

บทที่ 2

แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและการค้นหาข้อเท็จจริง

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ซึ่งได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่กระทำโดยการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากการระงับข้อพิพาทที่ใช้เวลารวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดไม่มีขั้นตอนการดำเนินการยุ่งยาก คู่พิพาทมีอิสระในการแต่งตั้งบุคคลขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท สามารถตกลงกันในเรื่องกระบวนการพิจารณา ในส่วนพยานหลักฐานนั้น ได้เปิดโอกาสให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้นำเสนอพยานหลักฐาน ต่ออนุญาโตตุลาการได้อย่างเท่าเทียมกันเพื่อการวินิจฉัยข้อพิพาท และมีคำชี้ขาดซึ่งคู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม ทำให้การพิจารณาคดีมีลักษณะยืดหยุ่น ประหยัด รวดเร็ว และมีบรรยากาศเป็นกันเองกว่าการดำเนินคดีในศาล

2.1. ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้วทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแบ่งออกได้ 4 ทฤษฎี คือ

2.1.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory)

เป็นทฤษฎีที่เห็นว่ารัฐมีอำนาจ ควบคุมและวางหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจของตน แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาของคู่พิพาทก็ตาม เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจรัฐ เนื่องจากเป็นการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งปกติเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้น ไม่ใช่สิทธิของคู่พิพาท ถือว่าอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลมีอำนาจหน้าที่ที่ก่แต่โดยอาศัยกฎหมายของรัฐ บทบาทหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงคล้ายกับศาลโดยจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามตัวบทกฎหมายและโดยจิตสำนึกในการประสพความยุติธรรม สิ่งที่แตกต่างกันระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ศาลและผู้พิพากษานั้นมาจากการแต่งตั้งของรัฐโดยตรง ส่วนอนุญาโตตุลาการ นั้นเป็นเรื่องของคู่พิพาทที่จะตกลงกันเอง

ผลของทฤษฎีนี้คือ อนุญาตตุลาการมีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยการนำกฎหมายสารบัญญัติมาปรับใช้ในการทำงานเดียวกับศาล ทฤษฎีนี้จึงเน้นที่ความแน่ชัดของผลในทางกฎหมายของข้อพิพาทและบังคับว่าคำชี้ขาดต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี ดังนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติและมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น อนุญาตตุลาการต้องให้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี¹

ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้ คือ ศาสตราจารย์เฟรดเดอริก อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann) และประเทศที่ยึดถือทฤษฎีนี้ ส่วนใหญ่เป็นประเทศในระบบสังคมนิยม ซึ่งมีการดำเนินการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ

2.1.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ ปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงการอนุญาตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่า อนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนา และความสมัครใจของคู่พิพาท ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญา อนุญาตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่พิพาท ซึ่งทำขึ้นโดยอาศัยผู้เป็นอนุญาตตุลาการในสถานะที่เป็นตัวแทนของคู่กรณี²

การอนุญาตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญา เนื่องจากคู่พิพาทได้ก่อให้เกิดสัญญาในการระงับข้อพิพาทของตนมีอำนาจกำหนดระบบของอนุญาตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ การตกลงยอมรับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ปฏิเสธอิทธิพลของรัฐต่อการอนุญาตตุลาการ กฎหมายภายในของรัฐจะมีอิทธิพลต่อการอนุญาตตุลาการและการทำคำชี้ขาดน้อยมาก เพราะเป็นเรื่องของสัญญาที่คู่พิพาทมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ แต่ศาลไม่อาจบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการที่เห็นว่าเป็นเรื่องของศาล หรือไม่บังคับ

¹อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), น21.

² เฟิ่งอ๋าง, น 22.

ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือการไม่ปฏิบัติตามหลักพื้นฐานในเรื่องความยุติธรรม

ผลรวมของทฤษฎีที่ทำให้คู่พิพาทมีสิทธิกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการอย่างไม่มีข้อจำกัด แต่ถ้าคู่พิพาทไม่ได้ระบุกฎหมายที่ใช้บังคับไว้ อนุญาโตตุลาการต้องหาเจตนารมณ์ของคู่พิพาทจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง³

ทฤษฎีนี้มีผู้ให้การสนับสนุน คือ นิโบเย่ (Niboyet) และศาสตราจารย์ ดร. มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)

2.1.3 ทฤษฎีผสม (The Theory of Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้ เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอำนาจรัฐและสัญญา คือ การตกลงให้ใช้การอนุญาโตตุลาการ และการกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณา เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคู่กรณีหรือเป็นสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามคำชี้ขาดขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐ ที่จะบังคับตาม ซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจรัฐ การอนุญาโตตุลาการจะอยู่ตามลำพังโดยเอกเทศไม่ผูกพันกับระบบกฎหมายไม่ได้ แต่ในขณะเดียวกัน การอนุญาโตตุลาการมีรากฐานจากสัญญาของเอกชน ข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา ซึ่งขึ้นกับกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาปัญหาภายในท้องถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่พิพาทสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของท้องถิ่นนั้น แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงก็ใช้กฎหมายสารบัญญัติตามหลักกฎหมายขัดกันของท้องถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เป็นไปตามสัญญาของคู่พิพาทเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของท้องถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีนี้ ผู้พัฒนา คือ ศาสตราจารย์ ซอสเซออร์ – ฮอลล์ (Professor Sauser-Hall)⁴

³เสาวนีย์ อัครโรจน์ ,คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.35 .

⁴เพ็งอ้าง, น 36.

2.1.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้ เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการมีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท ซึ่งการอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นจากทางธุรกิจที่สะดวก เหมาะสม ไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม คู่กรณีมีอิสระในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระของข้อพิพาท และวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากทางปฏิบัติเพื่อระงับข้อพิพาท ไม่ใช่เกิดจากสัญญาหรืออำนาจรัฐ แต่เป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า de - nationalised arbitration หรือ non-national arbitration และยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดที่จะตกลงกันในเรื่องต่างๆของการอนุญาโตตุลาการ เช่นกฎหมายที่จะใช้บังคับ วิธีพิจารณาความ ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องผูกติดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถที่จะใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดี หรืออาจใช้กฎหมายหรือขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และแนวปฏิบัติต่างๆที่เกี่ยวข้องได้⁵

ผู้นำทางทฤษฎีนี้ คือ มาดาม รูเบลลิน เดวิชชี (Madame Rubellin Devichi)

2.2. หลักในการดำเนินคดีโดยอนุญาโตตุลาการ

2.2.1 มีข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาท ซึ่งเกิดจากสัญญาระหว่างคู่พิพาท มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่พิพาทต้องใช้ วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาทได้ทำความตกลงกันไว้ด้วยความสมัครใจ หากคู่พิพาทไม่มีการตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแม้จะมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจนเสร็จสิ้นแล้ว และมีการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดที่ได้ก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้ เนื่องจากไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ ที่จะระงับข้อพิพาทและทำคำชี้ขาด ซึ่ง

⁵อนันต์ จันทโรภากร, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น.24-25.

พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ได้บัญญัติว่า “สัญญาอนุญาตไต่สวนการ หมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา หรือไม่ โดยวิธีอนุญาตไต่สวนการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาตไต่สวนการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาตไต่สวนการแยกต่างหากก็ได้” จะเห็นได้ว่าประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับโดยวิธีอนุญาตไต่สวนการนั้นเป็นได้ทั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วและข้อพิพาทในอนาคต นอกจากนั้นข้อพิพาทที่จะระงับโดยวิธีอนุญาตไต่สวนการจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา หรือนิติสัมพันธ์อื่นก็ได้ ซึ่งนิติสัมพันธ์ที่มักจะมีการทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตไต่สวนการได้แก่นิติสัมพันธ์ทางสัญญา เช่น สัญญาร่วมทุนสัญญาก่อสร้าง สัญญาซื้อขายที่มีทุนทรัพย์ค่อนข้างสูง สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทาง

ข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยวิธีอนุญาตไต่สวนการอาจจะเป็นข้อพิพาททางแพ่งสัญญาทางปกครอง ในส่วนของข้อพิพาททางแพ่งซึ่งปกติเป็นเรื่องของสัญญาหรือเรื่องที่มีการเรียกร้องค่าเสียหาย สามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตไต่สวนการมาตั้งแต่ พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2530 จึงยังคงดำเนินการได้ต่อไปตามปกติ ในส่วนของเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทงปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่า หมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัมปทานสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งใน พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อพิพาทของสัญญาทางปกครองไว้ ต่อมาพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 ได้กำหนดว่าคู่สัญญาอาจตกลงกันให้ใช้วิธีการอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาทได้ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น คู่สัญญาจึงอาจตกลงมอบข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาตไต่สวนการวินิจฉัยชี้ขาดได้⁶

⁶สรวิศ ลิ้มปรางษ์, อนุญาตไต่สวนการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติรัฐ, 2545), น.48.

2.2.2 การตกลงกันให้มีการอนุญาตตุลาการ

เนื่องจากการอนุญาตตุลาการนั้นเกิดจากสัญญา จึงต้องมีการตกลงกันระหว่าง คู่พิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทของตนให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาด คือต้องมีการทำคำเสนอที่จะขอให้มีการอนุญาตตุลาการของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง และมีคำสนองให้มีการอนุญาตตุลาการของ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคำเสนอและคำสนอนนั้นต้องถูกต้องตรงกันจึงมีสัญญาอนุญาตตุลาการ เกิดขึ้น ถ้ามีการแสดงเจตนาให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว แต่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ทำคำสนองหรือตกลงด้วยหรือคำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน ก็ไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการและจะมีการบังคับให้คู่พิพาทที่มีได้ตกลงด้วยนั้นเข้าร่วมการ อนุญาตตุลาการมิได้

การตกลงกันทำสัญญาอนุญาตตุลาการของคู่พิพาทนั้นมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการ ทำสัญญาทั่วไป เช่นเจตนาของคู่สัญญาในการตกลงกันต้องสมบูรณ์ไม่บกพร่อง เป็นการตกลงทำ สัญญาด้วยความสมัครใจไม่มีความสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งสัญญา คู่สัญญาจะต้องไม่ถูก หลอกลวง หรือถูกกลั่นแกล้ง

2.2.3 มีสัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

การอนุญาตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งเป็นสัญญา เช่น ในการระงับข้อพิพาท ทางแพ่งและพาณิชย์โดยการอนุญาตตุลาการจะเกิดจากสัญญาระหว่างคู่พิพาทกรณีเสมอ มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่พิพาทต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ ถ้าคู่พิพาทมิได้ตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ แม้จะมีการดำเนินการ ในการอนุญาตตุลาการไปจนเสร็จสิ้น และมีการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวก็ใช้บังคับไม่ได้ เพราะไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการที่ให้อำนาจอนุญาตตุลาการที่จะระงับข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดนั้น

สัญญาอนุญาตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ คู่สัญญาตกลงกันให้นำ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างคู่สัญญาเสนอให้อนุญาตตุลาการเป็น ผู้วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งเป็นการตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น มีลักษณะสำคัญ 2 ประการคือ

(1) สัญญาอนุญาตตุลาการ เป็นสัญญาที่ตัดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาข้อ พิพาทระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากเป็นความตกลงในการกำหนดวิธีระงับข้อพิพาท โดยไม่ต้อง ดำเนินการทางศาล แต่มิใช่การตัดอำนาจศาลเสียทั้งหมดเนื่องจากการดำเนินกระบวนการ

ของอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งยังต้องขอให้ศาลดำเนินการให้เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการ เป็นกระบวนการระดับข้อพิพาทของเอกชน จึงขาดสภาพบังคับทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก ซึ่งมีใช้คู่สัญญาจำเป็นต้องขอให้ศาลดำเนินการให้ เช่น การเรียกพยานเอกสารจากบุคคลภายนอก การขอใช้วิธีการชั่วคราว

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดที่ทำให้บุคคลที่สาม คือ อนุญาโตตุลาการ มีอำนาจพิจารณาตัดสินชี้ขาด ข้อพิพาทและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาท ที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่ได้รับ

2.3. การก่อให้เกิดสัญญาอนุญาโตตุลาการ

การตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ สามารถดำเนินการได้ทั้งกรณี ที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

2.3.1 ประเภทของข้อตกลงหรือสัญญา

(1) การทำข้อตกลงหรือสัญญาเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วซึ่งเรียกว่า Submission agreement เป็นการทำข้อตกลงหรือสัญญา ซึ่งเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ซึ่งจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดมีอะไรบ้างและจะทำเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งไม่ค่อยได้รับความนิยม เนื่องจากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโอกาสที่คู่พิพาท จะนำมาทำความตกลงกันในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยให้บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งเป็นเอกชนมาตัดสินข้อพิพาทเป็นเรื่องที่กระทำได้ยากหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการฟ้องร้องคดี ต่อศาลเป็นประโยชน์แก่ตนเอง

(2) การทำข้อตกลงหรือสัญญาเมื่อข้อพิพาทยังไม่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นวิธีการตกลงกันไว้ ล่วงหน้า ที่มักทำพร้อมสัญญาหลัก ซึ่งเป็นข้อตกลงรวมอยู่ในฉบับเดียวกับสัญญาหลัก (arbitration clause) ละได้มีการกำหนดว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในอนาคตคู่สัญญามีเจตนาที่จะ ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทนั้นแทนการดำเนินคดีในศาล ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะเป็นเพียงเงื่อนไขของสัญญาธุรกิจ แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ต่างจากสัญญาธุรกิจซึ่งเป็นสัญญาหลักคือสัญญาธุรกิจมีวัตถุประสงค์ในการผูกสัมพันธ์ทางธุรกิจ

แต่สัญญาอนุญาตไต่สวนการมุ่งหมายให้คู่สัญญาต้องนำเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาธุรกิจต่ออนุญาตไต่สวนการเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

2.3.2 หลักฐานแห่งสัญญา

ข้อตกลงหรือสัญญาซึ่งมอบข้อพิพาทให้อนุญาตไต่สวนการชี้ขาดในข้อพิพาทที่มีอยู่แล้ว หรือจะมีขึ้นในอนาคตจะเกิดขึ้นได้ต้องมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา ความสามารถของคู่สัญญา การแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยไม่ถูกข่มขู่ หลอกลวง หรือมีข้อบกพร่อง ในการทำสัญญา สัญญาอนุญาตไต่สวนการจึงจะมีผลบังคับใช้อย่างสมบูรณ์

ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการพ.ศ. 2545 ได้วางหลักเกณฑ์ว่าในการบังคับตามสัญญาอนุญาตไต่สวนการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือที่มีลายมือชื่อของคู่สัญญาที่จะเป็นหลักฐานทำให้ผู้มีลายมือชื่อต้องผูกพันรับผิดชอบ

การทำหลักฐานเป็นหนังสือนั้นอาจอยู่ในรูปแบบใดๆก็ได้เพียงแต่ให้มีข้อความว่า คู่พิพาทตกลงกันทำการอนุญาตไต่สวนการเพื่อระงับข้อพิพาทของตน เช่นอาจทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรศัพท์ หรือเอกสารอื่นหรืออยู่ในรูปของสัญญาอนุญาตไต่สวนการโดยเฉพาะ หรือข้อตกลงในสัญญาอื่นๆ

2.3.3 ผลของสัญญาอนุญาตไต่สวนการ

เมื่อมีการทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการที่ครบถ้วนสมบูรณ์แล้วจะมีผลผูกพันคู่พิพาท คือ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นต้องดำเนินการยื่นข้อพิพาทให้อนุญาตไต่สวนการชี้ขาดจะไปฟ้องร้องต่อศาลทันทีไม่ได้ รวมถึงการร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตไต่สวนการ และยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการที่มีขึ้น

2.4. การได้มาซึ่งผู้ทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการ

อนุญาตไต่สวนการเป็นบุคคลที่สำคัญในการอนุญาตไต่สวนการ จนมีคำกล่าวว่าการอนุญาตไต่สวนการจะประสบความสำเร็จหรือล้มเหลวขึ้นอยู่กับอนุญาตไต่สวนการเนื่องจากอนุญาตไต่สวนการเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทจากพยานหลักฐานต่างๆที่คู่พิพาทเสนอ

และทำคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้น หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา อนุญาโตตุลาการคือการค้นหาข้อเท็จจริงและความคุมกระบวนการพิจารณา โดยยึดหลักความเป็นกลาง และเป็นอิสระ โดยในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น หากคู่พิพาทไม่ได้กำหนดรายละเอียด ในกระบวนการพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดกระบวนการใดๆได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการรวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานด้วย และเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดข้อพิพาทแล้วคำชี้ขาด ย่อมเด็ดขาดและถึงที่สุด คู่พิพาทต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น และคู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับ ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเวลาสามปีนับแต่ วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่หากมีเหตุคัดค้านคำชี้ขาด คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาดเพื่อให้เพิกถอนคำชี้ขาด

2.4.1 คำนิยามของอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) ได้มีผู้ให้คำนิยามของอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

คำว่า "อนุญาโตตุลาการ" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า "ผู้ชำระตัดสินในข้อพิพาท" ซึ่งทั้งใจทักและจำเลยยินยอมพร้อมใจกันตั้งให้ว่ากล่าว

ท่านอาจารย์พระนิติการณประสม ผู้เขียนคำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งฉบับสมบูรณ์เป็นฉบับแรก เขียนไว้ในคำอธิบายของท่านว่า

อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลโดยจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนร่วมกันก็ดี ซึ่งคู่กรณีได้ตกลงกันให้แต่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทในกรณีแพ่ง⁷

อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งและมอบหมายให้พิจารณา และชี้ขาดข้อพิพาท ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทนั้น เป็นเรื่องของ สัญญาจ้างทำงาน (เทียบได้กับจ้างทำของ) แต่อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองไม่ให้ ต้องถูกฟ้องร้องในการกระทำหน้าที่ผู้ชี้ขาด เพราะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ จึงมีสถานะคล้ายกับผู้พิพากษา ในทำนองเดียวกันอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านเพราะไม่เป็นกลางหรือมีอคติ⁸

⁷ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, "อนุญาโตตุลาการ", บทบัญญัติ, น.55-56.

⁸พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร:สามย่านวิทยพัฒนา, 2540), น.10.

อนุญาโตตุลาการคือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คุณพิพาท หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคุณ⁹

2.4.2 การตั้งอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีจำนวนคนเดียวหรือหลายคนก็ได้แล้วแต่ที่คุณพิพาทจะตกลงกัน แต่ต้องเป็นจำนวนเลขคี่ และถ้าคุณพิพาทตกลงกันเป็นเลขคี่ก็บัญญัติให้ตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกคนหนึ่ง เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคุณพิพาทไม่ได้ตกลงกันเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้หรือตกลงกันไม่ได้ก็ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

2.4.3 คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการ(Arbitrator) เป็นปัจจัยที่สำคัญของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมาย ไม่บกพร่องในเรื่องความสามารถ และเป็นผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญในทางด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเกี่ยวกับวิชาการที่เกี่ยวกับเรื่องที่กำลังพิพาทอยู่ มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดี

2.4.4 การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

ในการดำเนินการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้น อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต ยุติธรรม ไม่ลำเอียงเข้าข้างอีกฝ่ายหนึ่ง หากอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไม่เป็นธรรมเข้าข้างอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีส่วนได้เสีย หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ คุณพิพาทอาจยกข้อเท็จจริงนั้นขึ้นเพื่อคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้

⁹ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่3, น.104.

2.5. หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ¹⁰

2.5.1 หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ

เมื่อบุคคลได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงของตนเอง ซึ่งอาจกระทบถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เช่น มีความเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เป็นญาติกับคู่พิพาทฝ่ายใด เป็นต้น อันอาจทำให้การพิจารณาชี้ขาดไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว เพื่อความโปร่งใสและเป็นธรรมในการดำเนินคดี

2.5.2. หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง

เมื่อบุคคลได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ จะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง อนุญาโตตุลาการจะตั้งตัวแทนไม่ได้ เพราะการได้รับแต่งตั้งเนื่องมาจากคุณสมบัติเฉพาะตัวเป็นสำคัญ

2.5.3 หน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณีโดยเคร่งครัด

กรณีที่สัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาท ระบุอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไว้ อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามข้อความในสัญญาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นเพราะสัญญา อนุญาโตตุลาการจึงควรปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วน

¹⁰จักรพงษ์ เรืองเศรษฐการ, "หลักบทบังคับในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น.53-54.

2.5.4 หน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย

การชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายที่คู่พิพาทตกลงมาปรับแก้ประเด็นพิพาท หากเป็นกรณีที่คู่พิพาทกำหนดให้ตัดสินโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย ในลักษณะการไกล่เกลี่ยฉันท์มิตร(Amiable Composition) อนุญาโตตุลาการจึงสามารถตัดสินโดยไม่ต้องใช้กฎหมายได้

2.5.5 หน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่เสนอแก่ตน

อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่เสนอต่อตนเท่านั้น จะพิจารณาชี้ขาดในประเด็นที่มีได้เสนอต่อตนไม่ได้ เพราะเท่ากับทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาตามสัญญา คำชี้ขาดนั้นย่อมไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม และศาลจะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น

2.5.6 หน้าที่ต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน

อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสแก่คู่พิพาททุกฝ่ายเสนอพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสาร พยานวัตถุ พยานบุคคล รวมทั้งการเบิกความ หรือการแถลงต่าง ๆ ของคู่พิพาทด้วย จะฟังพยานลับหลังคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นขาดนัดพิจารณา โดยความผิดของตนเอง

2.6. ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ¹¹

ในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการอาจกระทำการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาท ซึ่งในกฎหมายอนุญาโตตุลาการปัจจุบันได้วางหลักให้อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของตน โดยหากอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่

¹¹จักรพงษ์ เรื่องเศรษฐกิจ,เพ็ญอ้าง,น.57.

โดยสุจริตแต่หากเกิดความผิดพลาดอนุญาตตุลาการจะได้รับความคุ้มครองและเป็นอิสระจากคู่พิพาท อนุญาตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งหากปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องและไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากไม่มีการกระทำที่ไม่ถูกต้อง แต่จะต้องรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญา เมื่อมีการกระทำ อย่างหนึ่งอย่างใดดังนี้

2.6.1 ความรับผิดชอบทางแพ่ง

การทำหน้าที่ของอนุญาตตุลาการมีลักษณะคล้ายกับการพิจารณาคดีของศาล จึงได้รับความคุ้มครองเพื่อให้อนุญาตตุลาการสามารถทำหน้าที่วินิจฉัยคดีตามดุลพินิจ ได้อย่างอิสระเต็มที่¹² ไม่ต้องเกรงกลัวว่าเมื่อได้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว จะถูกฟ้องเรียก ค่าเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมาตรา 23 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติว่า "อนุญาตตุลาการ ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย" ซึ่งจะเห็นว่าเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบทางแพ่ง ต่อเมื่อมีองค์ประกอบ 3 ประการดังนี้

(1) จงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

การกระทำโดยจงใจคือการกระทำหรือไม่กระทำที่ประสงค์ต่อผลหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อหมายถึงการกระทำหรือไม่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ ความระมัดระวังเช่นนั้นแต่ไม่ได้ใช้เพียงพอ

การกระทำประมาทเลินเล่อที่อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ใช่ประมาทเลินเล่อธรรมดา

(2) การจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อหน้าที่

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นต้องเป็นการกระทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการ

(3) ทำให้คู่พิพาทได้รับความเสียหาย

¹² จักรพงษ์ เรื่องเศรษฐกิจ, เพิ่งอ้าง, น.50.

อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อคู่พิพาทก็ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายนั้นซึ่งเป็นผลจากการกระทำของอนุญาตตุลาการและความรับผิดชอบนั้นอาจรับผิดชอบต่อคู่พิพาทฝ่ายใดก็ได้ไม่ใช่เฉพาะต่อคู่พิพาทฝ่ายที่ตั้งตนให้เป็นอนุญาตตุลาการเท่านั้น

ซึ่งหากขาดองค์ประกอบใดอนุญาตตุลาการก็ไม่ต้องรับทางแพ่งแต่อย่างใดดังนั้น อนุญาตตุลาการจึงจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งต่อเมื่ออนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นสาเหตุให้มีการทำคำชี้ขาดไม่ถูกต้องทำให้คู่กรณีต้องเสียหายจากการกระทำของอนุญาตตุลาการเช่น แพ้คดีโดยไม่เป็นธรรม หากอนุญาตตุลาการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายแต่มีได้ทำในหน้าที่การเป็นอนุญาตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 23 แต่ต้องรับผิดชอบของละเมิดตามมาตรา 420 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³

2.6.2 ความรับผิดชอบอาญา

ความรับผิดชอบอาญาของอนุญาตตุลาการตามมาตรา 23 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งระบุว่า "อนุญาตตุลาการผู้ใดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเอง หรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

จะเห็นได้ว่า มาตรา 23 ได้กำหนดความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการไว้ในกรณีที่กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของบุคคลที่รับหน้าที่อนุญาตตุลาการโดยไม่ต้องเกรงว่าตนจะถูกดำเนินคดีจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ถูกต้องแต่ไม่ถูกใจคู่พิพาท ซึ่งจะเป็นการทำให้มีบุคคลจำนวนหนึ่งที่มีคุณสมบัติที่ดีกล้าที่จะยอมรับการทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ แต่หากอนุญาตตุลาการประพฤติมิชอบ จงใจกลั่นแกล้งคู่พิพาท รับสินบน ล้อเอียง เข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ไม่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทหรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เอาใจใส่ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และก่อความเสียหายแก่คู่พิพาท ก็สมควรจะมีความรับผิดชอบในการกระทำของตน

¹³ จักรพงษ์ เรื่องเศรษฐกิจ, เฟื่องอ้าง, น. 57.

2.7. ที่มาของอำนาจของอนุญาโตตุลาการ¹⁴

2.7.1 อำนาจที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา

เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่พิพาท ที่ประสงค์จะผูกพันในการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้น โดยทำเป็นสัญญา ซึ่งการทำสัญญาต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา และสัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร การทำสัญญาดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาด้วยคือได้รับการปฏิบัติโดยสุจริต (good faith)

อำนาจที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา อาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) อำนาจโดยตรง

อำนาจโดยตรงเป็นอำนาจแท้จริงและเห็นได้ชัดเจนที่สุดของอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจที่มาจากเจตนาโดยชัดแจ้ง มีการแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีเอกสารเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งมีข้อจำกัดคือ คู่สัญญาจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจหรือใช้อำนาจโดยชัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีไม่ได้ และเนื่องจากอำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจที่เกิดจากความตกลงกันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจเหนือบุคคลภายนอกที่มีได้ตกลงเข้าร่วมในการระงับข้อพิพาทด้วย

(2) อำนาจโดยปริยาย

เป็นอำนาจที่อนุญาโตตุลาการได้รับเมื่อได้ทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการตามที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ซึ่งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดหน้าที่บางประการของอนุญาโตตุลาการไว้

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดอำนาจหน้าที่บางประการของอนุญาโตตุลาการ แต่การที่คู่สัญญาไม่ได้ระบุอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง อาจเป็นที่สงสัยได้ว่าแท้จริงแล้วคู่สัญญาได้ให้อำนาจดังกล่าวไว้จริงหรือไม่ เพราะโดยหลักแล้วควรจะมีการกระทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นหลักฐานแห่งสัญญา

¹⁴ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล, "อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), น.53-54.

2.7.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับตามกฎหมาย

เป็นการที่มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองว่าคู่สัญญาสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องเป็นข้อพิพาทที่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้ (Arbitrability) ซอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือนโยบายสาธารณะ (Public Order or Public Policy) ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งได้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ

(1) กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการได้แก่ กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น (lex loci contractus) เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ใช้พิจารณารูปแบบและความสมบูรณ์ของสัญญา¹⁵

(2) กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ เป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง (lex arbitri) ซึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่อาจรวมถึงกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามข้อตกลง ตลอดจนคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาด กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการอาจไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นก็ได้ โดยปกติการอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการพิจารณากันที่ใดก็ถือว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นที่นั่น ดังนั้นคำชี้ขาดต้องทำ ณ ประเทศนั้นๆ ด้วยตามหลักเกณฑ์ในคดี James Miller v Whitworth Street Estates (1970) กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่จะใช้บังคับนั้นต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปนั่งพิจารณาคดี (lex loci arbitri) ด้วย¹⁶

¹⁵ ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล, เพิ่งอ้าง, น.12.

¹⁶ ทิพย์พิรุณ สุวรรณกุล, เพิ่งอ้าง, น.12.

2.7.3 อำนาจที่เกิดจากการทำหน้าที่ของอนุญาตตุลาการเอง (Inherent Power)

ก่อนที่อนุญาตตุลาการจะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ หรือผู้ตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา อนุญาตตุลาการมีสิทธิที่จะรับทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการหรือปฏิเสธไม่รับหน้าที่ดังกล่าวได้ ถ้าหากว่าอนุญาตตุลาการตกลงยินยอมเป็นอนุญาตตุลาการแล้วจึงจะมีอำนาจและหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทตามที่ได้รับแต่งตั้ง หรือเรียกได้ว่า อำนาจที่ที่เกิดจากการกระทำหน้าที่อนุญาตตุลาการนั่นเอง

2.8. หลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญของการอนุญาตตุลาการ

เนื่องจากอนุญาตตุลาการเป็นองค์กรทางศาลของเอกชนที่รัฐได้ยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ โดยคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเท่ากับเป็นการใช้อำนาจตุลาการที่รัฐได้ยอมรับ เพียงแต่รัฐจะควบคุมการใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ของวิธีพิจารณา เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ เป็นเรื่องที่รัฐยินยอมให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันยกเว้นไม่ต้องให้ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ เป็นการยกเว้นอำนาจของศาล และเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ใดเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการของอนุญาตตุลาการจะถือว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง

หลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญในการอนุญาตตุลาการมีดังนี้

2.8.1 หลักความประสงค์ของคู่ความหรือคู่พิพาท (Principle of party disposition)

หลักความประสงค์ของคู่ความมีแนวคิดว่า ขอบเขตและเนื้อหาของการโต้แย้งกันในคดี รวมทั้งวิธีการสืบพยานเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนดโดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาคดี เฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล

หลักนี้จะสอดคล้องหรือคู่กันกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา ที่ว่าคู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่า ควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี รวมทั้งทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา เป็นผู้เลือกว่า จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาล

มีคำพิพากษา หรือถอนคดีออกไป ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด และไม่มีบทบาทในเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา¹⁷

หลักนี้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมัน และใช้เรื่อยมาจนได้ลดบทบาทลงเมื่อตอนปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน โดยมีการใช้หลักการตรงกันข้ามมากขึ้น คือ หลักการไต่สวนโดยศาล แต่อย่างไรก็ตาม โดยส่วนใหญ่จะยังคงถือหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลัก

สำหรับการอนุญาตไต่สวนการ มีหลักทำนองเดียวกันคือหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (freedom of the parties) หรือหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาท (party autonomy) ซึ่งคู่พิพาทสามารถเป็นผู้ตัดสินใจใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการ ภายในขอบเขตที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยการมีสัญญาอนุญาตไต่สวนการ คู่พิพาทสามารถตกลงกันในเรื่องขั้นตอน การดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างเต็มที่ หากไม่มีผลทำให้กระทบต่อหลักการฟังความสองฝ่าย การเลือกใช้กฎหมายในการอนุญาตไต่สวนการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

2.8.2 หลักความเป็นกลางของอนุญาตไต่สวนการ

ในการทำหน้าที่ของอนุญาตไต่สวนการ คือการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้รับมอบหมาย มีหลักพื้นฐานว่า อนุญาตไต่สวนการต้องทำหน้าที่อย่างเป็นคนกลางคล้ายกับผู้พิพากษา โดยการปฏิบัติหน้าที่ต้องไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้ฝ่ายนั้นจะเป็นผู้ตั้งตนให้ทำหน้าที่ก็ตาม เพราะเมื่อบุคคลใดได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาตไต่สวนการแล้วก็ต้องทำหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นตุลาการ ไม่ใช่ตัวแทนของคู่พิพาท แต่เป็นตุลาการโดยการอนุญาตของคู่พิพาท ดังนั้น อนุญาตไต่สวนการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นคนกลาง และยุติธรรมต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ไม่กระทำการใดที่เป็นการเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใด

หลักความเป็นกลาง (Impartiality) หมายถึง คุณสมบัติประการหนึ่งที่ขาดเสียมิได้ของบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถจะมาปฏิบัติหน้าที่ผู้ชี้ขาดข้อพิพาท โดยต้องไม่มีส่วนได้เสียสำคัญใดๆ กับคู่กรณีพิพาทกัน หรือกับเรื่องที่พิพาทนั่นเอง นอกจากนี้ อนุญาตไต่สวนการ

¹⁷ วรรณชัย บุญบำรุง,หลักและทฤษฎีของอนุญาตไต่สวนการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,(กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน,2548),น.59.

ที่ขาดความเป็นกลาง (partiality) ส่วนหนึ่งอาจมีผลมาจากการมีอคติ (bias) ในการปฏิบัติหน้าที่ จึงชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทไปด้วยความลำเอียง

ถึงแม้ข้อพิพาทบางประเภทจะต้องการผู้ชี้ขาดที่มีความรู้ ความชำนาญเฉพาะเรื่องก็ตาม แต่แนวคิดเกี่ยวกับคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ต้องปราศจากอคติ และไม่มีส่วนได้เสียสำคัญใดๆไม่ว่าทางการเงินหรือความสัมพันธ์ส่วนตัว ระหว่างผู้ชี้ขาดกับคู่พิพาท หรือกับเรื่องที่พิพาทนั้นเองจนกระทบต่อผลของคำชี้ขาด ก็ยังเป็นสิ่งสำคัญควบคู่ไปกับความรู้ความสามารถของอนุญาโตตุลาการเสมอ โดยหลักความเป็นกลางนี้ได้ถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหลายฉบับของแต่ละประเทศ แม้การตรวจสอบความเป็นกลางอาจกระทำได้ลำบาก แต่กฎหมายก็ได้กำหนดวิธีการแสดงออกถึงความเป็นกลางโดยให้อนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ซึ่งอาจกระทบถึงความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ (Disclosure)

อนุญาโตตุลาการต้องเป็นกลางในทุกด้าน ทั้งด้านรูปธรรม และนามธรรมคือ นอกจากจะต้องไม่มีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาก็จะต้องไม่เปิดเผยผลของคำชี้ขาดล่วงหน้า ไม่พูดจาไปในเชิงของการวิพากษ์วิจารณ์ผู้มีข้อพิพาทหรือพยาน ต้องใช้ดุลพินิจอย่างตรงไปตรงมาในการเลือกรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยราบรื่น¹⁸

ในการติดต่อกับคู่พิพาทอนุญาโตตุลาการต้องจำกัดเฉพาะการกระทำที่จำเป็นเท่านั้นและควรกระทำต่อหน้าคู่พิพาททุกฝ่ายหรือกระทำโดยมีการรับรู้จากฝ่ายอื่น รวมทั้งการตอบรับคำเชิญจากคู่พิพาทในโอกาสต่างๆ ตลอดจนลักษณะที่เห็นการติดต่อกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในระหว่างการพิจารณาชี้ขาด

หลักการดังกล่าวบัญญัติอยู่ในมาตรา 19 วรรคแรก อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ ซึ่งหมายถึงการทำหน้าที่เป็นคนกลางไม่เข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่พิพาท

¹⁸อาทิตย์ ปีนปัก, "ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 77.

2.8.3. หลักฟังความสองฝ่าย

หลักนี้มีแนวความคิดมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน ที่เรียกว่า “audi alteram partem” หรือ “audiatur et altera pars” เป็นหลักพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาทุกประเภท และเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นอิสระ ของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งจะมีได้ต่อเมื่อศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงทุกอย่างที่จะช่วยประกอบการมีคำพิพากษา จึงมีความจำเป็นที่ศาลจะต้องได้รับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย ซึ่งจะช่วยให้ศาลค้นหาความเป็นจริงได้ในที่สุด นอกจากนี้ ยังเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่เท่าเทียมและเป็นระเบียบเรียบร้อย โดยมีการบัญญัติของหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ และอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นผลมาจากรัฐต้องให้ความสำคัญต่อการต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยคู่ความไม่ได้เป็นเพียงวัตถุอย่างหนึ่งของคำพิพากษาของศาล แต่มีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิของกระบวนการพิจารณา¹⁹

ซึ่งหลักดังกล่าวมีความหมายหลายประการ เช่น สิทธิของคู่ความในการโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมีคู่ความอยู่ด้วยในขณะนำสืบพยานข้อเท็จจริง เมื่อมีการนำคดีมาสู่ศาล มีผลทำให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีซึ่งกันและกัน รวมทั้งศาลก็มีหน้าที่บางประการในการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนี้เช่นเดียวกัน

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีหลักนี้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 25 วรรคหนึ่ง อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ทำให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียม (equal treatment of parties) มีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างของตน ซึ่งหลักการนี้นับเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดหลักหนึ่งของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL นอกจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา มาตรา 30 วรรคสาม อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งกำหนดนัดสืบพยาน และนัดพิจารณาให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควร และวรรคสี่ ต้องมีการส่งข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือข้อมูลรายงานของผู้เชี่ยวชาญ หรือเอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการชี้ขาดให้แก่คู่พิพาท

¹⁹ วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 17*, น.83.

2.9. การค้นหาข้อเท็จจริง

สำหรับหลักทั่วไปในการพิจารณาคดีในศาลนั้นความสำคัญของข้อเท็จจริง เมื่อเกิดข้อพิพาทในคดีต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีแพ่งเป็นหน้าที่ของคู่ความทั้งสองฝ่ายที่จะต้องพยายามแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อสนับสนุนข้ออ้าง และข้อเถียงของตนเพื่อให้มีโอกาสเป็นฝ่ายชนะคดี และก่อนที่ศาลจะตัดสินคดี ว่าคู่ความฝ่ายใดมีสิทธิ หน้าที่ มีความรับผิดชอบหรือไม่เพียงใด ศาลก็จำต้องอาศัยข้อเท็จจริง การตัดสินข้อพิพาทนั้นต้องเริ่มจากการแสวงหาความจริงให้เป็นที่ยุติเสียก่อน เพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยคดีความอย่างถูกต้อง

ความหมายของข้อเท็จจริง ได้มีการให้ความหมายของข้อเท็จจริงไว้ดังนี้

ข้อเท็จจริงคือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือมีขึ้นโดยผู้กระทำความผิดได้เริ่มก่อขึ้นโดยการเริ่มต้นตั้งแต่แรกเริ่มจนถึงที่สุดไปตามวัน เวลา สถานที่เกิดเหตุ ในท้องที่เดียวกันหรือหลายท้องที่ติดต่อกันหรือไม่ติดต่อกันโดยการใช้สื่อสารติดต่อทางโทรศัพท์ โทรพิมพ์ ตลอดจนผู้ต้องหาจะมีคนเดียว หลายคน จนถึงมีผู้ไปแจ้งความร้องทุกข์กล่าวโทษ ต่อพนักงานตำรวจหรือพนักงานสอบสวน จนถึงขั้นมีการสืบสวน สอบสวน ทำการจับกุมผู้กระทำความผิด มีการยึดของกลาง การทำแผนที่เกิดเหตุการณ์ตรวจสอบสถานที่โดยทำเป็นบันทึก การถ่ายภาพ การวาดรูปแผนที่ และพนักงานสอบสวนทำการสอบปากคำผู้กล่าวโทษ ผู้เสียหาย พยาน ตลอดจนการติดตามจับกุมผู้กระทำความผิด รวบรวมเอกสารหลักฐาน และทำบันทึกการจับกุม ถ้าในการจับผู้ต้องหาได้ให้การรับสารภาพก็ทำหลักฐานแผนประทุษกรรม ถ้ายังจับกุมผู้ต้องหาไม่ได้เพราะไม่ทราบชื่อที่อยู่ ก็มีการสอบรูปพรรณของผู้ต้องหา มีการสะเก็จภาพ และมีการสืบหาพยานหลักฐานแวดล้อมกรณี จนพนักงานสอบสวนได้รวบรวมสำนวนส่งอัยการให้ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลจนเกิดเป็นคดี

นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงคือข้อความหรือพฤติการณ์ต่างๆ ในการทำนิติกรรมต่างๆ จะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเช่นทำพินัยกรรม ปัญหาที่ได้แย้งว่าผู้ตายทำพินัยกรรมไว้หรือไม่เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนพินัยกรรมนั้นเมื่อแปลแล้วมีข้อความว่าอย่างไรเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งนิติกรรมต่างๆ ก่อให้เกิดหลักฐานเป็นเอกสาร หรือการทำบันทึกข้อความใดๆ ซึ่งเป็นพฤติการณ์ที่ศาลยอมรับวินิจฉัยให้ โดยไม่ต้องการหรือตบตกกฎหมาย เมื่อได้ข้อเท็จจริงอย่างไรแล้ว²⁰

²⁰ สุพร อิศรเสนา (หม่อมหลวง), วิชาว่าด้วยข้อเท็จจริง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2524), น.

ปัญหาข้อเท็จจริง คือข้อความที่ศาลฟังเป็นยุติในคดี ศาลจะฟังหรือชี้ขาดข้อความจริง หรือข้อเท็จจริงในคดีว่าเป็นอย่างไรนั้น ศาลต้องวินิจฉัยจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบ การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นอย่างไรเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเช่น นายดำยิงนายแดงเป็นข้อเท็จจริง ถ้ายังไม่แน่ว่านายดำยิงนายแดงหรือไม่ก็เป็นปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหานี้จะหมดไป หรือศาลวินิจฉัยได้ว่านายดำยิงนายแดงก็เมื่อมีพยานหลักฐานแสดงว่าเป็นเช่นนั้น (นายดำยิงนายแดง) ข้อเท็จจริงที่เข้าสู่สำนวนการพิจารณาของศาลจึงเข้ามาในรูปของพยานหลักฐาน หรืออีกนัยหนึ่ง ศาลจะวินิจฉัยได้ว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นอย่างไรนั้นเป็นเรื่องที่ต้องนำสืบพยานกัน²¹

ปัญหาข้อเท็จจริงคือ ข้อความ หรือพฤติการณ์ต่างๆที่ศาลยอมวินิจฉัยได้ โดยไม่ต้องหาหรือดับทกฏหมาย เมื่อได้ข้อเท็จจริงอย่างไรแล้ว การที่ศาลนำข้อเท็จจริงนั้นมาปรับกับดับทกฏหมาย และวินิจฉัยว่าความหมายแห่งดับทกฏหมายนั้นเป็นอย่างไร จะใช้กับข้อเท็จจริงเช่นนั้นได้หรือไม่นั้น เป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมาย เรียกกันอีกนัยหนึ่งว่า ประเด็นหรือบท เราจึงกล่าวได้ว่ากรณีที่ศาลจำต้องวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ในคดีนั้นเป็นอย่างไร เป็นต้นว่า คู่กรณีได้กระทำการต่างๆตามที่กล่าวอ้างไว้จริงหรือไม่ หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามที่คู่ความกล่าวอ้างนั้นแท้จริงแล้วเป็นอย่างไร เป็นต้น ในกรณีนี้ต้องถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งศาลจำต้องอาศัยการพิจารณาฟังพยานหลักฐานต่างๆจึงจะรู้ว่าพฤติการณ์ในคดีเป็นอย่างไร²²

2.9.1 ความสำคัญของข้อเท็จจริง

ในการดำเนินคดีสามารถแบ่งขั้นตอน เป็น 3 ขั้นตอนใหญ่ ๆ คือ

- (1) ขั้นตอนข้อเท็จจริง
- (2) ขั้นตอนข้อกฎหมาย
- (3) ขั้นตอนการวินิจฉัยตัดสินคดี

²¹แวว ยอดพยุง, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, (สุพรรณบุรี:สำนักพิมพ์นิติปริทรรศน์, 2509), น. 51.

²²อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 10.

ขั้นตอนข้อเท็จจริง เป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญมากที่สุด เพราะการดำเนินคดีทั้งหลาย ผู้มีหน้าที่วินิจฉัยตัดสินคดีให้เกิดความยุติธรรม จะต้องหาข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติเสียก่อน จึงจะดำเนินการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับหลักกฎหมาย หากข้อเท็จจริงที่ได้ไม่ถูกต้องหรือคลาดเคลื่อน การปรับบทของกฎหมายก็ย่อมจะผิดพลาดคลาดเคลื่อนไปด้วย ดังนั้น การวินิจฉัยตัดสินคดีทั้งหลายจึงขึ้นอยู่กับความสำเร็จในการหาข้อยุติของข้อเท็จจริงให้ได้มากที่สุด ซึ่งในทางปฏิบัติ การดำเนินคดีนั้นปัญหาข้อเท็จจริงมีความสำคัญ และยุ่งยากกว่าปัญหาข้อกฎหมาย เนื่องจากข้อกฎหมายสามารถนำมาศึกษาเทียบเคียงได้ เพราะมีการนำมาวินิจฉัยอย่างชัดเจนแล้ว แต่ในส่วนของปัญหาข้อเท็จจริงนั้น เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้ได้ซึ่งข้อเท็จจริงนำมาใช้เป็นหลักในการปรับเข้ากับหลักกฎหมายเพื่อการพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างถูกต้อง ว่าคู่ความฝ่ายใดมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบอย่างไร ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้อง หรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่ความที่กล่าวอ้าง” ดังนั้น เมื่อคู่ความฝ่ายใดต้องการจะนำสืบข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นหรือเชื่อ คู่ความต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้นขึ้นมา และจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตนให้เป็นไปตามที่กฎหมายต้องการ เพื่อจะให้ผลให้ตนเป็นฝ่ายชนะคดี และในคดีแพ่งจะต้องนำสืบพยานหลักฐาน ให้มีน้ำหนักดีกว่าพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง

2.9.2 ระบบการค้นหาข้อเท็จจริง

การค้นคว้าหาข้อเท็จจริงนั้น แต่ละประเทศมีที่มาและวิธีการแสวงหาความจริงแตกต่างกันไป ซึ่งสามารถแยกได้เป็น 2 ระบบ คือระบบกล่าวหา และระบบไต่สวน

(1) ระบบกล่าวหา

ระบบการพิจารณาหรือการค้นหาความจริงของระบบกล่าวหา เริ่มขึ้นจากประเทศอังกฤษ แล้วต่อมาจึงได้นำไปใช้ในประเทศอาณานิคมของอังกฤษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ ซึ่งระบบนี้จะดำเนินการโดยมีโจทก์ จำเลย เพื่อให้ผู้มีอำนาจชำระความให้แก่ตน โดยถือว่าเป็นวิธีการที่พัฒนาขึ้นมาใช้แทนการแก้แค้นกันเป็นส่วนตัว โดยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้เองในฐานะเป็นผู้กล่าวหา ส่วนผู้ตัดสินหรือผู้พิพากษาไม่มีอำนาจกล่าวหา หรือยกประเด็นแห่งคดี หรือนำสืบพยาน ตลอดจนต้องวางตัวเป็นคนกลางในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย

ศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด จะเอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ และไม่มีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมหรือตัดพยาน ต้องปล่อยให้คู่ความแต่ละฝ่ายเสนอข้อเท็จจริง และตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง โดยสันนิษฐานว่าคู่ความจะเสนอพยานหลักฐานที่ตนคิดว่าดีที่สุด ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้คู่ความเสนอพยานหลักฐานได้เต็มที่ หลักเกณฑ์ในการจะนำพยานอย่างไร มาพิสูจน์ได้หรือไม่ จึงเป็นไปโดยเคร่งครัด มีบทตัดพยานที่เด็ดขาด เพื่อมิให้พยานที่ต้องห้ามเข้าสู่สำนวนความเท่ากับเป็นการไม่สืบพยานนั้นเลย เพื่อมิให้ทั้งสองฝ่ายได้เปรียบเสียเปรียบกัน

จึงเห็นได้ว่า ระบบกล่าวหาเป็นระบบที่การชำระความเป็นไปในทางที่มีใจทัก จำเลย และเน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่ความมีบทบาทอย่างมากในการกำหนดขอบเขตข้อเท็จจริงและกฎหมายในการดำเนินคดี โดยเป็นไปตามหลักความประสงค์ของคู่ความ (le principe depositif) ส่วนศาลจะจำกัดบทบาทของตนเองในการค้นหาข้อเท็จจริง โดยมีบทบาทเสมือนผู้ตัดสิน (le juge-arbitre) ที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยคำคู่ความ ที่คู่ความได้นำเสนอต่อตน และพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอมาเท่านั้น รวมทั้งคอยดูแลให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินคดีของตนไปตามกฎเกณฑ์ที่ได้วางขึ้นไว้โดยเคร่งครัด ศาลไม่มีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติม หรือช่วยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสวงหาพยานหลักฐาน เพราะต้องการให้มีความเป็นกลางจริงๆ การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลสั่ง ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งตนมีภาระการพิสูจน์ คู่ความฝ่ายนั้นก็ยอมแพ้ในประเด็นนั้น อีกทั้งมีกฎเกณฑ์การสืบพยานที่เคร่งครัดมาก ทำให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจน้อย²³

(2) ระบบไต่สวน²⁴

ระบบไต่สวนเป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศในภาคพื้นยุโรป หรือประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งมีที่มาจากอิทธิพล วิธีชำระความของผู้มีอำนาจในศาสนาโรมันคาทอลิก เมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลได้ทราบว่ามีการกระทำความผิด หรือการกระทำอันมิชอบเกิดขึ้นในสังคมของตน ผู้มีอำนาจปกครองจะต้องไต่สวน ค้นหาข้อเท็จจริงให้ได้ โดยไม่คำนึงว่าจะมีผู้เสียหายมากกล่าวหาหรือไม่ โดยผู้ปกครองจะต้องค้นหา ให้รู้เท็จ และจริงให้จนได้ หรือให้ศาลมีบทบาทในเชิงรุก ในการค้นหาความจริง นอกจากนี้วิธีการพิสูจน์พยานหลักฐานของระบบ

²³ กาญจนา ปัญจกิจไพบูลย์, “ศาลกับการมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2545), น.14-17 .

²⁴ เฟิงอ้าง, น.17-19.

ไต่สวน ไม่มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัด หรือเข้มงวดกวดขัน ดังเช่น ระบบกล่าวหา เพื่อให้ศาลทำงานได้คล่องตัว และมุ่งผลที่จะได้รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากกว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ว่าศาลจะต้องเป็นผู้ค้นหาความจริงของคดี เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวก ยุติธรรม ศาลในระบบนี้จึงมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง หรือความจริงมากกว่าศาลในระบบกล่าวหา เช่น การปรับปรุงข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ การเรียกให้คู่ความบางฝ่ายเข้ามาในคดี การเรียกพยานเอกสาร หรือพยานผู้เชี่ยวชาญได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ นอกจากนี้ ผู้พิพากษามักจะให้พยานเบิกความ โดยเล่าเรื่องเสร็จแล้ว จึงจะเพิ่มเติมในตอนหลัง ส่วนทนายความอาจเสนอแนะคำถามให้ศาลเพื่อซักถามพยาน ซึ่งในบางประเทศ ทนายความอาจเสนอคำถามให้ศาลช่วยถามพยานได้ หรือกล่าวได้ว่า ผู้พิพากษาไม่ถูกจำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาล แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในกลุ่มประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายในหลายประเทศ ซึ่งเดิมนั้นมีระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา จึงได้รับอิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวที่ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นอยู่กับการริเริ่มของคู่ความแต่เพียงฝ่ายเดียว ศาลไม่ควรเข้าไปมีส่วนร่วมกับคู่ความในการค้นหาหรือรวบรวมข้อเท็จจริงของคดี หากศาลริเริ่มที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ด้วยตนเองย่อมทำให้เสียความเป็นกลางได้ แต่จากการที่กฎหมายจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลมากเกินไปหรือตัวของศาลเองไม่พยายามที่จะใช้อำนาจที่มีอยู่นั้นมีผลทำให้ศาลใช้ดุลพินิจได้น้อย คู่ความไม่กระตือรือร้นในการดำเนินกระบวนการและอาจใช้สิทธิไปในทางที่ไม่สุจริตเกี่ยวกับการประวิงคดี ซึ่งส่งผลให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความล่าช้า เสียค่าใช้จ่ายสูง โดยเฉพาะในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้จึงมีความปรารถนาที่ต้องการให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความยุติธรรม และในศตวรรษที่ 20 มีความคิดว่าถ้ามองในด้านความยุติธรรมที่คู่ความจะได้รับ หลักการของระบบกล่าวหาแสดงถึงการพิพาทที่เท่าเทียมกัน ซึ่งในปัจจุบันไม่สามารถรับรองได้ว่าจะเป็นเช่นนั้น นอกจากนี้ทนายความก็ต้องทำหน้าที่อย่างสุจริตและไม่เอาเปรียบคู่ความอีกฝ่าย และต้องทำหน้าที่หน้าที่ให้ดีที่สุดเพื่อรับรองว่าจะได้พยานหลักฐานและข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด จึงได้เริ่มมองเห็นความจำเป็นเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการและพัฒนาแนวความคิดใหม่ว่าความยุติธรรมทางแพ่งเป็นบริการของรัฐหรือบริการสาธารณะอย่างหนึ่งโดยรัฐมีหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนและภาระหน้าที่จะบรรลุผลได้หากเพิ่มบทบาทแก่ศาลในการให้บริการเกี่ยวกับการ

ดำเนินกระบวนการพิจารณา จึงได้เริ่มกำหนดขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาให้มีลักษณะของระบบไต่สวนมากขึ้นโดยให้ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการควบคุมหรือกำหนดทิศทางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย

ระบบไต่สวนสามารถสรุปลักษณะสำคัญได้ คือ ในการพิจารณาคดี คู่ความและศาลจะมีบทบาทร่วมกันในการค้นหาข้อเท็จจริง ส่วนศาลเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดีมีอำนาจที่จะงดสืบพยาน หรือสืบพยานเพิ่มเติม เพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุด มีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง และไม่มีหลักเกณฑ์ในการสืบพยานที่เคร่งครัดมากนัก เปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดเข้าสู่การพิจารณาได้ และศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรับฟังหรือขังน้ำหนักพยานได้อย่างกว้างขวางและมีอิสระเต็มที่ โดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ กระบวนการพิจารณาแบบนี้จึงขึ้นกับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ และเป็นกระบวนการพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก ส่วนของอนุญาโตตุลาการนั้นจะได้กล่าวในบทต่อไป