจะมีจำนวนเท่าใด จะเป็นจำนวนเลขคู่หรือเลขคู่ก็ได้แล้วแต่คู่กรณีจะกำหนด ถ้าคู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการสองคน ให้ถือว่าอนุญาโตตุลาการสองคนนั้นเมื่ออาจตั้งผู้ชี้ขาดได้ทันทีหลังจากได้รับแต่งตั้ง เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น"

ส่วนในสหรัฐอเมริกา จำนวนอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับสัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้ ในกรณีที่สัญญาไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ The United States Arbitration Act ให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว (มาตรา 5) กฎหมายฉบับอื่น ๆ ไม่ได้บัญญัติไว้ถึงจำนวนอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางปฏิบัติมักตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนคู่ตามกฎของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (A.A.A) ถ้าคู่กรณีไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ ต้องให้ถือว่าให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว เว้นแต่สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (A.A.A) เห็นว่าควรมีอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ในมาตรา 11 ว่า "อนุญาโตตุลาการอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ในกรณีที่มิใช่อนุญาโตตุลาการหลายคน ให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน"

ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ ให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกอีกหนึ่งคนร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย"

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1. คู่กรณีจะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้โดยสัญญาหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ เพราะการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจ ดังนั้น กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้เป็นเรื่องของดุลพินิจของคู่สัญญาว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการกี่คนก็ได้

2. หากมีการระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา จะระบุให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ในกรณีที่มีการระบุจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้หลายคน กฎหมายที่คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน ทั้งนี้ ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิตั้งอนุญาโตตุลาการในจำนวนที่มากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ แต่การที่กฎหมายกำหนดให้ตั้งฝ่ายละเท่ากันนั้น ไม่ได้หมายความว่าจำนวนอนุญาโตตุลาการต้องเป็นเลขคู่เสมอไป และโดยปกติแล้วจะไม่นิยมให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ เพราะในการวินิจฉัยและชี้ขาดคดีอาจหาเสียงข้างมากไม่ได้ ในทางปฏิบัติจึงนิยมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในจำนวนที่เป็นเลขคี่ เช่น ระบุให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการสามคน โดยให้คู่กรณีต่างฝ่ายต่างแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งกันมานั้นร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม หรือให้อนุญาโตตุลาการคนที่สามมาจากการแต่งตั้งของบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง เช่น ให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งก็ได้

3. กรณีที่ไม่มีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา กฎหมายระบุให้มีอนุญาโตตุลาการสามคน โดยให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามขึ้น

ข. คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนับว่ามีความสำคัญพอ ๆ กับระบบหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการที่จะส่งผลข้อพิพาทซึ่งดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการยุติลงตามความมุ่งหมายของคู่พิพาทหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากหากว่าคู่พิพาทได้ตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมีคุณสมบัติไม่เหมาะสมที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือไม่มีความสามารถที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการได้ ก็อาจทำให้การพิจารณาชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทเกิดความล่าช้าหรือเกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างคู่กรณี ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ บทบาทของอนุญาโตตุลาการนั้นยังมีความสำคัญต่อการอนุญาโตตุลาการมากยิ่งขึ้นกว่าผู้พิพากษาที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาในศาล เพราะในศาลนั้นยังมีศาลที่สูงกว่าซึ่งอาจแก้ไขหรือกลับคำพิพากษาของศาลล่างได้ แต่เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว

ตามปกติคนที่ขาดนั้นย่อมเดือดขาดและถึงที่สุด จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ ดังนั้น การที่ คู่พิพาทจะ เลือกบุคคลใดให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทของตน ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ก่อนที่จะทำการแต่งตั้ง ดังนี้

(1) ความสามารถของอนุญาโตตุลาการ

ดังได้กล่าวแล้วว่าอนุญาโตตุลาการ เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงที่จะ เลือกใช้คนกลางมาทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน ซึ่งอาจจะประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการ ก็คนก็ได้แล้วแต่ความสมัครใจของคู่กรณี แต่เนื่องจากการแต่งตั้งให้บุคคลกระทำการใดจะต้อง คำนึงว่าบุคคลผู้ได้รับการแต่งตั้งนั้น เป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายแพ่งหรือไม่ กล่าวคือ ามเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งจะต้องมีความสามารถในการทำกิจการ ของตนเองได้ตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งในเรื่องนี้ทั้งต่างประเทศและประเทศไทยก็ได้ยึดถือเป็นแนว เดียวกันว่า อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง

อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากข้อจำกัดในเรื่องความสามารถตามกฎหมายแพ่ง ของผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ก็อาจจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับความสามารถของ บุคคลบางประเภทที่กฎหมายของแต่ละประเทศอาจมียินยอมให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้ แก่บุคคลดังต่อไปนี้

(ก) สตรี

ในบางประเทศที่จำกัดสิทธิของสตรีซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นประเทศที่นับถือ ศาสนาอิสลาม เช่น ตุเวตและโรมแมน จะจำกัดมิให้สตรีเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่การจำกัด สิทธิสตรีนี้จะค่อย ๆ หมดไป เพราะความคิดในเรื่องของความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายนั้น เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วในโลกปัจจุบัน ในกฎหมายไทยไม่เคยจำกัดความสามารถหรือสิทธิ ของสตรีในการที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการเลย

(ข) คนต่างด้าว

กฎหมายของต่างประเทศ เช่น โรตุงเกส ซิสี โคลัมเบีย เอกวาดอร์ เวเนซุเอลา ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ก็มีบางประเทศที่ยินยอมให้คนต่างด้าวเป็นอนุญาโตตุลาการได้โดยอาศัยหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัย (Reciprocity) เช่น ประเทศเชคโกสโลวาเกีย

สำหรับประเทศไทยหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ปรากฏว่ามีการห้ามบุคคลต่างด้าวเป็นอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่หากพิจารณาในส่วนพระราชบัญญัติความ พ.ศ. 2528 จะเห็นได้ว่า คนต่างด้าวจึงไม่สามารถที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่คู่กรณีในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือจะเป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดก็ไม่ได้เช่นกัน

(ค) ผู้พิพากษา

เนื่องจากผู้พิพากษาเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาคัดตัดสินคดีเป็นกิจวัตรประจำวันอยู่แล้ว และคดีซึ่งเข้าสู่ศาลก็มีเป็นจำนวนมาก ถ้าหากให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการด้วย ก็อาจจะให้ผู้พิพากษามีเวลาในการปฏิบัติงานหน้าที่น้อยลงไป ทำให้คดีความซึ่งค้างอยู่ในศาลเพิ่มขึ้นมากกว่าเดิมอีก ดังนั้น กฎหมายของบางประเทศ เช่น อินเดีย และสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ยังคงดำรงตำแหน่งอยู่ นอกจากนี้ ก็ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่คดีซึ่งได้พิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแล้วอาจต้องเข้าสู่ศาล เพื่อขอให้ศาลบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์ในกรณีนี้อาจเกิดปัญหาในการวางตัวของผู้พิพากษา 58

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

58 Howard M. Holtzmann, Intl. Hand book on comm. arb. May 1984 อ้างใน เอนก ศรีสนธิ, การตั้งอนุญาโตตุลาการรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, Case and Material on Arbitration, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เพื่อแพทย์ กราฟฟิคกรุ๊ป, 2535), หน้า 37.

สำหรับประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้ง ห้ามผู้พิพากษาที่ยังอยู่ใน
ราชการจะเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ถือปฏิบัติเป็นจริยธรรมข้อหนึ่งว่าผู้พิพากษาซึ่งยังอยู่ใน
ราชการจะไม่ใช่เป็นอนุญาโตตุลาการ จึงมีแต่เพียงผู้พิพากษาที่เกษียณอายุหรือออกจากราชการ
แล้วเท่านั้นที่รับเป็นอนุญาโตตุลาการ คดีต่าง ๆ หลายคดีที่อยู่ภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญา-
โตตุลาการของกระทรวงยุติธรรมก็ได้มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาเกษียณอายุแล้วเป็นอนุญาโตตุลาการ

(ง) อัยการ

แม้ว่าอาชีพอัยการจะถือว่าเป็นตำแหน่งที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการ
ยุติธรรมดังเช่นผู้พิพากษาก็ตาม แต่เนื่องจากลักษณะของอาชีพอัยการโดยทั่วไปแล้วจะมีความ
เคร่งครัดในการวางตัวน้อยกว่าอาชีพผู้พิพากษา ดังนั้น กฎหมายส่วนของประเทศต่าง ๆ จึง
มิได้มีข้อจำกัดที่ห้ามอัยการดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเทศไทยนั้นไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดห้ามอัยการเป็นอนุญาโต
ตุลาการ และในทางปฏิบัติก็พบว่าอัยการได้เข้าไปเป็นอนุญาโตตุลาการอยู่หลายคดี ในทะเบียน
อนุญาโตตุลาการที่จัดทำโดยกระทรวงยุติธรรมก็มีชื่ออัยการหลายท่านปรากฏอยู่ จึงถือได้ว่าใน
ทางปฏิบัตินั้นมีการยอมรับให้อัยการเป็นอนุญาโตตุลาการได้

(2) ความเชี่ยวชาญ

เหตุผลประการที่สำคัญซึ่งผู้พิพากษาชีวิตอนุญาโตตุลาการเพื่อมาระงับข้อพิพาท
ของตนก็คือ ต้องการผู้ที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านในเรื่องที่พิพาทกันมาทำการชี้ขาดตัดสิน
ข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ดังนั้น เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้พิพากษาในการที่
จะเลือกอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ จึงได้มีการ
รวบรวมรายชื่ออนุญาโตตุลาการซึ่งมีความเชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ ไว้

แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการของสถาบันต่าง ๆ แต่ละสถาบัน หรือแต่ละประเทศอาจจะมีเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป เช่น บางสถาบันกำหนดเป็นข้อบังคับว่า ผู้กรณิจะต้องแต่งตั้งบุคคลที่มีชื่ออยู่ในทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของสถาบันให้เป็นอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จะตั้งบุคคลอื่นนอกเหนือจากนั้นไม่ได้ แต่สถาบันอนุญาโตตุลาการของกระทรวงยุติธรรมไม่ได้มีข้อบังคับเช่นนั้น ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการฯ ข้อ 1(6) ที่นิยามไว้ว่า "อนุญาโตตุลาการ" หมายถึง อนุญาโตตุลาการผู้ชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทซึ่งสำนักงานได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามคำแนะนำและเห็นชอบของคณะกรรมการ ทั้งนี้ ให้นำความรวมถึงอนุญาโตตุลาการเฉพาะคดีซึ่งผู้กรณิแต่งตั้งจากบุคคลที่มีชื่ออยู่ในทะเบียนของสำนักงานด้วย"

(3) ความเป็นอิสระและความเป็นกลาง

หลักพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่สำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้การพิจารณาชี้ขาดตัดสินคดีความต่าง ๆ เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทก็คือ ผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดจะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง ทั้งนี้ หากว่าในการพิจารณาชี้ขาดคดีหรือข้อพิพาทของผู้ซึ่งทำหน้าที่ชี้ขาดไม่มีความเป็นกลาง ตกอยู่ภายใต้อำนาจที่สามารถจะขึ้นำ ทำให้ผลของการตัดสินเข้าข้างผู้กรณิฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือในผู้ชี้ขาดไม่มีความเป็นกลาง คือ ชี้ขาดเข้าข้างผู้กรณิฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากมีส่วนได้เสียในผลของการชี้ขาด ก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมภายในสังคม ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ ทำให้ผู้กรณิที่ต้องถูกบังคับในคำชี้ขาดตัดสินเห็นว่าไม่ได้รับความยุติธรรมก็จะไม่ยอมรับในคำชี้ขาดตัดสินนั้น อาจจะมีการแก้แค้นกันเอง เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมได้ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาชี้ขาดตัดสินโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็ตาม ผู้ซึ่งทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินก็ต้องมีความเป็นอิสระและทำตัวให้เป็นกลาง กล่าวคือ ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม

กล่าวโดยสรุปคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการนอกจากจะต้องได้รับการยอมรับจากตัวผู้ซึ่งจะแต่งตั้งแล้ว ยังต้องมีความสามารถตามกฎหมายแพ่งและมีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่จะชี้ขาดตัดสิน มีความซื่อสัตย์ยุติธรรม ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท มีความเป็นกลางไม่ลำเอียงเข้าข้างผู้ใดผู้หนึ่ง และประการที่สำคัญจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดี

(3) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ต้องทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม ปราศจากอคติหรือความลำเอียง และในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการก็ต้องทำการวินิจฉัยและชี้ขาดไปตามสภานวนและพยานหลักฐานที่คู่กรณีทุกฝ่ายนำเสนอ จะนำเอาสิ่งที่ตนได้รับรู้รับทราบมา เพราะเหตุที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาใช่ เป็นหลักในการวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทไม่ได้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการทุกประเทศจึงได้มีการกำหนดลักษณะของความสัมพันธ์ต่าง ๆ ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีซึ่งอาจมีผลก่อให้เกิดอคติและความลำเอียงขึ้นได้ และหากมีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น อนุญาโตตุลาการผู้นั้นก็อาจถูกถอดถอนได้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษ คู่กรณีอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนไม่ได้ตั้งขึ้นได้ ก่อนมีคำชี้ขาดโดยอาศัยเหตุต่าง ๆ คือ อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ อนุญาโตตุลาการไม่มีความเหมาะสมในการกระทำการตามหน้าที่ อนุญาโตตุลาการทำเกินอำนาจที่ให้ไว้ หรือปฏิเสธที่จะทำหน้าที่ ข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการฉ้อฉลของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการละเลยไม่กระทำการโดยรวดเร็วในการดำเนินการพิจารณาและทำคำชี้ขาด และกระทำการใด ๆ เป็นการลำเอียง⁵⁹

ประเทศสหรัฐอเมริกา อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้โดยสาเหตุเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ได้แก่ อนุญาโตตุลาการหรือคู่สมรสเป็นญาติพี่น้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการหรือญาติพี่น้องของอนุญาโตตุลาการมีคดีพิพาทกับ

⁵⁹ William H. Grill, United Kingdom, 2 Yearbook of Commercial Arbitration, 90, 98 (1977)

คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน 60

ประเทศอิตาลี อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านโดยสาเหตุเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา คือ อนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการหรือคู่สมรสเป็นญาติพี่น้องเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการ คู่สมรส หรือญาติพี่น้องของอนุญาโตตุลาการมีคดีพิพาทกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และอนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ถ้าไม่มีความสามารถตามกฎหมาย หรือเป็นบุคคลที่ต้องห้ามไม่ให้รับหน้าที่สาธารณะ (funzione pubblico) 61

ประเทศเยอรมัน การคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1877 กล่าวคือ ถ้าคู่กรณียื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจโดยอ้างเหตุเกี่ยวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ซึ่งได้แก่ อนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการเป็นหรือเคยเป็นทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีข้อสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการลาเอียง (มาตรา 41-43) และอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ชักช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (มาตรา 1032 วรรค 2)

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามมาตรา 20 แห่งข้อตกลงมาตรา 244 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซุริค กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านไม่ให้รับตำแหน่งได้โดยเหตุต่าง ๆ อันได้แก่ อนุญาโตตุลาการ คู่สมรส คู่หมั้น ญาติพี่น้องสืบสายโลหิต หรือเกี่ยวพันทางแต่งงาน พี่เขย น้องเขย พี่สะใภ้ น้องสะใภ้ บุคคลในปกครอง บุตรบุญธรรมของอนุญาโตตุลาการมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการได้เคยเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นในฐานะผู้พิพากษา ทนายความ ผู้แทน

60 Peter E. Herzog, Civil Procedurs in France, p. 523.

61 International Chamber of Commerce, Commercial Arbitration and the Law : Italy, p. 2.

ผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานมาก่อน อนุญาตตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือมีหนี้สินกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรืออนุญาตตุลาการมีพฤติการณ์ที่น่าจะก่อให้เกิดความลำเอียงในการดำเนินการพิจารณา การยื่นคำคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้นให้คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านยื่นต่อศาลในรัฐที่มีการอนุญาตตุลาการขึ้น

สำหรับประเทศไทย โดยทั่วไปแล้วเหตุแห่งการคัดค้านและถอนอนุญาตตุลาการนั้นจะเป็นเหตุทางองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ในมาตรา 14 วรรค 3 ว่า "เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการนั้น ได้แก่ เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเหตุอันอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรม" ซึ่งเมื่อพิจารณาร่วมกับ มาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว อนุญาตตุลาการอาจถูกคัดค้านหรือถอนได้ด้วยเหตุดังนี้ คือ

- (1) มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่คนนั้น
- (2) เป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) เป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (4) ได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
- (5) ได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลมาแล้ว หรือเป็นอนุญาตตุลาการมาแล้ว
- (6) มีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งอนุญาตตุลาการผู้ตนเองหรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาของอนุญาตตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

- (7) อนุญาตตุลาการเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- (8) เหตุอันอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสีย

สำหรับระยะเวลาของการคัดค้านนั้น คู่กรณีซึ่งประสงค์จะคัดค้านอนุญาตตุลาการต้องยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยาน ถ้าตนได้ทราบถึงเหตุที่ฟังคัดค้านได้ก่อนวันสืบพยาน หรือถ้าทราบเหตุที่ฟังคัดค้านได้ในระหว่างการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ก็ให้ยื่นคำร้องคัดค้านไม่ช้ากว่าวันนัดสืบพยานครั้งต่อไป แต่ต้องก่อนเริ่มสืบพยานเช่นว่านั้น⁶² แสดงว่าการคัดค้านอนุญาตตุลาการต้องทำก่อนที่อนุญาตตุลาการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ถ้าระหว่างการพิจารณาคดีนั้นคู่กรณีไม่รู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้าน แต่มารู้เมื่ออนุญาตตุลาการทาศักดิ์ชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ในกรณีนี้จะไม่ใช่เรื่องของการคัดค้านอนุญาตตุลาการ แต่จะเป็นเรื่องของการขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ หรือเป็นเรื่องของการขอให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ บัญหามีอยู่ว่าในกรณีที่คู่กรณีได้รู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านของอนุญาตตุลาการมาแต่ต้น แต่ไม่ดำเนินการคัดค้านแต่อย่างใดกลับไปปล่อยให้อนุญาตตุลาการดำเนินการสอบสวนพิจารณาและทาศักดิ์ชี้ขาดจนเสร็จสิ้นกระบวนการทางอนุญาตตุลาการแล้ว จึงมายกเหตุดังกล่าวในภายหลังเพื่อขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอน หรือปฏิเสธการบังคับตามคำสั่งชี้ขาดนั้น เช่นนี้จะทำได้หรือไม่ หรือจะถือว่าเมื่อทราบเหตุแห่งการคัดค้านมาแต่ต้น แล้วไม่ทำการคัดค้านแต่อย่างใดในระหว่างการดำเนินการสอบสวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการยังไม่เสร็จสิ้น คู่กรณีฝ่ายนั้นก็จะถูกกฎหมายปิดปากว่าไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นว่ากล่าวหรือต่อสู้ดำเนินภายหลัง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶² มาตรา 13 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอนุโลมมาใช้ตามความในมาตรา 14 วรรคสุดท้ายของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องงดกระบวนการพิจารณาทั้งปวงไว้ก่อนจนกว่าศาลจะมีคำสั่งในเรื่องที่คัดค้านนั้น ส่วนกระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่อนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการไปแล้วก่อนการยื่นคำร้องคัดค้าน ย่อมไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมฟังคำคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะกำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น⁶³

เมื่อได้มีการร้องคัดค้านขึ้นและอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านยอมถอนตัวจากการพิจารณาคดี ก็ให้มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนอนุญาโตตุลาการผู้นั้น แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวจากการพิจารณาคดี ก็ให้ศาลฟังคำแถลงของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องและของอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน และทำการสืบพยานหลักฐานที่บุคคลเหล่านั้นนำขึ้นมา และพยานหลักฐานอื่นตามที่เห็นสมควร และออกคำสั่งยอมรับหรือยกคำคัดค้านนั้น คำสั่งเช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด⁶⁴ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยอมรับคำคัดค้านก็จะต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนผู้ซึ่งถูกคัดค้านโดยวิธีเดียวกันกับการตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งถูกคัดค้านนั้น

(4) กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งก็จะดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี ซึ่งในเรื่องนี้หากเป็นการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เจ้าหน้าที่ของสำนักงานก็จะส่งเสนอข้อพิพาท คำคัดค้าน ข้อเรียกร้องแย้ง และคำแก้เรียกร้องแย้ง (ถ้ามี) ให้อนุญาโตตุลาการได้พิจารณา หลังจากนั้นอนุญาโตตุลาการก็จะนัดพร้อมคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อ

63 มาตรา 13 วรรค 2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุโลมมาใช้โดย

มาตรา 14 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

64 มาตรา 14 วรรค 1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อนุโลมมาใช้โดย

มาตรา 14 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ตกลงข้อกำหนดหรือกระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแยกพิจารณา
ไว้ 2 กรณี ดังนี้

ก. กรณีสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้อย่างไรก็ตามให้เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้
ทั้งนี้ เพราะข้อ 4 (1) แห่งข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ไว้เปิด
โอกาสให้คู่กรณีสามารถที่จะกำหนดกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกันเองได้ แม้คู่กรณีจะ
ให้สำนักงานอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการระงับข้อพิพาทก็ตาม แต่ทั้งนี้คู่พิพาทจะต้องทำเป็น
หนังสือให้ผู้อำนวยการสำนักงานอนุญาโตตุลาการเห็นชอบเสียก่อน

ข. กรณีมิได้ตกลงกันไว้ในสัญญาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ก็จะต้อง
เป็นไปตามข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมฯ ข้อ 21 ซึ่งกำหนดว่า "ในกรณีสัญญาอนุญา-
โตตุลาการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นควร
โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมและการให้คู่กรณีมีโอกาสเสนอข้อเท็จจริงสนับสนุนข้ออ้าง
ของตนมากที่สุด"

จากข้อบังคับดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของการดำเนินการพิจารณากระบวนการ
อนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญา-
โตตุลาการได้รับความนิยม การดำเนินการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่
ยืดหยุ่นกว่าการดำเนินการพิจารณาในศาลมาก อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเคร่ง
ครัดกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเหมือนกับศาล ดังนั้น การดำเนินการพิจารณา
พิจารณาทางอนุญาโตตุลาการจึงสามารถที่จะปรับให้เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละเรื่อง และ
สนองตอบความต้องการของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี ด้วยเหตุนี้แม้ว่าโดยหลักการแล้วจะถือว่าการ
ดำเนินการพิจารณาตัดสินทั้งหมดนั้นเป็นอำนาจและดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ดังกล่าวไว้
ว่า "arbitrator is the master of the procedure" แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ก่อนที่
อนุญาโตตุลาการจะกำหนดกฎเกณฑ์หรือวิธีการใด ๆ ในการดำเนินการพิจารณา อนุญา-
โตตุลาการก็มักจะสอบถามหรือรับทราบว่าคู่กรณีเห็นด้วยเสมอ แต่อย่างไรก็ตามในการใช้ดุลพินิจ

ของอนุญาโตตุลาการจะขัดกับข้อตกลงของคู่กรณี หรือกฎหมายที่กำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้โดยเฉพาะไม่ได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้กำหนดหลักพื้นฐานของการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 17 ว่า

"ก่อนจะทบทวนข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการฟังคู่กรณีและมีอำนาจทำการใดส่วนตาม ที่เห็นสมควรในข้อพิพาทที่เสนอมานั้น

ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการกระบวนการใด ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ" และเมื่อพิจารณาข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 21 แล้ว จะเห็นว่าข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดไว้มีลักษณะที่เป็นการสอดคล้องกับมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการดำเนินการกระบวนการ โดยคำนึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ และในการดำเนินการตามหลักความยุติธรรมนี้ เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติของสำนักงานอนุญาโตตุลาการแล้ว เห็นว่าสำนักงานอนุญาโตตุลาการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นพื้นฐานของการพิจารณา กำหนดให้มีการชี้สองสถาน เมื่อมีการชี้สองสถานแล้วก็จะดำเนินการสืบพยาน และในเรื่องการสืบพยานนี้ ข้อ 22 แห่งข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ กำหนดไว้ว่า

(1) ให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยื่นเสนอพยานเอกสารต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนต่ออนุญาโตตุลาการในวันนัดพิจารณาครั้งแรกในกรณีที่เห็นสมควร อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งให้คู่กรณีส่งเอกสารใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ก็ได้

(2) การสืบพยานบุคคลให้กระทำโดยอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการบันทึกคำพยานโดยย่อเพื่ออ่านและให้พยานลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน แล้วเก็บรวมไว้ในสำนวน

(3) อนุญาโตตุลาการจะให้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากสำนักงานอนุญาโตตุลาการช่วยบันทึกคำพยานก็ได้

(4) การสืบพยานจะต้องกระทำอย่างการดำเนินการกระบวนการพิจารณา

อย่างไรก็ดี นอกเหนือจากพยานหลักฐานซึ่งคู่กรณีได้ยื่นไว้ดังที่ได้กล่าวแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ยังมีอำนาจที่จะเรียกพยานอื่น ๆ มาเพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็ได้ กล่าวคือ พยานผู้เชี่ยวชาญ อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะเรียกพยานผู้เชี่ยวชาญมาเพื่อประกอบการพิจารณาได้โดยอำนาจตามข้อ 24 แห่งข้อบังคับของกระทรวงยุติธรรมฯ กล่าวคือ ให้ผู้เชี่ยวชาญคนใดที่รายงานความเห็นเสนอก็ได้ กรณีเช่นนี้ให้คู่กรณีแจ้งข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องตามที่ผู้เชี่ยวชาญสอบถาม และเมื่อได้รับรายงานความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแล้ว ให้สถาบันแจ้งให้คู่กรณีทราบรายละเอียดในรายงานความเห็นนั้น และหากคู่กรณีร้องขอให้จัดทำสำเนารายงานความเห็นนั้นให้ ทั้งนี้ คู่กรณีอาจยื่นคำร้องขอซักถามผู้เชี่ยวชาญก็ได้ หากอนุญาโตตุลาการพิจารณาอนุญาตก็ให้หาวิธีการสืบพยานในข้อ 22 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

สำหรับพยานอื่นที่อนุญาโตตุลาการสามารถเรียกมาเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณาได้นี้ เป็นการเรียกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เมื่ออนุญาโตตุลาการเห็นว่าจะต้องใช้อำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยาน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดก็สามารถทำได้โดยอนุญาโตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นนั้นก็ได้ แต่เรื่องนี้ในทางปฏิบัติ หากคู่กรณีดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว สำนักงานอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ประสานในเรื่องนี้ให้

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาจนเสร็จแล้ว และไม่มีพยานอื่นใดมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็จะสั่งปิดการพิจารณาเพื่อดำเนินการชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนี้ มีปัญหาที่น่าพิจารณาประการหนึ่ง คือ หากว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการคดีโดยที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัดได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณามาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการแล้ว เห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้างขวางในการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณา โดยให้คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ ซึ่งโดยหลักของความยุติธรรมนั้น นอกจากอนุญาโตตุลาการจะต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีทุกฝ่ายโดยชอบเกี่ยวกับการนัดพิจารณาคดี

หรือวิธีพิจารณาแล้ว ยังจะต้องไม่ปล่อยให้ผู้กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประวิงคดีโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ดังนั้น หากได้มีการบอกกล่าวการนัดพิจารณาคดีโดยชอบแล้ว ผู้กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มาตามนัดโดยไม่แจ้งเหตุผล ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการก็อาจเลื่อนนัดการพิจารณาคดีออกไป โดยกำหนดวันนัดใหม่พร้อมทั้งได้แจ้งวันนัดใหม่ให้ทราบโดยชอบอีกครั้งหนึ่ง ถ้าผู้กรณีฝ่ายนั้นยังไม่มาตามนัด ในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการก็นำที่จะพิจารณาคดีโดยขาดนัดได้ มิฉะนั้นแล้วก็จะไม่เป็นธรรมแก่ผู้กรณีฝ่ายที่ให้ความร่วมมือในการดำเนินการระบวนพิจารณาโดยตลอด แต่แม้จะพิจารณาคดีโดยขาดนัดได้ อนุญาโตตุลาการก็ต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ปรากฏจากพยานหลักฐาน จะชี้ขาดให้ผู้กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแพ้คดีเพียงเพราะเหตุที่ขาดนัดนั้นเท่านั้นไม่ได้

ส่วนข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ ในการดำเนินการระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้พิพาทสามารถที่จะมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำการแทนได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้เมื่อพิจารณา มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการแล้ว เห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ผู้กรณีสามารถที่จะมอบอำนาจให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคน หรือตั้งทนายความเป็นผู้ดำเนินการแทนตนก็ได้

4.3.2.2 วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยมาชี้สถาบัน

สาเหตุที่ผู้พิพาทยังคงใช้อนุญาโตตุลาการนอกศาล (ad hoc arbitration) ทั้ง ๆ ที่ในปัจจุบันนี้มีสถาบันอนุญาโตตุลาการช่วยอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทอยู่แล้วนั้น เนื่องมาจากนักธุรกิจจำนวนมากเกิดความระแวงในบางครั้งที่ สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นสถาบันประเภทใด อาจมีความโน้มเอียงไปมาแนวเดียวกับความคิดของผู้บริหาร ผู้ก่อตั้งสถาบัน หรือผู้ที่สนับสนุนกิจกรรมของสถาบัน หรือพบว่ากฎเกณฑ์ของสถาบันต่าง ๆ ไม่ตรงตามความต้องการของตน ทางออกประการหนึ่งก็คือ การเลือกใช้ "ad hoc arbitration" ซึ่งวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ผู้กรณีจะเป็นผู้กำหนดขั้นตอนและรายละเอียดต่าง ๆ ทั้งหมดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ นับตั้งแต่เรื่องของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ สถานที่พิจารณาคดีหรือวิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ฯลฯ

อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ก็ยังมีข้อเสียอยู่บ้าง คือ การขาดบุคลากรที่จะมาช่วยในด้านธุรการ เพราะฉะนั้น คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการเองจะต้องทำงานธุรการด้วย เช่น การนัดวัน เวลาและสถานที่เพื่อการพิจารณาคดี การจัดหาที่พักระหว่างการพิจารณาคดี การติดต่อส่งเอกสารและกำหนดการต่าง ๆ และบ่อยครั้งที่พบว่าสัญญาของคู่กรณีนั้นไม่รัดกุมเพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ขึ้นในชั้นพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ

4.4 คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

4.4.1 คำชี้ขาด

เมื่อคู่กรณีไม่ได้เข้าพยานอื่นใดมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ จากนั้นอนุญาโตตุลาการก็จะสั่งปิดการพิจารณาเพื่อดำเนินการทำคำชี้ขาด ซึ่งในเรื่องนี้ไม่ว่ากฎหมายของต่างประเทศหรือของไทยก็ได้ถือหลักอย่างเดียวกันว่า ในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้กระทำโดยเสียงข้างมาก กล่าวคือ

ประเทศสหรัฐอเมริกา ; ในการทำคำชี้ขาดนั้นถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน จะต้องทำคำชี้ขาดตามเสียงข้างมาก คำชี้ขาดนั้นต้องแน่นอน ถึงที่สุด และทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ แต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด และในทางปฏิบัติก็ไม่นิยมระบุเหตุผลในคำชี้ขาดเลย ⁶⁵

⁶⁵ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดี Bernhardt V. Polygraphic Company (1956), (350 U.S.198) ว่าอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด แต่ประการใด รายละเอียดดู Howard M. Holtzman, United States, p. 132.

ประเทศฝรั่งเศส ; คำชี้ขาด ในการทำคำชี้ขาดนั้นถ้ามีอนุญาโตตุลาการหลายคน อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดโดยคะแนนเสียงข้างมาก คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคน ถ้าอนุญาโตตุลาการบางคนไม่ยอมลงลายมือชื่อ อนุญาโตตุลาการคนอื่นจะต้องเขียนหมายเหตุลงในคำชี้ขาด มิฉะนั้น คำชี้ขาดจะไม่สมบูรณ์ ตามปกติคำชี้ขาดจะต้องมีรูปแบบและลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันที่อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องทำคำชี้ขาดแบบเดียวกับคำพิพากษาของศาล แม้แต่ในกรณีที่มีการตกลงกันดังกล่าว อนุญาโตตุลาการก็ต้องระบุข้อกล่าวหาและข้อโต้แย้งของคู่กรณี คำชี้ขาดและเหตุผลแห่งคำชี้ขาด 66

ประเทศอิตาลี ; ในการทำคำชี้ขาดนั้นถ้ามีอนุญาโตตุลาการหลายคน จะต้องทำคำชี้ขาดต่อหน้าอนุญาโตตุลาการทุกคน และต้องตัดสินโดยคะแนนเสียงข้างมาก คำชี้ขาดนั้นต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องลงลายมือชื่อของตนในประเทศอิตาลี และระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดนั้นด้วย 67

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ; คำชี้ขาดจะกระทำหลังจากที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด ในการทำคำชี้ขาดถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดโดยคะแนนเสียงข้างมาก เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดเป็นอย่างอื่น เช่น ต้องชี้ขาดโดยคะแนนเสียงเอกฉันท์ ถ้ามีจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่และคะแนนเสียงในการชี้ขาดเท่ากันต้องตั้งประธานขึ้นชี้ขาด (มาตรา 11

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁶ Peter B. Herzog, Civil Procedure in France, p. 528

⁶⁷ International Chamber of Commerce, Commercial Arbitration and the Law : Italy, p. 4.

วรรค 4 และมาตรา 31 แห่งข้อตกลง มาตรา 242 วรรค 3 และมาตรา 252 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งธุรกิจ) ในการชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินชี้ขาดตามหลักกฎหมาย เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้ที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยหลักความเป็นธรรม 68

สำหรับกรณีของประเทศไทย การทำคำชี้ขาดเป็นไปตามมาตรา 21 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ว่า "คำชี้ขาดจะต้องทำให้เสร็จภายในกำหนดเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันตั้งอนุญาโตตุลาการคนสุดท้ายหรือผู้ชี้ขาดโดยชอบ เว้นแต่คู่กรณีได้ตกลงกำหนดเวลาไว้เป็นอย่างอื่น" จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการชี้ขาดภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือภายในระยะเวลาที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ และหลักเกณฑ์ในการทำการชี้ขาดนี้เป็นไปตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ "คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ อนุญาโตตุลาการตกลงร่วมกันตั้งบุคคลหนึ่งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาดในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถตั้งผู้ชี้ขาดได้ อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งหรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจที่มีคำสั่งตั้งผู้ชี้ขาด และให้ตามมาตรา 14 และมาตรา 15 ซึ่งเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการมาซึ่งบังคับแก่ผู้ชี้ขาดโดยอนุกรม"

อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากในการทำการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องอยู่ต่อบังคับในกรณีดังกล่าวแล้ว ยังต้องอยู่ต่อบังคับของมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ด้วย กล่าวคือ "คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี โดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือคำบ่วยการอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด ตามมาตรา 27 หรือเป็นการชี้ขาดให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันระหว่างคู่กรณี"

68 Istvan Szasy, International Civil Procedure : A Comparative study, p. 606.

จากบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะ เช่นเดียวกับการทำคำชี้ขาดของศาล กล่าวคือ ห้ามมิให้ทำคำชี้ขาดเกินกว่าคำขอของคู่กรณี

4.4.2 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำการชี้ขาดและแจ้งให้คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายทราบแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด กล่าวคือ ชำระหนี้ซึ่งอาจเป็นการกระทำ งดเว้นกระทำ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในคำชี้ขาด ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อดำเนินการตามที่กฎหมายแต่ละประเทศบัญญัติไว้ กล่าวคือ

ประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดว่า

คำชี้ขาดนั้นจะมีผลบังคับต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่อเมื่อนำคำชี้ขาดนั้นไปเสนอต่อศาล เพื่อให้พิพากษาตามคำชี้ขาดและศาลได้พิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น (มาตรา 26) คู่กรณีฝ่ายใดไม่พอใจคำชี้ขาดมีสิทธิคัดค้านคำชี้ขาดได้โดยอาศัยเหตุต่าง ๆ กันคือ คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ เพราะไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ในสัญญาว่าด้วยความสมบูรณ์ของคำชี้ขาด มีความผิดพลาดในปัญหาข้อกฎหมาย หรือปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏชัดในคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ (misconduct) พบพยานหลักฐานเพิ่มเติมที่ไม่อาจพบได้ก่อนมีคำชี้ขาดและเป็นเรื่องที่สำคัญในประเด็นพิพาท และคำชี้ขาดนั้นได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้อง เช่น นี้อล ช่มชู้ หรือโดยการกระทำที่ไม่ถูกต้องของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 23)

ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้อง ก็ให้ยกคำร้องหรือคำฟ้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องแต่อาจแก้ไขได้ ให้ศาลส่งคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขเสียใหม่ให้ถูกต้องก่อนที่ศาลจะพิพากษาไปตามคำชี้ขาดนั้น

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมถึงที่สุด คู่กรณีฝ่ายใดจะอุทธรณ์มิได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือได้รับอนุญาตจากศาล ศาลจะอนุญาตให้คู่กรณีอุทธรณ์คำชี้ขาดในกรณีซึ่งเป็นเรื่องปัญหาข้อกฎหมายที่จะ เปลี่ยนสิทธิที่สำคัญของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่าย

หนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย และศาลอาจกำหนดให้ผู้อุทธรณ์จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหาประกันการชำระหนี้มาห้ 69

ประเทศฝรั่งเศส : การบังคับตามคำสั่งชำระเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1806 ซึ่งกำหนดว่า เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการชำระคำสั่งชำระเสร็จแล้ว อนุญาโตตุลาการควรจะนำคำสั่งชำระไปให้ศาลพิพากษาตามคำสั่งชำระนั้นภายในสามวันนับแต่ทำการชำระเสร็จ (มาตรา 1020) แต่การที่อนุญาโตตุลาการยื่นคำสั่งชำระต่อศาลภายหลังระยะเวลาดังกล่าวก็มีไว้เป็นเรื่องเสียหายหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อการบังคับตามคำสั่งชำระ เพราะตามปกติคำสั่งชำระนั้นมีผลสมบูรณ์บังคับได้ทันทีถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งชำระ อนึ่ง ศาลจะต้องพิพากษาตามคำสั่งชำระ เว้นแต่คำสั่งชำระนั้นเห็นได้ชัดว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุอื่น ๆ (มาตรา 1021)

คู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำพิพากษาตามคำสั่งชำระของอนุญาโตตุลาการ อาจคัดค้านคำพิพากษาได้ 3 ประการ คือ ฟ้องคดีขอให้ศาลยกเลิกคำพิพากษา ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาตามคำสั่งชำระภายในหนึ่งเดือนต่อศาลแพ่งหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่ความสำคัญของเรื่อง หรือต่ออนุญาโตตุลาการถ้าสัญญาระบุไว้เช่นนั้น และฟ้องคดีเพื่อให้ศาลทบทวนคำพิพากษาตามคำสั่งชำระใหม่ แต่ทั้งนี้คู่กรณีอาจสละสิทธิที่จะอุทธรณ์คำสั่งชำระของอนุญาโตตุลาการ หรือสิทธิที่จะขอให้ศาลทบทวนคำสั่งชำระดังกล่าวได้ เว้นแต่มีปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่สำหรับการฟ้องขอให้ยกเลิกคำพิพากษาตามคำสั่งชำระนั้น คู่กรณีจะสละสิทธิมิได้

เหตุผลที่คู่กรณีอาจนำใบอ้างในการคัดค้านคำสั่งชำระ สำหรับการยกเลิกคำสั่งชำระมีเหตุต่าง ๆ ได้แก่ คำสั่งชำระที่ขึ้นทั้งที่ไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์และใช้บังคับได้ อนุญาโตตุลาการทำการฝ่าฝืนระเบียบวิธีพิจารณาที่ระบุไว้ในสัญญา คำสั่งชำระที่ขึ้นภายหลังกำหนดระยะเวลาให้ทำการชำระสิ้นสุดลงแล้ว อนุญาโตตุลาการบางคนไม่ยอมลงลายมือชื่อในคำสั่งชำระและไม่มีการจดแจ้งเหตุที่ไม่ลงลายมือชื่อในคำสั่งชำระนั้น ประธานอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับคำสั่งชำระของอนุญาโตตุลาการคนใดเลย และคำสั่งชำระนั้นตัดสินเกินกว่าที่ระบุไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 1028)

69 Enid A. Marshall, The Arbitration Act 1979, p. 242.

สำหรับการอุทธรณ์และการฟ้องขอให้ทบทวนคำพิพากษาใหม่นั้น คู่กรณีอาจอ้างเหตุใด ๆ ก็ได้ และเหตุเหล่านั้นอาจเป็นเหตุหนึ่งเหตุใดที่คู่กรณีมีสิทธิขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดก็ได้ 70 ประเทศอิตาลี ; ในการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นกฎหมายได้กำหนดไว้ว่า ภายในห้าวัน นับแต่ทำคำชี้ขาดเสร็จ คู่กรณีต้องนำเสนอคำชี้ขาดนั้นพร้อมกับสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจ ซึ่งได้แก่ ศาลที่มีเขตอำนาจในเขตที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลจะต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดนั้นได้เสนอภายในกำหนดเวลาและถูกต้องตามที่ระบุไว้ในกฎหมายหรือไม่ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นถูกต้องให้ศาลออกคำสั่ง (Decreto di esecutoriet) ซึ่งมีผลเท่ากับคำชี้ขาดนั้นมีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษา (sentenza) เหมือนกับคดีอื่น ๆ และคำชี้ขาดนั้นเรียกว่าคำพิพากษตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (sentenza arbitrale) ถ้าศาลตัดสินว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบกพร่อง คู่กรณีอาจยื่นคำร้องต่อผู้พิพากษาหัวหน้าศาลขอให้สั่งยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ (มาตรา 825) 71

ประเทศญี่ปุ่น ; การบังคับการชี้ขาดเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1890 กล่าวคือ ถึงแม้คำชี้ขาดจะมีผลผูกพันและแน่นอนระหว่างคู่กรณีก็ตาม แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับตามคำชี้ขาดเองไม่ได้ คู่กรณีจะต้องร้องขอต่อศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจ ให้พิพากษตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสียก่อน (มาตรา 800 และมาตรา 802) 72

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

70 Peter E. Herzog, Civil Procedure in France, pp. 523-533.

71 Maug Cappelletti and Joseph M. Perillo, Civil Procedure, p. 364.

72 International Chamber of Commerce. Commercial arbitration and the Law : Japan, pp. 4-5.

สำหรับประเทศไทยการบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลในคดีแพ่งโดยทั่วไปเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำสั่งชี้ขาดเสร็จแล้ว มาตรา 21 วรรคสี่ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดส่งสำเนาคำสั่งชี้ขาดไปยังคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกคน ซึ่งผลการดำเนินการในกรณีดังกล่าวทำให้คำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถแยกพิจารณาออกได้ 2 กรณี คือ

ก. ภายใต้บังคับของมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งชี้ขาดห้ามมิให้บังคับตามคำสั่งชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำสั่งชี้ขาดนั้น คำร้องขอนี้ให้ยื่นภายในกำหนดเวลาหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำสั่งชี้ขาดถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่แล้ว

เมื่อศาลได้รับคำร้องขอตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รีบทำการสอบสวนและมีคำพิพากษาโดยด่วน ทั้งนี้ ต้องให้คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับมีโอกาสคัดค้านก่อน จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่าการขอบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะกระทำก็ต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งชี้ขาด ในกรณีเช่นนี้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาตามคำสั่งชี้ขาดนั้น ซึ่งก็จะทำให้หนี้ตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นกลายเป็นหนี้ตามคำพิพากษา หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ก็จะต้องทำการบังคับคดีตามกระบวนการในการบังคับคดีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งต่อไป ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ถือว่าคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ผูกพันคู่กรณีแล้วนับแต่ที่ศาลได้มีคำพิพากษาตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ข. ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

กรณีดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ว่าเมื่อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทได้ทำขึ้นมีข้อความแห่งสัญญาระบุว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผูกพันคู่กรณีเมื่อใดก็ให้เป็นไปตามสัญญาที่ใดระบุไว้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการบังคับตามคำสั่งขาดของอนุญาโตตุลาการ หากศาลเห็นว่า คำสั่งขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำสั่งขาดที่เกิดจากการกระทำ หรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมีคำอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 24 ก็ได้อำนาจศาลมีอำนาจคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำสั่งขาดนั้น ซึ่งผลของคำสั่งของศาลนี้จะทำให้คำสั่งขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้บังคับได้ และจากกรณีดังกล่าวนี้เองจะเห็นว่าเมื่อพิจารณาตามทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) แล้ว จะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา เป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน แต่ขณะเดียวกันหากมองอนุญาโตตุลาการตามลักษณะของกฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือกฎหมายมหาชนซึ่งเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความ ในเรื่องการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมเป็นเรื่องที่กฎหมายของรัฐได้มอบอำนาจให้เอกชนไปดำเนินการชี้ขาดตัดสิน ส่วนการบังคับตามคำสั่งขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของรัฐ จึงเป็นไปตามทฤษฎีที่ว่า การชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory) กล่าวคือ รัฐจะมอบอำนาจให้เอกชนไปดำเนินการชี้ขาดได้มากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในที่ได้กำหนดไว้ จึงกล่าวได้โดยสรุปจากลักษณะของอนุญาโตตุลาการว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาและกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทในขณะเดียวกัน ดังนั้น หากจะพิจารณาลักษณะของอนุญาโตตุลาการตามความคิดทางทฤษฎีแล้ว อนุญาโตตุลาการมีแนวความคิดของทฤษฎีสัญญาและทฤษฎีการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐอยู่ในตัวของมันเอง กล่าวคือ เป็นไปตามแนวความคิดของทฤษฎีผสม (Mixed Theory) นั่นเอง ซึ่งในเรื่องนี้หากจะพิจารณาว่ากฎหมายของแต่ละประเทศจะมีความโน้มเอียงไปทางทฤษฎีใดย่อมพิจารณาจากบทบาทของอนุญาโตตุลาการว่ามีมากน้อยเพียงใด กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการมีบทบาทมากโดยศาลไปยุ่งเกี่ยวหรือควบคุมอนุญาโตตุลาการน้อย ย่อมแสดงว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นยึดถือตามแนวทฤษฎีสัญญา แต่ในทางตรงข้าม หากว่าศาลควบคุมอนุญาโตตุลาการมาก ย่อมแสดงว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นยึดถือตามแนวทฤษฎีการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งหากประเทศใดให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทพอสมควร และในขณะเดียวกันศาลก็ควบคุมอนุญาโตตุลาการพอสมควร แสดงว่ากฎหมายของประเทศนั้นยึดถือตามแนวความคิดของทฤษฎีผสม