



บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวความคิด บทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

บทนี้ทำการศึกษาประวัติความเป็นมา แนวความคิด บทบาท อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ ลักษณะและประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการที่เป็นทางเลือกหนึ่งของการระงับข้อพิพาท ซึ่งได้รับความนิยมน้อยอย่างแพร่หลายเป็นที่เชื่อถือ ในการเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการแทนวิธีทางศาลสภาพทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ นำมาซึ่งทฤษฎีทางการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องตลอดจนเหตุผลในการกำหนดหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการนำเสนอให้เข้าใจ และแสดงให้เห็นความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ โดยได้ศึกษาตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ และตามกฎหมายของต่างประเทศ โดยมีลำดับขั้นตอนในการศึกษาดังต่อไปนี้

2.1 ลักษณะของข้อพิพาททางธุรกิจ

ข้อพิพาททางธุรกิจ คือ ข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกิดจากการประกอบธุรกิจ และยังไม่เป็นที่ยอมรับกันระหว่างคู่กรณี (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 : 3)

ด้วยเหตุที่การประกอบธุรกิจอาจมีได้ในรูปแบบต่าง ๆ ดังนั้นข้อพิพาททางธุรกิจจึงอาจเป็นข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ของบุคคลที่ยังไม่ยอมรับกันระหว่างคู่กรณีที่พิพาทอันเกิดจากธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากการซื้อขาย การแลกเปลี่ยน การเช่าทรัพย์สิน การเช่าซื้อ การให้ใช้สิทธิหรือชื่อทางการค้า กิจการร่วมค้า จ้างทำของ จ้างนำ ตัวแทน นายหน้า รับฝากของ โดยมีบำเหน็จ การให้คำปรึกษาทางธุรกิจ การให้บริการทางกฎหมาย การลงทุน และอื่น ๆ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 : 3)

นอกจากข้อพิพาททางธุรกิจอาจเกิดขึ้นจากธุรกิจในรูปแบบง่าย ๆ จนถึงรูปแบบที่สลับซับซ้อนและข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้นอาจเป็นธุรกิจภายในประเทศ หรือธุรกิจระหว่างประเทศ¹ เนื่องจากในปัจจุบันการประกอบธุรกิจได้ขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวางในระหว่างประเทศต่าง ๆ มากขึ้นทั้งในด้านการค้าระหว่างประเทศ และการลงทุนระหว่างประเทศ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 : 4)

นอกจากนั้นข้อพิพาททางธุรกิจอาจเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ หรือองค์กรของรัฐ เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากการให้สัมปทานของรัฐ หรือการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งมักมีความยุ่งยากมากขึ้นในกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ หรือองค์กรของรัฐ เพราะอาจมีการเข้าแทรกแซงทางการเมืองของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 : 4)

2.2 วิธีการระงับข้อพิพาท

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาทางธุรกิจมีความสลับซับซ้อนมาก บางครั้งปัญหา และข้อพิพาทอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งปัญหาและข้อพิพาทเหล่านี้แม้จะไม่ประสงค์ให้เกิดขึ้น แต่เมื่อเกิดขึ้นแล้วสิ่งที่ต้องคำนึงถึงก็คือ ทำอย่างไรจึงจะสามารถระงับปัญหา หรือข้อพิพาทเหล่านั้นได้ ซึ่งวิธีการในการระงับข้อพิพาทในทางแพ่งสามารถแบ่งได้ 2 วิธี กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทโดยทางศาล และการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือเรียกสั้น ๆ ว่า ADR) ซึ่งมีรายละเอียดดังจะได้กล่าวต่อไป

2.2.1 การระงับข้อพิพาทโดยทางศาล

การระงับข้อพิพาทโดยทางศาล คือการฟ้องคดีต่อศาลให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด ฝ่ายใดควรต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ เพียงใด วิธีการทางศาลเป็นวิธีการที่ได้ผลแน่นอนประการหนึ่งว่าสุดท้ายข้อพิพาทจะถูกระงับไปอย่างแน่นอนโดยคำพิพากษาอันเป็นที่สุด (สรวิศ ลิ้มปริงยี, 2545 : 2)

¹ ธุรกิจระหว่างประเทศ คือ กิจกรรมของมนุษย์ที่กระทำขึ้นเพื่อผลิต หรือได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือบริการ และการนำทรัพย์สิน หรือบริการนั้นไปขาย หรือจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคในต่างประเทศ เพื่อแสวงหากำไร ตลอดจนการลงทุนในต่างประเทศ และในเรื่องธุรกิจระหว่างประเทศนั้นมักจะแบ่งแยกออกเป็นสองเรื่องใหญ่ ๆ คือ การค้า หรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และการลงทุนระหว่างประเทศ

แม้วิธีการทางศาลจะได้ผลในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลานาน ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นกระบวนการที่มีความเป็นธรรม เชื่อถือได้ และเชื่อมั่นในความศักดิ์สิทธิ์แห่งผลของคำพิพากษาที่บริสุทธิ์ ยุติธรรม กระทำโดยอำนาจตุลาการที่มีความเป็นกลาง อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวก็มีปัญหา และอุปสรรคต่าง ๆ อยู่ในวิธีการนั่นเอง ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) ความล่าช้า

ก่อนที่ศาลจะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้จะต้องมีการสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ เสียก่อน ในอดีตที่ผ่านมา กว่าที่จะสืบพยานเสร็จสิ้นก็ต้องใช้เวลานานพอสมควร เนื่องจากจำนวนคดีที่เพิ่มขึ้นทุกปี แต่จำนวนผู้พิพากษาไม่สามารถเพิ่มขึ้นสอดคล้องกัน ทำให้ผู้พิพากษาแต่ละคนต้องรับผิดชอบคดีจำนวนมาก ในปัจจุบันมีการนำระบบการนั่งพิจารณาคดีต่อเนื่องมาใช้ โดยศาลจะทำการสืบพยานเรียงคดีไปให้แล้วเสร็จเป็นรายคดี แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน คือ กว่าที่จะเริ่มพิจารณาคดีได้อาจต้องใช้เวลารอคิวนานหลายเดือน หรืออาจจะถึงปีก็ได้หากจำนวนคดียังคงเพิ่มขึ้นในอัตราที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 : 2)

นอกจากนั้น กว่าข้อพิพาทจะยุติโดยคำพิพากษาอันเป็นที่สุดก็อาจใช้เวลานานเนื่องจากคู่ความอาจอุทธรณ์ หรือฎีกาคำพิพากษาของศาลได้ โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางธุรกิจที่มีทุนทรัพย์สูง ๆ ปกติคู่ความจะสามารถฎีกาต่อศาลฎีกาได้ ดังนั้น กว่าคดีจะถึงที่สุดก็ต้องต่อสู้คดีกันถึงสามลำดับชั้นศาล เป็นเหตุให้ระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีมีระยะเวลานาน

(2) ความสลับซับซ้อนของกระบวนการ

เนื่องจากกระบวนการ และขั้นตอนต่าง ๆ ต้องดำเนินตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ตั้งแต่การยื่นฟ้องคดี การยื่นคำให้การ การยื่นบัญชีระบุพยาน การนำพยานเข้าสืบต่าง ๆ ทำให้บางครั้งคู่ความอาจจะต่อสู้ และแพ้ชนะด้วยประเด็นทางเทคนิคเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาได้ (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 : 2)

ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาล มีกระบวนการพิจารณาที่สลับซับซ้อน ซึ่งทำให้คู่ความ ทนายความของคู่ความแต่ละฝ่าย และบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับ

ข้อพิพาทต้องมีความรอบคอบ และต้องมีความเชี่ยวชาญในแง่ของชั้นเชิงทางเทคนิคเกี่ยวกับการดำเนินคดี มิฉะนั้นอาจมีผลต่อการตัดสินของศาลได้

(3) ค่าใช้จ่าย

การระงับข้อพิพาทโดยทางศาล นอกจากเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมที่ต้องเสียเมื่อยื่นฟ้องคดีแล้ว คู่พิพาทอาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกจำนวนมาก เช่น ค่าตอบแทนทนายความ ซึ่งบางครั้งอาจคิดตามระยะเวลาดำเนินการ หากคดีต้องค้างพิจารณาอยู่ในศาลนาน และทนายความต้องไปร่วมการพิจารณาของศาลบ่อยครั้ง ค่าใช้จ่ายส่วนนี้ก็อาจเพิ่มสูงขึ้นมาก ซึ่งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเป็นการยากที่จะคาดคะเนได้ หากระยะเวลาในการดำเนินคดีนานเท่าใด ย่อมมีค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ดเพิ่มขึ้นด้วย ซึ่งจะทำให้คู่พิพาทต้องรับภาระในการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเหล่านี้โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทำให้การระงับข้อพิพาทไม่สมประโยชน์ของคู่พิพาทในการดำเนินคดีอย่างแท้จริง (สรวิศ ลิมปรั้งยี, 2545 : 2)

(4) ความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาท

ในกรณีที่มีปัญหาที่พิพาทเป็นเรื่องทางเทคนิคที่มีความสลับซับซ้อนมาก ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอาจขาดความรู้ความชำนาญในเรื่องที่พิพาท เนื่องจากผู้พิพากษาต้องทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภทที่ขึ้นสู่ศาล และตามปกติภูมิหลังของผู้พิพากษาส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมาย จึงอาจจะขาดความรู้ความชำนาญทางเทคนิคเฉพาะด้าน แม้คู่ความสามารถนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความอธิบายเรื่องราวได้ แต่การสืบปัญหาทางเทคนิคให้แก่ผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับเรื่องเหล่านี้จะต้องใช้เวลามากเป็นพิเศษ และความเข้าใจที่ได้ก็สามารถให้ความมั่นใจได้ว่า จะตรงกับสิ่งที่ต้องการสื่อสารเสมอไป หากคู่ความแต่ละฝ่ายต่างนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความคนละทาง ก็จะทำให้เกิดปัญหาในการตัดสินข้อพิพาทได้อีกด้วย (สรวิศ ลิมปรั้งยี, 2545 : 3)

(5) การรักษาความลับของคู่พิพาท

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลตามปกติจะต้องกระทำโดยเปิดเผยให้สาธารณชนสามารถรับรู้ได้ หากข้อพิพาทนั้นเกี่ยวข้องกับความลับทางธุรกิจของคู่พิพาท คู่แข่งจะสามารถเข้าฟัง และรับรู้ข้อมูลเหล่านั้นได้โดยง่าย นอกจากนั้น สื่อมวลชนก็สามารถเข้ารับฟัง และนำเสนอข่าวของคู่กรณีได้ แม้ว่าท้ายที่สุดผลของคดีจะเป็นอย่างไรก็ตาม แต่สาธารณชนอาจมีความรู้สึกในด้านลบกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายทำให้มีผลกระทบต่อธุรกิจ และในการจะแก้ไขให้

ภาพพจน์กลับฟื้นคืนคืออาจจะทำได้ แต่ต้องใช้เวลา และค่าใช้จ่ายมาก ในช่วงเวลาที่เกิดปัญหานั้น คู่แข่งอาจจะ ฉกฉวยโอกาสหาผลประโยชน์จากข้อพิพาทได้

(6) การรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่พิพาท

บรรยากาศของกระบวนการพิจารณาของศาลมีลักษณะของการเผชิญหน้า เป็นปรปักษ์ซึ่งกันและกัน คู่ความจะพยายามหาทุกวิถีทางเพื่อจะห้ามนเอาชนะคะคานซึ่งกันและกัน ท้ายที่สุดจะมีฝ่ายหนึ่งที่อยู่สึกว่าตนชนะ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าเป็นฝ่ายแพ้ ดังนั้นจึงอาจไม่ต้องกล่าวถึงโอกาสที่คู่ความจะหวนกลับไปปร่วมธุรกิจการค้ากันเช่นเดิม ปัญหาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อมากหากเรื่องที่พิพาทเกี่ยวกับสัญญา หรือความสัมพันธ์ที่จะต้องดำเนินต่อไปอีกเป็นเวลานาน เช่นในสัญญาร่วมทุน ซึ่งตามปกติจะดำเนินการร่วมกันเป็นเวลานานหลายปี หรืออาจจะหลายสิบปี หากผู้ที่เข้าร่วมทุนนั้นมีความรู้สึกเป็นปรปักษ์ต่อกันแล้ว คงมิใช่เรื่องยากที่จะคาดเดาถึงความอยู่รอดของกิจการร่วมทุนนั้นในอนาคต

2.2.2 การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล (Alternative Dispute Resolution หรือเรียกสั้น ๆ ว่าADR)²

ด้วยปัญหา และอุปสรรคต่าง ๆ มากมายอันเกิดจากกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล จึงเกิดการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่นนอกจากวิธีการทางศาล ซึ่งประกอบด้วยหลายวิธี โดยมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกัน บางวิธีก็เหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทเฉพาะ ในต่างประเทศ แต่บางวิธีก็สามารถนำมาใช้กับประเทศไทยได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ในการศึกษาจะกล่าวถึงเพียงแต่วิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นที่ยอมรับหลาย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.2.2.1 การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

² พิชัยศักดิ์ ทรายนุกร พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการค้า และรายชื่อที่อยู่ที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ, 2540 : 7 อธิบายไว้ว่า การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น หรือ Alternative Dispute Resolution หมายถึง การระงับข้อพิพาทโดยไม่ใช้วิธีฟ้องคดีในศาล ซึ่งรวมถึงแต่การเจรจาตนเอง การไกล่เกลี่ย การประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ ในกระบวนการอันนี้อาจมีการกระทำของบุคคลที่สามเกี่ยวข้องในรูปของการชักจูงใจให้คู่กรณีเจรจากัน เป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริง เป็นผู้ออกความเห็นในเรื่องข้อเท็จจริง หรือเป็นผู้ชี้ทางออกให้แก่คู่กรณี ความคิดเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยไม่ใช้วิธีฟ้องศาล ศาลเจริญขึ้นในสมัยทศวรรษ 1970 และ 1980 ในประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะความต้องการที่จะลดค่าใช้จ่าย เนื่องจากวิธีการดำเนินคดีในศาลโดยใช้ทนายความแพงมาก เพราะวิธีการพิจารณาแบบกล่าวหาและการคิดค่าความตามสัดส่วนของทุนทรัพย์

วิธีการนี้ถือเป็นวิธีการพื้นฐานที่สุดเมื่อเกิดความไม่เข้าใจ หรือข้อขัดแย้งระหว่างกัน เนื่องจากตามปกติคงไม่มีใครที่จะดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลทันทีเมื่อเกิดความคิดเห็นไม่ตรงกัน ปกติคู่กรณีจะพยายามพูดคุยปรับความเข้าใจกันก่อน หากสามารถประสานหาจุดที่ทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องต้องกัน ปัญหาที่จะคลี่คลายยุติลง ซึ่งถือได้ว่าเมื่อมีการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว วิธีการนี้ถือเป็นวิธีการที่สามารถทำได้โดยง่ายที่สุด ไม่ต้องมีพิธีต้องอะไรมากมาย สามารถทำที่ใด และเมื่อใดก็ได้ที่คู่กรณีสะดวก อาจพูดคุยกันบนโต๊ะอาหาร หรือในระหว่างเดินออกรอบในสนามกอล์ฟก็ได้ ผู้ที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทก็ไม่ต้องการใครเป็นพิเศษขอเพียงแต่มีคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมาร่วมพูดคุยกันก็เพียงพอแล้ว (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 :4)

หากสามารถระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองได้ ก็จะเป็นการดีที่สุดสำหรับทั้งสองฝ่าย เนื่องจากข้อพิพาทถูกระงับไปในเวลาอันรวดเร็วโดยยังไม่ได้สร้างความขุ่นข้องหมองใจระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากนัก การเจรจาต่อรองยังเป็นวิธีการที่เสียค่าใช้จ่ายน้อยมากเมื่อเทียบกับวิธีการอื่น ๆ หรืออาจไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเลย นอกจากนั้นวิธีการนี้ยังสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี เนื่องจากไม่มีบุคคลอื่นในคนนอกเหนือจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมการเจรจา

อย่างไรก็ตาม การเจรจาต่อรองต้องอาศัยความร่วมมือของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการมานั่งร่วมโต๊ะเจรจา หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมพร้อมใจเข้าร่วมการเจรจา ก็จะไม่สามารถบีบบังคับได้ นอกจากนั้น แม้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะยอมเข้าร่วมการเจรจา แต่ก็ไม่มีสิ่งใดเป็นประกันว่าท้ายที่สุดทั้งสองฝ่ายจะสามารถหาข้อยุติได้ เนื่องจากการเจรจาต่อรองนั้นจำเป็นต้องใช้วาทศิลป์ในการโน้มน้าวความคิดเห็นของอีกฝ่ายหนึ่งมากพอสมควร หากจะให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมพร้อมใจก็จำเป็นต้องมีเหตุผลหนักแน่นจริง ๆ (ซึ่งปกติจะเกิดขึ้นได้ยากเพราะการที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแต่แรกแสดงให้เห็นแล้วว่าทั้งสองฝ่ายต่างมีเหตุผลของตนเองและอีกฝ่ายยังไม่ยอมรับ) นอกจากนั้นมักจะมีความระแวงสงสัยตามธรรมชาติที่ว่าข้อเสนอของอีกฝ่ายหนึ่งจะมีนัยใดแฝงอยู่หรือไม่ และอาจจะเสียเปรียบอีกฝ่ายได้หากยอมรับข้อเสนอ นั้น ซึ่งหากไม่สามารถหาข้อยุติด้วยการเจรจาได้ คู่กรณีก็อาจต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นแทน (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 :5)

2.2.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)³

³ พิชัยศักดิ์ หรขางกูร พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการคำ และรายชื่อฉบับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ, 2540 : 131 อธิบายไว้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือ Mediation เป็นการระงับข้อพิพาทที่ตกลงโดยบุคคลที่สาม โดยก้าวไปไกลน้อยกว่าการประนอม (Conciliation) ข้อพิพาท กล่าวคือ การไกล่เกลี่ยบุคคลที่สามเพียงแต่ชักจูงให้คู่พิพาทเจรจากัน แต่ในชั้นประนอมข้อพิพาทนั้น บุคคลที่สามได้เสนอแนะทางออกให้แก่คู่พิพาทด้วย แต่เป็นการแนะนำ กล่าวคือ คือคู่พิพาทไม่ถูกผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม

เป็นวิธีการที่มีความสลับซับซ้อนมากกว่าการเจรจาต่อรองธรรมดา เนื่องจากในวิธีการนี้ นอกจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้วยังมีบุคคลที่สาม ซึ่งทำหน้าที่เป็น คนกลาง ที่เรียกว่าเป็น “ผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator)” เข้าร่วมในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วย (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 :5)

กระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น คู่กรณีจะเจรจาต่อรองกัน โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นคนที่คอยประสานความเข้าใจให้กับทั้งสองฝ่าย และในขณะเดียวกันจะต้องพยายามแสวงหาหนทางแก้ไขปัญหานั้นที่ทั้งสองฝ่ายอาจจะยอมรับได้มาเสนอ บ่อยครั้งที่ข้อพิพาทขัดแย้งมีสาเหตุจากเรื่องเพียงเล็กน้อย แต่เนื่องจากเมื่อคู่กรณีทะเลาะวิวาทกันแล้ว เรื่องเล็กน้อยจะบานปลายเป็นเรื่องราวใหญ่โต ประกอบกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจมีความรู้สึกและอารมณ์ร่วมไปกับสถานการณ์ที่เผชิญอยู่ ทำให้ไม่สามารถมองเห็นวิธีการแก้ไขปัญหาได้ แต่สำหรับผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นคนกลางที่ไม่มีส่วนได้เสียกับเรื่องที่พิพาท ย่อมไม่เกิดความรู้สึกและอารมณ์ร่วมไปกับเหตุพิพาทนัก ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมองเห็นปัญหาได้ทะลุปรุโปร่งมากกว่า ซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหานั้นอาจเป็นเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น นอกจากนั้นการที่ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นคนกลางที่ไม่มีส่วนได้เสียกับเรื่องที่พิพาท หากผู้ไกล่เกลี่ยเสนอหนทางแก้ไขปัญหานั้นอย่างไร คู่กรณีมักมีความหวาดระแวงน้อยกว่าข้อเสนอระหว่างคู่กรณีกันเอง ดังนั้นจึงมีโอกาสมากกว่าที่คู่กรณีจะยอมรับข้อเสนอที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้นำเสนอให้ แต่ทั้งนี้ข้อเสนอแนะ และแนวทางของผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความสมเหตุสมผล และเป็นที่ยอมรับได้ของทั้งสองฝ่ายด้วย

การไกล่เกลี่ยแม้จะมีพิธีรีตองมากกว่าการเจรจาต่อรอง แต่ยังคงมีความยุ่งยากน้อยกว่าเมื่อเทียบกับการฟ้องร้องคดีต่อศาล บรรยากาศในการไกล่เกลี่ยก็ยังมีลักษณะของความเป็นกันเองมากกว่าการพิจารณาตัดสินของศาล และไม่ค่อยมีลักษณะของการเผชิญหน้าเป็นปรปักษ์มากนัก ทำให้มีโอกาสที่จะรักษาสัมพันธภาพของคู่กรณีเอาไว้ได้มาก ในกรณีที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ตามปกติจะใช้เวลาไม่นานนักเมื่อเทียบกับการดำเนินคดีในศาล บางครั้งอาจสามารถตกลงกันได้ในการไกล่เกลี่ยครั้งแรก หรือบางกรณีอาจใช้เวลาบ้างแล้วแต่ความสลับซับซ้อนของข้อพิพาท สำหรับค่าใช้จ่ายก็ไม่สูงมาก แต่คู่กรณีอาจเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยบ้าง หากเป็นการใช้บริการของสถาบัน หรือบุคคลที่ทำหน้าที่ให้บริการด้านนี้โดยตรง แม้ว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยจะมีผู้เข้าร่วมกระบวนการมากขึ้น แต่ก็ยังสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี เนื่องจากส่วนใหญ่เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อพิพาท ส่วนคนนอกก็มีเพียงผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งโดยจรรยาบรรณแล้วก็จะไม่เปิดเผยเรื่องราวที่รู้เห็นมาในระหว่างการไกล่เกลี่ยต่อบุคคลภายนอก นอกจากนั้น ตามปกติผู้ที่คู่กรณีแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยมักจะเป็นผู้ที่มีความรู้ประสบการณ์เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาท

มากพอสมควรทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถเข้าใจสภาพปัญหาที่พิพาทได้เป็นอย่างดีภายในเวลาอันรวดเร็ว และสามารถมองเห็นวิธีการแก้ไขปัญหได้ง่ายขึ้นด้วย

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ย คือ แม้ว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามจนสุดความสามารถแล้ว แต่การตัดสินใจขั้นสุดท้ายก็ยังคงเป็นอำนาจของคู่กรณีว่าจะยอมตกลงตามที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้เสนอหรือไม่ แนวความคิดของผู้ไกล่เกลี่ยที่ว่าข้อพิพาทควรจะยุติในลักษณะใด หรือวิธีใดเป็นหนทางออกที่เหมาะสมที่สุดยังคงมีสถานะเป็น ความเห็นที่ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจจะเห็นว่าข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ยยังไม่เหมาะสม และไม่ยอมรับความเห็นก็ได้ ทำให้ท้ายที่สุดคู่กรณีอาจไม่สามารถระงับข้อพิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และต้องนำเรื่องไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลต่อไป (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 :6)

ในทางตรงกันข้ามหากคู่กรณีตกลงเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอของผู้ไกล่เกลี่ย ก็ต้องทำสัญญาในลักษณะของสัญญาประนีประนอมยอมความขึ้นอีกต่างหาก สัญญาที่ทำขึ้นภายหลังจึงจะมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม หากต่อมาพบว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้น อีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องนำเรื่องไปฟ้องร้องต่อศาล และมีการดำเนินคดีสืบพยานตามปกติเหมือนคดีทั่ว ๆ ไป ซึ่งไม่ว่าจะชนะได้ว่าจะต้องใช้เวลาไม่น้อยเท่าใด ทำให้ผลที่สุดความประสงค์ของคู่กรณีที่ต้องการหลีกเลี่ยงกระบวนการทางศาลก็จะไม่เป็นผล เพราะต้องเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีสืบพยานของศาลตามปกติ เพื่อให้มีการบังคับปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น แต่หากทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความแต่โดยดีก็จะเป็นผลดีต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างถาวร (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 :5)

2.2.2.3 อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)⁴

⁴ พิรัชต์ศักดิ์ ทรายงกูร พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการคำ และรายชื่อบทที่ผู้ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ, 2540 : 13 อธิบายไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการ หรือ Arbitration หมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้มีคดีคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของต่างประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช้กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญาเรื่องอนุญาโตตุลาการชี้ขาดคดีนั้น อาจเป็นเรื่องข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญคือต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาทเพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพ หรือรับรองคุณภาพนั้น ไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ

เป็นกระบวนการที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ในโลกปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่กระทำโดยการอนุญาโตตุลาการ เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประโยชน์ และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ เป็นการระงับข้อพิพาทที่สิ้นสุดลงค่อนข้างรวดเร็ว และมีประสิทธิผล เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด และไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก ซึ่งในวิธีการนี้คู่กรณีจะแต่งตั้งบุคคลขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็น “อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)” วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นสิทธิของคู่กรณี มีอิสระในการเลือกแต่งตั้ง ในส่วนของพยานหลักฐานเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายนำเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ได้อย่างเท่าเทียมกัน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้เป็นข้อมูลในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในฐานะบุคคลที่สามทำหน้าที่เป็นคนกลางคล้ายกับกรณีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แม้ว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” และ “อนุญาโตตุลาการ” จะทำหน้าที่เป็นคนกลางในกระบวนการระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกัน แต่ภาระหน้าที่ และบทบาทของ “ผู้ไกล่เกลี่ย” และ “อนุญาโตตุลาการ” มีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก อาทิเช่น ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า “ความเห็น” ของผู้ไกล่เกลี่ย เป็นเพียงข้อเสนอแนะวิธีการแก้ไขปัญหานั้น ซึ่งไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ความเห็นของ “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งแสดงออกโดยคำชี้ขาด (Arbitral Award) มีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที แม้หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็ยังคงอาศัยกระบวนการทางศาลให้บังคับตามคำชี้ขาด แต่การขอให้ศาลบังคับตาม “คำชี้ขาด” ของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกรวดเร็วกว่าการฟ้องร้องขอให้บังคับตามสัญญาทั่ว ๆ ไป เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ศาลต้องใช้ในการตัดสินว่า จะบังคับหรือปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่ามีกรณีใดบ้าง ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธการบังคับค่อนข้างมีอยู่จำกัดเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545 :7)

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมีความยุ่งยากน้อยกว่าการดำเนินคดีในศาลมาก แม้ว่าจะต้องมีการนำสืบพยานหลักฐานต่ออนุญาโตตุลาการ แต่กระบวนการค่อนข้างมีความยืดหยุ่นมากกว่า และไม่มีข้อจำกัดทางเทคนิคมากนัก เช่น เอกสารภาษาต่างประเทศก็อาจจะไม่ต้องทำคำแปลเป็นภาษาไทย หรือหากคู่กรณีเป็นชาวต่างชาติการดำเนินกระบวนการพิจารณา ก็อาจทำเป็นภาษาต่างประเทศ เช่น ภาษาอังกฤษ โดยการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้และสามารถสื่อสารภาษาต่างประเทศนั้นได้

การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการมีความรวดเร็วทั้งในรูปแบบ การพิจารณาที่มีความกระชับ มีการพิจารณาแบบต่อเนื่อง การนัดสืบพยานจะนัดติดต่อกัน ไปหลาย นัด หรือหากเป็นข้อพิพาทที่มีประเด็นในการพิจารณาไม่มากจะนัดสืบพยานติดต่อกันจนกระทั่งมี คำชี้ขาด อีกทั้งในด้านส่วนตัวของอนุญาโตตุลาการตามปกติเมื่ออนุญาโตตุลาการจะมีอาชีพประจำ อย่างอื่น แต่ไม่ต้องรับผิดชอบข้อพิพาทหลายเรื่องพร้อม ๆ กัน ทำให้สามารถกำหนดวันพิจารณา ไปได้อย่างรวดเร็ว ไม่ต้องเข้าคิวรอสืบพยานเหมือนการดำเนินคดีทางศาล และสามารถดำเนิน กระบวนการพิจารณาไปได้จนเสร็จสิ้น

สำหรับประโยชน์ในด้านการเลือกอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีเป็นผู้เลือก และแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเอง คู่กรณีจึงสามารถเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเป็นผู้มี ความรู้ความ เชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท และมีความเที่ยงธรรมมาสามารถทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ได้ ทำให้การ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทสามารถทำได้อย่างรวดเร็ว เพราะอนุญาโตตุลาการมีพื้นฐานความรู้ในเรื่องที่ พิพาทมากพอสมควร การทำความเข้าใจจึงรวดเร็วกว่าผู้ที่ไม่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าวมาก่อน และการชี้ขาดก็จะตรงกับความเป็นจริง และถูกต้องตามหลักวิชาการ หรือตามที่เป็นในทางปฏิบัติ หรือปกติประเพณีในเรื่องนั้น ๆ

ในกรณีของข้อพิพาทระหว่างประเทศที่คู่กรณีอาจจะมีความแตกต่างในเรื่อง สัญชาติ ข้อได้เปรียบประการสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้รับความ นิยมอย่างแพร่หลายในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ คือ การบังคับตามคำชี้ขาดได้ในหลาย ประเทศ ลักษณะเด่นประการนี้ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เปรียบคำพิพากษาของศาล เป็นอย่างมาก ในกรณีคำพิพากษาของศาล ตามปกติคู่กรณีที่ชนะคดีย่อมสามารถบังคับตาม คำพิพากษาได้เฉพาะในประเทศที่ศาลมีคำพิพากษาเท่านั้น จะนำคำพิพากษาของศาลประเทศหนึ่ง ไปบังคับกับศาลอีกประเทศหนึ่งไม่ได้ หากต้องการจะบังคับคดีจากทรัพย์สินของฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งอยู่ ในอีกประเทศหนึ่ง ก็ต้องนำเรื่องทั้งหมดไปฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ในประเทศที่ฝ่ายแพ้คดีมีทรัพย์สินอยู่ เนื่องจากคำพิพากษาของศาลถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศ จึงไม่สามารถนำไปบังคับ ในอีกประเทศหนึ่งที่ตั้งก็มีอำนาจอธิปไตยของตนเองได้ แม้ในปัจจุบันจะมีบางประเทศยอมรับ บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอยู่บ้าง และในอนาคตมีแนวโน้มว่าจะมีประเทศที่ยอมรับ แนวคิดนี้มากขึ้น แต่จำนวนประเทศเหล่านี้ยังมีน้อยมาก ในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนกระทั่ง ปัจจุบัน คำพิพากษาของศาลต่างประเทศถือเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งในคดีที่สามารถนำสืบแสดง ต่อศาลเพื่อให้ศาลประกอบการพิจารณาได้ ศาลจะไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ในทันที หากแต่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหมดในคดีก่อนว่าสมควรจะวินิจฉัยอย่างไร เหมือนกรณีคดีทั่ว ๆ ไป แล้วศาลไทยก็จะมีคำพิพากษาเป็นของตนเอง การบังคับชำระหนี้จึงเป็น

การบังคับไปตามคำพิพากษาของศาลไทยตามปกติ ดังนั้น หากคู่กรณีมีธุรกิจหรือทรัพย์สินอยู่ในหลายประเทศ การบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศต่าง ๆ จึงยุ่งยาก และเสียเวลาเป็นอย่างมาก แต่ปัญหาที่กล่าวถึงนี้จะไม่เกิดขึ้นกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญานครนิวยอร์ก 1958 (New York Convention 1958) รวมแล้วกว่า 120 ประเทศ ตามอนุสัญญาดังกล่าว ประเทศภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวกำหนดจึงสามารถนำไปบังคับกับประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีมีทรัพย์สินอยู่ไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ทั้งหมด กรณีที่ศาลของประเทศภาคีสมาชิกจะปฏิเสธไม่ยอมบังคับให้ตามคำชี้ขาดก็จะจำกัดเฉพาะแต่เหตุที่อนุสัญญากำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะมีข้อดีหลายประการ แต่ข้อด้อยของกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็มีหลายข้อเช่นกัน ซึ่งปัญหาที่พบมีดังต่อไปนี้

ปัญหาประการแรก คือ เรื่องค่าใช้จ่าย โดยในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยในปัจจุบันเสียค่าใช้จ่ายให้แก่สถาบันอนุญาโตตุลาการเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงในข้อพิพาท เช่น ค่าแถบบันทึกเสียง ค่าใช้บริการห้องประชุม เป็นต้น ซึ่งจะไม่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม แต่คู่กรณีต้องเสียค่าปฎิบัติการให้แก่ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ หากมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหลายคน ค่าใช้จ่ายส่วนนี้ก็จะเพิ่มขึ้นมาก สำหรับอนุญาโตตุลาการบางท่านที่มีชื่อเสียงมาก หรือสำหรับข้อพิพาทที่ยุ่งยากมาก ค่าปฎิบัติการก็อาจมากขึ้นด้วย ในขณะที่การฟ้องร้องคดีต่อศาล คู่กรณีต้องเสีย “ค่าขึ้นศาล” แต่ไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นพิเศษนอกจากภาษีที่ต้องชำระเป็นประจำทุกคน นอกจากนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็อาจต้องเสียค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสถานที่ และการอำนวยความสะดวกที่จำเป็น แต่การฟ้องร้องคดีต่อศาล ไม่มีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบปัจจัยค่าใช้จ่ายและความรวดเร็วในการระงับข้อพิพาทแล้ว ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนี้ถือได้ว่าเป็นการซื้อความสะดวกรวดเร็วที่จะได้รับ และคุ้มค่านี้อาจสามารถลดค่าใช้จ่ายในด้านอื่น ๆ ได้ เช่น ค่าตอบแทนทนายความที่คิดตามระยะเวลาในการให้บริการ และทำให้คู่กรณีสามารถกลับไปประกอบธุรกิจได้ตามปกติโดยไม่ต้องกังวลกับเรื่องข้อพิพาทเป็นเวลานานมาก

ปัญหาประการที่สอง คือ เรื่องการบังคับตามคำชี้ขาด เนื่องจากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดได้เอง แต่ต้องใช้กลไกของศาลในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดทำให้ต้องไปดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลต่อภายหลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยอำนาจศาลในการบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของ

อนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นการเพิ่มขึ้นตอนให้มากขึ้นอีก จากการใช้การดำเนินคดีเพียงสองหรือสามขั้นตอน อย่างไรก็ตามแม้จะต้องใช้กลไกของศาลในการบังคับตามคำชี้ขาด แต่กระบวนการและขั้นตอนมีความยุ่งยากน้อยกว่า เนื่องจากเป็นเพียงการไต่สวนคำร้องว่าดำเนินการครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดหรือไม่ และมีกรณีต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ โดยศาลจะไม่เข้าไปรื้อคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการทั้งหมด ทำให้ขั้นตอนกระบวนการในศาลใช้เวลาไม่นานนักเมื่อเทียบกับการดำเนินคดีทั่วไป (สรวิศ ลิมปรั้งยี, 2545: 9)

ปัญหาประการที่สาม คือ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถือเป็นที่สุดในระดับเดียว ในขณะที่คำพิพากษาของศาลสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้เพื่อตรวจสอบคำวินิจฉัยต่อไป ทำให้คู่กรณีอาจจะสงสัยในความถูกต้องของคำชี้ขาด ซึ่งกรณีดังกล่าวมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ แต่หากพิจารณาถึงว่าผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการ คู่กรณีได้คัดเลือกแล้วเป็นอย่างดีมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท และมีความเที่ยงธรรมที่จะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้ ความผิดพลาดที่จะเกิดขึ้นนั้นจึงมีน้อยมาก (สรวิศ ลิมปรั้งยี, 2545: 9)

วิธีการระงับข้อพิพาททั้งหมดดังกล่าวที่ได้นำเสนอมานี้ ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การอนุญาตตุลาการ ตลอดจนการดำเนินการฟ้องร้องคดีทางศาลต่างมีข้อดี และข้อด้อยแตกต่างกัน ดังนั้นการจะนำวิธีการระงับข้อพิพาทใดไปใช้ย่อมต้องพิจารณาให้มีความเหมาะสมกับความจำเป็นในแต่ละกรณี โดยปกติการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทสำหรับกิจการอันใดอันหนึ่ง หรือโครงการใดจะมีการกำหนดรายละเอียด และขั้นตอนการดำเนินการไว้ในข้อสัญญาที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นสัญญาที่กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทจึงเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญมากที่สุดประการหนึ่งด้วย (สรวิศ ลิมปรั้งยี, 2545: 10 และพิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2540: 34)

2.3 ประวัติและวิวัฒนาการของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

การอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และมีมานานแล้วในสังคมมนุษย์ ตั้งแต่ยุคเริ่มแรก และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนองค์กรอื่น ๆ ที่สำคัญคือ เกิดขึ้นก่อนศาล อันเป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทของทุกสังคมในปัจจุบัน (Pieter Sanders, 1975 : 220)

สำหรับอำนาจตุลาการ หรือการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของผู้นำในสมัยเริ่มแรกนั้น มักจะมีลักษณะตรงกับการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการในสมัยปัจจุบัน กล่าวคือ อนุญาตตุลาการหมายถึงผู้ที่คู่กรณีที่มีข้อพิพาทเลือกขึ้นให้เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทของตน และตนจะปฏิบัติตามคำชี้

ขาดนั้น ส่วนผู้ชี้ขาดข้อพิพาทก็เป็นบุคคลที่คู่กรณีเลือกขึ้น ให้ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างตน และตน ยอมรับปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นเช่นกัน (Pieter Sanders, 1975 : 220)

สถาบันศาลดังในรูปแบบปัจจุบันยังไม่ได้มีการตั้งขึ้น ในสมัยสังคมยุคเริ่มแรกสังคมต่าง ๆ ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการวิธีที่เกิดขึ้นก่อนศาลทั้งสิ้น (Pieters Sander, 1975 : 221)

การที่การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นก่อนศาลนั้น ก็เพราะในสังคมยุคเริ่มแรกยังไม่มีการ จัดรูปแบบองค์กรของสังคมที่มีระเบียบแบบแผนเช่น ในสังคมยุคหลัง ซึ่งมีการแบ่งแยกอำนาจ ในสังคมออกเป็นหลายฝ่าย เช่น นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ดังนั้นในสังคมยุคเริ่มแรกของ มนุษย์จึงยังไม่มีศาลในรูปแบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน นอกจากนั้นมนุษย์ในสังคมโบราณแต่ละคน ค่อนข้างมีอิสระ เนื่องจากการรวมตัวในสังคมยังไม่ค่อยมีระเบียบ และเคร่งครัดมากนัก เมื่อมี ข้อพิพาทเกิดขึ้น และหากคู่กรณีไม่สามารถประนีประนอมกันได้ ก็มักจะตกลงกันให้บุคคลที่ตน เคารพนับถือซึ่งอาจเป็นบรรพบุรุษของตน หรือผู้นำชุมชน ให้เป็นผู้ชี้ขาดตัดสิน ซึ่งบุคคลเหล่านี้คือ อนุญาโตตุลาการในปัจจุบันนั่นเอง

กรณีของศาลมีวิวัฒนาการเกิดขึ้น โดยเมื่อสังคมขยายตัวเจริญมากขึ้น และเริ่มมีการจัดระเบียบ การปกครองโดยผู้นำที่มีฐานะสูงขึ้น เช่น กษัตริย์ ซึ่งมีอำนาจในทุกด้าน รวมทั้งอำนาจในการ ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่สำคัญ ของประชาชน และกษัตริย์มักทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทด้วย เมื่อสังคมเจริญขึ้นผู้นำดังกล่าวย่อมไม่มีเวลาเพียงพอที่จะทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้ ประชาชนได้ จึงได้มอบอำนาจให้บุคคล หรือคณะบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมาย ให้ทำหน้าที่ดังกล่าวแทนโดยเรียกบุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวว่า ตุลาการ หรือศาล

อย่างไรก็ตาม ศาลก็มีได้เข้าไปแทนที่การอนุญาโตตุลาการเสียทั้งหมด ศาลคงมีอำนาจ พิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่ง โดยการอนุญาโตตุลาการยังสามารถกระทำได้ในกรณี ที่คู่กรณีที่พิพาทต้องการ ให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน เพราะข้อพิพาททาง แพ่งเป็นเรื่องเอกชน มีสิทธิจัดการระงับเรื่องของตนโดยวิธีการใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดี และ ไม่มีกฎหมายบังคับให้เอกชนต้องระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการฟ้องคดีต่อศาลแต่เพียง ประการเดียว ด้วยเหตุดังกล่าวการระงับข้อพิพาทในบางเรื่อง โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับธุรกิจซึ่ง ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ตัดสินชี้ขาดเป็นส่วนสำคัญ และต้องการความรวดเร็วจึง มักจะระงับกันโดยการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากคู่กรณีสามารถเลือกบุคคล ที่มีความเชี่ยวชาญ เฉพาะด้านในเรื่องที่ตนมีปัญหาให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของตนได้ และการ

พิจารณาซึ่งขาดข้อพิพาทสามารถกระทำได้โดยรวดเร็วด้วย (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543: 21) ในเรื่องความเชื่อชาญเฉพาะด้านของอนุญาโตตุลาการรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้กล่าวไว้ในทำนองเดียวกันว่าการพิพาทในเรื่องข้อกฎหมายนั้น มักมีข้อเท็จจริงเกี่ยวพันอยู่ด้วยเสมอ สำหรับเรื่องที่มีข้อเท็จจริงพัวพันอยู่ด้วยมาก ๆ นั้น เป็นธรรมดาอยู่เองที่คู่สัญญาอยากจะให้คนที่มีความรู้ในเรื่องนั้น ๆ ตัดสิน คู่สัญญาอาจต้องเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เพราะคู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่มีความรู้ในเรื่องที่พิพาทกันเป็นผู้ตัดสินได้ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 18)

ถึงแม้ว่ามนุษย์จะรู้จักใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทกันมานานับแต่สังคมยุคเริ่มแรก แต่ก็ไม่สามารถหาหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรมายืนยันข้ออ้างดังกล่าวได้ สังคมแรกที่มีหลักฐานยืนยันว่ามีการใช้การอนุญาโตตุลาการ คือ สังคมชาวกรีกตั้งแต่ศตวรรษที่หกก่อนคริสตศักราช โดยมีการใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกัน และต่างนครรัฐกัน และระหว่างนครรัฐต่าง ๆ ด้วย (ดิเรก ชัยนาม, 2495 : 10)

ข้อพิพาทที่นิยมระงับโดยการอนุญาโตตุลาการในสังคมของเอกชนชาวกรีกมีมากมาย เช่น การศาสนา การพาณิชย์ หนี้ บุกรุก ฯลฯ และสำหรับข้อพิพาทระหว่างนครรัฐที่นิยมใช้การอนุญาโตตุลาการก็มีมากมายเช่นกัน เช่น การศาสนา การปักปันเขตแดน อาณานิคม การชำระหนี้สิน ฯลฯ โดยอริสโตเติลก็พยายามที่จะอธิบายถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการประนอม หรือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน และยังได้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการประนอมข้อพิพาทขึ้นในหมู่ชาวกรีกด้วยกัน ซึ่งในยุคนั้นยังไม่มีแบ่งแยกระหว่างการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนดังเช่นปัจจุบัน (Earl S. Wolaver, 1934 : 132)

ในสมัยโรมันก็มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 5 ตาราง ที่ 7 ของกฎหมายสิบสองตาราง โดยให้มีบุคคลที่เป็นกลางสามคนทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับเขตที่ดินข้างเคียง (อนันต์ จันทโรภากร, 2539: 2)

หลักจากสมัยกรีก และ โรมันแล้ว ประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปต่างก็มีอคติต่อการอนุญาโตตุลาการ โดยมีความคิดว่ารัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทและการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้นศาลของประเทศส่วนใหญ่จึงถือทัศนคติว่าข้อตกลงเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดนั้นเป็นการลิดรอนอำนาจของศาล สัญญาอนุญาโตตุลาการจึงใช้บังคับไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีความสำคัญในทางการค้าและความนิยมของพ่อค้าที่จะระงับข้อพิพาท

โดยอนุญาตตุลาการมีมากกว่าการนำคดีไปสู่ศาล ทำให้สามารถผลักดันให้มีการออกกฎหมายในประเทศต่าง ๆ เพื่อให้มีการยอมรับและสนับสนุนการอนุญาตตุลาการ ทศนคติของศาลต่อการอนุญาตตุลาการจึงค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไป ยิ่งในภาวะปัจจุบันที่ศาลของหลาย ๆ ประเทศต่างก็ประสบปัญหาความขาดแคลนผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่จะมาทำการพิจารณาคดี และปัญหาคดีค้างศาลเป็นจำนวนมาก อนุญาตตุลาการจึงเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะช่วยผ่อนคลายนี้อาการดังกล่าว

ในภาคพื้นยุโรปกฎหมายโรมันมีการยอมรับข้อตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด แต่ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ซึ่งเรียกสัญญาหรือข้อตกลงเช่นนี้ว่า “Compromissum”⁵ กฎหมายแคนนอนลอร์ดก็ถือตามแนวความคิดนี้เช่นเดียวกัน (อนันต์ จันทโรภากร, 2539 : 6) สำหรับกฎหมายดั้งเดิมของประเทศเยอรมันนั้น กล่าวกันว่ามีการยอมรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการข้อพิพาทในอนาคตด้วย และยังมีบทบัญญัติให้ศาลงการพิจารณาคดีเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีมาสู่ศาลโดยฝ่ายนั้นข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ และในปี ค.ศ. 1877 ประเทศเยอรมันก็ได้ตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยยอมรับที่จะให้มีการทำสัญญาอนุญาตตุลาการ ข้อพิพาทในอนาคต พร้อมทั้งมีบทบัญญัติให้ศาลทำการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีไม่ทำการแต่งตั้งตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาด้วย (อนันต์ จันทโรภากร, 2539 : 6)

สำหรับประเทศไทยกฎหมายโบราณของไทยคือ กฎหมายตราสามดวง ซึ่งก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการไว้เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “อนุญาตตุลาการ”⁷ ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของตุลาการ (กระลาการ) คือเป็นตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้น และจะตัดสิน

⁵ อนันต์ จันทโรภากร, 2537: 45 อ้างถึงตามกฎหมายของ Justinian (Code of Justinian) บัญญัติว่า คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นบังคับได้ ถ้าคู่กรณียอมรับคำชี้ขาดนั้นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่ปฏิเสธโดยการบอกกล่าวแก่อีกฝ่ายหนึ่งในสิบวัน

⁶ คำว่า Compromis รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หราชณูร ได้อธิบายไว้ว่า Compromis เป็นภาษาฝรั่งเศส หมายถึง ข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วต่ออนุญาตตุลาการ ซึ่งข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วไปยังอนุญาตตุลาการนี้ ในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า Compromis ในภาษาอังกฤษเรียกว่า Submission ในข้อตกลงนี้จะมีข้อกำหนดในเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการอนุญาตตุลาการควบคู่ไปด้วย ในประเทศฝรั่งเศสแม้มี Clause Compromissoire แล้ว ยังต้องมี Compromis อีก Compromis นี้กำหนดรายละเอียดตั้งแต่การอนุญาตตุลาการ การรับคำคู่ความ เงินประกันค่าใช้จ่ายที่คั่งวาง ภาษาที่ใช้ในการพิจารณา (ดู พิชัยศักดิ์ หราชณูร พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ พร้อมบรรณานุกรมภาษาไทยเพื่อการหาค่า และรายชื่อผู้ที่อยู่ของสถาบันอนุญาตตุลาการ, 2540: 44)

⁷ พระไอยการลักษณะตระลาการ :

“อันว่าลักษณะตระลาการหกจำพวกโดยพระธรรมสารทอั้งหลักอินทภาษ กล่าวดังนี้

ปกขอดุด ปตโต เจโก รฐฐโก สมมานโก

อนุลปิโก รณญาโต อนุลญาโต ฉรา มโต

ปกขอดุด ปตโต เจโก ประการหนึ่งจะลาการเป็นฝักฝ่ายคู่ความข้างหนึ่ง รฐฐโก ประการหนึ่งจะลาการเป็นนายร้อยนางแขวงเมืองนอก สมมานโก ประการหนึ่งจะลาการมีใจเสมอทั้งสองข้างคือ มิได้ลำเอียง อนุลปิโก ประการหนึ่งจะลาการตั้งไว้รองจะลาการผู้ใหญ่ รณญาโต ประการหนึ่งจะลาการอันพระมหากษัตริย์ตั้งไว้ อนุลญาโต ประการหนึ่งจะลาการอันคู่ความยอมให้บังคับเอง”

ความคิดถูกอย่างไรก็ไม่มีโทษ ซึ่งต่างกับตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง เมื่อ “อนุญาตตุลาการ” ตัดสินอย่างไร คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในกฎหมายตราสามดวงที่กล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซ้ไร หาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง” และข้อความในอีกวรรคหนึ่งกล่าวว่า “อันว่ากระลาการแลคู่ความมันยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้นคู่ความมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาให้บังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นคนทั้งสอง กอปรด้วยอุตสาห์ยอมให้ผู้นั้นบังคับ” (อนันต์ จันทร โอภากร, 2539 : 7)

กฎหมายตราสามดวงนี้ใช้บังคับเรื่อยมา จนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้กฎหมายไทยทัดเทียมกับอารยประเทศในตะวันตก โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนั้น ได้นำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 หมวดที่ 19 มาตรา 116-121 ซึ่งทำให้รัฐเข้าไปแทรกแซงกระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการมากขึ้น และพยายามที่จะจำกัดการใช้อนุญาตตุลาการ โดยจะต้องมีข้อพิพาทเป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้นแล้ว คู่ความเห็นฟ้องต้องกัน และร้องขอต่อศาลให้เชิญผู้หนึ่งผู้ใดคนเดียวหรือหลายคนมาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อตัดสินคดีนั้น การดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการจึงถูกควบคุมโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด (มาตรา 118) เมื่ออนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ก็ต้องนำคำชี้ขาดมาเสนอต่อศาลให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียก่อนจึงจะมีผลบังคับได้ ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องศาลก็จะไม่พิพากษาให้ (มาตรา 120) ทศนะของกฎหมายไทยที่มีต่ออนุญาตตุลาการในขณะนั้นจึงใกล้เคียงกับกฎหมายของอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 17-18 คือพยายามที่จะจำกัดและควบคุมการอนุญาตตุลาการ โดยเคร่งครัด นอกจากนั้นศาลไทยก็มักจะมองว่าการอนุญาตตุลาการเป็นคู่แข่งที่ไม่ควรจะยอมรับง่าย ๆ (จิตติ ดิงศภัทย์, 2530: 8)

ต่อมาในปี ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 โดยไม่มีการประกาศยกเลิกพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 แต่อย่างใด เรื่องที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนั้นก็มีบัญญัติไว้ในหมวด 15 มาตรา 108-114 ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมีข้อความคล้ายคลึงกับมาตรา 116-121 ของพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 เพียงแต่เพิ่มเติมเหตุที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอีกสองประการ คือ กรณีที่อนุญาตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดไม่ได้เป็นไปโดยสุจริต นอกเหนือไปจากเหตุผลที่ว่าคำพิพากษาของศาลไม่ถูกต้องตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ (มาตรา 114) (อนันต์ จันทร โอภากร, 2539 : 9)

พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 โดยบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องอนุญาตตุลาการไว้ ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 โดยในมาตรา 221 และ 222 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนอกศาล และการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล แต่ก็ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างละเอียดว่า การอนุญาตตุลาการนอกศาลต้องทำอะไรบ้าง ซึ่งเข้าใจว่าที่ควรบัญญัติมาตรา 221 ไว้ก็เพราะเกรงว่าหากไม่บัญญัติไว้แล้วศาลจะไม่ยอมรับการอนุญาตตุลาการนอกศาล⁸ (อนันต์ จันทโรภากร, 2539 : 9)

เนื่องจากตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลไว้ในมาตรา 221 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น อีกทั้งความนิยมในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการในวงการธุรกิจการค้าแพร่หลายมาก ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการอยู่หลายฉบับ แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น ในที่สุดจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ขึ้น โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2530 เป็นต้นมา และได้มีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 221) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ.2530

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ในฉบับปัจจุบันนั้น ได้มีการใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งแม้ว่าตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 จะมีการสร้างหลักการใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการอนุญาตตุลาการอย่างมาก เช่น การยอมรับการบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งในทางปฏิบัติก่อนหน้านี้มีปัญหาอย่างมาก และในทางปฏิบัติแทบจะไม่เคยมีการยอมรับหลักการดังกล่าวมาก่อน แต่กฎหมายดังกล่าวก็ยังมีลักษณะบางประการที่ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่เปลี่ยนไปจากขณะที่มีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 ก่อนข้างมาก โดยเฉพาะในเรื่องของการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย เนื่องจากแนวความคิดที่จะสร้างให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางของกระบวนการอนุญาตตุลาการในภูมิภาคนี้ แต่คู่กรณีชาวต่างชาติ

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 242 ร.ศ.118 (อ้างจากพระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, คำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่อง ปีร.ศ.117-120) เป็นข้อพิพาทในเรื่องมรดกที่ทายาทได้ตั้งอนุญาตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท ศาลชั้นต้นพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ แต่พอถึงศาลชั้นอุทธรณ์ ศาลตัดสินว่าให้อนุญาตตุลาการไม่ได้ ในชั้นฎีกาศาลฎีกาตัดสินว่า ตั้งอนุญาตตุลาการได้ โดยกล่าวว่า การที่ราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดจะตั้งอนุญาตตุลาการระหว่างกันเองย่อมทำได้ ไม่มีข้อห้าม และไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลตั้ง ถึงแม้พระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 จะมีแต่บทบัญญัติเฉพาะแต่การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการในศาลเท่านั้น อำนาจของคู่กรณีที่จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการเองนั้น เป็นอำนาจที่ราษฎรมีมาก่อนพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพระราชบัญญัตินี้ไม่มีข้อความยกเลิกอำนาจของราษฎรที่ทำสัญญาดังกล่าวแล้ว ราษฎรย่อมทำสัญญานั้นได้

มักไม่ประสงค์จะทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งอาจเป็นเพราะกฎหมายดังกล่าวยังมีปัญหาซึ่งเกิดจากความไม่ชัดเจน หรือไม่มีความละเอียดเพียงพอของบทบัญญัติบางมาตรา หรือไม่มีการกล่าวถึงในบางเรื่องอันก่อให้เกิดความสงสัยในเรื่องต่าง ๆ ที่สำคัญหลายเรื่อง และยังมีความแตกต่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของนานาอารยประเทศในหลายเรื่อง เช่น ข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ โดยเฉพาะสัญญาในทางปกครองจะอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ บุคคลใดมีอำนาจตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีหรือไม่ นอกจากนั้นในบางเรื่องก็เป็นเรื่องยุ่งยากและไม่เข้าใจว่าเพราะเหตุใดจึงต้องมีบทบัญญัติเช่นนั้น เช่น การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติที่แตกต่างกัน และหมายความว่าอาจมีมาตรฐานที่แตกต่างกันซึ่งนอกจากเข้าใจยากแล้ว ยังต้องพิจารณาว่ากรณีใดที่จะใช้บทบัญญัติใด และมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันอย่างไร (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2545 : 2)

นอกจากการที่ไม่มีบทบัญญัติบางเรื่องซึ่งสำคัญหรือมีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนแล้ว บทบัญญัติบางส่วนก็ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากนัก โดยเฉพาะในส่วนของศาลยังคงมีบทบาทค่อนข้างสูงในการอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษในช่วงก่อนที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เช่น ให้ศาลเข้าไปช่วยขยายระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ การชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายและการขยายระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตามแนวความคิดของไทยน่าจะเป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีมากกว่าผลเสีย แต่ชาวต่างชาติอาจเห็นว่าเป็นการให้ศาลมีบทบาทต่อการอนุญาโตตุลาการมากเกินไป (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2545 : 2)

นอกจากนั้นแนวโน้มของนานาอารยประเทศในโลกก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการกันทั้งสิ้น ซึ่งมีลักษณะส่วนใหญ่คล้ายคลึงกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) องค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1985 (กฎหมายแม่แบบฯ ซึ่งมีขึ้นเพื่อเป็นกฎหมายตัวอย่างสำหรับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ)⁹ เนื่องจากได้รับแบบอย่างในการร่างจากกฎหมายดังกล่าว และพยายามให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สอดคล้องหรือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แม้กระทั่งประเทศที่มีความเจริญทางการค้า และ

⁹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์ บทความ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545: ทางแก้ไขใหม่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย, 2545: 2 อ้างถึง Gerald Herrmann, "The UNCITRAL Model Law-its background, salient features and prospects" Arbitration International, 6 (1985); Annex 1 to UN Doc. A/40/17, 1985.

กฎหมายก็ยังมี การแก้ไขกฎหมายดังกล่าว เช่น อังกฤษ¹⁰ เยอรมัน¹¹ และนิวซีแลนด์¹² และประเทศต่าง ๆ ในทวีปเอเชียก็มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการเช่นกัน เช่น สิงคโปร์¹³ และอินเดีย¹⁴ เป็นต้น โดยใช้แนวทางของกฎหมายแม่แบบ ๆ ทั้งนี้เพื่อดึงดูดให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ ระหว่างประเทศมากขึ้นในประเทศของตน (เสาวนีย์ อิศวโรจน์, 2545 : 2)

ดังนั้นกระทรวงยุติธรรมจึงได้ดำเนินการให้มีการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ โดยได้รับแบบอย่างส่วนใหญ่จากกฎหมายแม่แบบ ๆ ดังกล่าว และมีบางส่วนได้รับแบบอย่างจากกฎหมายของบางประเทศ แต่ในบางส่วนก็เป็นบทบัญญัติที่มีอยู่ในกฎหมายเดิม และได้ดำเนินการต่าง ๆ ตามระบบของการร่างกฎหมายจนเสนอเข้าสู่สภานิติบัญญัติ และได้ผ่านสภานิติบัญญัติในวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ.2545 และประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ.2545 ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน พ.ศ.2545 อันเป็นวันถัดจากประกาศวันที่ในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป¹⁵

อย่างไรก็ตาม กฎหมายอนุญาโตตุลาการจะบัญญัติขึ้นในประเทศใดได้ก็ต่อเมื่อประเทศนั้นมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจ และสังคมเพียงพอที่จะบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้น กล่าวคือ ประเทศนั้นต้องอยู่ในสภาพที่พร้อมจะยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการ เพราะกฎหมายอนุญาโตตุลาการก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายอื่น ๆ คือ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากความจำเป็น และความต้องการของประชาชนในประเทศ ในบางประเทศจึงไม่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการใช้บังคับ แต่ประชาชนใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในรูปแบบของการยึดถือปฏิบัติกันตลอดมา ในบางประเทศก็มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ใช้บังคับเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ซึ่งอาจมีรูปแบบ และหลักการที่คล้ายคลึงกัน แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ดังนั้นการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการหรือไม่ และถ้ามีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ กฎหมายดังกล่าวจะมีรูปแบบ และรายละเอียดเป็นอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพสังคมของประเทศนั้นเป็นปัจจัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจตจำนงและความต้องการของประชาชนในประเทศจะมีส่วนกำหนดให้วิธีการอนุญาโตตุลาการมีสภาพตามที่เป็นอยู่ แม้ในประเทศเดียวกันก็ตามกฎหมายในเรื่องหนึ่งก็อาจแตกต่างกันได้ถ้าอยู่ในระยะเวลาที่ต่างกัน เนื่องจากสภาพของสังคมย่อมเปลี่ยนแปลงไปตาม

¹⁰ United Kingdom: Arbitration Act of 1996, 35 (1) International Legal Materials, Volume xxxvi no.1

¹¹ The New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law, Arbitration International, 1998

¹² Megan Richardson, "Arbitration Law Reform: The New Zealand Experience," 12 (1) Arbitration International, 57 (1996).

¹³ <http://www.arbitrator.net/IAA> (Amended 2001)

¹⁴ http://members.aol.com/_ht_a/RTMadaan1/arbitration.htm?mtbrand=AOL_US_May_10_2002.

¹⁵ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, บทความเรื่อง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ทางแก้ไขใหม่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545: 3

ระยะเวลาที่ผ่านมา และเจตจำนงตลอดจนความต้องการของประชาชนในประเทศก็เปลี่ยนแปลงไปด้วย ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้จึงต้องบัญญัติให้มีหลักการและเหตุผลสอดคล้องกับสภาพสังคม และความต้องการของประชาชนในประเทศในระยะเวลาที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น

จะเห็นได้ว่าการศึกษาประวัติความเป็นมาของกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ตั้งแต่สมัยแรกเริ่มนั้นมีประโยชน์อย่างยิ่งในการช่วยชี้ให้เห็นถึงความคลี่คลายมาสู่กฎหมายในปัจจุบัน และปัญหาอันนำไปสู่วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้เป็นอย่างดี

2.4 สภาพทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องสภาพ หรือลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการนั้น มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีอำนาจรัฐ ทฤษฎีสัญญา ทฤษฎีผสม และทฤษฎีเอกเทศ ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการเข้ามาแทรกแซงการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมีรายละเอียดดังจะได้กล่าวต่อไปนี้ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2543 : 29, อนันต์ จันทโรภากร, 2537: 25 และพิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 34)

2.4.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory)¹⁶

ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐมีอำนาจที่จะควบคุม กำหนดแบบแผน และวางหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจ หรือในดินแดนของตน ถึงแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาของคู่กรณีพิพาทที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ก็ตาม เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็น

¹⁶ เกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้อธิบายไว้ว่า สำนัก Jurisdiction เห็นว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้น การระงับข้อพิพาทแม้ในเรื่องทางแพ่ง ซึ่งเป็นเรื่องอำนาจตุลาการ การอนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงข้อยกเว้น และข้อยกเว้นนี้เกิดขึ้นได้ก็เพราะกฎหมายภายในอนุญาต การตกลงกันหรือสัญญาของคู่กรณี เป็นแต่เพียงการใช้อำนาจตามข้อยกเว้นที่กฎหมายภายในให้อำนาจไว้ เรื่องใดที่ไม่ได้กล่าวไว้โดยเฉพาะในข้อตกลงของคู่กรณี และที่กฎหมายอนุญาตก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในส่วนอื่น ๆ ทั้งนี้รวมถึงกรณีของการเลือกใช้กฎหมายสารบัญญัติด้วย สำนักนี้มีข้อบกพร่องในแง่ที่ว่า เมื่อประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เป็นแต่เพียงประเทศที่ได้รับการเลือกเพราะการดำเนินการระงับข้อพิพาทในประเทศนั้น ๆ ทำให้สะดวกเท่านั้น ประเทศนั้นไม่มีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องที่แท้จริงนอกจากทำให้คนของตนมีงานทำในเรื่องของการขายบริการ ห้องประชุม ห้องอาหาร ที่พัก การแปล และการพิมพ์ ตลอดจนค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมักเป็นคนสัญชาติของประเทศนั้น ๆ เอง เพื่อให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาและกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้นเมื่อจำเป็นได้คล่อง เมื่อประเทศนั้นไม่มีประโยชน์ได้เสียในผลแห่งคดี ก็ไม่ควรที่จะเอากฎหมายภายในของตนมาขู่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้น (ดู พิชัยศักดิ์ หรยางกูร รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2 เรื่องการอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี, 2540: 28)

เรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐ เนื่องจากการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งตามปกติเป็นหน้าที่ของศาล ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ ดังจะเห็นได้จากความเป็นจริงที่ว่า ถ้าไม่มีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว การอนุญาโตตุลาการก็ย่อมไม่มีความหมาย และไม่เกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นได้ สภาพของการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้น ไม่ใช่สิทธิของคู่กรณีพิพาท นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจ และหน้าที่คล้ายศาล คือทำหน้าที่พิจารณา และชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีหรือข้อพิพาท และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาล ซึ่งบางครั้งจึงเรียกทฤษฎีนี้อีกอย่างหนึ่งว่าทฤษฎีวิธีพิจารณา (Hungary : A.W.Sijthoff – Ley – den, 1967 : 604 - 605)

ศาสตราจารย์ Mann ได้เขียนบทความเรื่อง “Lex Facit Arbitrum” และในบทความนั้นท่านได้กล่าวไว้ว่า

“...รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้นหากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (public function) ซึ่งหมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ” (P.Sanders, 1967: 158)

ตามความเห็นของท่านผู้อนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐ มอบอำนาจ ให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการพิจารณา และชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น หากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลที่จะบังคับได้

ทฤษฎีนี้จึงถือว่าอนุญาโตตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลมีอำนาจ และหน้าที่ก็แต่โดยอาศัยกฎหมายของรัฐ บทบาท และหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงคล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามตัวบทกฎหมาย และโดยจิตสำนึกในการประสาทความยุติธรรม สิ่งที่แตกต่างกันระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ว่าศาลและผู้พิพากษานั้นมาจากการแต่งตั้งของรัฐโดยตรง ส่วนอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของคู่กรณีที่จะตกลงกันเอง

เมื่ออำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับศาล โดยปกติแล้วจึงควรถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งผลของคำชี้ขาดนี้ก็จะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาด ถ้าฟังแต่คำชี้ขาดแล้วเป็นสิ่งที่ไม่มีคุณค่า เว้นแต่จะสามารถบังคับได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งบังคับตามคำพิพากษาของศาล

ผลของทฤษฎีนี้คือ อนุญาตตุลาการนั้นมีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยการนำกฎหมายสารบัญญัติมาปรับใช้ในการทำงานเกี่ยวกับศาล ทฤษฎีนี้จึงเน้นความแน่ชัดของผลในทางกฎหมายของคดีที่พิพาท และบังคับคำชี้ขาดต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี ดังนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติ และมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายเกิดขึ้น อนุญาตตุลาการต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการไปทำการพิจารณา

2.4.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)¹⁷

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญา เพราะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาแทบทั้งสิ้น ตั้งแต่การเกิด คือเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาทที่ให้ระงับข้อพิพาทของตน โดยการอนุญาตตุลาการ นอกจากนั้นคู่กรณีเป็นผู้มีอำนาจกำหนดระบบของอนุญาตตุลาการ เช่น จะใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ หรือจะตั้งอนุญาตตุลาการกันเอง โดยไม่ใช้บริการของสถาบันใด เลือกอนุญาตตุลาการ กำหนดเวลา และสถานที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ และตกลงที่จะยอมรับปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

ทฤษฎีนี้จึงปฏิเสธอิทธิพลของรัฐต่อการอนุญาตตุลาการ โดยทฤษฎีนี้ได้ให้เหตุผลว่าการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นโดยเจตนา และความยินยอมของคู่กรณีพิพาทด้วยใจสมัคร ไม่มีกฎหมายบังคับให้คู่กรณีต้องกระทำการเช่นนั้น หรือให้อำนาจคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่จะบังคับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้ต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการดังกล่าว นอกจากนั้นคำชี้ขาดก็เป็นผลจากการตกลงกันของคู่กรณีด้วย เนื่องจากคู่กรณีตกลงกันตั้งอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการก็ปฏิบัติหน้าที่ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามข้อตกลงของคู่กรณีคล้ายกับเป็นตัวแทนของคู่กรณี และในกรณีที่ต้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ศาลก็จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นในฐานะที่เป็นผลผลิตของสัญญา

¹⁷ รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรขงกูร ได้อธิบายไว้เกี่ยวกับทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ว่า สำนัก contractual เห็นว่ากฎหมายได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการทุกขั้นตอน ในกรณีของการอนุญาตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องย่อมมีมากขึ้น ทำให้ปัญหาสับสนและซับซ้อน ซึ่งนับว่าเป็นการยุ่งยากสำหรับอนุญาตตุลาการซึ่งมักได้รับการเลือกให้เป็นอนุญาตตุลาการ เพราะมีความรู้พิเศษเกี่ยวกับกิจการอันเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาท กล่าวคือ เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องข้อเท็จจริง แต่ไม่แน่ว่าบุคคลเหล่านี้จะเป็นผู้เชี่ยวชาญในเชิงกฎหมายด้วยตนเอง เช่น เป็นการขัดกันระหว่างกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เป็นต้น (ดู พิชัยศักดิ์ หรขงกูร รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ เล่ม 2 แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2 เรื่องการอนุญาตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี, 2540: 27)

นอกจากนี้การที่รัฐไม่มีอำนาจแทรกแซง หรือไม่มีอิทธิพลต่อการอนุญาตไต่สวนการนั้น จะเห็นได้ชัดเจนในกรณีที่เป็นการอนุญาตไต่สวนการระหว่างประเทศ เพราะในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวขึ้นอยู่กับข้อตกลงของกลุ่มที่ทั้งสี่

อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตไต่สวนการข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาและชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (อนันต์ จันทร์ โอภากร, 2537: 22)

2.4.3 ทฤษฎีผสม (The Mixed Theory or Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐ และทฤษฎีสัญญาต่างไม่ถูกต้อง เพราะการอนุญาตไต่สวนการนั้นมีทั้งเรื่องอำนาจรัฐ หรือวิธีพิจารณา และสัญญา กล่าวคือ ข้อตกลงให้ใช้การอนุญาตไต่สวนการ และการกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของกลุ่ม หรือเป็นสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับศาล และกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญา หรือตามคำชี้ขาด ซึ่งเป็นเรื่องอำนาจของรัฐ

ผลของทฤษฎีนี้ คือ การอนุญาตไต่สวนการจะอยู่ตามลำพังเป็นเอกเทศโดยไม่ต้องผูกพันกับระบบกฎหมายใด ๆ ไม่ได้ ต้องมีกฎหมายกำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และบังคับตามคำชี้ขาด ในขณะที่เดียวกันการอนุญาตไต่สวนการก็มีรากฐานจากสัญญาเอกชน (คู่กรณีพิพาท) การเลือกอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ที่ใช้กับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของกลุ่ม ลักษณะหรือสภาพของการอนุญาตไต่สวนการนั้น เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายสัญญาและกฎหมายวิธีพิจารณา โดยข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการเป็นสัญญา ความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้นพิจารณากันตามกฎหมายสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในท้องถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดก็เป็นเรื่องของศาลในถิ่นที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

นอกจากนั้นในกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงดังกล่าวอนุญาโตตุลาการก็จะใช้กฎหมายสารบัญญัติโดยปฏิบัติตามหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนในเรื่องวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีได้เช่นกันเท่าที่ไม่ขัดกันต่อหลักกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ

ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีผสมนี้คือศาสตราจารย์ Sauser Hall โดยปรากฏอยู่ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de Droit International) เมื่อค.ศ.1952 ท่านได้ให้คำอธิบายไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องอิงกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงใด ในขณะที่เดียวกันท่านก็ยอมรับความจริงว่า การอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็แต่โดยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี ท่านจึงให้นิยามการอนุญาโตตุลาการไว้ว่าเป็น “a mixed judicial sui generis which has its origin in the [parties] agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law”

ในความเป็นจริงแล้วทั้งสองทฤษฎีดังที่ได้กล่าวมาไม่ได้มีความขัดแย้งกัน อนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน มีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาความ และเป็นสัญญา ข้อตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นเป็นสัญญา และก็ไม่มีเหตุผลอื่นที่จะถือว่าไม่ใช่สัญญา ดังนั้นความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ

2.4.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีสภาพ หรือลักษณะที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระในตัวเอง เพราะลักษณะของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากการใช้ และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้ผู้ที่เห็นด้วยยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีสัญชาติ (denationalization) ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศใด ๆ และคู่กรณีมีอิสระที่จะควบคุมการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ไม่ว่าจะเป็นกรณีกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณา และรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คู่กรณีอาจเลือกระบบกฎหมายภายในของรัฐใด หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หรือหลักความยุติธรรมโดยไม่ใช้กฎหมายก็ได้ และในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการไว้ อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ หรือถิ่นที่ตนมีภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ แต่อาจใช้กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน หรือมาตรฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น จารีตประเพณี และธรรมเนียมปฏิบัติ โดยใช้สิ่งเหล่านี้โดยตรงกับข้อพิพาทโดยไม่ต้องพิจารณาหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็ได้

ทฤษฎีนี้เสนอโดย Madame Rubellin Devichi โดยท่านเห็นว่าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องดูจากวัตถุประสงค์ของการใช้ จะเห็นได้ว่าทั้งสามทฤษฎีที่ได้กล่าวมาแล้ว พยายามที่จะจัดว่า อนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้น ๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้ อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาด หรือวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไร หรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นเอกเทศของการอนุญาโตตุลาการนั้นมองการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของตัวเองในลักษณะที่ว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ของการอนุญาโตตุลาการคืออะไร และทำไมถึงต้องมีผลเช่นนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ดี

การอนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาขึ้นมาเพราะบรรดานักธุรกิจต่างเห็นว่าเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาท ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้ นักธุรกิจก็ใช้วิธีการดังกล่าวนี้อยู่แล้ว กฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่ตามมาทีหลังเพื่อรองรับแนวปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้น เป็นต้นว่าเสรีภาพของคู่กรณีที่จะตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะใช้บังคับกับปัญหาข้อพิพาท และวิธีพิจารณาความ ไม่ได้เนื่องมาจากทฤษฎีสัญญา หรือทฤษฎีที่ถืออำนาจรัฐ แต่เป็นผลที่มาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้มีผลบังคับได้ก็ไม่ใช่เพราะสถานะทางสัญญาหรือการมอบอำนาจจากรัฐ หากแต่เพราะความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้โดยมีประสิทธิภาพ (อนันต์ จันทโรภากร, 2537: 24)

2.5 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

ในปัจจุบันยังไม่มีนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitration) ที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป นักกฎหมายบางท่านก็กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการ” เป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้น และยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้น แทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และเพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากในการฟ้องร้องคดีตามปกติ¹⁸

ใน Black’s Law Dictionary (Seventh edition) อธิบายคำศัพท์นี้ไว้ว่า หมายถึงกระบวนการพิจารณาในการระงับข้อพิพาท โดยการส่งข้อพิพาทให้บุคคลภายนอกที่เป็นกลาง ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายหลังกระบวนการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสนำเสนอคดีของตน ในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจ โดยคู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอำนาจทำคำตัดสินที่มีผลผูกมัดคู่กรณี¹⁹

ส่วนท่านศาสตราจารย์ René David ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น (David, R., 1985: 115)

ส่วนรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ท่านได้อธิบายถึง “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้กับบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัย และชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้มัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลง หรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมาย และข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ บังคับแก่

¹⁸ คำนิยามนี้เป็นคำนิยามของผู้พิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาในคดี *Wauregan Mills Inc. V. Textile Workers Union of America*, A. F.L.C.I.O., 21 Conn. Supp. 134, 14A. 2d. 592, 595

¹⁹ Black, Hc. *Black’s Law Dictionary with Pronunciations*. USA: West Publishing, 1995.

การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมาย แต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2536 : 14)

เรื่องที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสิน อาจเป็นเรื่องข้อกฎหมาย หรือข้อเท็จจริง หรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญก็คือต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาทเพียงเพื่อประเมินราคาประเมินคุณภาพหรือรับรองคุณภาพนั้น ไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2536 : 14)

องค์ประกอบสำคัญสามประการของการอนุญาโตตุลาการ คือ การตกลงกันของคู่กรณี อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท อำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากข้อตกลงนั้น และผลของคำชี้ขาดผูกมัดคู่กรณีให้ทำปฏิบัติตาม รากศัพท์ของคำว่า Arbitration, Arbitrator ในภาษาอังกฤษหรือ arbitrage, arbitre ในภาษาฝรั่งเศสนั้น แสดงถึงอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทตามใจของอนุญาโตตุลาการ ส่วนคำว่าอนุญาโตตุลาการในภาษาไทยนั้นแสดงถึงข้อตกลงกันของคู่กรณี ดังนั้นกระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า Compulsory Arbitration อันเป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องส่งเรื่องให้คณะบุคคลชี้ขาด ไม่ว่าจะคู่กรณีจะสมัครใจหรือไม่ เช่น กรณีของการชี้ขาดข้อพิพาทแรงงาน จึงไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการยืมศัพท์ไปใช้ซึ่งบางครั้งก็เรียกว่า Labor Arbitration ทั้งนี้เพราะเทียบเคียงกับกรณีการอนุญาโตตุลาการปกติ คือมีการชี้ขาดโดยบุคคลที่มีอำนาจ และคำชี้ขาดนั้นผูกพันแต่ขาดองค์ประกอบเรื่องความสมัครใจของคู่กรณี คำว่า Compulsory Arbitration นั้น หากแปลเป็นภาษาไทยคือ การอนุญาโตตุลาการบังคับแล้ว ก็จะได้เห็นได้ว่ามีความขัดกัน (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 23)

คำว่าอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นคำกลาง ๆ หมายถึงกระบวนการในการระงับข้อพิพาท ดังนั้นข้อพิพาทที่ระงับจึงอาจเป็นข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายก็ได้ หรือมีทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายผสมกันก็ได้ ดังนั้นจึงมีการนำเอาคำว่า Arbitration ไปใช้กับการระงับข้อพิพาทในเรื่องคุณภาพของสินค้าปฐุม Commodity Arbitration ซึ่งเป็นเรื่องการค้า และการดู ไม่ใช่การตัดสินโดยใช้ความรู้ทางกฎหมายแต่อย่างใด (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 24)

คำว่า Commercial Arbitration หมายถึง การอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องการพาณิชย์หรือการค้า โดยปกติจะมีปัญหากฎหมายคาบเกี่ยวอยู่ด้วย แต่ในการตัดสินปัญหาข้อกฎหมายนั้น ต้องมีการพิจารณาถึงปัญหาข้อเท็จจริงอยู่ด้วย เพราะปัญหาข้อกฎหมายนั้นอาศัยข้อเท็จจริงเป็นฐานในการพิจารณา (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 24)

ในระยะหลังนับแต่สงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา มีการใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น ทั้งนี้เพราะมีการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น เนื่องจากมีกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากขึ้น อันเป็นผลของการที่ประชากรของโลกเพิ่มมากขึ้น และมีเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่เอื้อให้มีการผลิตและขนส่งสินค้ามากขึ้น โดยในขณะเดียวกันการค้าที่เคยเป็นการค้าภายในระหว่างเมืองแม่กับเมืองขึ้น ก็กลับกลายเป็นการค้าระหว่างรัฐ เพราะมีการปลดปล่อยให้เมืองขึ้นได้รับเอกราชมากขึ้น คำว่าการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) จึงมีการใช้กันบ่อยมากขึ้น นับแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมา แต่ให้พึงระวังการค้าระหว่างประเทศมีองค์ประกอบของเรื่องต่างประเทศอยู่ด้วย ข้อดีข้อเสียทั้งหลายที่เคยใช้อ้างเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าภายในประเทศอาจใช้ไม่ได้ หรือไม่มีอยู่จริงในการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 24)

การอนุญาโตตุลาการ อาจนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ซึ่งอาจเป็นข้อพิพาททางกฎหมาย หรือข้อพิพาททางการเมืองก็ได้ ซึ่งเรียกว่า International Arbitration เนื่องจากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ กฎหมายที่ใช้ในทางวิธีพิจารณา และในทางสารบัญญัติ จึงได้แก่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งต่างกับกรณีของการอนุญาโตตุลาการในทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือไม่ มีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายภายในกับการอนุญาโตตุลาการทั้งในเรื่องวิธีพิจารณาความ และเรื่องสารบัญญัติ จุดที่การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐ (International Arbitration) จะเข้ามาเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับการอนุญาโตตุลาการในทางการค้า ก็คือข้อพิพาทนั้นเคยเป็นข้อพิพาทที่ไม่ใช่เรื่องระหว่างรัฐมาก่อน แต่โดยเหตุที่รัฐได้เข้าสวมสิทธิของเอกชน เนื่องจากเอกชนได้พยายามแสวงหาทางแก้ไขทางกฎหมายภายในจนถึงที่สุดแล้ว แต่ยังไม่ได้รับการเยียวยา (Exhaustion of Local Remedy) (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 24)

จากที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่า การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะทั้งที่เป็นเรื่องของสัญญา และเป็นเรื่องของกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ที่ว่ามีลักษณะเป็นเรื่องของสัญญาก็เพราะการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็โดยอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีทุกฝ่าย ทำการตกลงกันว่าจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ ไม่ว่าจะโดยวัตถุประสงค์ที่ต้องการรักษาความเป็นมิตรระหว่างคู่กรณีไว้ หรือต้องการผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทกันนั้นเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือด้วยวัตถุประสงค์อื่นใดก็ตาม ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอาจกระทำกันไว้ตั้งแต่ต้นพร้อม ๆ กับการทำนิติกรรม หรือสัญญาอันใดอันหนึ่งอันเป็นมูลแห่งข้อพิพาทนั้น โดยทำเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) บรรจุไว้ในฉบับเดียวกับสัญญาอันเป็นมูลแห่งข้อพิพาท เช่น บรรจุไว้ร่วมกับสัญญาซื้อขายเป็นต้น โดยจะขอเรียกสัญญาอันเป็นมูลแห่งข้อพิพาทนั้นว่า “สัญญา

หลัก” (Principal Contract) อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งคู่กรณีอาจไม่ได้ทำข้อตกลงว่าให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้แต่แรก แต่มาตกลงกันในภายหลังเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้

ส่วนในเรื่องมีลักษณะของกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Judiciary Character) นั้น กล่าวคือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางอนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถแยกเด็ดขาดจากศาลได้ เพราะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่พนักงานของรัฐ จึงต้องอาศัยความช่วยเหลือของศาลในเรื่องต่าง ๆ เช่น การขอให้ศาลออกหมายเรียกพยาน การคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดี การบังคับตามคำชี้ขาด เหล่านี้เป็นต้น หากพิจารณาในแง่นี้ จะเห็นได้ชัดว่า อนุญาโตตุลาการและศาลไม่ใช่คู่แข่งซึ่งกันและกัน แต่เป็นลักษณะของความร่วมมือกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ในการที่จะดำเนินกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับของสังคม อนุญาโตตุลาการจึงเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จึงถือว่าศาลจะไม่ทำการรื้อฟื้นทบทวนสาระของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายอันเป็นประเด็นแห่งคดี ศาลเพียงทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าคำชี้ขาดกระทำขึ้นโดยวิธีพิจารณาความที่ชอบหรือไม่ และขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เท่านั้น

2.6 ประเภทของอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถทำได้หลากหลายรูปแบบ และมีความยืดหยุ่นในการดำเนินการค่อนข้างสูง ทั้งในแง่ของขั้นตอนการพิจารณา และการจัดการ ในส่วนของการจัดการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท (สรวิศ ลิ้มปริงยี, 2545: 13) ดังจะได้ศึกษาคงต่อไปนี้

2.6.1 อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institution Arbitration)²⁰

²⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนีภาษาไทยเพื่อการคำ และราชชื่อกับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ, 2540 : 101 อธิบายไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน หรือ Institutional Arbitration คือ การอนุญาโตตุลาการที่ทำตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการสถาบันใดสถาบันหนึ่งซึ่งอาจเป็นระดับประเทศ เช่น AAA หรือ American Arbitration Association หรือระดับระหว่างประเทศ เช่น ICC หรือ International Chamber of Commerce โดยปกติสถาบันอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีลดจนการดำเนินการเพื่อให้คำชี้ขาดนี้มีผลบังคับใช้

สถาบันอนุญาโตตุลาการอาจเป็นส่วนหนึ่งของสมาคมในทางการค้าหรือเป็นสถาบันที่ขึ้นอยู่กับหอการค้าหรือเป็นสถาบันอิสระก็ได้ การอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันนี้มีกแพ่ง เพราะต้องเสียค่าธรรมเนียมที่จ่ายให้แก่ตัวอนุญาโตตุลาการและที่จ่ายให้แก่สถาบัน สถาบันบางแห่งก็ได้กำไรจากการอนุญาโตตุลาการมากคือ เพียงพอที่จะไปเจือจุนกิจการอื่นของสถาบันที่เกี่ยวข้อง เช่น ICC ได้เงินพอที่จะไปใช้ในการอบรมกฎหมายพาณิชย์ชั้นสูงในสถาบันที่ขึ้นอยู่กับ ICC)

อนุญาโตตุลาการแบบสถาบันนั้นอาจกล่าวได้โดยสรุปว่า เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้การดูแล และจัดการของ “สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Institute)” ซึ่งทำหน้าที่อำนวยความสะดวก และดูแลให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ตั้งแต่เริ่มดำเนินการจนเสร็จสิ้นมีคำชี้ขาด ข้อสังเกตประการสำคัญเกี่ยวกับบทบาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คือ สถาบันจะรับผิดชอบเฉพาะการจัดการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง และไม่มีอำนาจใด ๆ ที่จะไปแทรกแซงการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นเอง สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละสถาบันจะมี “ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules)” ของตน เพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในแต่ละขั้นตอน คู่กรณีอาจจะทำความตกลงเพิ่มเติมให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งอย่างใดแตกต่างจากข้อบังคับกำหนดก็ได้ แต่หากคู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น สถาบันอนุญาโตตุลาการก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่ข้อบังคับไว้ หากเปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณาของศาลแล้ว ข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่คล้ายคลึงกับ “กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ” ที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินคดีในศาล (สรวิศ ลิ้มปริงชี, 2545: 14) โดยกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการนี้ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษา ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดต้องทำตามกฎหมายประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2536:13)

ในปัจจุบันมีสถาบันที่ให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการมากมาย ซึ่งแต่ละสถาบันก็มีกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของตนเอง และอาจมีความชำนาญในธุรกิจ หรือการค้าเฉพาะด้าน ในการเลือกใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการ จึงต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมกับกรณีเฉพาะ ๆ ไป สถาบันที่ให้บริการทางด้านอนุญาโตตุลาการอาจเป็นสถาบันระหว่างประเทศทั้งในระดับสากล และระดับภูมิภาค หรืออาจเป็นสถาบันภายในประเทศก็ได้

2.6.1.1 สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยทั่วไปแล้วจะก่อตั้งขึ้น โดยความร่วมมือระหว่างรัฐบาล องค์การระหว่างประเทศ หรือภาคเอกชนจากประเทศต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่ออำนวยความสะดวกในทางการค้า และการระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ สถาบันเหล่านี้ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยเฉพาะ แม้ว่าจะมีสำนักงานใหญ่

หรือสำนักงานเลขาธิการตั้งอยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง ก็ไม่ได้หมายความว่ามีความสัมพันธ์กับประเทศนี้เป็นหลัก การเลือกสถานที่ตั้งสำนักงานนั้นเป็นเพียงเพื่อเหตุผลในด้านความสะดวกทางการเมือง การค้า และทางภูมิศาสตร์ หรืออาจเป็นเพราะเหตุบังเอิญก็ได้ อย่างไรก็ตามจะต้องได้รับความร่วมมือจากประเทศอื่นเป็นที่ตั้งของสำนักงานด้วย และจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วย โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจกรรมของสถาบันที่อาจมีผลกระทบโดยตรงต่อประเทศที่สถาบันนั้น ๆ ตั้งอยู่ (สรวิศ ลิมปริงยี, 2545: 15)

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจเป็นสถาบันที่ก่อตั้งโดยกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถที่จะมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกับองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ หรืออาจเป็นสถาบันที่ไม่ได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ที่จัดว่าเป็นสถาบันระหว่างประเทศก็เพราะลักษณะ โครงสร้างทางองค์กร สมาชิกภาพ และบทบาทที่มีต่อธุรกิจระหว่างประเทศ หรืออาจเป็นสถาบันที่มีเครือข่ายในด้านบริการในหลาย ๆ ประเทศ

สถาบันที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law Arbitration Institutions) เช่น ICSID ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยความร่วมมือระหว่างรัฐตามความตกลงในรูปแบบของอนุสัญญา ไม่ใช่ก่อตั้งขึ้นโดยกลุ่มนักธุรกิจหรือองค์กรทางธุรกิจ ทำให้ ICSID เป็นสถาบันระหว่างประเทศโดยแท้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากข้อพิพาทที่จะเสนอให้ ICSID ดำเนินการ คู่กรณีจะเป็นรัฐฝ่ายหนึ่ง และเป็นเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการข้อพิพาทดังกล่าว จึงมีลักษณะก้ำกึ่งระหว่าง Public International Arbitration และ Private International Arbitration ด้วยเหตุนี้บางท่านจึงตัดสินใจให้เป็น quasi – international arbitration หรือ semi – international arbitration (สรวิศ ลิมปริงยี, 2545: 15)

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยสภาพของโครงสร้างขององค์กรหรือบทบาทในการดำเนินงาน เช่น หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) หรือ ICC ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1919 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อเสริมสร้างบทบาทของวิสาหกิจเอกชน และเพื่อการพัฒนาและปรับปรุงสภาพแวดล้อมให้เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ จึงได้ดำเนินการเพื่อสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างนักธุรกิจและองค์กรทางธุรกิจต่าง ๆ ทั่วโลก แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งของหอการค้านานาชาติคือ การส่งเสริมบทบาทของวิสาหกิจเอกชนอันเป็นแนวความคิดที่ตรงข้ามกับระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม ด้วยเหตุนี้ประเทศสังคมนิยมจึงไม่เข้าร่วมเป็นสมาชิกของหอการค้านานาชาติ (สรวิศ ลิมปริงยี, 2545: 16)

2.6.1.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

โดยปกติเกือบทุกประเทศจะต้องมีสถาบันอย่างน้อยที่สุดหนึ่งแห่ง ที่ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางการค้า สถาบันเหล่านี้อาจได้แก่ หอการค้าของประเทศนั้น ๆ เอง หรือสมาคมการค้าภายในประเทศต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นสถาบันที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐ และถือว่าเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐ หรืออาจก่อตั้งขึ้นโดยเอกชน เช่น ประเทศไทยมีบริการของสภาหอการค้าไทยซึ่งเป็นของเอกชน และสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ในการให้บริการในการประนอมข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการ

ลักษณะโครงสร้างของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศนั้นมีความแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้น ๆ อยู่ในระบบเศรษฐกิจแบบใด ประเทศเสรีนิยม หรือประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาด (market economy) สถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศเหล่านี้มักจะเป็นของเอกชน มีความคล่องตัวและความเป็นอิสระสูง แต่ถ้าเป็นประเทศสังคมนิยมหรือที่มีเศรษฐกิจแบบวางแผนก็มักจะทำให้มีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นหน่วยงานขึ้นตรงต่อรัฐ ซึ่งในกรณีนี้มักลงทุนหรือพ่อค้าชาวต่างชาติจะระแวงในเรื่องของความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ และพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการใช้บริการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้น หมายถึงมีสำนักงานตั้งอยู่ภายในประเทศเหล่านี้ แต่ไม่ได้หมายความว่าสถาบันเหล่านี้จะไม่ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศด้วย สถาบันอนุญาโตตุลาการของบางประเทศนั้นมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับโดยประเทศต่าง ๆ มากมาย เช่น American Arbitration Association (AAA), Chamber Arbitrale de Paris, Indian Council of Arbitration, Italian Arbitration Association, Japan Commercial Arbitration, London Court of International Arbitration เป็นต้น (อนันต์ จันทโรภากร, 2537: 30)

สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ จะมีกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของตนเอง ซึ่งจะต้องเข้าใจว่าบรรดากฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของสถาบันนั้น ไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย เมื่อคู่กรณีตกลงให้ทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของสถาบันใด กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับนั้นมีผลแต่เพียงเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงของคู่กรณีเท่านั้น โดยปกติแล้วสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงมักจะร่างขึ้นภายในกรอบของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เวลาเลือกใช้บริการ

จึงจำเป็นต้องตรวจสอบกฎหมายของแต่ละประเทศ และกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับของสถาบันต่าง ๆ ให้ดีเสียก่อนว่าเหมาะสมกับความต้องการของกลุ่มหรือไม่ เพียงใด

2.6.2 อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration)²¹

อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีต้องดำเนินการต่าง ๆ ด้วยตนเองตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาจนกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการ คู่กรณีจะต้องทำหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งอนุญาโตตุลาการแบบสถาบันต้องกระทำด้วยตนเอง นอกจากนั้นคู่กรณีต้องทำความเข้าใจความตกลงร่วมกันเกี่ยวกับขั้นตอน กระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการว่าจะต้องทำอะไร ซึ่งหากเป็นในกรณีของอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน จะมีข้อบังคับของสถาบันเป็นตัวกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานนี้ ทำให้คู่กรณีอาจจะต้องเสียเวลามากขึ้น แต่ในปัจจุบันมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) ที่ยกร่างโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันให้ถือเอาข้อบังคับนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาของตน และดำเนินการตามที่ข้อบังคับดังกล่าวกำหนดแทนที่จะต้องนั่งเจรจารายละเอียดเองทั้งหมด อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจนี้มีความยืดหยุ่นสูง เนื่องจากคู่กรณีกำหนดกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ เอง และในบางกรณีอาจทำไปได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากไม่ต้องดำเนินการผ่านคนกลางอีก คู่กรณีต่างติดต่อกันโดยตรง ในบางครั้งจึงอาจจะเหมาะกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่สลับซับซ้อนมากนัก และอาจดำเนินงานเหมือนเป็นส่วนหนึ่งของโครงการใหญ่ที่คู่กรณีกระทำร่วมกัน หรือคอยวินิจฉัยปัญหาข้อขัดแย้งต่าง ๆ ได้ทันท่วงที การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจในลักษณะนี้จะมีข้อดีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีส่วนรู้เห็นปัญหา และความคืบหน้าของโครงการ โดยตลอด ทำให้การทำความเข้าใจ

²¹ พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมคำอธิบายภาษาไทยเพื่อการค้า และราชบัณฑิตยสถานอนุญาโตตุลาการ, 2540 : 5 อธิบายไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ หรือ Ad hoc Arbitration เป็นการทำการอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีกรรมการดูแล หรือควบคุมโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการใด ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจนี้ คู่กรณีต้องเลือกใช้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจจะเลือกจากที่มีผู้ทำไว้แล้วสำหรับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ เช่น UNCITRAL RULES 1976 โดยกำหนดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ได้ หรือจะเอาข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการมาดัดแปลงก็ได้ คู่กรณีจะสร้างขึ้นเองใหม่หมดก็ได้แต่ในทางปฏิบัติคงนิยมทำสองแบบแรกมากกว่า เพราะสะดวกกว่า ข้อสำคัญคือจะต้องมีเลขานุการของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่เก่งเพื่อดูแลให้เรียบร้อย และหาทางแก้ไขในกรณีเกิดปัญหาติดขัด โดยปกติการทำอนุญาโตตุลาการนั้นทำโดยสถาบัน ซึ่งบางแห่งก็หารายได้จากการอนุญาโตตุลาการจนสามารถไปเจือจุนกิจการอื่น ๆ เช่น ICC สามารถหารายได้จากการอนุญาโตตุลาการไปใช้อบรมกฎหมายพาณิชย์ชั้นสูง แต่ทั้งนี้ถ้าหากเลขานุการอนุญาโตตุลาการเรียกค่าบริการสูง ก็อาจทำให้ค่าใช้จ่ายในขั้นที่สุดไม่ถูกกว่ามากนัก โดยเฉพาะเมื่อมีข้อผิดพลาดซึ่งทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า ราชบัณฑิตยสถานอธิบายไว้ว่า การที่คู่กรณีมีความสามารถไปทำงานหารายได้อื่น ๆ มาผูกติดพันกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งสะดวกอยู่

เข้าใจกับปัญหาที่เกิดขึ้น และการวินิจฉัยชี้ขาดทำได้อย่างรวดเร็ว และถูกต้อง (สรวิศ ลิ้มปริงยี, 2545: 17)

อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้มีข้อเสียคือ การขาดบุคคลที่จะมาช่วยในการดำเนินงานในด้านธุรการ เพราะฉะนั้นคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการเองจะต้องทำงานธุรการด้วย เช่น การนัดวัน เวลาและสถานที่ในการพิจารณาคดี การจัดหาที่พักระหว่างพิจารณาคดี การติดต่อส่งเอกสาร และกำหนดการต่าง ๆ และบ่อยครั้งที่พบว่าสัญญาของคู่กรณีนั้น ไม่รัดกุมเพียงพอทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ขึ้นในชั้นการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพบว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นนิยมที่จะใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้ องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำกฎเกณฑ์ที่เรียกว่า ECAFE Rules และ UNCITRAL Rules of Arbitration ขึ้นมาเพื่อให้คู่กรณีที่ประสงค์จะทำการอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ใช่สถาบันนำไปใช้ในการอนุญาโตตุลาการของตน ซึ่งต้องเน้นว่า องค์การสหประชาชาติไม่ใช่สถาบันที่ให้บริการทางด้านอนุญาโตตุลาการเหมือนกับสถาบันอื่น ๆ ที่ได้กล่าวมาแต่ได้ยกวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อสนับสนุน และส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย (อนันต์ จันทโรภากร, 2537: 31)

นอกจากความไม่รัดกุมของสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังอาจเกิดปัญหาความไม่แน่นอนว่ารายละเอียดต่าง ๆ ที่คู่กรณีตกลงกันไว้เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการว่าศาลจะบังคับให้ได้หรือไม่ เพียงใด หากมีการขอให้ศาลบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ดีการอนุญาโตตุลาการรูปแบบนี้ก็เป็นที่ยอมรับพอสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นพ่อค้าหรือนักลงทุนต่างประเทศ

2.7 ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ

ลักษณะที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

2.7.1 เรื่องของสัญญา

การอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงกันของคู่กรณี อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท การตกลงกันของคู่กรณีนั้น เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซึ่งหลักทั่วไปคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นตรงกัน และเป็น

ยอมรับกันในหลายประเทศว่า เจตนาในการกระทำสัญญาอนุญาตตุลาการนั้น ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง ไม่ใช่โดยปริยาย ส่วนคู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างน้อยเพียงใด เป็นเรื่องกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ และกฎหมายของนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ (อนันต์ จันทโรภากร, 2536 : 11, 40)

ในทางปฏิบัตินั้นการอนุญาตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจของนานาประเทศนั้นเกิดขึ้นจากสัญญาเสมอ หากไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการ คู่กรณีพิพาทที่ไม่ถูกบังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทของตนด้วยวิธีการดังกล่าว และคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องดำเนินการทางอนุญาตตุลาการมิได้ แต่ถ้ามีสัญญาอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์แต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญาอนุญาตตุลาการ เช่น ฟ้องคดีต่อศาล โดยไม่ยอมดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบังคับให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่บิดพลิ้วปฏิบัติตามสัญญาอนุญาตตุลาการได้ นอกจากนี้หากไม่มีสัญญาอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์แต่มีการอนุญาตตุลาการจนเสร็จสิ้นและมีคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นก็มิผูกพันคู่กรณีที่พิพาทแต่อย่างใด เพราะอนุญาตตุลาการกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ เนื่องจากอำนาจของอนุญาตตุลาการต้องเกิดจากสัญญาของคู่กรณีเท่านั้น (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2540: 5)

ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญาอนุญาตตุลาการไว้ในบทบัญญัติมาตรา 11 กล่าวคือ

ในเรื่องข้อพิพาทที่อาจทำสัญญามอบให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้นั้น อาจเป็น “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว” (Existing Disputes) และคู่สัญญาตกลงกันมอบข้อพิพาทนั้นให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด เนื่องจากคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้เอง นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจจะทำความตกลงล่วงหน้าตั้งแต่ขณะที่ยังไม่เกิดมีข้อพิพาทระหว่างกันว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกันให้มอบข้อพิพาทนั้นให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด อันเป็นการตกลงกันเกี่ยวกับ “ข้อพิพาทในอนาคต” (Future Disputes) ซึ่งปกติการตกลงประเภทนี้จะเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้มีการเจรจาตกลงกันเกี่ยวกับกิจการอย่างหนึ่ง จึงได้ทำความตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นนั้นด้วยว่าให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2540: 5)

ตามมาตรา 11 มิได้จำกัดว่าสัญญาที่จะทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาตตุลาการจะต้องเป็นสัญญาประเภทใดบ้าง ดังนั้น โดยหลักแล้วไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใด คู่สัญญาก็อาจตกลงให้ใช้วิธีอนุญาตตุลาการได้ สัญญาที่มักมีข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธี

อนุญาโตตุลาการ เช่น สัญญาร่วมทุน สัญญาก่อสร้าง สัญญาซื้อขายที่มีทุนทรัพย์ค่อนข้างสูง เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา อย่างไรก็ตาม แม้ข้อพิพาทจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ประเภทอื่น เช่น ละเมิด กฎหมายก็ยอมให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้กำหนดไว้เฉพาะให้ข้อพิพาททางแพ่งเท่านั้นที่อาจมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ แต่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 มิได้กล่าวถึงข้อจำกัดดังกล่าวไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าตามกฎหมายปัจจุบันจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับประเภทข้อพิพาทที่อาจระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ในส่วนของข้อพิพาททางแพ่งซึ่งปกติเป็นเรื่องสัญญา หรือเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายโดยทั่วไปจะใช้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้ เพราะเป็นเรื่องที่คู่กรณีสามารถระงับด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการมาแต่เดิม ในส่วนของข้อพิพาททางอาญา เป็นกรณีที่มีการกล่าวหาว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีกฎหมายห้ามไว้ โดยกฎหมายอาญาได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย จะเห็นได้ว่าการกระทำเหล่านี้เป็นเรื่องร้ายแรงและมีผลกระทบไม่เป็นการเฉพาะตัวต่อคู่กรณีผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ยังอาจส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวมด้วย จึงถือเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบโดยเฉพาะของรัฐที่จะดูแล นอกจากนั้น โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดยังเป็นมาตรการที่ร้ายแรงกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย สิทธิ และเสรีภาพ จึงไม่อาจจะตกอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเพียงเอกชนเท่านั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ในกฎหมายปัจจุบันจะมีได้กำหนดความแตกต่างเรื่องข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญาไว้ แต่โดยสภาพแล้ว คู่กรณีย่อมไม่อาจตกลงกันมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องทางอาญาได้ เพราะจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2545: 12)

2.7.2 เรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท อาจแบ่งได้เป็น 3 ส่วน กล่าวคือ

2.7.2.1 อนุญาโตตุลาการ

ในการอนุญาโตตุลาการต้องมีบุคคลภายนอกคนหนึ่ง หรือหลายคนที่คู่กรณีเลือกขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีอาจเลือกบุคคลดังกล่าวด้วยตนเอง หรือให้บุคคลภายนอกเลือกก็ได้ และอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เสนอต่อตน เพราะอนุญาโตตุลาการมิใช่ตัวแทนของคู่กรณีที่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้แต่ฝ่ายที่แต่งตั้งตนให้ทำหน้าที่ดังกล่าวก็ตาม

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก คู่กรณีจึงควรเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสม กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง ไม่เอนเอียง และปราศจากอคติ ดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการด้วยความเป็นธรรม หมายถึง อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ลำเอียง เป็นอิสระ ฟังความทั้งสองฝ่าย ให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการต่อสู้คดี หรือนำพยานหลักฐานมาสืบอย่างเต็มที่ และควรเลือกบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องต่าง ๆ เช่น ในเรื่องที่เป็นปัญหาที่พิพาทเป็นสำคัญ เพื่อที่จะได้ อนุญาโตตุลาการที่สามารถพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างเป็นธรรมและประหยัดเวลาได้มากที่สุด และที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งต้องเป็นบุคคลที่ยึดมั่นในจริยธรรม เช่น ในเรื่องการรักษาความลับของคู่พิพาทซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นเรื่องซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

นอกจากนั้นการตั้งอนุญาโตตุลาการต้องกระทำตามที่คู่กรณีตกลงกันด้วย จึงจะสมบูรณ์ถูกต้อง และทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้ แต่ถ้าตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ถูกต้องแม้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทไปจนแล้วเสร็จ และทำคำชี้ขาดแล้วคำชี้ขาดนั้นก็ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีพิพาทแต่อย่างใด

2.7.2.2 กระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีได้เสนอต่อตนโดยมีวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณา ซึ่งต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้เสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างข้อเถียงอย่างเท่าเทียมกัน

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปตามที่คู่กรณีได้ตกลงกัน หรือเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ให้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ หรือไม่ได้ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีรายละเอียดกำหนดไว้ อนุญาโตตุลาการก็มีดุลพินิจที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาของตนได้ตามที่เห็นสมควร แต่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างและข้อโต้แย้งของคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะกำหนดโดยบุคคลใด วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมักมีลักษณะที่ยืดหยุ่น ไม่เป็นทางการเมื่อเทียบกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยทางศาล (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2540: 6)

การอนุญาตตุลาการนั้นมีลักษณะของกระบวนการในการวินิจฉัย และตัดสินข้อพิพาทด้วย โดยอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการนั้นเกิดจากข้อตกลงของคู่กรณี (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 38)

ดังนั้นอนุญาตตุลาการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้

2.7.2.3 คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ ข้อพิพาทจะยุติไปต่อเมื่อคณะอนุญาตตุลาการได้วินิจฉัย และมีคำตัดสินเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทกันนั้นว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก คู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด และคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องชำระเงินให้อีกฝ่ายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม คำตัดสินของคณะอนุญาตตุลาการในเรื่องที่พิพาทกันนี้เรียกว่าเป็น “คำชี้ขาด” (Award) ซึ่งเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องคดีต่อศาล

เมื่ออนุญาตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณีเสนอต่อตนจนครบถ้วนแล้ว ก็ต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยต้องทำคำชี้ขาดเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาตตุลาการ และอาจต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดนั้น โดยคู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นได้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะซึ่งยังคงต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น และศาลดังกล่าวจะเป็นองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดให้หากคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ ไม่บกพร่อง (เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2540: 6)

เมื่อกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการยุติลงไม่ว่าจะด้วยการที่คณะอนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาด หรือมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา ตามมาตรา 38 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 กำหนดให้อำนาจต่าง ๆ ของคณะอนุญาตตุลาการย่อมเป็นอันสิ้นสุดลงด้วยในเวลาเดียวกัน เว้นแต่เฉพาะอำนาจที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยในคำชี้ขาดตีความ หรืออธิบายความหมายในคำชี้ขาด และทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมเท่านั้น

2.8 หลักในการดำเนินคดีโดยอนุญาโตตุลาการ และเหตุผลในการกำหนดหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันด้วยใจสมัครที่จะระงับข้อพิพาทของคนไม่ว่าจะเกิดขึ้นแล้ว หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องมีการระบุไว้ในสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยอาจกระทำภายหลังก็ได้ ดังนั้นหากข้อพิพาทที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็จะไม่สามารถบังคับให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ได้ อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีวัตถุประสงค์หลักในการสามารถรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งมีเหตุผลสำคัญหลายประการ ในการกำหนดให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้เป็นหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.8.1 หลักในการดำเนินคดีโดยอนุญาโตตุลาการ

2.8.1.1 มีข้อพิพาท

การจะนำข้อพิพาทมาระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้นั้น ต้องมีข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วต่อการอนุญาโตตุลาการ โดยรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร ได้อธิบายไว้ว่า ข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วไปยังอนุญาโตตุลาการนี้ ในภาษาฝรั่งเศส เรียกว่า Compromis ในภาษาอังกฤษเรียกว่า Submission ในข้อตกลงนี้จะมีข้อกำหนดในเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการควบคู่ไปด้วย ในประเทศฝรั่งเศสแม้มี Clause Compromissoire แล้ว ยังต้องมี Compromis อีก Compromis นี้กำหนดรายละเอียดตั้งแต่การตั้งอนุญาโตตุลาการ การรับคำคู่ความ เงินประกันค่าใช้จ่ายที่ต้องวาง ภาษาที่ใช้ในการพิจารณา (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2540: 44 อ้างแล้วในเชิงจรดอันดับ 6)

สำหรับประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว และข้อพิพาทในอนาคต ซึ่งตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดไว้สรุปได้ว่า ข้อพิพาทที่อาจทำสัญญามอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดนั้น อาจเป็น “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว” (existing dispute) และคู่สัญญาจึงได้ตกลงกันให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด เนื่องจากคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้เอง นอกจากนั้น คู่สัญญายังอาจจะทำความตกลงกันล่วงหน้าตั้งแต่ขณะที่ยังไม่ได้เกิดมีข้อพิพาทระหว่างกันว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างกันให้มอบ

ข้อพิพาทนั้นให้อนุญาตศาลการวินิจฉัยชี้ขาด อันเป็นการตกลงกันเกี่ยวกับ “ข้อพิพาทในอนาคต” (future disputes) ซึ่งปกติการตกลงประเภทนี้จะเป็นกรณีที่คุณสัญญาได้มีการเจรจาตกลงกันเกี่ยวกับกิจการอย่างหนึ่ง จึงได้ทำความตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดจากกิจการนั้นด้วยว่า ให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตศาลการ (สรวีศ ลิ้มปรีงษ์, 2545: 46)

นอกจากนั้นข้อพิพาทที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตศาลการสามารถเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา หรือนิติสัมพันธ์อื่นก็ได้ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่อาจก่อให้เกิดข้อพิพาท หรือทำให้เกิดมีสิทธิเรียกร้องต่อกันนั้นมีหลายรูปแบบ นิติสัมพันธ์ที่มักจะมีการทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตศาลการ ได้แก่ นิติสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งจากการศึกษาตามมาตรา 11 มิได้มีข้อจำกัดว่าสัญญาที่จะทำความตกลงให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตศาลการจะต้องเป็นสัญญาประเภทใดบ้าง ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาประเภทใด คู่สัญญาก็อาจตกลงให้ใช้วิธีอนุญาตศาลการได้ ซึ่งสัญญาที่มักจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีอนุญาตศาลการ เช่น สัญญาร่วมทุน สัญญาก่อสร้าง สัญญาซื้อขายที่มีทุนทรัพย์ค่อนข้างสูง สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ซึ่งกระบวนการอนุญาตศาลการส่วนมากมักเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา อย่างไรก็ตาม แม้ข้อพิพาทจะเกิดจากนิติสัมพันธ์อื่น เช่น ละเมิด กฎหมายก็มิได้ห้ามไม่ให้ใช้วิธีการอนุญาตศาลการ เช่น ในกรณีอุบัติเหตุรถชน หากคู่กรณีตกลงกันภายหลังเกิดเหตุ หรือหากผู้รับประกันภัยตกลงล่วงหน้าในกรมธรรม์ให้ผู้เสียหายสามารถมอบข้อพิพาทให้อนุญาตศาลการชี้ขาดก็อาจทำได้ ซึ่งปัจจุบันกรมการประกันภัยพยายามส่งเสริมให้คู่กรณีระงับข้อพิพาทเรื่องค่าเสียหายโดยให้อนุญาตศาลการวินิจฉัยชี้ขาด จึงได้มีการกำหนดข้อสัญญามาตรฐานเกี่ยวกับอนุญาตศาลการไว้ในกรมธรรม์ประกันภัยด้วย (โสภณ รัตนกร, 2540 : 45)

รวมทั้งข้อพิพาทที่ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตศาลการอาจเป็นข้อพิพาททางแพ่ง ทางอาญา และสัญญาทางปกครองได้ด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาตศาลการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมกำหนดให้เฉพาะข้อพิพาทในทางแพ่งเท่านั้นที่อาจมอบให้อนุญาตศาลการวินิจฉัยชี้ขาดได้ แต่ในพระราชบัญญัติอนุญาตศาลการ พ.ศ.2545 มาตรา 11 มิได้กล่าวถึงข้อจำกัดดังกล่าวไว้แต่อย่างใด จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่าตามกฎหมายปัจจุบันจะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับประเภทข้อพิพาทที่อาจระงับด้วยวิธีอนุญาตศาลการหรือไม่

ในส่วนของข้อพิพาทในทางแพ่งซึ่งปกติเป็นเรื่องของสัญญา หรือเรื่องที่มีการเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งสามารถระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตศาลการมาตั้งแต่ตามความในกฎหมายพรบ.อนุญาตศาลการ พ.ศ. 2530 จึงยังคงดำเนินการได้ต่อไปตามปกติ ในส่วนของข้อพิพาททางอาญานั้น เป็นกรณีที่มีการกล่าวหาว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มี

กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด โดยกฎหมายได้กำหนดโทษทางอาญา อันได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ หรือริบทรัพย์สินไว้ด้วย เช่น การฆ่าผู้อื่น ลักทรัพย์ นอ โกง ยักยอก เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เป็นเรื่องร้ายแรง และมีผลกระทบต่อความสงบสุข และศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวมด้วย จึงถือเป็นเรื่องในความรับผิดชอบโดยเฉพาะของรัฐที่จะต้องดูแลจัดการกับเรื่องที่เกิดขึ้น นอกจากนั้น “โทษ” ที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดยังเป็นมาตรการที่ร้ายแรงกระทบกระเทือนถึงชีวิต สิทธิ และเสรีภาพของผู้กระทำความผิด จึงไม่อาจให้ตกอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแม้ในกฎหมายปัจจุบันจะมีได้กำหนดความแตกต่างเรื่องข้อพิพาททางแพ่ง และทางอาญาไว้ แต่โดยสภาพคู่กรณีย่อมไม่อาจตกลงกันมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องทางอาญาได้ เพราะจะเป็นการตกลงกันที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 แต่กรณีนี้จำเป็นต้องแยกให้ชัดเจนว่า หากเป็นข้อพิพาททางแพ่งแม้จะมีมูลเหตุเกี่ยวพันกับการกระทำความผิดอาญา ข้อพิพาทในส่วนแพ่งก็ยังคงสามารถมอบให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้ (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545: 48)

ในกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (Administrative Contracts) ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 กำหนดว่า หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เดิมในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อพิพาทเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดข้อถกเถียงในทางวิชาการว่าภายหลังจากที่ศาลปกครองเปิดทำการอนุญาโตตุลาการจะยังคงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองอยู่ด้วยหรือไม่ ดังนั้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 15 จึงได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดว่าคู่สัญญาอาจจะตกลงกันให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม ดังนั้นในปัจจุบันคู่สัญญาจึงอาจตกลงมอบข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้เช่นเดิม (สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, 2545:48)

2.8.1.2 สัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างคู่สัญญาเสนอให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด อันเป็นการตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หากคู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงใด ๆ ไว้เกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาท เมื่อเกิดข้อขัดแย้งกันขึ้น คู่สัญญาจะต้องนำข้อพิพาทนั้น ไปฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาลตามปกติ

ในการทำความตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทส่วนใหญ่ คู่สัญญาจะกำหนด “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” (Arbitration Clause) ให้เป็นข้อกำหนดข้อหนึ่งในสัญญาที่เกี่ยวกับกิจการที่คู่สัญญากำลังดำเนินการอยู่ นอกจากนั้น คู่สัญญาอาจจะจัดทำความตกลงเกี่ยวกับวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยแยกออกเป็นเอกสารอีกฉบับต่างหากจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่อาจมีข้อพิพาทโดยตรง โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ต่างหากนี้มีเนื้อหาเฉพาะกระบวนการ และขั้นตอนในการระงับข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ปกติคู่สัญญาจะจัดทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แยกต่างหากในกรณีที่เคยคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ต่อมาเมื่อเกิดมีข้อพิพาทขึ้นแล้ว จึงได้ตกลงให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในรูปแบบใด ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ให้การยอมรับ

สัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อคู่สัญญาด้วย ซึ่งการลงลายมือชื่อคู่สัญญานี้ สามารถพิจารณาได้ว่ามีความแตกต่างจากกรณีที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือในสัญญาประเภทอื่น ที่จะกำหนดให้มีลายมือชื่อเฉพาะ คู่สัญญาที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาเท่านั้น แต่กรณีสัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าความรับผิดชอบเป็นผลจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างคู่กรณีพิพาท โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีความผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยกัน กฎหมายจึงได้กำหนดให้ต้องลงลายมือชื่อของคู่สัญญา ดังนั้นภายในสัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการคู่กรณีสามารถระบุหลักปฏิบัติต่อกันระหว่างคู่สัญญาได้ด้วย เช่น หลักการรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะง่ายต่อการพิสูจน์หน้าที่เมื่อมีการเปิดเผยความลับของการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการพัฒนามาจากความคิดของหลักการคุ้มครองการใช้สิทธิทางศาลของบุคคล ศาลฎีกาถือว่าข้อสัญญา

อนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาล จึงตีความสัญญาดังกล่าวค่อนข้างเคร่งครัด การร่างหรือเขียนข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีความรัดกุม ชัดเจน และมีลักษณะบังคับว่าต้องเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หากเขียนในลักษณะหลวม ๆ ไม่รัดกุมจะไม่มีผลบังคับให้คู่สัญญาต้องนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการ²²

2.8.1.3 กระบวนพิจารณาโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) ของตนเองซึ่งจะผูกพันคู่สัญญาที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยให้ใช้ข้อบังคับของสถาบันในการกำหนดกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันต่าง ๆ จะกำหนดไว้ค่อนข้างละเอียด บทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ จึงเป็นเสมือนมาตรฐานขั้นต่ำในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้เป็นพิเศษ²³

กระบวนการพิจารณาโดยวิธีอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับการพิจารณาตีของศาล ดังนั้น หลักประการสำคัญที่อนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 25 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 คือจะต้องให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน อนุญาโตตุลาการจะเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันชอบธรรมจนทำให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีความได้เปรียบเหนือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกันมิได้หมายความว่าหากคู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างหนึ่ง จะต้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเหมือนกันทุกประการ เช่น การสืบพยานคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจมีพยานที่เป็นชาวต่างประเทศหลายคน และต้องให้การ โดยผ่านล่ามทำให้การพิจารณาใช้เวลามากขึ้น ในขณะที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งมีพยานที่ไม่ต้องผ่านล่าม จำนวนการนัดสืบพยานจึงน้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่า เป็นการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกัน โดยรองศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร ได้อธิบายไว้ในพจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมพรรณนิกายภาษาไทยเพื่อการหาคำและรายชื่ออยู่กับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าหลักการรับฟังพยาน หรือ Admissibility of Evidence ในกระบวนการพิจารณาของศาลจะมีหลักการรับฟังพยานที่แน่นอน แต่ใน

²² ดู วิชัย อริษะนันท์ทกะ รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 (แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2) สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ.2540 หน้า 319 โดยนำมาจาก สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ บ่อหลักกฎหมายแห่งและพาณิชย์ สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. 2538 หน้า 43

²³ ดู วิชัย อริษะนันท์ทกะ รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2 (แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2) สำนักพิมพ์นิติธรรม 2540 หน้า 323

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น หลักการรับฟังพยานนั้นยืดหยุ่น เพราะเหตุหนึ่งของการใช้การอนุญาโตตุลาการก็คือ มีกระบวนการพิจารณาที่ยืดหยุ่นไม่ตายตัว โดยเฉพาะกรณีอนุญาโตตุลาการที่คู่ความมาจากระบบกฎหมายต่างกันเป็นการยากที่จะให้เกิดความเป็นธรรม ถ้าอนุญาโตตุลาการยืนยันใช้หลักของระบบใดระบบหนึ่งอย่างตายตัว แต่ทั้งนี้ไม่ห้ามที่คู่กรณีจะตกลงกันว่าให้ใช้กฎเกณฑ์ใดในการรับฟังพยาน ส่วนการชั่งน้ำหนักและฟังพยานนั้นเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ข้อสำคัญของอนุญาโตตุลาการต้องฟังความทั้งสองฝ่าย คือ ให้คู่กรณีมีโอกาสนำเสนอคดีข้างของตน คือเป็นไปตามหลัก *audit alteram partem* การคัดพยานจนเป็นเหตุให้คู่กรณีไม่สามารถนำเสนอคดีของตนโดยไม่มีเหตุอันควรอาจทำให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการนั้นเอนเอียง หรือกระบวนการพิจารณานั้นไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นเหตุให้ศาลทำลายคำชี้ขาดนั้น ได้ในภายหลัง (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร:2540: 8)

นอกจากนั้น หลักการอีกประการหนึ่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 คือ อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสคู่พิพาทนำสืบพยานหลักฐาน และเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาท โดยหากคู่พิพาทเห็นว่าพยานหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องและจำเป็นต่อการนำเสนอข้ออ้างและข้อต่อสู้ของตน คณะอนุญาโตตุลาการก็ควรต้องให้โอกาสคู่พิพาทในการนำพยานหลักฐานนั้นมาเสนอได้ มิฉะนั้น อาจทำให้คู่พิพาทต้องเสียเปรียบ และอาจเป็นเหตุให้แพ้คดีได้ในที่สุด อย่างไรก็ตาม การให้โอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานที่คู่พิพาทต้องการจะนำเสนอเป็นพยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือยซ้ำซ้อน คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดให้คู่พิพาทนำเสนอเฉพาะที่จำเป็นเมื่อพิจารณาถึง “พฤติการณ์แห่งข้อพิพาท” นั้น มิฉะนั้น อาจเป็นช่องทางให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประวิงการดำเนินการได้ และทำให้ต้องเสียเวลา และค่าใช้จ่ายมากเกินไปสมควรด้วย

หลักการอีกประการหนึ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง และเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการ โดยเกี่ยวข้องกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณาโดยตรงด้วย คือ การพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการปกติต้องกระทำโดยลับ ซึ่งตามหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนโดยตรง อย่างไรก็ตามหลักการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการต้องทำโดยลับ เป็นหลักการที่รู้กันโดยทั่วไป การรักษาความลับนี้ได้กำหนดไว้เป็นหน้าที่ตามประมวลจริยธรรมซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นกรอบ และแนวปฏิบัติคืออย่างเป็นทางการที่เห็นได้ชัดเจน โดยคู่พิพาทสามารถกำหนดไว้ในสัญญาาระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ ตลอดจนเป็นบรรทัดฐานขั้นต่ำสุด ที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติในแง่การบ่งชี้เหตุแห่งการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการ การถอดถอนความรับผิดชอบ และความคุ้มครองกันด้วย ซึ่งหน้าที่ในการรักษาความลับนี้ถือเป็นหน้าที่อันสำคัญยิ่ง และเป็นจุดมุ่งหมายของการอนุญาโตตุลาการ อันทำให้กระบวนการพิจารณาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมี

ความแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาโดยทางศาล ทำให้เป็นที่เชื่อถือ และนิยมอย่างแพร่หลายในวงการธุรกิจการค้า การลงทุน เนื่องจากสามารถรักษาความลับ และชื่อเสียงในวงการธุรกิจการค้าได้เป็นอย่างดี

ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยได้วางกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อที่ 22 (3) กำหนดให้การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาให้กระทำเป็นการลับ และใน ข้อที่ 24 กำหนดว่า “คู่พิพาทจะไม่อ้างอนุญาโตตุลาการเป็นพยานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทซึ่งเป็นมูลแห่งกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ”

จากข้อบังคับดังกล่าวเห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการในการรักษาความลับของกลุ่มความ หรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะด้วยบทบัญญัติกฎหมาย ข้อบังคับของสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ประมวลจริยธรรม และแนวทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการ กลุ่มความ ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการรักษาความลับไม่ได้เป็นหน้าที่โดยเด็ดขาด แต่ยังขึ้นอยู่กับข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นบางประการด้วย อาทิเช่น ความยินยอมของกลุ่ม ความจำเป็นที่มีกฎหมายอนุญาตให้เปิดเผยความลับได้ในการรักษาผลประโยชน์แห่งสาธารณชน เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดของข้อยกเว้นและข้อจำกัดผู้เขียนจะได้อธิบายโดยละเอียดในบทต่อไป

2.8.1.4 คำชี้ขาด

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทจะยุติไปต่อเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการ ได้วินิจฉัย และมีคำตัดสินเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทกันนั้น ว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก คู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด และคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องชำระเงินให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ อย่างไรก็ตาม คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องที่พิพาทกันนี้เรียกว่า “คำชี้ขาด” (Award) ซึ่งเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องคดีต่อศาล

ตามบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้กำหนดให้มีการเผยแพร่คำชี้ขาด ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ทำให้คู่กรณีสามารถรักษาความลับระหว่างตนไว้ได้ ทำให้ไม่เสียข้อมูลในทางการค้า ไม่เสียอำนาจต่อรองในการเจรจาในอนาคต แต่ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับคู่พิพาทว่าจะพอใจอยู่เพียงการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากคู่พิพาทไม่พึงพอใจ และกฎหมายมิได้ห้ามอุทธรณ์ต่อศาล ก็น่าเชื่อว่าเรื่องที่เคยลับกลับจะต้องเปิดเผย เพราะมีการพิจารณาในศาล และมี

การตีพิมพ์เผยแพร่คำพิพากษาของศาล การอุทธรณ์ไปศาลนอกจากทำให้ความลับเสียไปแล้ว ยังทำให้เรื่องซ้าลง และค่าใช้จ่ายแพงไปด้วย ในกรณีนี้ควรสังเกตด้วยว่าเรื่องการรักษาความลับนี้อาจเป็นเครื่องทำลายสิ่งอื่นได้ด้วย การรักษาความลับทำให้ไม่สามารถเผยแพร่เหตุแห่งชี้ขาดอันจะเป็นการเพิ่มพูนความรู้ของผู้ชี้ขาดรายอื่นในข้อพิพาทที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน อันจะทำให้การตัดสินใจของผู้ชี้ขาดรายอื่นทำได้รวดเร็วยิ่งขึ้น ในทางปฏิบัติมีการตีพิมพ์คำชี้ขาด เมื่อคู่กรณีอนุญาต โดยการตีพิมพ์โดยเต็มหรือกรองข้อเท็จจริงออกมาบางส่วน ซึ่งการตีพิมพ์โดยเต็มจะเป็นการทำลายการรักษาความลับของคู่กรณี หากตีพิมพ์โดยกรองข้อเท็จจริงออกก็ยังคงเป็นการเปิดช่องให้สันนิษฐานว่าใครคือคู่พิพาท และทำให้ได้ข้อเท็จจริงไม่ครบ ไม่อาจเพิ่มพูนความรู้ของอนุญาโตตุลาการคนอื่น ๆ ได้เต็มที่ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2540: 33)

ดังนั้นในเรื่องหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นหลักที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยตลอด ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับ และเชื่อถือ เนื่องจากการสามารถรักษาความลับไว้ได้

2.8.2 เหตุผลในการกำหนดหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ (Confidentiality of the Arbitration)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนหลักของการดำเนินคดีโดยอนุญาโตตุลาการว่าหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ (Confidentiality of the Arbitration) เป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการ เป็นหน้าที่หลักที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ และเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนกระทั่งมีคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทจำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านั้น อาจเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ แต่การเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่ทำให้การระงับข้อพิพาทสามารถบรรลุผลสำเร็จด้วยความถูกต้อง เนื่องจากได้รับข้อมูลที่ชัดเจน ละเอียด และตรงประเด็น ซึ่งการเปิดเผยข้อมูล ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญและจำเป็นเช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาทางศาล มิฉะนั้นย่อมไม่สามารถนำมาเป็นมูลฐานและพยานในการพิจารณามีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นหากไม่มีมาตรการที่จะคุ้มครองรักษาความลับของการอนุญาโตตุลาการแล้ว ย่อมทำให้การบรรลุวัตถุประสงค์อันเป็นหัวใจที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ และเป็นปรัชญาของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีอาจบรรลุผลได้ จึงควรมีการกำหนดมาตรการที่เหมาะสม มีความชัดเจนในการคุ้มครอง รักษาความลับของ



การอนุญาตตุลาการ รวมถึงสรรพเอกสารที่เกี่ยวข้อง หรือใช้เป็นพยานในข้อพิพาททั้งปวงที่ได้มีการส่งมอบ หรือนำไปใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาท หากผู้ที่มีหน้าที่รักษาความลับ หรือผู้ที่เกี่ยวข้องนำไปเปิดเผยโดยไม่มีอำนาจ และไม่ได้รับความยินยอม ควรต้องได้รับโทษตามกฎหมาย เว้นแต่มีเหตุยกเว้นให้สามารถเปิดเผยได้เท่านั้น

หลักการสำคัญอันเป็นสาเหตุให้คู่พิพาทเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการ ก็คือเรื่องการรักษาความลับ ซึ่งเป็นหลักการที่แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยทางศาล และการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่น ๆ ด้วย เพราะข้อเท็จจริงในข้อพิพาท คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายย่อมไม่ประสงค์ให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก หรือสาธารณชน เพราะอาจกระทบกระเทือนต่อรูปคดี ต่อสัญญาระหว่างกัน สัมพันธภาพต่อไปในการร่วมธุรกิจการค้า ตลอดจนชื่อเสียง และสิทธิต่าง ๆ ด้วย

ในด้านเหตุผลจากวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการในการรักษาความลับนั้น เนื่องมาจากจุดมุ่งหมายของวิธีการระงับข้อพิพาท เนื่องจากเป็นหลักการที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในนานาประเทศว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมน้อยกว่าหลาย ไม่เฉพาะแต่ความนิยมในระบบเท่านั้น แต่ยังเป็นที่ยอมรับ เชื่อถือในอรรถประโยชน์ของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าประโยชน์ของอนุญาตตุลาการนั้นมีหลายประการอันเนื่องมาจากจุดมุ่งหมายของวิธีการระงับข้อพิพาทนั่นเอง กล่าวคือ 1.สะดวก 2.รวดเร็ว 3.ไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย 4.มีการประนีประนอม 5.ลดจำนวนอรรถคดีมาสู่ศาล 6.รักษาความลับได้ดีเท่าที่คู่ความจะให้ความร่วมมือ ซึ่งในเรื่องเหตุผลที่ควรใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท มีข้อคิดเห็นดังนี้ (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, 2540: 32-34)

กรณีที่ว่าไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย หรือ “ถูก” มีผู้เห็นว่าการอนุญาตตุลาการนั้น “ถูก” กว่า การไปฟ้องร้องที่ศาล ซึ่งจะจริงก็ต่อเมื่อการอนุญาตตุลาการนั้นทำให้สามารถระงับข้อพิพาทได้เร็วกว่า การไปฟ้องศาล เพราะโดยปกติค่าใช้จ่ายในการไปศาลนั้นถูกกว่าอยู่แล้ว เพราะผู้พิพากษาเงินเดือนหลวง ในขณะที่อนุญาตตุลาการนั้นคิดค่าธรรมเนียมการชี้ขาดข้อพิพาทจากคู่ความ การอนุญาตตุลาการนั้นมีค่าใช้จ่ายซ่อนเร้น ถ้าคู่พิพาทต้องเสียคนของตนไปนั่งเป็นอนุญาตตุลาการฝ่ายของตน ไปจนไม่มีเวลาทำงานปกติที่ควรจะต้องทำ (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, 2540:32)

กรณีที่ว่ารวดเร็วมีผู้เห็นว่าการอนุญาตตุลาการนั้น “เร็ว” กว่า การไปฟ้องศาล เหตุนี้ทำให้ทำได้รวดเร็วก็เพราะผู้ที่พิจารณาเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องนั้น ๆ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิเหล่านี้ล้วนมีอาชีพของตนอยู่แล้ว การอนุญาตตุลาการอาจเป็นเพียงงานอดิเรก ถ้าเป็นเช่นนั้นการนัดหมายเป็นสิ่งที่สำคัญมาก

หากมีการเลื่อนการพิจารณาบ่อย ๆ ก็ไม่แน่ว่าการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการจะเร็วกว่าศาลเสมอไป และหากให้มีการอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลได้ ที่ว่าเร็วก็กลับช้ากว่าไปศาลด้วย (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2540: 33)

กรณีที่ว่า “ลับ” มีผู้เห็นอีกว่าการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นปกติต้องทำโดยลับ คำชี้ขาดก็ไม่พิมพ์เผยแพร่ คู่กรณีก็สามารถรักษาความลับระหว่างตนได้ ทำให้ไม่เสียข้อมูลในทางการค้า ไม่เสียอำนาจต่อรองในการเจรจาในอนาคต ข้อนี้จะเป็นจริงหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าคู่พิพาทพอใจอยู่เพียงการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากคู่พิพาทไม่พอใจและกฎหมายไม่ห้ามการอุทธรณ์ต่อศาล ก็น่าเชื่อว่าเรื่องที่เคยลับก็กลับจะต้องเปิดเผย เพราะมีการพิจารณาในศาล และมีการตีพิมพ์คำพิพากษาของศาล การอุทธรณ์ไปศาลนอกจากทำให้ความลับเสียไป ยังทำให้เรื่องช้าลงและค่าใช้จ่ายแพงไปด้วยอยู่ในตัว และควรสังเกตด้วยว่าเรื่องการรักษาความลับนี้เอง อาจเป็นเครื่องทำลายสิ่งอื่นได้ การรักษาความลับทำให้ไม่สามารถเผยแพร่เหตุผลแห่งคำชี้ขาดอันจะเป็นการเพิ่มพูนความรู้ของผู้ชี้ขาดรายอื่นในข้อพิพาทที่มีลักษณะเดียวกัน อันจะทำให้การตัดสินของผู้ชี้ขาดรายอื่นทำได้รวดเร็วขึ้น ในทางปฏิบัติมีการตีพิมพ์คำชี้ขาด ในเมื่อคู่กรณีอนุญาตโดยตีพิมพ์โดยเต็มหรือกรองข้อเท็จจริงออกมาบางส่วน การตีพิมพ์โดยเต็มเป็นการทำลายการรักษาความลับของคู่กรณี หากตีพิมพ์โดยกรองข้อเท็จจริงออกก็ยิ่งเปิดช่องให้เขาได้ว่าใครคือคู่พิพาท และทำให้ได้ข้อเท็จจริงไม่ครบ ไม่อาจเพิ่มพูนความรู้ของอนุญาโตตุลาการคนอื่น ๆ ได้เต็มที่ (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, 2540: 34)

อนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทที่มีหลักในเรื่องรักษาความลับเป็นจุดมุ่งหมายหลักที่สำคัญยิ่งของการอนุญาโตตุลาการ ทำให้ได้รับความนิยมในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทนี้ทั้งข้อพิพาทภายในประเทศ ข้อพิพาทระหว่างประเทศ และข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศด้วย การอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จได้ต้องมีกระบวนการที่สร้างและสนับสนุนให้คู่กรณีที่พิพาทมีความรู้สึกเชื่อมั่นในการเปิดเผยข้อเท็จจริง ข้อมูลต่าง ๆ สามารถแสดงความคิดเห็น สามารถถกเถียง อภิปราย มีการเปิดเผยเอกสารต่าง ๆ ไม่ว่าจะในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร หรือในรูปแบบสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแสดงรายละเอียดที่ชัดเจน ถูกต้องนำเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ โดยทั้งนี้ คู่กรณี ผู้เกี่ยวข้องที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักประกันต่อข้อมูลที่ได้นำเสนอว่าจะไม่ถูกเปิดเผย หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์อื่นใด หรือแพร่กระจายสู่บุคคลภายนอก ต้องได้รับการคุ้มครองให้เป็นความลับ โดยการสร้างหลักประกันดังกล่าวนี้เพื่อเป็นเสมือนเกราะป้องกัน คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้รับรู้ข้อมูลนำข้อมูลเหล่านี้ออกเปิดเผย นำไปใช้ในลักษณะที่สร้างความเสียหายในภายหลัง เช่น ข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าเมื่อมีการเปิดเผยจะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันในด้านตลาดลดน้อยลง เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบต่อกัน หรือกระทบต่อชื่อเสียง หรือสิทธิในด้านต่าง ๆ (Neill, 1997: <http://www.arbiter.wipo.int>)

การอนุญาตตุลาการนั้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ ซึ่งเป็นหลักอันทำให้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการต่างจากศาล และทำให้ได้รับการยอมรับว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ที่มีประสิทธิภาพ ได้รับความนิยมน้อยกว่าแพร่หลายมากขึ้นด้วยลักษณะที่มุ่งใจดังกล่าวนี้

จากการที่กระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการต้องกระทำโดยลับเสมอ²⁴ คำชี้ขาดจะไม่ทำการพิมพ์เผยแพร่ คู่กรณีจะสามารถรักษาความลับระหว่างกันได้ ทำให้ไม่เสียข้อมูลในทางการค้า ไม่เสียอำนาจต่อรองในการเจรจาในอนาคต คู่กรณีสามารถตกลงจำกัดผู้เข้าร่วมการพิจารณาได้ และบุคคลที่สามารถเข้าร่วมในการพิจารณาตัดสินของอนุญาตตุลาการได้มีเพียงเฉพาะคู่กรณี อนุญาตตุลาการ และพยานที่คู่กรณีได้นำเข้าเบิกความเท่านั้น ยกเว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากคู่กรณี และคณะอนุญาตตุลาการแล้ว ดังนั้นในกรณีอื่น ๆ บุคคลภายนอกจะไม่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาตัดสินได้ ซึ่งทำให้กระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการมีความแตกต่างจากการพิจารณาตัดสินในศาลที่จะอนุญาตให้บุคคลภายนอกเข้ามาฟังการพิจารณาตัดสินของศาลได้ เว้นแต่ศาลจะสั่งให้มีการพิจารณาตัดสินโดยลับเท่านั้น ดังนั้นจะเห็นว่าศาลจะให้มีการพิจารณาตัดสินโดยลับหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาความเหมาะสมว่าจะอนุญาตหรือไม่ เช่น ในคดีอาญา ประเภคดีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งนอกจากกระทบต่อร่างกาย ชื่อเสียง สิทธิของผู้เสียหายแล้ว ยังกระทบต่อจิตใจด้วย ซึ่งเป็นคดีที่ศาลจะมีดุลยพินิจให้พิจารณาตัดสินโดยลับไม่อนุญาตให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมการพิจารณาตัดสินได้ เป็นต้น แต่การพิจารณาตัดสินโดยการอนุญาตตุลาการจะต้องถือว่าลับเสมอ²⁵ จะไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของอนุญาตตุลาการดังเช่นกระบวนการพิจารณาโดยศาล และเมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแล้วเนื้อหาของคำชี้ขาดจะไม่ได้รับการพิมพ์เผยแพร่เหมือนอย่างเช่นคำพิพากษาของศาลส่งผลให้รายละเอียดต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นชื่อของคู่กรณี เนื้อหาสาระกรณีพิพาทกัน เนื้อหาและเหตุผลของคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ จะไม่ได้รับการเผยแพร่ไปสู่สาธารณะ

สำหรับหลักฐานของหลักความลับของการอนุญาตตุลาการนั้นเป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีมาช้านานแล้ว ทั้งในแง่ของจริยธรรม และในแง่ของกฎหมาย แต่ทั้งนี้ตามกฎหมายของอนุญาตตุลาการแล้วยังไม่มีการบัญญัตินิยาม หรือหลักการอย่างชัดเจน จากการศึกษาพบว่า พวกแองโกล - อเมริกา (Anglo - American) เป็นผู้ให้กำเนิดหน้าที่ในการรักษาความลับอันเป็น

²⁴ พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร, ทำไมถึงต้องใช้อนุญาตตุลาการ, ในรวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 33.

²⁵ ไสภณ รัตนกร, ประโยชน์ของอนุญาตตุลาการ: เจตนาธรรมและผลทางปฏิบัติ, ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการเล่ม 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานอนุญาตตุลาการ, 2540), หน้า 46.

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยปรากฏแนวคิดที่ทำให้เกิดหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการ 3 ประการดังนี้ (Dessemontet, 1996: 314 อ้างไว้ในเกรียงศักดิ์ อรุณพงษ์พิศาล, 2543: 129)

ประการที่หนึ่ง หน้าที่ในการรักษาความลับที่เกิดจากข้อเท็จจริงโดยปริยาย (implied in fact) เนื่องจากลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการคือ หลักสัญญา ข้อเท็จจริงใด ๆ ที่คู่กรณีได้กำหนดไว้ในสัญญาย่อมผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นหากกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมผูกพันกัน โดยผลแห่งสัญญา

ประการที่สอง หน้าที่ในการรักษาความลับที่มาจากความสัมพันธ์โดยอาศัยหลักความไว้วางใจต่อกัน (Fiduciary Relationship) แม้ในสัญญาระหว่างคู่กรณีจะมีได้กำหนดเป็นหลักการในการรักษาความลับไว้ แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยหลักความไว้วางใจต่อกัน และหลักแห่งความเชื่อถือ ซึ่งเป็นจารีตประเพณีอันประพฤติกฎปฏิบัติกันมาโดยตลอดให้รักษาความลับซึ่งกันและกัน

ประการที่สาม เจ้าของข้อมูลที่เป็นความลับมีส่วนได้เสียในทางทรัพย์สิน (Property Interest) หรือสิทธิในทรัพย์สิน (Property Right) ในความลับทางการค้า ซึ่งขอบเขตในการให้ความคุ้มครองและเนื้อหาของสาระของการให้ความคุ้มครองอาจแตกต่างกัน หรือเปลี่ยนแปลงไปตามคดีแต่ละคดี เช่นคุณค่าของข้อมูลที่เป็นความลับย่อมขึ้นอยู่กับสถานะของการดำรงการเป็นความลับของข้อมูล หากเมื่อใดข้อมูลนั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไปแล้ว เนื่องจากได้มีการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชน สถานภาพของการเป็นความลับทางการค้าย่อมสิ้นไป ดังนั้นหากมีการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับความลับทางการค้าโดยศาลที่บุคคลภายนอกสามารถเข้าร่วมฟังการพิจารณาคดีได้ หรือมีการเปิดเผยคำพิพากษาของศาลย่อมส่งผลให้สถานะของข้อมูลไม่เป็นความลับอีกต่อไป ทำให้ข้อมูลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายในเรื่องความลับ

ในเรื่องหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการจะปรากฏชัดเจนในส่วนของ การคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งเห็นได้จากกฎเกณฑ์ของ TRIPS ในมาตรา 39 ซึ่งไม่ได้ใช้บังคับอย่างเป็นทางการทั่วโลก หลักเกณฑ์ของ TRIPS เป็นแนวคิดเกี่ยวกับข้อมูลที่เจ้าของมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งในประเทศอเมริกาจะมีการกล่าวถึงในเรื่องของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 39 ของ TRIPS ยังได้กำหนดภาระหน้าที่ให้กับสมาชิกให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า ซึ่งหมายความว่าในขณะที่ประเทศสมาชิกที่เข้าเป็นภาคีมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามในเรื่องการรักษาความลับ โดยเฉพาะการรักษาความลับทางการค้า และข้อยกเว้นทั้งหมดอันสอดคล้องกับมาตรา 39 ของ TRIPS ในกรณีของการอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาที่เป็น

เจ้าของความลับทางการค้า อนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ และพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องมีหน้าที่ในการรักษาความลับ จะไม่สามารถขายหรือค้าขาย หรือเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นความลับของการอนุญาโตตุลาการได้โดยเด็ดขาด (Dessemontet, 1996: 314 อ้างไว้ใน เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, 2543: 129)

หลักการในเรื่องความลับของการอนุญาโตตุลาการ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการประเทศไทยยังไม่มีหลักการในเรื่องดังกล่าวนี้ที่ชัดเจน ในการกำหนดคำนิยามขอบเขต หรือลักษณะของความลับของการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนมาตรการในการให้ความคุ้มครองความลับของการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการด้วย จึงเป็นเรื่องที่ควรพิจารณาว่าควรมีการกำหนดหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการให้ชัดเจน เป็นหลักการที่เป็นรูปธรรมให้ความคุ้มครองกับคู่พิพาทได้หรือไม่ เนื่องจากหากพิจารณาแต่เพียงว่าหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีบทบัญญัติใดที่จะรองรับ หรือกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนย่อมเป็นการยากที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการบรรลุถึงวัตถุประสงค์ซึ่งมีปรัชญาในการรักษาความลับเป็นที่ตั้ง

ปัจจุบันแนวความคิดในหลักความลับของการอนุญาโตตุลาการได้รับการกล่าวถึงอย่างแพร่หลาย และนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ ด้วยคงจะพิจารณาได้จากกฎหมายที่ใช้บังคับโดยทั่วไป ได้แก่ กฎหมายภายในประเทศ อาทิเช่น กฎหมายว่าด้วยสัญญา ไม่มีผู้ใดปฏิเสธ หรือไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดข้อบังคับห้ามมิให้คู่สัญญากำหนดเรื่องการรักษาความลับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเอาไว้ในการจัดทำสัญญา หลักเกณฑ์เรื่องการเลือกอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันซึ่งเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายที่บัญญัติเรื่องการรักษาความลับอย่างเคร่งครัดเอาไว้ เช่น กฎเกณฑ์สภาหอการค้าของเจนีวา กฎเกณฑ์สภาหอการค้าซุริค หรือกฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า ตัวอย่างเช่น มาตรา 162, 273 และ 321 ของประมวลกฎหมายอาญา สวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 4 และ 6 ของกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของ สวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 47 ของกฎหมายธนาคารพาณิชย์ สวิตเซอร์แลนด์และอื่น ๆ (Oliver Weniger, 1994: 144-145 ตามที่ได้อ้างไว้ใน Dessemontet, 1996: 305)