

บทที่ 2

รายงานการศึกษาเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.1 บทนำ

สัญญาก่อสร้างในภาษากฎหมายเรียกว่า จ้างทำของ ซึ่งคือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งหนึ่งสิ่งใดจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น สัญญาก่อสร้างเป็นสัญญาต่างตอบแทนคู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกัน โดยผู้รับจ้างตกลงที่จะรับทำการงานให้ผู้ว่าจ้างให้เป็นผลสำเร็จ และผู้ว่าจ้างต้องให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการงานนั้นซึ่งถ้าทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวก็จะไม่เกิดปัญหาระหว่างกัน แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำที่นอกเหนือไปจากข้อตกลงในสัญญา ก็จะเกิดกรณีพิพาทขึ้นตามมา และโดยธรรมชาติของงานก่อสร้างที่แม้จะได้พยายามดำเนินการทุกอย่างด้วยความรอบคอบก็มักจะมีปัญหาบางอย่างเกิดขึ้น ดังนั้นเพื่อเป็นการหาทางในการยุติปัญหาที่เกิดขึ้นด้วยความเป็นธรรมในสัญญาจึงได้มีบทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทไว้ด้วยเสมอ โดยมีข้อความเป็นการันตนองว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นให้คู่สัญญาทำการตกลงเจรจากันด้วยสันติวิธีก่อนถ้าปัญหาไม่สามารถทำการยุติได้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ก็จะเชิญคนกลางมาช่วยทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้ และถ้ายังไม่สามารถทำความตกลงกันได้จึงจะส่งเรื่องให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดต่อไป

2.2 สาเหตุของการเกิดกรณีพิพาทในงานก่อสร้าง

กรณีพิพาททางการก่อสร้างสามารถเกิดขึ้นได้ตั้งแต่เริ่มต้นดำเนินการก่อสร้างจนถึงภายหลังจากที่งานก่อสร้างได้แล้วเสร็จ โดยผู้รับเหมาอาจยื่นข้อเรียกร้องต่อเจ้าของโครงการหรือเจ้าของโครงการยื่นข้อเรียกร้องต่อผู้รับเหมา หรือต่างฝ่ายต่างยื่นข้อเรียกร้องต่อกัน กรณีที่เป็นข้อเรียกร้องของฝ่ายผู้รับเหมา มักจะเป็นการเรียกร้องขอเพิ่มราคาค่าก่อสร้างหรือต่ออายุสัญญา ส่วนข้อเรียกร้องของฝ่ายเจ้าของโครงการ มักจะเรียกร้องค่าปรับเนื่องจากการที่ผู้รับเหมาทำงานล่าช้าหรืองานชำรุดบกพร่อง วันชัย กิจชาญไพบูรณ์ (2543) กล่าวว่าข้อพิพาทในงานก่อสร้างเกิดจากสาเหตุสำคัญ 8 ประการ คือ

1) ข้อพิพาทที่เกิดจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน ซึ่งมีสาเหตุใหญ่มาจากความซับซ้อนของการก่อสร้าง มีผู้ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ประกอบกับเอกสารสัญญาไม่ชัดเจน ทำให้เกิดการ

ตีความและมีความเห็นขัดแย้งกันจนเกิดเป็นข้อพิพาท ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานสามารถแบ่งออกได้เป็น 5 ประเภท คือ

- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างเป็นทางการ (Formal Changes) โดยเจ้าของโครงการมีคำสั่งให้ผู้รับเหมาทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบหรือข้อกำหนดเฉพาะ

- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยการกำกับ(Directed Changes) โดยเจ้าของโครงการมีคำสั่งเพิ่มหรือลดเนื้องานจากที่กำหนดไว้ในสัญญา (Deductive Change)

- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางการก่อสร้าง (Constructive Changes) โดยผู้รับเหมาอ้างว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากการกระทำของเจ้าของโครงการหรือตัวแทน ซึ่งผู้รับเหมาจะได้รับค่าชดเชยจากการเปลี่ยนแปลง

- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงขนาดใหญ่พิเศษ (Cardinal Changes) เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงขนาดใหญ่แต่อยู่ในขอบเขตของสัญญา

- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากความแตกต่างของเงื่อนไขสัญญา (Differing Site Conditions) โดยสัญญาก่อสร้างไม่อาจกำหนดรายละเอียดของงานได้ทั้งหมดเมื่อผู้รับเหมาดำเนินงานไปจึงพบในภายหลังว่าไม่สามารถก่อสร้างต่อไปได้จนกว่าจะมีการแก้ไข

2) ข้อพิพาทที่เกิดจากความล่าช้า ซึ่งมีสาเหตุมาจากหลายประการด้วยกัน เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน การออกแบบผิด การอนุมัติแบบล่าช้า ขาดการประสานงานที่ดีของฝ่ายต่างๆ เหตุสุทธวิสัย สภาพอากาศไม่เอื้ออำนวย การหยุดงานของคนงาน เป็นต้น

3) ข้อพิพาทที่เกิดจากการเร่งงาน อาจมีสาเหตุจากการการที่เจ้าของโครงการต้องการเร่งงานให้เสร็จก่อนเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา

4) ข้อพิพาทเกี่ยวกับคุณภาพงาน โดยเมื่อเจ้าของโครงการเข้าไปตรวจสอบแล้วพบว่างานไม่เป็นไปตามสัญญา มีความชำรุดบกพร่อง ฝีมือแรงงานไม่ได้มาตรฐาน

5) ข้อพิพาทที่เกิดจากการตีความสัญญา การที่สัญญามีความคลุมเครืออันเป็นปัญหาในการดำเนินการก่อสร้างจึงต้องมีการตีความซึ่งอาจมีการโต้แย้งว่าการตีความเป็นการเพิ่มเนื้องานและไม่ยอมปฏิบัติตามจนเกิดเป็นข้อพิพาท

6) ข้อพิพาทที่เกิดจากงานพิเศษที่นอกเหนือจากในสัญญาก่อสร้าง ถ้าสัญญาไม่กำหนดในเรื่องค่าชดเชยสำหรับงานพิเศษทำให้มีการพิพาทกันเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยเพิ่ม

7) ข้อพิพาทในการเปลี่ยนแปลงแบบและรายละเอียดประกอบแบบ

8) ข้อพิพาทที่เกิดจากการชดเชยในเงื่อนไขที่ไม่คาดคิด

จากการศึกษาเอกสารการสัมมนาในหัวข้อเรื่อง การขจัดปัญหาโต้แย้งระหว่างผู้ควบคุมงานกับผู้รับเหมาก่อสร้าง (2525) ซึ่งมีผู้เข้าร่วมสัมมนาส่วนใหญ่เป็นวิศวกรที่มีความเชี่ยวชาญจำนวนมากปฏิบัติงานซึ่งแต่ละท่านก็ได้กล่าวถึงประสบการณ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันสามารถรวบรวมได้ว่ามีหัวข้อปัญหาที่เป็นสาเหตุแห่งการโต้แย้งรวมทั้งผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์ที่เคยเกิดขึ้น ดังนี้

1) ปัญหาเอกสารสัญญาทำไว้ไม่ละเอียด ไม่ชัดเจน ไม่รัดกุม ทำให้เกิดการเข้าใจหรือตีความคลาดเคลื่อน การขัดกันหรือคลุมเครือของแบบและรายละเอียดประกอบแบบ การระบุของที่หาซื้อไม่ได้ในท้องตลาดทำให้เกิดการชะงักของงานไม่สามารถสร้างได้จนอาจเกิดการทิ้งงาน

2) ปัญหาด้านบุคลากร ไม่เพียงพอ ขาดความรับผิดชอบ ขาดความรู้ความชำนาญ การต่างถือเอาประโยชน์ของฝ่ายตนเป็นใหญ่จนเกินขอบเขต ทำให้เกิดความล่าช้า ผิดพลาดไม่สามารถทำงานได้เสร็จสมบูรณ์ตามสัญญา

4) ปัญหาขาดการประสานงานของแต่ละฝ่าย ไม่กำหนดลำดับการเข้าพื้นที่ให้ดี ทำให้เกิดการสับสนติดขัดในการทำงาน

5) ปัญหาการแบ่งขอบเขตความรับผิดชอบไม่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายต่าง ๆ

6) ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินการต่างๆ การไม่ดำเนินงานให้ตรงตามแผนงาน ทำให้การก่อสร้างเสร็จไม่ทันกำหนดต้องเสียค่าปรับเนื่องจากผิดสัญญา

7) ปัญหาการสำรวจข้อมูลด้านธรณีวิทยาไม่ดีพอ ทำให้เกิดปัญหาด้านวิธีการการออกแบบ การเลือกใช้วัสดุ อุปกรณ์ที่เหมาะสม

8) ปัญหาเรื่องการจัดหาวัสดุและอุปกรณ์ที่ถูกกำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งมีการกำหนดคุณภาพและมาตรฐานเฉพาะ ทำให้จัดหาไม่ได้หรือได้ไม่ทันเวลา

9) ปัญหาด้านการเงิน การจ่ายเงินงวดไม่ตรงตามสัญญา ผู้รับจ้างขาดสภาพคล่องเกิดความล่าช้าในแต่ละงวดงาน การค้างจ่ายอันเป็นเหตุให้ไม่กล้าตัดสินใจเมื่อผู้คุมงานรายงานข้อบกพร่อง

10) ปัญหาคู่สัญญาชาวต่างประเทศ ไม่ทราบวัฒนธรรมการก่อสร้าง ทำให้เกิดการขัดแย้งในตัวสัญญาได้ว่าเรื่องใครรวมหรือไม่รวมในสัญญา

11) ปัญหาคณะกรรมการตรวจการจ้างไม่มีความรู้เกี่ยวกับงานก่อสร้าง ทำให้เกิดความขัดแย้ง และผู้ควบคุมงานต้องใช้ความพยายามอธิบายให้เข้าใจ

2.3 ลักษณะการเรียกร้องในกรณีพิพาท

กรณีพิพาทในงานก่อสร้างเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิยื่นข้อเรียกร้องในคำตอบแทนเนื่องจากความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นสามารถแบ่งลักษณะการเรียกร้องออกได้เป็น 3 ลักษณะ (พินิจ กานติกุล, 2535) คือ

1) การเรียกร้องตามที่ข้อกำหนดในสัญญาได้ระบุไว้ (Contractual Claims หรือ Explicit Claims) เช่น ผู้รับเหมาที่มีสิทธิเรียกร้องปรับราคางานได้กรณีสัญญาเป็นแบบปรับราคาได้

2) การเรียกร้องที่ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนตามข้อกำหนดในสัญญาแต่มีมูลเหตุหรือแสดงให้เห็นว่าชดเชยได้ (Ex-Contractual Claims หรือ Implicit Claims) เช่น เจ้าของโครงการต้องการเร่งงานให้เร็วกวากำหนดเวลาในสัญญาผู้รับเหมาจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นได้

3) การเรียกร้องของผู้รับเหมาซึ่งตามสิทธิหรือตามข้อสัญญาแล้วไม่ได้รับการชดเชยแต่เจ้าของงานอาจจ่ายชดเชยให้ (Ex-Gratia Claims หรือ Non Contractual Claims) เช่น ผู้รับเหมาไม่สามารถทำงานเสร็จได้ทันกำหนดตามสัญญาเจ้าของงานอาจพิจารณาต่อเวลาให้ผู้รับเหมาได้

2.4 วิธีการป้องกันการเกิดกรณีพิพาท

Picard (<http://www.adr.org/publications/punch/articles.html>) ได้กล่าวถึงวิธีการที่สามารถปฏิบัติก่อนและระหว่างการเจรจาในสัญญาเพื่อที่จะวางรากฐานการป้องกันการเกิดข้อพิพาทไว้ 8 ประการ ดังนี้

1) เตรียมการประเมินโครงการในเบื้องต้น ก่อนเข้าทำการประกวดราคาผู้รับเหมาจะต้องทำการประเมินโครงการเบื้องต้นก่อน โดยประเมินและชั่งน้ำหนักความเสี่ยงในทุก ๆ ด้านในการเข้าดำเนินการ การประเมินโครงการเบื้องต้นจะต้องพิจารณาขอบเขตและศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ แผนการดำเนินงานมีความเหมาะสมหรือไม่ มีอะไรที่มีผลกระทบต่อสถานที่ตั้งของโครงการหรือไม่ มีข้อจำกัดเกี่ยวกับแรงงานหรือผู้รับเหมาย่อย มีปัญหาเกี่ยวกับสภาพอากาศ อัตราการแลกเปลี่ยนเงินตราจะทำให้เกิดปัญหาหรือไม่ มีความเสี่ยงเกี่ยวกับรัฐบาล หรือต้องใช้ประสบการณ์ที่จำเป็นบางอย่างหรือไม่ ค่าใช้จ่ายเนื่องจากประสบการณ์พิเศษเป็นเท่าไร ผู้รับเหมาจะต้องมีเงินต้นในการดำเนินโครงการเท่าไร มีทรัพยากรเพียงพอหรือไม่ ผู้รับเหมาสามารถทำงานได้ตามความคาดหวังของเจ้าของและได้กำไรตามที่คาดหรือไม่ ผู้รับเหมาควรคาดการณ์ถึงสถานการณ์ความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น เช่น การประท้วง นัดหยุดงานของแรงงาน รวมทั้งเหตุการณ์ที่

ทำให้การก่อสร้างต้องเลื่อนไปทำในช่วงที่สภาพอากาศยากต่อการก่อสร้าง ควรบ่งชี้ถึงความเสี่ยงไว้ในสัญญาด้วย

2) ใช้ข้อตกลง ระหว่างการเตรียมขั้นตอนการประกวดราคา สำคัญมากสำหรับวิศวกรซึ่งทำงานเกี่ยวกับรายละเอียดทางเทคนิค ซึ่งควรจัดประชุมกันอย่างสม่ำเสมอกับทีมทางการค้าเพื่อที่จะบรรยายให้กระจ่างในแต่ละลักษณะของโครงการ รวมทั้งเอกสารที่เกี่ยวข้องซึ่งจำเป็นต้องเตรียม และผู้ร่วมงานทุกฝ่ายทั้งฝ่ายการค้า การเงิน วิศวกร และฝ่ายกฎหมายควรทำงานร่วมกันเป็นทีม โดยทำการประชุมและจัดทำรายงานแต่ละขั้นของความคืบหน้าของการจัดทำเอกสารราคา และผู้บริหาร โครงการควรตรวจสอบเป็นขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะส่งให้เจ้าของ

3) หลีกเลี่ยงการเสนอราคาที่คิดกำไรเอาไว้ต่ำมาก ๆ บางทีอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงซึ่งเจ้าของงานอาจไม่ยอมเปลี่ยนราคาให้ซึ่งจะนำไปสู่การเกิดข้อพิพาท

4) ควรให้เวลากับการร่างสัญญา เมื่อชนะการประกวดราคา คู่สัญญามักจะรีบทำการร่างสัญญาซึ่งไม่ควรรีบ คู่สัญญาควรประชุมกันเพื่อถามปัญหาข้อสงสัย ข้อจำกัดขอบเขตของงาน ให้กระจ่าง แผนการดำเนินการ ความรับผิดชอบของแต่ละฝ่าย การจัดสรรความเสี่ยงต่าง ๆ และอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หลุมพรางและปัญหาสามารถพบได้โดยการสอบถามอย่างละเอียด เช่น เจ้าของงานคาดหวังอะไรในงาน ผู้รับเหมารับประกันในเรื่องใบบ้าง อะไรที่ร่างสัญญากว่าไว้ แผนการดำเนินงานแต่ละงานเมื่อใด และมีเส้นตายหรือไม่ เมื่อตรวจดูให้แน่ใจว่าร่างสัญญามีความสมบูรณ์ถูกต้องแล้วก็จะทำให้มีโอกาสในการเกิดข้อพิพาทลดน้อยลง หลายโครงการเกิดข้อพิพาทขึ้นเพราะมีช่องโหว่ของขอบเขตของงานระหว่างผู้รับเหมาใหญ่และผู้รับเหมาย่อย ควรระวังในการแต่งตั้งตัวแทนและการประสานงานกันในด้านความรับผิดชอบ

5) อย่างนี้เองเอง ผู้รับเหมาไม่ควรเคาหรือคาดการณ์ เช่น นี้กว่าเจ้าของงานจะเห็นด้วยในการเปลี่ยนแปลงงาน เป็นต้น

6) ควรใช้ภาษาพื้นๆ ในสัญญา ภาษาควรง่ายแก่การเข้าใจ การใช้คำพื้นๆ หลายคำดีกว่าการใช้คำที่รวบรัดคำเดียวและควรใช้ภาษาที่เป็นศัพท์เทคนิคทางวงการช่างซึ่งจะง่ายในการทำ ความเข้าใจ

7) ในสัญญาควรมีข้อกำหนดเกี่ยวกับทางเลือกในการแก้ปัญหาข้อพิพาทด้วย ถึงแม้ต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการเกิดข้อพิพาทแต่ก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ทุกกรณีในสัญญาจึงควรบอกวิธี

แก้ปัญหาข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร เช่น เมื่อเกิดข้อพิพาทแล้วให้ทำการเจรจาเป็นการภายในก่อน เมื่อได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่แล้วไม่เป็นผลสำเร็จ จึงใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถ้าไม่สำเร็จ จึงใช้วิธีอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีที่ได้ทำการศึกษาก่อนแล้วพบว่า เป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพมากกว่า และเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการใช้กระบวนการทางศาล และการดำเนินการเป็นความลับ โดยคู่สัญญาควรใช้กฎข้อบังคับขององค์กรที่มีประสบการณ์ในด้านนี้โดยเฉพาะ

8) การช่วยกันแก้ปัญหาอย่างถ้อยทีถ้อยอาศัย ซึ่งเป็นการลดความเสี่ยงในการเกิดกรณีพิพาท โดยทำการซักถามข้อสงสัยที่กำกวม เงื่อนไขและความต้องการโดยยกให้เป็นหน้าที่ของทีมบริหารและทีมที่คิดในเชิงพาณิชย์ ควรจะมีการตื่นตัวตลอดในการทำงานเพื่อเตือนไม่ให้เกิดข้อพิพาทขึ้น เช่น ทำสัญลักษณ์สีแดงในตารางกำหนดแผนการทำงานเพื่อบ่งชี้จุดที่กำลังดำเนินงานและความแตกต่างของงานจริงและงานตามสัญญา

2.5 วิธีการระงับกรณีพิพาทแบบผลลัพธ์ไม่เป็นการผูกมัด

1) การเจรจา เป็นวิธีในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางการก่อสร้างในขั้นตอนแรกที่มีจะระงับไว้ในสัญญาคือเมื่อเริ่มต้นพบปัญหาให้ทำการเจรจาเป็นการภายในระหว่างคู่สัญญาก่อนเมื่อไม่ประสบความสำเร็จจึงเชิญบุคคลที่สามมาทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ จากผลสำรวจของ Hong Kong International Arbitration Centre (http://www.hkiac.org/en_dispute.html) พบว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีเจรจาข้อพิพาทเกือบจะทั้งหมดไม่สามารถทำการระงับได้และต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในลำดับต่อไป

2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งบุคคลที่สามเพื่อเข้ามาช่วยให้บรรลุลักษณะของปัญหาแต่ไม่มีอำนาจในการบังคับเพื่อให้ยุติปัญหา หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยคือพยายามทำลายทางตันและกระตุ้นให้คู่พิพาทยุติปัญหาได้อย่างฉันทมิตร โดยทำตนเป็นเช่นนักการทูตช่วยในการเจรจากับทั้งสองฝ่ายเพื่อให้เกิดการเจรจาด้วยเหตุผล ปราศจากอารมณ์และตรงประเด็น โดยผู้ไกล่เกลี่ยควรพิสูจน์ให้เห็นว่า ได้ใช้วิธีการต่าง ๆ อย่างดีแล้วในการแก้ปัญหาก่อนที่จะเปลี่ยนไปใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทในขั้นต่อไปคือการอนุญาโตตุลาการหรือศาล

ในปัจจุบันกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการมีบทบาทกับการจัดการกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในโครงการก่อสร้างซึ่งเป็นที่ยอมรับและใช้อย่างแพร่หลายในแทบทุกสัญญาก่อสร้าง Silberman (1997) ได้กล่าวว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่ไม่ผูกมัดคู่กรณี แต่เป็นการกระทำโดยความสมัครใจของคู่กรณีเอง หน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย คือ การ

หาวิธีการต่างๆ ที่ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยอมรับได้ ช่วยทำให้คู่กรณีเห็นทางออกของปัญหาและเข้าใจปัญหาง่ายขึ้น ให้ความรู้และความช่วยเหลือในการสนับสนุนการแลกเปลี่ยนข้อคิดเห็น และช่วยเร่งการสนทนาให้ได้บทสรุปเร็วขึ้น แต่ไม่มีอำนาจที่จะแก้ปัญหาคือพิพาทหรือทำการตัดสินใจที่เป็น การผูกมัดคู่กรณี โดยปกติผู้ไกล่เกลี่ยจะทำการนัดประชุมคู่กรณีที่ฝ่ายไม่พร้อมกัน เพื่อที่จะให้แต่ละฝ่ายได้เข้าใจสถานะจริง ๆ โดยไม่อ้อมค้อม และช่วยในการเจรจาเป็นการภายใน ช่วยให้ข้อมูลเพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ความต้องการที่ยอมรับได้เพื่อให้เกิดการยุติข้อพิพาท และช่วยใน สิทธิที่คู่กรณีต้องการ แต่ข้อมูลที่ใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับจะไม่มีผลต่อ กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และผู้ไกล่เกลี่ยกับอนุญาโตตุลาการต้องเป็นคนละชุดกัน และ ประการสำคัญในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคู่กรณีมีโอกาสในการตัดสินใจด้วยตนเองเป็นครั้ง สุดท้ายก่อนที่ ข้อพิพาทจะถูกดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการหรือศาลที่คู่พิพาทไม่มีส่วนร่วมตัดสินใจในคำตัดสินชี้ขาดหรือคำพิพากษา

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะได้ผลต่อเมื่อคู่พิพาทมีความสนใจที่จะร่วมกระบวนการจริงๆ การประชุมแต่ละฝ่ายกับผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นความลับ โดยผู้ไกล่เกลี่ยทำการคาดการณ์ตามสภาพความเป็นจริงและใช้ศิลปะในการเจรจาเพื่อหาทางยุติปัญหาให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างยุติธรรม และพยายามให้ทุกฝ่ายไม่รู้สึกรู้สึกรู้สึกแพ้หรือเสียหน้า ตามสถิติของ The American Arbitration Association พบว่าการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในอุตสาหกรรมการก่อสร้างของสหรัฐอเมริกาประสบความสำเร็จมากกว่า 70% (Keith, 1997) ซึ่งหัวใจแห่งความสำเร็จของการไกล่เกลี่ยอยู่ที่การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับปัญหาข้อพิพาท แต่ถ้าเป็นข้อพิพาทของรัฐบาลเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่แน่ใจในอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ในการที่จะจัดการกับปัญหาโดยการประนีประนอม Chau (1992) กล่าวว่าข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยไม่จำเป็นต้องยุติธรรมตามกฎหมายแต่เป็นความยุติธรรมที่คู่กรณีรับได้และยอมรับปฏิบัติตาม และได้กล่าวถึงลักษณะหลักที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรมีดังนี้ 1) มีศิลปะในการเจรจา 2) อำนาจ ความสะดวกในการติดต่อสื่อสาร 3) สร้างทางเลือกให้กับคู่พิพาท 4) โน้มโน้มให้คู่พิพาทยอมรับการยุติปัญหา 5) ช่วยคู่พิพาทคิดข้อเสนอในการยุติปัญหาที่อีกฝ่ายยอมรับได้ Treacy (1995) ได้กล่าวถึงหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ดังนี้ 1) ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่มีอำนาจบังคับวิธีการแก้ปัญหา ขึ้นอยู่กับความยินยอมของคู่พิพาท 2) ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถบ่งชี้ประเด็นที่เป็นปัญหาให้แคบลงตรงจุดยิ่งขึ้นและเป็นผู้ส่งข้อความระหว่างคู่พิพาท ช่วยหาข้อตกลงร่วมกันของคู่พิพาทและช่วยชี้ทางของสิ่งที่คู่พิพาทยังตกลงกันไม่ได้

ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีดังนี้ (Hong Kong International Arbitration Centre, http://www.hkiac.org/en_dispute.html)

- (1) ช่วยสนับสนุนและสร้างบรรยากาศที่ดีในการทำความตกลงกัน

- (2) คู่พิพาทสามารถกำหนดผลลัพธ์ของข้อพิพาทได้
- (3) ช่วยสนับสนุนการแลกเปลี่ยนข้อคิดเห็นระหว่างคู่พิพาท
- (4) ช่วยให้การใช้เวลาในการทำข้อตกลงกันอย่างมีประสิทธิภาพ
- (5) เสียค่าใช้จ่ายตามความเป็นจริง
- (6) การดำเนินกระบวนการอย่างเป็นความลับ
- (7) ช่วยให้บทเรียนกับคู่พิพาทในแนวทางของการแก้ไขข้อพิพาทโดยความร่วมมือของทุกฝ่ายที่ช่วยในการทำการตัดสินใจตามหลักความเป็นจริง
- (8) ไม่มีการบังคับในกระบวนการขึ้นอยู่กับความสมัครใจ

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงการเปรียบเทียบข้อดี-ข้อเสียของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข้อดี	ข้อเสีย
1. สามารถถอนตัวออกจากกระบวนการได้ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่พอใจที่จะดำเนินการ	1. ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจบังคับข้อตกลงในการยุติปัญหา
2. ทำให้เกิดความรู้สึกเป็นคู่ต่อสู้น้อยลงเนื่องจากกระบวนการมีการสนับสนุนความร่วมมือกัน	2. ถ้าการดำเนินการไม่ประสบผลสำเร็จจะทำให้คู่พิพาทเสียทั้งเงินและเวลา
3. คู่พิพาทยอมเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับทราบทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถหาข้อยุติปัญหาได้ง่ายขึ้น	
4. ผู้ไกล่เกลี่ยช่วยให้คู่กรณีเห็นผลประโยชน์ของความร่วมมือ	
5. คู่พิพาทสามารถกำหนดการยุติปัญหาได้ด้วยตนเอง	

2.6 วิธีการระงับกรณีพิพาทแบบผลลัพธ์เป็นการผูกมัด

1) กระบวนการการอนุญาโตตุลาการ ลักษณะสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คือ ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีความเป็นกลางและได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาท โดยมีขอบเขตอำนาจในการพิจารณาความเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความแต่ไม่เคร่งครัดเหมือนศาลเป็นการดำเนินการพิจารณาเองโดยเอกชน คำชี้ขาดถือว่าถึงที่สุดและเป็นการยุติข้อพิพาท โดยมีผลผูกมัดให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม (อนันต์ จันทโรภากร, 2536)

2) กระบวนการศาล เมื่อไม่มีข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาทวิธีอื่นคู่พิพาทจึงสามารถเริ่มใช้กระบวนการทางศาลได้ ซึ่งใน Website ของ Martinez (<http://www.omarbitration.com>) ได้มีหัวหน้าผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐท่านหนึ่งชื่อว่า Burger ได้กล่าวว่าการใช้ระบบการตัดสินโดยศาลจะทำให้เสียค่าใช้จ่ายมาก มีความยุ่งยาก ทำให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการทำลายฝ่ายที่แพ้

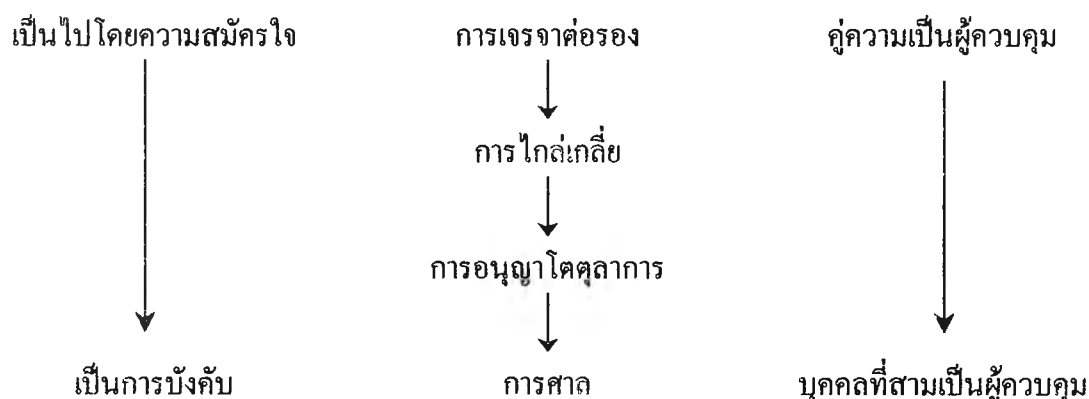
ตารางที่ 2.2 ตารางเปรียบเทียบกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท	การอนุญาโตตุลาการ
1. เริ่มดำเนินการด้วยความสมัครใจ	1. อาจสมัครใจหรือถูกบังคับให้ดำเนินการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ
2. คู่พิพาทไม่รู้สึกรว่าเป็นคู่ต่อสู้กัน	2. คู่พิพาทรู้สึกว่าเป็นคู่ต่อสู้กันบ้าง
3. ไม่มีพิธีการในกระบวนการ	3. มีพิธีการในกระบวนการเล็กน้อย
4. ผู้ไกล่เกลี่ยพยายามให้ได้ข้อตกลงร่วมกันของคู่พิพาท	4. อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องให้คู่พิพาทมีความเห็นสอดคล้องกันในการทำคำชี้ขาด
5. ไม่สามารถบังคับให้ทำข้อตกลงได้แต่พยายามโน้มน้าวความคิดเห็นคู่พิพาท	5. สามารถบังคับให้ดำเนินการตามคำชี้ขาดได้
6. การดำเนินการเป็นความลับ	6. การดำเนินการเป็นความลับ
7. ใช้เวลาดำเนินการรวดเร็ว	7. เวลาที่ใช้ดำเนินการมักจะขยายเวลาจากที่วางแผนเอาไว้
8. เสียค่าใช้จ่ายในกระบวนการน้อยกว่า	8. เสียค่าใช้จ่ายในกระบวนการมากกว่า
9. การดำเนินการกระบวนการมีความยืดหยุ่นสูงกว่า	9. การดำเนินการกระบวนการค่อนข้างเข้มงวดกว่า
10. เหตุผลถูกให้จากการชั่งน้ำหนักจากทั้งสองฝ่าย	10. อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ให้เหตุผลโดยการไตร่ตรองอย่างรอบคอบ
11. ผลสรุปในการแก้ไขข้อพิพาทไม่ผูกมัดคู่กรณี	11. เป็นที่สิ้นสุดและผูกมัดคู่กรณี

ตารางที่ 2.3 ตารางเปรียบเทียบกระบวนการศาลและการอนุญาโตตุลาการ

ศาล	อนุญาโตตุลาการ
1. สามารถเริ่มต้นกระบวนการได้โดยคู่กรณีฝ่ายเดียว	1. ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย
2. เรียกคู่พิพาทว่า โจทก์ จำเลย	2. ผู้เสนอข้อพิพาท คู่กรณี
3. ผู้ตัดสินคดีเรียกว่า ผู้พิพากษา	3. อนุญาโตตุลาการ
4. ไม่มีสิทธิเลือกผู้พิพากษา	4. มีสิทธิเลือกอนุญาโตตุลาการ
5. สถานที่พิจารณาคดี ศาล	5. ที่ไหนก็ได้ที่มีความสะดวก
6. โจทก์ต้องเสียค่าขึ้นศาล	6. ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในการเสนอข้อพิพาท
7. ไม่ต้องเสียค่าป่วยการให้ผู้พิพากษา	7. ต้องเสียค่าป่วยการแก่อนุญาโตตุลาการ
8. แบบพิธีการเคร่งครัดตามกฎหมาย	8. กระบวนการมีความยืดหยุ่น เพราะคู่พิพาทเป็นผู้กำหนดกระบวนการพิจารณาเอง
9. เหมาะกับคู่พิพาทที่มีความสามารถไม่เท่าเทียมกัน	9. เหมาะแก่คู่พิพาทที่มีความสามารถคู่คดีเองได้
10. ศาลมีอำนาจที่อนุญาโตตุลาการไม่มี เช่น อำนาจในการสั่งการหรือนั่งทับบุคคลภายนอกให้มาเป็นพยาน คำสั่งระงับการก่อสร้าง เป็นต้น	10. อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับใด ๆ ต้องขอให้ศาลช่วย
11. ทำการพิจารณาเปิดเผยต่อสาธารณะ	11. การพิจารณาเป็นความลับ
12. มี 3 ศาล	12. ถือเป็นที่สุดในระดับชั้นตอนเดียว
13. คำตัดสินคดีเรียกว่า คำพิพากษา	13. คำชี้ขาด

ภาพที่ 2.1 แสดงระดับการบังคับและการถูกควบคุมโดยบุคคลที่สามในการรับข้อพิพาท โดย (ภาณุ รังสีหัท)



2.7 การระงับกรณีพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในปัจจุบันกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมเพื่อใช้แก้ปัญหาข้อพิพาทในงานก่อสร้างกันอย่างแพร่หลายทั่วโลก ในบางประเทศได้มีการศึกษาวิจัยและจัดตั้งองค์กรที่ดำเนินการควบคุมดูแลโดยเฉพาะในแต่ละสาขาข้อพิพาท ซึ่งองค์กรเหล่านี้ได้ช่วยกันตั้งกฎข้อบังคับต่างๆของกระบวนการขึ้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับข้อพิพาททางวิศวกรรม โดยเฉพาะข้อพิพาททางการก่อสร้างให้สามารถใช้ประโยชน์จากกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดและรองรับกับการเพิ่มขึ้นของจำนวนข้อพิพาททางการก่อสร้างได้ในอนาคต ประเทศไทยเองก็มีสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ยังไม่มีสถาบันสำหรับแก้ปัญหาข้อพิพาททางการก่อสร้างโดยเฉพาะ ปัจจุบันวิศวกรส่วนใหญ่ได้เริ่มมีการตื่นตัวให้ความสนใจกับการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางการก่อสร้างกันมากขึ้น เห็นได้จากกรณีที่ทางวิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย ได้ร่วมมือกับทางสถาบันอนุญาโตตุลาการจัดอบรมวิศวกรอาวุโสเพื่อทำการขึ้นทะเบียนเป็นอนุญาโตตุลาการของสถาบัน และในร่างพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ ก็ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสถาบันอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐและเอกชนจำนวน 15 คน ซึ่งหนึ่งในนั้นก็มียานยวิศวกรสถานแห่งประเทศไทยรวมอยู่ด้วยเพื่อทำหน้าที่ในการออกกฎข้อบังคับต่างๆให้มีประสิทธิภาพและเกิดความเหมาะสม

ไม่มีหลักฐานยืนยันแน่ชัดว่าการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยอนุญาโตตุลาการเริ่มมีขึ้นครั้งแรกเมื่อใด ในสมัยกรีกและโรมัน อริสโตเติลพยายามอธิบายประโยชน์ที่ได้จากการประนอมข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันและยุคนั้นยังไม่มีการแข่งขันแย่งชิงระหว่างการแข่งขัน

พิพาทและการใช้อินญาโตตุลาการอย่างชัดเจน ในสมัยโรมันมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยใช้อินญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 5 โຕ้ะที่ 7 ของกฎหมายสิบสองโຕ้ะ โดยให้มีบุคคลที่สามเป็นคนกลางทำหน้าที่อินญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับเขตที่ดินข้างเคียง ประเทศอังกฤษพบว่ามีความนิยมของพ่อค้าที่จะระงับข้อพิพาทโดยอินญาโตตุลาการมากกว่าการนำคดีไปสู่ศาล จึงทำให้มีการผลักดันให้ออกกฎหมายในประเทศต่าง ๆ เพื่อให้มีการยอมรับและสนับสนุนการอินญาโตตุลาการ ปัจจุบันอังกฤษได้ตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอินญาโตตุลาการ แต่กฎหมายก็ยังให้อำนาจศาลที่จะเข้ามาแทรกแซงการอินญาโตตุลาการค่อนข้างกว้างขวางเมื่อเทียบกับกฎหมายของประเทศอื่น เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมัน เป็นต้น (กรมการประกันภัย, 2543: 5-7) Fenn, Shea, and Davies (1998: 125) ได้กล่าวว่า ในพ.ร.บ.อินญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 ของอังกฤษมีหลักที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ 1) ยุติธรรม รวดเร็ว สามารถแก้ปัญหาในค่าใช้จ่ายที่สมเหตุผลโดยผู้พิจารณาที่มีความเป็นกลาง 2) คู่พิพาทมีความเป็นอิสระ 3) กระบวนการได้รับการแทรกแซงจากศาลน้อยที่สุดแต่ได้รับการสนับสนุนในกระบวนการ โดยอินญาโตตุลาการไม่ควรตัดสินใจด้วยความไม่แน่ใจและไม่ควรปฏิบัติเหมือนผู้ไกล่เกลี่ยจากบทความของต่างประเทศหลายฉบับพบว่าศาลของหลายๆ ประเทศต่างก็ประสบปัญหาความขาดแคลนผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่จะมาทำการพิจารณาคดีทำให้มีคดีรอคิวพิพาทมาเป็นจำนวนมาก และวิธีอินญาโตตุลาการสามารถแบ่งเบาภาระและปัญหาดังกล่าวของศาลได้

เริ่มปรากฏว่ามีข้อกำหนดเกี่ยวกับอินญาโตตุลาการในสัญญาก่อสร้างขึ้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1800 เนื่องจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในงานก่อสร้างเริ่มที่จะยอมรับว่าศาลมีคดีที่รอคำพิพากษาเป็นจำนวนมากทำให้การรอคิวพิพาทนาน และศาลก็ไม่มีทักษะในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับงานก่อสร้าง ใน The American Institute of Architects กล่าวว่าในเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาก่อสร้างอาคารได้กำหนดให้ใช้กระบวนการอินญาโตตุลาการในการแก้ปัญหาข้อพิพาท และในปี ค.ศ. 1964 ได้มีการสำรวจประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการอินญาโตตุลาการโดยคณะกรรมการติดต่อประสานงานของ The American Institute of Architects (AIA) และ Associated General Contractors (AGC) และได้มีคำแนะนำให้แต่งตั้งกลุ่ม The American Arbitration Association (AAA) ให้เป็นผู้ดูแลกระบวนการอินญาโตตุลาการให้ตรงจุดมุ่งหมายของงานก่อสร้าง ต่อมาได้มีการจัดตั้ง National Construction Industry Arbitration Committee (NCIAC) เพื่อเป็นตัวแทนของกลุ่มต่างๆ เหล่านี้คือ

- American Consulting Engineers Council
- American Institute of Architects
- Associated General Contractors
- Associated Speciality Contractors, Inc.

- National Society of Professional Engineers
- American Society of Civil Engineers
- American Society of Landscape Architects
- American Subcontractors Association
- Construction Specification Institute
- The National Utility Contractors Association, Inc.

เพื่อทำการศึกษากฎของ The Construction Industry Arbitration โดยมี AAA เป็นผู้กำกับดูแลกระบวนการให้เป็นแบบแผนเดียวกันทั่วประเทศ และมีการจัดประชุมอย่างสม่ำเสมอเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่า Construction Industry Arbitration Rules ยังคงเป็นการตอบสนองที่ได้รับความต้องการของวงการก่อสร้าง ในปีแรกของการดำเนินการอนุญาตตุลาการภายใต้การควบคุมดูแลของ AAA โดยใช้กฎของ Construction Industry Arbitration Rules มีคดีก่อสร้างเข้ามาใช้บริการ 460 คดี และอีก 14 ปีต่อมา มีคดีก่อสร้างมาใช้บริการเพิ่มขึ้นเป็น 2831 คดี ซึ่งการใช้อนุญาตตุลาการในกรณีพิพาททางการก่อสร้างระหว่างประเทศก็มีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากความไม่มั่นใจในกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งในบทความได้กล่าวเพิ่มเติมอีกว่าอนุญาตตุลาการนับเป็นศาลของอุตสาหกรรมนั้นๆ เพราะผลสุดท้ายถูกตัดสินโดยผู้ซึ่งมีความเข้าใจในความเป็นจริงของปัญหา รวมทั้งวัฒนธรรมของการก่อสร้าง ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องในสัญญาระหว่างคู่พิพาท และเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา (Arbitration: resolving disputes in the construction industry, 1982: 90) ประเทศสหรัฐอเมริกาในระยะแรกๆ มีทฤษฎะว่าสัญญาอนุญาตตุลาการมีผลเป็นการ ริดรอนอำนาจศาล คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกกระบวนการได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ต่อมาทฤษฎะนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปมตรัฐต่างๆ ได้ตรากฎหมายอนุญาตตุลาการเพื่อให้มีผลบังคับใช้และจะยกเลิกสัญญาอนุญาตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทุกฝ่าย ในปัจจุบันทั้งกฎหมายและทฤษฎะของศาลในสหรัฐอเมริกาได้เอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นอย่างมาก (กรมการประกันภัย, 2543: 7-8)

ส่วน Treacy (1995) ได้กล่าวว่าในสหรัฐอเมริกามีการใช้ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท (Alternative Dispute Resolution) เริ่มจากในปี ค.ศ.1915 ได้มีการระงับในสัญญามาตรฐานของ AIA ให้มีการใช้อนุญาตตุลาการในการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ก่อนที่ทั้งคู่จะทำการฟ้องร้องต่อสู้คดีกันในศาล และในปี ค.ศ.1926 มีการจัดตั้ง AAA ซึ่งเป็นองค์กรที่ให้บริการในการดำเนินการด้านอนุญาตตุลาการและมีบทบาทในการพัฒนาการอนุญาตตุลาการ ต่อมาภายหลังเทคนิคการใช้ Alternative Dispute Resolution วิธีอื่นๆ ก็ได้พัฒนามาจากวิธีการทางอนุญาตตุลาการ แต่วิธีการ ความยืดหยุ่น และผลผูกพันจะแตกต่างกันออกไป

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีชื่อเสียงในด้านการให้อำนาจกับอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของระบบศาล และเป็นประเทศแม่บทของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (Amiable Composition) ซึ่งสามารถตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทอย่างไรก็ได้ไม่ต้องใช้กฎหมาย ผู้ที่สามารถตัดสินชี้ขาดได้จึงต้องมีบารมีพอสมควร เพราะคู่พิพาทไว้ใจให้ตัดสินได้โดยไม่ต้องใช้กฎหมาย อาศัยหลักความเป็นธรรมและมโนธรรม (สถาพร มีสะอาด, 2542) โดยมีกรุงปารีสเป็นที่ตั้งของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) หรือที่เรียกกันว่า ICC ซึ่งเป็นสถาบันของเอกชนที่ให้บริการทางด้านการระงับข้อพิพาททางธุรกิจด้านต่าง ๆ และเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลกก่อตั้งโดยนักธุรกิจจากกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปตั้งแต่ปี ค.ศ. 1919 การอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติแบ่งหน้าที่องค์กรออกเป็น 2 องค์กร คือ องค์กรคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) และศาลอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้านานาชาติ (ICC Court of Arbitration) โดยศาลดังกล่าวจะทำหน้าที่ตรวจสอบและให้ความเห็นชอบในข้อเรียกร้อง เมื่อศาลเห็นว่าคดีสามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ก็จะส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการสิทธิการแห่งชาติของสาขาหอการค้านานาชาติประเทศที่เกี่ยวข้องเพื่อตั้งอนุญาโตตุลาการมาประกอบเป็นคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดี (วันชัย กิจชาญไพบูลย์, 2543)

เขตการปกครองพิเศษฮ่องกง การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีที่ได้รับความนิยมวิธีหนึ่งซึ่งถูกควบคุมโดยบทบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ (The Arbitration Ordinance) โดยได้แบ่งการอนุญาโตตุลาการไว้ 2 ระบบ คือ 1) การอนุญาโตตุลาการภายในฮ่องกง ได้ระบบมาจากกฎหมายอังกฤษ 2) การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1976 (United Nations Commission on International Trade Law) หรือที่นิยมเรียกกันว่า UNCITRAL Model Law อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยตัวแทนของคู่พิพาทและจะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เมื่อคู่พิพาทได้ทำความตกลงกันไว้ในข้อกำหนดในสัญญา การอนุญาโตตุลาการในฮ่องกงถูกควบคุมโดยบทบัญญัติทางอนุญาโตตุลาการของกฎหมายฮ่องกง ซึ่งได้รับการยอมรับในต่างประเทศว่าเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดฉบับหนึ่ง ซึ่งเป็นการสนับสนุนกันของวิธีการที่เป็นอิสระจากระบบศาลมากที่สุดกับกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดที่มีศาลช่วยสนับสนุนในสิ่งที่กระบวนการต้องการ (Hong Kong International Arbitration Centre, http://www.hkiac.org/en_dispute.html)

ประเทศสิงคโปร์ มีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท(The Singapore Mediation Centres หรือ SMC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการ(Singapore International Arbitration Centre หรือ SIAC) ขึ้นมามีหน้าที่ช่วยส่งเสริมการแก้ปัญหาอย่างฉันทมิตรและเป็นธรรม การฝึกอบรมการเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จัดขึ้นทะเบียนรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการที่มีคุณภาพ

และมีการบริการที่รวมเอาทั้งการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเข้ามาร่วมกันซึ่งเรียกว่า The SMC – SIAC Med – Arb Service โดยที่เมื่อมีข้อพิพาทเข้ามาใช้บริการนี้ก็จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ SMC ก่อนถ้าทำการไกล่เกลี่ยสำเร็จก็จะทำการสรุปผลการไกล่เกลี่ยในรูปแบบของคำชี้ขาด(Award) ซึ่งจะทำให้มีผลผูกมัดคู่กรณีเหมือนคำชี้ขาด แต่ถ้าทำการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จภายใน 4 สัปดาห์ นับจากวันนัดประชุมวันแรก ทางฝ่าย SMC ก็จะโอนข้อพิพาทไปให้ SIAC เพื่อเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป ซึ่งทางศูนย์มีคำแนะนำว่าควรให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการเป็นคนละคนกันเนื่องจากมีเหตุผล 2 ประการ คือ (1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจบอกความลับบางอย่างกับผู้ไกล่เกลี่ย เมื่อการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จแล้วใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ถ้าฝ่ายนั้นไม่ได้รับโอกาสในการพิสูจน์หักล้างข้อเรียกร้องของอีกฝ่าย อนุญาโตตุลาการอาจนำข้อมูลที่ได้รับในตอนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยมาพิจารณาด้วยซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรม (2) ถ้าในตอนไกล่เกลี่ยคู่กรณีฝ่ายใดให้เหตุผลชี้แจงมาน้อย เมื่อเข้าสู่ชั้นอนุญาโตตุลาการ เมื่อตัวอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาอาจทำให้ข้อมูลนั้นมีผลต่อจิตใจสำนึกในการตัดสินใจ ฉะนั้นจึงควรให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับอนุญาโตตุลาการเป็นคนละคนกันเพื่อที่เหตุผลที่คู่พิพาทได้ให้ไว้ในตอนชั้นไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะได้ไม่มีผลต่อการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการเพราะเป็นชั้นที่มีผลผูกพันกับคู่พิพาทตามกฎหมาย (Singapore International Arbitration Centre, <http://www.sinarb@siac.org.sg/arbtrate.html>)

การที่อนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์มีความเหนือกว่าอนุญาโตตุลาการของไทยมีสาเหตุหนึ่งเนื่องมาจากสภาพที่ตั้งทำให้สิงคโปร์เป็นศูนย์กลางทางธุรกิจและบริการต่างๆ และการใช้ภาษาอังกฤษอย่างกว้างขวางในทางกฎหมายจึงทำให้ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ซึ่งในแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจรัฐบาลสิงคโปร์ ได้กล่าวชัดเจนว่าจะปรับปรุงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของการปรับปรุงบริการทางกฎหมายเพื่อนำรายได้เข้าประเทศ เป็นที่น่าสังเกตว่าหลังจากที่ประเทศมาเลเซียมีการออกกฎหมายเลียนแบบกฎหมายต้นแบบของสหประชาชาติแล้ว มาเลเซียมีความพร้อมทางด้านอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นแต่ยังมีปัญหาในด้านภาษาที่พยายามใช้ภาษามาเลเซียและเรื่องการแตกแยกของชนชาติต่าง ๆ ภายในประเทศทำให้ประเทศไทยมีความเหนือกว่าแต่ก็ไม่มากนัก (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)

ในประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมักจัดทำโดยระบบเอกชน เช่น หอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce) ในฝรั่งเศส สมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา (American Arbitration Association) ในนครนิวยอร์ก และสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International

Arbitration) ในอังกฤษ เนื่องจากวงการธุรกิจและอุตสาหกรรมพยายามหลีกเลี่ยงระบบการระงับข้อพิพาทโดยรัฐซึ่งมักมีความล่าช้าและพิธีการยุ่งยาก

ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยได้ปรากฏหลักฐานกฎหมายตราสามดวงว่ามีการบัญญัติถึงกระลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้นจะตัดสินผูกมัดอย่างไรก็ตามไม่มีโทษ และเมื่อคู่ความไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้ หลักเกณฑ์นี้ได้สืบทอดมาถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการทั้งกรณีในศาลและนอกศาลไว้ (กรมการปกครอง, 2543: 9-11) จากการที่วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในวงการค้ามีความแพร่หลายมากประกอบกับไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นและได้มีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และในปัจจุบันได้มีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ พ.ศ.2545 ได้ยึดกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติในการยกร่างเพื่อให้ทันสมัยเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันและได้รับการยอมรับจากนานาชาติยิ่งขึ้นแม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการจะเป็นการทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ (Judicial way) แต่ไม่ได้ยึดติดกับตัวบทกฎหมายและวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดแบบศาล เนื่องจากความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาล อย่างไรก็ตามในการทำคำชี้ขาดจะต้องใช้หลักความยุติธรรมโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่นำเสนอโดยคู่กรณีทุกฝ่าย

2.7.1 ความหมายของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการเกิดจากคำว่า อนุญาต + ตุลาการ คำว่าอนุญาโตตุลาการนี้ เดิมหมายถึงทั้งตัวบุคคลและกระบวนการในการพิจารณาคัดสินคดี ในปัจจุบันยังไม่มีคำนิยามของคำว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป บางท่านก็ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้นและคู่พิพาทยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้นแทนที่จะนำไปสู่การพิพาทของศาลเพื่อลดภาระในเรื่องพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากในการฟ้องร้องตามปกติ จากการรวบรวมคำจำกัดความของ Crawley (1995); Mackie (1995) อ้างใน Crawley; Martinez (<http://www.omarbitration.com>); Silberman (1997) สรุปได้ว่าอนุญาโตตุลาการคือวิธีการที่สันติขั้นสุดท้าย (Last peaceful resort) ในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางแพ่งไม่ว่าจะเกิดขึ้นในปัจจุบันหรือในอนาคตที่คู่กรณีไม่สามารถทำการตกลงกันได้ โดยผู้ทำการตัดสินเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความเป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นๆ โดยคำตัดสินเรียกว่า

คำชี้ขาด (Award) จะผูกมัดคู่กรณีแต่ไม่ผูกมัดบุคคลภายนอกซึ่งจะพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรมตามเหตุการณ์จริงมากที่สุด ซึ่งกระบวนการจะมีความคล้ายคลึงกับศาลแต่เป็นทางการน้อยกว่า คำเนิการประชุมเป็นการภายในและเป็นความลับ จะมีการเปิดเผยต่อสาธารณะชนต่อเมื่อคำชี้ขาดนั้นได้ถูกใช้ต่อสู้ในศาล คำที่ใช้เรียก ตัวความนั้นไม่นิยมเรียกว่าโจทก์และจำเลย แต่นิยมเรียกผู้เริ่มคดีว่าผู้เสนอข้อพิพาท หรือผู้เรียกร้อง (claimant) และเรียกจำเลยว่าคู่กรณี หรือผู้ถูกเรียกร้อง (respondent) เพื่อให้มีความรู้สึกเป็นปรปักษ์ต่อกันน้อยกว่าคดีแพ่งในศาล

2.7.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการแบ่งได้เป็น 4 ทฤษฎี (อนันต์ จันทโรภากร, 2536) ดังนี้

- (1) ทฤษฎีที่ว่าคำชี้ขาดข้อพิพาทเป็นของรัฐ โดยอนุญาโตตุลาการเป็นการที่รัฐมอบอำนาจให้เอกชนทำการพิจารณาแทนภายใต้ของเขตที่รัฐกำหนด อนุญาโตตุลาการจึงคล้ายคลึงกับศาลจะแตกต่างกันที่ผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งของรัฐ ส่วนอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่คู่กรณีแต่งตั้งเอง
- (2) ทฤษฎีสัญญา โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่กรณี โดยรัฐไม่มีอำนาจแทรกแซงทบทวนคำชี้ขาดทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้
- (3) ทฤษฎีผสม ซึ่งเป็นการผสมกันของทฤษฎีแรกและทฤษฎีที่สอง โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการไม่อาจตัดขาดจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
- (4) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระในตัวเอง สิ่งอื่นที่ประกอบเป็นเพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่เกี่ยวกับเหตุผลทางสัญญาหรืออำนาจรัฐ โดยยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่จำกัดขอบเขต และไม่อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง

2.7.3 ประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการ

Burger (cited in Martinez, <http://www.omarbitration.com>) กล่าวว่าอนุญาโตตุลาการได้ให้คู่พิพาทมีโอกาสเลือกผู้ที่มีความยุติธรรมซึ่งอยู่ในวงการก่อสร้างมาเป็นผู้ชี้ขาด โดยคำตัดสินมีผลผูกมัดคู่กรณีและเป็นที่สิ้นสุดยุติ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการก็เหมือนศาลของอุตสาหกรรมนั้นๆ ซึ่งตัดสินโดยผู้ที่มีความเข้าใจในความเป็นจริงของปัญหาและธรรมเนียมปฏิบัติ และโดยหลักการแล้วอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่มีความยืดหยุ่น รวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายสมเหตุผล เป็นความลับเป็นธรรม

เป็นที่สิ้นสุดและยุติ Martinez ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการด้านการก่อสร้างและเป็นที่ปรึกษามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1972 ได้ให้ความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่มีความชำนาญในงานก่อสร้างสามารถทำคำชี้ขาดได้ โดยไม่ต้องพบคู่กรณีถ้าพยานทุกอย่างเพียงพอและตรงประเด็น ซึ่งทำให้สามารถชี้ขาดได้ในเวลาอันรวดเร็วและคู่พิพาทก็ไม่ต้องเสียเวลานานั่งสัปพยาน จากบทความของ Japan Commercial Arbitration Association (<http://www.icaa.or.jp/e/arbitration-e/svuppan-e/newslet/news7.html>) กล่าวว่าเหตุผลของความจำเป็นที่ต้องใช้อุญาโตตุลาการเนื่องจากระบบศาลปัจจุบันยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสนับสนุนการดำเนินการทางข้อพิพาทของธุรกิจก่อสร้าง และเพื่อให้ทันกับการแข่งขันทางธุรกิจจึงควรใช้ทางเลือกใหม่ที่เหมาะสมแทน เพราะการจัดการกับปัญหาข้อพิพาททางการก่อสร้างซึ่งนับวันจะยิ่งเพิ่มความซับซ้อนและมีความหลากหลายเปลี่ยนแปลงและไม่มีกฎที่แน่นอนตายตัว จึงต้องแก้ปัญหาโดยจัดให้มีวิธีการที่มีความยืดหยุ่นกับทุกสถานการณ์มาแก้ปัญหา โดยจะต้องมีระบบหลักเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการ และจากการที่ปัญหาทางการก่อสร้างไม่มีกฎเกณฑ์แน่นอนตายตัวว่าถ้าเกิดปัญหาอย่างนี้ต้องแก้อย่างไร จึงต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญแก้ไขให้เป็นกรณี ๆ ไป จึงควรให้ผู้ที่อยู่ในปัญหาสร้างกฎของตัวเองเพื่อจะเอามาใช้แก้ปัญหามาในแต่ละสัญญา Fenn and others (1998) กล่าวว่ากรอนุญาโตตุลาการควรนำมาใช้เมื่อประเด็นข้อพิพาทเกิดขึ้นบนพื้นฐานของความจริงที่สามารถตรวจสอบได้โดยพยานที่เชื่อถือได้ของแต่ละฝ่ายของคู่กรณี Keith (1997) พบว่าการใช้วิธีทางอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับจากภาครัฐเพิ่มมากขึ้นทุกวันเนื่องจากการแก้ไขข้อขัดแย้งรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และไม่เปิดเผยสู่สาธารณะชน Huston (1981) ได้กล่าวว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการมีข้อดีในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) ผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณาคดี เพราะอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในงานก่อสร้าง
- (2) ไม่มีพิธีการมาก ทำให้ไม่เกิดความรู้สึกกดดันในกระบวนการ ไม่เกิดความรู้สึกเป็นปรปักษ์ต่อกัน กระบวนการมีความยืดหยุ่นไม่เคร่งครัดต่อคัวบทกฎหมาย
- (3) เสียค่าใช้จ่ายสมเหตุผล เพราะใช้เวลาในการทำคำชี้ขาดน้อยกว่าศาล
- (4) มีความสะดวก เพราะสามารถทำการตกลงวันเวลา และสถานที่ที่ทุกฝ่ายมีความสะดวกในการดำเนินกระบวนการ
- (5) มีความเป็นกลาง เนื่องจากอนุญาโตตุลาการได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาททุกฝ่าย
- (6) เป็นความลับ เพราะไม่มีการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ข้อพิพาทสู่สาธารณะชนเหมือนกระบวนการศาล

2.7.4 องค์ประกอบของการอนุญาโตตุลาการ

(1) สัญญาอนุญาโตตุลาการ(Arbitration Agreement) คือการตกลงกันด้วยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทของคนต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาชี้ขาด โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) Pre-Dispute Arbitration Agreement คือ ในสัญญามีข้อสัญญาที่เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทใด ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่พิพาทไม่สามารถใช้วิธีการทางศาลในการแก้ปัญหาได้ จะต้องใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการแก้ปัญหาก่อนเท่านั้น

(1.2) Post-Dispute Arbitration Agreement คือ ข้อตกลงที่จะใช้อนุญาโตตุลาการในการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยที่ไม่ได้มีการเขียนไว้ในข้อสัญญาตั้งแต่มีการลงนามในสัญญา แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วจึงตัดสินใจที่จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรืออาจจะใช้กระบวนการทางศาลแล้วแต่เกิดเปลี่ยนใจมาใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแทนก็ได้

(2) อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator)

ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นมีบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคนที่คุณ์กรณิ์เลือกมาเพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ โดยคุณ์กรณิ์อาจเลือกบุคคลดังกล่าวด้วยตนเองหรือให้ศาลทำการแต่งตั้งให้ก็ได้ และอนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เสนอต่อตนเพราะอนุญาโตตุลาการมิใช่ตัวแทนของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

เนื่องจากตัวอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญมากคุณ์กรณิ์จึงควรเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่มีความเหมาะสมทั้งความรู้ความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพื่อที่จะได้อนุญาโตตุลาการซึ่งสามารถพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ถูกต้องเป็นธรรมและประหยัดเวลาได้มากที่สุด โดยการตั้งอนุญาโตตุลาการต้องกระทำตามที่คุณ์กรณิ์ตกลงกันจึงจะสมบูรณ์ถูกต้องและทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้ แต่ถ้าตั้งอนุญาโตตุลาการโดยไม่ถูกต้องแม้ทำการพิจารณาข้อพิพาทไปจนเสร็จสิ้นและทำคำชี้ขาดแล้วคำชี้ขาดนั้นก็ไม่มีผลผูกพันคุณ์กรณิ์

(3) วิธีพิจารณา (Arbitration Proceedings)

วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอาจเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันหรือเป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในกรณีที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาของตนได้ตามที่เห็นสมควร

(4) คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด (Award and Enforcement of Award)

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆที่คู่กรณีเสนอครบถ้วนแล้ว ก็จะทำการชี้ขาดข้อพิพาท โดยตัดสินให้คู่กรณีฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ โดยต้องทำคำชี้ขาดเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการและต้องระบุเหตุผลของคำชี้ขาด ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 20 ซึ่งบัญญัติให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยต้องระบุเหตุผลของคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้วคู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นได้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดคู่กรณีฝ่ายที่ชนะซึ่งยังคงต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้บังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น

2.7.5 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาททางการก่อสร้างโดยการอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้ตั้งแต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่กรณียังมีได้ฟ้องศาลหรือในขณะที่ข้อพิพาทเป็นคดีในศาลแล้ว และอาจดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเอง หรือดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันก็ได้ อนุญาโตตุลาการจึงสามารถแบ่งได้ตามขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทว่าเป็นคดีอยู่ในศาลหรือไม่ หรือแบ่งตามวิธีการระงับข้อพิพาทว่าดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.7.5.1 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามขั้นตอนของข้อพิพาท

(1) การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การระงับข้อพิพาทที่ยังไม่เป็นคดีต่อศาล โดยการอนุญาโตตุลาการนั้นตามปกติศาลไม่รับรู้และไม่เกี่ยวข้องหากไม่มีปัญหาและไม่มีขอความช่วยเหลือจากศาล จึงเรียกว่าการอนุญาโตตุลาการนอกศาล และการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมมากกว่าแบบในศาล

(2) การอนุญาโตตุลาการในศาล

การเกิดของอนุญาโตตุลาการชนิดนี้มีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ในประเทศไทยนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น โดยอาจเป็นประเด็นหนึ่งประเด็นใดในคดีหรือหลายประเด็นของคดี หรือทุกประเด็นในคดีต่ออนุญาโตตุลาการ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาล และเมื่อศาลเห็นว่าไม่ขัดต่อกฎหมายและหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดก็จะอนุญาตตามคำขอนั้น หลังจากทีอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จแล้วอนุญาโตตุลาการต้องเสนอคำชี้ขาดนั้นต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น ผลของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในศาล ศาลจะพิพากษาคดีไปตามที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด และการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ให้ถือว่าให้เป็นที่สุดและยุติข้อพิพาท

2.7.5.2 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามบุคคลที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท

(1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเอง (Ad hoc arbitration)

คู่พิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ อาจดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีการดังกล่าวด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดวิธีพิจารณาต่างๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน โดยไม่ใช้บริการการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดๆ เมื่อคู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการตั้งนั้น ก็จะพิจารณาข้อพิพาทตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอโดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาต่างๆ ที่คู่กรณีกำหนด หรือตามข้อบังคับที่คู่กรณีระบุ หรือตามดุลพินิจของตนโดยต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการหากคู่กรณีมิได้ตกลงกันกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้ หลังจากทีอนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ก็ต้องทำ

คำชี้ขาดโดยปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เหมาะกับผู้กรณีที่คู่กรณีพิพาทเต็มใจเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการและให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ แต่อาจเกิดปัญหาและความยุ่งยากได้ง่ายถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เต็มใจให้ความร่วมมือ อย่างไรก็ตามคู่กรณีที่ประสงค์จะใช้การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจป้องกันปัญหาข้อยุ่งยากต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยระบุให้ใช้กฎข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือกฎข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศ เช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1976 ซึ่งข้อบังคับเหล่านี้จะมีรายละเอียดของกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการอนุญาโตตุลาการและทางแก้ไขสำหรับข้อขัดข้องที่อาจจะเกิดขึ้นในทุกขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการ

(2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional arbitration)

คู่พิพาทอาจตกลงกันให้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งซึ่งสถาบันนี้อาจตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ โดยเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ เช่น สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (The American Arbitration Association) หรืออาจอยู่ในรูปแบบที่เป็นส่วนหนึ่งของหอการค้าของประเทศต่างๆ ซึ่งสถาบันเหล่านี้ไม่ได้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการโดยตรงไม่ได้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยตรงแต่ให้บริการทางด้านการบริหารงาน สถาบันแต่ละแห่งจะมีรายชื่อของบุคคลที่ยินดีทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญทางด้านต่างๆ ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ เช่น กฎหมาย วิศวกรรม การก่อสร้าง การค้า การลงทุน อุตสาหกรรม เป็นต้น ไว้ให้คู่กรณีที่ประสงค์จะใช้บริการของสถาบันเลือก หรือคู่กรณีจะเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอกก็ได้ แต่ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้การควบคุมดูแลของสถาบัน

สถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งสถาบันอาจร่างขึ้นเองหรือนำข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมาใช้ เพราะข้อบังคับเหล่านั้นจะมีรายละเอียดที่จำเป็น และรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการก็มีเจ้าหน้าที่ทางด้านการบริหาร เช่น ผู้อำนวยการสถาบัน นิติกร และเจ้าหน้าที่ด้านต่างๆ คอยอำนวยความสะดวก

สะดวกแก่คู่กรณี เช่น จัดสถานที่ เป็นตัวกลางในการติดต่อกับคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการ และกระทำการอื่นๆที่จำเป็นเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี บรรลุจุดมุ่งหมายของคู่พิพาท โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งได้เป็นหลายระดับ คือ (ชาวนรงค์ ปรานีจิตต์ และคณะ, 2543)

(1) สถาบันอนุญาโตตุลาการระดับโลก เป็นสถาบันที่ไม่อยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งอาจตั้งโดยเอกชนที่มาจากหลายประเทศและมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีที่ใช้บริการของสถาบันและวงการธุรกิจระหว่างประเทศโดยส่วนรวม เช่น ศาลอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce หรือ ICC) หรืออาจตั้งโดยองค์การระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States หรือ ICSID)

(2) สถาบันอนุญาโตตุลาการระดับภูมิภาคเป็นสถาบันที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในภูมิภาคที่สถาบันตั้งอยู่เท่านั้น ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับธุรกิจทั่วไปหรือเฉพาะด้าน เช่น คณะกรรมการการอนุญาโตตุลาการระหว่างอเมริกัน (The Inter American Commercial Arbitration commission) เป็นต้น

(3) สถาบันอนุญาโตตุลาการในระดับประเทศนั้นมีอยู่ทั่วไปในประเทศต่างๆ ซึ่งจะมีสถาบันดังกล่าวอย่างน้อยหนึ่งสถาบัน ซึ่งถ้าเป็นในประเทศกลุ่มโลกเสรีมักจะบริการงานโดยเอกชนและเป็นอิสระจากการควบคุมของรัฐ เช่น สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (The American Arbitration Association) ศาลอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (The London court of Arbitration) ศาลอนุญาโตตุลาการของหอการค้าสต็อกโฮล์ม (The Arbitration Tribunal of the Stockholm Chamber of Commerce) สถาบันอนุญาโตตุลาการของหอการค้าแห่งประเทศไทย สำนักงานอนุญาโตตุลาการแห่งกระทรวงยุติธรรมประเทศไทย เป็นต้น

ตารางที่ 2.4 ตารางแสดงการเปรียบเทียบวิธีอนุญาตตุลาการแบบไม่ใช้สถาบันและแบบใช้สถาบัน

แบบไม่ใช้สถาบัน	แบบใช้สถาบัน
1. ส่วนใหญ่จะมีอนุญาตตุลาการคนเดียว	1. ส่วนใหญ่จะมีอนุญาตตุลาการ 3 คน
2. เหมาะสำหรับคดีเล็ก ๆ ที่เห็นชัดว่าไม่มีความซับซ้อน และมีจำนวนเงินเรียกร้องไม่มาก	2. เหมาะสำหรับคดีที่มีความซับซ้อน มีจำนวนเงินเรียกร้องเป็นจำนวนมาก
3. คณะอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องมีนักกฎหมายรวมอยู่ด้วย	3. คณะอนุญาตตุลาการอาจมีเป็นนักกฎหมายรวมอยู่ด้วย เนื่องจากมักจะมีประเด็นปัญหาที่ต้องตีความข้อสัญญาและมีทนายที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายมอบหมายให้ดำเนินการแทนซึ่งจะทำหน้าที่พิทักษ์สิทธิให้ฝ่ายนั้น ซึ่งถ้าไม่มีอนุญาตตุลาการที่เป็นนักกฎหมายอาจทำให้การดำเนินการบางอย่างกระทบสิทธิของอีกฝ่ายซึ่งทนายก็จะฟ้องได้ ซึ่งเป็นข้อกฎหมายที่อนุญาตตุลาการที่เป็นวิศวกรไม่ทราบ และจะคล่องกว่าในการสืบพยานในคดีใหญ่ๆ ที่มีทนายเข้าร่วมกระบวนการด้วย
4. คู่พิพาทส่วนใหญ่จะยอมรับคำชี้ขาด เพราะมูลค่าทุนทรัพย์เรียกร้องไม่มาก	4. อาจจะมีการไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดเนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์เรียกร้องสูง
5. มีความยืดหยุ่น คล่องตัวกว่าแบบใช้สถาบัน เนื่องจากไม่มีพิธีการมากเท่า	5. การดำเนินการไม่คล่องตัวนักเนื่องจากมีข้อบังคับของสถาบัน
6. การทำคำชี้ขาดมักไม่เกิน 180 วัน	6. ส่วนใหญ่มักทำคำชี้ขาดเกิน 180 วัน
7. อนุญาตตุลาการต้องทำบันทึกต่าง ๆ เอง	7. มีความสะดวกกว่าเนื่องจากมีนิติกรช่วยถอดเทปการสืบพยาน ช่วยร่างและแปลเอกสารให้

2.7.6 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ โดยตรงอยู่สองฉบับ คือ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนอกศาล และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 210 ถึง 222 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ

ในศาล จากการสัมภาษณ์รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งพบว่าข้อพิพาททางการก่อสร้างส่วนใหญ่ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2538 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ นอกศาลมากกว่า 90% เมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาททางการก่อสร้าง โดยกระบวนการทางศาล

จากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีรายละเอียดหลายประการที่ยังไม่เหมาะสมต่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน จึงมีการจัดทำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ขึ้น โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักกันอย่างกว้างขวางมาเป็นต้นแบบในการยกร่าง ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สามารถใช้บังคับได้ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและต่างประเทศ โดยแบ่งเป็น 8 หมวด ดังนี้

- หมวด 1 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการ
- หมวด 2 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องคณะอนุญาโตตุลาการ
- หมวด 3 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ
- หมวด 4 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ
- หมวด 5 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องคำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา
- หมวด 6 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการคัดค้านคำชี้ขาด
- หมวด 7 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด
- หมวด 8 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและค่าป่วยการ

โดยในหมวดต่างๆมีมาตราที่สำคัญและได้รับการปรับปรุงเพิ่มเติมให้เกิดความเหมาะสมกับสภาวะการณ์ปัจจุบัน ดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 มีการเพิ่มเติมหลักฐานที่เกิดจากเทคโนโลยีสมัยใหม่(จดหมายอิเล็กทรอนิกส์) และมีการกำหนดเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยเพื่อให้ได้รับเอกสิทธิ์ไม่ได้

หมวดที่ 2 มีการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคี่ และได้กำหนดคุณสมบัติ วิธีการแต่งตั้งและคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพิ่มจากเดิม รวมทั้งมีข้อกำหนดในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของอนุญาโตตุลาการ

หมวดที่ 3 มีการกำหนดขอบเขตอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการ และการกำหนดเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก

หมวดที่ 4 มีการกำหนดจุดเริ่มต้นของกระบวนการ และได้ยกเลิกระยะเวลาการทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน และได้กำหนดให้สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้กรณีที่คู่พิพาทไม่มาในวันนัด หรือไม่นำพยานหลักฐานมาสืบ โดยให้ทำคำชี้ขาดเท่าที่มีพยานหลักฐาน

หมวดที่ 5 กำหนดว่าคู่พิพาทสามารถกำหนดกฎหมายที่จะนำมาเป็นแนวทางให้อนุญาตศาลการทำคำชี้ขาดได้ และในการทำคำชี้ขาดให้อนุญาตศาลการคำนึงถึงข้อสัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของธุรกิจนั้นๆ กำหนดให้ประธานอนุญาตศาลการเป็นผู้ทำคำชี้ขาดเพียงผู้เดียวในกรณีที่ไม้อาจหาเสียงข้างมากได้

หมวดที่ 6 กำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ และได้กำหนดวิธีการคัดค้านคำชี้ขาดให้ชัดเจนขึ้น

หมวดที่ 7 ได้กำหนดให้คำชี้ขาดมีผลผูกพันคู่พิพาทไม่ว่าจะเกิดขึ้นในประเทศใด มีการขยายเวลาในการฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาลจากเดิมหนึ่งปีเพิ่มเป็นสามปี และห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลเว้นแต่เข้าข้อยกเว้น โดยให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาเท่านั้นซึ่งเท่ากับเป็นการลดการดำเนินการในศาลให้เหลือเพียง 2 ศาล

หมวดที่ 8 มีการกำหนดให้หน่วยงานที่ดำเนินการอนุญาตศาลการมีสิทธิกำหนดค่าใช้จ่ายในกระบวนการได้

2.7.7 ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการอนุญาตศาลการ

กระบวนการอนุญาตศาลการ มี 4 ขั้นตอนหลัก ดังนี้ (Crawley, 1995)

- (1) ทำความยินยอมและทำความเข้าใจในกระบวนการและข้อกำหนดต่าง ๆ ในกระบวนการ
- (2) เตรียมและแลกเปลี่ยนหลักฐานข้อมูลกันระหว่างคู่พิพาทซึ่งประกอบด้วย ข้อมูลพื้นฐาน รายละเอียดข้อเรียกร้องหรือข้อเสนอ สรุปความจริงและเหตุการณ์ที่เป็นข้อสนับสนุน
- (3) สืบพยาน โดยคู่พิพาทเตรียมศึกษาข้อมูลพื้นฐานรายละเอียดของแต่ละประเด็น สรุปการนำเสนอ เตรียมคำตอบในประเด็นที่คู่กรณีอีกฝ่ายจะถาม
- (4) ทำคำชี้ขาด โดยคณะอนุญาตศาลการ

สมบูรณ์ บุญภินันท์ (2540) ได้กล่าวถึงขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการอนุญาตศาลการแบบใช้สถาบันหลังจากได้มีการแต่งตั้งอนุญาตศาลการเรียบร้อยแล้วมีขั้นตอนการดำเนินการต่อไป ดังนี้

- (1) ทำการนัดพร้อม เป็นการให้คู่พิพาทและอนุญาตศาลการมาประชุมทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีดำเนินกระบวนการอนุญาตศาลการ

- (2) กำหนดขึ้นเอกสารข้อเรียกร้อง คำแก้ข้อเรียกร้อง ข้อเรียกร้องแย้งและคำแก้ข้อเรียกร้องแย้ง
- (3) นักชี้สองสถาน โดยอนุญาตตุลาการจะกำหนดประเด็นพิพาทหลังจากที่ได้ทำการศึกษาข้อมูลในเอกสารในข้อ (2) แล้วรวมทั้งจะขอความเห็นจากคู่พิพาทด้วย
- (4) นักชี้บัญญัติระบุนพยาน ในข้อพิพาทที่ต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญคนกลางก็จะทำการแต่งตั้ง โดยความยินยอมของคู่พิพาทและใช้วิธีการเช่นเดียวกับการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนเดียว โดยผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงทางทฤษฎีในประเด็นที่ได้รับมอบหมาย
- (5) นักชี้บันทึกคำเบิกความพยาน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายทำสรุปสาระที่พยานฝ่ายตนให้การและนำส่งให้อนุญาตตุลาการและคู่กรณีอีกฝ่าย
- (6) นักสืบพยาน จะมีเพียงการซักถามเพิ่มเติมในข้อสงสัยจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเอกสารบันทึกคำเบิกความหลังจากนั้นจะเป็นการถามค้านและถามติง โดยอาจใช้เครื่องมือบันทึกเสียงหรือภาพตามความเห็นของคู่พิพาท
- (7) ทำการแถลงปิดคดี ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายก่อนจบกระบวนการพิจารณา คู่พิพาทจะทำการแถลงการณ์ด้วยวาจาและในทางปฏิบัติมักจะทำเป็นเอกสารคำแถลงการณ์ปิดคดีของฝ่ายตนโดยละเอียดเพื่อย้ำข้อเรียกร้องหรือข้อต่อสู้ของตน
- (8) การทำคำชี้ขาด หลังจากที่ได้มีการแถลงปิดคดีแล้วกระบวนการพิจารณาก็เป็นอันสิ้นสุดขั้นต่อไปเป็นหน้าที่ของอนุญาตตุลาการที่ต้องทำการวินิจฉัยเพื่อทำคำชี้ขาด

2.7.8 คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาตตุลาการในกรณีพิพาททางการก่อสร้าง

ในทางทฤษฎีอนุญาตตุลาการควรได้รับเลือกจากผู้ที่เกี่ยวข้องและมีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในเรื่องที่เป็นข้อพิพาทโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่ซับซ้อน และด้วยเหตุผลนี้การอนุญาตตุลาการจึงถูกใช้เป็นวิธีการหลักสำหรับการแก้ปัญหาข้อพิพาทในการก่อสร้างของสหรัฐอเมริกาเมื่อ 50 ปี (Silberman, 1997) ในการพิจารณาอนุญาตตุลาการจะนัดประชุมคู่กรณีทุกฝ่ายพร้อมกัน ไม่นัดประชุมทีละฝ่ายเหมือนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพราะจะทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการได้ (Fenn and others, 1998) อนุญาตตุลาการไม่ควรตัดสินใจด้วยความไม่แน่ใจและไม่ควรปฏิบัติเหมือนผู้ไกล่เกลี่ย (Arbitration Increases in Construction Disputes, 1990) อนุญาตตุลาการควรผ่านการฝึกอบรมที่เข้มงวด เช่น มีการทำ work shops มีการเล่นเป็นบทบาทต่างๆ ในกระบวนการ โดย Martinez (<http://www.omarbitration.com>) ได้กล่าวว่าผู้ที่จะเป็นอนุญาตตุลาการในกรณีพิพาททางการก่อสร้างที่ดีควรมีคุณสมบัติ ดังนี้

- (1) มีประสบการณ์มากในเรื่องที่เป็นข้อพิพาท เป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถซึ่งได้รับการยอมรับในวงการนั้นๆ เช่น ในเรื่องการเจรจากับผู้รับเหมาหลักและผู้รับเหมาย่อย การเปลี่ยนแปลงคำสั่ง การประมาณราคา การวางแผนงาน และเป็นผู้มีคุณวุฒิในด้านการจัดการทางธุรกิจ การจัดการทางด้านเทคนิคและด้านต่างๆ ไป เป็นต้น
- (2) มีประสบการณ์ในด้านการอนุญาตใตตุลาการในสาขาการก่อสร้างที่กำลังเป็นข้อพิพาท
- (3) มีความเป็นกลาง ไม่ลำเอียงหรือมีอคติกับฝ่ายใด และไม่มีความสัมพันธ์กับคู่พิพาท
- (4) เป็นสมาชิกขององค์กรที่มีชื่อเสียงในฐานะมืออาชีพ
- (5) สามารถเข้าใจในประเด็นที่ยากและซับซ้อน ได้อย่างรวดเร็ว
- (6) เป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในด้านการชี้แนะในเรื่องการจัดการ การเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ และวิธีการทางกฎหมายของการใช้กระบวนการอนุญาตใตตุลาการ

โดย Crawley (1995) กล่าวว่าสิ่งที่จะต้องคำนึงถึงในการแต่งตั้งอนุญาตใตตุลาการ 5 ประการ คือ ธรรมชาติและธรรมเนียมปฏิบัติของข้อพิพาท ความเหมาะสมของตัวอนุญาตใตตุลาการ ลักษณะเฉพาะของคู่พิพาท ความเป็นกลางของอนุญาตใตตุลาการ และสิ่งที่คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ ส่วนการกำหนดจำนวนอนุญาตใตตุลาการจะพิจารณาจาก จำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาท ความซับซ้อนของปัญหา สัญชาติของคู่พิพาท ความเร่งด่วนของคดี และความเหมาะสมของตัวอนุญาตใตตุลาการ

นายกมลชัย ภัทโรคม (2525) กล่าวว่าแนวทางที่อนุญาตใตตุลาการนำมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาท คือ ข้อความในสัญญาถ้าจะมีความหมายพิเศษจะต้องระบุนความหมายนั้นๆ เอาไว้ ในการวินิจฉัยต้องพิจารณาทั้งสัญญารวมทั้งเอกสารแนบท้ายสัญญา ประกอบกับสถานการณ์ขณะเจรจาทำสัญญาด້ายเพื่อให้ได้ความมุ่งหมายที่แท้จริง ในการตีความต้องไม่ทำให้ส่วนใดของสัญญาหมดความหมายไป เมื่อมีประเด็นที่ต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะอาจขอความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญในสาขานั้นๆ

2.7.9 พยานหลักฐานในกรณีพิพาททางการก่อสร้าง

ก่อนที่จะมีการทำคำชี้ขาดจะต้องมีการสืบพยานก่อนเสมอเนื่องจากอนุญาตใตตุลาการไม่ได้เป็นผู้ที่อยู่ในเหตุการณ์ที่พิพาทจึง ไม่อาจทราบข้อเท็จจริงได้ ฉะนั้นพยานหลักฐานต่าง ๆ จึงมีความสำคัญมากต่อกระบวนการอนุญาตใตตุลาการ โดยพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาสามารถแบ่งได้เป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานบุคคล เช่น พยานผู้เชี่ยวชาญ ผู้ควบคุมงาน คณะกรรมการตรวจการจ้าง สถาปนิก วิศวกร หรือพยานอื่น ๆ ที่มีส่วนรู้เห็น พยานเอกสาร เช่น สัญญาจ้าง แบบก่อสร้าง ตารางแผนการดำเนินงาน ภาพถ่าย เอกสารการชำระเงิน เอกสารการจัด

ชื่อ รายงานการก่อสร้างจากผู้ควบคุมงาน บันทึกการประชุม เป็นต้น และจากการศึกษาของ Kangari (1995) พบว่าพยานหลักฐานพื้นฐานที่อนุญาตตุลาการแนะนำว่าจำเป็นต้องมี คือ แผนการก่อสร้างและภาพถ่ายการดำเนินการก่อสร้าง โดยแผนการก่อสร้าง สามารถแบ่งออกเป็น 4 แผนการย่อย คือ 1) แผนการดำเนินงานก่อนเริ่มทำการก่อสร้าง(As-planned or original schedule) 2) แผนการดำเนินงานขณะดำเนินการก่อสร้าง (As-built Schedule) 3) แผนการปรับแก้การดำเนินการที่ล่าช้า (Modified as-built schedule) 4) แผนการดำเนินงานที่ได้รับการปรับแก้แล้ว (Adjusted schedule) ส่วนภาพถ่ายการดำเนินการก่อสร้าง ควรจะมีการระบุสิ่งเหล่านี้ลงในภาพด้วย คือ เวลาที่ภาพถูกบันทึกโดยทำหมายเหตุสิ่งที่สำคัญในภาพให้ชัดเจนและภาพต้องมีความตรงประเด็นไม่คลุมเครือ

ในพยานหลักฐานที่มีประสิทธิภาพ ถ้าเป็นหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษร ควรมีการลงวันที่ มีความตรงประเด็น และมีจำนวนไม่มากจนเกินไป ถ้าเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ต้องเป็นผู้ที่สามารถทำการวิเคราะห์ สรุป และอธิบายสิ่งที่ซับซ้อนเกินความสามารถของอนุญาตตุลาการได้ สามารถให้ความกระจ่างในจุดที่เคลือบแคลงสงสัย ช่วยชี้จุดที่เป็นปัญหาให้กระจ่างยิ่งขึ้น มีความเชื่อถือได้ ได้รับการยอมรับในวงการ และมีความเป็นกลาง

ข้อมูลที่ควรเก็บไว้เป็นหลักฐานในชั้นอนุญาตตุลาการ ควรจะเริ่มทำการเก็บข้อมูลของโครงการตั้งแต่วันเริ่มตัดสินใจที่จะทำการประมูลงาน จนโครงการจบส่งงานเรียบร้อย โดยสิ่งที่ควรจะมีการบันทึกวันต่อวันเพื่อใช้ในกรณีพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งมีชนิดของข้อมูลดังนี้ (Kangari, 1995)

- (1) ข้อมูลคิบบต่าง ๆ เช่น Building Code , Test data , Topographical surveys เป็นต้น
- (2) เอกสารสำคัญต่าง ๆ ที่ใช้ในการดำเนินโครงการ เช่น เอกสารสัญญาและข้อตกลง , คู่มือการดำเนินโครงการ , แผนการดำเนินงานหลัก(Master schedule) เป็นต้น
- (3) เอกสารการดำเนินกิจกรรมพิเศษ เช่น คำสั่งเปลี่ยนแปลงงาน , รายงานภาคสนาม , เอกสารรายงานวาระการประชุม เป็นต้น
- (4) เอกสารการดำเนินการต่าง ๆ เช่น Shop-drawing , Bid tabulation forms เป็นต้น
- (5) เอกสารเกี่ยวกับเทคนิคต่าง ๆ เช่น การประมาณราคา บันทึกค่าใช้จ่าย การประเมินคุณภาพ Value engineering studies เป็นต้น

และพยานเอกสารที่นำมาแสดงในกระบวนการอนุญาตตุลาการที่ดีควรมีลักษณะดังนี้

- (1) ผู้จัดเตรียมเอกสารต้องพิจารณาว่าอนุญาตตุลาการต้องการทราบอะไร และทำการจัดเตรียมเพื่อการนำเสนอ

- (2) จัดเรียงข้อมูลตามลำดับเหตุการณ์เพื่อไม่ให้อนุญาตศาลการเกิดความสับสน
- (3) จัดทำการสรุปเอกสารหรือเหตุการณ์ถ้าเป็นไปได้
- (4) ในการแสดงข้อมูลให้ง่ายในการพิจารณาควรแสดงเป็นรายการ แผนภูมิ หรือรูปภาพ
- (5) ควรเรียงเอกสารตามลำดับดังนี้ เริ่มด้วยเอกสารสัญญา ตามด้วยรูปภาพ แผนงาน และอื่น ๆ แล้วตามด้วยข้อเรียกร้อง
- (6) ไม่ควรให้เอกสารแก่นุญาตศาลการมากเกินไปจนเกิดความจำเป็น

และจากการศึกษาของ Kangari (1995) กล่าวว่าอนุญาตศาลการมีคำแนะนำเพิ่มเติมดังนี้

- (1) รายงานประจำวันสำหรับผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบดูแลโครงการควรมีรายละเอียดในเรื่อง จำนวนแรงงาน ความก้าวหน้าของงาน ลักษณะงาน การตรวจสอบ การใช้เครื่องมือ การส่งวัสดุ สภาพอากาศ เหตุการณ์ที่ไม่ปกติ
- (2) สมุดบันทึกภาคสนาม(Job-site log) ควรจัดทำอย่างรอบคอบและควรทำสำเนาส่งไปให้ที่ทำการใหญ่ทุกวัน
- (3) ภาพถ่ายแสดงความก้าวหน้าของงาน ควรถ่ายภาพอย่างน้อยสัปดาห์ละครั้ง และควรถ่ายภาพทุกครั้งที่มีเหตุการณ์ที่ไม่ปกติเกิดขึ้น ควรลงวันที่และทำเครื่องหมายจุดที่ต้องการเน้นให้เด่นชัดและจัดเข้าแฟ้มอย่างเป็นระบบ
- (4) ผู้จัดการโครงการควรเก็บรักษาบันทึกประจำวัน 1 ชุด
- (5) ควรแจ้งเจ้าของงานเป็นลายลักษณ์อักษรทุกครั้งที่มีเหตุการณ์นอกเหนือจากในสัญญาเกิดขึ้น
- (6) การสนทนาทางโทรศัพท์ควรได้รับการยืนยันทางจดหมายเพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง
- (7) เอกสารทุกอย่างควรมีตราประทับวันที่ได้รับ
- (8) ควรจัดเก็บเอกสารเรียงตามลำดับเหตุการณ์ก่อนหลัง
- (9) ฝ่ายที่เกี่ยวข้องควรได้รับเอกสารที่เหมือนกัน เช่น ผู้รับเหมาใหญ่ ผู้รับเหมาย่อย สถาปนิก วิศวกร ที่ปรึกษาโครงการ เป็นต้น
- (10) การติดต่อทางจดหมายควรได้รับคำตอบอย่างทันทีทันใด เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาในภายหลัง
- (11) เอกสารต้นฉบับควรเก็บที่สถานที่ก่อสร้าง ส่วนสำเนาควรเก็บที่ที่ทำการใหญ่
- (12) ควรมีการประชุมประจำสัปดาห์ และทำการบันทึกโดยเก็บบันทึกที่ที่ทำการใหญ่

2.7.10 การคัดค้านคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด

เนื่องจากการที่กระบวนการอนุญาตศาลการอาจมีช่องโหว่บางประการที่ทำให้คำชี้ขาดมีความไม่เหมาะสมแก่การปฏิบัติ ฉะนั้นในกฎหมายจึงได้บัญญัติทางแก้ไขให้คือให้สามารถมีการคัดค้านซึ่งจะกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุผลอันสมควร Martinez (<http://www.omarbitration.com>) ได้

กล่าวว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะถูกคัดค้านได้ต่อเมื่อมีคู่กรณีบางฝ่ายที่ต้องการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือเพื่อทำให้เกิดความล่าช้าหรือถ่วงเวลาในการก่อสร้างและคำชี้ขาดจะมีการคัดค้านได้ก็ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการมีความประหลาดไม่เหมาะสม ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง Fenn and others (1998) กล่าวว่าสามารถทำการคัดค้านคำชี้ขาดได้เมื่อมีการชี้ขาดผิดวัตถุประสงค์อย่างเด่นชัด Hester, Kuprenas, and Randolph (1987) กล่าวว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจเป็นโมฆะได้ถ้าได้มาโดยการฉ้อฉล หลอกลวง หรือวิธีที่ผิดกฎหมาย และอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางในการชี้ขาด

มีหลายกรณีที่คู่ความฝ่ายไทยได้ทำสัญญาเกี่ยวกับคู่ความต่างชาติและตกลงใช้อนุญาโตตุลาการของต่างประเทศบังคับ เช่น ของ ICC โดยใช้ภาษาอังกฤษ และดำเนินกระบวนการในต่างประเทศ ซึ่งทำให้คู่ความฝ่ายไทยเป็นฝ่ายเสียเปรียบเป็นอันมากเนื่องจากการที่ไม่มีกำลังทรัพย์และกำลังคนที่มีความสามารถที่จะไปสู่คดีในต่างประเทศจึงมักมีการพิจารณาคดีฝ่ายเดียวทำให้ฝ่ายไทยแพ้คดีและหลังจากนั้นจะมีการนำคำชี้ขาดมาบังคับในไทย (ธาดา ศาสตราสาริต, 2543)

ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศญี่ปุ่น (The Japan Shipping Exchange, http://www.icaa.or.jp/e/arbitration_act.html) กล่าวว่าข้อพิพาทจะทำการพิจารณาใหม่ได้ก็ต่อเมื่อ

- (1) ศาลตัดสินว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) ถ้าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่ไม่เหมาะสมตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอนุญาโตตุลาการในเรื่องนั้นๆ
- (3) ถ้าผู้ดำเนินการหรือตัวแทนในการดำเนินการไม่มีอำนาจในทางกฎหมายในการดำเนินการกระบวนการ
- (4) ถ้าอนุญาโตตุลาการ ที่มีส่วนร่วมในการตัดสินมีความผิดที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่การทำงานซึ่งเกี่ยวข้องกับคดีที่กำลังตัดสินอยู่
- (5) มีความไม่โปร่งใสเกิดขึ้นในกระบวนการ
- (6) ถ้ามีการตัดสินบนพื้นฐานที่มีบางอย่างเป็นเท็จ เช่น พยาน ผู้เชี่ยวชาญ การตีความ ตัวแทนทางกฎหมาย เป็นต้น
- (7) ถ้าคำชี้ขาดที่ได้ถูกรณั้ขัดแย้งกับคำชี้ขาดที่ได้ประกาศก่อนหน้านี

2.7.11 การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล

เนื่องจากการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทมีจุดเริ่มมาจากความสมัครใจในการทำสัญญาของคู่สัญญา ความสมัครใจในการเลือกตัวอนุญาโตตุลาการ ความสมัครใจในการ

เลือกสถาบันในการระงับข้อพิพาท ความสมัครใจเลือกเกณฑ์วิธีพิจารณา ดังนั้นเมื่อมีคำชี้ขาดออกมาคำชี้ขาดจึงผูกพันคู่กรณีในเชิงศีลธรรมมากกว่าในเชิงกฎหมายอย่างคำพิพากษาของศาล เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดมีความต้องการให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็สามารถส่งเรื่องให้ศาลเพื่อทำการพิจารณาบังคับหรือคัดค้านคำชี้ขาดได้ โดย สมบูรณ์ บุญภินนท์ (2540) กล่าวว่าทำให้ศาลเข้ามาตรวจสอบรับรองคำชี้ขาดแบ่งได้เป็น 2 ระบบ คือ

(1) ระบบตรวจสอบวิธีการ ศาลจะเข้าไปตรวจสอบแต่เพียงวิธีการของระบบ อนุญาตโตตุลาการคือว่าอนุญาตโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งมาถูกต้องหรือไม่ การดำเนินกระบวนการพิจารณาถูกต้องตามข้อกำหนดในสัญญาอนุญาตโตตุลาการหรือไม่ มีพฤติการณ์ที่อนุญาตโตตุลาการประพฤติมิชอบหรือไม่ แต่ศาลจะไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอนุญาตโตตุลาการว่าวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายถูกต้องหรือไม่

(2) ระบบตรวจสอบวิธีและเนื้อหา ศาลสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการโดยก้าวล่วงไปถึงการใช้ดุลพินิจของอนุญาตโตตุลาการว่าชอบด้วยกฎหมายหรือข้อสัญญาที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้นหรือไม่ แต่โดยทั่วไปศาลจะเข้าใจในวิวัฒนาการและความสำคัญ ของระบบอนุญาตโตตุลาการว่ามีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศศาลจึงให้ความสำคัญกับดุลพินิจของอนุญาตโตตุลาการมากกว่าการก้าวล่วงไปไต่สวนเนื้อหาประเด็นข้อพิพาทของทุกคดีที่มีการคัดค้านคำชี้ขาด และโดยปกติคู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็มักอ้างว่าคำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือข้อสัญญาที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้น

2.8 ระเบียบวิธีการที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของหน่วยงานรัฐ

เมื่อข้อพิพาทของหน่วยงานภาครัฐมีการดำเนินการดำเนินการอนุญาตโตตุลาการจนได้คำชี้ขาดออกมาแล้วจึงต้องมีการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งกับคำชี้ขาด โดย คัมภีร์ แก้วเจริญ (2540) ได้กล่าวถึงผู้ที่เกี่ยวข้องและองค์กรที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามคำชี้ขาด ดังนี้

2.8.1 ผู้ที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามคำชี้ขาด

1) ผู้แทนนิติบุคคล เป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการแทนหน่วยงานภาครัฐตามกฎหมาย เช่น รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้ว่าการรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดการแทนหน่วยงานในกิจการทั้งปวงรวมทั้งดำเนินการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการ

2) เจ้าหน้าที่หน่วยงาน เป็นผู้มีอำนาจระดับรองจากผู้แทนนิติบุคคล เช่น ผู้อำนวยการกองรับผิดชอบงานถดถลงไปจากผู้ว่าราชการรัฐวิสาหกิจ หรือหัวหน้าแผนกรับผิดชอบงานถดถลงไปจากผู้ผู้อำนวยการกอง เป็นต้น เมื่อมีกรณีที่หน่วยงานภาครัฐถูกบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบโครงการ/สัญญานั้นจะต้องรายงานตามลำดับชั้นจนถึงผู้แทนนิติบุคคลเพื่อตัดสินใจโดยอาศัยความเห็นจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายและฝ่ายการเงินในสังกัด รวมถึงการขอความเห็นชอบจากองค์กรอื่นของภาครัฐที่มีบทบาทหน้าที่กำกับดูแล ตรวจสอบ หรือให้คำปรึกษาตามระเบียบว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน

2.8.2 องค์กรที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามคำชี้ขาด

1) หน่วยงานที่เป็นลูกหนี้ หมายถึง หน่วยงานภาครัฐที่เป็นคู่พิพาทและมีคำชี้ขาดให้ชำระหนี้ มีบทบาทหน้าที่ดำเนินการเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำชี้ขาด

2) หน่วยเหนือ หมายถึง หน่วยงานต้นสังกัดของหน่วยงานภาครัฐที่เป็นลูกหนี้ หน่วยเหนือมีบทบาทในการกำกับดูแลบริหารหน่วยงานที่เป็นลูกหนี้ รวมถึงการให้ความเห็นชอบคำอนุมัติหรือนำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติในบางเรื่อง เช่น เรื่องการประนีประนอมยอมความเพื่อชำระหนี้ เป็นต้น

3) สำนักงบประมาณ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงบประมาณตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 เช่น การอนุมัติให้โอนเงินงบประมาณรายจ่ายเพื่อนำไปใช้ในรายการอื่น การจัดสรรให้หน่วยงานภาครัฐเบิกจ่ายเงินรายการต่าง ๆ ที่กำหนดในงบกลาง และโอนรายจ่ายงบกลาง (โดยการอนุมัติของนายกรัฐมนตรี) รายการใดรายการหนึ่งไปเพิ่มรายการอื่น ๆ ถ้าหน่วยงานภาครัฐมีปัญหาด้านงบประมาณ อาจนำเสนอผ่านกระทรวงต้นสังกัดเพื่อขออนุมัติจัดสรรเงินจากสำนักงบประมาณได้

4) กระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่ควบคุมการเบิกจ่ายเงินงบประมาณตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ประกอบระเบียบการเบิกจ่ายเงินจากคลัง (กระทรวงการคลัง) พ.ศ. 2520 และยังรับผิดชอบในการควบคุมเงินแผ่นดินว่าด้วยเงินคงคลังตามพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ถ้าหน่วยงานภาครัฐมีปัญหาด้านการเบิกจ่ายเงินอาจนำเสนอกระทรวงต้นสังกัดเพื่อขอทำความเข้าใจความตกลงกับกระทรวงการคลังตามระเบียบการเบิกจ่ายเงินจากคลัง พ.ศ. 2520 ข้อ 6 ได้

5) หน่วยงานที่ปรึกษากฎหมาย ได้แก่ สำนักงานอัยการสูงสุด เมื่อหน่วยงานได้รับข้อเรียกร้องให้ปฏิบัติราชการชำระหนี้ ซึ่งรวมถึงกรณีหน่วยงานภาครัฐได้รับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้ชำระหนี้แล้ว หน่วยงานภาครัฐที่จะถูกบังคับไม่แน่ใจว่าควรดำเนินการอย่างไร หรือควรปฏิบัติตามคำชี้ขาดหรือไม่ จะส่งเรื่องหารือไปยังสำนักงานอัยการสูงสุด

2.8.3 การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของหน่วยงานภาครัฐ

Keith (1997) กล่าวว่าลักษณะแนวทางการทำงานและนโยบายของภาครัฐมักเป็นอุปสรรคในการใช้กระบวนการทางเลือกในการแก้ปัญหาข้อพิพาทและยังส่งเสริมให้เกิดความขัดแย้ง เช่น การใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้เป็นตัวแทนของคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีอำนาจในการตัดสินใจในการให้บรรลุข้อตกลงแห่งการประนีประนอม แต่ความสามารถของข้าราชการมีจำกัดจะทำอะไรได้ ต้องได้รับการอนุมัติก่อน ดังนั้นส่วนใหญ่โครงการก่อสร้างของรัฐจึงมักจะใช้วิธีการทางอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเจ้าพนักงานของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำต่างๆ ในข้อพิพาทเนื่องจากผู้ที่ทำคำชี้ขาดเป็นคนกลาง และเงินที่สูญเสียไปก็เป็นของรัฐไม่มีตัวบุคคลที่เดือดร้อนอย่างชัดเจน

ส่วนในประเทศไทยในการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของภาครัฐนั้นจะต้องมีการปฏิบัติตามระเบียบหรือประเพณีปฏิบัติของทางราชการ โดยคนที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในเรื่องที่เป็นนี้ต้องนำเรื่องเสนอตามลำดับสายการบังคับบัญชาจนถึงหน่วยเหนือซึ่งจะเป็นผู้ตัดสินใจชำระหนี้ คือผู้แทนนิติบุคคลของหน่วยงานนั้น โดย คัมภีร์ แก้วเจริญ (2540) กล่าวว่า มีเกณฑ์ 2 ประการในการชำระหนี้ คือ หนึ่งที่จะชำระนั้นมีมูลที่อ้างกฎหมายได้ และไม่มีปัญหาด้านการเบิกจ่ายเงินงบประมาณ โดยหนึ่งมีมูลที่อ้างกฎหมายได้ คือ

1) มูลกรณีเรียกร้องซึ่งหน่วยงานภาครัฐมีความผูกพันตามตัวบทกฎหมายโดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ เช่น ข้อเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามข้อผูกพันในสัญญา เป็นต้น หน่วยงานของรัฐยอมชำระหนี้โดยอ้างมูลกรณีผูกพันตามสัญญาได้ทันทีที่ได้รับใบแจ้งหนี้

2) กรณีที่ไม่มีปัญหาด้านการเบิกจ่ายเงินงบประมาณ คือ หน่วยงานภาครัฐจะต้องชำระหนี้ตามสัญญาที่ทำไว้ จะไม่มีปัญหาด้านงบประมาณเพราะในการจัดซื้อจัดจ้างของแต่ละโครงการได้มีการอนุมัติวงเงินงบประมาณที่อนุญาตให้จ่ายหรือก่อนนี้ผูกพันครอบคลุมไว้ตั้งแต่ก่อนสัญญาในกรณีสัญญาระยะยาวที่ผูกพันหลาย ๆ ปี ก็มีการขออนุมัติผูกพันไว้ล่วงหน้า หรือในกรณีสัญญาต่อเนื่องข้ามปีก็สามารถเบิกค่าใช้จ่ายค้างเบิกข้ามปีที่เป็นเงินกันไว้เบิกเหลือปีตามวิธีปฏิบัติของกระทรวงการคลังได้

แต่ถ้าเป็นกรณีที่หน่วยงานภาครัฐถูกเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามความผูกพันที่เกิดขึ้นเพิ่มเติมในระหว่างอายุสัญญา จะเป็นปัญหาด้านงบประมาณ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้าง ซึ่งฝ่ายผู้รับจ้างเรียกร้องค่างานเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากงบเงินค่าจ้างที่ได้รับอนุมัติงบประมาณไว้ โดยอ้างว่างานที่ทำเพิ่มได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายผู้ว่าจ้าง เป็นกรณีที่เป็นปัญหาด้านงบประมาณที่ทำให้หน่วยงานภาครัฐอาจปฏิเสธการชำระหนี้โดยได้แย้งในประเด็นมูลหนี้ คืออ้างว่างานที่ทำเพิ่มเป็นหน้าที่ของผู้รับจ้างต้องทำตามสัญญาและคิดรวมอยู่ในราคาค่าจ้างตามสัญญาแล้วหนี้ที่ผู้รับจ้างเรียกร้องไม่มีมูลที่จะอ้างกฎหมายได้ ดังนั้นในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีการพิจารณาอย่างเคร่งครัด และต้องมีการหารือปัญหาข้อกฎหมายไปยังสำนักงานอัยการสูงสุด และทำความเข้าใจความตกลงกับกระทรวงการคลังเกี่ยวกับวิธีการเบิกจ่ายเงิน รวมทั้งการขออนุมัติจัดสรรเงินจากสำนักงานงบประมาณหรือคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะตัดสินใจ ซึ่งทำให้ต้องประวิงเวลาการชำระหนี้ออกไป ถ้ากรณีเรื่องใดไม่สามารถได้คำตอบชัดเจนในประเด็นมูลหนี้และการเบิกจ่ายเงินงบประมาณ หน่วยงานรัฐย่อมจำเป็นที่จะต้องปล่อยให้ฝ่ายผู้เรียกร้องไปใช้สิทธิทางศาล และรอเรื่องไว้ปฏิบัติ การชำระหนี้หลังจากมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ชำระหนี้แล้ว ซึ่งมีระเบียบรองรับให้จ่ายได้อย่างชัดเจนและปลอดภัยเพราะเป็นการชำระหนี้ตามคำพิพากษาของศาลซึ่งถึงที่สุดแล้ว

แต่ก่อนที่ยังไม่มีการออกระเบียบให้หน่วยงานภาครัฐปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะได้เกิดปัญหาความล่าช้าในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดขึ้น คือ ต้องส่งเรื่องคำชี้ขาดขึ้นไปทำการอนุมัติจนถึงหน่วยเหนือ ซึ่งจะเกิดปัญหาอีกว่าสมควรจะปฏิบัติชำระหนี้ตามข้อเรียกร้องนั้นหรือไม่ซึ่งก็ทำให้มีความล่าช้าเนื่องจากการพิจารณาเกิดขึ้น จึงมีการพยายามหาทางแก้ปัญหาในการปฏิบัติตามคำชี้ขาด โดยการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2544 ซึ่งมีขั้นตอนการปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยสรุปคือ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นและหน่วยงานของรัฐยินยอมให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่คำชี้ขาดไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเกิดจากการกระทำอันมิชอบ หรือไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยแจ้งการปฏิเสธพร้อมด้วยเหตุผลให้คู่กรณีทราบภายใน 15 วัน และให้ส่งสำเนาคำชี้ขาดพร้อมคำชี้แจงประกอบเหตุอันควรสงสัยให้กระทรวงการคลัง ภายใน 15 วัน และให้กระทรวงการคลังส่งเรื่องให้คณะกรรมการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการพิจารณาโดยไม่ชักช้า ซึ่งคณะกรรมการประกอบด้วยผู้แทนจากกระทรวงการคลัง จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และจากสำนักงานอัยการสูงสุด และให้คณะกรรมการชุดดังกล่าวให้ความเห็นให้แล้วเสร็จใน 30 วัน และให้หน่วยงานรัฐที่เป็นคู่พิพาทพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการแล้วมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรภายใน 30 วัน แต่ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายดำเนินการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด และต่อมาหน่วยงานรัฐเห็นสมควรอาจตกลงประนีประนอมยอมความในศาลได้ และเมื่อเห็นควร

ปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่ให้จ่ายเงินให้ทำการเบิกจ่ายเงินตามคำชี้ขาดโดยเร็ว แต่ไม่ให้นำขึ้นตอนการปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่กล่าวมานี้มาใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นระหว่างสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี แต่ให้ปฏิบัติดังนี้แทน คือ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น โดยเบิกจ่ายเงินตามคำชี้ขาดโดยเร็ว

ข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการมักถือเป็นเงื่อนไขมาตรฐานที่ต้องระบุไว้ในสัญญาจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาที่ภาครัฐทำกับเอกชนต่างประเทศ ซึ่งการที่สัญญาของภาครัฐกำหนดข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเหตุผลหนึ่งก็เพื่อปฏิบัติให้สอดคล้องตามประเพณีการค้าระหว่างประเทศที่ต้องการให้ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการมาทำการแก้ไขข้อพิพาทโดยการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญามีส่วนเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติและประสบการณ์เหมาะสมแก่การชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งทำให้ข้อพิพาทเกิดความพอใจมากกว่า เกิดความสะดวกรวดเร็วกว่าการใช้กระบวนการศาล ดังนั้นสัญญาส่วนใหญ่ที่หน่วยงานภาครัฐทำกับเอกชนจึงมักมีข้อสัญญาว่าด้วยอนุญาโตตุลาการผูกพันให้หน่วยงานภาครัฐต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อพิพาทตามสัญญา ในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของหน่วยงานภาครัฐจึงมีลักษณะเป็นภาระที่จำต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา

