

บทที่ 2

การอนุญาโตตุลาการ และ หลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาท

2.1 สาธารณประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการ

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งมีมานานแล้ว แต่ยังไม่มีความมั่นคงแน่นอนชัดว่าเริ่มมีขึ้นครั้งแรกเมื่อใด อย่างไรก็ตามในสมัยกรีกและโรมันก็ได้นำเอาวิธีการนี้มาใช้ และหากได้ศึกษาประวัติและวิวัฒนาการของกฎหมายแล้วจะพบว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นถูกนำมาใช้ทั้งเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนและข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน เพราะเป็นทางออกทางหนึ่งของการหลีกเลี่ยงสงคราม มีบรรยากาศอันเป็นมิตรต่อกันมากกว่าการนำข้อพิพาทไปสู่ศาล อีกทั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็จะได้รับการชำระความโดยบุคคลที่คู่กรณีเชื่อถือและไว้วางใจด้วย กระบวนการที่ไม่เคร่งครัดตายตัวและยุ่งยากเหมือนกับการพิจารณาคดีของศาล¹

เมื่อสังคมเจริญเติบโตขึ้น กระบวนการระงับข้อพิพาทจึงได้รับการพัฒนาขึ้นมา จากเดิมที่เคยตัดสินกันด้วยกำลังก็เปลี่ยนแปลงไปและจึงเป็นบันไดขั้นพื้นฐานของการนำไปสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการพัฒนามาจนถึงปัจจุบันนี้

ในอดีตชาวกรีกนับเป็นชนชาติแรกที่มีหลักฐานว่านิยมระงับกรณีพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกรณีพิพาทในระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกัน² ซึ่งอริสโตเติลได้อธิบายถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการประนีประนอมข้อพิพาทหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน แม้ว่าในยุคนั้นยังไม่มี การแบ่งแยกระหว่างการประนีประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน

¹ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 2.

² ดิเรก ชัยนาม, ประวัติความเป็นมาของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 10.

ในขณะที่ชาวโรมันได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 5 โຕะที่ 7 ของกฎหมายสิบสองโຕะ โดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลาง ทำหนังสืออนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินข้างเคียง³

ภายหลังจากยุคกรีกและโรมันแล้ว วิธีการอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความนิยม จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19-20 ประเทศต่าง ๆ ออกกฎหมายให้มีการยอมรับและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการและใช้กันแพร่หลายทั่วโลก จนองค์การสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 และกฎหมายต้นแบบ ค.ศ. 1985 ตลอดจนกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น ECAFE RULES OF ARBITRATION 1966 และ UNCITRAL RULES 1976

สำหรับประวัติความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยนั้น ได้มีกฎหมายตราสามดวง ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งเป็นตุลาการประเภทหนึ่งคือ เป็นตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้นและจะตัดสินความผิดถูกไว้อย่างไรก็ตามก็ไม่มีโทษ ซึ่งแตกต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ที่เมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินอย่างไร คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในกฎหมายตราสามดวงที่ได้กล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซ้ หาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง” และข้อความในอีกวรรคหนึ่งกล่าวว่า “อันว่ากระลาการแลคู่ความ มั่นยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้นคู่ความมิเต็มใจและจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาให้บังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้น คนทั้งสองกอบปรด้วยอุตสาหยอมให้ผู้นั้นบังคับ⁴

การที่กฎหมายตราสามดวงได้บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้กฎหมายไทยมีความทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ แต่รัฐก็ยังมีบทบาทในการเข้าไปแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอยู่ และจำกัดการใช้ออนุญาโตตุลาการโดยจะต้องมีข้อพิพาทที่เป็นคดีที่อยู่ในศาลชั้นต้นแล้วเท่านั้น และคู่ความเห็นฟ้องต้องกัน โดยร้องขอต่อศาลให้เชิญผู้หนึ่งผู้ใด ไม่ว่าจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนมาเป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินคดี (มาตรา 116 และ 117 แห่งพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115) ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการถูกควบคุมโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด เมื่อชี้ขาดแล้วต้องนำคำชี้ขาดขึ้นมาเสนอต่อศาลให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นเสียก่อนจึงจะมีผลบังคับ ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องศาลก็จะไม่พิพากษาให้ และศาลไทยมักจะมองว่า

³ หลวงสุทธิวาทหนฤๅณิ,ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516, หน้า 73.

⁴ พระไอยการลักษณะตระลาการ.

อนุญาตตุลาการเป็นคู่แข่งที่ไม่ควรยอมรับง่าย ๆ ด้วย⁵ เพราะแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแต่เดิมถือว่า ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการพัฒนามาจากความคิดของหลักการคุ้มครองการใช้สิทธิทางศาลของบุคคล จึงเป็นเหมือนสัญญาจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาล ดังตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสามคดีต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 954/2498 ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการระบุว่า “...ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้น ถ้าจำต้องมอบเรื่องให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49/2502 ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการระบุเพียงสั้น ๆ ว่า “อนุญาตตุลาการฉันมิตรที่เมืองแฮมเบิร์ก”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3429/2530 ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการมีใจความว่า “หากมีการตั้งอนุญาตตุลาการกันขึ้นให้กระทำในกรุงเทพมหานคร”

ซึ่งเห็นได้ว่าศาลฎีกาของทั้งสามคดีได้วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการทั้งหมดใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยก่อนการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 แต่ในระยะเวลาหลังมานี้ ทศนคดีของศาลได้เปลี่ยนไป โดยศาลได้ตีความโดยนัยที่จะทำให้ข้อสัญญาเป็นผลบังคับมากกว่าไร้ผล และมองถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา โดยการตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตและพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย⁶ ดังคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 5448/2534 ที่วินิจฉัยว่า

“เมื่อกรรมธรรมีประกั้นกัน ระบุว่า ความเห็นแตกต่างกันที่เกิดขึ้นจากกรรมธรรมีดังกล่าว ให้เสนอให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด การที่โจทก์ฟ้องคดีโดยมิได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการก่อน จึงเป็นการมิได้ปฏิบัติตามสัญญา โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง”

⁵ จิตติ ดิงศภักดิ์, “ความรู้เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ,” อุลพาน เล่มที่ 3 ปีที่ 34 กรกฎาคม-กันยายน 2530, หน้า 8.

⁶ วิชัย อริยะนันท์กะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” อุลพาน เล่ม 3 ปีที่ 44 กรกฎาคม-กันยายน 2540, หน้า 116-117.

เนื่องด้วยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ จึงอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนและเกิดความสงสัยต่อผู้ปฏิบัติได้ ต่อมาธุรกิจการพาณิชย์ของประเทศไทยได้ขยายตัวออกไป อีกทั้งประเทศไทยยังได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ แต่ฉบับที่สำคัญ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมีอยู่ 2 ฉบับ คือ ฉบับกรุงเจนีวา ปี 1927 และฉบับกรุงนิวยอร์ก ปี 1998 จากพันธกรณีดังกล่าวและความจำเป็นในการบริหารงานยุติธรรมยุคใหม่ ทำให้ในที่สุดประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2530⁷ ดังนั้นในปัจจุบันนี้อนุญาโตตุลาการนอกศาล จึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

2.1.2 ความหมายและลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

ตามศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมนั้น คำว่า อนุญาโตตุลาการ หมายถึง ทั้งกระบวนการรับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันอนุญาโตให้บุคคลหรือคณะบุคคล นอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้นและตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาโตให้ตัดสินข้อพิพาทนั้น ๆ เอง⁸

ในขณะที่ Black's Law Dictionary (5th ed.) อธิบายศัพท์คำว่า Arbitration ไว้ว่าหมายถึง การเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลางและได้รับเลือกจากคู่กรณีพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อมีการพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสเสนอข้อต่อสู้ของตน

ท่านศาสตราจารย์ René David ได้ให้คำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณีมิใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น⁹

⁷ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ, เล่ม 104, ตอนที่ 156 ลงวันที่ 12 สิงหาคม 2530, หน้า 1-17.

⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, หน้า 3.

⁹ René David, Arbitration in International Trade, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 86.

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา ในคดี Wauregan Mills Inc.V. Textile Workers Union of America ได้ให้คำนิยามว่า อนุญาโตตุลาการ เป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาท โดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้นและยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้นแทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และเพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากในการฟ้องร้องคดีตามปกติ¹⁰

ในพจนานุกรม การอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี (Dictionary of Arbitration with index) ของท่านรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้ให้คำนิยามของการอนุญาโตตุลาการไว้ ดังนี้¹¹

“กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา

เรื่องทีอนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสิน อาจเป็นเรื่องข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญก็คือต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาทเพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพ หรือรับรองคุณภาพนั้น ไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ”

ภายใต้คำนิยามของนักกฎหมายและนักวิชาการหลายท่านโดยสรุปแล้วนั้น การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ควรที่จะมีลักษณะที่สำคัญดังนี้ คือ¹²

¹⁰ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 10.

¹¹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ยูแพด, 2536), หน้า 13-14.

1. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับนโยบายของกฎหมายแต่ละประเทศว่ากิจการใดมีผลต่อความสงบเรียบร้อย ก็จะต้องให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้พิจารณาพิพากษา
2. บุคคลที่ทำการระงับข้อพิพาทหรือทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ต้องไม่ใช่คู่กรณีในข้อพิพาทนั้น ต้องเป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง ซึ่งคู่กรณีตกลงเลือก
3. ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทต้องเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี
4. อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการพิจารณาความ (judicial way) จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้ แต่ก็ได้หมายความว่า จะต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยเคร่งครัด เช่นเดียวกับศาล
5. การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่เอกชนทำกันเองรัฐจะให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุด และหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น
6. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุดทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย คู่กรณีต้องผูกพันตามคำชี้ขาด
7. การพิจารณาและทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย การนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับ และบังคับให้จึงง่ายกว่าการนำคำพิพากษาของศาลไปให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับให้

2.1.3 รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ ทำได้ 2 รูปแบบ คือ

1. อนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (INSTITUTIONAL ARBITRATION) ซึ่งในปัจจุบันมีอยู่มากมายหลายสถาบันและต่างก็มีข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ของตนเองหรือมีความชำนาญในธุรกิจเฉพาะด้าน
 - 1.1 สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

เป็นสถาบันที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลประเทศใดประเทศหนึ่ง มีขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในทางการค้า และระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

 - 1.1.1 สถาบันที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law Arbitration) เช่น ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ ICSID (International Center for the Settlement Disputes) ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ในรูปแบบของอนุสัญญา

¹² อนันต์ จันทร์โสภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 10-12.

1.1.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยสภาของโครงสร้างขององค์การหรือบทบาทในการดำเนินการ เช่น หอการค้านานาชาติ หรือ ICC (International Chamber of Commerce)

1.1.3 สถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับภูมิภาค

1.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

ในเกือบทุกประเทศจะมีสถาบันอย่างน้อยหนึ่งแห่งที่ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางการค้า รวมไปถึงทางการค้าระหว่างประเทศด้วย เพราะสถาบันบางแห่งอาจเป็นที่ยอมรับของประเทศต่าง ๆ มากมาย เช่น American Arbitration Association หรือ AAA เป็นต้น

2. อนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน (ad hoc Arbitration) จะพบว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นนิยมใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำกฎเกณฑ์ที่เรียกว่า ECAFE Rules และ UNCITRAL Rules of Arbitration ขึ้นมาเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้คู่กรณีนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้า โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย

2.2 สัญญาอนุญาโตตุลาการ (ARBITRATION AGREEMENT) และกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี (APPLICABLE LAW)

สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญา หรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม¹³ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ซึ่งจะใช้วิธีการนี้ได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้ทำความตกลงกันไว้ด้วยความสมัครใจ ยกเว้นบางกรณีที่อาจมีกฎหมายพิเศษบังคับให้คู่กรณีในข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เรียกกันว่าเป็น "Compulsory Arbitration" และข้อพิพาทที่จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการนั้นอาจเป็นข้อพิพาทในมูลหนี้ทางนิติกรรมสัญญาหรือมูลหนี้ในลักษณะอื่น ๆ ก็ได้ แต่จะต้องเป็นข้อพิพาทในทางแพ่งเท่านั้น

ในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทในมูลหนี้ทางสัญญา สัญญาอันเป็นที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์ที่พิพาทกันนั้นนิยมเรียกว่า สัญญาหลัก "Principal Contract" ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนระหว่างสัญญาอันเป็นที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์ที่พิพาทและสัญญาอนุญาโตตุลาการ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำขึ้นในเวลาเดียวกันกับสัญญาหลักหรือจะทำในภายหลังจากที่มีการทำสัญญาหลัก หรือจะทำในลักษณะที่เป็นข้อ

¹³ มาตรา 5 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530.

ตกลงอันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักที่เรียกว่า "Arbitration Clause" ก็ได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจของ อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้ และสัญญา อนุญาโตตุลาการจะต้องสมบูรณ์ใช้บังคับได้ด้วย ดังนั้นหากมีการต่อสู้ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ ก็ถือว่ามี ผลเท่ากับสัญญาอนุญาโต ตุลาการตกเป็นโมฆะด้วย แต่ถ้าความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น แยกออกได้จากสัญญาหลัก อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อยู่¹⁴ ซึ่งเป็นไปตาม แนวความคิดที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาที่ก่อให้เหตุให้เกิดข้อพิพาท (Separability Doctrine) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้ ไม่จำเป็นต้องทำพร้อมกับสัญญาที่ก่อให้เกิดเหตุและแม้รวม อยู่เป็นข้อหนึ่งในสัญญาที่ก่อให้เกิดเหตุก็มีผู้เห็นว่าความสมบูรณ์หรือบกพร่องของข้อตกลงอนุญาโต ตุลาการนั้น เป็นเรื่องของสัญญาอีกฉบับหนึ่งซึ่งแยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อให้เกิดเหตุ

แนวความคิดที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาที่ก่อให้เหตุ อันเป็นเหตุให้เกิดข้อ พิพาท (Separability Doctrine) เกิดจากการที่ผู้ที่ไม่อยากใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท พยายามเดาะถ่วงโดยอ้างว่าสัญญาที่ก่อให้เกิดเหตุอันเป็นข้อพิพาทที่เป็นโมฆะด้วย นักทฤษฎีทางอนุญาโต ตุลาการจึงหาทางแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อให้เหตุอันเป็นข้อพิพาท กล่าวคือ เป็น สัญญาสองฉบับต่างกัน แม้จะบรรจุอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันก็ตาม ซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้ คู่กรณี จะตกลงเปลี่ยนแปลงได้เสมอ รวมทั้งเลิกเสียก็ได้ ตราบเท่าที่ยังไม่มีคำชี้ขาด และเมื่อมีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณี อาจตกลงกันไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นก็ได้¹⁵

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางจนแทบจะถือเป็นการยุติในประเทศต่าง ๆ ได้ว่า ถ้าเห็นได้ว่ามูลหนี้ตามสัญญาหลักนั้นเป็นมูลหนี้ที่โดยปกติแล้วกฎหมายยอมรับบังคับให้ ในกรณีนี้ก็ จะถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมแยกออกเป็นเอกเทศสัญญาจากสัญญาหลัก แม้ว่าสัญญาอนุญาโต ตุลาการจะทำในรูปของข้อตกลงที่บรรจุรวมไว้ในฉบับเดียวกันกับสัญญาหลักก็ตาม¹⁶ ประเทศที่ยึดถือหลัก กฎหมายนี้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา เยอรมัน อิตาลี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และเนเธอร์แลนด์

¹⁴ อนันต์ จันทร์โอภากร, "ความหมายและความผูกพันของสัญญาอนุญาโตตุลาการ," ในวารสาร กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, มีนาคม 2533.

¹⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 14.

¹⁶ Nussbaum, The Separability Doctrine in American and Foreign Arbitration, 17 NYULQ Rev 609 (1940); Sauer-Getriebe K.G. v. White Hydraulics, Inc., 715 f 2d 348 (CA 7, 1983); Domka. on Commercial Arbitration.

เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญาไว้ระหว่างคู่กรณี
 ดังนั้นหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของ
 กฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา

2.2.1 ความสามารถในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ก. ผู้เยาว์

นิติกรรมใด ๆ ที่ผู้เยาว์กระทำลงไปจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทน
 โดยชอบธรรมก่อน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21) หรือจะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมใน
 ฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์เป็นผู้กระทำแทน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 มาตรา 1571) อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดว่านิติกรรมบางอย่างผู้แทนโดยชอบธรรมจะกระทำแทน
 ผู้เยาว์หรือจะยินยอมให้ผู้เยาว์กระทำได้ก็ต่อเมื่อศาลอนุญาตเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 มาตรา 1574)

การมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยก็เป็นกิจการประเภทหนึ่งที่ผู้แทนโดย
 ชอบธรรมจะต้องขออนุญาตศาลจึงจะกระทำแทนผู้เยาว์หรือยินยอมให้ผู้เยาว์ทำได้ ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรม
 กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีและไม่ผูกพันผู้เยาว์
 ตาม แนวคำพิพากษาฎีกาที่ 876/2516 เรื่อง การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ ที่บิดาผู้แทนโดยชอบธรรมของ
 ผู้เยาว์ ทำสัญญาให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ของผู้เยาว์มีกำหนดเกินกว่า 3 ปี โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล และ
 คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2527 เรื่อง สัญญาแบ่งปันทรัพย์มรดกเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความที่ผู้ใช้
 อำนาจปกครองบุตร ซึ่งเป็นผู้เยาว์เข้าทำสัญญาดังกล่าวแทนผู้เยาว์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ซึ่งใน
 กรณีนี้ท่านศาลตรวจรายจิตติ ดิงศกัทธิย์ มีความเห็นว่าอาจจะได้รับอนุญาตจากศาลในภายหลังก็ได้¹⁷

¹⁷ จิตติ ดิงศกัทธิย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 49.

ข. คนวิกลจริต

คนวิกลจริตที่ศาลยังไม่ได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ถ้าไปทำสัญญาอนุญาตตุลาการ สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ขณะทำสัญญานั้นบุคคลนั้นเป็นคนวิกลจริตและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ว่าบุคคลนั้นวิกลจริตเช่นนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการจะตกเป็นโมฆียะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 30)

ในกรณีที่คนวิกลจริตที่ศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถแล้วไปทำสัญญาอนุญาตตุลาการ สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นก็เป็นโมฆียะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29)

ในกรณีที่คนไร้ความสามารถเป็นผู้เยาว์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569 กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครอง คือ บิดาและมารดา หรือบิดา หรือมารดาเป็นผู้อุปบาล ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่า ไม่ว่าจะโดยฐานะที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อุปบาล ผู้เยาว์ซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการแทนคนไร้ความสามารถได้เว้นแต่ศาลจะอนุญาต (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 และ มาตรา 1574(13)) ทั้งนี้รวมถึงกรณีที่บุตรบรรลุนิติภาวะแล้วด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569/1 โดยมาตรา 1598/18 กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของผู้ปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม)

ในกรณีที่คนไร้ความสามารถเป็นบุคคลที่สมรสแล้ว ผู้อุปบาล ได้แก่ สามีหรือภรรยาแล้วแต่กรณี (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1463 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2533 มาตรา 1476) ก็ชัดเจนว่าคู่สมรสที่เป็นผู้อุปบาลของคู่สมรสที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถนั้น มีอำนาจจัดการสินส่วนตัวของคนไร้ความสามารถและมีอำนาจจัดการสินสมรสแต่เพียงผู้เดียว แต่จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น

ค. คนเสมือนไร้ความสามารถ

คนเสมือนไร้ความสามารถ คือ คนที่ไม่สามารถจัดการงานของตนเองได้ เพราะเหตุที่กายพิการ จิตพันเพี้ยนไม่สมประกอบ ประพาศสูญสรวาย เสเพลเป็นอาจีน หรือเพราะเป็นคนติดสุรายาเมา และศาลได้มีคำสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ ซึ่งจะต้องอยู่ในความดูแลของผู้พิทักษ์ โดยปกติแล้วคนเสมือนไร้ความสามารถนั้นทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้เหมือนคนทั่วไป ยกเว้นนิติกรรมที่กฎหมายระบุไว้ โดยเฉพาะในมาตรา 34 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ที่คนเสมือนไร้ความสามารถจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน หากไม่ได้รับความยินยอม ผลของนิติกรรมจะตกเป็นโมฆียะ

การทำความตกลงให้อนุญาตโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทก็เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่จะนับไว้ว่าจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 34 (11))

ในกรณีคนเสมือนไร้ความสามารถบรรลุนิติภาวะแล้วไม่ว่าจะมีคู่สมรสหรือไม่ผู้พิทักษ์ก็สามารถให้ความยินยอมแก่การทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการของคนเสมือนไร้ความสามารถได้ แต่หากคนเสมือนไร้ความสามารถยังเป็นผู้เยาว์อยู่ ผู้ที่ใช้อำนาจปกครองก็จะเป็นผู้พิทักษ์ ซึ่งถูกจำกัดอำนาจของผู้ใช้อำนาจปกครองเอาไว้ ดังนั้นจึงจะให้ความยินยอมแก่คนเสมือนไร้ความสามารถในการทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น

ง. คู่สมรส

ในกรณีจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานั้น ในมาตรา 1476 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้สามีและภริยาจะต้องจัดการร่วมกัน หรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการซึ่งขาดด้วย หากฝ่ายใดไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สมรส คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องศาลให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ภายในอายุความ 1 ปี นับแต่วันที่ารู้เหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอน หรือ 10 ปี นับแต่วันที่ได้อำนาจนิติกรรมนั้นไว้

ถ้ากรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบันแก่นิติกรรมนั้นแล้วหรือในขณะที่ทำนิติกรรมนั้น บุคคลภายนอกได้กระทำโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ก็จะฟ้องศาลให้เพิกถอนไม่ได้

จ. ตัวแทน

ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไปนั้น จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดไม่ได้ ดังนั้นหากตัวการไม่ได้มอบอำนาจเป็นการเฉพาะว่าให้ทำเช่นนั้นได้แล้ว ตัวแทนก็ไม่มีอำนาจจะกระทำได้ หากกระทำไปโดยปราศจากอำนาจและตัวการไม่ให้สัตยาบัน สัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ตัวแทนทำไปก็หาไม่ผลผูกพันตัวการไม่ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 801(6) และ 823)

ฉ. ผู้แทนนิติบุคคล

แม้ว่าอำนาจหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลจะคล้ายคลึงกับในเรื่องของตัวแทน แต่ผู้แทนนิติบุคคลไม่ใช่ตัวแทนตามความหมายของเอกเทศสัญญาลักษณะตัวแทน ดังนั้นหากสัญญาหลักหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจการอันอยู่ภายในวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลแล้ว นิติบุคคลสามารถทำ

สัญญาอนุญาตตุลาการได้โดยผู้แทนของนิติบุคคลเป็นผู้แสดงเจตนา แต่ทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามกฎและข้อบังคับของนิติบุคคลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจและหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคล เช่น จะต้องมีการลงนามตามจำนวนที่กำหนดและประทับตราของนิติบุคคลไว้เป็นสำคัญ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70)

ข. หมายความ

โดยปกติแล้วหมายความได้รับการแต่งตั้งจากคู่ความให้ดำเนินคดีในศาลและมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกระบวนการใด ๆ แทนคู่ความได้ตามสมควร แต่ถ้ากระบวนการคดีใดเป็นไปในทางจำหน่ายสิทธิของคู่ความ การยอมรับตามที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้องการถอนฟ้อง การประนีประนอมยอมความ การสละสิทธิ หรือการใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกา หรือในการขอให้พิจารณาคดีใหม่ หมายความไม่มีอำนาจที่จะดำเนินกระบวนการเช่นนั้นได้ โดยที่ไม่ได้รับมอบอำนาจจากตัวความโดยชัดแจ้ง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 62) แต่ไม่ได้รับเรื่องการทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดแจ้ง ซึ่งตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นถือว่า หมายความจะทำสัญญาอนุญาตตุลาการแทนตัวแทนของตนโดยที่ไม่ได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งไม่ได้¹⁸ สำหรับกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เพราะในขณะที่การประนีประนอมยอมความ ซึ่งเป็นพื้นฐานของข้อตกลงอนุญาตตุลาการยังต้องกำหนดลงไว้ในการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งดังนั้นเจตนารมณ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความจึงน่าจะหมายรวมถึงการอนุญาตตุลาการด้วย

ข. ลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

โดยปกติแล้วลูกหนี้ที่ถูกฟ้องร้องในคดีล้มละลายยังมีความสามารถที่จะจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ แต่เมื่อใดที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจจัดการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งรวมถึงการประนีประนอมยอมความและการฟ้องร้อง หรือต่อสู้คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ (พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 22 และ 25)

¹⁸ Robert, J & Carboneau, T.E., *The French Law of Arbitration* 1.02 (2) I : 1-11 (1983).

ดังนั้นลูกหนี้จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการเสนอข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนเองไม่ได้ และในขณะเดียวกันเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเข้าทำสัญญาอนุญาตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากกรรมการเจ้าหนี้แล้วเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ (พระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 145 (5))

ในเรื่องของความสามารถในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ตามความหมายของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 แล้ว มีกรณีของการขัดกันแห่งกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนจะขอลำดับถึงในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีต่อไป

2.2.2 ความสมัครใจในการทำสัญญา (Consent of Contract)

อนุญาตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีสัญญาระหว่างคู่กรณี ซึ่งโดยหลักทั่วไปของสัญญาก็คือ การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นต้องตรงกันที่จะผูกพันตามสัญญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในหลายประเทศว่า เจตนาในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ใช่โดยปริยาย¹⁹

ในกรณีของสัญญาสำเร็จรูปที่เริ่มมีขึ้นเมื่อประมาณปลายศตวรรษที่ 19 ภายหลังจากที่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม โดยที่ในสัญญานั้นมักจะมีข้อกำหนดว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาหลักแล้วให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะพิมพ์ไว้ด้านหลังของตัวสัญญา หรืออาจบรรจุไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา จากจุดนี้อาจเป็นข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาอนุญาตตุลาการว่า บังคับใช้ได้หรือไม่ เพราะอาจจะไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาก็ได้ ซึ่งอย่างไรก็ตาม ยังไม่อาจสรุปได้ว่า ถ้าเป็นสัญญาสำเร็จรูปแล้วจะใช้บังคับไม่ได้ เพราะจะต้องพิจารณาว่าสัญญาสำเร็จรูปนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่ผูกมัดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องจ่ายอมเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ หรือที่เรียกว่า "Adhesion Contract" ที่จะปรากฏว่าคู่สัญญามีอำนาจในการเจรจาต่อรองไม่เท่าเทียมกัน และคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่เหนือกว่าจะเป็นผู้ร่างหรือเตรียมสัญญาไว้เรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะเสียเปรียบทางเศรษฐกิจหรือด้อยกว่าในทางเทคนิคจำต้องผูกมัดตามข้อสัญญาที่เสนอมานั้น โดยไม่มีทางเลือก

¹⁹ Domke on Commercial Arbitration 5:01 (Rev. ed. Wilner 1985) ; Russel on Arbitration ch.5 (20th ed. Walton & Victoria 1982).

ศาลในสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางไว้ว่า ถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้บรรจุไว้ในสัญญาสำเร็จรูป โดยทำเป็นข้อตกลงข้อหนึ่งในสัญญาหลัก และพิมพ์ไว้เหนือลายมือชื่อของคู่สัญญา หรือพิมพ์ไว้ที่ด้านหลังของตัวสัญญาหลัก แต่มีข้อความในด้านหน้าของตัวสัญญาหลักอ้างถึงข้อความด้านหลังไว้ชัดเจนและอ่านเข้าใจง่าย ก็ถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นใช้บังคับได้ ไม่ว่าคู่สัญญานั้นจะได้อ่านหรือรู้ถึงการมีอยู่ของข้อความนั้นหรือไม่²⁰

ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น Arthur J. Goldberg²¹ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวไว้ว่า อนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจนั้น หมายถึง ความสมัครใจโดยแท้จริง ตามสภาพแห่งความเป็นจริง ดังนั้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในสัญญา เช่น สัญญาซื้อขายผ่อนส่ง สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอำนาจการเจรจาต่อรองไม่เท่ากัน และอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจในการเจรจาเปลี่ยนแปลง มีแต่ทางเลือกว่าจะเข้าเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้นอยู่ในฐานะจำยอม ข้อตกลงเช่นนั้นหาใช้บังคับได้ไม่²² ซึ่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน²³ และประเทศอิสราเอล²⁴ ก็ถือหลักอย่างเดียวกัน

สำหรับประเทศไทย ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 214/2526 ว่า การทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะตกลงได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร แล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษามลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายเอง ซึ่งแนวทางของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว คงจะไม่สามารถนำมาวิเคราะห์ได้แล้วในปัจจุบัน เนื่องจากประเทศไทยได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อ

²⁰ Windsor Mills, Inc., v. Collins & Aikman Corp., 25 Cal App 3d.987, 101 Cal Rptr 347 (1972) ; Stein, Hall & Co. V. Nestle Le Mur Co., 13 Mis 2d 547 ; 177NYS2d 603 (1958) ; Interocean Shipping Co. v. National Shipping & Trading Corp., 462 F 2d 673, 1973 Am Mar Cas 1687 (CA 2,1972).

²¹ A Supreme Court Judge Looks at Arbitration, 20 Arb. J. 13 (1965).

²² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางกวดค้า, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สยามยานวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 72.

²³ มาตรา 1025 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประเทศเยอรมัน (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1933) บัญญัติว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้ความที่เหนือกว่าในสถานะทางเศรษฐกิจหรือทางสังคม ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งจำยอมต้องเข้าทำสัญญาหรือต้องยอมรับเงื่อนไขในสัญญานั้น ซึ่งทำให้ตนได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในทางพิจารณาคดี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแต่งตั้งหรือปฏิเสธผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ".

²⁴ Israeli Law of Standard Contracts 1964, Note, 81 LQ Rev 31 (1965).

สัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540²⁵ มาบังคับใช้แล้ว ดังนั้นเราจึงอาจจะต้องนำเอากฎหมายฉบับนี้มาวิเคราะห์ด้วยว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือ Arbitration Clause ในสัญญามาตรฐานสำเร็จรูปนั้น หากฝ่ายผู้ทำสัญญาต้องตกอยู่ภายใต้ภาวะจำยอมเข้าทำสัญญา เนื่องจากมีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาน้อยกว่า ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนสังเกตเห็นว่า จะพบในสัญญากู้ยืมเงิน สัญญาค้ำประกัน สัญญาจ้าง สัญญาขายฝาก และสัญญาเช่าซื้อ เป็นส่วนใหญ่ และเป็นไปได้มากกว่า หากกรณีสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ มี Arbitration Clause อยู่ เนื่องจากสภาพของการทำสัญญาที่เปิดช่องให้มีการนำหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนามาใช้ได้อย่างกว้างขวาง และถ้า Arbitration Clause นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจจะไม่บังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ อย่างไรก็ตามบทสรุปเกี่ยวกับประเด็นนี้คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยอมรับข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว²⁶

2.2.3 หลักฐานแห่งสัญญา (Evidence of Contract)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 221 ไม่ได้กำหนดว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ หรือจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ดังนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นก่อน จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 (วันที่ 13 สิงหาคม 2530) จึงสามารถตกลงกันด้วยวาจาได้ซึ่งมาตรา 36 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้กำหนดบทเฉพาะกาลไว้ว่า พระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดแบบ

²⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ใช้บังคับวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 โดยผู้ที่เสียเปรียบและอาจอ้างว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ได้แก่ “ผู้บริโภค” ซึ่งหมายความว่า

(1) ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่น การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด

(2) ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้ำประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำเพื่อการค้า เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด

(3) เสียค่าตอบแทน (มาตรา 3 วรรคสอง)

²⁶ อนันต์ จันทร์โฮภากร, ฎหมายว่าด้วยกรระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า

ของสัญญา ดังนั้นการไม่ทำตามมาตรา 6 ก็ไม่ได้มีผลทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ แต่กฎหมายบัญญัติว่า จะไม่มีผลผูกพันคู่กรณีเลย ฉะนั้นจะทำได้ด้วยวาจาไม่ได้เลย มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการนี้ ได้ถูกจัดร่างขึ้นตามแนวความคิดของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ข้อ 2 วรรค 2 ที่หมายความว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงข้อตกลงในสัญญาหลัก หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ลงนามโดยคู่สัญญาหรือที่ปรากฏอยู่ในจดหมายหรือโทรเลขโต้ตอบ²⁷ อันมีความหมายว่าจะทำอย่างไรได้อย่างหนึ่งก็ได้ จะมีลายมือชื่อของคู่กรณีทุกฝ่าย หรือจะมีลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียว หรือไม่มีลายมือชื่อของคู่กรณีเลยก็ได้ เพียงแต่ขอให้เป็นการโต้ตอบหรือแลกเปลี่ยนระหว่างคู่กรณีซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีการตกลงกันให้ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็ใช้ได้แล้ว แต่ทั้งนี้ในมาตรา 6 ได้รวมเอาโทรพิมพ์หรือเอกสารอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันเข้าไว้ด้วย ซึ่งไม่ปรากฏในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 อย่างไรก็ตามศาลประเทศต่าง ๆ ก็ได้ยอมรับเป็นอย่างเช่นเดียวกับ มาตรา 6 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ด้วย เนื่องจากเป็นการตีความโดยมุ่งหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายยิ่งไปกว่าด้อยค่าตามตัวอักษร ซึ่งเป็นเพราะว่าในขณะที่ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นั้น เครื่องมือสื่อสารยังไม่เป็นที่แพร่หลายนั่นเอง

2.2.4 กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณี (Applicable Law)

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณี (Applicable Law) นั้น เป็นถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนอยู่ในตัวเองอยู่แล้วว่า คือ กฎหมายที่จะถูกนำมาใช้บังคับแก่ข้อพิพาทในเชิงสาระของสัญญาขึ้นอยู่กับสภาพของคู่สัญญา ข้อตกลงระหว่างกัน และหมายรวมไปถึงข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศด้วย ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนจะขอลำถึงเฉพาะลักษณะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทที่มีการอนุญาโตตุลาการไว้เป็นเบื้องต้น

หลักการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป คือ การที่อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาไปให้ถึงซึ่งคำชี้ขาดของตน ด้วยการนำพาของหลักกฎหมายที่เหมาะสม ซึ่งเป็นการยากที่อนุญาโตตุลาการจะสามารถแยกเรื่องทั้งหมดออกจากพื้นฐานของหลักกฎหมายและตัดสินใจไปตามความเห็นของตนเองแต่ฝ่ายเดียว ในขณะที่ความคาดหวังจากอนุญาโตตุลาการ คือ คำชี้ขาดที่ดีที่สุด เป็นธรรม และเป็นที่น่าพอใจต่อคู่กรณีเป็นอย่างมากที่สุด และแม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะให้หรืออาศัยกรอบอำนาจของการตัดสินใจชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมาย หรือใช้หลักความเป็นธรรมหรือมโนธรรมอันดี หรือ vested right สิทธิที่ได้มาแล้ว interests อนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจเอนเอียงตามความเห็นของตนเองไปได้ทั้งหมด แต่กลับจะต้องมี

²⁷ อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ข้อ 2 วรรค 2 บัญญัติว่า "The term "agreement in writing" shall include an arbitration clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams."

หน้าที่ปฏิบัติหรือเคารพต่อ หลักพื้นฐานของกฎหมายนายวานิช หรือหลักประเพณีทางการค้า ความเห็นของผู้ปฏิบัติส่วนใหญ่ หลักแห่งความจำเป็น และนโยบายแห่งรัฐที่มีการใช้กฎหมายบังคับแก่กรณีหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีนั่นเอง²⁸

เนื่องด้วยกระบวนการพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ มีความแตกต่างจากกระบวนการทางศาล อยู่ด้วยกัน 2 ประเด็น คือ

1) มีความหลากหลายในการใช้เหตุผลในการตัดสินของอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่บนรากฐานของกฎหมาย เพราะเหตุที่อนุญาโตตุลาการต่างมาจากต่างสถานที่กัน ต่างภูมิหลังกัน และต่างความคิดเห็นในด้านการค้า เศรษฐกิจ กฎหมาย และการเมือง ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงมีความรับผิดชอบเสมือนว่าเป็นผู้พิพากษาในเรื่องการค้าระหว่างประเทศ

2) มีการยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการได้รับอิทธิพลทางการเมือง เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่มาตรฐานที่อยู่ภายนอกสัญญาจะไม่มีลักษณะทางการเมืองแทรกแซง เพราะอนุญาโตตุลาการมักจะนับถือบทบาทและปัจจัยทางสังคมการค้า คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในหลาย ๆ ครั้งปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการได้รับอิทธิพลจากปัจจัยทางสังคมการค้า และนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตัดสินระหว่างคู่สัญญา เว้นแต่กรณีที่อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้มีอำนาจในการชี้ขาดตัดสินในฐานะอนุญาโตตุลาการชั้นมิตร (Amiable Compositeurs) หรือคำตัดสินชี้ขาดจะต้องกระทำลงโดยความเป็นธรรมและมโนธรรม (ex aequo et bono) ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจเช่นนี้เท่านั้น ที่จะแสดงให้เห็นถึงคำตัดสินชี้ขาดที่แท้จริงไม่มีปัจจัยอื่นเคลือบแฝง

และด้วยเพราะความไม่เป็นทางการและความยืดหยุ่นของขั้นตอนอนุญาโตตุลาการ ทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถพัฒนาทัศนคติและพฤติกรรมของคู่สัญญาได้ โดยเฉพาะในสัญญาที่มีลักษณะยาวนาน เช่น สัญญาให้สัมปทานการขุดและสำรวจแร่ สัญญาการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ สัญญาให้ความร่วมมือหรือสัญญาร่วมทุน ซึ่งสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ต่างอาศัยความเชื่อใจซึ่งกันและกัน ดังนั้นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่แค่เพียงจัดการกับข้อพิพาททางกฎหมาย แต่ยังต้องประสานความแตกต่างของความไว้นื้อเชื่อใจ ถ้าคู่สัญญารู้สึกไม่พอใจต่อคำตัดสิน ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาต่อไปในอนาคตอาจต้องจบสิ้นลงก็ได้ ซึ่งเป็นอันตรายต่อเศรษฐกิจ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการควรจะใช้อำนาจในการตัดสินเพื่อ

²⁸ Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A study in Commercial Arbitration Award*, Oceana Publications, New York, 1978, 508.

บรรเทาความรุนแรงของข้อขัดแย้ง ซึ่งเครื่องมือในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็คือ ความยุติธรรม
ความเป็นธรรมมากกว่าความรับผิดชอบตามที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจมาจากข้อตกลงของคู่สัญญาก็ตาม แต่ส่วนสำคัญที่
ไม่ควรมองข้ามในเรื่องนี้คือ การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (Amiable Composition) หรือการเป็น
อนุญาโตตุลาการฉันมิตร (Amiable Compositeurs) ดังตัวอย่างกรณีศึกษาต่อไปนี้ ซึ่งเป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็น
ว่า อนุญาโตตุลาการที่ขาดโดยอาศัยหลักความเป็นธรรมและมนธรรมมากกว่าการใช้ความรับผิดชอบ
ตามที่กฎหมายกำหนด

ในกรณี Societe Europeene d'Etudes et d'Entreprises ("SEEE") กับ the Popular Federation
Republic of Yugoslavia ซึ่งมีอนุญาโตตุลาการ 2 ท่าน ประกอบด้วย ท่านคนปกติ Georges Ripert และท่าน
ผู้พิพากษา Andre Panchaud เป็นการตัดสินชี้ขาดแบบไม่ใช่สถาบัน (ad hoc award) ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะ
ต้องตัดสินชี้ขาดว่า ความแตกต่างของค่าเงินในปี ค.ศ. 1932 จะต้องถูกจ่ายหรือไม่ภายหลังที่มีการลดค่าเงิน
ฝรั่งเศส อนุญาโตตุลาการในคดีนี้จึงตั้งใจจะตัดสินคดีนี้ในฐานะอนุญาโตตุลาการฉันมิตร หรือการชี้ขาดข้อ
พิพาทโดยไม่ใช่กฎหมาย เพราะเป็นเรื่องผลของการแสดงออกโดยสัญญาที่รัฐบาลยูโกสลาเวียจะได้รับ ซึ่ง
ผลการตัดสินนั้นอนุญาโตตุลาการก็คำนวณด้วยความเป็นธรรมให้รัฐบาลยูโกสลาเวียจ่ายเงินแก่ SEEE²⁹ ซึ่ง
ในกรณีนี้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า หากได้มีการจ่ายเงินตามค่าเงินจริง จะไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย
หนึ่ง จึงกำหนดและคำนวณเองด้วยความเป็นธรรม

หรือในกรณีคำตัดสินของสถาบันอย่าง ICC ก็มีหลายคดีที่ชี้ขาดข้อพิพาทโดยฐานะ
อนุญาโตตุลาการฉันมิตร (Amiable Compositeurs) ไม่ใช่การแบ่ง 50-50 เพื่อเพียงความเท่าเทียม เช่น กรณี
พิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่บริษัทของ Luxembourg ได้ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่
ชาวเบลเยียมที่จะใช้ประโยชน์เกี่ยวกับพลาสติกชนิดพิเศษที่มีการพัฒนาและมีการจดสิทธิบัตร โดยชาว
เบลเยียมจะจ่ายเงิน 3 ล้านฟรังก์ อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดให้ชาวเบลเยียมซึ่งไม่ได้กระทำตาม
สัญญา คือ ผ่าฝืนข้อตกลงให้ใช้สิทธิ จึงต้องจ่าย 3 ล้านฟรังก์ตามราคาขั้นต่ำของสัญญา ดังนั้นจึงเท่ากับ
ว่าชาวเบลเยียมแทนที่จะได้จ่าย 3 ล้านฟรังก์ ตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาไว้ ก็ต้องจ่าย 3 ล้านฟรังก์
ทันทีที่ฝ่าฝืนข้อตกลง ซึ่งอนุญาโตตุลาการก็กำหนดด้วยความเป็นธรรม กล่าวคือ ไม่ใช่การจ่าย 3 ล้านฟรังก์
2 ครั้ง แต่จ่ายทันทีไม่ต้องรอกำหนดเวลา เพราะถือว่านำสิทธิเขาไปใช้ประโยชน์ทันทีแล้วนั่นเอง จึงเป็น

²⁹ Martin, Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, Callaghan & Company : Illinois,
1968, P. 511-512.

อนุญาตตุลาการให้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรม (ex aequo et bono) มากกว่าจะชี้ขาดตามกฎหมาย แต่เพียงอย่างเดียว³⁰

จากลักษณะการเกิดขึ้นของอนุญาตตุลาการที่เกิดแต่โดยสัญญา ที่คู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันไว้ จึงเกิดความผูกพันขึ้น ดังนั้นในกรณีของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่กรณีอนุญาตตุลาการนั้น จึงย่อมมีที่มาจากกรณีที่คู่กรณีตกลงกันไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นทำสัญญา อันเป็นไปตามหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญา ดังนั้นคู่กรณีพิพาทจึงจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเห็นพ้องต้องตรงกันอย่างชัดแจ้งในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับแก่กรณีที่จะเกิดขึ้นด้วยและเป็นกรณีที่คู่สัญญาจะตกลงกันในเรื่องกฎหมายที่จะใช้กับสาระของข้อพิพาทนั้น ๆ ต่อไป อย่างไรก็ตามเมื่อบุคคลเข้าทำสัญญากันและได้เลือกใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นจากสัญญามักจะเกิดปัญหาที่คู่สัญญาจะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทในทางเนื้อหาของสัญญาได้เพียงใด และกฎหมายที่เลือกนั้นจะมีผลตามที่คู่สัญญาคาดหมาย คือ ช่วยให้เกิดความกระจ่างในเรื่องของผลแห่งสัญญาเพียงใด

ก) กรณีคู่สัญญาเลือกไม่ใช้กฎหมาย

การที่คู่สัญญาจะตกลงกันว่าให้อุญาตตุลาการตัดสินไปโดยไม่ต้องใช้กฎหมายนั้น จะทำได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่มีการทำการอนุญาตตุลาการนั้น ๆ ยอมให้ทำเช่นนั้นได้หรือไม่ การเลือกไม่ใช้กฎหมายนั้นหมายความว่าอนุญาตให้อุญาตตุลาการตัดสินโดยไม่ต้องพิจารณาหากกฎหมายสาระบัญญัติมาปรับแก้เนื้อหาของสัญญาแต่ยังคงต้องพิจารณาตัวสัญญานั้นๆ ในทางปฏิบัติตัวอนุญาตตุลาการคงใช้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรม หรือที่เรียกว่า *ex aequo et bono*³¹ ในการพิจารณาเนื้อหาของสัญญาแล้วตัดสินชี้ขาดได้ กระบวนการตัดสินใจอย่างนี้เรียกว่า "amiable composition" คือ การอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

ข) กรณีคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมาย

คู่สัญญาอาจทำสัญญาให้ใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท โดยไม่ได้ระบุเรื่องของกฎหมายสาระบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญา ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงกลายเป็นปัญหาของตัวอนุญาตตุลาการที่จะต้องเลือกกฎหมายมาบังคับแก่กรณี ถ้าหากเป็นเรื่องภายในประเทศเพียงประการเดียว คือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนของประเทศที่มีการทำสัญญาและการปฏิบัติการ

³⁰ Ibid., P. 513.

³¹ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 67.

ชำระหนี้ทำภายในประเทศ อนุญาโตตุลาการก็เพียงแต่ปรับใช้กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ เอง หากว่ามีกรณีที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการต้องเลือกใช้กฎหมายมาบังคับกับกรณีตามความเหมาะสม ซึ่งการเลือกเอากฎหมายมาใช้นี้เหมือนเป็นการให้ความยืดหยุ่นเพื่อความเป็นธรรม แต่ในทางกลับกันอาจเป็นช่องว่างที่อนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจโดยไม่ชอบได้ ดังนั้นจึงมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางฉบับ³² จึงวางข้อกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต้องเลือกกฎหมายโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้กับกรณี

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น โดยเนื้อแท้เป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งในบางเรื่อง กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศคู่สัญญาอาจบัญญัติไว้ขัดกันจึงมีปัญหาได้เถียงว่าอนุญาโตตุลาการจะไปแสวงหาหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้อย่างไรบ้าง และถ้าจะให้เปรียบเทียบกฎหมายก็ต้องจะพิจารณาเทียบของประเทศไหนและมากเพียงไร จึงจะรับได้ว่าเป็นหลักที่นำมาใช้เลือกกฎหมายนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อีกประการหนึ่ง การที่คู่กรณีไม่เลือกกฎหมายจึงเท่ากับเป็นการมอบให้อนุญาโตตุลาการทำการเลือก ซึ่งอาจมีข้อขัดข้องได้ดังนี้

1. ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลทุกเรื่อง
2. อนุญาโตตุลาการที่ตัดสินคดีอาจไม่มีความรู้ในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลพอที่จะหาหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย เพื่อมาหากฎหมายสาระบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่กรณี

ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการบางคนตัดสินคดีไปก่อนแล้วค่อยหาเหตุผลมาอธิบายว่า ตัดสินโดยใช้กฎหมายใดและการใช้นั้นถูกต้องตามหลักเกณฑ์ใดในการเลือกใช้กฎหมาย ผลในทางปฏิบัติจึงอาจจะไม่ต่างกับกรณีของการเลือกไม่ใช้กฎหมาย คือ ขึ้นอยู่กับความมีใจเป็นธรรมของอนุญาโตตุลาการและมโนธรรมของอนุญาโตตุลาการ

³² ICC Rules of Conciliation and Arbitration, in force as from 1 Jan. 1988 Art.13.3 "...the rule of conflict which he deems appropriate..." และ UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Art 33.1 "...failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of law rules which it considers applicable..." และ MODEL LAW Art. 28.2 (COPY UNCITRAL).

ก. ตัวอย่างกรณีของการลงทุนระหว่างประเทศและคู่กรณีได้เลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาท ตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในการลงทุนตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 อนุสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดในมาตรา 42³³ ให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุนควบคู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังตัวอย่างข้อพิพาทคดีต่าง ๆ ของ ICSID คือ

(1) คดี Klockner (ICSID Caes No. ARB/81/2)³⁴

คู่กรณีในคดีนี้คือ Klockner Industrienanlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (SOCAME)

ข้อเท็จจริงในคดี³⁵ คือ ในปี ค.ศ. 1971 รัฐบาลแคเมอรูนได้เข้าทำสัญญากับกลุ่มบริษัทเยอรมันที่ชื่อว่า Klockner เพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมปุ๋ยแห่งชาติ หลังจากที่ Klockner ได้ทำการศึกษาความเป็นไปได้และผลกำไรของโครงการแล้ว โดยได้ลงนามใน Protocol of Agreement หรือ Basic Agreement ในวันที่ 4 ธันวาคม 1971 ซึ่งใน Protocol ระบุให้ Klockner เป็นผู้สร้างโรงงานปุ๋ย และให้มีการตั้งบริษัทร่วมทุนสัญชาติแคเมอรูน ชื่อ Société Camerounaise des Engrais (SOCAME) ซึ่งมี Klockner เป็นผู้ถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ และในมาตรา 2 ของ Protocol ได้ระบุข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ด้วย

³³ ICSID "Article 42

- (1) The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the tribunal shall apply the law of contracting state party to the dispute (including its rules on the conflict of law) and such rules of international law as may be applicable.
- (2) The tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.
- (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree."

³⁴ International Council For Commercial Arbitration, Yearbook Commercial Arbitration Volume XI-1986.

³⁵ พรทิพย์ สุทธิวรรณศิลป์, วิทยานิพนธ์ เรื่อง "การตีความ การแก้ไข และการยกเลิกคำชี้ขาดของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID)", 2539.

(มาตรา 25 (1) ของอนุสัญญา ICSID บัญญัติว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่จำเป็นของการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID) สามเดือนภายหลังจากที่มีการลงนามใน Protocol แล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ได้ลงนามในสัญญาอีกฉบับหนึ่ง คือ สัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ (Turnkey Contract) ในวันที่ 4 มีนาคม 1972 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จก็ระบุให้ใช้ ICSID เช่นกัน วันที่ 23 มิถุนายน 1973 คู่กรณีได้ลงนามใน Establishment Agreement ใน Establishment Agreement มีการระบุถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีเพิ่มเติมและมีการอ้างถึงสัญญาฉบับต่าง ๆ นอกจากนี้ Establishment Agreement ยังระบุถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID ด้วย (มาตรา 21) Klockner ได้ลงมือสร้างโรงงานในปี ค.ศ. 1974 และสร้างเสร็จในปี ค.ศ. 1976 ต่อมาในวันที่ 7 เมษายน 1977 ซึ่งเป็นเวลาเกินกว่าสองปีหลังจากที่ Klockner ได้เริ่มการบริหารโรงงานแล้ว Klockner และ SOCAME จึงตกลงลงนามใน Management Contract โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1975 ในมาตรา 8 ของ Management Contract ได้มีการระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICC โดยให้ใช้กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์และทำการอนุญาโตตุลาการที่กรุงเบอร์น ซึ่งแตกต่างจากสัญญาฉบับก่อน ๆ ที่ตกลงกันให้ใช้อนุญาโตตุลาการของ ICSID ภายหลังจากที่โรงงานเปิดดำเนินการแล้วผลที่ได้ออกมาต่ำกว่าที่คาดการณ์ไว้มาก ในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลแคมเมอรูนก็ได้รับคำแนะนำจากที่ปรึกษาว่า ควรจะจัดโครงสร้างใหม่เพื่อปรับปรุงกระบวนการผลิต แต่ในการจัดโครงสร้างใหม่นี้จะต้องใช้เงินจำนวนมาก แคมเมอรูนจึงได้ชักชวนให้ Klockner เข้าร่วมด้วย แต่ Klockner ปฏิเสธที่จะลงทุนเพิ่มใน SOCAME อีกและถอนหุ้นส่วนของตน

หลังจากที่มีการเพิ่มทุนและปรับโครงสร้างโรงงานแล้ว ก็ยังคงไม่อาจแก้ปัญหาได้ แคมเมอรูนจึงตัดสินใจที่จะปิดโรงงานและเลิก Management Contract และ SOCAME ก็ปฏิเสธที่จะชำระเงินค่าโรงงานแก่ Klockner ในเดือนเมษายน 1981 Klockner ได้ยื่นคำร้องขอเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เรียกร้องให้แคมเมอรูนชำระราคาโรงงานตามที่ได้ให้หลักประกันไว้ โดย Klockner อ้างว่าข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID เพราะสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จได้ระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ และได้แย้งว่าคำฟ้องแย้งใด ๆ ของแคมเมอรูนที่อ้างว่า Klockner ฝ่าฝืนหน้าที่การบริหารไม่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID เพราะ Management Contract ระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICC ไว้ สำหรับประเด็นเรื่องโรงงานใช้หรือไม่ Klockner ยืนยันว่า ไม่ใช่หน้าที่ของตนที่จะต้องรับผิดชอบการทำงานของโรงงาน ในวันที่ 15 มิถุนายน 1982 แคมเมอรูนได้ยื่นคำฟ้องแย้งอ้างการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา โดยอ้างว่า Klockner จะต้องส่งมอบโรงงานที่ใช้การได้ไม่ใช่เพียงแต่ส่งมอบโรงงานเท่านั้น และเรียกร้องค่าชดเชยทั้งสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน และความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินจากการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ให้สมบูรณ์ของ Klockner

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ มีประเด็น คือ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้หรือไม่ Klockner (ผู้ร้อง) ได้ยื่นคำร้องขอเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยอ้างสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ ซึ่งระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ Klockner ได้โต้แย้งว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะรับคำฟ้องแย้งของแคมเมอร์น เพราะจะเป็นการตีความไปถึง Management Contract ที่ระบุให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICC

คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่ถือว่า Management Contract ได้แก้ไขข้อตกลงในสัญญาเดิมหรือมีผลให้สัญญาเดิมถูกยกเลิกไป โดยคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า "The Tribunal cannot share this view, under which ICSID jurisdiction would have existed from the date of the Protocol, 4 December 1971, but would have evaporated by a kind of implicit derogation on 7 April 1977, the date the Management Contract was signed." คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คู่กรณีไม่อาจที่จะเจรจาทำสัญญาใหม่เพราะข้อตกลงที่ Klockner รับจะบริหารโรงงานเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้เกิดการลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างมาตรา 25 (1) แห่งอนุสัญญา ICSID ที่ว่า เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้ว ไม่อาจถอนความยินยอมฝ่ายเดียวได้ อนุญาโตตุลาการท่านหนึ่งมีความเห็นแย้งว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันที่จะเสนอข้อพิพาทตาม Management Contract ต่ออนุญาโตตุลาการ แต่คณะอนุญาโตตุลาการโดยเสียงข้างมากไม่ได้คำนึงถึงความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงเป็นการฝ่าฝืนหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า ข้อพิพาทนั้นอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID แล้ว ก็พิจารณาดังกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้กับข้อพิพาท เนื่องจากใน Protocol of Agreement ไม่ได้ตกลงเรื่องกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทไว้ จึงต้องใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนและกฎหมายระหว่างประเทศ (มาตรา 42 (1)) เนื่องจากแคมเมอร์นถูกแบ่งเป็นสองส่วน ในยุคอาณานิคมระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส แคมเมอร์นจึงรับมาทั้งกฎหมายในระบบ common law และกฎหมายในระบบ civil law เมื่อพิจารณากฎหมายขัดกันของแคมเมอร์นแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า จะต้องใช้กฎหมายแคมเมอร์นอิงกฎหมายฝรั่งเศส และคณะอนุญาโตตุลาการก็ตัดสินว่า Klockner ไม่มีสิทธิรับชำระราคาโรงงานทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ อนุญาโตตุลาการผู้มีความเห็นแย้งเห็นว่า Klockner ได้บริหาร SOCAMÉ อย่างเหมาะสม การที่โรงงานไม่มีผลกำไรก็เนื่องมาจากวิกฤตการณ์น้ำมันในช่วง ค.ศ. 1973-1974 ที่ทำให้ราคาวัตถุดิบสูงขึ้นอย่างมาก คณะอนุญาโตตุลาการยกคำร้องของ Klockner และคำฟ้องแย้งของแคมเมอร์น โดยให้ทั้งสองกลับสู่สถานะเดิม (status quo) เนื่องจากการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้เหตุผลไว้และไม่ใช้การตัดสินไปตามอำเภอใจ การตัดสินเช่นนั้นจึงไม่ใช่การใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดแจ้ง ซึ่งจะเป็นเหตุขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 (1) (b) ได้ (Klockner I Decision, para 52 (e))

(2) คดี AMCO (ICSID Case No. ARB/81/1)

คู่กรณีในคดีนี้ คือ Amco Asia Corp. (Delaware, USA), Pan American Development Ltd. (Hong Kong), and P.T. AMCO (Indonesia) v. Republic of Indonesia อินโดนีเซียซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาและร่ำรวยในทรัพยากรธรรมชาติ แต่ขาดแคลนเงินทุนได้พยายามที่จะให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในประเทศของตน โดยให้ใบอนุญาตการลงทุนและสัมปทานและสิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาลงทุน เช่น การยกเว้นภาษี โดยให้มีการเจรจาการลงทุนเป็นราย ๆ ไป

ในปี ค.ศ. 1968 บริษัทอินโดนีเซียชื่อ Persarom Terbatas Pembangunan dan Pengurusan Wisma (P.T. Wisma) ได้ติดต่อให้ บริษัท AMCO ลงทุนสร้างโรงแรมที่ Jalan Thamrin ใน Jakarta ในวันที่ 22 เมษายน 1968 P.T. Wisma และ AMCO Asia จึงได้ทำสัญญา Lease and Management Agreement โดยในสัญญาดังกล่าวระบุให้ AMCO ออกค่าใช้จ่ายในการสร้างโรงแรมให้เสร็จสมบูรณ์ ตามสัญญาดังกล่าว AMCO ตกลงลงทุนเป็นจำนวนเงิน 4.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยแบ่งเป็นเงินทุนจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และเป็นเงินกู้จำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และ P.T. Wisma ก็ตกลงให้ AMCO เช่าโรงแรมเป็นเวลา 19 ปีนับแต่วันสร้างโรงแรมเสร็จ (ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1969 คู่กรณีทั้งสองก็ตกลงแก้ไขสัญญาโดยขยายระยะเวลาการเช่าออกไปเป็นเวลา 30 ปี) และคู่กรณีตกลงให้ AMCO Asia เป็นผู้บริหารโรงแรม

ต่อมาในวันที่ 29 กรกฎาคม 1968 AMCO ก็ได้รับใบอนุญาตการลงทุนตามที่กฎหมายการลงทุนต่างประเทศ (Foreign Capital Investment Law) ปี ค.ศ. 1967 กำหนดไว้ โดยในคำร้องขอลงทุนได้กำหนดหน้าที่ในการลงทุนของ AMCO ไว้ และมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ AMCO และกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในใบอนุญาตการลงทุนได้กำหนดให้ AMCO จัดตั้งบริษัทอินโดนีเซีย AMCO จึงได้ตั้งบริษัท P.T. AMCO ขึ้น และจดทะเบียนต่อศาลอินโดนีเซียในวันที่ 29 มกราคม 1969 โดยมีเงินทุนจดทะเบียนตามที่ได้รับอนุญาตจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และ AMCO Asia ก็โอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่ P.T. AMCO หลังจากนั้นอีกไม่นานได้เกิดข้อพิพาทอย่างร้ายแรงแหว่าง P.T. AMCO และ P.T. Wisma เกี่ยวกับการคำนวณผลกำไรและผลกำไรที่แน่นอนที่ P.T. AMCO ได้จ่าย และ P.T. Wisma ได้รับ P.T. Wisma จึงกำหนดระยะเวลาให้ P.T. AMCO จ่ายผลกำไรให้ตนภายในวันที่ 31 มีนาคม 1980 เมื่อพ้นกำหนดดังกล่าว P.T. AMCO ก็ไม่ได้จ่ายผลกำไรแก่ P.T. Wisma ในวันที่ 31 มีนาคมและวันที่ 1 เมษายน 1980 P.T. Wisma จึงอาศัยกำลังทหารเข้ายึดและบริหารโรงแรมดังกล่าว ในระหว่างที่คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอินโดนีเซีย ในวันที่ 15 มกราคม 1980 P.T. AMCO และผู้ถือหุ้น (รวมทั้ง AMCO Asia) ก็ได้ร่วมกัน

ยื่นคำร้องต่อ ICSID เรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 12.393 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา รวมทั้งดอกเบี้ย และค่าใช้จ่าย โดยอ้างเหตุว่าการยึดโรงแรมและการเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนไม่ชอบด้วยกฎหมายและ อินโดนีเซียละเมิดสัญญา อินโดนีเซียจึงฟ้องแย้งขอให้ตัดสินให้การเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนของ P.T. AMCO ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้สั่งให้ AMCO คืนเงินภาษีและอื่น ๆ ที่อินโดนีเซียได้ยกเว้นให้เป็น จำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา นอกจากนี้อินโดนีเซียยังได้โต้แย้งเรื่องอำนาจของ ICSID ว่า ICSID ไม่มี อำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาประเด็นเรื่องอำนาจ และมีคำสั่งระหว่าง พิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในอำนาจของ ICSID (ตามมาตรา 41 (2) คณะอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะ ทำคำสั่งระหว่างพิจารณาได้) คู่กรณีไม่ได้โต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาดังกล่าวแต่อย่างใด

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ มีประเด็นคือ ตัดสินให้ AMCO ชนะคดี โดยให้ ชดใช้ค่าเสียหายแก่ AMCO เป็นจำนวน 3.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา พร้อมทั้งดอกเบี้ย 6 เปอร์เซ็นต์ นับ แต่วันที่ 15 มกราคม 1981 และยกคำฟ้องแย้งของอินโดนีเซีย เนื่องจากในคดีนี้คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันถึง กฎหมายที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาท จึงต้องใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนควบคู่กับกฎหมายระหว่าง ประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็นเรื่องของสัญญา ดังนั้นอินโดนีเซียจึง ไม่อาจเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนโดยฝ่ายเดียวและไม่อาจเพิกถอนใบอนุญาตโดยไม่พิจารณาว่า AMCO ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจริงหรือไม่ การเพิกถอนใบอนุญาตของอินโดนีเซียจึงไม่เป็นไปตามศุภนิติกระบวนการ (due process) จึงเป็นการเพิกถอนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในวันที่ 18 มีนาคม 1985 อินโดนีเซียจึงเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยอ้างว่า คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายอินโดนีเซียผิด ดังนั้นจึงเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดแจ้งตาม ความหมายมาตรา 52 (1) (b) และก็ได้ให้เหตุผลในการคำนวณในการตัดสินว่า AMCO ได้ลงทุนเป็น จำนวน 2.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจได้นำมาตรา 42 แห่งอนุสัญญามาใช้ บังคับ (AMCO I Decision, para. 19) คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่า มาตรา 42 (1) ให้อำนาจคณะ อนุญาโตตุลาการ ICSID ในการใช้ข้อบังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ (rules of international law) ก็ต่อ เมื่อเป็นการใช้เพื่ออุดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายภายในและเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ (international law norms) และในกรณีที่กฎหมายภายในที่ใช้บังคับแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ (AMCO I Decision, para. 20) โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่าง ประเทศกับกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนเป็นความมุ่งหมายของระบบของอนุสัญญานี้ (AMCO I Decision, para. 21-22) เนื่องจากคำร้องของอินโดนีเซียได้อ้างเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 42 หลาย ประเด็น เช่น

(1) อ้างว่าในคำชี้ขาดอ้างถึงการพิจารณาโดยยุติธรรม (equitable considerations) จึงแสดงว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินโดยใช้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรม (ex aequo et bono) (ซึ่งการตัดสินโดยหลักความเป็นธรรมและใช้มโนธรรมที่ดีนี้จะสามารถทำได้ต่อเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายยินยอมเท่านั้น) คณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินว่า การพิจารณาโดยยุติธรรมอาจจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาปรับใช้ได้ (AMCO I Decision, para. 26)

(2) อ้างเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้หลักการพิจารณาโดยยุติธรรมบังคับเฉพาะในคดีแนวเขตทางทะเล (maritime boundary) เท่านั้น เมื่อคณะกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วมีความเห็นเช่นเดียวกับนักกฎหมายอื่น ๆ ว่า ในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำหลักการพิจารณาโดยยุติธรรมมาใช้กับคดีที่ไม่ใช่แนวเขตทางทะเลก็ได้ (AMCO I Decision, para. 27) ดังนั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจจึงตัดสินว่า กรณีดังกล่าวไม่ใช่การใช้หลักความเป็นธรรมและใช้มโนธรรมที่ดีแทนการใช้กฎหมายอินโดนีเซีย (AMCO I Decision, para. 28)

จากกรณีตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาว่ากฎหมายใดมีผลบังคับเหนือกว่า ถ้ากฎหมายทั้งสองขัดกัน ซึ่งมีผู้ให้เหตุผลว่า กฎหมายระหว่างประเทศน่าจะมียุทธศาสตร์เหนือกว่า เพราะเหตุผลสำคัญที่ทำให้ต้องเลือกกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะกฎหมายภายในอาจไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะผลของกฎหมายที่มีมาแต่เดิมหรือที่ได้ตราขึ้นใหม่ก็ตาม ซึ่งอาจเป็นการเลี่ยงปัญหาการแก้ไขกฎหมายโดยรัฐ จึงเกิดมีการหยุดกฎหมายไว้เพื่อให้มีผล ณ วันที่ทำสัญญา (Freezing Clause) อันเป็นการขัดต่อหลักรัฐประศาสน์นโยบาย เพราะรัฐต้องแก้กฎหมายก็เพราะมีความจำเป็น (clausula quae abrogationem excludit ab initio non valet บท (ในกฎหมาย) ที่ห้ามการยกเลิกกฎหมายนั้นยอมเสียเปล่าตั้งแต่ต้น) จึงเกิดความคิดเรื่องปรับสถานะแห่งสัญญา คือ จะแก้กฎหมายก็ได้แต่ต้องชดเชย ซึ่งบางทีเรียกว่า Stabilization Clause³⁶

ข. ตัวอย่างกรณีพิพาทในเรื่องความสามารถในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความสามารถหรือไม่อย่างไร ซึ่งในกรณีนี้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติไว้ในข้อ 1 วรรค 1 ว่า "Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnished to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that :

(a) The party to the agreement referred to in Article II were, under the law applicable to them, under the some incapacity, ..."

³⁶ พิชัยศักดิ์ หวังราษฎร์, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, 2540, หน้า 73.

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ยังไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (choice-of-law rule) ในเรื่องนี้มีไว้ว่าอย่างไร แต่กลับบัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่า “were, under the law applicable to them, under some incapacity” ซึ่งคงจะเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการเปิดกว้างไว้ ทั้งนี้เพราะหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศนั้นอาจแตกต่างกัน บางประเทศอาจให้ความสำคัญแก่ภูมิลำเนา บางประเทศอาจให้ความสำคัญแก่สัญชาติของคู่กรณี เป็นต้น

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาทำให้ดูว่าสัญญาทำขึ้นที่ใดหรือกฎหมายของประเทศใดใช้บังคับกับสัญญา ความสามารถในการทำสัญญาของคู่กรณีก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศนั้น³⁷ ดังนั้นปัญหาในเรื่องนี้ก็คงต้องวินิจฉัยไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศ

ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บัญญัติไว้ว่า “ความสามารถและไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น” ซึ่งหมายความว่า จะต้องพิจารณาตามกฎหมายขัดกันของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติและหลักในเรื่องของการย้อนส่ง (renvoi) ด้วย³⁸ แต่ในกรณีที่คนต่างด้าวทำนิติกรรมในประเทศไทย ตามกฎหมายสาระบัญญัติของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติจะปรากฏว่าบุคคลนั้นไร้ความสามารถหรือมีความสามารถอันจำกัดสำหรับนิติกรรมนั้นก็ตาม แต่ถ้าปรากฏว่าตามกฎหมายไทยเขามีความสามารถที่จะทำนิติกรรมแล้ว ให้ถือเอาว่าคนต่างด้าวนั้นมีความสามารถที่จะทำนิติกรรมนั้นได้ในประเทศไทย ยกเว้นกรณีนิติกรรมตามกฎหมายครอบครัวและมรดก³⁹ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 698/2521 วินิจฉัยไว้ดังนี้

“จำเลยสัญญาขายพริกแก่โจทก์ ทำสัญญาในประเทศไทย โจทก์มีภูมิลำเนาในสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ชำระข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกรุงนิวยอร์ก ตามกฎของสมาคมการค้าอเมริกันใช้บังคับได้ ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้จำเลยรับผิด บังคับในศาลไทยได้ โดยไม่ต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าจำเลยผิดสัญญาอายุความ 10 ปี”

³⁷ American Law Institute, Restatement of the Law 2d-Conflict of Law 2d 198; 187-188 (1971).

³⁸ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481.

³⁹ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481.

ในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางการค้ามักจะพบการนำเอาหลักกฎหมายขัดกันมาใช้ให้เกิดประโยชน์ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้เพราะหากพิจารณาถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐแต่ละรัฐแล้ว รัฐอธิปไตยหนึ่งย่อมมีอำนาจโดยสมบูรณ์ที่จะใช้กฎหมายภายในของตนขึ้นปรับแก้คดีและแก่บุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจและในดินแดนของตนเองในทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายต่างประเทศเลย ซึ่งในจุดนี้ปัจจุบันได้มีการยอมรับกันทั่วไปแล้วว่า อันความสัมพันธ์ของบุคคลในทางแพ่งนั้น หากจะถือจำกัดโดยเคร่งครัดเช่นนี้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดความไม่สะดวกอย่างยิ่งในการติดต่อสัมพันธ์กันระหว่างประเทศ อีกประการหนึ่ง การที่จะนำกฎหมายภายในบังคับในทุกกรณีย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี เพราะจะเกิดผลว่าข้อพิพาทในเรื่องเดียวกันนั้น ขนาดศาลของประเทศหนึ่งจะพิพากษาแตกต่างไปจากศาลของอีกประเทศหนึ่งได้ดังอุทธรณ์ เช่น

ในกรณีแรก คนสัญชาติไทยสองคนทำสัญญาซื้อขายรถยนต์คันหนึ่งในประเทศไทย ถ้ามีปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองไม่ว่าในเรื่องใด เช่น คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีความสามารถที่จะทำสัญญากันหรือไม่ สัญญานั้นถูกต้องตามแบบหรือไม่ สัญญานั้นเกิดขึ้นเพราะกลฉ้อฉล ข่มขู่หรือเจตนาหลอง อันจะทำให้สัญญาเสียไปหรือไม่ ความรับผิดชอบหรือผลแห่งสัญญาเป็นอย่างไร เหล่านี้เป็นสิ่งแน่นอนว่าศาลไทยย่อมนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายภายในอื่นใดของไทยยกขึ้นปรับแก้คดีในทุกกรณีได้

ในกรณีที่สอง หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นคนมีสัญชาติไทย อีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอังกฤษทำสัญญากันในประเทศอังกฤษ ซื้อขายรถยนต์คันหนึ่งซึ่งอยู่ที่ประเทศเยอรมัน กรณีอาจมีปัญหาว่าคนอังกฤษมีความสามารถในการทำสัญญานี้หรือไม่ ถ้าคนอังกฤษนั้นมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ขณะทำสัญญาซึ่งไม่มีความสามารถตามกฎหมายอังกฤษที่กำหนดไว้ว่า 18 ปี⁴⁰ หรือปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ผ่านไปยังผู้ซื้อแล้วหรือยัง เพราะตามกฎหมายไทยกรรมสิทธิ์ผ่านไปยังผู้ซื้อแล้วในทันทีที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงซื้อขายกัน⁴¹ แต่ตามกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ กรรมสิทธิ์ยังไม่ผ่านจนกว่าผู้ขายจะส่งมอบรถยนต์คันนั้นให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ดังนั้นหากเกิดคดีขึ้นในศาลไทย จะเป็นการสมควรหรือไม่ที่

⁴⁰ Cheshire's Private International Law, 7th ed., p. 40.

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 458 บัญญัติว่า "กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ขาย".

จะยกเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นปรับแก้คดีทั้งเรื่อง รวมทั้งเรื่องความสามารถและเรื่องกรรมสิทธิ์ โดยไม่คำนึงถึงว่ากฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมันจะว่าไว้อย่างไร⁴²

ด้วยเหตุนี้เอง ประเทศต่าง ๆ ในสังคมโลกจึงได้สร้างหลักกฎหมายขัดกันขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันและเพื่อเป็นธรรมแก่คู่กรณี โดยคำนึงถึงหลักการที่ว่าข้อพิพาทใดเกี่ยวข้องกับหรือพัวพันกับต่างประเทศ กฎหมายที่นำมาใช้บังคับก็ควรเป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมและใกล้ชิดที่สุดกับกรณี ซึ่งนักกฎหมายอาวูโล ทานศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ท่านเรียกว่า “จุดเกาะเกี่ยว” point of contact หรือ connecting factor⁴³ จากกรณีนี้เองที่ทำให้การอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศนำเอากฎหมายขัดกันมาใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้น เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านธุรกิจการค้าระหว่างประเทศดังเช่นในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องด้วยกฎหมายที่อาจใช้บังคับกับกรณีมีมากกว่าหนึ่งระบบกฎหมายนั่นเอง

ค) กรณีที่คู่กรณีเลือกกฎหมายเพื่อใช้กับข้อพิพาท

หากเป็นกรณีข้อพิพาทภายในประเทศโดยแท้ คู่พิพาทก็ไม่สามารถเลือกกฎหมายต่างประเทศมาใช้กับกรณีนั้น ๆ ได้ เพราะอาจจะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายภายในที่น่าจะนำมาใช้บังคับได้ (fraude a la loi)⁴⁴ อย่างไรก็ตามคู่พิพาทจะยังให้เกิดผลอย่างกฎหมายของต่างประเทศที่ต้องการได้ โดยการใช้นโยบายของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ มาเขียนเป็นเนื้อหา หรือข้อสัญญาให้ชัดเจน แต่ต้องไม่ขัดหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่มีกรณีพิพาทภายใน

แต่ถ้าหากเป็นกรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ กฎหมายของประเทศคอมมอนลอว์ก็ยึดหลัก Proper Law of Contract หรือประเทศประมวลกฎหมาย ก็ยึดหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา (Autonomie de la Volonte) ซึ่งต่างก็อนุญาตให้คู่กรณีได้เลือกกฎหมายเพื่อจะบังคับกับกรณีได้ โดยใช้พิจารณาณอันเหมาะสม

⁴² คณิง ภาไชย, “หลักเบื้องต้นในการพิจารณาปัญหากฎหมายขัดกัน”, ในบทความทางวิชาการที่เกี่ยวกับกฎหมาย เนื่องในโอกาสศาสตราจารย์คณิง ภาไชย มีอายุครบ 72 ปี, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร, 2540), หน้า 89-90.

⁴³ หยุด แสงอุทัย, ความหมาย การขัดกันแห่งกฎหมาย, 2482, หน้า 38.

⁴⁴ ชุมพร บัจจุสานนท์, “กฎหมายที่เป็นฐานรองรับกับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (2527), หน้า 71.

2.3 ความหมายของ Amiable Composition

ตามนัยของคำว่า Amiable Composition เป็นคำที่ใช้อยู่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีความหมายว่า การไกล่เกลี่ยที่เป็นมิตร แต่ปรากฏว่าใน Black's Law Dictionary ไม่มีศัพท์คำว่า Amiable แต่มีการแปลความหมายของคำว่า Amicable ไว้ในทำนองเดียวกันกับ Amiable ว่า มิตรภาพ หรือความเข้าใจกันของคู่พิพาท⁴⁵

ในขณะที่ใน The Oxford Dictionary of English Etymology⁴⁶ มีการให้นิยามคำว่า Amiable ไว้เช่นเดียวกันกับ Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language⁴⁷ ว่า อย่างเป็นมิตรภาพ ความรัก ความชอบ ความเข้าใจกัน

ด้วยในปัจจุบัน การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้รับความสนใจมากขึ้น ในฐานะที่เป็นทางเลือกหนึ่งที่ช่วยระงับข้อพิพาทในทางธุรกิจระหว่างประเทศได้ดีทีเดียว ผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากเชื่อถือการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นทางแก้ปัญหาทางเดียวที่คู่กรณีระหว่างประเทศสมควรจะใช้ ทั้งเป็นการตัดปัญหาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดมาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท แต่เป็นการแก้ปัญหาโดยอนุญาโตตุลาการเลือกหรือแสวงหากฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีที่ไม่ใช่กฎหมายของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง กลับให้หลักกฎหมายทั่วไปในทางการค้าระหว่างประเทศ หรือ lex mercatoria และหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งในสถานการณ์ของอนุญาโตตุลาการเรียกว่า การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่กฎหมาย หรือ Amiable Composition⁴⁸ หลักกฎหมายทั้งสองเป็นหลักกฎหมายที่อ้างอิงถึงและอยู่ภายใต้มูลฐานของกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในกรณีพิพาทนั้น ๆ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีที่เป็นวิธีสบัญญัติ อันที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้เป็นการระงับข้อพิพาทและเป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำเอาหลักแห่งความยุติธรรมมาใช้บังคับแก่กรณี แม้ว่าทั้งสองหลักกฎหมายจะยังไม่ชัดเจน แต่ก็สามารถแยกแยะจากกันได้

โดยข้อเท็จจริงแล้ว เป็นการยากในการที่จะกำหนดคำจำกัดความของการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้หลักกฎหมาย ที่จะให้ได้รับการยอมรับจากทุก ๆ หน่วยงาน การทำความเข้าใจการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมายในบางครั้งนั้นสามารถที่จะเห็นได้ดีที่สุดในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศแม่บทของการ

⁴⁵ Black's Law Dictionary, Abridge sixth Edition, 1891-1991, p. 3.

⁴⁶ The Oxford Dictionary of English Etymology, p. 48.

⁴⁷ Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language.

⁴⁸ Karyn S. Weinberg, Equity in International Arbitration : How Fair is "fair"? A Study of Lex mercatoria and Amiable Composition, Boston University International Law Journal, Vol.12:227, 1994.

อนุญาโตตุลาการประเภทนี้ และในบางครั้งก็สามารถเห็นได้ชัดเจนในประเทศอังกฤษ จากการประชุม อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่แปลความคำว่า การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายได้ว่า "คำตัดสิน ชันมิตร" การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายนั้นไม่ต้องอธิบายและแปลความกฎหมายใดมาประยุกต์ใช้ แก่ความผูกพันแห่งหนี้ของคู่กรณี หรือความผูกพันตามสัญญา หรือสิ่งอื่น ๆ ถ้าหลักกฎหมายที่ขัดแย้งแท้ จริงเหล่านั้นจะนำไปสู่ผลแห่งความไม่เป็นธรรม เพราะการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น กับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อสะท้อนความเป็นธรรมและความจริงในเชิงการค้ามากกว่าการผูกพัน คู่กรณีที่นำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายมาเป็นเครื่องกำหนดความเสียหาย อย่างไรก็ตามอำนาจของการ อนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายจะไม่ถูกจำกัดหรือในความเป็นจริงก็คือ การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้ กฎหมายสามารถดำเนินกระบวนการเพื่อให้บรรลุความเสมอภาคของการแก้ปัญหาแก่คู่สัญญาได้และผู้ ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะถูกผูกพันเฉพาะแต่โดยเกณฑ์สาธารณะ (Public Policy)⁴⁹ และเงื่อนไขของ อำนาจที่ได้รับมอบหมายของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

Amiable Composition เป็นวิธีการอนุญาโตตุลาการที่ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการได้รับความไว้วางใจ จากคู่กรณีให้ตัดสินโดยไม่ต้องใช้กฎหมายก็ได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เรียกอนุญาโต ตุลาการประเภทนี้ว่า Amiable Compositeur หรือ อนุญาโตตุลาการชันมิตรของคู่กรณี จึงสามารถตัดสินที่ ชาติข้อพิพาทอย่างไรก็ได้ คือไม่ต้องใช้กฎหมายก็ได้ เป็นธรรมดาที่คนตัดสินทำนองนี้ต้องเป็นผู้ที่มีบารมีพอ สมควร อย่างน้อยก็ตรงที่คู่พิพาทไว้วางใจให้ตัดสินโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย จะตัดสินตามอำเภอใจเสียทีเดียวนั้น แม้ทำได้ก็ไม่ควรทำ เพราะนอกจากจะทำลายน้ำใจของคู่พิพาทแล้วยังเป็นการทำลายบารมีของตัวอนุญาโต ตุลาการเองด้วย แต่ทั้งนี้ยังคงต้องให้เหตุผลในการตัดสิน ยังคงต้องใช้วิธีพิจารณาที่เป็นธรรมและเคารพต่อ หลักกฎหมายพื้นฐาน ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ซึ่งโดยปกติการตัดสินที่ชาติของ หลัก Amiable Composition หรือการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายนี้จะอาศัยหลักความเป็นธรรมและ มโนธรรม (ex aequo et bono) ของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนั่นเอง และโดยปกติแล้ว คำชี้ขาดจากการ อนุญาโตตุลาการแบบ Amiable Composition นี้ย่อมมีผลผูกมัดในประเทศที่ยอมรับและนำไปบังคับตามใน ประเทศที่ไม่ยอมรับก็สามารถบังคับได้เพราะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างหนึ่ง เป็นเรื่องที่ตัดสิน แล้ว มีผลแล้ว กลายเป็นสิทธิที่จะได้รับมาของผู้ชนะแล้ว คือ เป็น vested right ซึ่งแม้ประเทศที่ไม่ยอมรับ วิธีกรณีนี้อาจต้องยอมรับในฐานะภาคีของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องของสิทธิที่ ได้มาแล้ว⁵⁰ ซึ่งวิธีการนี้จะคล้ายกับวิธีการไกล่เกลี่ยโดยมีผู้ชี้แนะ (Conciliation) แต่แตกต่างกันตรงที่คำ ชี้แนะไม่ผูกมัดคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม แต่คำตัดสินของ Amiable Compositeur นั้นผูกมัดคู่กรณีให้ต้อง

⁴⁹ Ibid.,

⁵⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรม การอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี, หน้า 8.

ปฏิบัติตาม⁵¹ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในความหมาย ผู้เขียนจะใช้ “การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย” แทนคำว่า Amiable Composition และใช้ “อนุญาโตตุลาการฉันมิตร” แทนคำว่า Amiable Compositeur ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

โดยหน้าที่หลักแต่ดั้งเดิมของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย คือ การคืนความปรองดองให้กับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยเป้าหมายแห่งนิติสัมพันธ์ระหว่างกันในรูปแบบใหม่⁵² ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ได้รับมาจากประมวลกฎหมายแห่งนโปเลียน และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1806⁵³ ศาลประเทศอังกฤษได้อธิบายถึงอำนาจของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายว่า เป็นเหมือนข้อยกเว้นของการอนุญาโตตุลาการจากความเคร่งครัดของตัวบทกฎหมาย ซึ่งยังพิจารณาตามครรลองแห่งวิธีและหลักกฎหมายพื้นฐาน มิใช่จะไม่พิจารณาตามหลักกฎหมายเสียทั้งหมด หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า บทบัญญัติแห่งความยุติธรรม (equity clause)⁵⁴ และโดยประเพณีปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายอย่างง่าย ๆ ก็คือ การอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีให้เกิดความยุติธรรม เพื่อระงับข้อพิพาทให้ได้ ซึ่งแนวความคิดเช่นนี้ยังคงปรากฏอยู่เพื่อให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ สำหรับการที่จะได้ใช้วิธีการที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติที่เคร่งครัดของกฎหมาย และชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความยุติธรรม ซึ่งในปัจจุบันนี้คู่กรณีพิพาทได้เลือกที่จะใช้วิธีการชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมาย แทนกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งอยู่เสมอ อันเป็นเหตุผลที่ทำให้นักธุรกิจทั่วไปยอมรับอำนาจในทางนิเสธของการเลือกใช้กฎหมาย นับตั้งแต่อนุญาโตตุลาการนำเอาหลักความเป็นธรรมและมโนธรรมมาใช้แทนกฎหมายเฉพาะของแต่ละประเทศ ในบางกรณีแม้ว่าคู่กรณีจะได้เลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีไว้แล้ว แต่ก็ยังคงกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดโดยไม่ต้องใช้กฎหมายก็ได้เมื่อถึงคราวจำเป็น

⁵¹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” ใน รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : เพอเฟคท์ กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 15.

⁵² René David, Arbitration in International Trade, p.334-35 (1985). The influence of such origins on the present state of arbitration with respect to its similarity to mediation is addressed in Part IIB.

⁵³ W. Laurence Craig, William W. Park, & Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 310 n.1 (1990).

⁵⁴ Rolland V. Cassidy, (1888) 13 AC 770, cited in the Rt. Hon. Sir Michael Kerr, “Equity” Arbitration In England, 2 Amer.Rev.Int’L Arb’N 377, 388 (1991).

ในระหว่างประเทศได้มีการให้ความสำคัญต่อความเป็นเอกภาพในการค้าระหว่างประเทศ และไม่ได้เป็นการขยายความเกินความจริงแต่อย่างใดที่จะบอกว่า อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นส่วนประกอบสำคัญซึ่งจำเป็นต้องรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงสังเกตเห็นได้จากการกำหนดเรื่องความเป็นเอกภาพในการค้าระหว่างประเทศเป็นวาระสำคัญในการประชุมเพื่อหารือเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เช่น การประชุมสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อปี ค.ศ. 1938 ณ กรุงอัมสเตอร์ดัม และในปี ค.ศ. 1946 ณ เมืองแคมบริดจ์ หรือที่สภาหอการค้าระหว่างประเทศเรียกประชุม ณ กรุงปารีส ซึ่ง จุดเด่นในการหารือ คือ เรื่อง Amiable Compositeur หรือการเป็นอนุญาโตตุลาการตามข้อเท็จจริง (de facto) ซึ่งตรงกันข้ามกับอนุญาโตตุลาการทางนิตินัย (de jure) ซึ่งเกิดผลสืบเนื่องในลักษณะสำคัญเกี่ยวกับ Amiable Compositeur ดังนี้

1. ไม่ต้องผูกพันตามกฎหมายของกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย
2. ไม่ต้องผูกพันที่จะบังคับใช้กฎข้อบังคับตามกฎหมายสารบัญญัติ แต่ตัดสินตามหลักความยุติธรรม
3. คำชี้ขาด (award) ของ Amiable Compositeur ถือเป็นที่สุด

บทบาทของ Amiable Compositeur ตามที่ได้มีการประชุมหารือกันในเวทีระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้มุ่งประสานความคิดที่แตกต่างกัน แต่ค่อนข้างเป็นการก้าวล่วงไปในทางที่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามหลักการ (doctrine) และในทางปฏิบัติให้เป็น 2 ฝ่าย โดยที่ฝ่ายหนึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการทางนิตินัย และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการตามหลักความยุติธรรม ซึ่งคงเป็นเรื่องที่คู่กรณีพิพาทจะได้หยิบยกนำมาใช้กับข้อพิพาทหรือสัญญาของตน แล้วแต่กรณีต่อไป

2.4 หลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาท ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

2.4.1 ลักษณะข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5⁵⁵ วางหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่า ข้อพิพาทที่คู่กรณีจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้นั้นจะต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้นจะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาททางอาญาไม่ได้ ดังนั้นถ้าคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการตกลงกันที่จะเสนอ

⁵⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5 “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม”.

ข้อพิพาททางอาญาให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว สัญญาอนุญาตตุลาการนั้น ก็จะตกเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาอนุญาตตุลาการขัดต่อกฎหมาย ตามหลักการกฎหมาย นิติกรรมสัญญา มาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁶

จากการที่กฎหมายกำหนดว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์หรือกิจการบางประเภท สามารถที่จะให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดได้นั้น แสดงให้เห็นถึงนโยบายของรัฐที่จะส่งมอบการพิจารณาและ ตัดสินคดีเหล่านั้นไว้กับศาลเท่านั้น ทั้งนี้เพราะข้อพิพาทเหล่านั้นเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องและมีผลกระทบต่อ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง การพิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านั้นเป็น เรื่องที่จะต้องนำเอากฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี ถ้าให้ศาลเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยข้อพิพาท แต่สถาบันเดียว การใช้และการตีความกฎหมายก็จะเป็นแนวเดียวกันหมด และเกิดความแน่นอนชัดเจนขึ้น ว่า การกระทำเช่นใดเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะศาลเป็นสถาบันที่ถาวร คำพิพากษา ของศาลย่อมถือเป็นแนวในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นภายหลังได้ แต่อนุญาตตุลาการนั้นเมื่อทำคำชี้ ขาดเรื่องหนึ่งเรื่องใดเสร็จแล้ว อำนาจของอนุญาตตุลาการก็จะสิ้นสุดไปพร้อมกับกรณีที่ชี้ขาดไปแล้วนั้น ด้วย และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในคดีก่อนก็ไม่อาจมีผลกระทบหรือเป็นบรรทัดฐานให้กับอนุญาต ตุลาการในคดีหลังที่จะต้องใช้เป็นแนวทางถือตามนั้น ดังนั้นคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในปัญหาข้อ กฎหมายเดียวกัน ข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่ต่างคดีกันอาจแตกต่างกันได้หรือไปในคนละแนวทางกันก็ได้ และ คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการนี้เองย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น รวมถึงประชาชนทั่วไปไม่จำเป็นที่จะ ต้องยึดเอาการชี้ขาดของอนุญาต ตุลาการมาเป็นแนวทางความประพฤติของตน

ดังนั้นตามกฎหมายอนุญาตตุลาการของไทย ถ้าหากเป็นข้อพิพาททางแพ่งแล้ว ก็ สามารถตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการกันได้ ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อกฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ก็สามารถให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ได้ แต่ในชั้นขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ศาลอาจร้องพินทบทวน (review) ว่าคำชี้ขาดของ อนุญาตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนนั้น อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดถูกต้องหรือไม่⁵⁷

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้น เป็นโมฆะ"

⁵⁷ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 24 วรรคแรก "ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาด ใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้น หรือ.....ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำ ชี้ขาดนั้น"

เมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันแล้วที่จะนำข้อพิพาททางแพ่งให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท ก็ถือได้ว่าผ่านในขั้นตอนแรกไปเท่านั้น เพราะในการนำข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดนั้นมิได้ด้วยกัน หลายขั้นตอน ตั้งแต่ขั้นตกลงทำสัญญาที่อาจจะเป็นโมฆะได้ ซึ่งตรงจุดนี้มีข้อน่าสังเกตว่า การที่จะเป็น โมฆะในช่วงแรกนี้เป็นกรณีที่นำข้อพิพาททางอาญามาให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดเท่านั้น ยังคงไม่พิจารณา ไปถึงข้อพิพาทว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแล้วหรือไม่ ดังนั้นถ้าเป็นข้อพิพาท ทางแพ่งแต่เป็นกรณีที่ขัดต่อกฎหมาย เป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นใด สัญญา อนุญาตตุลาการนั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อผ่านขั้นตอนอื่น ๆ ในกระบวนการพิจารณาของ อนุญาตตุลาการจนกระทั่งมีคำชี้ขาดแล้ว เมื่อต้องบังคับตามคำชี้ขาดศาลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ อาจไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดให้ก็ได้ ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่อาจเป็นผล หรือไม่เป็นผลขึ้นอยู่กับกรณีและกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นหลัก ดังนั้นจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าในการดำเนิน การให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น สิ่งที่สำคัญก็คือ ลักษณะของข้อพิพาท และกฎหมายที่ใช้บังคับ แก่กรณี

อย่างไรก็ตาม ยังมีกิจการบางประเภทที่เป็นเรื่องทางแพ่งก็จริงอยู่ แต่ก็สามารถทำหรือ เป็นไปได้ก็แต่โดยคำสั่งศาลเท่านั้น และชัดเจนอยู่ว่าอนุญาตตุลาการไม่สามารถทำได้โดยสภาพของกิจการ เช่น การสั่งให้คนวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ การตั้งผู้ปกครองผู้เยาว์ การตั้งผู้จัดการมรดก การสั่งให้ เป็นบุคคลล้มละลาย การเพิกถอนการสมรส การให้สามีและภริยาหย่าขาดจากกัน เป็นต้น⁵⁸ เพราะแม้ว่า จะเป็นกรณีที่อยู่ในลักษณะทางแพ่งที่อนุญาตตุลาการสามารถชี้ขาดได้ แต่ก็กระทบต่อความสงบเรียบร้อย ของประชาชนและแผ่นดินไม่ได้

ขอบเขตของการอนุญาตตุลาการ และเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัย ได้แก่⁵⁹

⁵⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนการรับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 45-46.

⁵⁹ ไชยวัฒน์ บุนนาค, "ศาลควรมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในข้อกฎหมาย แคไหนเพียงใด," ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกา เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : เพอเพิลทรี กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 89.

ก) เรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ไม่ควรได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะแยกแยะว่าเรื่องใดที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทในทางอาญาหรือคดีล้มละลาย น่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและควรอยู่ในอำนาจของศาลเท่านั้นที่จะวินิจฉัย

ข) สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เพราะเหตุที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมายหรือเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่ควรอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัย เพราะถ้าสัญญาหลักอันเป็นปอเกิดของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ควรเป็นโมฆะด้วย แต่มีความเห็นที่แย้งกรณีนี้ว่าสามารถที่จะแยกข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาส่วนอื่นที่เป็นโมฆะได้ ในทำนองเดียวกับการแยกนิติกรรมส่วนที่สมบูรณ์ออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 ซึ่งก็เป็นที่ยึดคล้อยกับแนวโน้มปัจจุบัน ดังปรากฏในข้อบังคับข้อ 21 ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของกรมการการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ซึ่งบัญญัติว่า

“... 2. คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยเกี่ยวกับการเกิดหรือความสมบูรณ์ของสัญญาที่ขัดตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการประกอบเป็นส่วนหนึ่ง เพื่อประโยชน์แห่งข้อ 21 ให้ถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและซึ่งกำหนดให้มีการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้ เป็นเอกเทศจากข้อตกลงส่วนอื่นของสัญญา การที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าสัญญาเป็นโมฆะไม่ถือว่าข้อตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะไปด้วยเสมอไป....”

เกี่ยวกับเรื่องนี้ตามกฎหมายไทยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ตัวอย่างเกี่ยวกับสัญญาซื้อขาย 2 กรณี ซึ่งเป็นอุทธรณ์สำหรับความไม่สมบูรณ์ และไม่มีผลผูกพันตามสัญญา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 520/2520 โจทก์และจำเลยได้ติดต่อซื้อขายปอ โดยมีหนังสือยืนยันตกลงจำนวนและราคาแล้ว แต่ตามพฤติการณ์ที่เคยปฏิบัติแสดงชัดเจนว่า การตกลงกันของโจทก์และจำเลยทุกครั้งต้องทำสัญญาเป็นหนังสือก่อน เมื่อจำเลยผู้ขายไม่ยอมลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญาซื้อขาย

⁶⁰ René David, *Arbitration in International Trade*, p. 187.

ที่โจทก์ส่งมา ก็ไม่ถือว่า มีสัญญาซื้อขายแล้ว ดังนั้นข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้น ก็ไม่มีผล บังคับ แม้จำเลยจะตั้งตัวแทนแก้ข้อกล่าวหาของโจทก์ต่ออนุญาโตตุลาการที่กรุงลอนดอน ก็ไม่ถือว่า จำเลย ยอมให้คำชี้ขาดผูกพันจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 611/2535 บริษัทจำเลยมิได้มอบอำนาจให้ ส. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้น ของบริษัทจำเลย ทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์แทนบริษัทจำเลย ทั้งไม่มีพยานหลักฐานและพฤติการณ์ที่แสดง ว่า บริษัทจำเลยได้เซ็ด ส. เป็นตัวแทนของบริษัทจำเลย หรือรู้แล้วยอมให้ ส. เซ็ด ตนเองแสดงออกเป็นตัว แทนของบริษัทจำเลย ดังนั้นบริษัทจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาซื้อขายนั้น และข้อตกลงอันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขายที่ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะต้องเสนอคดีต่ออนุญาโตตุลาการก็ไม่ผูกพันจำเลยเช่นกัน ฉะนั้นโจทก์จึงไม่มีอำนาจนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาฟ้องบังคับจำเลย

ซึ่งจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา จะเห็นได้ว่า ยังคงมีความคิดที่ว่า สัญญาอนุญาโต ตตุลาการไม่อาจแยกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลักได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ความคิดดังกล่าวจะนำมาใช้เฉพาะ กับกรณีที่มูลหนี้ตามสัญญานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน ทั้งนี้เพราะข้อพิพาทอันเกิดจากมูลหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่อาจที่จะนำไปฟ้องร้องบังคับ คดีกันในศาล ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน เป็นต้นว่า ก. แพ้พนัน ข. แล้วทำ สัญญารับสภาพหนี้ให้ไว้แก่ ข. ต่อมา ก. ไม่ชำระหนี้การพนัน ข. จะนำสัญญารับสภาพหนี้มาฟ้องร้อง บังคับคดีในศาล หรือ ก. และ ข. จะตกลงกันเสนอข้อพิพาทนี้ต่ออนุญาโตตุลาการไม่ได้ เพราะมูลหนี้การ พนันนั้นกฎหมายไม่รับบังคับให้ ในกรณีดังกล่าวถ้ายอมให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถแยกออกเป็น เอกเทศจากสัญญารับสภาพหนี้ได้แล้ว ก็จะเป็นช่องทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางจนแทบจะถือเป็นการยุติใน ประเทศต่าง ๆ ได้ว่า ถ้าเห็นได้ว่ามูลหนี้ตามสัญญาหลักนั้นเป็นมูลหนี้ที่โดยปกติแล้วกฎหมายยอมรับบังคับ ให้ในกรณีนี้ก็ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมแยกออกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลัก แม้ว่าสัญญา อนุญาโตตุลาการจะทำในรูปของข้อตกลงที่บรรจุรวมไว้ในฉบับเดียวกันกับสัญญาหลักก็ตาม หลักกฎหมาย หรือทฤษฎีนี้เรียกว่า "separability หรือ severability doctrine" ประเทศที่ยึดถือหลักกฎหมายนี้ ได้แก่ สหรัฐ อเมริกา เยอรมัน อิตาลี ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์

ผลของหลักว่าด้วยความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็คือว่าหากสัญญา อนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาส่อ พิพาทต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสัญญาหลักได้ แม้จะมีการโต้แย้งว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมี เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ประการอื่น เช่น ต่อสู้ว่าผู้ขายได้ใช้กลอุบายหลอกลวงให้ผู้ซื้อสำคัญผิดในตัววัตถุที่

ซื้อขาย ในกรณีนี้ถ้าในสัญญาซื้อขายได้มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ด้วยแล้ว ตามหลักว่าด้วยความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการถือว่า อนุญาตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาประเด็นปัญหาว่าผู้ขายได้ใช้อุบายหลอกลวงเช่นนั้นจริงหรือไม่ หลักว่าด้วยความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการจึงมีความมุ่งหมายที่จะป้องกันไม่ให้คู่กรณีหลีกเลี่ยงความผูกพันที่มีอยู่ตามสัญญาอนุญาตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาด้วยว่าสัญญาอนุญาตตุลาการได้กำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการไว้อย่างไร ถ้าสัญญาอนุญาตตุลาการกำหนดให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเฉพาะปัญหาบางประเด็นบางเรื่องเท่านั้น อนุญาตตุลาการก็จะพิจารณาประเด็นปัญหาอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการไม่ได้

การนำหลักว่าด้วยความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการมาใช้ไม่ได้มีผลเป็นเป็นการปิดกั้นการโต้แย้งอำนาจของอนุญาตตุลาการ เพราะอำนาจของอนุญาตตุลาการย่อมเกิดขึ้นโดยอาศัยสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นพื้นฐาน ดังนั้นถ้าคู่กรณีประสงค์จะโต้แย้งอำนาจของอนุญาตตุลาการ ก็อาจทำได้โดยการต่อสู้ว่าสัญญาอนุญาตตุลาการเองเป็นโมฆะ ไม่มีผลผูกพัน หรือใช้บังคับไม่ได้ เช่น สัญญาอนุญาตตุลาการทำไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ซึ่งการกล่าวอ้างว่า สัญญาอนุญาตตุลาการไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับไม่ได้นั้น ไม่ควรเป็นการกล่าวอ้างลอย ๆ ผู้กล่าวอ้างควรจะมีหลักฐานในเบื้องต้นสนับสนุนข้ออ้างของตนด้วย มิฉะนั้นแล้วก็เป็นช่องทางให้มีการใช้เส้นเหลี่ยมมาประวิงคดี หรือทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ เมื่อมีการโต้แย้งโดยมีหลักฐานสนับสนุนเบื้องต้นว่า สัญญาอนุญาตตุลาการไม่สมบูรณ์ หรือใช้บังคับไม่ได้ ก็เกิดปัญหาขึ้นอีกว่าอนุญาตตุลาการจะมีอำนาจวินิจฉัยปัญหานี้หรือไม่หรือจะต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเสียก่อนว่า สัญญาอนุญาตตุลาการสมบูรณ์และใช้บังคับได้แล้ว อนุญาตตุลาการจึงจะมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทตามสัญญาหลักต่อไป คำตอบในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศว่าจะยอมให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตัวเองได้หรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องของหลักว่าด้วย "competence-competence jurisdiction"

ค) ข้อพิพาทเกี่ยวกับละเมิด

มีแนวความคิดที่ว่าข้อพิพาทอันเกิดจากละเมิดในตัวของมันเองนั้น ไม่อยู่ในขอบเขตที่จะได้รับการวินิจฉัยโดยอนุญาตตุลาการ ภายใต้ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการในสัญญาหลัก เว้นแต่การละเมิดนั้นจะเกี่ยวกับหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งหากผิดหน้าที่ตามสัญญานั้นแล้วโดยปกติก็สามารถยื่นเรื่องให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยได้ตามสัญญา

ในกรณีที่เกิดการละเมิดขึ้นแล้วนั้น คู่กรณีย่อมที่จะมอบเรื่องให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยได้ เพราะถือว่าเป็นข้อพิพาททางแพ่งตามนัยแห่งมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ และเกี่ยวกับเรื่องนี้ทางสำนักงานอนุญาตตุลาการก็ยังสามารถจัดผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านไว้เพื่อทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการในเรื่องนี้ด้วยเช่นเดียวกับแขนงวิชาอื่น ๆ

ง) ข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว มรดก

หลักทั่วไปของอำนาจของอนุญาตตุลาการนั้นเนื่องมาจากสัญญาไม่ใช่กฎหมาย ฉะนั้นคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินของอนุญาตตุลาการจึงไม่มีผลบังคับแก่บุคคลภายนอกโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ดังนั้นในกรณีที่ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับคดีครอบครัว มรดก และเป็นเรื่องของกาวินิจฉัยสถานะของความ เป็นสามีภรรยา หรือทายาทโดยธรรม หรือเรื่องอื่นในทำนองเดียวกันนี้แล้ว อนุญาตตุลาการก็ไม่น่าที่จะมีอำนาจวินิจฉัย เพราะมีบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่กรณีเกี่ยวข้องด้วย หรืออาจมีเรื่องบางเรื่องเกี่ยวกับผู้เยาว์ ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลโดยเฉพาะ เช่น กรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการประกอบธุรกิจทางการค้า หรือธุรกิจอื่น หรือในการทำสัญญาเป็นลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานได้ ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้สั่งอนุญาตได้”

จ) การชำระหนี้กลายเป็นพันธีย

ในกรณีที่หนี้ที่จะต้องชำระตามสัญญากลายเป็นพันธีย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้น ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 ไม่ใช่กรณีของการที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพันธียตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 ซึ่งจะทำให้การนั้นเป็นโมฆะ ข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาตตุลาการในสัญญาที่การชำระหนี้กลายเป็นพันธียนั้น ก็ยังคงใช้บังคับได้ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่อื่นของคู่สัญญาซึ่งจะอยู่ในพันธียที่จะปฏิบัติได้ อย่างไรก็ตามเกี่ยวกับกรณีนี้อนุญาตตุลาการน่าจะไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันธียได้ เพราะไม่มีกฎหมายห้ามและไม่เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด

นอกจากลักษณะที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางแพ่ง ทางอาญา และกรณีพิเศษที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจพิจารณาได้แล้ว ยังมีกรณีเกี่ยวกับลักษณะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือยังไม่เกิดขึ้นอีกเรื่องหนึ่งด้วย ซึ่งจากการศึกษาประวัติทางความคิดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ จะเห็นได้ว่าแต่เดิมทั้งในภาคพื้นยุโรปและในประเทศอังกฤษจะยอมรับเฉพาะสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทในอนาคตไม่ได้ ทั้งนี้เพราะไปเทียบเคียงกับเรื่องการประนีประนอมยอมความว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วคู่กรณีสามารถตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ ทำให้จึงจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดและให้คำชี้ขาดนั้นมีผลผูกพันคู่กรณีไม่ได้ ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าการตกลงมอบข้อพิพาทในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนั้นเป็นการลิดรอนอำนาจศาล ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่ในปัจจุบันทุกประเทศต่างยอมรับกันแล้วว่า แม้จะเป็นข้อพิพาทในอนาคตก็สามารถที่จะตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ ดังนั้นการแบ่งว่าเป็นการตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันก่อนที่ข้อพิพาทจะเกิดขึ้นหรือไม่ จึงไม่มีความสำคัญเท่ากับสมัยอดีตอีกต่อไปและในกฎหมายไทยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 5 ก็ได้ยืนยันถึงเรื่องดังกล่าวไว้ชัดแจ้งยอมรับที่จะให้มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในอนาคตได้ เพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้งกันขึ้นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ในภายหลัง ซึ่งตรงกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามอนุสัญญากรุงนิวออร์ค ค.ศ. 1958 และ เจนีวาโปรโตคอล ค.ศ. 1923

2.4.2 วิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ

การที่คู่กรณีจะต้องตกลงกันว่าจะให้อนุญาโตตุลาการนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าการกำหนดขอบเขตของประเด็นข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาและชี้ขาด เพราะยังคงมีประเด็นที่โต้แย้งกันอยู่ที่ว่า หลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักกฎหมายหรือไม่ หรือจะสามารถชี้ขาดโดยอาศัยประเพณีและแนวปฏิบัติทางการค้า หรืออาศัยหลักความเป็นธรรม ความยุติธรรมเพียงอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงตัวบทกฎหมายได้หรือไม่ เพราะบ่อยครั้งที่ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีพิพาทเลือกขึ้นมา นั้นเป็นพ่อค้า นักธุรกิจ ผู้ชำนาญการด้านนั้น ๆ แต่ไม่ใช่ นักกฎหมาย⁶¹

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 17 ได้บัญญัติเรื่องการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนอกศาลขึ้นโดยเฉพาะ โดยมีลักษณะเดียวกับอนุญาโตตุลาการในศาล ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 216 โดยบังคับว่า ก่อนทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการ

⁶¹ อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า

ต้องพึงพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำเสนอและมีอำนาจทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควร การรับฟังพยานหลักฐานหรือการไต่สวนนั้นต้องคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมอันหมายถึงหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งในหลักกฎหมายอังกฤษเรียกว่า "Rule of Natural Justice" อนุญาตตุลาการต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีโดยเสมอภาคเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานของแต่ละฝ่าย เป็นต้น โดยที่คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการ หรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี และต้องระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย ตามมาตรา 20 ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ในประเทศต่าง ๆ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน และอิตาลี กำหนดว่าแม้จะไม่มีการระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาดด้วยก็ตาม แต่ถ้าคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศของประเทศอื่นใดนั้นอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 หรืออนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการระบุเหตุผลของคำชี้ขาดไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ว่า คำชี้ขาดจะต้องมีรายละเอียดหรือรายการอะไรบ้าง และเนื่องจากอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจเหมือนศาล แต่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจในลักษณะเดียวกับศาลในบางกรณี เพื่อให้การพิจารณาดำเนินไปได้โดยเรียบร้อย ดังนั้นพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ มาตรา 18 จึงได้วางหลักเกณฑ์ในการอาศัยอำนาจศาลไว้ ดังต่อไปนี้

- ก. การออกหมายเรียกพยาน
- ข. การขอให้พยานสาบานตน
- ค. การให้ส่งเอกสาร
- ง. การให้ส่งวัตถุพยาน
- จ. การขอใช้วิธีการชั่วคราว เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีระหว่างการพิจารณา เช่น การขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนมีคำพิพากษา ทั้งในกรณีธรรมดาและกรณีฉุกเฉิน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 , 264 และ 266 หรือ
- ฉ. ในการขอให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย

ซึ่งตามมาตรา 18 ดังกล่าว ได้ให้สิทธิอนุญาตตุลาการคนหนึ่งคนใดมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวได้ ซึ่งมาตรานี้วางหลักว่า หากกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล หากศาลมีอำนาจทำได้แล้วก็ให้ศาลจัดการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวให้อนุญาตตุลาการด้วย ซึ่งการขอใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างการพิจารณาและขอให้ชี้ขาดเบื้องต้นในข้อกฎหมายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นใหม่ ซึ่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยื่นคำร้องเองไม่ได้ เพราะกฎหมายให้สิทธิอนุญาตตุลาการคนใดคนหนึ่ง เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรา 17 ที่วางหลักว่าให้ดำเนินวิธีพิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณานั้น อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องผูกติดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยเคร่งครัด แต่สามารถใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้ สำหรับส่วนของกฎหมายสาระบัญญัตินั้น มาตรา 24 ได้อธิบายถึงกรณีศาลสามารถทบทวนบังคับหรือไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ และหากไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่บังคับตามให้ซึ่งถ้อยคำที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 24 ใช้ว่า ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าสามารถตีความได้เป็นสองแนวทางคือ

2.4.2.1 หมายถึงตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและรวมถึงจารีตประเพณีปฏิบัติต่าง ๆ ด้วย ซึ่งเป็นการตีความในทางกว้างเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะนำเอาทั้งกฎหมาย และหรือจารีตประเพณีปฏิบัติมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้หลายทาง เพื่อประโยชน์ในความยุติธรรมและการตีความตามลักษณะแรกนี้ก็คล้ายกับการใช้หลัก *lex mercatoria* หรือ *Amiable Composition* ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางพาณิชย์ ที่เป็นที่ยอมรับในสากลและอารยประเทศแล้ว

2.4.2.2 หมายถึงเฉพาะตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เป็นการตีความอย่างเคร่งครัด เพื่อความชัดเจนและป้องกันไม่ให้อนุญาโตตุลาการเกิดความลำเอียงหรือเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือชี้ขาดไปโดยอำเภอใจ

สำหรับผู้เขียน เห็นด้วยกับการตีความตามข้อ 2.4.2.1 ที่ตีความอย่างกว้าง ทั้งนี้เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ คือ การระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่คู่กรณีเลือกเอง เพื่อตัดข้อยุ่งยากไม่ต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล อีกทั้งคู่กรณีพิพาทเองก็ตกลงพร้อมใจเลือกอนุญาโตตุลาการ และพร้อมจะยอมรับตามคำชี้ขาดอยู่แล้ว การที่อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดโดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาชี้ขาดโดยหลักกฎหมายใดหรือไม่ก็ตาม แต่อาศัยอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแล้ว น่าจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อทั้งคู่กรณีมากกว่า เพราะในบางข้อพิพาทอาจจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ในทางการค้าทางธุรกิจที่กฎหมายยังตามไม่ทันและโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักพื้นฐานที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรม คือ การวินิจฉัยและตัดสินความต่าง ๆ โดยอิสระและมีความเป็นกลาง ยิ่งเป็นแรงสนับสนุนให้เห็นควรตีความในทางกว้าง

ในบางประเทศโดยเฉพาะประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบของฝรั่งเศสในสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย แต่ให้ใช้หลัก *ex aequo et bono* หรือหลักความยุติธรรมและมโนธรรมอันดี และมักจะเรียกอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่โดยหลักนี้ว่า *Amiable Compositeur* หรือผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นมิตร ซึ่งหากมีการระบุเช่นนี้ในสัญญาอนุญาโต

ตุลาการที่ใช้ตามกฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 20 ซึ่งกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งจะมีผลชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ต้องไปวินิจฉัยจุดตรวจสอบว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 4 แต่อย่างไรก็ตามเกี่ยวกับกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ตามลักษณะกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การใดที่เป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าไม่ใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย การนั้นไม่เป็นโมฆะ⁶² และในกระบวนการพิจารณาความแพ่งเอง คู่ความก็อาจตกลงดำเนินกระบวนการตามที่เห็นสมควรโดยได้รับอนุญาตจากศาล เช่น การทำกัน หลักกฎหมายไทยจึงยอมรับหลักการแสดงเจตนาพร้อมกันค่อนข้างมากอยู่แล้ว ดังนั้นหากคู่สัญญาตกลงกันในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการว่า ให้ชี้ขาดโดยหลักความยุติธรรมและมโนธรรมอันดีโดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายแล้ว หากเหตุผลที่ให้ในคำชี้ขาดไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย คำชี้ขาดดังกล่าวย่อมน่าที่จะใช้บังคับได้⁶³ ซึ่งเมื่อมีการบังคับตามคำชี้ขาดภายหลังสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาแล้ว คำชี้ขาดประเภทนี้เองที่จะได้รับการตอบสนองจากคู่กรณีได้ดีที่สุด เพราะคู่กรณีตั้งใจ จึงเต็มใจหรือสมัครใจให้เป็นไปตามคำชี้ขาดนั้น

2.4.3 ลักษณะของการชี้ขาด

โดยปกติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีนั้น ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่ในกรอบของเอกชน ต่อเอกชนเท่านั้น ยังคงมีคู่กรณีที่เป็นรัฐรวมอยู่ด้วย และเมื่อสำนักงานอนุญาโตตุลาการได้ถือกำเนิดขึ้นภายหลังระยะเวลา 3 ปี นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2530 ก็มีคู่กรณีหลายรูปแบบที่เข้ามาใช้บริการของสถาบันแห่งนี้ แต่ส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ยังคงหมายรวมถึงคู่กรณีที่เป็นรัฐกับรัฐ รัฐกับเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับรัฐกับเอกชนต่างดาวที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย เพราะนักลงทุนต่างดาวเองก็ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ ความได้เปรียบเสียเปรียบที่จะได้รับจากกฎหมายไทยอยู่ด้วย ที่ผ่านมากการที่นักลงทุนตัดสินใจไปลงทุนโครงการขนาดใหญ่ในต่างประเทศ สิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นอันดับแรกคือ หลักประกัน หรืออย่างน้อยที่สุดคือ ความยุติธรรมที่พวกเขาพึงจะได้รับจากรัฐบาลของประเทศนั้น ๆ ทำให้หลายประเทศได้คำนึงที่จะให้มีระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่เป็นเครื่องมือระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน เนื่องด้วยทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะแต่งตั้งคนของแต่ละฝ่ายที่เห็นว่า จะให้ความมั่นใจตัดสินใจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทอย่างเป็นธรรมที่สุด และหากลำพังอนุญาโตตุลาการ 2 คน ยังหาข้อยุติไม่ได้ อาจจะต้องมีคนกลางอีกคนมาเป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งสิ่งนี้ก็เพื่อเป็นหลัก

⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151.

⁶³ วิจัย อริระนันท์กะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, ดุลพาน เล่ม 3 ปีที่ 44, กรกฎาคม-กันยายน 2540, หน้า 123.

ประกันว่ากระบวนการตัดสินใจไม่ได้มีเพียงศาลสถิตยุติธรรมของประเทศนั้น ๆ แห่งเดียวเท่านั้น แต่นักลงทุนยังสามารถเลือกบุคคลที่ไว้วางใจเข้าไปทำหน้าที่ในการพิจารณาความเป็นธรรมได้ ซึ่งแต่ละประเทศก็มีลักษณะแตกต่างกันไป ซึ่งในกรณีนี้ได้นักกฎหมาย นักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญหลายท่านแสดงความคิดเห็นไว้มากมายหลากหลายแนวความคิด

ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร อดีตประธานศาลฎีกาเคยให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีชี้ขาดของคู่กรณีระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ว่า รัฐควรจะให้ความสำคัญต่อระบบอนุญาโตตุลาการ ส่วนหนึ่งเพื่อให้สามารถลดจำนวนคดีออกไปจากศาล เพราะเมื่อทุกฝ่ายยอมรับปฏิบัติตามแล้ว ก็จะทำให้ระบบนี้ได้รับความนิยมน่าจะใช้เป็นอีกกระบวนการหนึ่งในการตัดสินคดีความ ซึ่งวิธีการก็คือให้รัฐบาลจัดตั้งงบประมาณประจำปีไว้เพื่อใช้จ่ายในเรื่องนี้ เพราะเมื่อเอกชนแพ้เขาจะยอมจะจ่าย ดังนั้นเมื่อรัฐแพ้ก็ควรจะจ่ายเช่นเดียวกัน ไม่ควรที่จะเสียอย่างที่เป็นมาในอดีต เนื่องจากรัฐต้องคำนึงถึงผลเสียมากกว่าผลดี เพราะเมื่อนักลงทุนต่างชาติต้องการเข้ามาลงทุนก็จะเกิดความสบายใจ อีกประการหนึ่งการที่รัฐปฏิบัติตามระบบอย่างเคร่งครัดถือว่ารัฐได้โชค 2 ต่อทันที คือ 1. ภาพพจน์ที่ออกมาในสายตานานาชาติประเทศจะออกมาดี และ 2. สามารถประหยัดเวลาเมื่อนำเรื่องมาที่ศาล เพราะนอกจากเจ้าหน้าที่มีเพียงน้อยนิดแล้วยังมีกระบวนการสืบพยานที่ล่าช้าอีกด้วย⁶⁴

เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว รศ.ดร.อนันต์ จันทโรภากร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้วิเคราะห์ว่า อนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีข้อตกลงและสัญญาะหว่างคู่กรณี ทั้งนี้การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ก็เพื่อเลี่ยงที่จะไม่ใช้วิธีผ่านทางศาล แต่เมื่อปี พ.ศ. 2530 ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นกรณีระหว่างรัฐกับเอกชนและในที่สุดก็ไปจบลงที่ศาล ทำให้เรื่องแทนที่จะจบลงที่อนุญาโตตุลาการ กลับต้องส่งไปที่ศาล ซึ่งถือว่าผิดวัตถุประสงค์การมีกระบวนการดังกล่าว เพราะแทนที่เรื่องจะจบเร็วกลับต้องช้ากว่าเดิมเสียอีก คือ ต้องมาผ่านอนุกรรมการก่อนแล้วเรื่องจึงค่อยถูกส่งไปถึงมือของศาลและหากยังเป็นเช่นนี้อยู่สัญญาะหว่างรัฐกับเอกชนจึงเห็นว่าอย่าไประบุการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการลงไปในสัญญาเลย อย่างไรก็ตามบทบาทของอนุญาโตตุลาการในโลกนี้มีด้วยกัน 2 อย่าง คือ 1) ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย และ 2) ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาด ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ต้องระบุให้ชัดเลยว่าประเทศไทยจะเป็นลักษณะไกล่เกลี่ยหรือชี้ขาดเพื่อที่คนทำหน้าที่จะได้เข้าใจในบทบาท เนื่องจากที่ผ่านมานอนุญาโตตุลาการมองได้ทั้งเป็นผู้แทน เป็นปากเป็นเสียงแทนฝ่ายที่เลือกตนเองเข้ามา และบางครั้งมองว่าเป็นกลางที่จะบันทึลความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้ทำให้การชี้ขาดที่ผ่านมานหน่วยงานรัฐที่เป็นฝ่ายแพ้มีความเคลือบแคลงในคำตัดสินจึงไม่ยอมปฏิบัติตาม⁶⁵

⁶⁴ เปิดไตอนุญาโตตุลาการ. ฐานเศรษฐกิจ (5-7 มิถุนายน 2540): หน้า 32.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน.

นอกจากนี้ รศ. พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร ได้ให้ข้อคิดเห็นไว้ว่า คนที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง ระหว่างการเป็นผู้ประนีประนอมกับเป็นผู้ชี้ขาด หากจะเป็นผู้ประนีประนอมก็ว่ากันไป เมื่อประนีประนอมไม่ได้จึงมาที่อีกชุดหนึ่งเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด แต่ทั้ง 2 ชุด จะทำหน้าที่อย่างเดียวกันไม่ได้ เพราะจะทำให้รู้ข้อมูลของแต่ละฝ่ายมาก่อนจะตัดสิน ซึ่งท่านวิเคราะห์ว่าในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็มีระบุชัดว่าก่อนที่จะเข้าสู่ระบบอนุญาโตตุลาการต้องผ่านการประนีประนอมฉันมิตรมาก่อน⁶⁶

จากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญหลายท่านดังกล่าวข้างต้น เป็นแนวความคิดที่แสดงให้เห็นว่าลักษณะของคู่กรณีย่อมมีบทบาทในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ไม่ว่าจะเป็นกรณียื่นข้อพิพาทต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็ตาม โดยที่นอกจากจะต้องมีตัวบทกฎหมายที่ชัดเจนมารองรับแล้ว การยอมรับและความนิยมของแต่ละสังคมก็มีส่วนสำคัญ เพราะถ้าหากไม่ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย ก็จะทำให้เกิดการโต้แย้งต่อสู้กันไม่จบสิ้นง่าย ๆ และหากคนในสังคมขาดความเชื่อมั่นแล้วก็จะเกิดกรณีตามมา เช่น การไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

สำหรับกรณีประเด็นแห่งคดีที่จะใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ในส่วนของศาลสถิตยุติธรรมนั้นไม่มีข้อจำกัดใดหรือเงื่อนไขใดที่ห้ามหรือไม่มีใช้ในศาล ดังนั้นทุกกรณีสามารถขึ้นสู่ศาลได้แต่ในทางอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เข้ามามีบทบาทเพื่อช่วยเหลือแบ่งเบาภาระของศาล และช่วยคู่กรณีให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายซึ่งความสัมพันธ์ในการพิพาทกัน ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการจึงไม่ได้เพียงการชี้ขาดข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้น ไม่สามารถก้าวล่วงไปถึงการพิพาททางอาญาได้ นอกจากนั้น การเกิดขึ้นของอนุญาโตตุลาการก็เกิดขึ้นจากพ่อค้า นักธุรกิจที่มีข้อพิพาทกัน การอนุญาโตตุลาการจึงถูกนำมาใช้ ดังนั้นแม้จะเป็นเรื่องในทางแพ่งก็เป็นทางแพ่งในทางการค้าเท่านั้นที่จะนำมาใช้ชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ส่วนเรื่องในทางแพ่ง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับทางทะเบียนในที่ดิน สิทธิตามกฎหมายแรงงาน หรือตามกฎหมายภาษีอากร เป็นต้น ไม่อาจใช้อนุญาโตตุลาการมาชี้ขาดตัดสินได้ และคำชี้ขาดตัดสินก็ไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย เพราะอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดในเรื่องดังกล่าวออกไปในทางขัดต่อกฎหมายหลักไม่ได้

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน.