



#### บทที่ 4

### บทวิเคราะห์ คำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ จะเห็นว่ายังมีหลักเกณฑ์ในการชี้ขาดข้อพิพาทที่ยังไม่ชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายนั้น ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในเวทีระหว่างประเทศว่า สามารถมีขึ้นนำมาใช้บังคับได้จริงเพียงใด ในขณะที่ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศก็คงดำเนินไป และคงยังพัฒนาต่อไปเรื่อย ๆ อย่างไม่หยุดยั้ง กอปรกับเทคโนโลยีทางการสื่อสาร เครือข่ายต่าง ๆ ที่ถูกนำมาใช้ในการติดต่อค้าขายก็ยิ่งทำให้วงการกฎหมายในส่วนการระงับข้อพิพาทต้องพยายามสร้างกรอบที่ครอบคลุมให้ถึงเจตนาของคู่กรณีให้ได้เมื่อเกิดกรณีขัดแย้งหรือมีข้อพิพาทจะได้ไม่เกิดความล่าช้า เสียหาย และจะนำไปสู่ผลกระทบถึงการลงทุน การค้า การพาณิชย์ระหว่างประเทศด้วย

อย่างไรก็ตามประเทศผู้นำทางการค้า การพาณิชย์ระหว่างประเทศทั้งหลายก็หันมานิยมใช้หลักเกณฑ์ที่สะดวก รวดเร็ว และเป็นที่น่าพอใจของทั้งคู่กรณีพิพาท จึงเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาหรือญี่ปุ่น ต่างก็หันมาใช้อนุญาโตตุลาการมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการนำเอาการอนุญาโตตุลาการฉันมิตรมาใช้มากขึ้นและรวมถึงการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ต้องเคร่งครัดกับหลักกฎหมายอาศัยเพียงหลักทั่วไปและความคุ้นเคยตามประเพณีปฏิบัติตัดสินชี้ขาดก็เป็นที่น่าพอใจ ขอเพียงได้ความรวดเร็ว ชัดเจน ซึ่งในการวิเคราะห์นี้จะเขียนถึงเฉพาะในด้านการค้า การพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในการแก้ไขปัญหาคาถกเถียงในประเด็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายนั้น ประเทศต่าง ๆ จำนวนมาก ได้มีการลงนามเป็นภาคีของอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ด้วยกันหลายฉบับ และรวมถึงคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ออกบทบัญญัติที่เป็นที่ยอมรับเอาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งในการระงับข้อพิพาทในระหว่างประเทศแล้วด้วย ใน UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 28

#### 4.1 การได้มาซึ่งการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของความสมัครใจที่จะตกลงกันทำสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนอกจากจะมีลักษณะของสัญญาแล้ว ยังมีลักษณะของกระบวนการในการวินิจฉัยและตัดสินข้อพิพาทอยู่ด้วย (Judiciary Character) และการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถแยกเด็ดขาดจากศาลได้ นอกจากนี้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้เคร่งครัดอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาเหมือนอย่างศาล แต่เป็นไปตามที่คู่กรณีจะตกลงกัน หรือตามที่อนุญาโตตุลาการจะเห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงยืดหยุ่นกว่าศาล อนุญาโตตุลาการอาจไม่ใช่กฎหมายแต่อาจเป็นพ่อค้าหรือบุคคลอื่นใดที่คู่กรณีเชื่อถือ<sup>1</sup> ซึ่งย่อมหมายรวมถึงอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายด้วย

##### 4.1.1 จริยธรรมของ Amiable Compositeur

สาขาวิชาชีพต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย แพทย์ วิศวกรรม สถาปัตย์ หรือบัญชี ต่างก็มีจรรยาบรรณหรือมารยาทของตน เพื่อจะยึดถือปฏิบัติในการประกอบอาชีพ อนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่คล้ายหรือถึงเป็นตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาททำนองเดียวกับผู้พิพากษาย่อมจะมี จรรยาบรรณหรือมารยาทเหมือนกัน แต่อนุญาโตตุลาการจะมีอย่างน้อยเพียงใด จึงเป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นเพื่อ 2 สิ่งดังต่อไปนี้ด้วย

- ก. การดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานที่ดีของอนุญาโตตุลาการ
- ข. การก่อให้เกิดความเชื่อถือ ความมั่นใจของประชาชน ต่องานอนุญาโตตุลาการ<sup>2</sup>

จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการนอกจากจะเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีความสำคัญในเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการและมีผลถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 Article V 1 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 14 วรรคสาม ได้กำหนดถึงเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า หากอนุญาโตตุลาการประพฤติ

<sup>1</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537).

<sup>2</sup> ไสภณ รัตนกร, "บทบาท หน้าที่ ความรับผิดชอบ และจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ," ใน บทบัญญัติ, เล่ม 50 ตอน 2, (มิถุนายน 2537).

ผิดจริยธรรมอาจเป็นเหตุให้ถูกคัดค้านและถอดถอนได้ ซึ่งเทียบเคียงเหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ดังต่อไปนี้

- 1) ถ้ามีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- 2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้อง นับได้เพียงภายในสามชั้นหรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงาน นับได้เพียงสองชั้น
- 3) ถ้าเป็นผู้ที่ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- 4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
- 5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลมาแล้วหรือเป็นอนุญาตตุลาการมาแล้ว
- 6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษา (หรืออนุญาตตุลาการ) ผู้นั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือตรงลงมาเป็นคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง
- 7) ถ้าเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

หรือเหตุประการอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณา หรือชี้ขาดข้อพิพาทเสียความยุติธรรมไป เช่น การทุจริตหรือขาดความเป็นอิสระ<sup>3</sup> นอกจากนี้ตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เรื่องการคัดค้านอนุญาตตุลาการ ข้อ 15 (1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอาจคัดค้านอนุญาตตุลาการซึ่งตั้งโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ หากมีความสงสัยอันควรในความเป็นอิสระและเป็นกลางของอนุญาตตุลาการ

กรณีที่ผู้เขียนได้หยิบยกถึงสาเหตุของการคัดค้านอนุญาตตุลาการขึ้นมาพิจารณาในส่วนนี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุของการคัดค้านอนุญาตตุลาการก็เป็นส่วนหนึ่งของจริยธรรมในความหมายอย่างกว้างนั่นเอง แต่จริยธรรมของอนุญาตตุลาการไม่ได้มีเฉพาะเรื่องการคัดค้านอนุญาตตุลาการเท่านั้น ยังมีจริยธรรมอีกหลายประการที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติเรื่องการคัดค้านอนุญาตตุลาการ เช่น

<sup>3</sup> ภูมิพงษ์ เวชยานนท์, "จริยธรรมของอนุญาตตุลาการ," ในบทบัญญัติฯ เล่ม 51 ตอน 3, (กันยายน 2538).

หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริง (Duty of Disclosure) หน้าที่เก็บรักษาความลับ (Confidentiality)<sup>4</sup> หรือวิธีปฏิบัติตนต่อคู่ความเป็นต้น

จากกรณีศึกษาเปรียบเทียบกับ Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ของ The American Arbitration Association (AAA) และ The IBA Rules of Ethics for International Arbitrators ของ The International Bar Association (IBA) พบว่ามีหลักจริยธรรมที่นำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการฉันมิตรได้ เพราะหลักเกณฑ์ที่มีใช้อยู่แล้วนั้น เปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการฉันมิตรได้ทำหน้าที่ได้เต็มที่ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดตัดสินคดีด้วยความตั้งใจ เป็นธรรม และเป็นอิสระ” แต่การที่อนุญาโตตุลาการจะเลือกหลักกฎหมายใดมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นปัญหาในเรื่อง Choice of Law และทฤษฎีที่ใช้กันแพร่หลายเมื่อเกิดปัญหา ในสมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง คือ The Jurisdictional Theory ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่สังคมยอมรับให้เป็นทางเลือกหนึ่งของศาล ดังนั้นที่มาของอำนาจและจริยธรรมในการวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท จะไม่ว่าโดยศาลหรือโดยอนุญาโตตุลาการย่อมเหมือนกัน (Lex Fori) คือ ต้องใช้กฎหมายแห่งสถานที่ทำการพิจารณา

<sup>4</sup> ในเรื่องการรักษาความลับ (Confidentiality) มีบัญญัติไว้ใน AAA-ABA Code of Ethics Cannon VI และ IBA Ethics Rules of Ethics ข้อ 9 ซึ่งกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องเก็บรักษาข้อมูลที่ได้มาในระหว่างกระบวนการพิจารณา หรือทำการชี้ขาดจะเปิดเผยหรือนำไปแสดงผลประโยชน์ไม่ได้ มีผู้เห็นว่าการที่ไม่เปิดเผยหรือเป็นความลับทั้งหมด มีจุดอ่อนในแง่ที่ว่า ไม่สามารถสร้าง Jurisprudence ในระบบอนุญาโตตุลาการได้ จะเป็นไปได้หรือไม่ที่เราจะยกเว้นในเรื่องความลับให้เฉพาะส่วนของคำชี้ขาด บางส่วนบางตอน อาจต้องเปิดเผยเมื่อผ่านระยะเวลาช่วงหนึ่งมาแล้ว คล้ายกับ Law Report ของต่างประเทศ หรือคำพิพากษาฎีกาของไทย

ในเรื่องของความเป็นส่วนตัวและเป็นความลับ (Privacy and Confidentiality) นี้ เป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ดังตัวอย่างคดีเรื่องหนึ่งในศาลสูงของอังกฤษ จำเลยต้องการเปิดเผยเอกสารในการอนุญาโตตุลาการระหว่างโจทก์และจำเลย เพื่อเป็นข้อต่อสู้ในคดีที่จำเลยฟ้องผู้อื่น ซึ่งศาลให้เปิดเผยได้เพื่อสนับสนุน ข้อกล่าวหาหรือต่อสู้คดีกับบุคคลที่สาม แต่ศาลให้เปิดเผยเฉพาะคำชี้ขาดไม่ให้เปิดเผยเอกสารอื่น (Hasaneh V. Mew, Queen's Bench Division Commercial Court) ส่วนอีกคดีหนึ่งเป็นคดีตัวอย่างในศาลสูงของออสเตรเลีย ซึ่งศาลให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของคู่ความในการพิจารณาคดีได้ (Esso Australia Resources Ltd., & ORS V. The Honorable Sidney James Plowman (The Minister for Energy and Minerals) & ORS) นอกจากนี้ ICC และ ICSID ยังได้ลงพิมพ์โฆษณา คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการใน ICC Yearbook COMMERCIAL Arbitration และ ICSID Review-Foreign Investment Law Journal อยู่เป็นประจำ จึงพอแสดงได้ว่าในส่วน of คำชี้ขาดนั้น เมื่อพ้นระยะเวลาหนึ่งแล้วก็ไม่เป็นความลับอีกต่อไป

คดี (Forum) ดังนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติและมีปัญหาขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of law rules) ของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดี เพราะตามหลักทฤษฎีนี้ รัฐมีอำนาจเต็มที่จะควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งสังคมยอมให้เป็นทางเลือกหนึ่งของศาล แต่อีกทฤษฎีหนึ่งที่เข้ามาแทนที่ทฤษฎีแรก คือ The contractual - autonomy theory เป็นการเปลี่ยนแปลงของทฤษฎีซึ่งมาจากผู้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ผู้ปรารถนาที่จะหลีกเลี่ยงความสับสนและข้อจำกัดในลำดับการใช้กฎหมายซึ่งกำหนดในทางปฏิบัติของ Choice of Law ที่ใช้อยู่ในการดำเนินคดีในศาล ทฤษฎีหลังนี้อนุญาโตให้ลักษณะบางประการของการอนุญาโตตุลาการสามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้ใช้ โดยไม่คำนึงว่ามีลำดับการใช้บทกฎหมายใดโดยเฉพาะหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่ความอาจจะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทของตนได้ทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Procedure) และกฎหมายสาระบัญญัติ (Substance) เป็นต้นว่าหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักเกณฑ์ซึ่งไม่เป็นทางการ เช่น หลักเกณฑ์หรือวิธีปฏิบัติของพ่อค้านานาชาติ (Lex mercatoria) ที่สำคัญที่สุดคือ คู่กรณีอาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายเลยก็คือ อนุญาโตตุลาการฉันมิตร (Amiable Compositeur) นั่นเอง แต่ก็ยังอยู่ภายใต้หลักความเป็นธรรมและมโนธรรม (Ex aequo et bono) ตัวอย่างบทบัญญัติเช่นนี้ ได้แก่ UNCITRAL Model Law Article 28, The ICC Rules of Arbitration 1988 Article 11 และ 13 (3) ซึ่งในแต่ละบทบัญญัติมีการยอมรับนับถือเป็นสากล หลักจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการฉันมิตรที่รองรับจึงชัดเจน ซึ่งต่อมาในปี 1985 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินยืนยันหลักในทฤษฎีหลังนี้ (Mitsubishi Motor Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614, 636, 1985) ดังนั้นกล่าวโดยสรุปก็คือ ทฤษฎี Contractual นั้นสามารถทำให้การใช้ Choice of Law มีความสมบูรณ์มากกว่าทฤษฎี Jurisdiction นั่นเอง

ในขณะที่จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทย แม้จะยังไม่มี ปรากฏเป็นประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการ แต่จริยธรรมนั้นก็มิรองรับอยู่แล้วโดยกฎหมาย โดยข้อบังคับหรือข้อตกลงของคู่กรณีที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น<sup>5</sup> และจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการฉันมิตร (Amiable Compositeur) โดยสรุปก็คือ การทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการตามอำนาจที่คู่กรณีมอบหมาย ภายใต้หลักเกณฑ์และแนวความคิดที่ตอบสนองต่อความต้องการของคู่กรณีให้ได้มากที่สุด

<sup>5</sup> โสภณ รัตนการ, "บทบาทหน้าที่ ความรับผิดชอบ และจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ", หน้า 59-62.

#### 4.1.1.1 จริยธรรมตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ในมาตรา 17 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญ” ซึ่งมาตรานี้เป็นจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการดำเนินวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่สามารถทำหน้าที่ฉันมิตรได้ (Amiable Compositeur)

#### 4.1.1.2 จริยธรรมตามข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

บทหลักการตามมาตรา 14 คู่กรณีซึ่งเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นธรรมดาที่จะต้องเลือกคนที่ตนรู้จักคุ้นเคยมาเป็นอนุญาโตตุลาการของตน จึงเป็นเหตุผลที่คู่กรณีอาจเลือกอนุญาโตตุลาการฉันมิตร คือ เป็นเพื่อนของทั้งคู่กรณี เป็นคนคนเดียวกัน พร้อมใจกันให้ตัดสินชี้ขาดได้ฉันมิตร (Amiable Compositeur)

ในข้อ 21 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม และการให้คู่กรณีมีโอกาสเสนอข้อเท็จจริงสนับสนุนข้ออ้างของตนมากที่สุด” คล้ายกับมาตรา 17 วรรคสองของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นจริยธรรมเกี่ยวกับการดำเนินวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และข้อความในตอนท้ายก็เป็นหลักจริยธรรมอีกประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เสนอข้อเท็จจริงในการต่อสู้คดีของเขาได้เต็มที่ ไม่ควรเคร่งครัดในเรื่องวิธีพิจารณาและกฎหมายลักษณะพยานมากเกินไป จนทำให้คู่กรณีไม่อาจเสนอข้อเท็จจริงบางอย่างได้

ในข้อ 28 กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดไปตามหลักแห่งกฎหมายและความยุติธรรม เป็นจริยธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทว่าต้องคำนึงถึงกฎหมายและความเป็นธรรมควบคู่กันไป

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าทั้งอนุญาโตตุลาการทั่วไปหรืออนุญาโตตุลาการฉันมิตรต่างก็จะต้องสร้างบทบาทและสถานะให้อยู่ภายในกรอบที่สำคัญทั้ง 4 ประการ<sup>6</sup> ดังนี้ด้วย

<sup>6</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, “บทบาท หน้าที่ ความรับผิดชอบ และจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ,” ใน บทบัญญัติย. เล่ม 50 ตอน 2, (มิถุนายน 2537).

1) อนุญาโตตุลาการต้องไม่ทำงานในลักษณะของทนายความ แต่ทำงานในลักษณะตุลาการหรือกึ่งตุลาการ (Quasi Judicial) เป็นตุลาการรูปแบบหนึ่งไม่ได้เป็นผู้แทนหรือทนายความของคู่ความฝ่ายที่ดั่งมา

2) อนุญาโตตุลาการต้องไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือเป็นผู้ขายบริการประกอบอาชีพในการเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการเข้ามาทำงานในลักษณะที่เป็นผู้ประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมเป็นผู้ให้บริการด้านความเป็นธรรม ด้วยมโนธรรมที่ดีต่อสังคม

3) อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมาย แต่จำเป็นจะต้องมีฐานความรู้ทางกฎหมายระดับหนึ่ง สำหรับชี้ขาดตัดสินโดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยต่อสังคม

4) อนุญาโตตุลาการจะต้องระมัดระวังไม่ให้ระบบงานอนุญาโตตุลาการ กลับไปอยู่ในสถานะ หรือระบบศาลยุติธรรมที่มีปัญหาเรื่องความล่าช้า

#### 4.1.2 ความรับผิดชอบของ Amiable Compositeur

กฎหมายของหลาย ๆ ประเทศมีความคิดว่า อนุญาโตตุลาการนั้นมีอิสระและเป็นกลาง ดังนั้นจึงควรที่จะได้รับความคุ้มกัน (immunity) จากการถูกฟ้องร้องในทางแพ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการถูกกล่าวหาว่าดำเนินกระบวนการโดยประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี เพราะฉะนั้นแล้วทุกครั้งศาลปฏิเสธรการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีก็จะถือเป็นเหตุฟ้องร้องให้อนุญาโตตุลาการรับผิด ผู้พิพากษาของศาลในประเทศเหล่านี้ก็ได้รับความคุ้มกันในทำนองนี้เช่นเดียวกัน ประเทศที่ถือแนวความคิดเช่นนี้ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อินเดีย และอังกฤษ เป็นต้น<sup>7</sup> อย่างไรก็ตามในการให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการก็จะต้องมีขอบเขต เพราะถ้ามีการทุจริตหรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบ ก็จะต้องรับผิดเช่นกัน

ในประเทศที่ดีถือว่า อนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นโดยหลักแห่งสัญญา อนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ อาจต้องรับผิดต่อคู่กรณีตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาและละเมิด แต่ก็จำกัดขอบเขตความรับผิดไว้อย่างเคร่งครัด คือ จะเพียงแต่กล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินคดีไม่ถูกต้อง หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลปฏิเสธไม่บังคับให้ ไม่ถือว่าเป็นเหตุเพียงพอที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิด อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดต่อเมื่อประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถึงขนาดเท่ากับปฏิเสธความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการหรืออนุญาโตตุลาการทุจริต เช่น กฎหมายของประเทศอิหร่าน และ

<sup>7</sup> Marshall (E), *Arbitral Immunity*, J. of Business Law, 1976, 313-322.

ยูโกสลาเวีย<sup>8</sup> ในขณะที่ประเทศอิตาลีและออสเตรเลีย อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบถ้าเป็นกรณีทุจริต ส่วนกรณีประเภทเส้นล่อนั้น ไม่ต้องรับผิดชอบจึงเห็นได้ว่าแต่ละประเทศก็มีแนวความคิดแตกต่างกันไป แต่หัวใจสำคัญก็คือ ทุกประเทศให้ความเคารพต่อพื้นฐานความเป็นอนุญาโตตุลาการที่จะให้ความคุ้มกันไม่ต้องรับผิดชอบเป็นเบื้องต้น ส่วนความหนักเบาของแต่ละกรณีนั้นก็ค่อยแยกไปลงโทษหรือพิจารณาโทษให้ต้องรับผิดชอบต่างกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการจะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดีหรือไม่ อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรจะได้มีการแยกประเด็นออกเป็น 2 กรณี คือ

#### 4.1.2.1 กรณีที่เป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าคู่กรณีจะไม่เห็นพ้องด้วยกับดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือในการใช้การตีความกฎหมายก็ไม่น่าที่จะถือเป็นเหตุฟ้องร้องในการดำเนินคดีให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบได้

#### 4.1.2.2 กรณีที่เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

ไม่ว่ากรณีจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายหรือหน้าที่ตามสัญญา หากอนุญาโตตุลาการละเลยไม่ปฏิบัติตามที่ดังกล่าว จนเป็นเหตุให้คู่กรณีได้รับความเสียหาย อนุญาโตตุลาการอาจต้องรับผิดชอบ หรือกรณีรวมถึงการที่อนุญาโตตุลาการทุจริตต่อหน้าที่ เช่น รับสินบนจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น นี้ก็ต้องรับผิดชอบ

ในบางครั้งการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่อาจเยียวยาหรือแก้ไขความเสียหายทางเศรษฐกิจ (economic loss) ของคู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นปัญหาว่าคู่ความที่ได้รับความเสียหายจะประสบความสำเร็จในระดับใด ที่จะฟ้องให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ในเรื่องสัญญาหรือละเมิด และในที่สุดปัญหาเรื่องนี้ ได้ถูกเสนอในที่ประชุมประจำปีของ The European User's Council of the London Court of International Arbitration ในปี 1987 ซึ่งจากการประชุมดังกล่าวได้มีการรวบรวมข้อเขียนของผู้รู้เกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เป็นหนังสือชื่อว่า The Immunity of Arbitrators. edited by Julian D.M. Lew, Lloyd's of

<sup>8</sup>อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 75-76.



London Press Ltd, 1990. ซึ่งหนังสือฉบับดังกล่าวได้กระตุ้นให้นักวิชาการให้ทำการศึกษาวិจัยต่อไปในเรื่องนี้ และยังเป็นข้อเสนอแนะสำหรับผู้ปฏิบัติงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบในกรณีความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปแล้ว พบว่า อนุญาโตตุลาการย่อมได้รับความคุ้มครองในระดับที่เป็นการใช้ดุลพินิจในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทอย่างเป็นทางการ ซึ่งทั้งนี้ย่อมหมายถึงรวมถึงการอนุญาโตตุลาการชั้นมิตรที่พิจารณาจากการเกิดขึ้นของอนุญาโตตุลาการชั้นมิตร ก็แต่โดยเจตนาที่สมัครใจของคู่กรณีที่ยินดีที่จะให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปอย่างชั้นมิตร ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ไม่มีเหตุผลอันใดที่คู่กรณีจะย้อนกลับมาใช้จุดที่ตนเอง เปิดกว้างให้อนุญาโตตุลาการเอง มาอ้างมากล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบจากการใช้ดุลพินิจตรงนั้น

ในขณะที่ ส่วนที่เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ หากได้รับการละเลยไม่ปฏิบัติตาม เป็นเหตุให้คู่กรณีต้องได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือเป็นกรณีทุจริตอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งในส่วนนี้อนุญาโตตุลาการชั้นมิตรเองก็มีหน้าที่ไม่ได้ต่างไปจากอนุญาโตตุลาการปกติ ฉะนั้นในส่วนนี้ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นกันด้วย

อย่างไรก็ตาม มาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็เป็นสิ่งสำคัญมากส่วนหนึ่ง เพราะถ้าหากอนุญาโตตุลาการสามารถถูกฟ้องร้องดำเนินคดีงายเกินไป คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยกับอนุญาโตตุลาการก็อาจข่มขู่ว่าจะฟ้องอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระขาดความมั่นใจในความเป็นกลางของตัวเอง ในการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี และอาจทำให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถไม่อยากจะรับเป็นอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะเป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการชั้นมิตรเองก็ตามที่ ดังนั้นจึงน่าจะถือว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีทุจริตหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความตั้งใจจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแก่คู่กรณีเท่านั้น

#### 4.1.3 ค่าตอบแทนในการใช้ Amiable Compositeur

บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดนั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนหรือค่าปวยการ สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนนี้เป็นแนวความคิดที่เกิดขึ้นหลังศตวรรษที่ 19 ทั้งนี้เพราะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับเงินเดือนจากรัฐเหมือนกับผู้พิพากษาของศาล และการเป็นอนุญาโตตุลาการก็ถือเป็นงานให้บริการอย่างหนึ่ง ถึงแม้จะไม่ใช่งานขายบริการเป็นอาชีพก็ตาม ดังนั้นผู้เป็นอนุญาโตตุลาการจึงควรที่จะได้รับค่าตอบแทนจากคู่กรณี แต่การได้รับค่าตอบแทนจากคู่กรณีไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องเข้าข้างฝ่ายที่จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ตน เพราะถ้าเป็นเช่นนั้นก็เท่ากับหาความเป็นกลางจากอนุญาโตตุลาการไม่ได้เลย

ศาลประเทศอังกฤษเคยตัดสินว่า ในการอนุญาตตุลาการในข้อพิพาททางพาณิชย์หรือทางธุรกิจนั้น การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการถือว่าเป็นการตกลงกันโดยปริยายว่า จะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่อนุญาตตุลาการตามสมควร<sup>9</sup>

และในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (B.G.B.) ก็บัญญัติไว้ในมาตรา 162 ว่า การให้บริการทั้งหลายจะต้องมีการจ่ายค่าตอบแทน ส่วนกฎหมายไทยนั้น ก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ว่า “ในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาอนุญาตตุลาการ ค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการและค่าปวยการอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี.....” ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นอำนาจของอนุญาตตุลาการที่จะกำหนดค่าตอบแทนหรือค่าปวยการของอนุญาตตุลาการไว้ในคำชี้ขาดได้

#### 4.1.3.1 หลักประกันแห่งค่าตอบแทนของอนุญาตตุลาการ

โดยปกติแล้วอนุญาตตุลาการจะเป็นผู้พิจารณาว่าค่าตอบแทนจำนวนเท่าใดจึงจะเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทแต่ละคดี เมื่ออนุญาตตุลาการได้ส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คู่กรณีว่าคำชี้ขาดได้ทำขึ้นเรียบร้อยแล้ว และพร้อมที่จะส่งมอบคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณีแล้วอนุญาตตุลาการจะแจ้งไว้ในคำบอกกล่าวด้วยว่าคู่กรณีจะต้องนำเงินมาชำระเป็นค่าปวยการตามจำนวนที่กำหนดด้วยและอนุญาตตุลาการอาจไม่มอบคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณีจนกว่าจะได้มีการชำระค่าตอบแทนให้แก่อนุญาตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระค่าตอบแทนนั่นเอง

ตามกฎหมายอังกฤษนั้นบัญญัติให้อุญาตตุลาการมีบุริมสิทธิเหนือคำชี้ขาดเอกสารหรือสิ่งอื่นใดที่มีราคาซึ่งอนุญาตตุลาการได้มาจากบุคคลอื่น เช่น ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ อันเป็นประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และเป็นบุริมสิทธิสำหรับค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี ซึ่งรวมถึงสิทธิที่อนุญาตตุลาการจะยึดหน่วงเอาสิ่งต่าง ๆ เหล่านั้นไว้ได้ด้วย แต่บุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วงดังกล่าวไม่มีอยู่เหนือเอกสารทั้งหลายที่คู่กรณีได้ยื่นไว้ต่ออนุญาตตุลาการเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในคดี<sup>10</sup> สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่มีการบัญญัติให้บุริมสิทธิอย่างกฎหมายอังกฤษ

<sup>9</sup> Cramton & Holt V. Ridly & Co. 1887, Q.B.D. 48.

<sup>10</sup> Russel on the Law of Arbitration. (20<sup>th</sup> Ed., Walton, A. & Victoria, M.1982).

#### 4.1.3.2 คำตอบแทนอนุญาโตตุลาการต้องกำหนดตามสมควร

กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะรับรองสิทธิของอนุญาโตตุลาการ ในการที่จะได้รับคำตอบแทนจากคู่กรณี แต่กฎหมายก็ไม่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการมุ่งแสวงหาผลประโยชน์จากการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีเสมือนหนึ่งเป็นการทำการค้า คำตอบแทนของอนุญาโตตุลาการนั้นมีให้ไว้เพื่อเป็นการตอบแทนเวลา ค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากที่เกิดขึ้นแก่อนุญาโตตุลาการหรือที่อนุญาโตตุลาการต้องเสียไปเพื่อประโยชน์ของการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องคิดหรือกำหนดคำตอบแทนอย่างสมเหตุสมผล ไม่ใช่กำหนดตามอำเภอใจหรือเพื่อมุ่งหวังความร่ำรวยจากการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี ด้วยเหตุนี้ มาตรา 27 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงให้อำนาจแก่ศาลที่มีเขตอำนาจที่จะคอยควบคุมตรวจสอบในเรื่องนี้ เพราะฉะนั้นไม่ว่าจะได้มีการตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดว่าประการใดก็ตาม ถ้าศาลเห็นว่าคำตอบแทนของอนุญาโตตุลาการนั้นกำหนดไว้อย่างไม่ถูกต้องตามสมควร ศาลก็อาจกำหนดให้ใหม่ตามความเป็นธรรมได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เทียบเคียงกับการพิจารณาโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว โดยส่วนใหญ่กฎข้อบังคับของแต่ละสถาบันจะแบ่งความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายไว้เป็น 3 กรณี คือ

- 1) ฝ่ายแพ้ (losing party) เป็นผู้รับผิดชอบ
- 2) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแบ่งเฉลี่ยความรับผิดชอบเท่า ๆ กัน
- 3) อนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนด ผู้ที่จะรับผิดชอบค่าใช้จ่าย ไว้ในคำชี้ขาด

แต่ถ้าคู่สัญญาได้กำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างชัดแจ้งแล้ว ก็จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญานั้น

ในลักษณะตามที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักการเรื่องคำตอบแทนของอนุญาโตตุลาการไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตามย่อมได้รับความคุ้มครองจากทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอง หรือกฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการในแต่ละแห่งอยู่แล้ว นอกจากนั้นยังอาจได้รับการตรวจสอบจากศาลสถิตยุติธรรมอีกชั้นหนึ่งด้วย จึงเป็นการสมเหตุสมผลอยู่แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ใช้อนุญาโตตุลาการฉันมิตร (Amiable Compositeur) ยิ่งน่าที่จะไม่มีปัญหาหรือลบบัญหาข้อโต้แย้งเรื่องคำตอบแทนลงไปได้มาก เพราะความเป็นเพื่อน ความคุ้นเคย ย่อมจะนำมาซึ่งความเข้าใจในปัญหาของกันและกัน รู้และเข้าใจง่ายไม่ต้องให้หลักเกณฑ์พื้นฐานอะไรที่ซับซ้อนก็สามารถวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดได้และเป็นที่ยอมรับของทั้งคู่กรณีได้ง่ายกว่า ดังนั้นอนุญาโตตุลาการฉันมิตรเองบางทีอาจจะไม่คิดคำตอบแทนจากการพิจารณาชี้ขาดในครั้งนั้น ๆ เลยก็เป็นได้

เกี่ยวกับเรื่องนี้ ท่านรองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ให้ความเห็นว่า คำตอบแทนของอนุญาโตตุลาการชั้นมิตร ย่อมน้อยกว่าอนุญาโตตุลาการปกติธรรมดา เพราะมีความยากในเนื้องานน้อยกว่ามาก ซึ่งผู้เขียนเองมีความเห็นพ้องต้องด้วยกับความเห็นดังกล่าว เพราะการอนุญาโตตุลาการชั้นมิตรเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่กะทัดรัดชัดเจนและง่ายกว่า อีกทั้งเหมาะกับภาวะเศรษฐกิจตกต่ำในขณะนี้ เป็น อย่างยิ่งด้วย

#### 4.2 ลักษณะของคำชี้ขาด

เมื่อได้ทราบถึงการได้มาซึ่งอนุญาโตตุลาการชั้นมิตรว่า มีที่มาแห่งกฎหมายอย่างไร และถ้าจะมีอยู่จริงในการนำมาใช้ จะต้องมียุทธวิธี ความรับผิดชอบ และคำตอบด้วยหรือไม่อย่างไร ในส่วนที่ผ่านมาแล้วนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ให้เห็นลักษณะของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

จากหลักการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายที่ได้ศึกษามา เห็นได้ว่าการที่อนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีการยอมรับในสากลแล้ว ซึ่งคำชี้ขาดที่ออกมาก็มียุทธวิธีและรูปแบบไม่ต่างไปจากการอนุญาโตตุลาการปกติแต่อย่างใด เพียงแต่มีลักษณะพิเศษตรงที่มาจากคำชี้ขาดและตรงที่การจะได้รับการบังคับตามคำชี้ขาดได้อย่างสมบูรณ์ และประสิทธิผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการมากขึ้นนั่นเอง

##### 4.2.1 ข้อกำหนดและแบบของคำชี้ขาด

###### 4.2.1.1 คำชี้ขาดต้องกระทำโดยเสียงข้างมาก

ตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่มักจะถือหลักอย่างเดียวกันว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้กระทำลงโดยเสียงข้างมาก คงมีเพียงแต่กฎหมายของบางประเทศเท่านั้นที่บังคับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องกระทำโดยความเห็นที่เป็นเอกฉันท์ เช่น กฎหมายของประเทศบราซิล เปรู และเวเนซุเอลา เป็นต้น

ในกรณีของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ในมาตรา 16 ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ แต่ในกรณีที่ไม้อาจหาเสียงข้างมากได้ ก็ให้อนุญาโตตุลาการทุกคนตกลง ร่วมกันตั้งบุคคลหนึ่งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาด (umpire) ซึ่งโดยสภาพแล้วบุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ชี้ขาด

จะต้องเป็นบุคคลภายนอก กล่าวคือ ไม่ใช่ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นอยู่แล้ว และในกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องของการแต่งตั้งผู้ชี้ขาดก็ให้อนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งแต่งตั้งผู้ชี้ขาดได้ ส่วนกรณีที่ผู้ชี้ขาดจะสามารถวินิจฉัยและตัดสินคดีไปตามความเห็นของตนเอง โดยไม่ต้องอิงความเห็นของอนุญาโตตุลาการคนใดเลย หรือจะต้องตัดสินโดยถือตามความเห็นของอนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่ง จะมีความเห็นเป็นอิสระของตนเองไม่ได้นั้น ตามกฎหมายไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่สำหรับในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ชี้ขาดที่มาจากใหม่จะตัดสินชี้ขาดไปตามความเห็นของตนเองก็ได้แต่จะต้องกระทำด้วยความเป็นกลางปราศจากอคติและความลำเอียง ซึ่งการกระทำของผู้ชี้ขาด (umpire) ดังกล่าวไม่ถือเป็นการทำตามอำเภอใจในเกินขอบเขตแต่อย่างใด เพราะเป็นการแต่งตั้งจากความตกลงของอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายหรือศาลอยู่แล้วและผู้ชี้ขาด (umpire) ก็ต้องทำหน้าที่เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการภายใต้กรอบปฏิบัติเดียวกันตามมาตรา 14 และ มาตรา 15

อย่างไรก็ตาม วิธีการแต่งตั้งผู้ชี้ขาดที่มาจากใหม่ขึ้นมาตัดสินชี้ขาด สำหรับกรณีที่ไม้อาจหาเสียงข้างมากได้นั้น มีจุดอ่อนอยู่ 2 ประการ คือ

1) การที่คู่กรณีตกลงกันให้มีอนุญาโตตุลาการหลายคนประกอบเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ ก็เพื่อให้ข้อพิพาทของตนได้รับการวินิจฉัยและตัดสินด้วยความละเอียดรอบคอบ แต่ท้ายที่สุดแล้วก็ขึ้นอยู่กับความเห็นของบุคคลคนใดคนหนึ่งคือผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดที่มาจากใหม่

2) ผู้ชี้ขาดนั้นเป็นบุคคลที่เข้ามาในภายหลัง ไม่เคยมีส่วนร่วมในการพิจารณาและสืบพยานมาก่อน จึงได้แต่ตัดสินโดยอาศัยรายงานและสำนวนความที่อนุญาโตตุลาการได้จัดทำไว้เท่านั้น ไม่มีโอกาสสังเกตบุคลิกลักษณะของพยานที่เบิกความว่าพยานน่าเชื่อถือเพียงใด ดังนั้นจึงมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ เช่น เยอรมัน และญี่ปุ่น ไม่นำระบบผู้ชี้ขาดมาใช้และก็ให้ถือว่าการดำเนินการนั้นไม่อาจเป็นไปได้อีกต่อไป

#### 4.2.1.2 ระยะเวลาการทำคำชี้ขาด

คู่กรณีอาจตกลงกันกำหนดระยะเวลาสำหรับการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ หรือกฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีใช้อยู่อาจมีข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดไว้ได้ ซึ่งในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็อาจจะมีกฎบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาดังกล่าวไว้ด้วย

ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดไว้ในมาตรา 21 ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในเวลา 180 วันนับตั้งแต่วันตั้งอนุญาโตตุลาการคนสุดท้ายหรือผู้ชี้ขาดโดยชอบ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นกล่าวคือ คู่กรณีอาจตกลงกันให้ขยายออกไปอีกก็ได้

#### 4.2.1.3 ขอบเขตของคำชี้ขาด

ด้วยอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้น เกิดขึ้นก็แต่โดยอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นพื้นฐาน เหตุนี้เองอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจที่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินกว่าขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีได้ เว้นแต่จะเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือคำปวงการอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด หรือเป็นการชี้ขาดให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันระหว่างคู่กรณี ซึ่งรายละเอียดนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 20 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

กรณีจะเห็นได้ว่า อนุญาโตตุลาการมีขอบเขตที่จะชี้ขาดข้อพิพาทเพียงจำกัดเท่าที่คู่กรณีจะกำหนดไว้ ทั้งนี้การเป็นอนุญาโตตุลาการฉันทมิตร จะชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมายก็เป็นเรื่องการชี้ขาดให้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้นถ้าคู่กรณีกำหนดไว้ชัดเจนว่าให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยไม่ต้องใช้กฎหมายได้ การนี้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมายย่อมถูกนำมาใช้ได้โดยเป็นผล แต่ทั้งนี้ต้องอาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศด้วยว่ามีบทบัญญัติเปิดช่องให้คู่กรณีตกลงกันเช่นนั้นได้เช่นเดียวกับที่คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้ยกร่าง UNCITRAL Model Law ไว้แล้วหรือไม่

สำหรับประเทศไทย มีมาตรา 20 ตอนท้ายรองรับในความตกลงของคู่กรณีที่จะให้มีขอบเขตคำชี้ขาดได้เท่าที่เจตนากรมัยของคู่กรณีจะส่งไปถึงอยู่แล้ว แต่ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จะกำหนดให้ทำเช่นนั้นได้ เพราะประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าจะหยิบยกกรณีอนุญาโตตุลาการฉันทมิตรและการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายมาใช้แล้วจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ชัดเจน อย่างเช่นกับหลักสากลและนานาอารยประเทศ เพื่อที่คู่กรณีจะได้ใช้เป็นทางเลือกและอนุญาโตตุลาการจะได้สามารถกระทำลงได้โดยไม่กลัวว่าจะเกิดข้อขัดแย้งในภายหลังเนื่องจากโดยถ้อยคำที่ผู้เขียนได้ยกร่างขึ้นใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้คำว่า “การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย” ซึ่งดูเหมือนว่าจะผิดแปลกไปจากหลักเกณฑ์ทั่วไป และแค่ชื่อเองก็อาจไม่ใช่เรื่องที่น่าจะเป็นกรณีของนิติศาสตร์อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญของกรณีศึกษาที่ตนเองเป็นตัวอุปประเด็นให้ต้องพิจารณาให้ลึกซึ้งถึงความเป็นมา คือ การค้าระหว่างประเทศที่กว้างไกลและพัฒนาการอย่างไม่หยุดยั้ง

นั่นเอง ที่จะทำให้นิติศาสตร์เปิดกว้างขึ้นและยอมรับเอาหลักเกณฑ์อื่น ๆ มาปรับใช้ให้สมประโยชน์ตามเจตนารมณ์ของการมีกฎหมาย ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำชี้ขาดของการอนุญาตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาขอบเขตของคำชี้ขาด ประเทศไทยน่าที่จะได้มีการยอมรับและบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นได้ในปัจจุบัน

#### 4.2.1.4 แบบของคำชี้ขาด

ในประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะกำหนดให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี ไม่ว่าจะประเทศฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมัน เป็นต้น แต่ในกฎหมายประเทศอังกฤษกลับไม่มีบัญญัติไว้ ดังนั้นโดยหลักการ คำชี้ขาดของอังกฤษก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติก็มักจะทำเป็นหนังสืออยู่นั่นเอง เพราะเป็นหลักฐานที่แน่นอนและง่ายในการพิสูจน์

สำหรับประเทศไทย มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติไว้เหมือนกับกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่คือ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี โดยระบุเหตุผลแห่งข้อวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้งด้วย และโดยทั่วไปคำชี้ขาดก็จะต้องมีส่วนประกอบอื่น ๆ ที่สำคัญดังนี้

ก) อารัมภบท เป็นข้อความโดยย่อ แสดงถึงความเป็นมาและเหตุแห่งข้อพิพาทของคู่กรณี และการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ข้อเรียกร้อง ข้ออ้าง ข้อโต้แย้ง พร้อมกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญเมื่อเกิดกรณีมีการคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดในภายหลัง

ข) เนื้อหาคำชี้ขาดตัดสินเป็นส่วนที่อนุญาตตุลาการต้องแสดงเหตุแห่งการวินิจฉัยและการชี้ขาดตัดสินประเด็นต่าง ๆ ที่คู่กรณีพิพาทกันจนครบถ้วนทุกประเด็น ดังนั้นเพื่อให้ชัดเจนอนุญาตตุลาการควรที่จะต้องอธิบายถึงเหตุผลในการวินิจฉัยไว้ด้วย อย่างไรก็ตามแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเหตุผลของคำชี้ขาดนั้น ก็มีความเห็นที่แตกต่างกันเป็น 2 แนวทางคือ

1) แนวความคิดของกลุ่มประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแบบ civil law ซึ่งถือว่าเหตุผลแห่งคำตัดสิน ไม่ว่าจะเป็คำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้น จะเป็นหลักประกันพื้นฐานว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและได้ส่งให้อนุญาตตุลาการนั้น จะได้รับการวินิจฉัยโดยชอบด้วยความยุติธรรม

2) แนวความคิดของกลุ่มประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย common law นั้น ไม่ถือเคร่งครัดเหมือนกับประเทศที่อยู่ในระบบ civil law ดังนั้นในคำชี้ขาดตัดสิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจไม่มีการระบุเหตุผลเอาไว้เลยก็ได้ อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติและกฎหมาย ของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็ได้วิวัฒนาการไปจนใกล้เคียงกับกลุ่มประเทศ civil law มากขึ้น กล่าวคือ ปัจจุบันนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องระบุเหตุผลของคำชี้ขาดไว้ด้วย ถ้าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ก่อนที่จะมีการทำคำชี้ขาดนั้นขึ้น<sup>11</sup>

กรณีนี้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นในประเทศซึ่งโดยกฎหมายของ ประเทศนั้นแล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดเอาไว้ และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นนั้นก็ไม่ได้ระบุ เหตุผลเอาไว้ การณ์ปรากฏว่าต่อมาได้มีการนำคำชี้ขาดนั้นมาขอให้ศาลของอีกประเทศหนึ่งบังคับให้ โดยที่ กฎหมายของประเทศที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นกำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมี การระบุเหตุผล กรณีเช่นนี้ศาลของประเทศฝรั่งเศสได้เคยตัดสินปัญหาที่ว่า หากคำชี้ขาดของอนุญาโต ตุลาการได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดแล้วและตามกฎหมายของประเทศ นั้นไม่ได้บังคับว่าจะต้องมีการระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาด แม้จะขัดกับกฎหมายของฝรั่งเศสที่กำหนดให้ต้องมี การระบุเหตุผลด้วยก็ตาม คำชี้ขาดนั้นก็สามารถบังคับในประเทศฝรั่งเศสได้ แม้จะไม่มีการระบุเหตุผลไว้ ในคำชี้ขาดดังกล่าว<sup>12</sup> ซึ่งแนวคำตัดสินเช่นนี้ก็มีปรากฏในประเทศเยอรมันและอิตาลีด้วยเช่นกันโดยให้ ลักษณะที่ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า ถ้าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญา กรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 หรืออนุสัญญากrungนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 แล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการระบุเหตุผลของ คำชี้ขาดไว้<sup>13</sup>

ในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นในเชิงเปรียบเทียบกับกรณีคำชี้ขาดที่ประเทศ หนึ่งทำอย่างหนึ่งได้ตามกฎหมาย แต่จะนำไปบังคับตามคำชี้ขาดในอีกประเทศ ซึ่งกฎหมายในเรื่องนั้นต่าง กันกับกรณีคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมายที่ในประเทศหนึ่งอาจมีกรณีบัญญัติไว้ในกฎหมาย ชัดเจน และได้ชี้ขาดออกมาเป็นคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย และต่อมาต้องนำไปบังคับตาม คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายนั้นในอีกประเทศหนึ่งซึ่งไม่มีกรณีบัญญัติไว้ในกฎหมายให้ทำได้ หรือเป็นกรณีประเทศไทยก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าถ้าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายในประเทศใดก็ ตาม เป็นกรณีที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากrungเจนีวา ค.ศ. 1927 หรืออนุสัญญากrungนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

<sup>11</sup> Section 1 (6) Arbitration Act 1979.

<sup>12</sup> Cass. civ. June 14, 1960 Rev. crit. dr. int. prive 1960, 393.

<sup>13</sup> Florence Court of Appeal, March 7, 1959, *Revue du Droit International Public* 1961, 864 ;

Florence Court of Appeal Nov. 6, 1964 and Oct. 26, 1976, *Rev. arb.* 1976, 187.



แล้ว ก็ไม่จำเป็นเลยที่ว่ากฎหมายของประเทศที่ต้องบังคับตามจะมีบทบัญญัติเรื่อง คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้กฎหมายไว้ด้วยหรือไม่ก็สามารถบังคับตามได้ อย่างไรก็ตามเกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้เขียนจะอธิบายไว้ในส่วนของการตรวจสอบการบังคับตามคำชี้ขาดต่อไป แต่ในส่วนนี้ผู้เขียนขอสรุปว่าในแบบของคำชี้ขาดตามกฎหมายไทย คือ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นั้น น่าจะเป็นการเปิดกว้างไปในแนวทางเดียวกับของระบบกฎหมาย civil law เหมือนกับต่างประเทศ เพราะในปัจจุบันประเทศในระบบกฎหมาย common law เองยังเริ่มคล้อยตาม เนื่องจากต่างก็เห็นความสำคัญว่า ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงการยอมรับในสนธิสัญญาระหว่างรัฐ การยอมรับนับถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้ประเทศของตนอยู่รอดและเจริญเติบโตมากขึ้น โดยเฉพาะการอยู่ในสังคมระหว่างประเทศของประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทย

ค) ลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติไว้ชัดเจนว่าคำชี้ขาดจะต้องลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่มิใช่อนุญาโตตุลาการหลายคนคำชี้ขาดนั้นจะต้องให้อนุญาโตตุลาการทุกคนลงลายมือชื่อ อย่างไรก็ตามในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมได้ระบุไว้ในข้อ 29 ว่า “ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการคนใดไม่ลงลายมือชื่อไว้ ให้อนุญาโตตุลาการอื่นหรือผู้อำนวยการจัดแจ้งเหตุชัดข้อลงไว้” ดังนั้นจึงอาจดูเหมือนว่าข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมข้อที่ 29 นี้ขัดกับหลักกฎหมายได้ เพราะกฎหมายได้บัญญัติไว้โดยเคร่งครัดว่าอนุญาโตตุลาการทุกคนต้องลงลายมือชื่อในคำชี้ขาด ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า เราจะต้องพิจารณามาตรา 20 ประกอบกับ มาตรา 16 ด้วย เพราะมาตรา 16 กำหนดว่า คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการจะต้องกระทำโดยเสียงข้างมาก ดังนั้นหากอนุญาโตตุลาการโดยเสียงข้างมากได้ลงลายมือชื่อในคำชี้ขาดแล้ว แม้จะมีอนุญาโตตุลาการบางคนไม่ได้ลงลายมือชื่อไว้ก็ตามคำชี้ขาดนั้นก็น่าที่จะใช้ได้ ซึ่งแนวปฏิบัติเช่นนี้ในกฎหมายประเทศฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติลงไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 1473 ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ ซึ่งในกรณีนี้ย่อมจะรวมถึงคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายด้วยเช่นกัน

ง) วัน เดือน ปี และสถานที่ในการทำคำชี้ขาด แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ต้องระบุวัน เดือน ปี และสถานที่ในการทำชี้ขาดไว้ก็ตาม แต่เพื่อความสะดวกในการตรวจสอบคำชี้ขาดว่าคำชี้ขาดนั้น ๆ ได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นหรือไม่ ก็จึงควรระบุลงไว้ให้ชัดเจน

จ) การส่งคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดได้ทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว อนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดมีหน้าที่จะต้องจัดส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้ถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกคน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 21 วรรค 4 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นถ้ายังไม่มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่

กรณีที่เกี่ยวข้องทุกคน คำชี้ขาดนั้นก็จะมีผลบังคับได้ เพราะมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 23 และสัญญาอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี เมื่อได้มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรค 4 แล้ว”

ส่วนวิธีการจัดส่งคำชี้ขาดนั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการตายตัวว่าจะต้องจัดส่งด้วยวิธีใด ดังนั้นการส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือวิธีการอื่นใดตามความเหมาะสมที่น่าจะทำได้ก็สามารถทำได้

#### 4.2.2 ผลทางกฎหมายของคำชี้ขาด

โดยปกติแล้วคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดแล้วแต่กรณี เมื่อเสร็จสมบูรณ์ตามแบบของกฎหมายแล้ว จะมีผลกระทบต่อหลาย ๆ ฝ่ายซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามโดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

##### 4.2.2.1 ผลทางกฎหมายต่ออนุญาโตตุลาการ

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดเสร็จและได้จัดส่งสำเนาคำชี้ขาดถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแล้ว อำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็ย่อมสิ้นสุดลง (functus officio) เพราะตามวิถีทางของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมา ก็เพื่อที่จะให้บุคคลคนนี้ได้ทำการพิจารณาและชี้ขาด ข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการอย่างไรก็ตามจะเป็นอนุญาโตตุลาการฉันทมิตรหรือจะได้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ใช้หรือไม่ใช้กฎหมายก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีถ้าในคำชี้ขาดนั้นมีข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อย และหากอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขออนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีอำนาจที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยนั้นได้ ตามหลักกฎหมายมาตรา 22 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 4.2.2.2 ผลทางกฎหมายต่อข้อพิพาท

ในกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส<sup>14</sup> เยอรมัน<sup>15</sup> และสหรัฐอเมริกา<sup>16</sup> จะถือว่าคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นย่อมมีผลเป็นการยุติข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ซึ่งหมายความว่าคู่กรณีจะนำข้อพิพาทเดียวกันนั้นไปว่ากล่าวฟ้องร้องกันในศาลหรือเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอื่นอีกไม่ได้ เพราะสิ่งที่ตัดสินแล้วให้รับ (ฟัง) ว่าเป็นจริง (res judicata pro veritate habetur) ส่วนกฎหมายไทย ตามมาตรา 22 วรรค 1 ก็ได้บัญญัติรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุด...เมื่อได้มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรคสี่แล้ว” จึงเห็นได้ว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นกรณีใด เมื่อทำขึ้นเรียบร้อยแล้วก็สิ้นสุดข้อพิพาทลงด้วย

#### 4.2.2.3 ผลทางกฎหมายต่อคู่กรณีพิพาท

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม เมื่อได้มีการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกคนแล้ว ซึ่งตรงจุดนี้เองที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแตกต่างไปจากการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาท เพราะผู้ไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทเป็นเพียงผู้ทำหน้าที่ช่วยให้คู่กรณีบรรลุถึงความตกลงเพื่อยุติข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทจึงไม่ได้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยและชี้ขาดว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก และอีกประการหนึ่งความผูกพันของคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ไม่ใช่ความผูกพันในลักษณะที่เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ หากแต่ผูกพันในฐานะที่เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่ใช่การยอมผ่อนผันให้แก่งกันและกัน ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าตามความเข้าใจที่ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการประนีประนอมยอมความอย่างหนึ่ง<sup>17</sup> นั้น จึงน่าจะเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอยู่ หรืออาจจะเป็นความคิดที่มีขึ้นมานานแล้ว

<sup>14</sup> Article 1476 Nouveau Code de Procedure Civil.

<sup>15</sup> Section 1040 Z.P.O.

<sup>16</sup> Domke on Commercial Arbitration © 31.02.

<sup>17</sup> พระนิติการณ์ประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2515,

อย่างไรก็ตามแม้จะถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามแต่อนุญาโตตุลาการก็ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐเหมือนกับศาล ดังนั้นหากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของตนเองได้แม้ว่าจะเป็นอนุญาโตตุลาการชั้นมิตรก็ตาม การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจของศาล ดังนั้นกฎหมายจึงต้องบัญญัติกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 23 ก็ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ว่า ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดห้ามมิให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจและศาลได้มีคำพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น

#### 4.3 การตรวจสอบการบังคับตามคำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

##### 4.3.1 คำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายภายในประเทศ

ขอบเขตของอำนาจศาลไทยในการตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็เป็นไปตามมาตรา 24 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลที่จะตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก่อนที่ศาลจะทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ก็ยอมรับว่าศาลควรที่จะมีอำนาจในการตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ส่วนปัญหาว่าขอบเขตในการตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนควรจะมีควมมากน้อยแค่ไหนเพียงใดนั้นยังคงลักลั่นกันอยู่ ส่วนประเทศที่ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางที่สุดในการตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ ประเทศอังกฤษ ส่วนประเทศอื่น ๆ นั้น ส่วนใหญ่แล้วเห็นว่าศาลไม่ควรที่จะตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนในเนื้อหาของคำชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการฟังข้อเท็จจริงในคดีหรือการใช้และการตีความกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้หมายรวมถึงคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายด้วย เพราะเป็นเรื่องของคู่กรณีที่ตกลงใจหรือสมัครใจให้อนุญาโตตุลาการกระทำลงเช่นนั้น เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ดังนั้นการตรวจสอบหรือร้องพิ้นทบทวนของศาลจึงควรเน้นหนักในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ และคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายไทยแล้วศาลไทยจะมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเมื่อศาลเห็นว่า

#### 4.3.1.1 คำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท

ตามความหมายของคำว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท” หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีและผู้เขียนได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 นั้น ในเรื่องนี้จะหมายถึงกฎหมายสาระบัญญัติที่อนุญาตตุลาการนำมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาท จึงเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุดในการวิเคราะห์วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ว่า กฎหมายที่ว่าจะมีความครอบคลุมไปถึงจุดไหน และหลักความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดี หรือหลักเกณฑ์ทั่วไปในทางการค้าจะมีผลในเรื่องนี้หรือไม่อย่างไร

ในเรื่องนี้ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทร์โอภากร ได้มีความเห็นว่าการนี้ของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงว่า อนุญาตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายหรือโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรม แต่ในมาตรา 17 บัญญัติไว้ว่า ในการดำเนินวิธีพิจารณานั้นอนุญาตตุลาการต้องคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม บทบัญญัติในมาตรา 17 นั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินวิธีพิจารณานั้นอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องผูกติดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยเคร่งครัด แต่สามารถที่จะใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้ ส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายสาระบัญญัตินั้นไม่ใช่เรื่องของมาตรา 17 หากแต่เกี่ยวข้องกับมาตรา 24 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาท..ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น” ซึ่งหมายถึงกฎหมาย แต่ไม่ใช่เฉพาะกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ควรหมายถึง ประเพณีปฏิบัติที่ผ่าน ๆ มาระหว่างคู่กรณีและหลักแห่งความยุติธรรมด้วย อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยคำนึงถึงหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นศาลจึงน่าจะตรวจสอบหรือรื้อฟื้นบททวนเฉพาะข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น<sup>18</sup>

ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทร์โอภากร และมีความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ทั้งโดยวัตถุประสงค์หลักของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการและการที่การอนุญาตตุลาการนั้นอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ดังนั้นอำนาจหลักของการชี้ขาดจึงควรอยู่ที่อนุญาตตุลาการเพราะได้รับอำนาจที่สมบูรณ์จากคู่กรณีมาแล้ว ถ้าหากเราตกลงให้กฎหมายในที่นี้ หมายถึง กฎหมายทุกประเภทที่ใช้ในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดก็เท่ากับว่า ศาลมีอำนาจตัดสินเหนือกว่าอนุญาตตุลาการเสียอีก ดังนั้นมันก็จะกลับไปสู่จุดแย่งระหว่างการเลือกใช้ระบบศาลหรือระบบอนุญาตตุลาการใหม่อีกครั้ง เพราะคู่กรณีก็จะหันมาใช้วิธีการตรวจสอบโดยศาลในคำ

<sup>18</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 123, 129.

ตัดสินใจของอนุญาตตุลาการทำให้เสียเวลาและเข้าระบบเดิม ถ้าเช่นนั้นคู่กรณีก็ไม่ควรเลือกใช้วิธีการอนุญาตตุลาการตั้งแต่แรก แต่ถ้าผ่านจุดทางแยกมาแล้วเราไม่ควรเปิดช่องให้เป็นปัญหาเช่นนั้นได้อีก ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า คำว่า กฎหมาย ในมาตรา 24 ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 นี้ จะต้องตีความให้มีความหมายครอบคลุมถึงประเพณีปฏิบัติ หรือหลักความยุติธรรม หลักความเป็นธรรม หรือมโนธรรมอันดีรวมอยู่ด้วย หรือไม่เช่นนั้นก็ควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้มีจุดตรวจสอบเสียใหม่ โดยแก้ไขเพิ่มเติมลงไปว่า “ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือหลักความยุติธรรมที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทนั้น ... ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น” เป็นต้น

นอกจากนั้นการที่แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 24 ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ยังส่งผลดีต่อกรณานำเอาวิธีการอนุญาตตุลาการชั้นมิตรมาใช้ด้วย เพราะอนุญาตตุลาการชั้นมิตรชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมาย และถ้าหากอำนาจศาลยังคงเดิมเท่ากับว่า คำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายก็แทบจะบังคับใช้ไม่ได้เลย เพราะจะต้องถูกศาลหยิบยกขึ้นตรวจสอบหรือพิทบทวนใหม่ทุกครั้งแน่นอน เพราะศาลคงจะถือว่าไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งบัญญัติไว้ ซึ่งคู่กรณีที่เลือกใช้วิธีการนี้เมื่อมีคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายออกมาสมบูรณ์แล้วเกิดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ก็จะนำข้อพิพาทส่งศาลและอ้างตามมาตรา 24 มาใช้มีศาลในการปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด ถึงแม้ว่าผู้เขียนจะมีความเห็นว่าปัญหาตรงจุดนี้ไม่เท่าที่จะเกิดขึ้นสำหรับคู่กรณีที่เลือกอนุญาตตุลาการชั้นมิตร เพราะน่าจะมีความรู้สึกยอมรับอยู่ตั้งแต่แรกทีเลือกแล้วก็ตาม แต่ในโอกาสต่อไปอาจจะมียุทธกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นได้ ดังนั้นจึงควรแก้ไขให้ชัดเจนเสียตั้งแต่ต้น

#### 4.3.1.2 เป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง

กรณีนี้เป็นเรื่องพฤติกรรมของอนุญาตตุลาการและวิธีดำเนินการกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการ เช่น อนุญาตตุลาการกระทำการทุจริต หรือมีอคติ หรือรับสินบน หรือมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการเป็นไปโดยไม่ชอบ เช่น ไม่มีการบอกกล่าวแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องโดยชอบถึงการนัดพิจารณาคดี หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี หรือขัดต่อหลักแห่งความเป็นธรรมและมโนธรรมอันดี

#### 4.3.1.3 เป็นคำชี้ขาดที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือ คำขอของคู่กรณี

ด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้นอาศัยพื้นฐานจากสัญญาระหว่างคู่กรณี ดังนั้นขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาตตุลาการจึงมีเพียงเท่าที่คู่กรณีได้ตกลงกันเอาไว้ หากสัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำขึ้นนั้นไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เป็นต้นว่าทำกันด้วยวาจา แม้ต่อมาอนุญาตตุลาการจะชี้ขาดข้อพิพาทไปแล้วก็ตาม คำชี้ขาดนั้นก็ใช้บังคับกับคู่กรณีไม่ได้ เพราะสัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายเสียแล้วตั้งแต่ต้น

ตามที่ได้ศึกษาวิธีการตรวจสอบการบังคับตามคำชี้ขาดตามกฎหมายภายในนั้น แสดงให้เห็นถึงว่าคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการภายในประเทศโดยส่วนใหญ่มีจุดตรวจสอบโดยศาล แต่การตรวจสอบดังกล่าวยังเปิดโอกาสสำหรับคู่กรณีที่จะตกลงกันเลือกใช้วิธีการหรือเลือกไม่ใช้กฎหมายอยู่ ดังนั้นคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายสำหรับประเทศไทย ถ้ายังไม่ได้แก้ไขกฎหมายหลักว่าคู่กรณีสามารถที่จะเลือกไม่ใช้กฎหมายได้และไม่แก้ไขจุดตรวจสอบที่อธิบายมาแล้ว คำชี้ขาดลักษณะดังกล่าวก็ย่อมบังคับตามไม่ได้อยู่นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามผลกระทบต่อสำคัญภายในประเทศเกี่ยวกับเรื่องนี้จะมีไม่มากนัก เพราะประเด็นสำคัญที่ผลักดันให้เกิดการวิจัยของผู้เขียน คือ การค้าระหว่างประเทศ แต่ถ้าแก้ไขแล้วการบังคับตามของคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายภายในประเทศย่อมจะได้รับผลดีไปด้วย

#### 4.3.2 คำชี้ขาดของการอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายจากต่างประเทศ

ในส่วนนี้เป็นเรื่องของการอนุญาตตุลาการต่างประเทศได้มีคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย และต้องมาบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทย กรณีที่เรียกว่าอนุญาตตุลาการต่างประเทศก็แสดงถึงว่า การอนุญาตตุลาการนั้นต้องอยู่ภายใต้การดูแลของกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง และมีการมาขอความช่วยเหลือ หรือขอความร่วมมือจากศาลของอีกประเทศหนึ่ง หรือเข้ามามีบทบาทเกี่ยวข้องกับว่าด้วยประการใด ๆ กับอีกประเทศหนึ่ง ดังนั้นผู้เขียนจะขออธิบายถึงลักษณะของความเป็นอนุญาตตุลาการต่างประเทศเสียก่อน ดังนี้

##### 4.3.2.1 ลักษณะของการอนุญาตตุลาการต่างประเทศ

ความสำคัญของการกำหนดลักษณะอนุญาตตุลาการต่างประเทศนั้น ก็เพื่อให้รู้ว่าจะนำกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศใดมาพิจารณาบังคับการในคดีนั้น ๆ และให้รู้ว่าศาลของประเทศใดจะมีเขตอำนาจในการให้ความช่วยเหลือควบคุม หรือแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ

อนุญาโตตุลาการ รวมถึงการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่จะกล่าวถึงในส่วนนี้ด้วยว่า ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกจัดว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศแล้ว การบังคับคำชี้ขาดก็อาจต้องกระทำโดยอาศัยสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศนั้นผูกพันในฐานะที่เป็นภาคีอยู่ แต่ถ้าเป็นอนุญาโตตุลาการของประเทศใดแล้ว การบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศนั้นก็จะเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดความเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้น ยังคงมีความแตกต่างอยู่ตามแต่กฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ

ก) ประเภทที่ถือเอาจุดเกาะเกี่ยวในทางวัตถุหรือทางกายภาพเป็นเกณฑ์ (material or physical connecting factors) คือ พิจารณาจากสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่าอยู่ในประเทศใด หรือภูมิสำเนา สัญชาติ หรือศาสนาของคู่กรณี ดังตัวอย่างกฎหมายของอังกฤษ<sup>19</sup> ที่กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คือ อนุญาโตตุลาการที่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพื่อการอนุญาโตตุลาการในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักรและปรากฏว่าในขณะที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีคู่กรณีฝ่ายใด

- 1) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติหรือภูมิสำเนาในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร หรือ
- 2) เป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งขึ้น หรือมีศูนย์กลางการจัดการและควบคุมในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร

นอกจากนี้ยังมีประเทศที่ใช้ภูมิสำเนาหรือสัญชาติเป็นเกณฑ์ ได้แก่ ประเทศสวีเดน<sup>20</sup> สวิตเซอร์แลนด์<sup>21</sup> ส่วนประเทศที่ใช้ศาสนาเป็นเกณฑ์ ได้แก่ กลุ่มประเทศอาหรับ<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Arbitration Act 1979 Article 3 (7).

<sup>20</sup> Holmback, Commercial Arbitration in Sweden, 6 *Droit et Pratique du Commerce International* 491, 495 (1980); Paulson, The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration 21 *Va. J. Int'l L.* 211, 234 (1981).

<sup>21</sup> McCaffrey, The Swiss Drafts of Conflicts of Law, 28 *Am. J. Comp. L.* 235, 283 (1980).

<sup>22</sup> Saleh, Commercial Arbitration in the Arab Middle East, 83 (1984).



ข) ประเภทที่ใช้เกณฑ์ในทางคุณภาพ (Qualitative tests) เป็นเครื่องกำหนด คือ การคำนึงถึงความจำเป็นในทางการค้าระหว่างประเทศและการให้เสรีภาพแก่คู่กรณีที่จะตกลงกันในรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ การใช้เกณฑ์ทางในคุณภาพนี้ทำให้คู่กรณีได้รับความสะดวกในการเลือกสถานที่ที่จะใช้ในการพิจารณาตัดสินของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ต้องกังวลว่าหากไปทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศนั้นแล้ว จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศนั้น ประเทศที่ใช้เกณฑ์คุณภาพ ได้แก่ ฝรั่งเศส<sup>23</sup> เยอรมัน<sup>24</sup> และกรีซ<sup>25</sup>

สำหรับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตามความหมายของกฎหมายไทยนั้น หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมด หรือโดยส่วนใหญ่ นอกราชอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย ตามนัยแห่งมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งแสดงถึงว่า ประเทศไทยใช้เกณฑ์ในทางคุณภาพ (qualitative tests) เป็นเครื่องกำหนด

#### 4.3.2.2 เงื่อนไขและวิธีการบังคับตามคำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

เนื่องด้วย คำชี้ขาดที่จะนำมาบังคับตามในอีกประเทศหนึ่งนั้นมีความสำคัญอยู่ที่ว่าทั้งสองประเทศนั้น คือ ทั้งประเทศที่มีคำชี้ขาดอันเข้าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และประเทศที่จะถูกนำคำชี้ขาดนั้นมาบังคับตาม ต่างก็มีความสัมพันธ์กันในรูปแบบของสนธิสัญญาหรือต่างเป็นภาคีอยู่ด้วยกันทั้งสองฝ่ายจึงจะเป็นผลต่อการนำคำชี้ขาดมาบังคับตามนั้นได้ ดังนั้นสิ่งที่จำเป็นต้องพิจารณาเป็นประการแรกสำหรับกรณีนี้คือ สนธิสัญญาที่ใช้กันในปัจจุบัน ซึ่งสำหรับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศอยู่ด้วยกันหลายฉบับแต่ที่มีบทบาทอย่างมากในเรื่องของอนุญาโตตุลาการนั้น ได้แก่

ก) โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด พ.ศ. 2466 (ค.ศ.1923) (Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923)

<sup>23</sup> Article 1493 Nouveau Code de Procedure Civil.

<sup>24</sup> Glossner, Federal Republic of Germany, 4 Yb. Comm. Arb. 60,69 (1979).

<sup>25</sup> Foustoucos, Greece, 5 Yb. Comm. Arb. 57, 82 (1980).

ข) อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ลงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ.2470 (ค.ศ.1927) (Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927)

ค) อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ.2501 (ค.ศ.1958) (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards , 1958)

ซึ่งทั้งสามสนธิสัญญาข้างต้นนี้ ฉบับที่มีความสำคัญที่สุดคือ อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 แต่อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาทั้งสามฉบับ ต่างก็มีเงื่อนไขและวิธีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ด้วย ดังนี้<sup>26</sup>

1) คำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้บังคับของเจนีวาโปรโตคอล ค.ศ. 1923 และอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927

ตามเจนีวาโปรโตคอลนั้น กฎหมายไทยที่มีการรองรับนั้นคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด พ.ศ. 2473 ซึ่งเป็นกฎหมายเก่าแล้ว แต่รายละเอียดที่ชัดเจนกว่านั้นปรากฏอยู่ในรายละเอียดของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ดังต่อไปนี้

1.1) เป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีและคู่กรณีเป็นบุคคลที่อยู่ในบังคับของรัฐภาคี (Article 1 para.1) ซึ่งเงื่อนไขนี้มีบัญญัติในกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32(1)

1.2) เป็นคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับของเจนีวา โปรโตคอล ค.ศ. 1923 (Article 1 para.1 ) ซึ่งเงื่อนไขนี้ มีบัญญัติในกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32 (2)

1.3) เป็นคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้น (Article 1 para.2 (a)) ซึ่งเงื่อนไขนี้ มีบัญญัติในกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32(3)

<sup>26</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 154-161.

1.4) เป็นคำชี้ขาดข้อพิพาทที่อาจเสนอให้อนุญาตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดได้ตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น (Article 1 para.2 (b)) ซึ่งเงื่อนไขนี้มีบัญญัติในกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32(6)

1.5) เป็นคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นโดยคณะอนุญาตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการหรือตามที่ได้แต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันได้และชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ (Article 1 para.2 (c) ) ซึ่งเงื่อนไขนี้มีบัญญัติในกฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32 (4) และ (5) แต่ว่าข้อความของกฎหมายไทยนั้นบัญญัติไม่ตรงกับอนุสัญญากรุงเจนีวาเสียทีเดียว คือ

มาตรา 34 (4) ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่าต้องเป็นคำชี้ขาดที่ "ได้สร้างขึ้นโดยอนุญาตตุลาการซึ่งได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตตุลาการหรือตามข้อตกลงของคู่กรณี"

มาตรา 34 (5) ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่าต้องเป็นคำชี้ขาดที่ "ได้ทำขึ้นตามกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการที่ชอบด้วยกฎหมาย"

1.6) เป็นคำชี้ขาดซึ่งถึงที่สุดแล้วในประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น (Article 1 para.2 (d)) ในขณะที่กฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 32 (7) บัญญัติไว้โดยใช้ข้อความว่าคำชี้ขาดนั้นจะต้องเป็นคำชี้ขาดที่ "มีผลผูกพันเป็นที่ยุติแล้วในประเทศที่ทำคำชี้ขาด"

1.7) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือหลักกฎหมายของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด (Article 1 para.2 (e) ) ในขณะที่กฎหมายไทย ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 32 (8) บัญญัติไว้โดยใช้ข้อความว่า คำชี้ขาดนั้นจะต้องเป็นคำชี้ขาดที่ "สามารถบังคับได้โดยไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายไทยหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"

อย่างไรก็ตามแม้คู่กรณีจะได้พิสูจน์เงื่อนไขต่าง ๆ ตามที่กล่าวมาโดยครบถ้วน อนุสัญญากรุงเจนีวาก็ยังให้อำนาจแก่ศาลที่จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ หากศาลเห็นว่า

1) คำชี้ขาดนั้นได้ถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น (Article 2 para.1 (a) ซึ่งมาตรา 33 (1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติไว้โดยเดียวกัน

2) คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่ได้รับแจ้งล่วงหน้าถึงการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้มีระยะเวลาเพียงพอในการต่อสู้คดี หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมาย หรือไม่มีผู้แทนโดยถูกต้อง (Article 2 para.1 (b)) ซึ่งเหตุแห่งการปฏิเสธนี้ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 33 (2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

3) คำชี้ขาดนั้นไม่ได้วินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ที่กำหนดไว้หรือที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือวินิจฉัยเกินขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Article 2 para.1 (c)) เหตุแห่งการปฏิเสธข้อนี้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 33 (3)

4) กรณีที่คำชี้ขาดนั้นไม่ได้วินิจฉัยประเด็นครบทุกประเด็นข้อพิพาทที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หากศาลแห่งประเทศที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้เลื่อนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดออกไปหรือสั่งให้บังคับตามคำชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขของหลักประกันตามที่ศาลจะกำหนดก็ได้ (Article 2 para. 2) ข้อความส่วนนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย

ในส่วนของวิธีการในการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทสนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ขอให้บังคับตามจะต้องจัดส่งเอกสารให้แก่ศาลตามที่ อนุสัญญากรุงเจนีวา กำหนดไว้ด้วย ส่วนขั้นตอนและวิธีการอื่น ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด

## 2) คำชี้ขาดที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามความหมายของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 คือ คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของประเทศอื่น ที่ไม่ใช่ประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด หรือคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด แต่กฎหมายภายในของประเทศนั้นถือว่าไม่ใช่คำชี้ขาดในประเทศของตน (Article 1 para. 1)

ภายใต้เงื่อนไขของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นั้นได้มีความสะดวกและง่ายต่อการบังคับตามคำชี้ขาดมากขึ้นกว่าเงื่อนไขของอนุสัญญากรุงเจนีวา เพราะมีข้อกำหนดให้รัฐภาคีต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลผูกพัน และจะต้องบังคับ

ตามคำชี้ขาดนั้น โดยที่รัฐภาคีจะกำหนดเงื่อนไขหรือเก็บค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ สูงกว่าที่ได้กำหนด หรือเก็บจากการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไม่ได้ (Article III)

ส่วนวิธีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามนั้นมีหน้าที่เพียงแค่จัดส่งเอกสารให้แก่ศาลเท่านั้น ในทางกลับกันภาระพิสูจน์จึงตกอยู่กับฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้นที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามิเหตุที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ จากจุดนี้เองเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้มีการพัฒนาไปมากทีเดียวและยกเลิกการใช้เงื่อนไขต่าง ๆ ที่คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ทั้งหมดเลย ซึ่งมาตรา 30 และ 31 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็นำไปบัญญัติไว้ด้วย สำหรับเหตุที่คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อขอพิสูจน์ตามที่ระบุไว้ในข้อ 5 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เท่านั้น ซึ่งได้แก่

1) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับตนหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย ที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ว่าให้นำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น หรือตามกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นในกรณีที่ไม่มิข้อตกลงดังกล่าว

2) คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับนั้นไม่ได้รับการบอกกล่าวโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือมีเหตุประการอื่นอันทำให้ไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้

3) คำชี้ขาดนั้นวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่ได้อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือวินิจฉัยเกินขอบเขตของข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำวินิจฉัยในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว คำชี้ขาดที่อยู่ในส่วนที่วินิจฉัยไปในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้นอาจได้รับการยอมรับและบังคับตามให้ได้

4) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี หรือไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่การอนุญาโตตุลาการนั้นได้ทำขึ้น

5) คำชี้ขาดนั้นยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณีหรือได้ถูกเพิกถอนหรือระงับโดยศาลของประเทศหรือตามกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้น

นอกจากที่ศาลจะได้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด โดยอาศัยเหตุตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ศาลยังอาจที่จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ตามความในข้อ 5 วรรค 2 และข้อ 6 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ศาลสามารถหยิบยกขึ้นมาใช้เองได้ คือ

ก) เรื่องที่พิพาทกันนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะระงับได้โดยทางอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายของประเทศตน

ข) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศตน

ค) หากมีการยื่นคำร้องต่อศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นเพื่อให้มีการเพิกถอนหรือระงับคำชี้ขาดตามความในข้อ 5 วรรค 1 (e) แล้ว หากศาลที่จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเห็นสมควร ศาลอาจสั่งให้เลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ หรืออาจสั่งให้คู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับหาหลักประกันที่เหมาะสมมาให้ด้วยก็ได้

3) พันธกรณีของประเทศไทยในการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายจากต่างประเทศ

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 บทบัญญัติเฉพาะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้น มีอยู่ในหมวด 6 ซึ่งมีมาตรา 29 ที่กำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่จะได้รับการยอมรับและบังคับในราชอาณาจักรไทยนั้น จะต้องเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

ซึ่งจากการศึกษาที่ผ่านมาเห็นได้ว่าประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่มีบทบาทในเรื่องอนุญาโตตุลาการแทบทุกฉบับ ดังนั้นจึงเป็นที่แน่นอนว่าประเทศไทยจะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศอย่างกว้างขวางทีเดียว อย่างไรก็ตามในจุดนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ใช้กฎหมายด้วย

ก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะได้มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ. 1958 แล้วนั้น ก็ได้เคยมีคำพิพากษาฎีกาบางฉบับตัดสินบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ทั้งที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติของประเทศที่เป็นคู่ภาคีของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ. 1958 คือ มีสัญชาติไทยและสัญชาติอเมริกัน โดยที่การตัดสินนั้นไม่ได้อ้างถึงอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ. 1958 เลย แต่ได้มีการวางหลักไว้ว่าเมื่อคู่กรณีตกลงทำสัญญากันว่าจะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่ออนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาจนทำคำชี้ขาดเสร็จสิ้นแล้วคำชี้ขาดนั้นก็ผูกพันคู่กรณีให้บังคับได้ เพราะเกิดจากสัญญาด้วยความสมัครใจของ

คู่กรณีไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยแต่ประการใด<sup>27</sup> แต่กระนั้นก็ตามในเวลานั้นก็มีปัญหาอยู่มากว่าศาลจะยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดได้ในกรณีใดบ้างและได้แค่ไหน

โดยหลักการแล้วประเทศไทยเป็นภาคีทั้งของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งครั้งเมื่อประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แล้ว ดังเห็นได้จากอนุวรรตตามอนุสัญญากรุงเจนีวา ในมาตรา 32 และตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กในมาตรา 34 แต่ปรากฏว่านักกฎหมายไทยในภาคปฏิบัติคงจะให้ความสำคัญเฉพาะบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก เนื่องด้วยในข้อ 8 (2) ของอนุสัญญาดังกล่าวระบุให้ผลของอนุสัญญากรุงเจนีวา เป็นอันสิ้นผลหากประเทศคู่สัญญาเข้าไปผูกพันตามพันธะของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก และในปัจจุบันทุกประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ก็ได้เข้าไปเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 หมดแล้ว ดังนั้นในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงต้องพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติในมาตรา 34 และ 35 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เป็นหลัก<sup>28</sup>

เมื่อนำหลักมาตรา 34 และมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาพิจารณาอย่างชัดเจนแล้วจะเห็นว่าไม่ได้มีการระบุถึงการอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดจนกระทั่งได้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายขึ้นมาแต่อย่างใด ซึ่งหลักของทั้งสองมาตรานั้นเป็นหลักการทำคำปฏิเสธรของศาลที่จะไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ ดังนั้นถ้ากรณีใดที่ไม่อยู่ในเหตุที่ศาลจะยกขึ้นอ้างปฏิเสธไม่บังคับตามให้แล้ว ก็เท่ากับว่ากรณีนั้น ๆ เป็นที่ยอมรับได้ของศาลในประเทศไทย ที่ประเทศภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 จะนำเอาคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายมาบังคับตามภายในประเทศไทย

ถึงแม้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นศาลจะมีอำนาจตรวจสอบน้อยกว่าคำชี้ขาดภายในประเทศ จึงทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอาจจะง่ายกว่าการบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศก็ตาม สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงไว้เป็นสำคัญคือ คำชี้ขาดนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเรื่องนี้มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็ได้กำกับไว้ด้วยแล้ว

<sup>27</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 698/2521 (2521 ฎ. 160).

<sup>28</sup> วิชัย อริระนันท์ทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, ตลพาท เล่ม 3 ปีที่ 44 กรกฎาคม-กันยายน 2540, หน้า 124.