

บทที่ 5

ปัญหาการใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ในทางการค้าระหว่างประเทศในประเทศไทย

นับแต่การบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เป็นต้นมา การอนุญาโตตุลาการนอกศาลในประเทศไทยก็ได้มีแนวทางทางกฎหมายรองรับที่ชัดเจนขึ้นในการ กำหนดขอบเขตและการบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ จากเดิมที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2479 ในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเพียงมาตราเดียว อย่างไรก็ตาม อดี พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ยังมีส่วนที่บกพร่องในการบังคับใช้เพื่อระงับข้อ พิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้แสดงรายละเอียดแจกแจงในประเด็น เกี่ยวกับปัญหาการใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศในประเทศไทย โดยวิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต้นแบบ ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศถึงปัญหาและข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ ดังนี้

1.) ประเด็นเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีได้กำหนดจำนวน อนุญาโตตุลาการไว้แต่ไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการไม่ได้มีบทบัญญัติในการบังคับใช้กับกรณีดังกล่าว ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะทำให้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่อาจดำเนินต่อไปได้

2.) ในกรณีที่มีการถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือการ คัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดชัดเจนให้บุคคลใดมีอำนาจพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ในส่วนการคัดค้านในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการได้กำหนดให้ศาลเป็นผู้ตัดสิน ซึ่ง ควรหรือไม่ที่จะให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินปัญหาดังกล่าวได้

3.) ประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาเริ่มต้นแห่งคดีของกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งพระ ราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีใดที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันจะถือว่าทำให้อายุความสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14 ซึ่งเมื่อไม่อาจทราบถึงจุดที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงจึงทำให้มี ปัญหาในการนับอายุความแห่งคดี ตลอดถึงการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติให้ผลของการไม่ยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการภายในข้อจำกัดระยะเวลาที่ตกลงไว้ไม่ เป็นการตัดสิทธิคู่กรณีในการเสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลได้อีก ซึ่งถือได้หรือไม่ว่า บทบัญญัติของ กฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่กรณี ตามสัญญา อนุญาโตตุลาการ และถ้าหากกำหนดให้การไม่ยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการภายในข้อจำกัด ระยะเวลาที่กำหนดไว้มีผลเป็นการระงับสิทธิของคู่กรณีและห้ามยื่นฟ้องต่อศาลอีกจะทำได้หรือไม่ โดยพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการยื่นอายุความ

4.) ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการ พิจารณาตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากคู่กรณีจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลา การสามารถตัดสินชี้ขาดโดยใช้หลักความยุติธรรมเป็นพื้นฐาน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามบท บัญญัติของกฎหมายโดยเคร่งครัด จะทำได้หรือไม่ อย่างไร

5.) แบบของคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตามพระราช บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 กำหนดให้คำชี้ขาดต้องมีการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณีและระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาดด้วย ซึ่งในกรณีที่เป็นการชี้ขาดที่เกิดจากเสียง ข้างมากจะต้องมีลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการครบทุกคนที่ร่วมพิจารณาหรือไม่ และกรณีที่เป็นการ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จะต้องมีการระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาด หรือไม่

6.) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับการ ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคู่กรณีและกรณีที่ศาลสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด แต่ไม่ได้ บัญญัติถึงข้อกำหนดกรณีที่คู่กรณีจะร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งจะเป็นการทำให้คำชี้ขาด ไม่มีผลบังคับได้ต่อไปและไม่อาจร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ในประเทศอื่นๆ อันเป็นหลัก การที่ช่วยให้คู่กรณีไม่จำเป็นต้องไปพิสูจน์ถึงความไม่สมบูรณ์ของคำชี้ขาดในศาลประเทศต่างๆ ที่คู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

7.) การร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนต่อศาลไทยทั้งในกรณีที่เป็นการชี้ขาด ในประเทศและคำชี้ขาดต่างประเทศ จะทำได้หรือไม่ โดยอาจเป็นการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด เพียงบางส่วนของคำชี้ขาดที่สมบูรณ์ทุกประการ หรือการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนใน

คำชี้ขาดที่มีคำวินิจฉัยส่วนที่เกินขอบเขตแห่งข้อตกลงซึ่งสามารถแยกแยกออกได้จากส่วนที่อยู่ภายในข้อตกลงสัญญาอนุญาตตุลาการ

8.) ปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ตั้งแต่ปัญหาการจำกัดความคำว่า “อนุญาตตุลาการต่างประเทศ” ซึ่งไม่สอดคล้องกับความหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ กรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญา และการกำหนดข้อจำกัดในการบังคับตามคำชี้ขาดในเรื่อง “หลักด้อยที่ด้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ” โดยที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาโดยไม่ได้มีการตั้งข้อสงวนดังกล่าวไว้ ซึ่งทำให้มีผลต่อความน่าเชื่อถือของกฎหมายไทยในทางการระหว่างประเทศ และกรณีคำชี้ขาดไม่ได้วินิจฉัยประเด็นครบทุกประเด็นของข้อพิพาทที่เสนอเพื่อการอนุญาตตุลาการ จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นในประเทศไทยได้หรือไม่

9.) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับร่างของรัฐบาลที่เสนอรัฐสภา) และร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับร่าง 4 ธันวาคม 2539) ต่อกรณีข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการจากข้อสัญญาทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศและสัญญาทางปกครอง ว่าข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลใด

10.) การพิจารณาแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการทางการค้าในประเทศและระหว่างประเทศ ว่าควรปรับปรุงโดยร่างเป็นกฎหมายสองฉบับแยกออกจากกันระหว่างกฎหมายอนุญาตตุลาการในประเทศฉบับหนึ่ง และกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งหรือไม่ อย่างไร

1.วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็โดยการตกลงกันของคู่กรณี โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ ให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกอีกหนึ่งคนร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย”

ปัญหา คือ ในกรณีที่คู่กรณีตกลงเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาแต่ไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ เช่น คู่กรณีกำหนดให้ใช้อุญาโตตุลาการสามคนและไม่ได้ตกลงวิธีการแต่งตั้งไว้ คู่กรณีที่ต้องการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการต่อไปจะไม่สามารถนำบทบัญญัติที่กำหนดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาใช้บังคับได้โดยตรง

โดยหลักแล้วการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงจำนวนอนุญาโตตุลาการและวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงขนาดของประเด็นข้อพิพาท ซึ่งหากข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้วการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการและคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการจะมีความเหมาะสมกับข้อพิพาทมากที่สุด แต่หากเป็นการตกลงกันไว้ล่วงหน้าในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ข้อพิพาทยังไม่ได้เกิดขึ้นจะต้องกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้าโดยการคาดคะเนเหตุที่จะก่อให้เกิดข้อพิพาทได้ตามสัญญา ซึ่งการวิเคราะห์ปัญหาวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงเกี่ยวข้องกับเรื่องของจำนวนอนุญาโตตุลาการด้วย

1.1 จำนวนอนุญาโตตุลาการ

1.อนุญาโตตุลาการคนเดียว

การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวมีข้อดีคือ การนัดหมายประชุมหรือพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการสะดวกและง่าย และทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งมีภาระค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวและทำให้การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้รวดเร็วขึ้นเพราะไม่ต้องรอฟังการพิจารณาจากอนุญาโตตุลาการอื่นอีก

แต่การอนุญาโตตุลาการที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวก็มีข้อเสีย คือ หากคู่กรณีไม่สามารถตกลงร่วมกันในการเลือกบุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการได้ต้องให้บุคคลภายนอก เช่น ศาลหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางในการเลือกอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจจะทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมกับประเด็นข้อพิพาท เนื่องจากบุคคลภายนอกผู้ทำการเลือกอนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจทราบหรือเข้าใจปัญหาได้ดีเท่ากับคู่กรณี

ใน ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Arbitration Rules ซึ่ง ICC ย่อมาจาก International Chamber of Commerce) ข้อ 2.5 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535 ข:235)กำหนดไว้ว่าในกรณีคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้เกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งคนเว้นแต่ข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน

2.อนุญาโตตุลาการสองคน

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวนสองคนอาจมีขึ้นได้ในบางสัญญา แต่จะมีข้อบกพร่อง คือ บางครั้งไม่อาจหาข้อยุติการพิจารณาคัดสินของอนุญาโตตุลาการทั้งสองได้ หากอนุญาโตตุลาการมีความเห็นไม่ตรงกันซึ่งทำให้ต้องมีการแต่งตั้งผู้ชี้ขาดที่เป็นบุคคลภายนอกเข้ามาทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทและก่อให้เกิดความล่าช้าและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นหากมีการพิจารณาเริ่มต้นใหม่หมดหรือถ้าหากไม่มีการพิจารณาเริ่มต้นใหม่ก็อาจเกิดคำชี้ขาดที่ไม่ได้มาจากพยานหลักฐานหรือการพิจารณาที่เพียงพอ เนื่องจากผู้ชี้ขาดที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาภายหลังไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาตั้งแต่ต้น แต่ทั้งหมดนี้อาจมีการแก้ไขได้หากการพิจารณาฟังพยานทุกครั้งได้มีการบันทึกเทปหรือจดสำนวนคำพยานไว้ทุกครั้ง

3.อนุญาโตตุลาการสามคน

การกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้สามคนเป็นกรณีที่จะได้อนุญาโตตุลาการที่เป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากที่สุด โดยส่วนใหญ่แล้วมักกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนฝ่ายละหนึ่งคน จากนั้นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจึงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม

ข้อเสียของอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนสามคนคือ จะทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นกว่าการอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการคนเดียวและระยะเวลาการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทยาวนานขึ้นจากการที่ต้องนัดหมายคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาพยานหลักฐานและการหาข้อยุติในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท อย่างไรก็ตามเนื่องจากข้อดีของการ

อนุญาโตตุลาการสามคนที่ทำให้ได้อนุญาโตตุลาการซึ่งมาจากการแต่งตั้งของกลุ่มเองทำให้อนุญาโตตุลาการเข้าใจข้อพิพาทหรือวัฒนธรรมของกลุ่ม ภาษาและระบบกฎหมายที่ใกล้ชิดกับกลุ่มคืออันก่อให้เกิดความเข้าใจในการติดต่อสื่อสารและพิจารณาตัดสินได้ดี ซึ่งแม้จะเกิดกรณีที่กลุ่มหรืออนุญาโตตุลาการที่กลุ่มแต่งตั้งไม่อาจตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ ซึ่งต้องให้บุคคลภายนอกทำหน้าที่เลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามแทน แต่อย่างไรก็ตามองค์คณะของอนุญาโตตุลาการซึ่งอนุญาโตตุลาการสองในสามที่เกิดจากการแต่งตั้งของกลุ่มก็จะมีผลในปัญหามากกว่ากรณีที่อนุญาโตตุลาการคนเดียวซึ่งเกิดจากการแต่งตั้งของบุคคลภายนอก คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามคนจึงได้รับการยอมรับจากกลุ่มมากที่สุด

จากการเป็นที่ยอมรับดังกล่าว คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติจึงได้ร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ไว้ในมาตรา 10 ไว้ว่า คู่สัญญาที่มีอำนาจในการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ แต่หากกลุ่มไม่ได้กำหนดไว้ก็ให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคน ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการปี ค.ศ.1976 ของ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 5 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข : 170) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “หากกลุ่มไม่ได้มีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ล่วงหน้า หรือถ้าหากกลุ่มไม่อาจตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวภายใน 15 วันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งจาก Respondent ก็ให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน” ซึ่งการกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คนเพื่อประโยชน์ในการแก้ปัญหาการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการในกรณีที่กลุ่มตกลงเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการไม่ได้ หรือในกรณีที่กลุ่มไม่อาจตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวได้ซึ่งจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการหยุดชะงักหรือไม่อาจดำเนินต่อไปได้ ซึ่งในข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อ 6.2 และ 7.2 จะกำหนดให้มีคณะผู้ทำการแต่งตั้ง (Appointing Authority) ขึ้นเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามจำนวนที่กำหนดไว้หรือถ้าไม่ได้กำหนดไว้ก็คือ จำนวน 3 คน

4. อนุญาโตตุลาการมากกว่าสามคน

คณะอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนมากกว่าสามคนมักไม่เป็นที่นิยมหรือยอมรับกันนัก เนื่องจากก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นและเกิดความล่าช้าเพิ่มมากขึ้นจากคณะอนุญาโตตุลาการที่ใหญ่เกินความจำเป็น

การอนุญาโตตุลาการที่มีคณะอนุญาโตตุลาการจำนวนเกินกว่าสามคนขึ้นไปมักใช้ในกรณีที่ข้อพิพาทในทางการเมืองระหว่างประเทศซึ่งมีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กลุ่มจึงอาจจำเป็นต้องนำผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ที่เป็นที่ยอมรับของประเทศคู่

กรณีหรือตัวแทนจากประเทศที่สามเข้าร่วมในการพิจารณา (Redfern and Hunter, 1991 : 16) แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นการข้อพิพาททางการค้าระหว่างคู่กรณีที่มีมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนจึงจำเป็นต้องให้โอกาสคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน

1.2 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

คณะอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 11 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้...” และในวรรคสองของมาตราดังกล่าวกำหนดว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคนร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสัญญาอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 คู่กรณีจะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้เท่าใดก็ได้และหากไม่ได้มีการกำหนดกันไว้ กฎหมายก็ให้ถือว่าจำนวน 3 คนซึ่งเป็นการอุดช่องว่างของสัญญาได้

ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักการของบทบัญญัติร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับร่าง 4 ธันวาคม 2539) ซึ่งกำหนดเป็นการบังคับให้อนุญาโตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคี่ โดยกำหนดเกี่ยวกับกรณีหากคู่สัญญากำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ก็ให้ร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอีกหนึ่งคนเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539 ฅ “ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ...ฉบับร่าง 4 ธันวาคม 2539”) ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ วิธีการตั้งประธานอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง (2)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว”

การกำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมายบังคับให้อนุญาตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคี่ นั้น เป็นหลักการที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของคู่กรณีที่ควรจะมีสิทธิในการกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการในข้อตกลงแห่งสัญญาได้ ซึ่งในความเห็นนี้ได้ปรากฏในข้อเสนอแนะของ Dr. Herrmann ซึ่งแสดงความเห็นไว้ว่า กฎหมายไม่ควรจำกัดเสรีภาพของคู่กรณีในการกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการตามที่ตนต้องการ (สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, “ความเห็นต่อข้อเสนอแนะของ Dr.Herrmann”) โดยเฉพาะได้มีความคิดเห็นเพิ่มเติมโดยคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ ไว้ว่า กรณีที่เป็นการอนุญาตตุลาการระดับระหว่างประเทศว่าไม่มีเหตุผลที่จะพยายามปกป้องคู่สัญญาจากการตัดสินใจที่ไม่ฉลาด เพราะโดยมากคู่สัญญาในระดับระหว่างประเทศจะมีความเชี่ยวชาญพอที่จะรู้ว่ามิผลอย่างไร กฎหมายจึงไม่ควรจะไปขัดขวางหรือกำหนดให้เป็นไปตามที่กฎหมายต้องการ (สำนักงานอนุญาตตุลาการ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, “ความเห็นต่อข้อเสนอแนะของ Dr.Herrmann” : 11) และเมื่อกฎหมายกำหนดให้ต้องแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคน ในกรณีที่คู่สัญญากำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ซึ่งถ้าคู่กรณีได้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายโดยดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการด้วยคณะอนุญาตตุลาการที่มีจำนวนเป็นเลขคู่ตามข้อตกลงของสัญญา และเกิดคำชี้ขาดขึ้น คำชี้ขาดดังกล่าวนี้จะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงไร

เมื่อพิจารณาถึงสัญญาอนุญาตตุลาการที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ในกรณีดังกล่าวข้อตกลงกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ย่อมไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่จะมีผลให้สัญญาเป็นโมฆะได้ สัญญาอนุญาตตุลาการจึงมีผลสมบูรณ์

แต่การไม่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนนั้นจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นกรณีที่องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้ ดังที่บทบัญญัติในการคัดค้านคำชี้ขาดในร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ ได้กำหนดถึงเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ หากองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงไว้ หรือ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 38(5) แห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ)

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากการไม่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มตามกฎหมายกำหนดอาจเป็นการทำให้องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่บังคับใช้กับการอนุญาตตุลาการ และทำให้สามารถร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ (มาตรา 38(5) แม้ว่าองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการจะเป็นไปตามข้อ

ตกลงของคู่กรณีก็ตาม แต่โดยเจตนารมณ์ของบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาด โดยเหตุที่องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ก็เพื่อบังคับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ จึงให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด และหากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจึงให้เพิกถอนคำชี้ขาดด้วยเหตุที่ไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายได้ แต่กลับกันหากกฎหมายกำหนดเป็นการบังคับเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการซึ่งแม้คู่กรณีจะได้มีการตกลงกันไว้แล้วก็ตาม ก็จะทำให้บทบัญญัติของกฎหมายในเหตุเพิกถอนกรณีองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่สอดคล้องกับเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดอันเนื่องมาจากองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี

นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งกำหนดเป็นการบังคับเกี่ยวกับจำนวนอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังก่อให้เกิดความขัดกันต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านคำชี้ขาดในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ โดยบทบัญญัติในส่วนว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้กำหนดถึงกรณีที่ศาลจะไม่รับบังคับให้ตามคำชี้ขาด หากผู้ที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่าองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ (มาตรา 40(5) ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ) หรือไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายจะทำให้คำชี้ขาดที่เกิดจากการที่คู่กรณีกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่และไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกคนหนึ่งตามข้อกำหนดของกฎหมายอาจร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้โดยเหตุที่องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ในขณะที่เดียวกันคำชี้ขาดนั้นไม่อาจร้องขอให้ศาลปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นจากเหตุที่คำชี้ขาดเกิดขึ้นจากองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงได้

ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้มีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นการบังคับเกี่ยวกับจำนวนขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่สัญญาได้มีข้อตกลงดังกล่าวไว้แล้ว

1.3 วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปมีวิธีการ ดังนี้

1. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณี

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีเป็นวิธีการแต่งตั้งที่ได้รับการยอมรับมากวิธีหนึ่ง โดยกำหนดไว้ในสัญญาให้คู่กรณีเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยตนเองซึ่งคู่กรณีควรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยตนเองมากกว่าที่จะให้บุคคลภายนอกเป็นผู้แต่งตั้งแทน เนื่องจากคู่กรณีเป็นผู้ที่เข้าใจปัญหาข้อพิพาทได้ดีที่สุดซึ่งจะทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมกับข้อพิพาทมากที่สุด

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีอนุญาโตตุลาการคนเดียวต้องได้รับการยอมรับจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือในกรณีของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งก็ต้องได้รับการยอมรับจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่คัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่อีกฝ่ายหนึ่งแต่งตั้งนั้น นอกจากนี้การแต่งตั้งให้บุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ถูกแต่งตั้งด้วย

2. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสมาคมการค้า

ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดไว้หรือคู่กรณีกำหนดในภายหลังให้สมาคมการค้าที่คู่กรณีเกี่ยวข้องหรือเห็นสมควรเป็นผู้เลือกหรือแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่กรณี ซึ่งวิธีการนี้มีข้อดี คือ จะทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่มีความชำนาญและประสบการณ์ในธุรกิจเฉพาะอย่าง แต่วิธีนี้ก็มักมีข้อบกพร่อง เนื่องจากบางครั้งสมาคมการค้าซึ่งเป็นบุคคลภายนอกย่อมไม่อาจเข้าใจปัญหาข้อพิพาทได้ดีเท่าคู่กรณีซึ่งมีผลในการเลือกอนุญาโตตุลาการ หรือสมาคมการค้าบางแห่งที่เลือกอนุญาโตตุลาการเฉพาะที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสมาคมจึงอาจทำให้ขาดแคลนอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมกับข้อพิพาท

อนุญาโตตุลาการที่มาจากสมาคมการค้ามักทำหน้าที่ในการเป็นอนุญาโตตุลาการโดยนำประสบการณ์ทางการค้าของตนมาเป็นพื้นฐานในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทด้วย ซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการประเภทนี้บางครั้งอาจขาดความเป็นกลาง (Non-Neutral Arbitrator) โดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งมักทำหน้าที่เสมือนเป็นทนายให้คู่กรณีที่ตั้งตน ดังที่ Per Scrutton L.J. (1930 cited in Redfern and Hunter, 1991 : 199) ได้อธิบายถึงอนุญาโตตุลาการที่มาจากสมาคมการค้าว่า “อนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะใช้พยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายตนยื่นให้ตนเองมาแสดงเช่นในฐานะที่เป็นทนายของคู่กรณีนั้น ซึ่งไม่ใช่ในฐานะอนุญาโตตุลาการและทำให้เป็นการเปล่าประโยชน์ที่จะเรียกอนุญาโตตุลาการว่าผู้ตัดสิน ในเมื่อทำหน้าที่เสมือนทนายผู้เจรจาต่อรองให้ดีที่สุดสำหรับลูกค้านั้น”

3. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการมักมีบทบาทในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีซึ่งกำหนดให้ใช้กฎระเบียบหรือข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้นในการอนุญาโตตุลาการ ไม่ทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นภายในกำหนดระยะเวลาซึ่งสถาบันจะมีอำนาจทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยอำนาจที่มีตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน หรือในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนสามคน คู่กรณีอาจตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการให้สถาบันเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม

ตัวอย่าง ตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Arbitration Rules) ข้อ 2.3 ซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้ข้อพิพาทพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการคนเดียว ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้ารับรอง หากคู่สัญญาไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่หนึ่งสัปดาห์ขอให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (Request for Arbitration) ได้ส่งถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง สถาบันอนุญาโตตุลาการจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเอง”

ข้อ 2.4 ของข้อบังคับข้างต้นบัญญัติว่า “หากข้อพิพาทอ้างถึงอนุญาโตตุลาการสามคน ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนมาในหนังสือร้องขอให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (Request for Arbitration) และหนังสือตอบให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (Answer for Arbitration) เพื่อให้สถาบันอนุญาโตตุลาการรับรอง อนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีความเป็นอิสระจากคู่กรณีที่แต่งตั้งตน หากคู่กรณีใดไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเอง สำหรับอนุญาโตตุลาการคนที่สามซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการจะถูกแต่งตั้งโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่คู่กรณีกำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้แต่งตั้งไว้ทำหน้าที่ร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยมีสถาบันฯเป็นผู้รับรองอนุญาโตตุลาการคนที่สามนั้น หากอนุญาโตตุลาการทั้งสองไม่สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดสถาบันฯจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นเอง”

4. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยระบบรายชื่อ (List System)

“ระบบรายชื่อ” เป็นวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายจัดรายชื่อบุคคลหลายๆคนที่คิดว่ามีคุณสมบัติเหมาะสมในการเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อแลกเปลี่ยนแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจนได้บุคคลที่คู่กรณีได้เสนอชื่อเดียวกัน

อย่างไรก็ดี วิธีการเสนอชื่อบุคคลข้างต้นก่อนข้างจะยากลำบากในการได้มาซึ่งบุคคลที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายประสงค์ตรงกันที่จะแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากไม่ใช่เป็นการง่ายที่รายชื่อบุคคลที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเสนอมายตรงกัน

วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยระบบรายชื่อถูกใช้ในกรณีที่มีคณะกรรมการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (Appointing Authority) ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ตามข้อ 6 และข้อ 7.3 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข : 170-171) กรณีที่คู่กรณีไม่อาจร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งไม่อาจร่วมกันเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ คณะทำการจะจัดส่งรายชื่อบุคคลที่พิจารณาว่าเหมาะสมในการเป็นอนุญาโตตุลาการมายังคู่กรณีทั้งสองฝ่ายซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะส่งคืนรายชื่อข้างต้นโดยตัดรายชื่อบุคคลที่ตนไม่ต้องการให้เป็นอนุญาโตตุลาการและจัดลำดับบุคคลที่ตนต้องการให้เป็นอนุญาโตตุลาการตามลำดับจากบัญชีรายชื่อที่ได้รับนั้นคืนแก่คณะกรรมการแต่งตั้ง ซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งจะเลือกบุคคลตามลำดับรายชื่อที่คู่กรณีได้ส่งมานั้นเป็นอนุญาโตตุลาการ

ดังที่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อ 6.3 กำหนดว่า “เมื่อได้รับคำร้องขอจากคู่กรณี คณะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว ในการแต่งตั้งให้คณะผู้ทำการแต่งตั้งใช้วิธีระบบรายชื่อ เว้นแต่ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันไว้ว่าไม่ให้ใช้วิธีระบบรายชื่อหรือคณะทำการแต่งตั้งพิจารณาเห็นว่าระบบรายชื่อไม่เหมาะสมกับกรณี โดย

(a) เมื่อได้รับคำร้องจากคู่กรณีคณะกรรมการแต่งตั้งจะส่งรายชื่อบุคคลจำนวนอย่างน้อยสามคนให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

(b) ภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่ได้รับบัญชีรายชื่อข้างต้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะส่งคืนบัญชีรายชื่อ โดยการคัดรายชื่อบุคคลที่ตนคัดค้านออกและเหลือเฉพาะรายชื่อบุคคลที่ตนพอใจแก่คณะกรรมการแต่งตั้ง

(c) เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้ข้างต้น คณะผู้ทำการแต่งตั้งจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากชื่อที่ได้รับการยอมรับตามที่คู่กรณีพอใจตามรายชื่อที่ถูกส่งคืนมา

(d)

และข้อ 7.3 ของข้อบังคับดังกล่าวกำหนดถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีไม่อาจตกลงร่วมกันเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ ให้คณะผู้ทำการแต่งตั้งทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม โดยวิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับการแต่งตั้งตามข้อ 6

นอกจากนี้ ข้อบังคับของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association = AAA) ก็ได้นำวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยระบบรายชื่อมาบัญญัติไว้ในข้อ 13

ข้อ 14 และข้อ 15 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข : 200-201) ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไว้ หรือกำหนดไว้แต่คู่กรณีไม่อาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ หรือคู่กรณีไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ภายในกำหนดระยะเวลา หรือกรณีอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีไม่อาจตกลงร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้มาจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (Neutral Arbitrator) ได้ภายในกำหนดระยะเวลา สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ก็จะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวโดยใช้ระบบรายชื่อซึ่งจะคัดเลือกบุคคลที่ได้ขึ้นชื่อไว้กับสมาคมและส่งไปให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายพิจารณาคัดรายชื่อบุคคลที่คู่กรณีไม่ต้องการให้เป็นอนุญาโตตุลาการออกและส่งรายชื่อที่เหลือคืนสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน และสมาคมจะทำการคัดเลือกและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากรายชื่อที่คู่กรณีพอใจ แต่ถ้าหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่พอใจรายชื่อบุคคลทั้งหมดที่สมาคมส่งไปให้ สมาคมก็จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่สมาคมมีรายชื่อในขณะทำงาน โดยไม่จำเป็นต้องส่งรายชื่อใหม่ไปให้คู่กรณีพิจารณาอีก

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยระบบรายชื่อนี้เมื่อเปรียบเทียบกับ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยตรงโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีข้อดีคือ ทำให้ได้อนุญาโตตุลาการที่เป็นที่พอใจและยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วย

5.วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้ง

ในกรณีที่กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ 3 คน โดยทั่วไปแล้วมักกำหนดกันไว้ให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นจึงร่วมกันเลือกและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามซึ่งจะทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดด้วย วิธีการเลือกอนุญาโตตุลาการโดยวิธีนี้เป็นที่ได้รับการยอมรับและนิยมมากวิธีหนึ่ง เนื่องจากคู่กรณีจะได้บุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่ตนต้องการเป็นอนุญาโตตุลาการและมีความมั่นใจและเชื่อมั่นในตัวอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งซึ่งจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามต่อไป

สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้นำวิธีการดังกล่าวนี้ไปใช้ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ Permanent Court of Arbitration ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ซึ่งในข้อบังคับข้อ 7.1 กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการสามคน ให้คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งร่วมกันเลือกอนุญาโตตุลาการคนที่สามให้เป็นผู้ชี้ขาด หรือตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ซึ่งกำหนดในข้อ 2.4 ว่า “หากข้อพิพาทอ้างถึงอนุญาโตตุลาการสามคนให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนมาในหนังสือร้องขอให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (Request for

Arbitration) และหนังสือสนองตอบให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (Answer for Arbitration) เพื่อให้สถาบันอนุญาโตตุลาการรับรอง....” เป็นต้น

อย่างไรก็ดี หากเกิดกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีแต่ละฝ่ายไม่อาจตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ก็จำเป็นที่จะต้องให้สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือศาลเข้ามาทำหน้าที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

6.วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยศาล

มักเกิดขึ้นในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการคนที่สามได้และไม่มีบุคคลหรือคณะทำงานใดที่มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจศาล (คือ ศาลซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้การอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้น ณ ที่แห่งนั้น หรือหากไม่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาก็อาจเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคู่กรณีที่เป็นผู้ถูกกล่าวหาหรือเป็นศาลแห่งประเทศที่คู่สัญญากำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ) และมีอำนาจตามกฎหมายสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอต่อศาลซึ่งไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังเช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1950 ของอังกฤษ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข: 44) ได้นำวิธีการดังกล่าวมากำหนดไว้ในข้อ 10 หรือตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ตามข้อ 11(3) (4) (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข : 99)

ทั้งหมดนี้เป็นวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่สามารถนำมาใช้ในกรณีที่มีการตกลงกันและไม่ได้ตกลงกันไว้ระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยการบังคับใช้ของคู่กรณี สถาบันอนุญาโตตุลาการและศาล เป็นต้น

1.4 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 11 วรรคหนึ่ง “อนุญาโตตุลาการอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ในกรณีที่มิ อนุญาโตตุลาการหลายคนให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน” ซึ่งหากในกรณีที่มิ อนุญาโตตุลาการหลายคนและอนุญาโตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคี่ การจะให้คู่กรณีตั้ง

อนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันอาจไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติ ดังเช่น ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 11 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ ให้คู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกอีกหนึ่งคนร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย” บทบัญญัติได้กำหนดไว้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้จึงให้ใช้วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ฉะนั้น กรณีที่มีการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้หลายคนและคู่กรณีไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้จะไม่สามารถนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาปรับใช้ได้

ในกรณีนี้ หากศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งได้บัญญัติถึงกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในมาตรา 11(3) ไว้ว่า

“(3) ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเป็นอื่น

(ก) หากกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการสามคน ให้คู่สัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งทั้งสองคนร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สาม แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้องขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือถ้าอนุญาโตตุลาการไม่อาจตกลงกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนได้รับการแต่งตั้ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนก็ได้

(ข) หากกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันตั้งอนุญาโตตุลาการได้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยื่นคำร้องขอต่อศาลหรือหน่วยงานที่ระบุไว้ในมาตรา 6 ให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนได้”

วิธีดังกล่าวจะทำให้ข้อตกลงการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการต่อไปได้ แม้ว่าจะเกิดกรณีที่คู่สัญญาไม่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือไม่อาจร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือผู้ชี้ขาดได้โดยการกำหนดให้บุคคลภายนอก คือ ศาลที่มีเขตอำนาจเข้าดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการที่มาจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ

ของ UNCITRAL ข้อ 6.2 และข้อ 7.2 ซึ่งเป็นแนวทางสำหรับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือสามคนหรือกระทั่งสามารถใช้บังคับได้กับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนมากกว่าสามคนขึ้นไป เช่น จำนวน 5 หรือ 7 คน ซึ่งเป็นจำนวนเลขคี่โดยการตีความตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวที่ต้องการให้บังคับใช้ในการแก้ปัญหากรณีที่คู่กรณีไม่อาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันได้ หรือกรณีที่คู่กรณีมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลา อย่างไรก็ตาม ปรากฏอนุญาโตตุลาการที่เกินกว่าสามคนมักไม่เป็นที่นิยมเนื่องจากมีข้อด้อยเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาล่าช้าและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็นดังที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อจำนวนอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ควรจะมีการนำบทบัญญัติตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติดั่งข้างต้นมาปรับปรุงไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เพื่อแก้ไขกรณีที่คู่สัญญาหรืออนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งไม่ได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือไม่อาจร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือคนที่สามได้เพื่อให้สามารถดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ต่อไป

2. ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการทำขึ้นก่อนเกิดข้อพิพาทหรือกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการได้ทำภายหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้ว และคู่กรณีได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเรียบร้อยแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยกเหตุขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้การพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการตามสัญญาไม่อาจดำเนินการได้ต่อไปโดยอาศัยมูลเหตุ คือ

- 1) คัดค้านคุณสมบัติของตัวบุคคลผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ
- 2) อ้างเหตุความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

หากมีการยกเหตุขึ้นอ้างข้างต้น ประเด็นที่ควรแก่การพิจารณา คือ ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์หรือไม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือประเด็นพิจารณาว่ากรณีมีเหตุคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการซึ่ง

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา14 ได้กำหนดให้ศาลทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินปัญหาดังกล่าว หากพิจารณาว่าการกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการตัดสินคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นการให้อำนาจศาลเข้าแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากเกินไปหรือไม่ และควรหรือไม่ที่จะถือว่าข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการควรอยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาตัดสินได้เอง

2.1กรณีมีเหตุคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา14 กำหนดไว้ว่า “เมื่อได้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นแล้ว ห้ามถอดถอนอนุญาโตตุลาการนั้น เว้นแต่คู่กรณีทุกฝ่ายยินยอม

อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยชอบอาจถูกคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการที่ศาลหรือนบุคคลภายนอกเป็นผู้ตั้งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แต่งตั้ง คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านก็ได้ แต่คู่กรณีฝ่ายใดจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งหาได้ไม่ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นจะไม่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้ง

เหตุแห่งการคัดค้านตามวรรคสอง ได้แก่เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป

ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาไว้ดังนี้ คือ

มาตรา 11 “เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคงใดคนหนึ่งในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆหรือเป็นที่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันกันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับในคดีนั้น

(4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว

(5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว

(6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเองหรือภรรยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือภรรยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

(7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง”

ดังนั้นหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกเหตุคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการซึ่งได้บัญญัติให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการว่ามีเหตุตามคำคัดค้านหรือไม่

สิ่งที่น่าศึกษาคือ เป็นการสมควรหรือไม่หากจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาข้อคัดค้านถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้คัดค้านขึ้น เพื่อไม่ให้เกิดการพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องหยุดชะงักหรือล่าช้าจากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการประวิงการพิจารณา โดยในที่นี้จะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ถึงเหตุดังนี้

1. เหตุคัดค้าน

ตามมาตรา 12 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบฯ บัญญัติว่า “อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้าน หากมีข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดเหตุอันควรสงสัยถึงความไม่เป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการไม่มีคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน คู่สัญญาฝ่ายใดอาจคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งหรือร่วมแต่งตั้งได้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญานั้นเพิ่งทราบเหตุแห่งการคัดค้านภายหลังจากที่ได้แต่งตั้งไปแล้ว”

โดยทั่วไปแล้ว อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านโดยอาศัยเหตุที่ว่า มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นกลางหรืออิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 10 ได้กำหนดไว้ว่า

“1.การอนุญาตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรืออิสระของอนุญาตตุลาการ

2.คู่กรณีจะคัดค้านอนุญาตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งได้ เฉพาะกรณีที่คู่กรณีทราบเหตุแห่งการคัดค้านภายหลังการแต่งตั้งแล้ว”

เหตุแห่งการคัดค้านอนุญาตตุลาการข้างต้นมาจากแนวความคิดในคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการว่าจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมเป็นกลางเพื่อก่อให้เกิดการพิจารณาและทำคำตัดสินที่เป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายซึ่งคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการโดยทั่วไปนอกจากต้องเป็นบุคคลที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย คือ เป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย มีความรอบรู้เกี่ยวกับประเด็นที่พิพาท มีประสบการณ์และการฝึกฝนเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ ยังต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้ คือ

ก.) ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดหรือเป็นกลาง คือ ปราศจากอคติต่อทั้งคู่กรณีและประเด็นข้อพิพาท โดยอนุญาตตุลาการจะต้องไม่เข้าข้างฝ่ายใดหรือแสดงความเห็นใจคู่กรณีซึ่งทำให้มีผลต่อการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทได้ แม้โดยทั่วไปแล้วอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีเป็นผู้แต่งตั้งมักจะเห็นใจหรือมีความรู้สึกร่วมกับคู่กรณีที่แต่งตั้งตน แต่ทั้งนี้หลักการอยู่ว่าอนุญาตตุลาการจะต้องไม่นำความเห็นใจนั้นมา มีผลต่อการพิจารณาคัดสินข้อพิพาท

ข) ความเป็นอิสระ จะมีลักษณะเป็นนามธรรมน้อยกว่าความหมายของการไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด โดยความเป็นอิสระหมายถึง การที่อนุญาตตุลาการไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางการเงินกับคู่กรณีอันก่อให้เกิดความกีดกันในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาท ซึ่งความสัมพันธ์ในทางการเงินระหว่างอนุญาตตุลาการกับคู่กรณี ก็เช่น อนุญาตตุลาการเป็นลูกจ้างของคู่กรณีหรือมีความเกี่ยวข้องโดยตรงทางอาชีพกับคู่กรณี (direct professional relationship) ดังที่ Redfern และ Hunter (1991: 222) ได้ให้ความเห็นไว้ว่าเป็นสิ่งซึ่งมีความหมายกว้างมากต้องพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องว่ามีผลต่อการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทหรือไม่ กรณีเช่น หากกำหนดให้ทนายซึ่งเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายของคู่กรณีแม้จะมีใช่ลูกจ้างโดยตรงของคู่กรณีมาเป็นอนุญาตตุลาการก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระขึ้นได้ หรือการกำหนดให้อาจารย์ในสถาบันการศึกษาที่คู่กรณีเคยศึกษาอยู่เป็นอนุญาตตุลาการก็อาจต้องพิจารณาว่าอาจารย์ท่านนั้นมีความเกี่ยวข้องทางวิชาชีพโดยตรงกับคู่กรณีที่แต่งตั้งหรือไม่ เช่นว่านอกจากอาจารย์ท่านนั้นจะสอนหนังสือให้โดยปกติในสถาบันแล้วยังรับสอนพิเศษหรือเป็นที่ปรึกษาอื่นๆ ให้คู่กรณีนั้นหรือไม่ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท เช่นอนุญาโตตุลาการคนที่สาม ได้เป็นที่ยอมรับกันว่าไม่ควรให้มีการแต่งตั้งจากบุคคลที่มีสัญชาติเดียวกับคู่กรณี เว้นแต่กรณีที่คู่กรณีตกลงยินยอมทั้งสองฝ่าย เกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของอนุญาโตตุลาการนี้ได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 11 ในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ว่า กรณีที่ศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการคนที่สามต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้มีสัญชาติต่างจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามจากบุคคลสัญชาติที่ต่างจากคู่กรณี แม้ไม่ใช่การรับประกันได้ว่าอนุญาโตตุลาการจะไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดและเป็นอิสระ แต่อย่างน้อยก็เพื่อแสดงถึงความพยายามในการทำให้อนุญาโตตุลาการปราศจากข้อคัดค้านได้มากที่สุดซึ่งก็เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติในทางการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ โดยหลักแล้วบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการควรตระหนักถึงหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดซึ่งจะทำให้สงสัยได้ถึงความเป็นอิสระและเป็นกลางของตนอันจะทำให้ขาดคุณสมบัติในการเป็นอนุญาโตตุลาการอันอาจถูกคัดค้านได้ และหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้มีอยู่ ตลอดระยะเวลากระบวนการพิจารณาและตัดสินข้อพิพาท แม้ในขณะที่ได้รับการแต่งตั้งจะยังไม่มีเหตุอันทำให้อาจถูกคัดค้านได้ แต่ต่อมาภายหลังในขณะที่พิจารณาได้เกิดเหตุการณ์ใดขึ้นอันอาจก่อให้เกิดการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็ต้องแจ้งข้อเท็จจริงนั้นแก่คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการท่านอื่นที่ร่วมอยู่ในขณะ (ถ้ามี) ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการอาจแถลงข้อเท็จจริงให้คู่สัญญาทราบเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนรับตำแหน่งซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบฯ มาตรา 12(1) ว่า

“เมื่อบุคคลใดได้รับการติดต่อเพื่อแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงใดๆซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยได้ถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของบุคคลนั้น นับแต่เวลาที่ได้รับการแต่งตั้งและตลอดระยะเวลาดำเนินการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นให้แก่คู่สัญญาทราบโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่สัญญาทราบล่วงหน้าแล้ว”

2. วิธีทำคำคัดค้าน

โดยทั่วไป วิธีการทำคำคัดค้านจะกำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการได้ทำการพิจารณาหรือโดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงนำมาใช้

กับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยหากเป็นการทำคำตัดสินโดยวิธีที่กฎหมายกำหนดมักต้องทำ คำตัดสินต่อศาลที่มี ขอบอำนาจและหากเป็นการทำคำตัดสินโดยข้อบังคับของสถาบัน อนุญาโตตุลาการอาจให้ยื่นคำตัดสินโดยตรงต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาก่อน หาก ยังมี ปัญหาจึงยื่นข้อตัดสินนั้นต่อศาลหรืออาจกำหนดให้ยื่นคำตัดสินต่อสถาบัน อนุญาโตตุลาการโดยตรง

ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Arbitration Rules) ข้อ 13 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการ (Court of Arbitration) เป็นผู้พิจารณาตัดสินเกี่ยวกับ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียวและคำตัดสินของศาลอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด

ตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ มาตรา 13 ได้บัญญัติวิธีการคัดค้านไว้ คือ

มาตรา 13 วิธีการคัดค้าน

(1) ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งอนุมาตรา (3) ของมาตรานี้ คู่สัญญามีอำนาจตกลง กำหนดวิธีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

(2) หากมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งประสงค์จะคัดค้าน อนุญาโตตุลาการจะต้องมีหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 15 วัน นับแต่ทราบการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือทราบข้อเท็จจริงใดๆตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12

(2) ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อคัดค้านนั้น เว้นแต่อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน ยอมถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบด้วยกับข้อคัดค้านนั้น

(3) ถ้าการคัดค้านโดยวิธีการตามที่คู่สัญญาตกลงกัน หรือตามวิธีการที่บัญญัติไว้ใน อนุมาตรา (2) ข้างต้นไม่สำเร็จผล คู่สัญญาฝ่ายที่คัดค้านอาจร้องขอต่อศาลตามมาตรา 6 ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยไม่รับคำคัดค้านเพื่อให้ศาลวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น โดย คำพิพากษาของศาลให้เป็นที่ยุติ และในระหว่างการพิจารณาของศาลนี้ คณะอนุญาโตตุลาการซึ่ง รวมถึงอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปและทำคำชี้ขาดได้

จากกฎหมายต้นแบบฯ ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยข้อคัดค้าน เองได้ หากคู่กรณีไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการก็ให้ร้องขอต่อศาลได้อีกซึ่งถือว่าเป็น การให้อำนาจในการพิจารณาคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการเองเช่นเดียวกับ ที่ผู้พิพากษามีอำนาจพิจารณาตัดสินเหตุคัดค้านของผู้พิพากษาเองได้โดยอาศัยแนวคิดเกี่ยวกับ อำนาจการพิจารณาประเด็นในการพิจารณาเรื่องขอบอำนาจของตน “Competence de la

Competence” ซึ่งอำนาจพิจารณาประเด็นในเรื่องอำนาจ คือ ความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยประเด็นที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทนั้นๆหรือไม่ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2538 : 44)

โดยที่มาของการยอมรับอำนาจอนุญาโตตุลาการนั้น เนื่องจากถือว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (Power of Arbitration) ในการกระทำการตามหน้าที่ให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพนั้นถือว่าได้รับมาจากคู่กรณีที่ทำสัญญาตกลงกันมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาตัดสินข้อพิพาทโดยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่บังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีที่มาดังนี้ คือ

ก. อำนาจที่มอบให้โดยคู่กรณี (Powers conferred by the parties)

โดยหลักแล้วคู่กรณีเป็นบุคคลที่มีอำนาจเต็มทีในการจัดการกับข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นกับตนและเป็นผู้ที่รู้ดีเกี่ยวกับข้อพิพาทมากที่สุดและได้ทำการแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาตัดสินข้อพิพาทแทนตนโดยอาศัยข้อตกลงตามสัญญาระหว่างคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจ การมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้ข้อบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ด้วยโดยอาจเป็นการมอบอำนาจโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้

-การได้รับมอบอำนาจโดยตรง เป็นการที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจโดยคู่กรณีทำข้อตกลงมอบอำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในรูปของหนังสือสัญญาหรือข้อตกลงโดยชัดแจ้งให้ทำการอนุญาโตตุลาการและรวมถึงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการรับหรือแสดงเอกสารและแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญด้วย

-การได้รับมอบอำนาจโดยอ้อม เป็นการที่อนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจโดยการที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการได้กำหนดอำนาจหน้าที่โดยชัดแจ้ง เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 15.1 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำการใดๆซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าเหมาะสมเพื่อให้คู่กรณีได้รับความเท่าเทียมกันในการเสนอข้อเท็จจริงตลอดระยะเวลาการพิจารณา

อย่างไรก็ดี หากอำนาจที่ได้รับมอบมาจากคู่กรณีเป็นอำนาจที่คู่กรณีไม่มีอำนาจที่จะมอบให้ได้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการก็ไม่มีอำนาจที่สมบูรณ์ได้ เช่น สัญญาอนุญาตตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนดว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับมรดกหรือครอบครัวไม่อาจตกลงระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการแต่ต้องให้รัฐเท่านั้นเป็นผู้ตัดสิน ดังนั้น แม้คู่สัญญาจะตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการก็ไม่ทำให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจได้

ข. การได้รับมอบอำนาจโดยการดำเนินการทางกฎหมาย (Powers conferred by operation of Law)

เนื่องจากอนุญาตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีที่เป็นเอกชน ในการกระทำการบางอย่างอนุญาตตุลาการจึงไม่มีอำนาจที่จะทำการได้เอง เช่น การเรียกพยานมาเบิกความในกรณีที่พยานขัดขืน อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับพยานได้จึงต้องอาศัยศาลในการใช้อำนาจบังคับโดยร้องขอต่อศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐจึงมีอำนาจในการบังคับในกรณีที่มีการขัดขืนไม่มาตามหมายเรียกของศาลซึ่งเป็นอำนาจที่คู่กรณีไม่อาจตกลงมอบอำนาจให้อนุญาตตุลาการได้ ดังเช่น ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.1950 ของอังกฤษ มาตรา 12 (3) กำหนดว่า “หากไม่มีข้อกำหนดที่ขัดแย้งเป็นอย่างอื่นในสัญญาอนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินการให้คู่กรณีและพยานสาบานตนหรือเรียกมาให้การตามข้ออ้างใดๆภายใต้สัญญาอนุญาตตุลาการ” แต่ถ้าพยานไม่ยอมมา อนุญาตตุลาการก็ไม่สามารถบังคับได้ด้วยตนเอง แต่ต้องร้องขอต่อศาลให้มีหมายเรียกพยานดังกล่าวมาให้การต่ออนุญาตตุลาการ

2.2 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาข้อคัดค้านคุณสมบัติอนุญาตตุลาการ (มาตรา 14) แต่โดยหลักแล้วอนุญาตตุลาการเป็นผู้ที่มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทตามอำนาจที่คู่กรณีได้มอบให้ ทำให้อนุญาตตุลาการสมควรมีอำนาจในการพิจารณาตัดสินประเด็นต่างๆที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการเช่นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ

แต่อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจโดยคู่กรณีแก่อนุญาตตุลาการก็อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายหรือไม่มีผลทางกฎหมายหากขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการจะพิจารณาว่าอำนาจที่อนุญาตตุลาการได้รับมามีผลหรือไม่อย่างไรโดยพิจารณา ดังนี้

ประการแรก ต้องพิจารณาข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาตตุลาการที่กำหนดอำนาจของคู่สัญญาแก่นุญาตตุลาการว่าอนุญาตตุลาการได้รับมอบอำนาจตามสัญญาอนุญาตตุลาการหรือได้รับตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกำหนดให้ใช้

ประการที่สอง ต้องพิจารณากฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการว่ามีบัญญัติหรือข้อจำกัดอำนาจของคู่กรณีซึ่งมอบแก่นุญาตตุลาการหรือไม่

ประการที่สาม ต้องพิจารณากฎหมายที่บังคับใช้กับการอนุญาตตุลาการ ซึ่งก็คือกฎหมายแห่งสถานที่อนุญาตตุลาการ ได้ดำเนินการพิจารณาว่ามีข้อจำกัดอำนาจของอนุญาตตุลาการหรือไม่

หากพิจารณาตามหลักข้างต้นทั้งสามประการแล้วไม่ปรากฏข้อจำกัดอำนาจของอนุญาตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อคัดค้านถึงคุณสมบัติของตัวอนุญาตตุลาการเองได้ ซึ่งในประเด็นนี้ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้เปิดกว้างไว้ให้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าทำให้อำนาจอนุญาตตุลาการพิจารณาข้อคัดค้านคุณสมบัติของตนเองได้นั้นเพื่อประโยชน์ในทางปฏิบัติในการป้องกันไม่ให้มีวิธีการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคต่อการพิจารณากระบวนการอนุญาตตุลาการที่อนุญาตตุลาการได้ทำการโดยระมัดระวังและเหมาะสมแล้ว อนุญาตตุลาการจะไม่ต้องพะวงเกี่ยวกับการถูกคัดค้านตลอดระยะเวลาในกระบวนการอนุญาตตุลาการจึงเป็นเหตุผลที่สมควรให้อำนาจแก่นุญาตตุลาการอย่างเต็มที่และสมบูรณ์เพื่อให้บรรลุประสิทธิภาพและรวดเร็วตามหลักการของการอนุญาตตุลาการ แต่อย่างไรก็ดีอำนาจอย่างเต็มที่ของอนุญาตตุลาการก็อาจถูกตรวจสอบโดยศาลเพื่อความมั่นใจได้ว่าอนุญาตตุลาการได้กระทำการโดยชอบหรือไม่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นหลักการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Policy) ที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ จึงควรจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยอาศัยเทียบเคียงมาตรา 13(2) ของกฎหมายต้นแบบดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวคิดในการกำหนดวิธีการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ ในกรณีการคัดค้านอนุญาตตุลาการซึ่งองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการคนเดียว และที่มีมากกว่าหนึ่งคน

ตามที่ร่างพระราชบัญญัติอนุญาติตตูลาการฯ (มาตรา 18 วรรคสองและวรรคสาม) ได้กำหนดไว้ว่า “กรณีที่คุณกรณีไม่ได้มีการตกลงกำหนดวิธีการคัดค้านอนุญาติตตูลาการไว้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาติตตูลาการ ยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่ออนุญาติตตูลาการภายใน 15 วันนับแต่วันทราบการแต่งตั้งคณะอนุญาติตตูลาการ หรือทราบข้อเท็จจริงใดๆ ซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือขาดคุณสมบัติของอนุญาติตตูลาการ และหากอนุญาติตตูลาการที่ถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาติตตูลาการ หรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้าน ให้คณะอนุญาติตตูลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่คู่สัญญาตกลงกันหรือตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองไม่บรรลุผล หรือกรณีมีอนุญาติตตูลาการคนเดียว คู่พิพาทที่คัดค้านอาจร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 30 วัน นับแต่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือนับแต่วันทราบการแต่งตั้งคณะอนุญาติตตูลาการ หรือนับแต่ทราบข้อเท็จจริงถึงเหตุควรสงสัยถึงความเป็นกลาง หรือความเป็นอิสระ หรือขาดคุณสมบัติของอนุญาติตตูลาการ”

จากร่างบทบัญญัติข้างต้น จึงแปลความได้ว่า การคัดค้านอนุญาติตตูลาการ แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1. วิธีการคัดค้านอนุญาติตตูลาการกรณีที่ต้องคัดคณะอนุญาติตตูลาการมีมากกว่าหนึ่งคน ซึ่งจะดำเนินการ ดังนี้
 - แสดงเหตุคัดค้านต่อคณะอนุญาติตตูลาการ
 - ยื่นคำคัดค้านนั้น ภายใน 15 วันนับแต่วันทราบการแต่งตั้งอนุญาติตตูลาการหรือทราบเหตุอันควรแก่การคัดค้านอนุญาติตตูลาการผู้นั้น
 - คณะอนุญาติตตูลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น
 - อนุญาติตตูลาการที่ถูกคัดค้านมีอำนาจพิจารณาพร้อมในคณะอนุญาติตตูลาการ ถึงเหตุคัดค้านคุณสมบัติของตนได้
 - หากคำคัดค้านไม่สำเร็จ ให้ร้องขอต่อศาลให้พิจารณาได้ภายใน 30 วันนับแต่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยคัดค้าน
2. วิธีการคัดค้านอนุญาติตตูลาการกรณีที่ต้องคัดประกอบคณะอนุญาติตตูลาการมีจำนวนเพียงคนเดียว ซึ่งจะดำเนินการ ดังนี้
 - แสดงเหตุคัดค้านอนุญาติตตูลาการนั้นต่อศาลได้โดยตรงไม่ต้องผ่านการวินิจฉัยจากคณะอนุญาติตตูลาการก่อน

-ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาล คือ 30 วันนับแต่ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุควรแก่การเพิกถอนอนุญาโตตุลาการ หรือนับแต่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ
-อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่มีอำนาจพิจารณาตัดสินข้อคัดค้านนั้นได้

จากข้อแตกต่างดังกล่าวจะทำให้เกิดความสับสนระหว่างวิธีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่มีองค์คณะหนึ่งคนและที่มีองค์คณะมากกว่าหนึ่งคน โดยกรณีที่เป็นกรคัดค้านอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านสามารถเข้าร่วมพิจารณาข้อคัดค้านในเหตุคุณสมบัติของตนเองได้ แต่ในกรณีที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการมีคนเดียว อนุญาโตตุลาการนั้นไม่อาจพิจารณาข้อคัดค้านดังกล่าวได้ ซึ่งไม่มีเหตุผลใดที่กำหนดข้อแตกต่างนั้นไว้ จึงสมควรจะบัญญัติให้ชัดเจนว่ากรณีที่แม้อนุญาโตตุลาการจะมีองค์คณะมากกว่าหนึ่งคน อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านก็ไม่อาจร่วมในการพิจารณาข้อคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของตนเองได้

แต่หลักการในการห้ามอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านพิจารณาคำคัดค้านนั้นจะเป็นการขัดต่อหลักการเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามที่ได้รับมอบมาจากคู่กรณี ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาตัดสินประเด็นต่างๆที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าร่างบทบัญญัติดังกล่าวจะมีความแตกต่างกับกฎหมายต้นแบบฯซึ่งไม่ได้บัญญัติถึงความแตกต่างของวิธีการคัดค้านไม่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะมีคนเดียวหรือหลายคน

นอกจากนี้ บทบัญญัติข้างต้นของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯดังกล่าว จะทำให้ระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนับแต่ทราบเหตุอันทำให้คัดค้านได้ หรือนับแต่ตั้งอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกันระหว่างการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่มีองค์คณะหนึ่งคนและที่มีองค์คณะมากกว่าหนึ่งคน โดยกำหนดระยะเวลาการยื่นคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่มีองค์คณะมากกว่าหนึ่งคนมีกำหนดระยะเวลา 15 วัน ขณะที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่มีองค์คณะคนเดียวมีกำหนดระยะเวลา 30 วัน ซึ่งทำให้ไม่ชัดเจนในหลักการสำหรับการกำหนดระยะเวลาที่แตกต่างกันจากเหตุเดียวกัน

2.3 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง “สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการ

กำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม” (ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5)

คำว่า “ข้อพิพาททางแพ่ง” ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.
2530 นั้น มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าคำดังกล่าวมีผลกระทบในการบังคับใช้ในการ
อนุญาโตตุลาการ หรือไม่ อย่างไร

ในการนี้ Dr. Gerold Herrmann ได้ให้ความเห็นว่าควรตัดคำดังกล่าวออก โดยให้เหตุ
ผลไว้ว่าคำว่า “ข้อพิพาททางแพ่ง” อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ชาวต่างประเทศที่จะใช้กฎหมาย
การอนุญาโตตุลาการของไทยในกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ เนื่องจากในบาง
ประเทศ คำว่าข้อพิพาททางแพ่ง หมายถึงเรื่องทางเอกชน (private) เท่านั้น อันจะทำให้สงสัยว่าจะ
ทำการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องทางมหาชน(public)ได้หรือไม่ (ดังที่ปรากฏใน
เอกสารความเห็นต่อข้อเสนอแนะของ Dr. Herrmann โดยสำนักงานงานอนุญาโตตุลาการ) และรศ.
พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้ให้ความเห็นสอดคล้องว่า นิยามของคำว่า Civil ในประเทศ Common Law
จะหมายถึง Private Law โดยไม่มีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ ในขณะที่
ที่ประเทศ Civil Law จะไม่หมายความรวมถึงเรื่องทางพาณิชย์แต่เป็นเรื่องทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งหาก
บัญญัติกฎหมายไม่เป็นที่เข้าใจของคนต่างชาติในกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
ก็จะมีปัญหาในการบังคับใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้

ผู้เขียนเห็นว่า หากคงไว้ให้ใช้คำว่า “ข้อพิพาททางแพ่ง” ในร่างพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการฯ นอกจากจะสร้างความสับสนในความหมายของคำดังกล่าวตามที่ Dr.
Herrmann ได้ให้ความเห็นแล้ว ยังอาจทำให้เข้าใจได้ว่าหากเป็นข้อพิพาททางแพ่งแล้วสามารถทำ
การระงับข้อพิพาทนั้นโดยการอนุญาโตตุลาการได้ทุกเรื่อง ซึ่งคงไม่ถูกต้องทั้งหมดนัก เนื่องจาก
ตามกฎหมายไทยข้อพิพาททางแพ่งบางเรื่อง ตัวอย่างเช่น ในเรื่องสถานภาพของบุคคลตามกฎหมาย
ลักษณะครอบครัว หรือการพิจารณาในเรื่องการล้มละลายของบุคคล หากมีการทำคำตัดสินชี้ขาด
ขึ้นจะเป็นเรื่องที่ไม่เพียงแต่มีผลกระทบต่อคู่กรณีตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ยังกระทบ
ต่อแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยส่วนรวมด้วยซึ่งรัฐย่อมไม่อาจให้
เอกชนสามารถตัดสินระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยตนเองได้

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นด้วยว่าไม่ควรจะกำหนดคำว่า “ข้อพิพาททางแพ่ง” ไว้ใน
ข้อกำหนดแห่งนิยามความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการในร่างบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ
อนุญาโตตุลาการฯ และควรจะได้มีการกำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมายให้ชัดเจนว่าข้อพิพาทใด

บ้างที่คู่สัญญาไม่อาจดำเนินการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อป้องกันปัญหาการตีความถึงข้อพิพาททางนิติกรรมใดที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการและการไม่มีผลบังคับใช้หากสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดเพื่อการระงับข้อพิพาทที่กฎหมายไม่อาจให้มีการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนด้วยกันทางอนุญาโตตุลาการได้

ทั้งนี้ คณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ลงมติเห็นว่าควรตัดคำว่า “ทางแพ่ง” ออก โดยให้เหลือแต่คำว่า “ข้อพิพาท” ในร่างบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ส่วนเรื่องข้อพิพาทใดจะทำการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ก็ให้เป็นการพัฒนาต่อไปในอนาคต (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ฯ :12)

เมื่อกลับมาพิจารณาในเรื่องของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดให้ผู้ใดเป็นผู้ชี้ขาดหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างเหตุว่าคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งอยู่นอกเหนือขอบอำนาจของสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยหลักแล้วการคัดค้านอำนาจการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมี 2 ประเภท คือ

- 1.) การอ้างเหตุคัดค้านว่าคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งบางประการไม่อยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ
- 2.) การอ้างเหตุคัดค้านว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่ยื่นเสนอได้

1. การอ้างเหตุคัดค้านว่าคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งบางประการไม่อยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาคัดสินข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ฟ้องหรือฟ้องแย้งขึ้น โดยอาศัยข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้ตกลงกันให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการและอยู่ภายในขอบอำนาจที่กฎหมายซึ่งใช้บังคับกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการและกฎหมายแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอ้างเหตุว่าคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งบางเรื่องอยู่นอกเหนือขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้ในสัญญา ตัวอย่าง เช่น หากคู่กรณีสองฝ่ายได้ตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาซื้อขายเคลื่อนโดยการอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเคลื่อนนั้นขึ้น คู่กรณีที่เป็นผู้ขายได้ยื่นคำฟ้องต่ออนุญาโตตุลาการหลายประเด็น โดยมีคำฟ้องประเด็นหนึ่งให้พิจารณาถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจากความเสียหายที่เกิดแก่น้ำตาลที่ได้ส่งไปพร้อมกันโดยผู้ขาย ซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ซื้อได้คัดค้านคำฟ้องในเรื่อง

ความเสียหายจากสัญญาซื้อขายน้ำตาลระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าไม่ได้อยู่ภายในขอบอำนาจของ อนุญาโตตุลาการ เนื่องจากไม่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายน้ำตาล อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจพิจารณาประเด็นความเสียหายจากสัญญาซื้อขายน้ำตาลได้ หรือในกรณีที่หากมีข้อตกลงระหว่างคู่กรณีจากสัญญาก่อสร้างอาคารให้ข้อพิพาทในข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นต้องผ่านการชี้ขาดจากวิศวกรก่อนจึงจะสามารถยื่นเรื่องข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการได้

หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ยื่นประเด็นข้อพิพาทจากสัญญาก่อสร้างนั้นต่ออนุญาโตตุลาการโดยข้อพิพาทนั้นมีประเด็นที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งยังไม่ได้รับการชี้ขาดจากวิศวกร คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งย่อมอ้างได้ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ยังไม่ได้รับการชี้ขาดจากวิศวกรไม่อยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กรณีที่มีข้อพิพาทบางประเด็นที่ไม่ได้อยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้ หากคู่กรณีต้องการให้ข้อพิพาทดังกล่าวระงับลงโดยการอนุญาโตตุลาการก็สามารถทำได้โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาเพิ่มเติมให้นำข้อพิพาทในประเด็นดังกล่าวสู่การอนุญาโตตุลาการ

กรณีดังกล่าวจึงเป็นการที่คู่กรณีนำมาอ้างได้ว่าคำฟ้องหรือคำฟ้องแย้งบางประการของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอยู่นอกเหนือขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

2. การอ้างเหตุคัดค้านว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่ยื่นเสนอทั้งหมด

เป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการว่ามีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ ซึ่งถ้ามีก็พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้แต่หากไม่มีอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีหน้าที่ต้องพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้ต่อไปโดยวิเคราะห์ว่าข้อพิพาทที่ยื่นอยู่นั้นอยู่ภายใต้ข้อตกลงให้ทำการอนุญาโตตุลาการหรือไม่

ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการทั้งกรณีที่อ้างเหตุคัดค้านว่าประเด็นข้อพิพาทบางประเด็นอยู่นอกเหนือขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือคัดค้านว่าข้อพิพาททั้งหมดไม่ได้อยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณา ปัญหานี้เป็นประเด็นที่ต้อง

พิจารณาว่าใครมีอำนาจชี้ขาดขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ ควรเป็นอนุญาโตตุลาการเอง หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือศาล

- ข้อพิจารณาว่าใครทำหน้าที่ตัดสินในเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ก่อนอื่นคงต้องกล่าวถึง “หลักความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” เพื่อป้องกันความสับสนในการวิเคราะห์ประเด็นที่ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจตัดสินในเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากหากคู่สัญญาฝ่ายใดได้มีการอ้างถึงความไม่สมบูรณ์หรือความสิ้นสุดของสัญญาซึ่งเป็นสัญญาอันก่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาทเพื่อทำการอนุญาโตตุลาการและอาจก่อให้เกิดความไม่แน่ใจว่าข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่บรรจุในสัญญาอันก่อให้เกิดข้อพิพาทจะระงับลงด้วยหรือไม่

“หลักความเป็นเอกเทศของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” เป็นการยอมรับในปัจจุบันให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการคงมีผลต่อไป แม้ว่าสัญญาหลักอันก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะระงับลงหรือไม่มีผลแล้วก็ตาม โดยการยอมรับนี้มาจากหลักที่ว่า “Separability Doctrine” (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2538 : 179) คือ ทฤษฎีซึ่งนักอนุญาโตตุลาการใช้แยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้อันเป็นข้อพิพาท โดยถือเป็นสัญญาสองฉบับต่างหากจากกันแต่บรรจุในเอกสารฉบับเดียวกันเพื่อใช้ในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญา ดังนั้นแม้สัญญาอันก่อให้เกิดหนี้จะเป็น โฆษะก็ไม่มีผลให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระงับไปด้วยเว้นแต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะโฆษะโดยตัวของมันเอง ซึ่งหลักการนี้เป็นประโยชน์อย่างมากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในการป้องกันการประวิงเวลาของคู่กรณีที่ไม่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างเหตุความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้

ดังนั้น การพิจารณาประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่การพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาหลักอันก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีซึ่งแม้จะระงับลงก็ไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยการแยกสัญญาหลักอันก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นข้อพิพาทออกจากข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออกจากกันเพื่อไม่ให้มีการอ้างเหตุว่าสัญญาหลักไม่มีผลบังคับจึงทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณา

เมื่อกลับมาพิจารณาว่าใครมีอำนาจชี้ขาดประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมีแนวคิดของนักอนุญาโตตุลาการว่าอนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจที่จะพิจารณาตรวจสอบขอบ

อำนาจของตนเองได้ โดยกล่าวว่าอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบขอบอำนาจของตนเองของ อนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจที่ติดมากับสัญญาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยถือเป็นอำนาจที่จำเป็น ในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการให้ลุล่วงสมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะตรวจสอบ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขหรือข้อกำหนดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการรวมถึง เอกสารสัญญาอื่นๆเพื่อประกอบการพิจารณาว่าข้อโต้แย้งคำฟ้อง หรือ คำฟ้องแย้งที่ได้ยื่นต่อ อนุญาโตตุลาการอยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ โดยอำนาจที่จะพิจารณาขอบ อำนาจของตนเองของอนุญาโตตุลาการอาจถูกตรวจสอบกำกับอีกครั้งหนึ่งโดยศาล แต่ทั้งนี้จะต้อง ไม่เป็นการกีดกันอนุญาโตตุลาการในการใช้อำนาจพิจารณาตรวจสอบอำนาจของตนเองในชั้นแรก ก่อน โดยยึดถือตามแนวความคิด “อำนาจในการพิจารณาประเด็นในเรื่องอำนาจ” (Competence de la Competence) ซึ่งเป็นความคิดว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นว่าอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ โดยเป็นหลักการที่มาจากแนวความคิดว่า อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ได้รับอำนาจในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทโดยข้อกำหนดตามสัญญา ของคู่กรณี โดยอนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทเสมือนหนึ่งว่าเป็นผู้พิพากษา (Quasi-Judge) อนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาขอบอำนาจของตนเองเช่นเดียวกับที่ผู้พิพากษามี อำนาจพิจารณาคำคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของตนเพื่อประโยชน์ในการกระทำการตามหน้าที่ตาม วัตถุประสงค์ที่ได้รับมอบอำนาจตามสัญญาของคู่กรณี (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, 2538 : 44) แต่ก็มี แนวคิดของนักกฎหมายที่อ้างหลักว่า อนุญาโตตุลาการไม่ควรวินิจฉัยอำนาจของตนเอง เนื่องจาก เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณาประเด็นปัญหานั้น

แต่การที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาขอบอำนาจของตนได้นั้นไม่ใช่เพื่อ ก่อให้เกิดเฉพาะคำตัดสินชี้ขาดในข้อพิพาทซึ่งมีผลผูกพันเป็นที่สุดสำหรับคู่กรณี เนื่องจาก อนุญาโตตุลาการอาจไม่สามารถทำให้เกิดผลเช่นนั้นได้เสมอไปหากได้มีการยื่นเหตุคัดค้านคำชี้ขาด นั้นในศาล แต่เพื่อประโยชน์ในการตัดสินชี้ขาดเบื้องต้นว่าประเด็นข้อพิพาทที่ยื่นต่อ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งก็มีผู้เห็นด้วย (สรรเสริญ ไกรจิตติ) กับแนวความคิดที่ให้อนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยปัญหาอำนาจของตนเองได้ว่าจะ เป็นหลักที่ให้ผลในทางปฏิบัติมากกว่า (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539 ฉ : 3)

ตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกี่ยวกับการ อนุญาโตตุลาการได้กำหนดเป็นแนวทางไว้ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาในเรื่องขอบ อำนาจของตนเองได้ ดังเช่น

-ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Arbitration Rules) ข้อ 8.4 บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่ในกรณีที่มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการไม่สิ้นสุดอำนาจพิจารณาเพียงเพราะเหตุที่มีการอ้างถึงความโมฆะของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถรักษาไว้ซึ่งความมีผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจพิจารณาต่อไปเพื่อพิจารณาคัดสินขอบข่ายแห่งสิทธิของคู่กรณีรวมถึงข้ออ้างและข้อโต้แย้ง แม้ว่าสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้จะไม่มีผลผูกพันหรือเป็นโมฆะ”

-ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ในข้อ 21 (1) และ (2) ได้กำหนดไว้ว่า

“1. คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการต่อข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของตน รวมถึงข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความมีผลหรือความผูกพันของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุในสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แยกต่างหากออกมา

2. คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาคัดสินความมีผลหรือความผูกพันของสัญญาอันก่อให้เกิดสิทธิซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกบรรจุเป็นส่วนหนึ่ง โดยวัตถุประสงค์แห่งบทบัญญัตินี้ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้และก่อให้เกิดการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนี้จะถือว่าเป็นสัญญาอีกสัญญาหนึ่งซึ่งเป็นเอกเทศจากข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ การตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการว่าสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้เป็นโมฆะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ”

โดยเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดขอบอำนาจของตนเองได้ ในขั้นแรกตามที่ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีเพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ได้ตกลงกันไว้ หรือคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และหากคำชี้ขาดในข้อพิพาทซึ่งอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาคัดสินโดยอาศัยคำชี้ขาดเบื้องต้นว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณานั้น คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านหรือไม่เห็นด้วยก็สามารถร้องขอให้เพิกถอนหรือคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

- ข้อจำกัดขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี อำนาจในการพิจารณาขอบอำนาจของตนเองของอนุญาโตตุลาการก็มีข้อจำกัด เนื่องจากโดยแท้จริงนั้นขอบอำนาจในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการมาจากการมอบอำนาจของคู่กรณีตามข้อสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่มาจากกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศใดๆทั้งสิ้น ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายใดตามข้อพิพาทอ้างและพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้เป็นคู่สัญญาตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรืออีกกรณีคือคู่กรณีฝ่ายใดอ้างและพิสูจน์ได้ว่าแม้ตนจะเป็นคู่สัญญาตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้ ทั้งหมดนี้เป็นหลักการที่ว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาจากข้อตกลงการมอบอำนาจจากคู่กรณี หากข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลหรือไม่สมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้ ซึ่งถือเป็น “ข้อจำกัดขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ” โดยกว้างถึงเหตุดังนี้

ก.) กรณีไม่มีข้อตกลงหรือข้อสัญญาให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

เป็นการที่คู่กรณีตามข้อพิพาทฝ่ายใดอ้างขึ้นว่า สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ที่เป็นข้อพิพาทไม่มีข้อตกลงให้ทำการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หรืออ้างว่าคู่กรณีไม่มีการตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งหมายถึงว่า ไม่มีการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้

ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดในข้อพิพาทโดยปราศจากอำนาจอันเนื่องมาจากไม่ได้มีข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ย่อมไม่มีผลบังคับได้ เช่น ตามกฎหมายฝรั่งเศส (New Code of Civil Procedure) ข้อ 1502.1 ได้มีข้อกำหนดในการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทโดยปราศจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์หรือยกเลิกไปแล้ว (Redfern and Hunter, 1991 : 280)

ข.) ข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับ

หากคู่กรณีฝ่ายใดยกประเด็นขึ้นอ้างว่า แม้จะมีการทำสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับหรือไม่สมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ การที่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์มีทั้งกรณีที่เกิดขึ้นกับข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แยกต่างหากออกจากสัญญา

อันก่อให้เกิดหนี้อันเป็นข้อพิพาท หรือกรณีข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาตตุลาการบรรจุนในสัญญา
อันก่อให้เกิดหนี้อันเป็นข้อพิพาท

เหตุที่ก่อให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่แยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ ก็คือ การเป็นโมฆะหรือโมฆียะหรือความไม่มีผลใดๆตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น แต่ในกรณีของข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาตตุลาการที่บรรจุนในสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้นั้น แม้จะเป็นที่ยอมรับถึงหลัก “ความไม่สมบูรณ์หรือความเป็นโมฆะของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสมบูรณ์หรือความมีผลของข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่บรรจุนไว้ในสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้” อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการยังคงมีผลสมบูรณ์หรือไม่ต้องคำนึงถึงระยะเวลาซึ่งสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้นั้นเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ด้วย โดยหากสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้มีผลสมบูรณ์ในขณะที่ทำสัญญาหลักนั้น แม้หลังจากนั้นจะเกิดความไม่สมบูรณ์ภายหลังขึ้น ข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งบรรจุนในสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้จึงยังคงมีผลบังคับได้ แต่หากสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้เป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์มาตั้งแต่ต้น (ในขณะที่ทำสัญญา) ข้อตกลงอนุญาตตุลาการย่อมไม่อาจมีผลบังคับได้

2.4 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามที่พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนถึงผู้มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเรื่องขอบอำนาจของอนุญาตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีบทบัญญัติกำหนดให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดประเด็นเรื่องขอบอำนาจของตัวอนุญาตตุลาการเองได้ เนื่องจากเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ได้มอบอำนาจให้อนุญาตตุลาการได้ทำการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทรวมถึงเหตุที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาข้อพิพาท และหลักการให้อำนาจในการพิจารณาประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการ (Competence de la Competence) โดยในกรณีนี้อาจศึกษาเปรียบเทียบในเรื่องขอบอำนาจในการพิจารณาของอนุญาตตุลาการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้นแบบฯ ดังนี้

มาตรา 16 หมวด 4 แห่งกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศได้บัญญัติถึงอำนาจของอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง ดังนี้

“(1) คณะอนุญาตตุลาการอาจชี้ขาดอำนาจของตน หรือชี้ขาดการคัดค้านใดๆ ในความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ เพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อตกลง

อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นอิสระแยกจากเงื่อนไขอื่นของสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็น โฆษะไม่ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ไปด้วย

(2) คำร้องว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณา ต้องยกขึ้นว่ากล่าวก่อนจะมี คำคัดค้าน คู่กรณีที่ได้แต่งตั้งหรือเข้าร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกตัดสิทธิในการยื่นคำ ร้องดังกล่าว คำร้องว่าคณะอนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบอำนาจจะต้องยกขึ้นว่ากล่าวใน ทันทีที่เรื่องที่ถูกล่าว่าอ้างว่าอยู่นอกเหนือขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในระหว่างดำเนิน การอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะกรณีใดคณะอนุญาโตตุลาการอาจจะรับคำร้องภายหลังจากนั้นก็ไม่ได้หาก เห็นว่าความล่าช้านี้มีเหตุอันสมควร

(3) คณะอนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยคำร้องที่กล่าวถึงในอนุมาตรา (2) แห่งบทบัญญัติ มาตรานี้ ไม่ว่าโดยการชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายหรือในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาท ถ้า คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายว่ามีอำนาจพิจารณา คู่กรณีอีกฝ่าย หนึ่งอาจร้องขอต่อศาลซึ่งระบุไว้ในมาตรา 6 ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำชี้ขาดนั้น เพื่อให้ศาลวินิจฉัยข้อปัญหาดังกล่าว คำพิพากษาของศาลให้เป็นที่สุด อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่คำ ร้องขอยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ต่อไปและทำคำชี้ขาดได้”

จากกฎหมายต้นแบบฯ ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดอำนาจพิจารณา ของตนหรือชี้ขาดความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งเป็นการบัญญัติ ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อตัดปัญหาการตีความเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในส่วน ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ของไทยไม่ได้บัญญัติไว้

แต่อย่างไรก็ดี อำนาจพิจารณาถึงขอบอำนาจของตนของอนุญาโตตุลาการอาจถูก ควบคุมและตรวจสอบได้จากอำนาจของศาลโดยการร้องขอของคู่กรณี ซึ่งเป็นวิธีการควบคุมและ ตรวจสอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังที่ปรากฏในบทบัญญัติในมาตรา 16 วรรค 3 ข้างต้น โดย คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด

โดยในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดระหว่างการพิจารณา (Interim Award) เกี่ยวกับความมีอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดดัง กล่าวอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลให้พิจารณาประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้และเมื่อศาลมี คำพิพากษาก็ให้ถือเป็นที่สุด วิธีการร้องขอต่อศาลให้พิจารณาขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เป็นการคานอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยการตรวจสอบของศาลอีกครั้ง

ข้อดีของระบบการให้ศาลได้ตรวจสอบ คือ ทำให้คู่กรณีทราบถึงความเป็นไปของการอนุญาตตุลาการว่าตนเองนั้นกำลังอยู่ ณ จุดใด และเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลาหากมีการตัดสินโดยศาลว่าอนุญาตตุลาการไม่มีชอบอำนาจ ซึ่งหากไม่มีการตรวจสอบโดยศาลในชั้นนี้ และอนุญาตตุลาการซึ่งชี้ขาดว่าตนมีชอบอำนาจและดำเนินการพิจารณาต่อไป เมื่อในที่สุดอาจมีการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในชั้นบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งศาลได้ตัดสินว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบ ซึ่งจะทำให้เปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายโดยไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ

แต่ทั้งนี้ การให้อำนาจศาลตรวจสอบก็มีข้อเสีย คือ ทำให้มีการแทรกแซงกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการจากภายนอก ซึ่งโดยหลักการอนุญาตตุลาการเป็นการมอบอำนาจให้บุคคลที่ไม่ใช่ศาลทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การให้ศาลเข้ามาตัดสินเรื่องชอบอำนาจของอนุญาตตุลาการในระหว่างกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการจึงขัดต่อหลักอำนาจในการพิจารณาในประเด็นเรื่องอำนาจ (Competence de la Competence) ของการอนุญาตตุลาการ และเป็นหนทางที่ทำให้คู่กรณีที่ต้องการประวิงกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการให้ล่าช้าสามารถอ้างเหตุร้องขอต่อศาลให้พิจารณาขออำนาจของอนุญาตตุลาการ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า หากจะแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 เกี่ยวกับการให้อำนาจพิจารณาขออำนาจของอนุญาตตุลาการ จึงควรกำหนดให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเรื่องชอบอำนาจของตนเองได้ และบัญญัติให้ศาลสามารถเข้าพิจารณาการตัดสินเรื่องดังกล่าวของอนุญาตตุลาการได้อีกครั้งเมื่อคู่กรณีร้องขอ เพื่อเป็นการตรวจสอบความชอบธรรมของอนุญาตตุลาการ

3 ข้อจำกัดระยะเวลาในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ และระยะเวลาเริ่มต้นแห่งคดีของกระบวนการอนุญาตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะตกลงจำกัดระยะเวลาในการยื่นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่ออนุญาตตุลาการเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ โดยคู่กรณีจะกำหนดระยะเวลาเท่าใดก็ได้ตามเจตนาของคู่กรณี และผลของการไม่ยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดในข้อตกลงอนุญาตตุลาการ มีผลเป็นเพียงการตัดสิทธิคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการได้ต่อไป แต่คู่กรณีทั้ง

สองยังคงมีสิทธิยื่นข้อพิพาทนั้นต่อศาลได้ภายในกำหนดอายุความของกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ จะกำหนดให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาที่สั้นกว่าอายุความตาม กฎหมายก็ได้ แต่การฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นการตัดสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ อนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากมีผลเป็นการตัดสิทธิที่จะฟ้องคดีตามข้อพิพาทนั้นต่อศาลไม่”

จากบทบัญญัติมาตรา 9 จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากหากคู่กรณีฝ่ายที่ต้องบังคับตามสิทธิเรียกร้องหรือได้รับ ประโยชน์จากการเรียกร้องตามข้อพิพาทไม่ต้องการจะดำเนินการตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จึงไม่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการและปล่อยระยะเวลาตามกำหนดให้หมดไป จากนั้นจึงยื่น ข้อพิพาทเพื่อดำเนินการทางศาลซึ่งจะทำให้คู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องการดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินการได้ตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

แต่หากจะกำหนดให้กรณีไม่ยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการภายในจำกัดระยะเวลา เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการให้มีผลเป็นการระงับสิทธิที่พึงมีระหว่างคู่กรณีและห้ามยื่น ฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้อีก จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการย่นอายุความซึ่งขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความ สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

นอกจากนี้ในกรณีเรื่องอายุความของคดีทางอนุญาโตตุลาการซึ่งตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติถึงระยะเวลาเริ่มต้นแห่งคดีไว้ ทำให้มีปัญหาในการนับ ระยะเวลาสิ้นสุดของอายุความ การดำเนินการใดในทางอนุญาโตตุลาการที่จะถือว่าเป็นการทำให้ อายุความสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14 โดยจะกำหนดจาก ระยะเวลาที่ผู้เสนอเริ่มต้นคดีส่งคำบอกกล่าวให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจะนับจากระยะเวลาที่คู่ กรณีที่ได้รับคำบอกกล่าวเสนอข้อพิพาทตอบหนังสือระบุงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

3.1 ระยะเวลาเริ่มต้นแห่งคดีของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณี อาจกำหนดขึ้นได้นั้นมีผลต่อสิทธิในการเสนอข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการทราบถึง จุดเริ่มต้นแห่งคดีของกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประโยชน์ในการพิจารณาถึงการนับระยะเวลา สิ้นสุดของอายุความแห่งคดี

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อายุความสะดุดหยุดลง หมายถึง การที่อายุความที่เริ่มนับและดำเนินต่อเนื่องกัน ไปอยู่นั้น ได้มีเหตุที่กฎหมายบัญญัติว่าเมื่อเกิดขึ้นแล้วมีผลให้อายุความหยุดนับโดยระยะเวลาที่ล่วงไปแล้วไม่นับเข้าในกำหนดของอายุความ ต่อเมื่อเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงสิ้นสุด อายุความจึงเริ่มนับใหม่

การมอบคดีหรือข้อพิพาทตามสิทธิเรียกร้องเพื่อดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ นั้นจะเป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลงได้เมื่อผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้แห่งสิทธิเป็นฝ่ายชนะ แต่ถ้าหากผลการชี้ขาดให้เจ้าหนี้แห่งสิทธิเป็นฝ่ายแพ้ก็นับไม่เป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14 ว่า “อายุความย่อมสะดุดหยุดลงในกรณี ดังนี้ ... (4) เจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา...” และมาตรา 193/18 “ให้นำมาตรา 193/17 มาใช้บังคับในกรณีที่อายุความสะดุดหยุดลงเพราะเหตุมาตรา 193/14 (3) (4) และ (5) โดยอนุโลม” และมาตรา 193/17 “ในกรณีที่อายุความสะดุดหยุดลงเพราะเหตุตามมาตรา 193/14 (4) หากคดีนั้นได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกคำฟ้อง...ให้ถือว่าอายุความไม่เคยสะดุดหยุดลง”

แต่เนื่องจาก พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้กำหนดไว้ว่า การดำเนินการใดถือเป็นการเริ่มต้นของระยะเวลาอนุญาโตตุลาการซึ่งทำให้อายุความสะดุดหยุดลง

การดำเนินการที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นของระยะเวลาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ดังนี้

-เมื่อมีการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีที่ได้มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการเรียบร้อยแล้ว

-เมื่อได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่ได้มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เรียบร้อยแล้ว

-เมื่อได้เริ่มแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

-เมื่อได้กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทำการแต่งตั้งหรือให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (Redfern and Hunter, 1991 : 196)

สำหรับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Arbitration Rules) ข้อ 3.1 กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่เลขานุการสถาบันอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติได้รับคำร้องขอให้ทำการอนุญาโตตุลาการให้ถือว่าเป็นการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” หมายถึงว่า กำหนดนับเป็นวันเริ่มต้นแห่งคดี คือ วันที่เลขานุการสถาบัน

อนุญาโตตุลาการได้รับคำร้องขอให้ทำการอนุญาโตตุลาการจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่เริ่มนับตั้งแต่วันที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับคำร้องขอให้ทำการอนุญาโตตุลาการจากคู่กรณี

บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิส (Swiss Act 1989) มาตรา 181 กำหนดไว้ว่า “กระบวนการอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้แล้ว หรือเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเริ่มกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ไม่มีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา” ส่วนกฎหมายของประเทศอังกฤษ (Litigation Act 1980) มาตรา 34 (3) บัญญัติไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นเมื่อได้มีการส่งคำบอกกล่าวถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้แต่งตั้งหรือให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยื่นข้อพิพาทต่อบุคคลที่ระบุหรือกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Swiss Concordat , Litigation Act cited in Redfern and Hunter, 1991 : 197)

สำหรับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในมาตรา 21 ว่า “เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น ให้ถือว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทใดๆ เริ่มต้นในวันที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ”

ในกรณีข้างต้น รศ.อนันต์ จันทโรภากร (2536:96-97) ให้ความเห็นว่า การกำหนดให้ถือเอาวันที่มีการบอกกล่าวแสดงความจำนงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเป็นวันเริ่มต้นคดีเป็นกรณีที่เหมาะสม เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างกับการฟ้องคดีในศาล ซึ่งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการต้องอาศัยความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ซึ่งการจะถือให้ใช้ช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งที่ไม่ได้อยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหนี้มาเป็นจุดพิจารณาว่าคดีขาดอายุความหรือยังก็จะเป็นการยุติธรรมต่อเจ้าหนี้

ประโยชน์ของการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นแห่งคดีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อทราบถึงจุดเวลาที่การอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นขึ้นอันเป็นผลให้อายุความสะดุดหยุดลง หากไม่ได้มีการกำหนดว่ากระบวนการใดเป็นการเริ่มต้นแห่งคดีในการอนุญาโตตุลาการ ระยะเวลาสำหรับอายุความหรือข้อจำกัดระยะเวลาจะเดินต่อไปซึ่งอาจทำให้คู่กรณีเสียสิทธิในการนำข้อพิพาทนั้นมาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีที่มีข้อกำหนดจำกัดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือในการนำข้อพิพาทมายื่นต่อศาลได้อีก

3.2 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดถึงการดำเนินการใดเป็นการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการไว้ ซึ่งหากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นก็อาจนำบทบัญญัติในกฎหมายต้นแบบฯว่าด้วยเรื่องของการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการ ในมาตรา21 ไปปรับปรุงได้

เนื่องจากการกำหนดให้การเริ่มต้นของกระบวนการอนุญาตตุลาการโดยถือว่าเริ่มขึ้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือแจ้งให้ระงับข้อพิพาทโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นแนวคิดที่ต้องการให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเริ่มต้นรวดเร็วที่สุด ซึ่งหากเปรียบเทียบกับวิธีการกำหนดให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเริ่มต้นเมื่อคู่กรณีได้ทำการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรือเมื่อคู่กรณีได้ยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาตตุลาการอันเป็นวิธีที่ทำให้ระยะเวลาเริ่มต้นคดีเนิ่นนานออกไปโดยอาจต้องสูญเสียระยะเวลาในการคัดเลือกคณะอนุญาตตุลาการจนกว่าจะได้ตกลงแต่งตั้งอนุญาตตุลาการตามที่คู่กรณีเห็นชอบ หรืออาจมีปัญหาในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการอันอาจทำให้กำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการที่กำหนดไว้นั้นสิ้นสุดลง

จากรายงานการประชุมของคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ ครั้งที่ 6/2539 ได้เสนอแนวคิดที่จะกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายให้ชัดเจนถึงการเริ่มต้นของกระบวนการอนุญาตตุลาการที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงและให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14(4) ซึ่งมาตรา 193/14 (4) บัญญัติว่าอายุความสะดุดหยุดลงเมื่อเจ้าหนี้ได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา ซึ่งข้อความนี้ยังไม่ชัดเจนเนื่องจากไม่ทราบว่ากรมมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการนั้นมอบอย่างไรหรือดำเนินการอย่างไรบ้าง คณะอนุกรรมการฯจึงได้เสนอให้มีการกำหนดถึงการสะดุดหยุดลงของอายุความโดยบทบัญญัติของกฎหมายให้ชัดเจน โดยร่างบทบัญญัติซึ่งมีที่มาจากการพิจารณากฎหมายต้นแบบฯและกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศอังกฤษ คือ

- (1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาตตุลาการ
- (2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาตตุลาการ หรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น
- (3) กรณีสัญญาอนุญาตตุลาการกำหนดตัวบุคคลผู้เป็นอนุญาตตุลาการไว้ หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่ออนุญาตตุลาการ

นอกจากนี้ ยังได้มีการเสนอแนวทางที่สี่ ที่กำหนดให้กระบวนการอนุญาตตุลาการ เริ่มต้นขึ้นเมื่อ “มีการยื่นคำเสนอต่อสำนักงานอนุญาตตุลาการ” โดยเป็นแนวคิดที่มาจากแนวทางการปฏิบัติงานของสำนักงานอนุญาตตุลาการ (สำนักงานอนุญาตตุลาการ, 2539ฉ: 4-5)

ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นด้วยว่า การบัญญัติให้วิธีการใดวิธีหนึ่งซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว เป็นการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการถือเป็นทางออกที่ดีซึ่งจะทำให้คู่สัญญามีโอกาสเลือกที่จะใช้วิธีการใดเพื่อให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเริ่มต้นโดยเร็วที่สุด และการร่างบทบัญญัติให้ถือว่าวิธีดังกล่าวเป็นการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาตตุลาการในลักษณะที่ให้สอดคล้องกับ มาตรา 193/14(4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีให้การบัญญัติแยกต่างหากออกมาเป็นกฎหมายพิเศษอีกลักษณะหนึ่งที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง แต่บัญญัติให้ถือว่ากรณีข้างต้นตามร่างบทบัญญัติทั้ง 4 กรณีเป็นกรณีอายุความสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/14(4) เป็นวิธีที่วิธีหนึ่ง

3.3 ข้อจำกัดระยะเวลาในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ

- การจำกัดระยะเวลา

ระยะเวลาอายุความของสิทธิเรียกร้องในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเริ่มตั้งแต่เมื่อเกิดข้อเท็จจริงอันทำให้มีข้อโต้แย้ง และคู่กรณีซึ่งต้องการเรียกร้องตามสิทธินั้นได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยอยู่ภายใต้บทบัญญัติของอายุความแห่งสิทธิเรียกร้องนั้นตามกฎหมาย

ในการอนุญาตตุลาการคู่สัญญาอาจกำหนดการจำกัดระยะเวลาในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการเพื่อประโยชน์ในการให้มีการพิจารณาข้อพิพาทในขณะที่ข้อมูลหลักฐานมีความใหม่และสมบูรณ์ที่สุด เนื่องจากหากมีการพิจารณาข้อพิพาทล่าช้าเนิ่นนานออกไป ข้อมูลหรือเอกสารพยานหลักฐานอาจมีการสูญหายหรือถูกทำลายหรืออาจติดตามพยานบุคคลซึ่งได้เคลื่อนย้ายไปที่อื่นมาให้ปากคำยากขึ้น ตลอดจนความจำเป็นหรือการลำดับเรื่องราวในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อพิพาทเลื่อนกลางหรือไม่สมบูรณ์เท่าที่ควร

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดของคู่สัญญาในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาตตุลาการในการจำกัดระยะเวลาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ หากไม่ได้มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวจะมีผลเป็นการตัดสิทธิไม่ให้คู่กรณีดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการเท่านั้น หรือเป็นการตัดสิทธิไม่ให้คู่กรณีดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องนั้นโดยทางศาลด้วย กรณีปัญหา

นี้ได้ปรากฏผลทางกฎหมายแตกต่างกันไปตามบทบัญญัติของกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ

ตัวอย่าง เช่น ในแบบสัญญามาตรฐานของสัญญาขนส่งทางเรือซึ่งได้ระบุถึงข้อกำหนดในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ว่า “ข้อเรียกร้องแห่งสิทธิใดๆต้องทำเป็นหนังสือและผู้เรียกร้องต้องทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนภายใน 3 เดือนนับแต่เกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลง ในกรณีที่ไม่มีปฏิบัติตามข้อกำหนดข้างต้นให้ถือว่า ข้อเรียกร้องแห่งสิทธิตามข้อพิพาทเป็นอันสิ้นสุดลง” ซึ่งตามข้อกำหนดนี้ในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการผู้เรียกร้องจะต้องทำข้อเรียกร้องหรือข้อโต้แย้งเป็นหนังสือและต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนภายใน 3 เดือน หากผู้เรียกร้องไม่ได้ดำเนินการสองประการภายใน 3 เดือน คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ให้ถือว่าข้อเรียกร้องแห่งสิทธิตามข้อพิพาทนั้นเป็นอันสิ้นสุดลง และการที่คู่กรณีได้ตกลงกันดังกล่าวจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการและกฎหมายแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

จากตัวอย่างข้างต้น ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1950 การไม่ปฏิบัติตามข้อจำกัดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเป็นการตัดสิทธิเรียกร้องตามข้อพิพาททำให้คู่กรณีไม่สามารถยื่นข้อพิพาทนั้นต่อศาลได้อีก แต่สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้บัญญัติไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาที่สั้นกว่าอายุความตามกฎหมายก็ได้ แต่การฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นเพียงการตัดสิทธิในการเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากมีผลเป็นการตัดสิทธิฟ้องคดีตามข้อพิพาทนั้นต่อศาลไม่”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา193/11 ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการกำหนดยื่นหรือขยายอายุความตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เนื่องจากถือว่าอายุความเป็นเรื่องของกฎหมายสารบัญญัติเพื่อประโยชน์ต่อประชาชนส่วนรวมในการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายต่อศาลได้โดยเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ดังนั้น หากมีการกำหนดตกลงกันในเรื่องอายุความของสิทธิเรียกร้องนั้นให้ผิดแผกแตกต่างจากกฎหมายเป็นอย่างอื่นถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นโมฆะไม่มีผลในทางกฎหมาย

3.4 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามกฎหมายไทยซึ่งเปิดให้คู่กรณีที่ไม่ดำเนินการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาจำกัดที่ตกลงไว้ นั้นสามารถฟ้องร้องตามสิทธิเรียกร้องนั้นต่อศาลได้อีก ดังบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 9 ว่า “สัญญาอนุญาตตุลาการจะกำหนดให้ต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่าอายุความก็ได้ แต่การฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นการตัดสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการเท่านั้น หากมีผลเป็นการตัดสิทธิฟ้องคดีตามข้อพิพาทนั้นต่อศาลไม่” ซึ่งเป็นการไม่ให้ความสำคัญต่อการระงับข้อพิพาททางการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีที่ไม่ต้องการให้มีการพิจารณาข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ ได้มีโอกาสหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญาโดยเพิกเฉยไม่ต้องอ้างหรือเรียกร้องตามสิทธิเรียกร้องที่ตนมีภายในระยะเวลาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการจึงนำสิทธิเรียกร้องนั้นมาฟ้องเป็นคดีซึ่งทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายที่ต้องการต่อสู้ตามข้อเรียกร้องนั้น โดยทางอนุญาตตุลาการหมดโอกาสที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยทางอนุญาตตุลาการ ซึ่งทำให้ขัดต่อหลักเจตนารมณ์ของคู่สัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา จึงควรหรือไม่ที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามความเห็นของนักกฎหมายไทย ได้มีผู้เสนอความเห็น ดังนี้ คือ

-รศ.พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ตามหลักสากลนั้นเมื่อมีการกำหนดข้อจำกัดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการแล้ว ก็ต้องไปสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการโดยไม่หวนกลับมาฟ้องศาลได้ เนื่องจากการอนุญาตตุลาการเป็นกรณีที่คู่กรณีเลือกใช้เพื่อไม่ต้องการให้ข้อพิพาทระงับลงด้วยวิธีการตามระบบศาลภายในประเทศ แต่เมื่อมีการนำบทบัญญัติอนุญาตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ด้วยกันก็จะทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้หากต้องการให้เป็นไปตามหลักสากลข้างต้น (สำนักงานอนุญาตตุลาการ, 2539:16)

-อ.อริก อ้วนนนท์ ได้ให้ความเห็นว่า ข้อจำกัดระยะเวลาของการใช้สิทธิในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการซึ่งกำหนดให้มีผลเป็นการตัดสิทธิทางศาลหากไม่ใช้สิทธินั้นภายในกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันถือเป็นการขยายหรือย่นอายุความตามกฎหมายไทยและมีผลเป็นโมฆะเนื่องจากตามหลักแล้วอายุความเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่กรณีจะตกลงยื่นหรือขยายอายุความไม่ได้ หากจะมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเป็นการตัดสิทธิทางศาลยอม

ทำไม่ได้ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ช:17) ความคิดนี้ก็ได้มีผู้สนับสนุนดังปรากฏในรายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 8/2539 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ช:11)

-รศ. อนันต์ จันทโรภากร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า จะต้องพิจารณาว่าอายุความเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/29 ได้บัญญัติไว้ว่าหากไม่ได้มีการกำหนดเรื่องอายุความขึ้นต่อผู้ ศาลจะอ้างเอาเหตุอายุความมาเป็นเหตุยกฟ้องไม่ได้ ซึ่งแตกต่างกับหลักทั่วไปซึ่งหากเป็นกรณีกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแล้ว ศาลย่อมยกขึ้นเองได้ ซึ่งรศ.อนันต์ เห็นว่าอายุความเป็นเรื่องที่มีผลกระทบโดยตรงต่อคู่กรณีมากกว่ากระทบกระเทือนต่อประชาชนทั่วไป แต่ก็เห็นว่า มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เป็นบทบัญญัติที่ให้ความสำคัญศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มากเท่าที่ควร (อนันต์ จันทโรภากร, 2536 : 99)

การที่คู่กรณีได้ตกลงกำหนดข้อจำกัดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทตามสิทธิเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับความคิดว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาที่ก่อให้เกิดนิติกรรมสัญญาที่จริงแต่ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักของกฎหมาย เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา193/11 กำหนดว่าอายุความที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้น คู่กรณีจะตกลงกันให้ขยายออกหรือยื่นเข้าไม่ได้ เมื่ออายุความเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ตัดสิทธิผู้มีสิทธิเรียกร้องที่ไม่ใช้สิทธิภายในกำหนดเวลาของกฎหมายให้เสียสิทธิที่พึงมี จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดเพื่อคุ้มครองผู้ที่จะต้องเสียสิทธิไป การตกลงกันระหว่างคู่กรณีในการกำหนดระยะเวลาอายุความให้สั้นกว่าที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นโมฆะ ไม่อาจมีผลบังคับได้ เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายโดยแจ้งชัด

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดข้อจำกัดระยะเวลาในการยื่นข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงการตัดสิทธิการใช้สิทธิเรียกร้องทางอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่มีผลเป็นการตัดสิทธิการใช้สิทธิเรียกร้องนั้นทางศาลต่อไป คู่กรณีจึงไม่อาจกำหนดแตกต่างไว้เป็นอย่างอื่นจากกฎหมาย และไม่อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้มีสิทธิเรียกร้องที่ไม่ดำเนินการภายในข้อจำกัดระยะเวลาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการให้มีผลเป็นการตัดสิทธิในการยื่นฟ้องต่อศาลได้ เนื่องจากตามกฎหมายไทยกำหนดไม่ให้มีการยื่นหรือขยายอายุความ คู่กรณีจึงไม่อาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้

นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบางแห่งก็ได้มีการยอมรับหลักการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public policy) ดังตัวอย่าง คำชี้ขาดระหว่างการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้านานาชาติ (ICC) เลขที่ 4620 ลงวันที่ 18 เม.ย. ค.ศ.1984 (cited in Redfern and Hunter,1991 :194) ได้ตัดสินไว้ว่า “การพิจารณาเรื่องข้อจำกัดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักประโยชน์เพื่อส่วนรวมของประชาชนตามกฎหมายที่บังคับใช้กับอายุความแห่งข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการไม่ดำเนินการเสนอข้อพิพาทภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยคู่กรณีเป็นเพียงการตัดสิทธิในการใช้สิทธิเรียกร้องทางอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่เป็นการตัดสิทธิในการดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องนั้น โดยทางศาล”

4. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

โดยที่กฎหมายของบางประเทศยินยอมให้คู่กรณีตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักความยุติธรรมได้โดยไม่ต้องตัดสินโดยคำนึงถึงกฎหมายบัญญัติโดยเคร่งครัด แต่เพียงด้านเดียว ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ซึ่งใช้ในการพิจารณาข้อพิพาท หากคู่กรณีจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินทำคำชี้ขาดโดยไม่ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น แต่สามารถตัดสินโดยใช้หลักความยุติธรรมเป็นพื้นฐานเพื่อให้ข้อพิพาทได้รับการชี้ขาดโดยยุติธรรมที่สุดซึ่งในกรณีดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 อย่างไร

โดยหลักการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงคุณสมบัติของตัวบุคคลผู้ถูกแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนอกจากจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย มีความรู้การอบรมหรือประสบการณ์เกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทแล้ว อนุญาโตตุลาการยังต้องมีความเป็นกลาง ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด และมีความเป็นอิสระในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหลักในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง เอาใจใส่ และยุติธรรม

4.1 หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการต้องกระทำการตามหน้าที่โดยใช้ความสามารถเท่าที่มีโดยเต็มที่ซึ่งการกระทำการดังกล่าวจะต้องยึดถือแนวปฏิบัติ ดังนี้ คือ

ก. การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (Duty to Act with Due Care)

การที่อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้เข้าทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจึงเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีที่แต่งตั้งตน โดยได้รับค่าธรรมเนียมจากการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น การกระทำการตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ผู้ประกอบการเป็นวิชาชีพพึงมี ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ในระดับเดียวกับทนายความหรือแพทย์ ซึ่งหมายถึงว่าจะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าการกระทำทั่วไปของบุคคลธรรมดา เนื่องจากผลจากการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีแต่งตั้งขึ้นโดยสัญญานั้นเป็นการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการกระทำการแทนคู่กรณีในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยมอบความไว้วางใจและความรับผิดชอบแก่

อนุญาตตุลาการ และคาดหวังว่าอนุญาตตุลาการควรต้องรับผิดชอบในการกระทำตามหน้าที่นั้น หากคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาตตุลาการต้องเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความระมัดระวังของอนุญาตตุลาการ คู่กรณีนั้นอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากมูลเหตุดังกล่าวจากอนุญาตตุลาการ

ระดับของความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มักขึ้นอยู่กับอันตรายหรือผลเสียหายของเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำหากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามนั้น ซึ่งโดยทั่วไปอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

1) ระดับความระมัดระวังเฉพาะบุคคล คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังในการดูแลจัดการทรัพย์สินหรือกิจการของตนเอง ซึ่งขึ้นอยู่กับตัวบุคคลนั้นๆ โดยอาจจะใช้ความระมัดระวังมากกว่าหรือน้อยกว่าบุคคลโดยปกติทั่วไปก็ได้

2) ระดับความระมัดระวังโดยปกติ คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่มีความระมัดระวังซึ่งคาดหมายว่าคนปกติที่มีความรอบคอบจะพึงใช้ความระมัดระวังระดับนั้นในการจัดการเหตุการณ์หรือทรัพย์สินนั้นๆ

3) ระดับความระมัดระวังสูงสุด คือ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่ต้องใช้ฝีมือและความชำนาญในการกระทำกิจการ หรือระดับของความระมัดระวังซึ่งพึงมีโดยคาดหมายได้จากบุคคลที่ประกอบวิชาชีพหรือธุรกิจเดียวกันได้ใช้ความระมัดระวังนั้น ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังสูงกว่าคนธรรมดาโดยปกติ (พจน ปลูกาคม, 2523 : 122) ซึ่งบางครั้งก็เป็นระดับความระมัดระวังตามที่กฎหมายกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยของชีวิตและทรัพย์สิน

อย่างไรก็ดี กรณีที่อนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเลินเล่อ ในบางประเทศกฎหมายบัญญัติให้ไม่ต้องรับผิด โดยยึดหลักเรื่องความคุ้มกันบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่ไม่ต้องให้ถูกฟ้องร้อง ซึ่งเป็นรัฐประศาสนโยบายในการคุ้มครองผู้พิพากษา เพื่อให้ผู้พิพากษาที่ใช้ดุลยพินิจในการปฏิบัติหน้าที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในงานของตนโดยเต็มที่และปราศจากความกลัว และหลักการดังกล่าวนำมาใช้กับผู้ปฏิบัติหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษา คือ อนุญาตตุลาการด้วย และเป็นหลักยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของอนุญาตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นความคุ้มกันจากการฟ้องคดี (Immunity from suit) (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2538 : 96)

เหตุที่ต้องกำหนดให้มีความคุ้มกันการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการให้ไม่ต้องถูกฟ้องร้องนั้น เนื่องจากคู่กรณีที่ต้องเสียหายหรือเสียประโยชน์จากคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการย่อมต้องการจะให้มีการพิจารณาใหม่โดยอ้างเหตุการณ์ปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการว่ากระทำโดย

ประมาณเส้นเล่อ ซึ่งจะทำให้เกิดผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทโดยรวดเร็วและเป็นที่สุด นอกจากนี้ หากอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบในการพิจารณาข้อพิพาทอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งต้องใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจจะทำให้ไม่มีบุคคลใดที่ต้องการมาเป็นอนุญาตตุลาการ

ข. การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่ (Duty to act with due diligent)

คือ การปฏิบัติหน้าที่โดยเอาใจใส่ ไม่ชักช้า โดยการกระทำการตามหน้าที่ตามกระบวนการพิจารณาอย่างต่อเนื่องและไม่ถ่วงเวลา หากอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยอืดอาด ความล่าช้าดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีในทางการเงิน เช่น จากดอกเบี้ยที่เพิ่มมากขึ้นตามระยะเวลาที่เสียไป อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่ได้มีการบัญญัติถึงความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าของอนุญาตตุลาการ

ค. การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรม (Duty to act judicially)

“อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่หรือถูกมองว่าปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรม” ซึ่งเป็นคำกล่าวที่ถือเป็นหลักการของการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาตตุลาการที่สำคัญ การปฏิบัติหน้าที่ที่ด้วยความยุติธรรมนั้นเป็นการกระทำที่ต้องมีอยู่ตลอดกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ เช่น อนุญาตตุลาการต้องพิจารณาคดีโดยให้โอกาสคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสเข้าร่วมการพิจารณาโดยเท่าเทียมกัน เว้นแต่คู่กรณีใดจะผัดผ่อนหรือขาดการพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการได้แจ้งเป็นหนังสือให้ทราบแล้ว

หากอนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมก็อาจถูกร้องขอให้เพิกถอนอนุญาตตุลาการผู้นั้นได้ โดยไม่ต้องรอให้จบกระบวนการพิจารณาหรือตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทก่อนดังใน มาตรา 2.7 ของข้อบังคับอนุญาตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

หากอนุญาตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบและสุจริต ด้วยความเอาใจใส่ และระมัดระวังแล้ว การพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทย่อมเกิดความยุติธรรมโดยที่เกิดจากตัวคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการซึ่งทำให้การตัดสินโดยใช้กฎหมายบัญญัติเคร่งครัดมีความจำเป็นน้อยลง และอนุญาตตุลาการที่มีความสุจริตและยึดถือความยุติธรรมอาจปรับหรือนำหลักเกณฑ์อื่น เพื่อใช้ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงหลักการอนุญาตตุลาการที่ตัดสินโดยไม่ใช้หลักกฎหมายอย่างเคร่งครัด

4.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมาย

(Amiable

Composition)

เป็นการอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย โดยการที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งระบุให้ตัดสินในฐานะผู้ประนีประนอมที่เป็นเพื่อนของคู่กรณี (Amiable Compositeur) (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2538 : 8) จึงสามารถตัดสินข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายได้ แต่ก็ต้องใช้เหตุผลในการตัดสินซึ่งมักใช้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดีของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ(ex aequo et bono) หลักการดังกล่าวมีต้นกำเนิดในประเทศฝรั่งเศส โดยศาลอุทธรณ์กรุงปารีส ได้ตัดสินคดี ระหว่าง S. A. Intrafor Cofer et Subtec Middle East Company V. Consorts Gagnant ลงวันที่ 12 มีนาคม 1985 เกี่ยวกับการขอบังคับตามคำชี้ขาด โดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอ้างว่าคำชี้ขาดไม่มีผลบังคับเนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามข้อกำหนดของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่คู่กรณีอีกฝ่ายอ้างว่าข้อกำหนดหนึ่งในสัญญาอนุญาโตตุลาการมีการระบุให้อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทในกรุงเจนีวา และทำคำตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักกฎหมายและความเป็นธรรม (in law and in equity) ซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าเป็นการมอบอำนาจให้ตนพิจารณาคดีข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมายโดยเคร่งครัดแต่คำนึงถึงหลักความเป็นธรรม (amiable compositeur) และอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงได้ใช้อำนาจนี้ในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาระหว่างคู่กรณีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น โดยไม่ได้มีการเจรจาต่อรองหรือทำความตกลงร่วมกันอีกครั้งระหว่างคู่กรณี ในคดีนี้ ศาลฝรั่งเศสแห่งกรุงปารีส ตัดสินว่า อนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีอำนาจทำคำตัดสินโดยใช้หลักผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นเพื่อนของคู่กรณีได้ เนื่องจากศาลพิจารณาว่าหลักความเป็นธรรม (equity) ตามกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งผู้พิพากษาหรือศาลมีอำนาจใช้หลักนี้ในการพิจารณาคดีตัดสินข้อพิพาทภายใต้หลักความยุติธรรม(fairness) และสามัญสำนึก (common sense) ได้เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงโดยชัดแจ้งให้ศาลไม่จำเป็นต้องใช้บทบัญญัติของกฎหมายโดยเคร่งครัดในการตัดสินข้อพิพาท

อย่างไรก็ดี การไม่ยึดติดกับกฎหมายโดยเคร่งครัดของอนุญาโตตุลาการที่ใช้หลักผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นเพื่อนของคู่กรณีในการตัดสินข้อพิพาทนี้ต้องไม่ขัดกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และทำได้ต่อเมื่อคู่กรณีได้มอบอำนาจโดยชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักนี้ได้เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ใช้หลักดังกล่าวนี้ในการตัดสินข้อพิพาทและหลักการดังกล่าวนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีดังกล่าวย่อมมีผลบังคับได้รวมถึงในประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งแม้กฎหมายแห่งประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะไม่ยอมให้มีการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีการดังกล่าวก็

ตาม เนื่องจากถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณาและทำการชี้ขาด

ดังที่อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ กรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 บัญญัติว่า ประเทศสมาชิกของอนุสัญญาต้องยอมรับโดยผูกพันและรับบังคับให้ตามคำชี้ขาดที่ได้ดำเนินการตามกระบวนการวิธีพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่คำชี้ขาดได้กระทำขึ้น (มาตรา3 ของอนุสัญญา)

หลักเกณฑ์การตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ต้องใช้กฎหมายโดยเคร่งครัดนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ มาตรา 28 (3) ว่า “คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายปรับแก้ข้อพิพาท แต่คำนึงถึงหลักแห่งความเที่ยงธรรมและยุติธรรมก็ได้ หากคู่กรณีได้ให้อำนาจดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง”

4.3 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากจะมีการนำหลักความเที่ยงธรรมและยุติธรรมมาใช้โดยไม่ต้องยึดติดเฉพาะกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นจะช่วยให้อนุญาโตตุลาการสามารถปรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินแก้ข้อเท็จจริงเพื่อให้ข้อพิพาทที่พิจารณาตัดสินได้รับความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยให้สามารถนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยไม่ต้องยึดติดกับกฎหมายเคร่งครัด หากการแปลความกฎหมายหรือการใช้กฎหมายบัญญัตินั้นจะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคู่กรณี ทำให้อนุญาโตตุลาการที่ใช้หลักเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีนี้มีความยืดหยุ่นในการปรับหลักความยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อบรรเทาความเสียหายและเกิดความเป็นธรรมมากที่สุด ซึ่งหลักเกณฑ์นี้เป็นประโยชน์อย่างมากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะสำหรับอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่พนักงานกฎหมายแต่มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาที่พิพาทจะได้ใช้หลักดังกล่าวในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวการร่างกฎหมายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ซึ่งคณะกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ได้ร่างไว้ในมาตรา 32 วรรคสาม ว่า

“คู่มือพิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท โดยใช้หลักแห่งความยุติธรรม” (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ฉ “ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ....ฉบับร่าง 4 ธันวาคม 2539)

หากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ.2530 จะได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักความยุติธรรมในการตัดสินข้อพิพาทได้ก็จะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อระบบการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

5. แบบของคำชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวกับลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการจากการทำคำชี้ขาดโดยมติเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะต้องระบุเหตุผลของการทำคำชี้ขาดหรือไม่

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา20 ได้กำหนดไว้ว่า “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี โดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย...” ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการดังกล่าว หากกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการหลายคนร่วมกันทำการพิจารณาและทำคำชี้ขาดจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมียลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการครบทุกคนจึงจะถือว่าถูกต้องสมบูรณ์ตามแบบคำชี้ขาด

ประกอบกับการที่ มาตรา 20 ข้างต้น กำหนดด้วยว่า คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลในการทำคำชี้ขาด ซึ่งหากในกรณีของการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งพิจารณาและทำคำชี้ขาดตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายแห่งประเทศนั้นไม่ได้กำหนดว่าแบบของคำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลไว้ด้วย การร้องขอให้บังคับตามศาลไทยจะมีผลหรือไม่ เพียงไร

5.1 ความหมายของ “คำชี้ขาด”

คำชี้ขาด คือ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในทุกประเด็นที่คู่กรณีเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ รวมถึงการตัดสินในประเด็นขอบอำนาจอนุญาโตตุลาการและวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยคำชี้ขาดจะต้องมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี ซึ่ง Redfern และ Hunter ระบุว่าไม่ว่าคำตัดสินจะเกิดขึ้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาจะต้องมีความเป็นที่สุดสำหรับประเด็นข้อพิพาทที่ได้พิจารณาแล้ว และผูกพันคู่กรณีไม่ให้ไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอีกจึงจะถือว่าเป็นคำชี้ขาด (Redfern and Hunter, 1991: 360)

ในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข : 339) ข้อ 1.2 ได้ให้คำจำกัดความของ “คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ” ว่าหมายถึง ไม่เฉพาะแต่เพียงคำชี้ขาดซึ่งทำโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งเฉพาะกรณีเท่านั้น แต่รวมถึงคำชี้ขาดซึ่งทำโดยองค์กรอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นอย่างถาวรซึ่งคู่กรณีได้ยื่นข้อพิพาทให้พิจารณา

ตามกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกจากในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ข้างต้นแล้ว พบว่าไม่มีอนุสัญญาใดซึ่งให้นิยามความหมายของคำชี้ขาดไว้

5.2 ประเภทของคำชี้ขาด

คำชี้ขาดอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

1. คำชี้ขาดระหว่างกาล (interim award)
2. คำชี้ขาดเมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา (final award)
3. คำชี้ขาดในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด (default award)
4. คำชี้ขาดตามยอมของคู่กรณี (consent award)

1. คำชี้ขาดระหว่างกาล (interim award)

คือ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในระหว่างกระบวนการพิจารณา ซึ่งอาจตัดสินเกี่ยวกับขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการเองหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญา หรือการตัดสินในเรื่องใดๆที่ไม่ใช่การตัดสินที่ทำให้ข้อพิพาทที่ยื่นสู่การพิจารณาอนุญาโตตุลาการระงับลงทั้งหมด ดังนั้น คำชี้ขาดระหว่างกาลจึงต้องเป็นการตัดสินข้อพิพาทระหว่างการพิจารณากระบวนการ

อนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อพิพาทบางประเด็นและยังคงเหลือประเด็นบางประเด็นที่ยังต้องการวินิจฉัยชี้ขาดเมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณา

คำชี้ขาดระหว่างกาลมักตัดสินข้อยุติในเรื่องของประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่มีผลบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดระหว่างกาลประเภทนี้อาจเรียกว่า “คำชี้ขาดเบื้องต้น” (Preliminary Award)

นอกจากนี้ยังมีคำชี้ขาดระหว่างกาลอีกอย่างหนึ่งที่ตัดสินประเด็นข้อพิพาทบางประเด็นของข้อพิพาททั้งหมดที่ยื่นเสนอเพื่ออนุญาโตตุลาการในระหว่างการพิจารณา ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องของการตัดสินให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งชำระเงินหรือตัดสินข้อเท็จจริงอื่นๆ รวมถึงอาจพิจารณาคัดสินในเรื่องกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาก็ได้ ซึ่งเรียกคำชี้ขาดระหว่างกาลประเภทนี้ให้ย่อลงมาได้ว่า “คำชี้ขาดเฉพาะส่วน” (Partial Award)

ทั้งหมดนี้รวมถือเป็นคำชี้ขาดระหว่างกาลโดยคำชี้ขาดเฉพาะส่วนครอบคลุมถึงคำชี้ขาดเบื้องต้นได้ด้วย และคำชี้ขาดระหว่างกาลถือว่ายุติในประเด็นที่ได้มีการทำคำชี้ขาดนั้นซึ่งมีผลผูกพันคู่กรณี (Redfern and Hunter, 1991: 360)

ผู้เขียนเห็นว่าคำชี้ขาดระหว่างกาลเป็นคำชี้ขาดประเภทหนึ่ง เนื่องจากถือว่ายุติในประเด็นที่มีการพิจารณาและมีผลผูกพันคู่กรณีโดยจะไม่มีการพิจารณาอีกครั้งในการทำคำชี้ขาดเมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (final award) ตามที่ Redfern and Hunter ได้อธิบายไว้ (1991: 360) แม้ว่าตามกฎหมายต้นแบบฯ มาตรา 16 (3) ได้บัญญัติให้คำชี้ขาดระหว่างกาลที่เกี่ยวกับการตัดสินประเด็นเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลให้ตัดสินปัญหาดังกล่าวได้อีกครั้ง โดยคำพิพากษาของศาลให้ถือเป็นที่สุด นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้คู่กรณีสามารถร้องขอต่อศาลให้พิจารณาประเด็นเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการจากคำชี้ขาดระหว่างกาลในประเด็นดังกล่าว เป็นขั้นตอนในการทำลายความมีผลของคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นแล้ว แต่หากคู่กรณีไม่ร้องขอต่อศาลคำชี้ขาดนั้นย่อมมีผลผูกพันคู่กรณี เพราะถือว่าได้มีการตัดสินในประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่สุด ณ ชั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะมีการร้องขอต่อศาลให้พิจารณาในประเด็นดังกล่าวใหม่หรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นและศาลตัดสินให้เพิกถอน คำชี้ขาดจึงจะสิ้นผลผูกพัน

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “คำชี้ขาด” ไว้ในบทบัญญัติ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวด 4 มาตรา 22 และ 23 ของพระราช

บัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ย่อมเข้าใจว่า คำชี้ขาด คือ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินเป็นที่ยุติในประเด็นข้อพิพาทซึ่งมีผลผูกพันและบังคับคู่กรณี

ดังนั้น คำชี้ขาดระหว่างกาล (Interim Awards) ซึ่งถือเป็นคำชี้ขาดประเภทหนึ่ง จึงมีผลผูกพันคู่กรณี แต่จะบังคับได้ในฐานะคำชี้ขาดตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 หรือไม่นั้น เนื่องจาก ข้อ 5 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ค.ศ.1958 คำชี้ขาดที่มีผลบังคับตามอนุสัญญาฯ หมายถึง คำชี้ขาดเมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา (final award) เท่านั้น ดังนั้นศาลแห่งประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดจึงอาจไม่รับบังคับไว้ในคำชี้ขาดที่ไม่ใช่คำชี้ขาดเมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาก็ได้

แต่มี คำสั่งบางอย่างของอนุญาโตตุลาการในระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่สั่งในเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาหรือการนำเสนอพยานหลักฐานระหว่างคู่กรณี ซึ่งคำสั่งดังกล่าวไม่ถือเป็นคำชี้ขาดระหว่างกาล เนื่องจากไม่ได้เป็นการตัดสินถึงเนื้อหาที่เป็นข้อพิพาทที่ยื่นเสนอเพื่อการอนุญาโตตุลาการแต่เป็นเพียงคำสั่งในการจัดการเกี่ยวกับวิธีดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้สามารถเกิดคำชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาทได้ในขั้นต่อไป คำสั่งดังกล่าวบางครั้งอาจเรียกได้ว่า “คำสั่งเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดี” (Interlocutory Award)

ประโยชน์ของคำชี้ขาดระหว่างกาลนั้น เป็นการช่วยให้คู่กรณีประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลาในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น การชี้ขาดในประเด็นเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะทำให้ทราบว่าคู่กรณีอยู่ในจุดใดของคดี หากมีการตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาประเด็นข้อพิพาทนั้น คู่กรณีจะได้ไม่ต้องสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการซึ่งท้ายที่สุดย่อมไม่ผูกพันคู่กรณี

อย่างไรก็ตาม การทำคำชี้ขาดระหว่างกาลมีข้อที่ต้องพึงระวังหากการพยายามนำประเด็นข้อพิพาทแยกออกจากกันเร็วเกินไปในช่วงเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา เนื่องจากอาจมีผลเสียหายภายหลังที่ได้ทำคำชี้ขาดระหว่างกาลในประเด็นข้อพิพาทที่แยกออกมาเร็วเกินไป เนื่องจากหากต่อมาได้ทำการพิจารณาต่อไป และพบว่าเกิดข้อเท็จจริงจากการนำสืบของคู่กรณีซึ่งทำให้มีผลกลับกันหรือตรงกันข้ามกับคำชี้ขาดระหว่างกาลที่ได้ทำขึ้นแล้วนั้น ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรแยกประเด็นข้อพิพาทเพื่อทำคำชี้ขาดระหว่างกาลโดยที่คู่กรณีไม่ได้ร้องขอแต่ควรจะให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมและเสนอประเด็นข้อพิพาทเพื่อขอคำชี้ขาดระหว่างกาลต่ออนุญาโตตุลาการเอง และหากมีเพียงคู่กรณีฝ่ายเดียวที่ต้องการให้ทำคำชี้ขาดระหว่างกาล อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าประเด็นข้อพิพาทเหมาะสมจะทำคำชี้ขาดระหว่างกาลหรือไม่

2. คำชี้ขาดเมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา (final award)

เป็นคำตัดสินที่ทำขึ้นเมื่ออนุญาโตตุลาการได้สิ้นสุดกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท และคำตัดสินดังกล่าวเป็นการระงับข้อพิพาททั้งหมดโดยไม่มีประเด็นใดๆที่เหลือให้ทำการอนุญาโตตุลาการได้อีก

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า คำชี้ขาดจะมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีซึ่งคู่กรณีจะนำข้อพิพาทที่ได้มีการทำคำชี้ขาดแล้วไปทำการพิจารณาใหม่ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากคำชี้ขาดนั้นมีความผิดพลาดในเรื่องของการพิมพ์หรือตัวสะกดผิดไป เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือโดยดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการเองอาจมีคำสั่งให้แก้ไขการพิมพ์ผิดพลาดดังกล่าวให้ถูกต้องได้โดยไม่ถือเป็นการทำคำชี้ขาดขึ้นใหม่ ดังเช่น ตามกฎหมายต้นแบบฯ ได้บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการสามารถแก้ไขคำชี้ขาดเล็กน้อยได้ ตามที่บัญญัติในมาตรา 33 (1) (a) “เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ภายใน 30 วันนับแต่ได้รับคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเมื่อได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ อาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขให้ถูกต้องสำหรับข้อผิดพลาดในการคำนวณตัวเลข ข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรือข้อผิดพลาดที่เกี่ยวกับการพิมพ์หรือข้อผิดพลาดในทำนองเดียวกัน”

นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องของการแปลและการตีความคำชี้ขาดนั้น โดยทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันต่างๆซึ่งจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่ทำคำชี้ขาดมีอำนาจในการแปลและตีความคำชี้ขาดนั้น โดยอาจเกิดจากคำสั่งศาลหรือคู่กรณีร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการ ดังที่ปรากฏในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน SCC (Rules of the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce) ข้อ 20 ว่า “หากคู่กรณีร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการภายใน 60 วันนับแต่ได้รับคำชี้ขาด ให้ทำการตีความคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการจะต้องตีความคำชี้ขาดดังกล่าวแก่คู่กรณี หากคำชี้ขาดปรากฏความผิดพลาดเล็กน้อยหรือพิมพ์ผิด อนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำการแก้ไขข้อผิดพลาดดังกล่าวได้ โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสิทธิที่จะแสดงความเห็นของตนได้ และในกรณีดังกล่าว คำชี้ขาดที่แก้ไขแล้วนั้นมีผลผูกพันคู่กรณียกเว้นแต่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือตามข้อบังคับของ ICSID ข้อ 51 ซึ่งอนุญาตให้มีการยื่นแบบคำขอเพื่อการตีความและทบทวนคำชี้ขาด ซึ่งไม่เพียงแต่ให้อนุญาโตตุลาการคณะเดิมที่ได้ทำคำชี้ขาดมีอำนาจตีความหรือทบทวนคำชี้ขาดได้เท่านั้น แต่ยังให้อนุญาโตตุลาการคณะใหม่ที่ถูกต้องตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีอำนาจตีความและแก้ไขคำชี้ขาดได้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการคณะเดิมไม่อาจรวมกันเป็นองค์คณะได้อีก (Redfern and Hunter, 1991 : 374)

ตามกฎหมายต้นแบบฯ มาตรา 33(1) (b) กำหนดว่า “ถ้าคู่กรณีได้ตกลงกันได้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเมื่อได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ อาจร้องขอคณะอนุญาโตตุลาการให้ตีความประเด็นใดประเด็นหนึ่งหรือบางส่วนของคำชี้ขาดได้”

3. คำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัด (Default Award)

เป็นคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากการพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณา เช่น ผิดนัดยื่นคำให้การ หรือผิดนัดพิจารณา ซึ่งอย่างไรก็ตามในกรณีที่ผิดนัดโดยฝ่ายจำเลย การผิดนัดไม่เป็นเหตุให้จำเลยแพ้คดีด้วยใจที่ผู้เรียกร้องยังจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงให้สมฟ้อง

การทำการพิจารณาเพื่อทำคำชี้ขาดข้อพิพาทเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งผิดนัดพิจารณานั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าได้แจ้งและให้โอกาสคู่กรณีที่ผิดนัดพิจารณาโดยเต็มที่ และเท่าเทียมกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน แต่คู่กรณีนั้นขาดนัดพิจารณาเอง เนื่องจากการไม่แจ้งให้คู่กรณีได้มีโอกาสสู้คดีโดยเท่าเทียมกันอาจเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ และอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่ตรวจสอบพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่คู่กรณีฝ่ายที่เข้าร่วมพิจารณาเสนอ โดยเต็มความสามารถเสมือนการกระทำการตรวจสอบแทนคู่กรณีฝ่ายที่ผิดนัดพิจารณา

คำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte proceeding) เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายขาดนัดพิจารณานั้น เป็นการป้องกันการเตล่วงกระบวนการพิจารณาให้ล่าช้าของคู่กรณีโดยการหลีกเลี่ยงไม่เข้าร่วมการพิจารณา ซึ่งเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดโดยให้โอกาสคู่กรณีได้สู้คดีโดยเท่าเทียมกันแล้ว แม้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะผิดนัดพิจารณาและไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาก็ถือว่า คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นนั้นมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีเหมือนคำชี้ขาดที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอยู่ร่วมในการพิจารณา

4. คำชี้ขาดตามยอมของคู่กรณี (Consent Award)

เป็นคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากการประนีประนอมของคู่กรณีในระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงประนีประนอมหาข้อยุติระหว่างกันเองได้ ซึ่งการประนีประนอมดังกล่าวอาจทำขึ้นเป็นสัญญาและมีผลให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการและอำนาจของอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง เนื่องจากไม่มีข้อพิพาทให้ทำการพิจารณาต่อไปจากการที่คู่กรณีได้ระงับข้อพิพาทเรียบร้อยแล้ว แต่บางครั้งคู่กรณีอาจนำข้อ

ตกลงประนีประนอมยอมความมาแสดงต่ออนุญาโตตุลาการและร้องขอให้อนุญาโตตุลาการทำคำตัดสิน โดยอาศัยข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้น

ข้อดีของการประนีประนอมยอมความโดยทำเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น เพื่ออำนวยความสะดวกให้คู่กรณีปฏิบัติตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความในฐานะที่เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถนำไปบังคับได้ตามกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ โดยการยอมรับของระบบศาลยุติธรรมของนานาประเทศ

ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อ 34.1 ได้บัญญัติไว้ว่า “ก่อนที่คำชี้ขาดจะเกิดขึ้น หากคู่กรณีสามารถตกลงยุติข้อพิพาทได้ ให้อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้สิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายร้องขอโดยอนุญาโตตุลาการยินยอม อนุญาโตตุลาการอาจจะให้การประนีประนอมของคู่กรณีเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงของคู่กรณี โดยอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลในการทำคำชี้ขาดดังกล่าว”

5.3 แบบของคำชี้ขาด

แบบของคำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือตามกฎหมายแห่งการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาหรือกฎหมายแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ มิฉะนั้นแล้วอาจทำให้มีการคัดค้านหรือเพิกถอนคำชี้ขาดในศาลแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือในศาลแห่งประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

แบบของคำชี้ขาดตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ระบุไว้แตกต่างกันแต่โดยส่วนใหญ่ มักกำหนดให้คำชี้ขาดจะต้องทำเป็นหนังสือและระบุเหตุผลในการทำคำชี้ขาดรวมถึงการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการด้วยซึ่งในกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติได้กำหนดในมาตรา 31 ไว้ว่า

“(1) คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการข้างมากในคณะอนุญาโตตุลาการถือว่าเพียงพอแล้ว หากมีการระบุถึงเหตุแห่งการไม่ลงลายมือชื่อนั้น

(2) คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวง เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันว่าไม่ต้องระบุเหตุผลไว้ หรือเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30

(3) คำชี้ขาดต้องระบุวันที่และสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 20(1) คำชี้ขาดดังกล่าวให้ถือว่าทำขึ้น ณ สถานที่เช่นนั้น

(4) หลังจากทำคำชี้ขาดแล้ว ให้ส่งสำเนาคำชี้ขาดที่ได้ลงลายมือชื่อโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้บังคับบทบัญญัติอนุมาตรา (1) แห่งมาตรานี้แก่คู่กรณีแต่ละฝ่าย”

และในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ ของ UNCITRAL ข้อ 32 ได้กำหนดไว้ว่า

“-คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือ

-ระบุเหตุผลในการทำคำชี้ขาด

-ต้องลงนามในคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ และระบุวันที่และสถานที่ที่ทำการชี้ขาด

และ

-ในกรณีที่มิใช่อนุญาโตตุลาการ 3 คน และอนุญาโตตุลาการคนหนึ่งไม่ลงนามจะต้องระบุเหตุผลของการที่อนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่ลงนามในคำชี้ขาดด้วย”

“ลายมือชื่อ” เกี่ยวกับกรณีลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีการลงนามโดยอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาทุกคน ปัญหาข้างต้นนี้ เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นในขณะอนุญาโตตุลาการซึ่งมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป ในการทำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการอาจมีความเห็นไม่ตรงกันได้ซึ่งเป็นไปได้ว่าอนุญาโตตุลาการที่มีความเห็นแย้งไม่ตรงกับอนุญาโตตุลาการท่านอื่นอาจงดการลงนามในคำชี้ขาดนั้น ซึ่งหากจะบังคับว่าคำชี้ขาดต้องมีลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการทุกคนที่ทำการพิจารณาก็อาจจะทำให้ไม่สามารถทำคำชี้ขาดได้หรือคำชี้ขาดไม่มีผลสมบูรณ์

ดังนั้น ทางออกที่ดีที่สุดประการหนึ่ง หากเป็นคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจากคะแนนเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการ การลงนามของอนุญาโตตุลาการข้างมากย่อมเพียงพอ

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับหลักการลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการข้างมากในคำชี้ขาดว่ามีผลสมบูรณ์ เช่น

-ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ข้อ 19 กำหนดไว้ว่า “หากอนุญาโตตุลาการมีจำนวน 3 คน คำชี้ขาดให้ทำขึ้นโดยเสียงข้างมาก และหากกรณีที่ไม่สามารถหาเสียงข้างมากได้ ให้ประธานอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำคำชี้ขาดแต่เพียงผู้เดียว”

-ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อ 32 ซึ่งกำหนดว่า “...ในกรณีที่มิใช่อนุญาโตตุลาการ 3 คน และอนุญาโตตุลาการคนหนึ่งไม่ลงนามจะต้องระบุเหตุผลของการที่อนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่ลงนามในคำชี้ขาดด้วย”

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของ UNCITRAL มาตรา 31(1) กำหนดว่า “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการข้างมากในคณะอนุญาโตตุลาการถือว่าเพียงพอแล้ว หากมีการระบุถึงเหตุแห่งการไม่ลงลายมือชื่อนั้น”

5.4 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

ดังนั้น มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งกำหนดว่า “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี...” นั้น จึงน่าจะหมายความว่า หากเป็นคำชี้ขาดโดยมติเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการแล้ว การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการข้างมากและระบุเหตุผลของที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ร่วมลงนามยอมเพียงพอ เพื่อให้เป็นทางออกของการตัดสินโดยเสียงข้างมากและทำให้คำชี้ขาดมีผลสมบูรณ์ มิฉะนั้นกระบวนการพิจารณาที่ได้ทำไว้ย่อมสูญเปล่าอันเป็นการเสียเวลาและค่าใช้จ่าย แต่อย่างไรก็ดี หากสามารถแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงข้อกำหนดลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการ ว่า กรณีคำชี้ขาดที่เกิดจากอนุญาโตตุลาการข้างมาก หากปรากฏลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการข้างมากก็มีผลสมบูรณ์ ก็จะทำให้คำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับได้ในทางปฏิบัติ

5.5 เนื้อหาของคำชี้ขาด

เนื้อหาของคำชี้ขาดโดยทั่วไปจะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ มิฉะนั้น คำชี้ขาดอาจไม่สมบูรณ์และไม่มีผลบังคับได้

เนื้อหาของคำชี้ขาดประกอบด้วย

1) ระบุคำตัดสินประเด็นข้อพิพาททั้งหมดที่ได้เสนอขึ้นมาเพื่อการพิจารณาตามการอนุญาโตตุลาการ โดยแสดงคำตัดสินที่เกี่ยวข้องทั้งหมดและไม่คำนึงว่าได้มีการทำคำชี้ขาดระหว่างกาลไปแล้ว รวมถึงคำตัดสินในเรื่องของค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการก็ควรระบุไว้ในคำชี้ขาด

คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการควรระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีโดยทำเป็นคำสั่งให้ชัดเจนเพื่อเป็นการบังคับคู่กรณีให้ปฏิบัติตาม แต่ทั้งนี้คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่

เป็นการกระทำเกินขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการและไม่เป็นคำตัดสินที่ขัดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

2) ระบุเหตุผลของคำชี้ขาด เนื่องจากคำชี้ขาดที่ตัดสินจะต้อง ไม่คลุมเครือและแสดงเหตุผลให้คู่กรณีทราบว่าเหตุใดอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินออกมาในรูปแบบนั้น มิฉะนั้นแล้วเวลาบังคับตามคำชี้ขาดอาจมีการโต้แย้งเกี่ยวกับการตีความตามคำชี้ขาดได้ แม้ว่าจะมีผู้คัดค้านถึงการระบุเหตุผลในคำชี้ขาดว่าอาจก่อให้เกิดความพยายามของคู่กรณีที่แพ้คดีในการอ้างถึงเหตุผลของคำชี้ขาดว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่อาจบังคับได้ และเป็นการขัดต่อหลักการของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ต้องการความรวดเร็วและยุติข้อพิพาทโดยไม่ซับซ้อน อย่างไรก็ตามก็ตีความกฎหมายและองค์กรอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะไม่เห็นด้วยกับการคัดค้านดังกล่าว เนื่องจากมองว่าโดยพื้นฐานแล้วคู่กรณีควรได้รับสิทธิที่จะทราบไม่เพียงแต่คำชี้ขาดเท่านั้นแต่รวมถึงวิธีการได้มาซึ่งการทำคำชี้ขาดด้วย ซึ่งแนวความคิดหลังนี้ได้ปรากฏชัดแจ้งในอนุสัญญา European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 ข้อ 8 ซึ่งได้ระบุว่า “คู่กรณีได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าได้ตกลงในการระบุเหตุผลในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ว่า (ก) คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลในคำชี้ขาด (ข) ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้จารีตประเพณีที่ไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลในการทำคำชี้ขาด ถ้ากรณีดังกล่าวไม่มีคู่กรณีใดร้องขอให้มีการระบุเหตุผลก่อนสิ้นสุดการพิจารณาหรือก่อนการทำคำชี้ขาดในกรณีที่ไม่มีการพิจารณา”

5.6 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 20 กำหนดว่า “คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงโดยชัดแจ้งด้วย...” นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นการทำคำชี้ขาดโดยการอนุญาโตตุลาการกระทำในประเทศไทยหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายไทยแล้ว คำชี้ขาดนั้นย่อมต้องระบุเหตุผลด้วยจึงจะสมบูรณ์ เนื่องจากถือว่าการระบุเหตุผลเป็นแบบของคำชี้ขาดหากไม่ทำตามแบบย่อมไม่มีผลบังคับได้ เนื่องจากคำชี้ขาดไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ

แต่หากคำชี้ขาดเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและทำขึ้นโดยสมบูรณ์ตามแบบของกฎหมายต่างประเทศอันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้นแล้ว และกฎหมายนั้นไม่ได้กำหนดว่าคำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลไว้ เมื่อนำคำชี้ขาดนั้นมาร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นในประเทศไทยย่อมมีผลบังคับได้แม้จะไม่ได้ระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดไว้ เนื่องจากถือ

ว่าเป็นคำชี้ขาดที่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่บังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั้น เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการยอมรับที่จะบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำชี้ขาดข้างต้นซึ่งถือเป็นคำชี้ขาดอย่างหนึ่งของคำชี้ขาดต่างประเทศจึงควรมีผลบังคับได้

ข้อสังเกตเกี่ยวกับประเด็นแบบของคำชี้ขาดตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งกำหนดไว้ว่า “.....เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการอันใดเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือคำป่วยการของอนุญาโตตุลาการ หรือเป็นการชี้ขาดให้เป็นไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่พิพาท...” (สำนักอนุญาโตตุลาการ, 2539ฉ “ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ..... ฉบับร่าง 4 ธันวาคม 2539”)

ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักแล้วคำชี้ขาดที่เกิดจากการพิจารณาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนำสืบโดยอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยและชี้แนะให้นักพยานหลักฐานแล้วนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวจึงเป็นคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการสามารถให้เหตุผลในการทำคำชี้ขาดได้ แต่สำหรับคำชี้ขาดที่เกิดจากการประนีประนอมยอมความของคู่กรณี ซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ได้เข้าไปตัดสินวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงของข้อพิพาทแต่ประการใด จึงไม่มีเหตุผลที่จะต้องกำหนดเป็นการบังคับให้อนุญาโตตุลาการต้องระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาด

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การร่างบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นโดยการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องแสดงเหตุผลในคำชี้ขาดที่เกิดจากการชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีไม่เป็นการจำเป็นแต่อย่างใดในทางปฏิบัติ เนื่องจากเมื่อคู่กรณีสามารถทำความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้แล้ว เพียงแต่ต้องการให้ข้อตกลงตามการประนีประนอมยอมความนั้นมีผลผูกพันมากกว่าในฐานะที่เป็นเพียงสัญญาประเภทหนึ่งเท่านั้น โดยให้อนุญาโตตุลาการทำบันทึกชี้ขาดตาม ข้อตกลงประนีประนอมยอมความในคำชี้ขาด เพื่อให้มีผลบังคับในทางกฎหมายโดยไม่ต้องดำเนินการฟ้องร้องตามสัญญาประนีประนอมกันนั้นต่อศาลอีก ซึ่งคำชี้ขาดจากเหตุประนีประนอมยอมความของคู่กรณีจึงเป็นสิ่งที่คู่กรณีไม่ได้ต้องการทราบเหตุผลในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องเหตุผลพื้นฐานในการกำหนดให้ต้องระบุเหตุผลในการทำคำชี้ขาดก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับทราบวิธีการได้มาซึ่งคำชี้ขาดตามทีอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย

ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณีไม่จำเป็นต้องกำหนดเป็นการบังคับให้ระบุเหตุผลในคำชี้ขาดก็ได้ และอาจเทียบเคียงได้จากกฎหมายต้นแบบฯ มาตรา 31 (2) ซึ่งก็ได้บัญญัติไว้ถึงกรณีที่ไม่ต้องระบุเหตุผลในการทำคำชี้ขาด หากเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความของคู่กรณี

6 การขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิร้องขอเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดได้หากคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากศาลตรวจสอบคำชี้ขาดนั้นและพบว่าเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ภายในขอบอำนาจของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลมีอำนาจสั่งปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ในทางกลับกันคู่กรณีฝ่ายที่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะร้องขอต่อศาลเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้หรือไม่

เนื่องจากหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้มีบทบัญญัติให้คู่กรณีมีสิทธิยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งวิทยานิพนธ์ส่วนนี้เป็นการเสนอถึงหลักการและคุณประโยชน์ของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด และแนวทางของกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีการนำหลักการการยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการ

6.1 ความหมายของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด

การยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด คือ กระบวนการซึ่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ดำเนินการทางศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อทำให้คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย อันจะทำให้ไม่สามารถบังคับหรือผูกพันคู่กรณีได้ต่อไป และคำชี้ขาดที่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนนี้ย่อมไม่สามารถถูกร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งแม้จะไม่ใช่ประเทศในดินแดนซึ่งศาลได้ทำการเพิกถอนหรือยกเลิกคำชี้ขาด

นอกจากนี้ ศาลที่มีอำนาจรับคำร้องขอหรืออุทธรณ์การยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด คือ ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นศาลแห่งสถานที่ที่มีการทำการอนุญาโตตุลาการ แต่หากพิจารณากฎหมายต้นแบบฯ ซึ่งระบุเหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาด ในมาตรา 36 (1) (a)(5) กรณีที่คำชี้ขาดถูกเพิกถอนหรือระงับใช้เสียแล้วโดยศาลของประเทศที่ได้มีการทำคำชี้ขาด หรือโดยศาลที่มีเขตอำนาจภายใต้กฎหมายที่ได้ทำคำชี้ขาดทำให้ในทางทฤษฎีอาจตีความว่า ในกฎหมายต้นแบบฯ การดำเนินการอุทธรณ์ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดอาจร้องขอต่อศาลแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือศาลแห่งประเทศซึ่งมีการใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตามกฎหมายต้นแบบฯ การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไม่ว่าจะได้ทำขึ้นที่ประเทศใดก็ตามอาจถูกปฏิเสธเสียได้ ถ้าคำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันเป็นที่ยุติ แต่การร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดตามเหตุในมาตรา 34 ต่อศาลใดได้บ้างนั้น ในประเด็นนี้ได้มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นว่า เจตนารมณ์ของคนร่างกฎหมายต้นแบบฯ เพื่อการเพิกถอนหรือยกเลิกคำชี้ขาดก็เฉพาะต่อศาลในดินแดนที่การอนุญาโตตุลาการได้กระทำขึ้นเท่านั้น (Redfern and Hunter, 1991: 431) ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในมาตรา 34 และมาตรา 1(2) ของกฎหมายต้นแบบฯ เนื่องจากมาตรา 34 เป็นเรื่องเกี่ยวกับเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาด และศาลที่มีอำนาจพิจารณา ส่วนมาตรา 1 (2) บัญญัติว่า นอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8, 9, 35 และ 36 แล้ว ให้ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้เฉพาะการอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่ทำคำชี้ขาดเท่านั้น

6.2 วิธีการเพิกถอนคำชี้ขาด

การเพิกถอนคำชี้ขาดอาจกระทำได้ตามวิธีการแห่งกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด (สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ) หรือประเทศซึ่งกฎหมายบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งวิธีการอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม วิธีการเพิกถอนคำชี้ขาดมักดำเนินการ ดังนี้

1) การส่งกลับให้คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทบทวนใหม่

การส่งกลับคำชี้ขาดเพื่อทบทวนใหม่ เป็นวิธีที่คู่กรณีร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ส่งคำชี้ขาดคืนให้คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทบทวนคำชี้ขาดบางส่วน วิธีการนี้จะใช้เมื่อมีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องในคำชี้ขาดเพียงบางส่วนหรือเล็กน้อยจึงต้องการให้มีการแก้ไขคำชี้ขาดเพื่อให้คำชี้ขาดไม่ถูกทำลายหรือไม่มีผลทั้งหมด กรณีของการส่งกลับเพื่อพิจารณาใหม่ ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดบางส่วนที่อยู่ภายนอกขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีการเพิกถอนคำชี้ขาดในส่วนนั้น

2) การยกเลิกคำชี้ขาด

การยกเลิกคำชี้ขาด เป็นวิธีการที่คู่กรณีต้องการทำลายคำชี้ขาดไม่ให้มีผลบังคับได้ต่อไป โดยร้องขอต่อศาลเพื่อพิจารณาคำชี้ขาดนั้นกรณีที่จะยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดก็เช่นอนุญาโตตุลาการไม่มีขอบอำนาจพิจารณาประเด็นข้อพิพาท คำชี้ขาดจึงไม่ชอบและอาจถูกเพิกถอนได้

6.3 มูลเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาด

มูลเหตุหลักในการเพิกถอนคำชี้ขาดอาจแบ่งได้ 4 เหตุ (Redfern and Hunter, 1991 :434) ดังนี้คือ

- 1) มูลเหตุเกี่ยวกับคำชี้ขาดโดยตัวของมันเอง
- 2) มูลเหตุเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณา
- 3) มูลเหตุเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณา
- 4) มูลเหตุเกี่ยวกับนโยบายของรัฐ

1. มูลเหตุเกี่ยวกับคำชี้ขาดโดยตัวของมันเอง

คำชี้ขาดอาจถูกร้องขอให้เพิกถอนได้ หากคำชี้ขาดเกิดขึ้นโดยไม่ได้กระทำตามแบบของกฎหมายแห่งประเทศที่การอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้น เช่น ไม่ได้ระบุเหตุผลแห่งการทำคำชี้ขาดในคำชี้ขาด หากกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ว่าคำชี้ขาดต้องระบุเหตุผล

บางครั้งคำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนได้ หากได้ทำขึ้นโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งทำให้คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ สำหรับมูลเหตุข้อนี้ศาลบางประเทศมีอำนาจทำการเพิกถอนได้ หากพิจารณาเห็นว่าคำชี้ขาดขัดต่อข้อเท็จจริงแห่งคดี ดังเช่น กฎหมายสวิส (Swiss Concordat) ซึ่งบัญญัติในมาตรา 36 (f) ให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีที่คำชี้ขาดเกิดขึ้นโดยขัดแย้งอย่างแจ้งชัดกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏแห่งคดี หรือฝ่าฝืนกฎหมายหรือหลักความยุติธรรม หรือตามกฎหมายออสเตรีย (Austrian Code of Civil Procedure) มาตรา 595 (1) 6 และ 7 ซึ่งกำหนดว่า คำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนได้ หากไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายหรือเกิดจากเอกสารหรือพยานหลักฐานเท็จหรือกรณีที่พบข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใหม่ซึ่งมีผลต่อประเด็นแห่งคดี

แต่ก็มีข้อพึงระวังเกี่ยวกับการให้อำนาจศาลเพิกถอนคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงแห่งคดี เพราะว่าเมื่อศาลได้ตรวจสอบเกี่ยวกับเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว ศาลไม่ได้ทำ

การพิจารณาใหม่โดยการสืบพยานหรือหลักฐานทางเอกสารเช่นที่อนุญาตตุลาการได้กระทำมาแล้ว ซึ่งศาลเพียงแต่ทำการพิจารณาโดยดุลยพินิจของศาลเองว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อข้อเท็จจริงแห่งคดีตามที่ร้องขอหรือไม่ ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำในนามคู่กรณีได้มีการพิจารณาสืบพยานหลักฐานมาจนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา และการอนุญาตให้ศาลมีอำนาจพิจารณาประเด็นข้อเท็จจริงแห่งคดีก็จะทำให้ศาลเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำให้ผิดหลักการของความรวดเร็วและยุติเป็นที่สุดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ตามกฎหมายต้นแบบฯ จะพิจารณาได้ว่า ไม่ได้มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดอันเนื่องมาจากมูลเหตุเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงแห่งคดีหรือข้อกฎหมายแต่ประการใด

2. มูลเหตุเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณา

โดยที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาประเด็นข้อพิพาทโดยอาศัยการแต่งตั้งตามสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณี ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับมอบอำนาจหรือแต่งตั้งจากคู่กรณีให้พิจารณาข้อพิพาท การกระทำเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาย่อมเป็น โฆษะซึ่งทำให้คำชี้ขาด ไม่มีผลบังคับได้ และอาจถูกร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้

เหตุเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น แบ่งออกได้ 3 ประการ คือ

ก. คำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการขาดอำนาจพิจารณา (Absence of Jurisdiction)

เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททั้งหมด อันเนื่องมาจากไม่มีการแต่งตั้งให้ทำการอนุญาโตตุลาการหรือไม่มีข้อตกลงหรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือมีข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่ข้อตกลงนั้นเป็น โฆษะ ซึ่งในกรณีข้างต้นในระหว่างกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจมีการร้องขอให้พิจารณาประเด็นเรื่องขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดระหว่างกาลในเรื่องขอบอำนาจของตนว่าข้อพิพาทอยู่ภายในขอบอำนาจที่ตนมีและทำการอนุญาโตตุลาการจนเกิดคำชี้ขาดขึ้น เมื่อคำชี้ขาดได้เกิดขึ้นแล้ว คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยจึงได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาดโดยอาศัยเหตุว่าคำชี้ขาดเกิดจากการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีอำนาจพิจารณา ซึ่งแม้ว่า อนุญาโตตุลาการจะได้อำนาจพิจารณาในประเด็นเรื่องอำนาจพิจารณาของตนไปแล้ว แต่ก็ไม่มีผลผูกพันศาล ซึ่งศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบอีกครั้งในประเด็นขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยคำพิพากษาของศาลเท่านั้นจึงจะถือว่าเด็ดขาดและเป็นที่สุด หากคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ผลที่เกิดขึ้นจะเป็นได้สองประการ คือ หากเป็นศาลแห่งสถานที่ทำ

การอนุญาตตุลาการ ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งจะทำให้คำชี้ขาดนั้นไม่มีผลบังคับได้ระหว่างคู่กรณีไม่ว่าจะนำไปร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นตามศาลแห่งประเทศที่ไม่ได้ทำการชี้ขาดก็ตาม แต่หากเป็นศาลแห่งประเทศที่ถูกร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ศาลนั้นก็ปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดที่เกิดจากการขาดอำนาจพิจารณาของอนุญาตตุลาการ

ตามกฎหมายต้นแบบฯ ได้บัญญัติเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเหตุที่อนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณา เนื่องจากสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการกำหนดไว้ ตามมาตรา 34 (2) (a) (1) ว่า “คู่สัญญาอนุญาตตุลาการเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ หรือสัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาตกลงไว้ หรือสัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายของรัฐที่มีการร้องขอให้เพิกถอน และในมาตรา 34 (2)(a)(3) “คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้เป็นไปตามหรืออยู่ภายใต้ข้อสัญญาเงื่อนไขของข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยที่ว่ามันสามารถแยกออกได้จากคำวินิจฉัยส่วนที่อยู่ในขอบเขตแล้ว ให้เพิกถอนเฉพาะคำชี้ขาดส่วนที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงอนุญาตตุลาการ”

ข. คำชี้ขาดที่เกิดจากอนุญาตตุลาการกระทำการเกินขอบอำนาจ (Award made in excess of Jurisdiction)

หากอนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทภายใต้ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ แต่อนุญาตตุลาการได้กระทำการพิจารณาข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดประเด็นที่ไม่ได้เสนอต่ออนุญาตตุลาการ ซึ่งในกรณีดังกล่าวคำชี้ขาดย่อมอาจอาจถูกร้องขอให้เพิกถอนได้หรือส่งคืนให้อนุญาตตุลาการทบทวนใหม่ได้ซึ่งหากพิสูจน์ได้ตามที่คู่กรณีอ้างถึง (Redfern and Hunter, 1991:438) เช่นเดียวกับการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลซึ่งผู้พิพากษาไม่มีอำนาจพิพากษาหรือทำคำสั่งใดๆ ที่เกินหรือนอกเหนือจากคำฟ้องได้ (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142)

แต่โดยหลักการ หากคำชี้ขาดในส่วนที่เกิดจากการกระทำโดยเกินขอบอำนาจของอนุญาตตุลาการสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่อยู่ภายในขอบอำนาจ ศาลอาจพิจารณาเพิกถอนเฉพาะคำชี้ขาดส่วนที่อยู่นอกเหนือขอบอำนาจก็ได้ ดังบทบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบฯ มาตรา 34 (2) (a)(3) ข้างต้น

ก. คำชี้ขาดที่เกิดจากอนุญาโตตุลาการตัดสินไม่ครบทุกประเด็นของข้อพิพาท(infra petita)

หากคำชี้ขาดเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทขึ้นแต่หลงลืมหรือตัดสินข้อพิพาทไม่ครบทุกประเด็นตามที่เสนอมา คำชี้ขาดดังกล่าวนี้จึงไม่ครอบคลุมทุกประเด็นของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี อย่างไรก็ตาม คำชี้ขาดนี้ถือว่าเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาท ซึ่งการจะเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวนี้จะต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดที่ได้ตัดสินโดยไม่ครอบคลุมทุกประเด็นนั้น ประเด็นที่ไม่ได้มีการพิจารณาตัดสินเป็นประเด็นสำคัญของข้อพิพาทซึ่งหากได้มีการตัดสินข้อพิพาทนั้นแล้วคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นอาจมีผลเปลี่ยนแปลงได้ คำชี้ขาดนั้นย่อมร้องขอให้เพิกถอนได้ ในทางกลับกันหากประเด็นข้อพิพาทที่ไม่ได้มีการตัดสินเป็นประเด็นปลีกย่อยที่หลงลืมโดยไม่กระทบต่อผลของคำชี้ขาดที่มีอยู่ก็อาจดำเนินการส่งคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมได้โดยไม่ต้องเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น (Redfern and Hunter, 1991 : 438)

เหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดด้วยเหตุที่ว่าคำชี้ขาดเกิดขึ้นจากอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาทำคำชี้ขาดไม่ครบทุกประเด็นนี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ. 1958 หรือแม้แต่ในกฎหมายต้นแบบฯ แต่เท่าที่พบและมีความเกี่ยวข้องที่สุด คือ ในอนุสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยการรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ.1927 ตามมาตรา 2 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดที่ไม่ได้ตัดสินประเด็นครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการ ว่า “หากคำชี้ขาดไม่ได้ตัดสินประเด็นข้อพิพาททุกประเด็นตามที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ศาลแห่งประเทศที่ได้ถูกร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอาจพิจารณาให้รอการบังคับตามคำชี้ขาด หรือรับบังคับให้ตามคำชี้ขาดโดยให้วางประกันต่อศาลก็ได้”

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการเฉพาะกรณีที่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 เท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33(3) ถึงกรณีที่ศาลมีอำนาจสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 หากคำชี้ขาดนั้นไม่ได้วินิจฉัยให้ครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาท แต่ก็ไม่ได้กำหนดไว้ให้เป็นเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่าสมควรหรือไม่ที่จะมีการกำหนดให้คำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการเป็นเหตุหนึ่งในการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย

ในกรณีคำชี้ขาดที่เกิดจากอนุญาโตตุลาการตัดสินไม่ครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น จะเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดได้เมื่อประเด็นข้อพิพาทที่ยังไม่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีที่มีผลกลับหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดที่ได้ตัดสินไว้ อันถือได้ว่าคำชี้ขาด ไม่ได้ตัดสินตรงตามข้อเท็จจริงแห่งคดี ถ้าไม่เข้าเหตุดังกล่าวคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นย่อมมีผลสมบูรณ์ เนื่องจากประเด็นข้อพิพาทที่ได้มีการตัดสินอยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเด็นที่ยังไม่ได้มีการวินิจฉัยเป็นการวินิจฉัยเพิ่มเติมหรือแก้ไขคำชี้ขาดเล็กน้อยซึ่งโดยปกติอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจกระทำได้ คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นแล้วจึงมีผลสมบูรณ์ ซึ่งศาลที่ได้รับการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอาจรับบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น โดยให้คู่กรณีที่ร้องขอให้บังคับวางประกันต่อศาล ซึ่งเทียบเคียงมาจากอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 มาตรา 2 วรรคสองดังกล่าว

3) มูลเหตุเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณา

การจะเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอาศัยมูลเหตุเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการว่าไม่ชอบด้วยข้อตกลงของกลุ่มกรณีหรือกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณานั้น จะต้องดำเนินการและพิสูจน์ให้ได้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่ได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาภายใต้ข้อตกลงของกลุ่มกรณีซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กับสัญญา และ/หรืออนุญาโตตุลาการไม่ได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาซึ่งการไม่ดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาไม่ได้หมายถึงเฉพาะการกระทำผิดขั้นตอนวิธีพิจารณาตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีที่จะเกิดขึ้นน้อยมาก แต่หมายความรวมถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้แจ้งให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงกำหนดนัดพิจารณาหรือไม่ได้แจ้งให้คู่กรณีฝ่ายใดทราบถึงวิธีพิจารณาใดๆ อันทำให้คู่กรณีนั้นไม่ได้รับโอกาสหรือความเท่าเทียมกันในการแสดงหลักฐานในกระบวนการพิจารณาซึ่งถือเป็นมูลเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้

ตามกฎหมายสวิส มาตรา 25 และ 36(e) (Swiss Concordat) กำหนดให้การไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นสามารถถูกเพิกถอนได้ ซึ่งในกฎหมายอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1950 (Arbitration Act 1950) มาตรา 22 (1) และมาตรา 23(2) ได้พัฒนาแนวคิดไปถึงว่าอนุญาโตตุลาการที่ไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณา หรือแสดงหลักฐานต่อผู้คดีได้เท่าเทียมกันอันเป็นการกระทำโดยไม่เป็นกลางหรือประพฤตินั้นสามารถเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดที่เกิดจากอนุญาโตตุลาการประพฤตินั้นชอบได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) คือ หลักว่าด้วยการกระทำอย่างเป็นธรรม ซึ่งได้แก่กฎต่างๆที่ว่าด้วย

การไม่เอนเอียง เช่น ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย (audi alteram partem) โดยให้โอกาสคู่กรณีผู้คดี
 เท่าๆกัน (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2538 : 139)

4.) มูลเหตุเกี่ยวกับนโยบายรัฐ

คำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนได้หากคำชี้ขาดนั้นขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศ
 ที่ทำคำชี้ขาดหรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

การจะพิจารณาว่าคำชี้ขาดใดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือไม่นั้นเป็นกรณีที่ถูก
 ตัดสินแตกต่างกันไปตามนโยบายของรัฐซึ่งไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดจากการ
 อนุญาโตตุลาการจากกิจการดำเนินการบ่อนคาสิโนอาจมีผลผูกพันและสามารถรับบังคับตามคำชี้
 ขาดนั้นได้ หากประเทศที่ถูกร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดถือว่าการดำเนินการคาสิโนเป็นธุรกิจ
 ชนิดหนึ่งที่ไม่ผิดกฎหมาย กลับกันหากอีกประเทศหนึ่งถือว่าการคาสิโนเป็นการพนันที่ผิดต่อ
 กฎหมาย ซึ่งหากมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดในประเทศนี้ ศาลแห่งประเทศดังกล่าวย่อมไม่
 บังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้รวมถึงอาจเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นหากมีการร้องขอให้เพิกถอนด้วย

ตามกฎหมายต้นแบบฯ ได้กำหนดศาลที่ได้รับคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถ
 เพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีที่ประเด็นข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้ตามกฎหมายของรัฐนี้ หรือคำ
 ชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (ม.34 (2) (ข) ของกฎหมาย
 ต้นแบบฯ)

ดังนั้น คำชี้ขาดจะถูกเพิกถอนโดยหลักขัดต่อความสงบเรียบร้อยจึงแตกต่างกันไปตาม
 กฎหมาย วัฒนธรรม และความเชื่อของแต่ละประเทศ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วจะคล้ายๆกัน เช่น คำ
 ชี้ขาดจากธุรกิจค้ายาเสพติด หรือการคอร์รัปชัน ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

6.4 ข้อจำกัดในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาด

เมื่อมีเหตุที่จะทำให้คำชี้ขาดสามารถถูกเพิกถอนได้และคู่กรณีฝ่ายใดที่ต้องการเพิก
 ถอนคำชี้ขาดจึงควรต้องรีบดำเนินการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่รวดเร็วหรือเท่าที่สามารถทำได้
 โดยเร็วที่สุด เพื่อไม่ให้ประวิงการบังคับตามคำชี้ขาด หลักการของการอนุญาโตตุลาการโดยส่วน
 ใหญ่จึงต้องกำหนดระยะเวลาในการให้คู่กรณีร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดไว้ ซึ่งหากคู่กรณีที่
 ต้องการเพิกถอนคำชี้ขาดไม่ได้ดำเนินการภายในเวลาที่กำหนดย่อมเป็นการตัดสิทธิคู่กรณีในการ
 เพิกถอนคำชี้ขาดได้ต่อไป

ในกฎหมายสวิส มาตรา 37.1 (Swiss Concordat) กำหนดไว้ว่า การร้องขอให้เพิกถอนหรือตรวจสอบคำชี้ขาดจะต้องดำเนินการภายใน 30 วันนับแต่คู่สัญญาที่ต้องการร้องขอให้เพิกถอนได้รับการแจ้งถึงคำชี้ขาดนั้น

ตามกฎหมายต้นแบบฯ ม.34 (3) กำหนดว่า คำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดต้องยื่นภายในสามเดือนนับแต่วันที่ผู้ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้รับคำชี้ขาด หรือนับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมในกรณีที่มีการร้องขอ

6.5 ผลของการยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาด

เมื่อมีการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลซึ่งเมื่อศาลได้พิจารณาแล้วอาจมีการตัดสินยืนตามคำชี้ขาดนั้นว่าสมบูรณ์ หรือสั่งให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขคำชี้ขาดนั้นบางส่วน หรือศาลเองแก้ไขคำชี้ขาดนั้นบางส่วน หรือเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นทั้งหมด

ในกรณีที่ศาลได้มีการตัดสินให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นจะมีผลให้คำชี้ขาดนั้นไม่มีผลบังคับต่อไปไม่ว่าในประเทศที่ทำคำชี้ขาดหรือประเทศอื่นที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ในกรณีแรกหากคำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนโดยเหตุที่เกิดจากการกระทำโดยขาดอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อย คู่กรณีย่อมไม่อาจกลับไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลได้ในการที่อายุความของสิทธิเรียกร้องนั้นยังไม่สิ้นสุดลง และในกรณีที่สองถ้าหากคำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนโดยเหตุนอกเหนือเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีที่ชนะในคดีอนุญาโตตุลาการแต่ถูกเพิกถอนคำชี้ขาดและต้องการจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการอีก จะทำได้หรือไม่ โดยอ้างว่าสิทธิเรียกร้องยังไม่สิ้นสุดอายุความและสัญญาอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลบังคับ เพื่อไม่ให้คู่กรณีที่แพ้คดีทางอนุญาโตตุลาการแต่ชนะในการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ใช้สิทธิทางศาลในการระงับข้อพิพาท ซึ่งคู่กรณีที่ต้องการกลับไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอีกจะอ้างบทบัญญัติมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เพื่อให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีได้อีกหรือไม่

6.6 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

เนื่องจากมาตรา 10 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยานหรือก่อนมีคำพิพากษา ในกรณีที่ไม่มีการสืบพยาน ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน และเมื่อศาลได้ตัดสินแล้วไม่ปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่น หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย”

ในประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ได้เสนอข้อพิพาทและได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไปแล้วนั้น เมื่อได้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นไม่ว่าโดยเหตุประการใดแล้วจึงถือว่าได้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 10 แล้ว เมื่อต่อมากำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอน แม้สัญญาอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลผูกพันอยู่ก็ไม่อาจทำให้คู่กรณีที่ต้องการกลับไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการอีกขัดขวางการที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องการใช้สิทธิในทางศาลได้

นอกจากนี้เมื่อศาลได้ยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดแล้วนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ แต่แพ้ในชั้นการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดจะสามารถอุทธรณ์คำสั่งศาลนั้นต่อศาลสูงต่อไปได้หรือไม่ หรือจะถือว่าคำสั่งในการเพิกถอนคำชี้ขาดของศาลเป็นที่สุดอันจะทำให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินมาทั้งสิ้นหมดความหมายไปด้วยคำสั่งของศาลที่พิจารณาในชั้นเพิกถอนคำชี้ขาด

สำหรับความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ควรจะกำหนดให้คู่กรณีที่ต้องเสียประโยชน์เพราะคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนสามารถอุทธรณ์คำสั่งศาลนั้นต่อไปได้อีก เพื่อความยุติธรรมต่อคู่กรณีที่ได้ดำเนินการกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการด้วยความยากลำบากให้ได้การตรวจสอบอีกครั้งถึงคำสั่งศาลที่ตัดสินให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้น เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการมีโอกาที่จะรักษาประโยชน์ของตนโดยการร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ หากไม่ให้สิทธิแก่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีในการตรวจสอบคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดได้ก็จะทำให้คู่กรณีฝ่ายหลังไม่ได้รับความยุติธรรมตามกฎหมาย

มูลเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดตามกฎหมายต้นแบบฯ

ตามกฎหมายต้นแบบฯ ได้บัญญัติให้คัดค้านคำชี้ขาดได้โดยการร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นซึ่งได้กำหนดเหตุที่จะทำให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ ตามมาตรา 34 ดังนี้

- คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องของความสามารถ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงไว้ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่มีการขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

- ไม่มีการแจ้งให้ผู้ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

- คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้เป็นไปตาม หรืออยู่ภายใต้ข้อสัญญาเงื่อนไขของข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยที่เวลานั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ให้เพิกถอนเฉพาะคำชี้ขาดส่วนที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

- องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือวิธีพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ มิได้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ เว้นแต่ข้อตกลงเช่นว่านั้นขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ซึ่งไม่ได้ให้คู่สัญญาตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ หรือไม่ได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงไว้

- ประเด็นข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้ตามกฎหมายของรัฐนี้

- คำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำคำคัดค้านหรือยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ มีเพียงบทบัญญัติให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น โดยเหตุที่ศาลพิจารณาเห็นว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท หรือคำชี้ขาดเกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือคำชี้ขาดมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือตามคำขอของคู่กรณี (มาตรา 24 วรรคแรก)

ในกรณีที่เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธได้ถ้าปรากฏเหตุตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา33 มาตรา34 และมาตรา35 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

ดังนั้น จึงควรที่จะมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของการคัดค้าน โดยการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยการเปรียบเทียบกับกฎหมายต้นแบบฯ ซึ่งจะทำให้คำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนไม่มีผลเป็นคำชี้ขาดต่อไป เพื่อไม่ให้มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ในประเทศอื่นต่อไป อันเป็นหลักการที่ก่อให้เกิดการประหยัดเวลา และค่าใช้จ่ายต่อคู่กรณีที่ไม่ต้องดำเนินการร้องขอต่อศาลไม่ให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นในทุกศาลที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

7. การบังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วน

คำชี้ขาดเมื่อเกิดขึ้นแล้วย่อมเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีซึ่งทำให้คู่กรณีไม่อาจนำข้อพิพาทที่ได้มีการทำคำชี้ขาดแล้วมาดำเนินคดีทางศาลได้ใหม่อีก แต่หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีในการอนุญาโตตุลาการและจะต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะตามคำชี้ขาดย่อมไม่มีอำนาจที่จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น โดยศาลอาจจะพิพากษาตามคำชี้ขาดดังที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 22 กำหนดว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 23 และสัญญาอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี เมื่อได้มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณี ถ้าในคำชี้ขาดมีข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรือผิดหลงเล็กน้อย เมื่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดเห็นสมควร หรือเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ อนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้” และมาตรา 23 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะไต่ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น.....” ซึ่งกรณีข้างต้น เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีที่ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดแต่เพียงบางส่วนของคำชี้ขาดได้หรือไม่

ในกรณีข้างต้นนี้ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าจะร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดแต่เพียงบางส่วนได้

7.1 ความหมายของการบังคับตามคำชี้ขาด

การบังคับตามคำชี้ขาดหมายถึง การที่ศาลซึ่งคู่กรณีร้องขอได้มีคำสั่งบังคับให้ตามสิทธิของคู่กรณีที่ชนะตามคำชี้ขาด ซึ่งการที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้นั้นศาลจะต้องยอมรับถึงความมีผลผูกพันของคำชี้ขาดด้วย

แต่ในกรณีที่ศาลยอมรับความมีผลผูกพันของคำชี้ขาดนั้น ศาลอาจไม่ได้บังคับให้ตามคำชี้ขาดก็ได้ เช่น หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีตามคำชี้ขาดได้มายื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของตน คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีตามคำชี้ขาดอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลและแสดงหลักฐานในคำชี้ขาดว่าได้มีการตัดสินข้อพิพาทไปแล้ว ศาลอาจพิจารณาให้ยกฟ้องคดีที่คู่กรณีที่แพ้คดีตามคำชี้ขาดได้ยื่นฟ้อง เนื่องจากศาลได้ยอมรับตามคำชี้ขาด แต่หากคู่กรณีไม่ได้ร้องขอให้ศาลช่วยบังคับตามคำชี้ขาดให้ ศาลก็จะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้เนื่องจากคู่กรณีไม่ได้ร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น

ดังนั้น การยอมรับตามคำชี้ขาดนั้นจึงเปรียบเสมือนกระบวนการป้องกันความพยายามใดๆ ในการนำข้อพิพาทที่ได้ถูกตัดสินตามคำชี้ขาดแล้วนั้น ไม่ให้มีการนำมาพิจารณาได้ใหม่อีก และการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นกระบวนการบังคับให้คู่กรณีที่แพ้คดีตามคำชี้ขาดชำระหนี้ตามคำชี้ขาด ซึ่งการขอให้ศาลยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดสามารถทำได้ในศาลแห่งประเทศที่คู่กรณีต้องการให้คำชี้ขาดมีผลบังคับ

7.2 วิธีการขอบังคับตามคำชี้ขาด

การร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำคำชี้ขาดและตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วเอกสารที่จำเป็นต้องใช้ คือ ต้นฉบับหรือสำเนารับรองถูกต้องของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมตลอดถึงคำแปลของเอกสารดังกล่าวในกรณีที่ภาษาที่ใช้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดไม่ใช่ภาษาเดียวกันกับภาษาที่ใช้ในประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดถึงวิธีการยอมรับตามคำชี้ขาดในประเทศว่าจะต้องนำหลักฐานใดมาแสดงต่อศาลบ้าง โดยบัญญัติเพียงในมาตรา 23วรรคแรกว่า “ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นเว้นแต่คู่

กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น คำร้องขอนี้ให้ยื่นภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณี..”

อย่างไรก็ตาม การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ตามมาตรา 30 กำหนดว่า “เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 29 ให้คู่กรณีฝ่ายนั้นยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณี” และมาตรา 31 ได้กำหนดถึงเอกสารที่จำเป็นต้องใช้ในการร้องขอต่อศาล คือ ต้นฉบับคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนารับรองถูกต้อง รวมถึงคำแปลของเอกสารดังกล่าว

ในกฎหมายต้นแบบฯ ได้บัญญัติถึงการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดว่าจะต้องยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และจะต้องยื่นต้นฉบับหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องของคำชี้ขาดและต้นฉบับหรือสำเนารับรองถูกต้องของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และถ้าคำชี้ขาดไม่ได้ทำเป็นภาษาทางราชการของประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด คู่กรณีจะต้องทำคำแปลโดยรับรองถูกต้อง (มาตรา 35 ของกฎหมายต้นแบบฯ)

7.3 เหตุในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

ในกรณีที่มีการขอให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในประเทศใด การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะขึ้นกับว่าประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเป็นคู่สัญญาตามอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาใด เนื่องจากได้มีอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหลายฉบับ และมีหลักเกณฑ์ในการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดแตกต่างกันไปซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อที่ 8

สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จะบังคับให้ก็ต่อเมื่อคำชี้ขาดได้กระทำถูกต้องตามแบบของคำชี้ขาดตามมาตรา 20 คือ ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการและระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยไว้ ซึ่งศาลก็จะบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่มีเหตุที่ทำให้ไม่รับบังคับให้ตามคำชี้ขาดเมื่อเข้ากรณี คือ คำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น คำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบ หรือคำชี้ขาดไม่ได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่กรณี

(มาตรา 24 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 2530) ซึ่งถ้าไม่เข้าเหตุข้างต้นแล้ว ศาลก็ต้องบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้น

7.4 ข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลา

ข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลาขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ขึ้นอยู่กับประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งจะกำหนดระยะเวลาไว้แตกต่างกันออกไป หรือบางประเทศอาจกำหนดให้คู่กรณีต้องร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดภายในระยะเวลา 1 ปี บางประเทศกำหนดให้คู่กรณีต้องร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดภายในระยะเวลา 3 ปี เช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1925 ของสหรัฐอเมริกาซึ่งแก้ไขปี 1970 (The Federal Arbitration Act 1925 (as amended 1970)) ข้อ 207 (para 207) ซึ่งกำหนดให้การร้องขอให้บังคับหรือคัดค้านคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ต้องดำเนินการภายใน 3 ปี (Redfern and Hunter, 1991 : 453) สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 30 และมาตรา 23 วรรคแรก กำหนดให้การร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดในประเทศและต่างประเทศมีกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีเท่ากัน

ตามกฎหมายต้นแบบฯ ไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดระยะเวลาในการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดไว้ เพื่อวัตถุประสงค์ให้เปิดกว้างไว้สำหรับแต่ละประเทศในการกำหนดข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาไว้ แต่หากไม่ได้จำกัดไว้ก็ย่อมเป็นสิทธิที่ชอบธรรมของคู่กรณีที่ชนะตามคำชี้ขาดที่จะร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเมื่อใดก็ได้

7.5 การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วน

เมื่อเป็นคำชี้ขาดแล้วย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีและสามารถบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ แต่ในกรณีที่คู่กรณีต้องการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนนั้นจะทำได้หรือไม่เพียงใด

การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ แต่คู่กรณีที่ชนะคดีตามคำชี้ขาดต้องการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนเพื่อให้ได้รับสิทธิหรือประโยชน์จากคำชี้ขาด โดยในกรณีที่คำชี้ขาดได้กำหนดสิทธิและหน้าที่บางประการของคู่กรณีที่ชนะคดีตามคำชี้ขาดไว้ด้วย การร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ศาลไม่ควรรับบังคับให้ เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดที่ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นซึ่งหากมีการบังคับไปก็จะไม่ตรงกับคำชี้ขาด และถือได้ว่าคำพิพากษาซึ่งบังคับตามคำชี้ขาดอันจะเป็น

เหตุให้สามารถอุทธรณ์คำสั่งและคำพิพากษาของศาลได้ตามบทบัญญัติมาตรา 26 (3) ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

แต่ในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นมีบางส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีที่ชนะคดีต้องการจะบังคับตามคำชี้ขาดในส่วนที่อยู่ภายใต้ข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าโดยทั่วไปการบังคับตามคำชี้ขาดในส่วนที่อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ หากคำชี้ขาดในส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่อยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากถือว่าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยภายในขอบเขตของข้อตกลงเป็นคำชี้ขาดภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดดังกล่าวจึงมีผลสมบูรณ์

7.6 วิเคราะห์พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กรณีที่บังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศนั้น หากคำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ศาลอาจมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด (มาตรา 24 วรรคแรก) ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้ว่าหากกรณีคำชี้ขาดในส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตสามารถแยกออกต่างหากจากส่วนที่วินิจฉัยภายในขอบเขตได้จะบังคับเฉพาะคำชี้ขาดส่วนที่อยู่ในขอบเขตข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ และกรณีนี้จะนำบทบัญญัติมาตรา 34 ในส่วนว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมาบังคับใช้จะได้หรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 34(4) กำหนดให้คำชี้ขาดที่ได้วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถแยกออกจากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยภายในขอบเขตแห่งข้อตกลงได้

ผู้เขียนเห็นว่า ในหมวด 6 นั้น เป็นกรณีของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศส่วนๆอันเป็นบทบัญญัติเฉพาะ ในขณะที่หมวด 1-5 เป็นบทบัญญัติทั่วไป ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับกรณีการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอันเป็นกรณีเฉพาะเจาะจงได้ แต่ไม่อาจนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมาปรับเพื่อบังคับใช้กับคำชี้ขาดภายในประเทศได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศกรณีที่คำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แม้จะสามารถแยกคำชี้ขาดในส่วนที่อยู่ภายนอกขอบเขตข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากคำชี้ขาดส่วนที่อยู่ในขอบเขตข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ก็ตามก็ไม่สามารถร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดแต่เพียงบางส่วนที่อยู่ในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้

สำหรับในกรณีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนในคำชี้ขาดต่างประเทศ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถกระทำได้โดยเฉพาะกรณีที่คำชี้ขาดต่างประเทศที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ซึ่งมาตรา34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดให้ศาลอาจทำคำสั่ง ปฏิเสธได้ หากคำชี้ขาดนั้นวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อ อนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำวินิจฉัยเกินขอบเขตสามารถแยกออกได้จากคำวินิจฉัยที่อยู่ภายใน ขอบเขตแล้ว ศาลก็อาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแห่งข้อตกลงได้

แต่ในส่วนที่จะขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ใน บังคับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับกรุงเจนีวา ค.ศ.1927 นั้น บทบัญญัติในมาตรา 33 (3) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลมีอำนาจสั่ง ปฏิเสธการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดหากคำวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อกำหนดในสัญญา อนุญาโตตุลาการ โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดการแยกบังคับคำชี้ขาดส่วนที่อยู่ภายใน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คำวินิจฉัยในคำชี้ขาดส่วนที่เกินขอบเขตแห่งข้อตกลงและ สามารถแยกออกได้จากส่วนที่อยู่ภายในขอบเขตของข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียน เห็นว่าการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ ในการบังคับตามคำชี้ขาด เพียงบางส่วนไม่อาจกระทำได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย

กรณีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนในคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุก ประเด็นแห่งข้อพิพาทที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น ทั้งกรณีที่เป็นคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการใน ประเทศและต่างประเทศ คำชี้ขาดที่ได้วินิจฉัยแล้วนั้นจะมีผลบังคับเพียงใดขึ้นอยู่กับว่า ประเด็น ข้อพิพาทที่ไม่ได้วินิจฉัยเป็นประเด็นที่เป็นสาระสำคัญแห่งคดีที่หากมีการวินิจฉัยแล้วจะมีผลกลับ หรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดที่ได้วินิจฉัยแล้วหรือไม่ หากคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งอาจทำ ขึ้นต่อไปเป็นเพียงคำชี้ขาดเพิ่มเติมในประเด็นที่ไม่ได้วินิจฉัยซึ่งเป็นเพียงประเด็นปลีกย่อย คำชี้ ขาดที่ได้เกิดขึ้นแล้วนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ในฐานะคำชี้ขาดซึ่งสามารถร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด นั้นได้ แต่หากข้อพิพาทที่ยังไม่ได้วินิจฉัยซึ่งหากได้มีการทำคำชี้ขาดขึ้นแล้วจะมีผลเปลี่ยนแปลง สาระสำคัญของคำชี้ขาดที่เกิดขึ้น คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นโดยการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทไม่ครบทุก ประเด็นแล้วนั้นอาจไม่มีผลบังคับได้ เนื่องจากถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่กระทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการ ตัดสินไม่ครบทุกประเด็นของข้อพิพาทที่ยื่นเสนอเพื่อการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้ได้มีการ นำมาบังคับใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด กรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ข้อ 2 วรรคสอง

วินิจฉัยประเด็นทุกประเด็นของข้อพิพาทที่ได้เสนอเพื่อการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสมบูรณ์ที่สุดในการบังคับใช้

8. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

8.1 ความหมายของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 28 กำหนดถึงความหมายของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศว่า หมายถึง “อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่อยู่นอกราชอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย” ซึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

1. สถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยส่วนใหญ่อยู่นอกประเทศไทย
2. คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย

การกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต่างประเทศต้องเข้าลักษณะสองประการข้างต้นมีผลให้การบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคี เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้จำกัดว่าอนุญาโตตุลาการต่างประเทศต้องมีองค์ประกอบสองประการข้างต้น

8.2 อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

อนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา มีดังนี้

1. โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ.1923 (Protocal on Arbitration Clauses League of Nations ,Geneva, 1923)

แต่ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กรณีการบังคับตามคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นที่เป็นคำชี้ขาดในประเทศไม่ได้มีบทบัญญัติไว้แต่ประการใด แต่ได้มีการบัญญัติไว้เฉพาะกรณีที่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ซึ่งมาตรา 33 กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวาฯ หากคำชี้ขาดนั้นไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาท อันเป็นบทบัญญัติที่มาจากข้อ 2 วรรคสอง ของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ซึ่งกำหนดถึงกรณีที่คำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาท ศาลมีอำนาจสั่งให้ระงับการบังคับตามคำชี้ขาด หรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นโดยให้มีการวางประกันต่อศาล แต่ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 33 ได้ตัดส่วนที่อนุสัญญาฯ กำหนดให้ศาลรับบังคับให้ตามคำชี้ขาดโดยให้คู่กรณีที่ยื่นขอบังคับตามคำชี้ขาดวางประกันต่อศาลออก สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทซึ่งทำในประเทศ ส่วนคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติให้ศาลสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดในกรณีคำชี้ขาดไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นได้ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นการห้ามไว้ย่อมถือว่าคำชี้ขาดไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทมีผลบังคับได้ เนื่องจากถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่มีผลสมบูรณ์ประเภทหนึ่ง

ดังนั้น บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทยจึงควรจะมีการแก้ไขปรับปรุงในส่วนว่าด้วยการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วน ในกรณีที่คำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยภายในขอบเขตข้อตกลงสามารถแยกออกได้จากคำวินิจฉัยส่วนที่อยู่นอกเหนือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ให้สามารถร้องขอให้บังคับโดยเสมอภาคกันทั้งในคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศ และคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการบังคับตามคำชี้ขาดทั้งในประเทศและต่างประเทศภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย อันจะก่อให้เกิดความน่าเชื่อถือต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยแก่นักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งการแก้ไขปรับปรุงเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดเพียงบางส่วนดังกล่าวอาจเทียบเคียงกับกฎหมายต้นแบบฯซึ่งได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 36(1)(ก)(3) ถึงการยอมรับตามคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธเสียได้หากคำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้เป็นไปตาม หรืออยู่ภายใต้ข้อสัญญาเงื่อนไขของข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยที่เวลานั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่อยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้นให้ก็ได้ และเทียบเคียงเพิ่มเติมกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯกรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ข้อ 2 วรรคสอง ซึ่งกำหนดถึงการบังคับตามคำชี้ขาดกรณีที่คำชี้ขาดนั้นไม่ได้

2. อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1927 (Convention for Execution of Foreign Arbitral Awards League of Nations, Geneva, 1927)

3. อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 (New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards 1958)

นอกเหนือจากอนุสัญญาทั้งสามฉบับแล้ว ประเทศไทยยังได้ลงนามในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า “ICSID Convention” (International Centre for Settlement of Investment Dispute) แต่จนถึงปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบันสนธิสัญญาดังกล่าว

1.หลักการของ Geneva Protocol 1923

โดยสรุป Geneva Protocol 1923 กำหนดให้ รัฐที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญายอมรับถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท ไม่ว่าจะอนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นในประเทศใด แม้คู่กรณีจะไม่ได้เป็นบุคคลในบังคับของประเทศที่การอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นก็ตาม แต่มีเงื่อนไขว่าคู่กรณีต้องอยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่ต่างกัน ซึ่งปรากฏใน Article 1, Geneva Protocol of 1923 (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข :319) ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวจะมีผลในทางแปลความตามกฎหมายของแต่ละประเทศว่าคู่กรณีอยู่ในบังคับของรัฐภาคีหรือไม่ ตามหลักของแต่ละรัฐว่ายึดถือหลักสัญชาติ หรือภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ หรือสถานประกอบธุรกิจ อันจะทำให้แต่ละรัฐตีความเงื่อนไขนี้ไม่เหมือนกัน

อนุสัญญานี้ รัฐภาคีอาจตั้งข้อสงวนในเรื่องของการยอมรับเฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับทางการค้าเท่านั้น ซึ่งหากรัฐภาคีไม่ได้ตั้งข้อสงวนไว้ก็จะต้องยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอื่นๆแม้จะไม่ใช่ในทางการค้าด้วย ตาม Article 1 para 2 , Geneva Protocol 1923

นอกจากนี้ตามข้อ 3 รัฐภาคีจะรับบังคับตามคำชี้ขาดก็เฉพาะคำชี้ขาดซึ่งได้ทำขึ้นในดินแดนของประเทศตน อันเป็นการจำกัดการบังคับตามคำชี้ขาดให้แคบไม่ครอบคลุมถึงระดับระหว่างประเทศ

จากอนุสัญญาอาจกล่าวได้ว่า อนุสัญญานี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้รัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสุดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการก็โดยรัฐต้องให้ความมั่นใจและสนับสนุนแก่คู่กรณีในการทำสัญญาฉบับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมากกว่าที่จะให้ดำเนินคดีทางศาล (ข้อ 2 วรรคสองของอนุสัญญาฯ) และเมื่อสิ้นสุดการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ รัฐภาคีจะต้องบังคับปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในประเทศตน (ข้อ 3 ของอนุสัญญาฯ)

2. Geneva Convention 1927

หลักการของอนุสัญญา Geneva Convention 1927 เพื่อให้รัฐคู่สัญญายอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไม่เพียงเฉพาะคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐตนเท่านั้นตามที่ Geneva Protocol 1923 กำหนดไว้ แต่จะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้เงื่อนไข (ข้อ 1 ของอนุสัญญาฯ) ดังนี้

- คำชี้ขาดได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้เจนีวาโปรโตคอล 1923
- คำชี้ขาดได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี และ
- คู่กรณีเป็นคนที่มิมีสัญชาติของรัฐภาคี

ในการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่พิสูจน์ให้ปรากฏแก่ศาลว่า

- 1.) คำชี้ขาดได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น (ข้อ 1 (a) ของอนุสัญญาฯ)
- 2.) เป็นคำชี้ขาดข้อพิพาทที่อาจเสนอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดได้ตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น (ข้อ 1 (b) ของอนุสัญญาฯ)
- 3.) เป็นคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือตามที่ได้แต่งตั้งขึ้นตามวิธีการที่คู่กรณีตกลงไว้ และชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (ข้อ 1 (c) ของอนุสัญญาฯ)
- 4.) เป็นคำชี้ขาดที่ถึงที่สุดแล้วในประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้กระทำขึ้น (ข้อ 1 (d) ของอนุสัญญาฯ)
- 5.) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือหลักกฎหมายของประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด (ข้อ 1 (e) ของอนุสัญญาฯ)

3. New York Convention 1958

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 เป็นอนุสัญญาที่ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดกว้างขึ้นมากกว่าการบังคับตามคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 เนื่องจากการตัดบทจำกัดเรื่องสัญชาติของคู่สัญญาซึ่งระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเจนีวาออกไป ทำให้รัฐภาคีของอนุสัญญาต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศไม่ว่าทำขึ้นที่ใดก็ตาม โดยคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนี้ให้บังคับใช้กับการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในข้อ 1(1) ของอนุสัญญาว่า “อนุสัญญานี้บังคับใช้เพื่อการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้น รวมถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด แต่กฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศตน”

อย่างไรก็ดี รัฐภาคีของอนุสัญญาอาจตั้งข้อสงวนไว้เพื่อจำกัดการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้แคบลง โดยข้อสงวนนั้นมีได้ 2 กรณี คือ

- 1.) การตั้งข้อสงวนในเรื่องหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Reciprocity) (ข้อ 1 (3) ของอนุสัญญาฯ)
- 2.) การตั้งข้อสงวนในเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทในทางการค้าเท่านั้น (Commercial Relationship) (ตามข้อ 1(3) ของอนุสัญญาฯ)

การบังคับตามคำชี้ขาด คำชี้ขาดจะถูกบังคับให้เมื่อมีการร้องขอต่อศาล เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายที่จะต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาดจะพิสูจน์ได้ว่ามีเหตุที่คำชี้ขาดจะถูกปฏิเสธการบังคับได้ คือ

(1) ตามมาตรา 5 วรรคแรก

1.) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมายที่บังคับใช้กับตน หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ว่าให้นำมาบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

2.) คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับนั้นไม่ได้รับการบอกกล่าวโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือมีเหตุประการอื่นอันทำให้ไม่สามารถเข้าสู่คู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้

3.) คำชี้ขาดนั้นวินิจฉัยข้อพิพาทที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่อ

อนุญาตตุลาการ แต่ถ้าคำวินิจฉัยในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการแล้ว คำชี้ขาดในส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้นอาจได้รับการยอมรับและบังคับให้

4.) องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี หรือไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่การอนุญาตตุลาการได้ทำขึ้น

5.) คำชี้ขาดนั้นยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณีหรือได้ถูกเพิกถอนหรือระงับโดยศาลของประเทศ หรือตามกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น

(2) ตามมาตรา 5 วรรค 2

1.) เรื่องที่พิพาทกันนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถระงับได้โดยทางอนุญาตตุลาการตามกฎหมายของประเทศตน

2.) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศตน

8.3 ปัญหาการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530

ก.นิยามของคำว่า “อนุญาตตุลาการต่างประเทศ” ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่สอดคล้องกับนิยามในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 28 กำหนดว่า อนุญาตตุลาการต่างประเทศ หมายถึง “อนุญาตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมด หรือโดยส่วนใหญ่ นอกราชอาณาจักรไทยและคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย”

ซึ่งทำให้อุญาตตุลาการต่างประเทศต้องมียุติการประกอบในเรื่องของหลักดินแดน คือ การอนุญาตตุลาการทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ต้องทำขึ้นในต่างประเทศ และในเรื่องหลักสัญชาติ คือ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งการนำหลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติมาเป็นตัวกำหนดความเป็นต่างประเทศของอนุญาตตุลาการทำให้ขัดกับหลักของอนุญาตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ค.ศ.1958 อันทำให้อุญาตตุลาการต่างประเทศตามความหมายในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ไม่สามารถนำมาขอบังคับในฐานะที่เป็นคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ตัวอย่างเช่น หากคู่กรณีเป็นคนไทยทั้งคู่

และได้ระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องในทางการค้าในประเทศอังกฤษโดยทำการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศอังกฤษ เมื่อจะนำคำชี้ขาดมาร้องขอให้บังคับในประเทศไทยก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และในกรณีนี้จะถือเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ทำในประเทศไทยก็ไม่ได้เช่นกัน

กรณีนี้ จึงควรได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับความหมายของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ให้เกิดความสอดคล้องกับอนุญาโตตุลาการที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี เพื่อให้เกิดความมีผลบังคับได้โดยเต็มที่ ซึ่งจากการค้นคว้ารายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปจากคณะอนุกรรมการฯ ในการยกเลิกความแตกต่างของความหมายของคำชี้ขาดเพื่อการบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศและต่างประเทศ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ค : 6)

ข. การกำหนดข้อจำกัดในการบังคับตามคำชี้ขาดในเรื่อง “หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ” ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 35 ขัดต่ออนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีหรือไม่ อย่างไร

ตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 กำหนดให้รัฐที่เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาสามารถตั้งข้อสงวนเพื่อจำกัดการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ในเรื่องของหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ และ/หรือข้อพิพาททางการค้าเท่านั้น (ข้อ 1 (3) ของอนุสัญญาฯ) แต่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาโดยไม่ได้ตั้งข้อสงวนไว้แต่ประการใด การนำหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้ในมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ตามมาตรา 34 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทยหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ” จึงเป็นการขัดต่ออนุสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

เมื่อตามกฎหมายภายในบัญญัติให้นำหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติมาบังคับใช้ ศาลซึ่งเป็นผู้บังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายใน ซึ่งทำให้คำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ และคู่กรณีเข้าใจว่าสามารถบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ในประเทศไทยไม่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ในประเทศไทยอันจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยขาดความน่าเชื่อถือ เนื่องจากไม่สอดคล้องกับหลักปฏิญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

ดังนั้น หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติตามมาตรา 35 จึงควรมีการพิจารณาทบทวนถึงการแก้ไขให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

ค.การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ตามบทบัญญัติแห่ง มาตรา32 และ33 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 จะมีการบังคับใช้ในทางปฏิบัติหรือไม่

จากขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัดของเจนีวาโปรโตคอล 1923 และอนุสัญญาเจนีวา 1927 ซึ่งจะบังคับตามคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีมีสัญชาติต่างกันและเป็นผู้อยู่ในบังคับของรัฐภาคีด้วยกัน และคำชี้ขาดจะต้องทำขึ้นในรัฐภาคีด้วยกัน โดยหน้าที่การพิสูจน์เพื่อการบังคับตามคำชี้ขาดตกอยู่กับผู้ที่ต้องการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอันทำให้ไม่เกิดประสิทธิผลในการบังคับตามคำชี้ขาดนัก

โดยที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 และอนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีที่เป็นภาคีทั้งในเจนีวาโปรโตคอล 1923 อนุสัญญาเจนีวา 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 ให้ถือว่า อนุสัญญากรุงเจนีวา 1927และเจนีวาโปรโตคอล 1923 สิ้นสุดลง (ตามข้อ7.2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ “โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาด ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 เป็นอันสิ้นสุดผลระหว่างรัฐภาคี เมื่อรัฐภาคีเข้าผูกพันและภายในขอบเขตที่เข้าผูกพันตามอนุสัญญานี้)

เมื่อสองประเทศสุดท้ายซึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ที่ยังไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 คือ โปรตุเกส และมอริเชียส (Mauritius) ได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 เมื่อ 18 ตุลาคม 1994 และ 19 มิถุนายน 1996 ตามลำดับ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, (UNCITRAL Home page-Status of Commercials), 2540 :19) จึงทำให้ภาระผูกพันของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 สิ้นสุดลงทั้งหมด เนื่องจากประเทศต่างๆซึ่งเป็นภาคีทั้งอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 คงมีภาระผูกพันเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ เท่านั้น

ดังนั้น บทบัญญัติ มาตรา32 และมาตรา33 ว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงไม่มีการบังคับใช้ในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรจะได้มีการตัดบทบัญญัติดังกล่าวออก เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ไม่จำเป็นและไม่เป็นประโยชน์ เนื่องจากประเทศซึ่งเป็นภาคีทั้งอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯและ

อนุสัญญากรุงเจนีวาที่มีความผูกพันในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ภาระความผูกพันตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงนิวออร์กฯ

ง.กรณีคำชี้ขาดไม่ได้วินิจฉัยประเด็นครบทุกประเด็นของข้อพิพาทที่เสนอเพื่อการอนุญาโตตุลาการจะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นในประเทศไทยได้หรือไม่

เป็นกรณีที่คำชี้ขาดเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาตัดสินและทำคำชี้ขาด แต่คำชี้ขาดไม่ครอบคลุมถึงประเด็นทั้งหมดที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ดังที่ได้แสดงรายละเอียดไว้ในเรื่องของคำชี้ขาดที่ห้าขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาแต่ตัดสินไม่ครบทุกประเด็นตามที่ไต่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 6.3 (2) (ค)

คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจากอนุญาโตตุลาการตัดสินไม่ครบทุกประเด็นนั้นจะบังคับได้หรือไม่ และคำชี้ขาดนั้นจะมีผลสมบูรณ์หรือไม่อย่างไร และศาลจะบังคับให้หรือไม่เพียงไร

ในเรื่องของความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดนั้น เนื่องจากเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณา แต่ตัดสินไม่ครบทุกประเด็นของข้อพิพาทที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากประเด็นที่ไม่ได้มีการกำหนดคำตัดสินไว้ไม่ใช่ประเด็นที่เป็นสาระสำคัญอันจะทำให้คำชี้ขาดมีผลกลับหรือเปลี่ยนแปลงเป็นประการอื่นแล้วผู้เขียนเห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวย่อมสมบูรณ์และมีผลผูกพันคู่กรณีในฐานะที่เป็นคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นโดยชอบตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีตามคำชี้ขาดต้องการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ศาลจะบังคับให้ได้หรือไม่

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 33 (3) กำหนดว่า ศาลมีอำนาจสั่งปฏิเสศการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 หากคำชี้ขาดไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศที่อยู่ภายในบังคับแห่งอนุสัญญากรุงนิวออร์ก ค.ศ. 1958 และคำชี้ขาดภายในประเทศแล้ว พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติถึงผลและการบังคับตามคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาท ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้ตามคำชี้ขาดภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 จึงต้องตีความคำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทโดยกรณีเคร่งครัดว่าถ้าหากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้คัดค้านการบังคับใช้คำชี้ขาดที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็น

แห่งข้อพิพาทโดยชัดแจ้งแล้ว ก็ต้องถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถบังคับได้ตามพระราชบัญญัติ
 อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 โดยถือเป็นคำชี้ขาดที่สมบูรณ์จึงย่อมสามารถบังคับได้ในฐานะคำชี้ขาด
 อย่างหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นกรณีที่เป็นกรณียกข้อพิพาทตามคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927
 ซึ่งคู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลไม่ให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ตามมาตรา 33 (3) แห่งพระราชบัญญัติ
 อนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 33 (3) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530
 ไม่ตรงกับเจตนาเดิมของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ข้อ 2 วรรคสอง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “กรณี
 คำชี้ขาดไม่ได้วินิจฉัยประเด็นครบทุกประเด็นข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ หากศาลแห่ง
 ประเทศที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้เลื่อนการยอมรับตามคำชี้ขาด
 นั้นออกไป หรือสั่งให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นภายใต้เงื่อนไขของหลักประกันตามที่ศาลกำหนดก็ได้”
 ซึ่งมาตรา 33 (3) ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจรับ
 บังคับให้ตามคำชี้ขาดได้โดยการให้คู่กรณีที่ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดวางหลักประกันต่อศาล
 ตามบทบัญญัติข้อ 2 วรรคสองของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927

อย่างไรก็ตาม หากจะได้มีการแก้ไขบททวนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.
 2530 ก็น่าจะได้พิจารณาบทบัญญัติถึงผลและ การบังคับ คำชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดที่
 ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นแห่งข้อพิพาทเพื่อให้การบังคับตามคำชี้ขาดมีความชัดเจนยิ่งขึ้นใน
 ประเทศไทย

9 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

แม้คำชี้ขาดจะถือว่าเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี แต่ในกรณีที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้
 ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะบังคับคู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดให้ชำระหนี้เองไม่ได้ แต่ต้องร้องขอ
 ต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดให้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการบังคับคู่กรณีให้
 ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ เพราะขาดอำนาจจากรัฐในการลงโทษผู้ฝ่าฝืน จึงทำให้ต้องขออำนาจศาล
 เข้ามาเกี่ยวข้องในการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาคำร้องขอต่างๆของคู่กรณี
 หรืออนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีข้อพิพาทที่ได้ทำการอนุญาโตตุลาการ
 ซึ่งจะเป็นศาลในดินแดนแห่งประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด หรือศาลในดินแดนที่มีการร้องขอให้
 บังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งขอบเขตอำนาจศาลที่จะช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการจะมากหรือน้อย
 ย่อมเป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

ในการนี้ เขตอำนาจศาลที่มีอำนาจเหนือข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงประเภทของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจแบ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับรัฐ

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Acts) จะไม่ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง อันเนื่องมาจากหลักเรื่องความคุ้มกันทางอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Immunity) ซึ่งทำให้รัฐไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือบังคับคดีได้ และทำให้รัฐหนึ่งไม่อาจถูกดำเนินคดีทางศาลภายใต้เขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งได้ จึงทำให้มีการตกลงกันทำการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับรัฐ ซึ่งเป็นการที่รัฐตกลงสละความคุ้มกันทางอธิปไตยของรัฐโดยการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทระหว่างรัฐ

ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับรัฐจึงไม่ถือว่าศาลภายในประเทศใดประเทศหนึ่งมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ และเนื่องจากวิธานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาวิเคราะห์การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นสำคัญ จึงจะไม่ศึกษาลงรายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับรัฐ

2) สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชนกับเอกชน

สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชนกับเอกชนเป็นข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีไม่ต้องการนำข้อพิพาทมาดำเนินการทางศาลภายในประเทศ และมองว่าการพิจารณาคดีโดยศาลมีความล่าช้าและยุ่งยาก แต่อย่างไรก็ดี ในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องพึ่งพาระบบศาลภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง เพื่อขอให้เรียกพยานหรือดำเนินการต่างๆ ในชั้นวิธีพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือบังคับตามคำชี้ขาดในชั้นสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกในการมาเป็นพยานได้จึงต้องขอความช่วยเหลือร่วมมือจากระบบศาล และการช่วยเหลือของศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะมากหรือน้อยย่อมขึ้นกับระบบกฎหมายภายในแห่งประเทศที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

ตามกฎหมายอังกฤษ Arbitration Act 1950 มาตรา 12(4) (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535 ข : 44) ได้กำหนดให้ศาลอาจออกหมายเรียกพยานเอกสารจากบุคคลที่สามหรือเรียกให้พยานบุคคลมาให้การต่ออนุญาโตตุลาการได้ หากคู่กรณีร้องขอต่อศาล

ส่วนกฎหมายสหรัฐอเมริกา (The United States Arbitration Act (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2535ข: 85) มาตรา 7 บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการสามารถเรียกบุคคลภายนอกมาให้การได้

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้บัญญัติให้ศาลเข้ามามีส่วนร่วมช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยการออกหมายเรียกพยาน หรือดำเนินวิธีการชั่วคราวหรือชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายเมื่ออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งร้องขอ ถ้าศาลที่มีเขตอำนาจเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วทำได้ ศาลก็จะดำเนินการให้ตามคำร้องขอ (มาตรา 18) หรือการให้อำนาจศาลสั่งขยายระยะเวลาทำคำชี้ขาดเมื่อคู่กรณีร้องขอ (มาตรา 21) หรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาเมื่อคู่กรณีร้องขอ (มาตรา 13) หรือกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาสมควร (มาตรา 15) ซึ่งศาลจะมีเขตอำนาจหรือไม่ เพียงไร นั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้บัญญัติว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่กำหนดว่าให้คู่กรณีร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามบทบัญญัติที่ได้กล่าวมาแล้วจึงต้องพิจารณาศาลที่มีเขตอำนาจดังกล่าวโดยพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีในกรณีที่ผู้ร้องต้องการเสนอคำร้องขอต่อศาล คือ ศาลที่มีมูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล

ดังนั้น ศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 เห็นข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชนกับเอกชนจึงควรจะหมายถึงศาลที่มีเขตอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

แต่เนื่องจาก ได้มีการประกาศและบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2539 โดยกำหนดเขตอำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังนี้ (มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินฯ)

- (1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร
- (2) คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 ถึง มาตรา 275
- (3) คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร และคดีข้อพิพาทตามสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(4) คดีแพ่งอันเนื่องมาจากการกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 ถึง มาตรา 275

(5) คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัย และนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง

(6) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (5) การส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักรหรือส่งเงินออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการดังกล่าว

(7) คดีแพ่งเกี่ยวกับการกักเรือ

(8) คดีแพ่งเกี่ยวกับการทุบตลาดและการอุดหนุนสินค้า หรือการให้บริการจากต่างประเทศ

(9) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวมการค้นพบทางวิทยาศาสตร์ ชื่อทางการค้า ชื่อทางภูมิศาสตร์ ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ความลับทางการค้า และการคุ้มครองพันธุ์พืช

(10) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

(11) คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตาม (3) ถึง (10)

แต่ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 9 กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขต หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ นั้น

จากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 9 ข้างต้น จึงหมายความว่า ข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งในกรณีในประเทศและระหว่างประเทศ คู่กรณีอาจยื่นคำร้องขอหรืออุทธรณ์ต่อศาลซึ่งมีเขตอำนาจตามที่ระบุไว้ในมาตรา 9 ศาลใดก็ได้ เป็นการให้ความสะดวกแก่คู่กรณี แต่ก็มีข้อนำพิจารณาถึงการที่คู่กรณีจะร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการศาลใดศาลหนึ่งที่ไม่ใช่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในคดีตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 ซึ่งเป็นคดีที่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ จะได้หรือไม่ และใน

ทางกลับกัน หากเป็นคดีซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หากคู่กรณีร้องขอต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจะรับคำร้องไว้ได้หรือไม่

ในกรณีข้างต้นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าศาลที่ระบุไว้ในมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ไม่อาจรับคำร้องขอหรืออุทธรณ์คดีที่เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ได้ เนื่องจากในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 กำหนดไว้ชัดเจนว่า ห้ามมิให้ศาลชั้นต้นอื่นรับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไว้พิจารณา และหากเป็นคดีที่ไม่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศแล้ว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศก็ย่อมไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้นได้ เนื่องจากเกินเขตอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 จะทำให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในการพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลที่คู่กรณีจะยื่นคำร้องขอ ฉะนั้นผู้เขียนใคร่ขอเสนอความเห็นว่าควรกำหนดเขตอำนาจศาลตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ให้ชัดเจนในลักษณะว่า เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ในกรณีคดีข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ส่วนคดีข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการอื่นใดให้ศาลที่มีการพิจารณาอยู่ในเขต หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

3) สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างด้าว

สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชนต่างด้าวเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการทำสัญญาซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือองค์กรของรัฐกับอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนต่างด้าวเกี่ยวกับการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่เรียกกันว่า “สัญญาภาครัฐ” (State contract) (อนันต์ จันทโรภากร, 2538 : 73) และทำให้สัญญาภาครัฐนี้มีลักษณะแตกต่างจากสัญญาธุรกิจทั่วไป โดยการทำสัญญานั้นนอกจากจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนแล้วยังต้องเป็นไปตามกฎหมายมหาชนด้วยโดยเฉพาะกฎหมายปกครอง และแม้ว่ารัฐจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาก็ตามก็ยังถือว่ารัฐยังเป็นองค์อธิปัตย์ที่ยังคงมีอำนาจและอธิปไตยเป็นของตนเอง ทำให้สัญญาภาครัฐไม่อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐอื่น หรือต้องดำเนินการพิจารณาคดีตามข้อพิพาทในศาลของรัฐอื่น ส่วนทางด้านเอกชนก็มีความคิดเห็นว่า สัญญาภาครัฐนั้นไม่ควรจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหรือศาลแห่งประเทศที่รัฐนั้นเป็นคู่สัญญา เพราะมองว่าศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐอาจพิจารณาทำให้ตนเสียเปรียบ จึงทำให้หันมาใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เพื่อไม่ต้องดำเนินคดีในศาลของรัฐที่เป็นคู่สัญญา

อย่างไรก็ดี ได้มีปัญหาแนวคิดในทางกฎหมายออกเป็นหลายแนวความคิดว่าข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างด้าวจะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ตัวอย่าง เช่น

-แนวคิดแรก ตามกฎหมายฝรั่งเศส จะถือว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาภาครัฐจะชำระหรือระงับโดยการอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่ศาลสูงสุดของฝรั่งเศสก็ได้มีคำพิพากษาและถือเป็นบรรทัดฐานว่าข้อจำกัดดังกล่าวของกฎหมายไม่นำไปใช้กับสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจากการห้ามเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสเป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะ (public policy) ภายในประเทศเท่านั้น ไม่ใช่เรื่องนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ซึ่งคดีที่ตัดสินเช่นนั้น คือ คดี Office National Inter-Professional des Cereales V. Capitaine du San Carlo (รายละเอียดในอนันต์ จันทโรภากร, 2538: 91)

-แนวคิดที่สอง โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า การที่รัฐเข้าทำสัญญาเกี่ยวกับพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่ใช่การกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Acts) จึงไม่ได้รับความคุ้มกันทางอธิปไตย และ Foreign Sovereign Immunity Act ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 1605(a)(1) บัญญัติไว้ว่าการสละความคุ้มกันไม่ว่าในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือการเสนอข้อพิพาทต่อศาลย่อมไม่อาจเพิกถอนได้ (รายละเอียดใน อนันต์ จันทโรภากร, 2538)

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ายังไม่อาจหาข้อยุติเป็นการทั่วไปในหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนต่างด้าวจะตกลงให้ระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ รศ.อนันต์ จันทโรภากร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เบื้องต้นจะต้องแยกว่ากิจการตามสัญญาภาครัฐนั้นเป็นกิจการทางพาณิชย์หรือไม่ ถ้าไม่ใช่กิจการทางพาณิชย์ก็ถือว่าเป็นการกระทำทางอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Acts) ซึ่งเป็นเรื่องที่จะเสนอให้ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่ถ้าหากสัญญาภาครัฐนั้นเป็นสัญญาเกี่ยวกับกิจการทางพาณิชย์ก็จะมีแนวปฏิบัติเป็นสองแนวทาง คือ แนวทางแรกต้องดูว่าความสามารถในการทำสัญญาของรัฐว่ารัฐมีอำนาจในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ แนวทางที่สองจะพิจารณาในเรื่องว่าเป็นทางพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ โดยหากเป็นกิจการพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ถือว่า รัฐสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ (อนันต์ จันทโรภากร, 2538: 98-99)

เมื่อกลับมาพิจารณาว่าสัญญาภาครัฐสามารถตกลงทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทยหรือไม่ นั้น ยังไม่มีประเด็นข้อถกเถียงดังกล่าว เนื่องจากโดยทั่วไป ศาลก็จะยอมรับความมีผลตามสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นกรณีที่อยู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือไม่ก็ตาม โดยการจำหน่ายคดีเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งร้องขอ จากกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมาฟ้องคดีต่อศาลโดยไม่ทำการตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ก็อาจเกิดข้อพิจารณาได้ว่าการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ เนื่องจากข้อพิพาทตามสัญญาสัมปทานถือว่าอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน ประเด็นนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากต้องการให้คงไว้ซึ่งหลักการของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีก็ควรที่ยอมรับถึงความมีผลของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่รัฐหรือองค์กรของรัฐได้เข้าเป็นคู่สัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนและรวมตลอดถึงการพาณิชย์ระหว่างประเทศด้วย ตามหลักกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศโลกเสรีที่ถือว่าการที่รัฐเข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่ถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐจึงไม่ได้รับการคุ้มกันทางอธิปไตย (Foreign Sovereign Immunity act ของประเทศสหรัฐอเมริกา)

สำหรับศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากสัญญาภาครัฐนั้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นผู้วินิจฉัยตาม

คำร้องขอของคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจคือ ศาลซึ่งข้อพิพาทตามสัญญา อนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตอำนาจศาลตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

แต่ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ซึ่งกำหนดในมาตรา 9 ว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้น อนุญาโตตุลาการอยู่ในเขต หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่อ อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งหมายความว่า ศาลที่ระบุไว้ทั้งหมดในมาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการฯ มีเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ให้ความสะดวก แก่คู่กรณีที่จะเลือกยื่นคำร้องขอต่อศาลใดก็ได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ จะมีข้อขัดแย้งประการใดหรือไม่ ว่าเขตอำนาจศาลตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ กับร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง(ฉบับร่างของรัฐบาลที่เสนอรัฐสภา) และพระราชบัญญัติจัด ตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 มีความซ้ำซ้อนและไม่สอดคล้องกัน

เนื่องจาก ตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้ กำหนดถึงเขตอำนาจศาลปกครองไว้ในมาตรา 8 ซึ่งบัญญัติให้ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็น คดีประเภทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง (มาตรา 8 (4)) และในร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ ให้คำจำกัดความคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ว่าหมายถึง “สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการ บริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค หรือสัญญาที่มี กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” (มาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง) สัญญาทางปกครองตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง จึงแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) ประเภทแรก เป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบครบ 2 ประการ คือ
 - ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ
 - ประการที่สอง เป็นสัญญาที่เข้าลักษณะสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้า ดำเนินการบริการสาธารณะ หรือสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภค
- 2) ประเภทที่สอง เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ส่วน คำว่า “สัญญาสัมปทาน” คือ สัญญาอันก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างรัฐคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับผู้ที่ได้รับสัมปทานอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ตอบแทนในทางบุคคลสิทธิซึ่งกันและกัน โดยเอกชนจะได้รับสิทธิในผลประโยชน์ในดินแดนของรัฐ โดยการจ่ายค่าตอบแทนให้รัฐ ซึ่งรูปแบบของสัญญาสัมปทานเดิมจะอยู่ในรูปความตกลงในการให้สัมปทานโดยตรงโดยการอนุญาตจากรัฐให้เอกชนสำรวจทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ และเอกชนต่างชาติจะให้ค่าภาคหลวง (Royalty) ตอบแทนแก่รัฐ แต่ปัจจุบันรูปแบบการให้สัมปทานได้เปลี่ยนแปลงไปในรูปของสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ โดยให้เอกชนต่างประเทศสำรวจหาทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์และนักลงทุนก็ต้องปฏิบัติตอบแทนรัฐโดยการจ่ายค่าตอบแทนให้การพัฒนาเทคโนโลยี และการฝึกอบรมต่างๆ (พรรณี วาณิชสรรพ, 2530: 25-28)

สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ ซึ่งกิจการที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” นั้น คือ กิจการของฝ่ายปกครองซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน (ประยูร กาญจนกุล, 2523 : 1)

เมื่อสัญญาใดก็ตามที่รัฐได้เข้าเป็นคู่สัญญากับเอกชน และเข้านิยามของคำว่า สัญญาทางปกครอง ตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง แม้จะเป็นสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ตาม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมต้องอยู่ภายใต้อำนาจศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ แต่ถ้าหากเป็นสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีลักษณะทางปกครอง ก็จะต้องอยู่ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามหลักการที่ว่ากฎหมายที่มีลักษณะพิเศษเป็นการเฉพาะย่อมมีผลบังคับเหนือบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป

ดังนั้น เขตอำนาจศาลตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 9 สำหรับกรณีข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองอันเป็นศาลที่อำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่ได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

10 ประเด็นการพิจารณาว่าควรจะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าของไทย โดยการแยกเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศฉบับหนึ่ง และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง หรือไม่นั้น

ในกรณีดังกล่าว ได้มีนักวิชาการทางนิติศาสตร์ซึ่งได้มีความคิดเห็นเป็นสองแนว คือ

-แนวความคิดแรก โดย ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ช:

6) ซึ่งเห็นว่าควรแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศออกจากกัน โดยให้เหตุผลว่า การแยกเป็นกฎหมายสองฉบับจะสะดวกในการบังคับใช้และสามารถแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้สะดวกรวดเร็วโดยไม่กระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เนื่องจากโดยสภาพแล้วอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน และต้นร่างของ UNCITRAL Model Law ที่ได้มีการนำมาเป็นแบบการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการก็เป็นกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก

-แนวความคิดที่สอง ศาสตราจารย์ สรรเสริญ ไกรจิตติ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ช: 8-9) และอ.อริก อิศวนนท์ (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2539ช: 10) พิจารณาเห็นว่า เมื่อประเทศไทยต้องการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีควมจำเป็นใดที่จะต้องแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นสองฉบับสำหรับกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการในประเทศฉบับหนึ่งและกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง และการที่จะให้ต่างชาติยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยอยู่ที่การบัญญัติกฎหมายให้เป็นสากลโดยการเทียบเคียงกับ UNCITRAL Model Law แต่ไม่ได้อยู่ที่การทำกฎหมายออกเป็นสองฉบับ

ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับแนวคิดที่จะแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ฉบับเพื่อบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการในประเทศฉบับหนึ่ง และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่ง เนื่องจากโครงสร้างโดยสภาพของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและอนุญาโตตุลาการในประเทศมีความแตกต่างกัน โดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกรณีที่เป็นเรื่องของข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวพันตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป ซึ่งไม่ได้หมายความว่าคู่สัญญาจะต้องมีสัญชาติต่างกันเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการในประเทศเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ แต่เป็นกรณีที่รัฐอนุญาตให้มีการอนุญาโตตุลาการขึ้นไ้ระหว่างคู่กรณี หากแยกกฎหมายเพื่อการอนุญาโตตุลาการใน

ประเทศออกจากอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะเป็นประโยชน์ในกรณีที่มีการปรับปรุงหรือแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่มีความเกี่ยวข้องในระดับระหว่างประเทศได้สะดวกโดยไม่มีผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และหากรวมกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศและระหว่างประเทศเข้าด้วยกันอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความบทบัญญัติหรือในการบัญญัติกฎหมายที่จะเอื้อประโยชน์ต่อการอนุญาโตตุลาการประเภทใดประเภทหนึ่งได้ไม่เต็มที่ เนื่องจากเป็นการลำบากที่จะบัญญัติให้บทบัญญัติเพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการในประเทศโดยไม่มี ความขัดกัน

หากต้องการให้คงไว้ซึ่งประโยชน์สูงสุดในการบังคับใช้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถเอื้อประโยชน์สูงสุดต่อการอนุญาโตตุลาการประเภทใดประเภทหนึ่ง