

บทที่ 3

ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับ

ในบทนี้เป็นการศึกษาถึงสภาพโดยทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการ เพื่อสร้างความรู้และความเข้าใจเบื้องต้นก่อนที่จะทำการวิเคราะห์ตามหัวการวิจัยในบทต่อไป ซึ่งผู้เขียนได้ แบ่งการศึกษาในบทนี้ออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรก คือ การอนุญาโตตุลาการ และส่วนที่สองคือ กฎหมายที่ใช้บังคับ โดยมีรายละเอียดที่จะกล่าวถึงตามลำดับ ดังต่อไปนี้

1. การอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายถึงความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการโดยสังเขป ได้แก่ แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ และ ความผูกพันของรัฐตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1 แนวคิดของการอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้วการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ประกอบด้วยแนวคิดที่เป็นสาระสำคัญหลักๆ 3 ประการ¹ ดังนี้

1) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งต่างๆ รวมทั้งข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน

¹มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552 หน้า 396

2) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ต้องมีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกให้เป็นคนกลางเข้าไปพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

3) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่สะดวก รวดเร็ว และสามารถรักษาความลับและชื่อเสียงของกลุ่มได้เป็นอย่างดี

1.2 คำนิยามของการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) นั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แต่อาจกล่าวได้ว่า เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันและเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด²

อย่างไรก็ตาม ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมนั้น คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” อาจมีความหมาย 2 ประการคือ ประการแรกหมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาโตให้บุคคลหรือคณะบุคคลนอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้น ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Arbitration” และประการที่สองหมายถึง ตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาโตให้เป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทนั้นๆ ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Arbitrator” คำว่า อนุญาโตตุลาการจะมีความหมายถึงกระบวนการหรือตัวบุคคลจึงขึ้นอยู่กับบริบทผลความในทีนั้น³

1.3 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ⁴

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยคู่กรณียังมิได้ฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจกระทำได้เลยแม้ในขณะที่ข้อพิพาทเป็นคดีในศาลแล้ว และอาจดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเองโดยไม่เกี่ยวข้องกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงใช้บริการ

² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552 หน้า 396

³ พิชัยศักดิ์ หวังยงกูร รวมข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา 2540 หน้า 47

⁴ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552 หน้า 404-407

ด้วยเหตุดังกล่าวการอนุญาโตตุลาการจึงสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภทโดยอาจแบ่งได้ตามขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทว่าเป็นคดีอยู่ในศาลหรือไม่ หรือแบ่งตามวิธีการระงับข้อพิพาทว่าดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หรือแบ่งตามลักษณะของข้อพิพาท ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

1.3.1 แบ่งตามขั้นตอนข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการนั้นอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณียังมิได้ฟ้องคดีต่อศาล หรืออาจกระทำได้แม้ในขณะที่ข้อพิพาทนั้นเป็นคดีอยู่ในศาลแล้ว ดังนั้นจึงอาจแบ่งการอนุญาโตตุลาการตามลักษณะดังกล่าวได้เป็นสองประเภท คือ การอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการอนุญาโตตุลาการในศาล ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

คู่กรณีพิพาทอาจตกลงกันให้เสนอข้อพิพาททางธุรกิจของตนให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิด หรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้

การระงับข้อพิพาทที่ยังไม่เป็นคดีต่อศาลโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น ตามปกติศาลไม่รับรู้และไม่เกี่ยวข้องหากไม่มีปัญหา และไม่มีการขอความช่วยเหลือจากศาล จึงเรียกว่าอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ที่มีอยู่ในวงการธุรกิจของนานาประเทศ รวมทั้งประเทศไทยนั้น เป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เพราะในทางปฏิบัติมักเกิดจากการที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้นว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดจากความสัมพันธ์ในสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขายที่มีต่อกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกกันว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) หรืออาจเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (submission) แต่ในทางปฏิบัตินั้นการอนุญาโตตุลาการนอกศาลมักเกิดจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีของประเทศไทยนั้นอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและคู่กรณีได้ตกลงกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ กระบวนการระงับข้อพิพาทชนิดนี้จะเริ่มต้นจากคู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยดำเนินการเอง หากไม่ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดๆ หรือเสนอข้อพิพาทนั้นต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ตนตกลงใช้บริการ และการตั้งอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้นๆ แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการ

กันเอง และส่วนที่ไม่มีข้อบังคับวางหลักเกณฑ์ไว้ในกรณีการใช้บริการการอนุญาตตุลาการของสถาบันนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฯ

หลังจากนั้นเมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้งแล้วก็จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอต่อตนตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายซึ่งอาจเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ หรืออื่นๆ โดยใช้วิธีพิจารณาตามระเบียบข้อบังคับต่างๆ ที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามที่อนุญาตตุลาการเห็นสมควร หากคู่กรณีกำหนดรายละเอียดไว้หรือต้องปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการของสถาบันที่เกี่ยวข้องหากเป็นการอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการ

หลังจากอนุญาตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด ซึ่งก็คือคำสั่งให้คู่กรณีฝ่ายใดปฏิบัติอย่างใดแล้วก็เป็นอันเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาตตุลาการนอกศาล และคู่กรณีก็ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น เพราะการที่ตกลงกันทำสัญญาอนุญาตตุลาการก็ต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นผลของสัญญาดังกล่าวนั้น แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังประสงค์ที่จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีฝ่ายนั้นก็ต้องขอให้องค์กรของรัฐที่กฎหมายบัญญัติให้บังคับตามคำชี้ขาด เช่น ศาลบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

2) การอนุญาตตุลาการในศาล

คู่กรณีอาจตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทของตนที่เป็นคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดโดยความเห็นชอบของศาลได้ ซึ่งเรียกว่าการอนุญาตตุลาการในศาล

ในประเทศไทยนั้นมีบทบัญญัติ มาตรา 210-220 และ 222 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด โดยอาจเป็นประเด็นหนึ่ง ประเด็นใดในคดี หรือหลายประเด็นของคดี หรือทุกประเด็นในคดีต่ออนุญาตตุลาการ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลและเมื่อศาลเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายและหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่กฎหมายกำหนด ก็จะอนุญาตตามคำขอนั้น

เมื่อศาลอนุญาตให้คู่กรณีดำเนินการทางอนุญาตตุลาการแล้วก็จะให้คู่กรณีตั้งอนุญาตตุลาการโดยการตกลงกัน หรือตามคำแนะนำหรือช่วยเหลือของศาล และหลังจากนั้นเมื่ออนุญาตตุลาการรับหน้าที่แล้วก็จะทำการพิจารณาตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอต่อตน และตามหลักเกณฑ์ที่คู่กรณีกำหนดและภายใต้ความช่วยเหลือของศาล

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาด แต่อาจต้องเสนอคำชี้ขาดนั้นต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น เช่น การอนุญาโตตุลาการในศาลของประเทศไทย

การอนุญาโตตุลาการในศาลนี้จะมีความสะดวกมากเนื่องจากศาลช่วยเหลือดูแลเป็นพิเศษ และไม่เกิดปัญหาใดๆ แต่ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในประเทศไทยไม่ค่อยมีการใช้กันมากนัก เนื่องจากเมื่อมีคดีขึ้นไปสู่ศาลแล้วคู่ความมักไม่ต้องการให้บุคคลอื่นมาช่วยชี้ขาดให้ แต่ต้องการให้ศาลตัดสินคดีนั้น เพราะคู่กรณีพิพาทที่เลือกให้การฟ้องคดีต่อศาลก็เพราะมั่นใจว่าศาลจะช่วยระงับข้อพิพาทได้ดีกว่าวิธีการอื่นๆ

1.3.2 แบ่งตามบุคคลที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาท

1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (*ad hoc arbitration*)

คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีการดังกล่าวได้ด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน โดยไม่ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดๆ ก็ได้

เมื่อคู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นก็จะพิจารณาข้อพิพาทตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอ โดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาต่างๆ ที่คู่กรณีกำหนด หากไม่ได้ระบุให้ใช้ข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการใด หรือตามข้อบังคับที่คู่กรณีระบุ หากคู่กรณีกำหนดเช่นนั้น หรือตามดุลยพินิจของตน (โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกันกับอนุญาโตตุลาการนั้น) หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาไว้ แต่มีบางเรื่องที่ไม่อยู่ในความตกลงหรือข้อบังคับฯ ก็เป็นดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการที่จะดำเนินการแต่ต้องให้ความยุติธรรมและให้อีกฝ่ายหนึ่งทั้งสองฝ่ายในการเข้าร่วมพิจารณา

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาดโดยปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เหมาะสมสำหรับกรณีที่คู่กรณีพิพาทเต็มใจเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการและให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ แต่อาจเกิดปัญหาและความยุ่งยากได้ง่าย ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เต็มใจหรือบิดพลิ้วไม่ยอมให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการ แม้จะได้ตกลงใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาก่อนแล้วก็ตาม และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้วิธีการแก้ไขที่มีอยู่ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีความรู้และไม่มีผู้ที่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าวคอยช่วยเหลือ หรืออนุญาโตตุลาการไม่รู้ทางแก้ไขหรือไม่สนใจหรืออื่นๆ

อย่างไรก็ตามคู่กรณีที่ประสงค์จะใช้การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจป้องกันปัญหาข้อยุ่งยากต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ โดยระบุให้ใช้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใด หรือให้ใช้กฎข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศต่างๆ เช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1976 ซึ่งข้อบังคับเหล่านี้จะมีรายละเอียดกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการและทางแก้ต่างๆ สำหรับข้อขัดข้องที่อาจจะเกิดขึ้นในทุกขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการ

2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

(institutional arbitration)

คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการ อาจตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวได้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของสถาบันที่สร้างขึ้นมาเพื่อให้บริการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการแห่งกระทรวงยุติธรรม หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานต่างๆ เช่น สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กรมการประกันภัย กระทรวงพาณิชย์ หรือเป็นหน่วยงานในหอการค้าที่ให้บริการกับสมาชิกของหอการค้าและนักธุรกิจทั่วไป เช่น สภาอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

สถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ไม่ได้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ คือ พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยตรง แต่ให้บริการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะทางด้านการบริหารงาน กล่าวคือ สถาบันแต่ละแห่งจะมีบัญชีรายชื่อของบุคคลที่ยินดีทำหน้าที่ดังกล่าว และเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญทางด้านต่างๆ ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีเลือกให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ คือ ออกเอกสารต่างๆ ให้คู่กรณีหรือตามที่คู่กรณีร้องขอ นัดหมายคู่กรณี หรือตามที่คู่กรณีร้องขอ นัดหมายคู่กรณีในการพิจารณา ให้ใช้สถานที่ของสถาบัน และอำนวยความสะดวกต่างๆ ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องรายชื่อของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้นั้น แต่ละสถาบันจะมีรายชื่อของบุคคลเหล่านั้นซึ่งมีความรู้และความเชี่ยวชาญในสาขาต่างๆ เช่น กฎหมาย การก่อสร้าง การค้า การลงทุน วิศวกรรม แพทย์ สถาปัตยกรรม อุตสาหกรรม และอื่นๆ ไว้ให้คู่กรณีที่ประสงค์จะใช้บริการของสถาบันเลือก ผู้ที่ได้รับเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปฏิบัติตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน แต่

คู่กรณีจะเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอกก็ได้แต่ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้การควบคุมดูแลของสถาบันก็ได้

นอกจากมีรายชื่อผู้ที่เต็มใจทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการแล้วสถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่สถาบันร่างขึ้นเองหรือนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมาใช้ ข้อบังคับดังกล่าวจะช่วยให้อำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีพิพาทที่ต้องการใช้บริการของสถาบันได้ดี เพราะข้อบังคับเหล่านั้นจะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ และทางแก้ไขกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ รายละเอียดของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เช่น การกำหนดสถานที่วันและเวลาของการพิจารณา วิธีพิจารณาซึ่งต้องทำการลับ สิทธิของคู่กรณีในการพิจารณา เช่น สิทธิในการมีทนายหรือที่ปรึกษาเพื่อการช่วยเหลือในการพิจารณา อำนาจของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาโดยมีคู่กรณีฝ่ายเดียว เพราะเหตุที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งขาดนัด การทำคำชี้ขาด ระยะเวลาการทำคำชี้ขาด รูปแบบของคำชี้ขาด กฎหมายที่ใช้บังคับในการพิจารณาและคำชี้ขาด และค่าธรรมเนียมของการอนุญาโตตุลาการ

1.4 หลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ⁵

สำหรับหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ว่าจะดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเองหรือโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการและไม่ว่าข้อพิพาทจะอยู่ในขั้นตอนใด ก็มีรายละเอียดส่วนใหญ่ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1.4.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงกันด้วยความสมัครใจของคู่กรณีพิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทของตนเข้าสู่การพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ สิ่งสำคัญอันถือว่าเป็นหัวใจของการอนุญาโตตุลาการ คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาคู่กรณีกระทำขึ้นนั้น ก็ไม่สามารถใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นได้ ซึ่งโดยปกติแล้วหากไม่มีข้อกำหนดไว้เป็นที่แน่ชัดในกฎหมายหรือไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนว่าให้นำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทนั้นจะต้องนำไปสู่การพิจารณาของ

⁵ พิเชษฐ์ คงศิลา พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545: ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 15 การระงับข้อพิพาท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 19-

ศาลยุติธรรม เนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดและจุดเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

1.4.2 ลักษณะสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไปเป็นสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญา เช่น ความสามารถ และเจตนาของคู่สัญญา แต่วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาก่อนข้างมีลักษณะพิเศษ คือ เป็นการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสารบัญญัติ แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องของวิธีบัญญัติ ซึ่งทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีลักษณะ 2 ประการ คือ⁶

ประการแรก สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) เป็นสัญญาที่ตัดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจะเป็นการห้ามศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเสียทั้งหมด การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งยังต้องการความช่วยเหลือจากศาล ทั้งนี้เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยเอกชน จึงขาดสภาพบังคับตามกฎหมายกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่น การเรียกเอกสารจากบุคคลภายนอก การขอใช้วิธีการชั่วคราว เป็นต้น ยังจำเป็นต้องขอความร่วมมือจากศาลเพื่อดำเนินการเหล่านี้

ประการที่สอง สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดที่ทำให้บุคคลที่สาม คือ อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมผูกพันคู่กรณีพิพาทต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

1.4.3 การก่อให้เกิดสัญญาและความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Contract) หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาชี้ขาดโดยอาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission Agreement) หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหนึ่งสัญญาใดที่มีอยู่ต่อกันว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ในทางปฏิบัติการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจของนานาชาติประเทศนั้น เกิดจากสัญญาเสมอ หากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการคู่กรณีพิพาทก็ไม่ถูกบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดังกล่าว

⁶ รัชชัย สุวรรณพานิช “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษานิติศาสตร์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม 2540 หน้า 52-53

จากความหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) จะเห็นได้ว่าการตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถกระทำได้ทั้งในกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และกรณีข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งประเทศส่วนใหญ่แล้วยอมรับให้มีการอนุญาโตตุลาการได้ทั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว และข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย ซึ่งหลักการนี้ก็สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายแม่แบบของการอนุญาโตตุลาการ (Model Law) และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 (New York Convention 1958)

ดังนั้น การทำข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น จึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) การทำข้อตกลงหรือสัญญาเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งเรียกว่า “Submission Agreement” กล่าวคือ การทำข้อตกลงหรือสัญญาในลักษณะนี้เป็นการทำข้อตกลงหรือสัญญาซึ่งโดยมากแล้วจะมาเป็นสัญญาฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก (Principle Contract) ซึ่งจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้นมีอะไรบ้าง⁷ และจะทำเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การทำข้อตกลงในลักษณะนี้โดยทั่วไปแล้วไม่ค่อยจะได้รับความนิยม เนื่องจากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โอกาสที่คู่กรณีพิพาทจะมาทำความตกลงกันในเรื่องวิธีการระงับข้อพิพาทโดยให้บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งเป็นเอกชนมาตัดสินข้อพิพาทเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การฟ้องร้องคดีต่อศาลจะเป็นประโยชน์แก่ตนเอง เช่น ทำให้สามารถประวิงคดีให้ล่าช้าออกไป ฝ่ายนั้นก็จะไม่ยอมที่จะทำข้อตกลงในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จึงทำให้ Submission Agreement ไม่เป็นที่นิยมในทางปฏิบัติ

2) การทำข้อตกลงหรือสัญญาเมื่อข้อพิพาทยังไม่เกิดขึ้น เป็นการตกลงกันไว้ล่วงหน้า ปกติมักจะทำพร้อมๆ กันกับสัญญาหลัก เพื่อความสะดวกมักจะเขียนไว้เป็นข้อตกลงรวมอยู่ในฉบับเดียวกับสัญญาหลัก ซึ่งเรียกว่า “Arbitration Clause” โดยกำหนดว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในอนาคตคู่สัญญาประสงค์จะให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งนั้นแทนการดำเนินคดีในศาล ในอดีตสัญญาประเภทนี้ไม่เป็นที่ยอมรับในหลายๆ ประเทศ เช่น ในกลุ่มละตินอเมริกา แต่ในปัจจุบันสัญญาประเภทนี้เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายในกฎหมายของประเทศต่างๆ เช่น ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติ

⁷ อนันต์ จันทโรภากร กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม 2537 หน้า 47

อนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ตลอดจนสนธิสัญญาต่างๆ เช่น อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก (New York Convention 1958)

อย่างไรก็ดี ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) มีลักษณะเป็นเพียงเป็นเพียงเงื่อนไขข้อหนึ่งรวมอยู่ในเงื่อนไขหลายๆ ข้อของสัญญาธุรกิจ แต่วัตถุประสงค์ของการตกลงทำเงื่อนไขข้อนี้แตกต่างจากสัญญาธุรกิจซึ่งเป็นสัญญาหลักอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ สัญญาธุรกิจมีวัตถุประสงค์ในการผูกพันสัมพันธภาพทางธุรกิจ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้าง มีความผูกพันให้ผู้รับจ้างต้องทำงานก่อสร้างให้แล้วเสร็จส่งมอบให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างต้องชำระสินจ้างเพื่อความแล้วเสร็จของงาน หรือสัญญาซื้อขายก็มีวัตถุประสงค์ที่จะซื้อขายส่งมอบสินค้าที่กำหนด และมีการชำระราคาตามที่ตกลงกัน ส่วนข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) มุ่งหมายให้ผู้สัญญาต้องนำเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาธุรกิจ(ถ้าหากมีเกิดขึ้นในอนาคต) ต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น⁸

จึงมีปัญหว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ซึ่งเป็นข้อตกลงข้อหนึ่งอยู่ในสัญญาหลักนั้น จะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักหรือว่าเป็นเอกเทศหรือเป็นอิสระแยกจากสัญญาหลัก ในปัญหานี้แต่เดิมนั้นนักนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ มีความเข้าใจว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำในรูปของข้อตกลงในสัญญาหลัก (Arbitration Clause) หรือจะเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งต่างหากจากสัญญาหลักก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักไม่มีความเป็นเอกเทศ ดังนั้น หากมีการโต้แย้งว่าสัญญาหลักสิ้นผลหรือไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับไม่ได้ ก็มีผลเท่ากับเป็นการโต้แย้งว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ ไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับไม่ได้ไปด้วย และเมื่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะมีขึ้นได้โดยอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เท่านั้น ด้วยเหตุนี้เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อสู้ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ จึงมีผลทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้น อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะเช่นนี้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางจนแทบจะถือเป็นข้อยุติในประเทศต่างๆ ได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกออกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลัก แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะทำในรูปข้อตกลงที่กำหนดรวมอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกันกับสัญญาหลักก็ตาม หลักกฎหมายหรือทฤษฎีนี้ เรียกว่าหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability)

⁸ คัมภีร์ แก้วเจริญ “การปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยหน่วยงานภาครัฐ” ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2* กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม 2540 หน้า 77

หรือ Severability Doctrine) ซึ่งหลักความเป็นเอกเทศนี้ได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย เดิมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักว่าด้วยความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้นำหลักของความเป็นเอกเทศสัญญาบัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 24 วรรคหนึ่งที่กำหนดไว้ว่า “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักทำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ”

1.4.4 หลักฐานแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ

หลักฐานแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงหรือสัญญามอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดในข้อพิพาทที่มีอยู่แล้วหรือที่จะมีขึ้นได้ต้องมี คำเสนอ คำสนอง ถูกต้องตรงกัน ระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาต้องมีความสามารถ ไม่ถูกข่มขู่ หลอกลวง หรือมีข้อบกพร่องต่างๆ ในการทำสัญญา สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงมีผลสมบูรณ์ ดังนั้น การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำอย่างไร จึงจะสมบูรณ์ใช้บังคับได้

การอนุญาโตตุลาการของนานาประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรศัพท์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และรวมถึงประเทศไทยด้วย เป็นต้น

ประเทศไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 กำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณีต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรศัพท์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะเดียวกันนี้ เป็นบทบัญญัติที่อนุวัติการมาจากข้อ 2(2) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับใช้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (New York Convention 1958) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 11 ใช้คำว่า “หลักฐานเป็นหนังสือ” โดยปกติแล้วในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าการทำนิติกรรมใด ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ถ้าคู่สัญญาไม่ได้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือกันไว้ ก็จะมีข้อสงสัยว่าบังคับคดีไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมนั้นจะไม่สมบูรณ์ แต่มาตรา 11 นี้ บัญญัติแตกต่างไปจากกรณีอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ คือ การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือไม่ได้มีผลแต่เพียงฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ แต่ถือว่าไม่ผูกพันคู่กรณีเลย

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์จะต้องมีการลงลายมือชื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ แต่ในกรณีของสัญญา อนุญาโตตุลาการนั้น อาจทำโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรสาร หรือเอกสารอื่นๆ ที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ซึ่งโดยปกติ แล้วโทรเลขย่อมไม่มีลายมือชื่อ หรือเอกสารที่ได้ตอบทางโทรสารก็ไม่มีลายมือชื่อเช่นเดียวกัน ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่า การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องมีข้อความปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าคู่สัญญาตกลงกันจะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทระหว่าง ตน ส่วนจะมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะทำด้วยวาจาไม่ได้ ตามมาตรา 11 นี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็น บทบัญญัติแรกในประเทศไทยที่ยอมรับการทำสัญญาในลักษณะการแลกเปลี่ยนข้อมูลทาง อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange: EDI)

1.4.5 ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว ย่อมผูกพันคู่กรณีที่จะต้องเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ต้องร่วมมือกันในการดำเนิน กระบวนการพิจารณา เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการชี้ขาด การยอมรับปฏิบัติตามสัญญา อนุญาโตตุลาการ เช่น ไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ หรือนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามสัญญา อนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เช่นนี้ เป็นเรื่องที่เป็นปัญหาสำคัญของการ อนุญาโตตุลาการทั้งภายในและระหว่างประเทศ ประเทศต่างๆ ที่มีความเจริญทางการค้า การ อนุญาโตตุลาการมักจะมิชอบด้วยกฎหมายอนุญาโตตุลาการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่บิดพลิ้วเข้า ร่วมการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้ ตามกฎหมายแม่แบบ อนุญาโตตุลาการ (The Model Law on International Commercial Arbitration) ของ คณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nation on International Trade Law: UNCITRAL) ได้บัญญัติไว้ดังนี้⁹

⁹ แก้วดา จิตตวิสุทธิกุล ผลของการบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ: ศึกษากรณีที่มี บุคคลหลายฝ่ายผูกพันสัญญาธุรกิจ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2543 หน้า 48-49

“ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาท ซึ่งอยู่ภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันยื่นคำให้การเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน”

การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ จะมีบทบัญญัติให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการหยุดการพิจารณาคดีของศาลจนกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดหรือจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน เช่น The Arbitration Act 1996 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 9 บัญญัติ Art.II(3) ของ New York Convention 1958 และตาม Art.8(1) ของ UNCITRAL The Model Law ซึ่งบัญญัติให้ศาลสามารถช่วยให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับโดยการให้พักกระบวนการพิจารณาที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการหากได้รับคำร้องขอจากคู่กรณี เว้นแต่ในกรณีที่พบว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือใช้ไม่ได้ หรือมีข้อบกพร่องไม่สามารถดำเนินการหรือปฏิบัติตามได้ ตามมาตรา 9(4) นอกจากนี้มาตรา 12 ยังได้มีบทบัญญัติให้ศาลขยายระยะเวลาเริ่มต้นของอนุญาโตตุลาการได้ คือ ให้ศาลช่วยคู่กรณีขยายระยะเวลาเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดได้ หากในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ระบุไว้ว่า จะต้องเริ่มต้นทำการอนุญาโตตุลาการภายในเวลาที่กำหนดและกำหนดเวลานั้นจะสิ้นสุดไปแล้ว

สำหรับประเทศไทย ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งแต่เดิมศาลฎีกาถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่จำกัดสิทธิของบุคคลในการนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาล จึงตีความสัญญาดังกล่าวค่อนข้างเคร่งครัด การเขียนข้อสัญญาต้องมีความรัดกุมชัดเจนและมีลักษณะบังคับว่าต้องเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หากเขียนไม่รัดกุมหรือให้มีทางเลือกจะไปดำเนินการทางศาลหรือทางอนุญาโตตุลาการก็ได้ จะไม่มีผลบังคับให้คู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 945/2498 และ 3429/30 ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งหมดใช้บังคับไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีในปัจจุบันนี้แนวคิดนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งมีบทบัญญัติให้ศาลมีอำนาจเข้าไปช่วยเหลือให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ซึ่งเป็นการบัญญัติตาม Art.2(3) ของ New York Convention 1958 ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ นำข้อพิพาทนั้นมาฟ้องร้องต่อศาลแทนที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี และถ้าศาลทำการได้ส่วนแล้วไม่ปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็น

โมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่น หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาขึ้นได้ ก็ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการก่อน

ดังนั้นตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้สั่งจำหน่ายคดี หากคู่กรณีไม่ยื่นคำร้องดังกล่าว แต่เข้ามาต่อสู้คดีในศาลก็ต้องถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ประสงค์ที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไป สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เป็นอันระงับ หรือในกรณีไม่มายื่นคำร้องต่อศาลและไม่เข้ามาต่อสู้ในศาลด้วย แต่กลับนำข้อพิพาทนั้นไปเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ กรณีนี้แม้จะเป็นการแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังมีความประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีไม่ได้ เพราะไม่ได้ดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ศาลจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป แม้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะขานัดยื่นคำให้การและขานัดพิจารณา

1.5 ความผูกพันของรัฐตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ¹⁰

จากการที่รัฐต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินการของเอกชน เพื่อตอบสนองความเรียบร้อยของสังคม และความต้องการของประชาชน รัฐและหน่วยงานของรัฐจึงถือเป็นองค์กรหลักในการทำสัญญาทางธุรกิจกับเอกชนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ รัฐสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อหรือจัดหาสินค้าและบริการได้เช่นเดียวกับเอกชน โดยรัฐเข้าเป็นคู่สัญญากับเอกชนโดยตรง โดยหน่วยงานของรัฐมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการดังกล่าวโดยเฉพาะ หรือหน่วยงานของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไป รวมถึงหน่วยงานรัฐวิสาหกิจที่ดำเนินการในสภาพกึ่งเอกชนด้วย สัญญาดังกล่าวอาจถูกกระทำลงโดยผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐ อันจะนำมาซึ่งหน้าที่และความรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง รัฐจะเข้าควบคุมการดำเนินการของผู้แทนเหล่านี้ได้ โดยการคัดกรองและแต่งตั้งผู้ที่จะดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจในการกระทำการที่มีผลผูกพันรัฐ

โดยทั่วไปจะพบว่า สัญญาที่กระทำระหว่างคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายรัฐหนึ่งและที่เป็นเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง อาจมีข้อสัญญาให้ระงับข้อพิพาทของสัญญาดังกล่าวโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย หรือที่เรียกว่า “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่สัญญาที่เป็นเอกชนชาวต่างชาติ คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวย่อมมีความหวั่นเกรงที่จะยอมรับให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางศาลของรัฐคู่สัญญา โดยเกรงว่าศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศคู่สัญญาจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโน้มเอียง เพื่อเอื้อประโยชน์แก่รัฐซึ่งเป็นคู่สัญญานั้นเอง

¹⁰ ฉันทชัย โรจนสรโรช “รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ” วารสารอนุญาโตตุลาการ ปีที่ 4 ประจำปี 2552: 90-92

โดยการทำสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น เป็นกรณีที่รัฐยอมเข้าเป็นคู่สัญญาในข้อสัญญาอนุญาตไต่สวนการกับเอกชน ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสัญญาประธาน ซึ่งในการทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการดังกล่าว นอกจากจะต้องพิจารณาถึงผู้ที่ลงลายมือชื่อในสัญญาเป็นผู้ที่มีอำนาจกระทำการแทนรัฐหรือไม่ และยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่ามีข้อกฎหมายใดที่จำกัดอำนาจของรัฐในการเข้าทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการหรือไม่อีกด้วย

ในต่างประเทศ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส มีประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 2060 วางหลักไว้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของรัฐไม่อาจใช้กระบวนการอนุญาตไต่สวนการได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตเป็นกรณีไป ส่วนในประเทศอื่น เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย อิหร่าน และซีเรีย การที่รัฐจะเข้าเป็นคู่สัญญาในข้อสัญญาอนุญาตไต่สวนการนั้น จะต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจก่อน ดังนั้น การที่รัฐจะเข้าเป็นคู่สัญญาอนุญาตไต่สวนการนั้น จะต้องพิจารณาก่อนว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศนั้นๆ ห้ามไว้หรือไม่

การจำกัดอำนาจในการเข้าทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการของรัฐนั้น มาจากหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ ในการที่จะไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทที่ได้ดำเนินการโดยรัฐ อันแสดงถึงความไม่ไว้วางใจของรัฐต่อระบบอนุญาตไต่สวนการ

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนมิได้ทั้งในส่วนที่เป็นสัญญาทั่วไป และในส่วนที่เป็นข้อสัญญาทางปกครอง

สัญญาทั่วไปที่รัฐสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาได้นั้น คือ สัญญาที่กระทำโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ที่กำหนดให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดังกล่าว เป็นผู้เข้ารับเอาประโยชน์ที่มีได้มุ่งประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์สาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาจ้างบริษัทก่อสร้างอาคารสถานที่ราชการ หรือสัญญาจัดซื้ออุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินงานของหน่วยงาน ดังกล่าว เป็นต้น

ส่วนสัญญาทางปกครองนั้น มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติบทนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

ซึ่งในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติบทนิยามของ “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้ว่า “หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมราชการ ส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้ความหมายรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

ส่วนบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนรัฐนั้น ได้แก่ ย่อมเป็นบุคคลที่มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลดังกล่าว

จากบทนิยามที่กล่าวมาข้างต้น สัญญาทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไปกล่าวคือ

1. เป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ

2. มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยืนยันว่ารัฐสามารถตกลงใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทั่วไป หรือสัญญาทางปกครองก็ตาม ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545¹¹

2. กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law)

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทจะยุติไปที่ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยและมีคำตัดสินเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทกันนั้นว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก คู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด และคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องชำระเงินให้อีกฝ่ายหรือไม่อย่างไร คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่พิพาทกันนี้เรียกว่าเป็น “คำชี้ขาด (Award)” ซึ่งเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องคดีต่อศาล การที่อนุญาโตตุลาการจะตัดสินและทำคำชี้ขาดออกมาได้มีข้อพิจารณาในเชิงกฎหมายหลายประการ ในการนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ การชี้ขาดตามหลักสุจริตและเป็นธรรม รวมถึงข้อกำหนดของสัญญาและ

¹¹ มาตรา 15 บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่สัญญา”

ธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์ในส่วนต่อไป โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้¹²

2.1 กฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับ(applicable substantive law)

ตามปกติอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนด จะตัดสินชี้ขาดไปตามอำเภอใจของตนหาได้ไม่ การเลือกใช้กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน

กรณีแรก หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกันและเรื่องที่พิพาทก็เกี่ยวพันแต่เฉพาะประเทศไทย ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทก็จะไม่มีมากนัก เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็จะมีเพียงกฎหมายของประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงควรต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใดนั้นเป็นอีกปัญหาหนึ่งซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทว่าเป็นเรื่องใดแล้วจึงนำกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนั้นมาใช้ในการตัดสิน

กรณีที่สอง หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งคู่พิพาทอาจจะมีสัญชาติแตกต่างกันและเรื่องที่พิพาทอาจจะมีเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับเรื่องที่พิพาทจะมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เนื่องจากประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่างๆ เป็นของตนเอง และบทกฎหมายเหล่านั้นอาจจะเหมือนหรือแตกต่างกันก็ได้ ในกรณีที่กฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน การที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งอาจจะให้ผลอย่างหนึ่ง และหากเลือกใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่งก็ได้ ส่วนในกรณีที่กฎหมายของประเทศต่างๆ เหมือนกันก็จะไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด เพราะไม่ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดก็จะให้ผลเช่นเดียวกัน

ในกรณีที่ข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการต้องการวินิจฉัยเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ หากคู่สัญญาได้กำหนด “กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา (Governing Law)” ไว้โดยเฉพาะว่าจะให้

¹² สรวิศ ลิ้มปรี้ง “คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ” ค้นค้นวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2555 จาก <http://elib.coj.go.th/Article/data/arbitration1.pdf>

เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศใด อนุญาโตตุลาการก็จะผูกพันให้ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของประเทศนั้น ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง โดยในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติอธิบายให้ชัดเจนขึ้นด้วยว่ากฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้นั้นหมายถึง “กฎหมายสารบัญญัติ (substantive law)” ของประเทศนั้น ซึ่งจะบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของคู่สัญญาไว้โดยเฉพาะ มิได้หมายถึง “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (rules on conflict of laws)” ของประเทศที่กำหนดไว้

ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนด “กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา” ไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลของคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป มาตรา 34 วรรคสองกำหนดให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด อนุญาโตตุลาการก็จะต้องไปพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทกันอีกครั้ง

หากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งจะทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้หากใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ จึงมีปัญหาคืออนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยว่าในบรรดากฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาปรับใช้ มาตรา 34 วรรคสองได้กำหนดแนวทางที่อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องเลือกกฎหมายของประเทศต่างๆ ตาม “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws)” อย่างไรก็ตาม มาตราดังกล่าวก็ไม่ได้ให้คำตอบทั้งหมดแก่อนุญาโตตุลาการ เนื่องจากแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่างก็มี “หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” ของตนเองเช่นกันซึ่งมีผลที่ได้จากการปรับใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศอาจได้ผลที่แตกต่างกันด้วย มาตรา 34 วรรคสองเพียงแต่ระบุให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร ตามปกติหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณามาปรับใช้อาจแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง แนวทางแรกคือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นที่ตั้งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการไปดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการจึงอาจต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วย แนวทางที่สองคือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด (the country most closely connected to the dispute) เนื่องจากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ บ่อยครั้งที่สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงเรื่องความบังเอิญที่คู่พิพาทพยายามจะหาสถานที่ที่เป็นกลางซึ่งอาจจะไม่มี

ส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทแต่อย่างใด จึงอาจจะทำให้การนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเป็นการไม่เหมาะสมและอาจก่อให้เกิดผลอันเหนือความคาดหมายของคู่พิพาทได้ จึงมีแนวคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการควรต้องใช้กฎหมายของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทมากที่สุด โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

ตัวอย่าง บริษัท ก. ซึ่งเป็นบริษัทไทยทำสัญญาว่าจ้างบริษัท ข. ซึ่งเป็นบริษัทอิตาลี ให้ทำการก่อสร้างอาคารศูนย์การค้าที่เมืองเชียงไฮ่ ประเทศจีน โดยได้ไปทำสัญญาว่าจ้างกันที่เมืองเชียงไฮ่ ต่อมาในระหว่างการก่อสร้างเกิดข้อพิพาทกันระหว่างบริษัททั้งสอง จึงได้มีการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่ประเทศสิงคโปร์ตามข้อตกลงในสัญญา โดยในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใดในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท

ในกรณีตามตัวอย่างจะเห็นได้ว่าประเทศไทยและประเทศอิตาลีซึ่งเป็นประเทศคู่พิพาทมีสัญญาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทน้อยมากโดยแทบไม่มีการดำเนินการใดๆ ที่เป็นสาระ สำคัญในประเทศทั้งสองเลย ส่วนประเทศสิงคโปร์ก็เพียงมีความเกี่ยวข้องกันเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วและได้เริ่มมีการดำเนินการกระบวนการพิจารณา การที่คู่พิพาทเลือกประเทศสิงคโปร์ก็เนื่องจากประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศเป็นกลางที่ไม่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจึงทำให้ไม่เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างคู่พิพาท จึงเห็นได้ว่าประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องที่พิพาทมากที่สุดในกรณีนี้คือ ประเทศจีนเนื่องจากการลงนามในสัญญาและการดำเนินการก่อสร้างอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของสัญญาต่างก็กระทำในประเทศจีนทั้งสิ้น อนุญาโตตุลาการจึงอาจนำหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศจีนมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้

2.2 การชี้ขาดตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)

ตามปกติ อนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งอาจเป็นกฎหมายของประเทศไทยหรือกฎหมายของประเทศอื่นที่คู่พิพาทกำหนดหรือที่ได้จากการพิจารณาหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่ในบางกรณีคู่พิพาทอาจจะไม่สามารถตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้ หรืออาจจะเห็นว่าการใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะอาจจะไม่เหมาะสมกับกิจการระหว่างคู่พิพาท คู่พิพาทอาจจะตกลงกันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตาม “หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม (Ex aequo et bono or As amiable compositeur)” หลักดังกล่าวนี้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องยึดถือบทบัญญัติกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ

และสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ตนเห็นว่าเป็นธรรมต่อคู่พิพาทมากที่สุดเมื่อคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่แวดล้อมข้อพิพาทนั้น

หลัก Amiable compositeur ใช้กันมากในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย civil law และหลัก Ex aequo et bono เป็นที่รู้จักกันดีในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (common law) แต่ทั้งสองหลักมีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน แต่หลักทั้งสองประการก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ในบางกรณี แม้ว่าคู่พิพาทตกลงกันอย่างชัดเจนให้อนุญาตตุลาการตัดสินตามหลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมโดยไม่ต้องตัดสินตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ถ้าหากเป็นกรณีของ “กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” อนุญาตตุลาการไม่สามารถอาศัยหลักการดังกล่าวหลักเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวถือว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนั้น การหลักเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจเป็นผลให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถูกเพิกถอนหรือถูกศาลฎีกาเพิกถอนและบังคับใช้ อนุญาตตุลาการจึงต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าผลของคำชี้ขาดจะเป็นผลที่ “ไม่เป็นธรรม” ในความเห็นของอนุญาตตุลาการก็ตาม

2.3 ข้อกำหนดของสัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า

ข้อกำหนดในสัญญาเป็นเสมือนกฎหมายที่คู่พิพาทร่วมกันตกลงกำหนดขึ้นเพื่อระบุสิทธิและหน้าที่ที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกัน และกำหนดความสัมพันธ์และการดำเนินการต่างๆ ระหว่างคู่พิพาท ดังนั้น อนุญาตตุลาการซึ่งได้รับอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจึงจำเป็นต้องยึดข้อกำหนดในสัญญาเป็นหลักในการตัดสินชี้ขาด นอกจากนั้น มาตรา 34 วรรคสี่ยังได้กำหนดให้อนุญาตตุลาการในข้อพิพาททางการค้าต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมที่พิพาทด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาอาจจะไม่มีความชัดเจนมากนัก เนื่องจากถ้อยคำที่คู่พิพาทเลือกใช้มีความคลุมเครือหรืออาจจะเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกำหนดไว้โดยเฉพาะเนื่องจากเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายของคู่พิพาทในขณะทำสัญญาหรือคู่พิพาทไม่สามารถหาข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวได้ อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาว่าในเรื่องดังกล่าวมีธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอย่างไรบ้างและอนุญาตตุลาการควรจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยอ้างอิงจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าเหล่านั้น