



บทที่ 3

รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายภายใน

ตามที่ได้อ้างไว้ในบทที่ 2 แล้วว่ารูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายภายในมีความหลากหลาย บางประเทศบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร บางประเทศยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการทุกรูปแบบ และมีผลทางกฎหมายต่างกันบางประเทศก็ถือเป็นเรื่องแบบ หากไม่ทำตามกฎหมายบัญญัติ สัญญานั้นก็เป็นโมฆะ บางประเทศก็เป็นเรื่องของหลักฐานเท่านั้น บางประเทศก็ไม่ได้บัญญัติลักษณะของสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นการเฉพาะว่าจะต้องทำแบบใด ในการศึกษาบทนี้จะศึกษารูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายภายในซึ่งแยกเป็นกฎหมายภายในที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ ได้แก่ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องสองฉบับ และกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ ได้แก่ ประเทศอินเดีย นอกจากนี้จะได้ศึกษารูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่ยกไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย

3.1 รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบฯ

3.1.1 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานในสวิตเซอร์แลนด์โดยย้อนกลับไปถึงการอนุญาโตตุลาการ “Alabama” ปี 1812 หลายปีมาแล้วที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการได้รับการพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้นจึงอยู่ในขอบเขตของกงตง(Canton) จึงอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกงตงตั้งแต่ปี 1969 Swiss Intercantonal Concordat on Arbitration ได้แทนที่กฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกงตงในทุกกงตงแล้ว ตาม Swiss Federal Private International Law (SPIL) การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งได้แยกออกจากการอนุญาโตตุลาการภายใน ก็กลายเป็นสาระสำคัญของสหพันธรัฐสำหรับกฎเกณฑ์กว้างๆ¹

¹ Pierre A. Karrer and Karl W. Arnold *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987 The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation* (1989), p.18.

3.1.1.1 Intercantonal Concordat on Arbitration 1969

Intercantonal Concordat on Arbitration 1969 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่า หมวด 12 ของ SIPL ถูกเข้าใจว่าแทนที่ Concordat on Arbitration 1969 แล้ว ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่บางครั้ง คู่กรณีอาจตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่าข้อกำหนดของกองตงเรื่องอนุญาโตตุลาการ เช่น Concordat จะนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการก็ได้ ดังนั้น Concordat จึงใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกัน

โดยในการตกลงกันนั้น SIPL วางข้อกำหนดที่ตายตัว ต้องการให้คู่สัญญาไม่เพียงแต่ตกลง “สำหรับการใช้บทบัญญัติของกฎหมายของกองตงในเรื่องอนุญาโตตุลาการ” เท่านั้น แต่ต้องตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ในการที่จะไม่ใช้บทบัญญัติ หมวด 12 ของ SIPL ในกระบวนการ²

Concordat ได้กล่าวถึงรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 6 ว่า

1. สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร
2. สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นผลจากคำแถลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับนิติบุคคลที่กำหนดว่าคำแถลงนั้นอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งระบุไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพวกเขา

The Concordat บัญญัติให้ข้อตกลงใช้อนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และ คำว่า “ลายลักษณ์อักษร” ถูกกำหนดโดย Art 13 Swiss Code of Obligations ในฐานะที่เป็นเอกสารที่ถูกลงนามโดยคู่สัญญาที่กำหนดภาระหน้าที่

นอกจากนั้น กฎหมายที่เกิดจากคดีภายใต้ Concordat ได้ยอมรับหลัก “การแบ่งแยก” ที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงสมบูรณ์แม้ว่า สัญญาหลักที่มีข้อตกลงนั้นอยู่ไม่สมบูรณ์ก็ตาม³

¹ SPIL Article 176 Sec 2 “The provisions of this chapter(12 International arbitration) shall not apply if the parties have excluded its application in writing and agreed to the exclusive application of the cantonal rules of procedures concerning arbitration”.

² Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.31.

³ W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, (second edition, 1990), p. 543.

3.1.1.2 Swiss Federal Private International Law (SPIL)

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ถูกบังคับโดยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (SPIL) ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี 1989 ภายใต้กฎหมายสวิส สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะถูกใช้บังคับอย่างง่ายดายโดย SPIL ได้ยอมรับหลักการแบ่งแยก และกำหนดว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะถูกใช้บังคับหากสัญญาเหล่านี้สมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศ 1. สวิตเซอร์แลนด์ หรือ 2. ประเทศที่กฎหมายของประเทศนั้นถูกใช้บังคับตามหลักกฎหมายขัดกันของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ SPIL ยังได้อนุญาตให้คณะอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินข้อคัดค้านเกี่ยวกับอำนาจ (Competence de la Competence) และอนุญาตให้ใช้อินญาโตตุลาการได้สำหรับข้อพิพาทหลาย แบบ⁴

หมวด 12 the Swiss Federal Private International Law (SIPL) ได้สร้างหลักของกฎหมายใหม่ของสวิสในเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยที่ตรงข้ามกับกฎหมายสารบัญญัติในทางเอกชน กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความแพ่งจะเข้าไปอยู่ในอำนาจของแต่ละกองตงตามมาตรา 64 ข้อ 3 ของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ ในอดีตเขตอำนาจของสวิสได้เน้นลักษณะทางวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น หมวดว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศถูกลบไปจากร่าง SIPL โดย Swiss Ständerat เพราะเหตุผลว่าควรเป็นเรื่องของแต่ละ กองตงที่จะกำหนด นอกจากนี้ อุปสรรคของรัฐธรรมนูญก็เป็นเหตุผลสำคัญอย่างหนึ่งที่กฎหมายต้นแบบไม่ได้รับการยอมรับในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในที่สุด Swiss Bundesrat และ รัฐสภา (Parliament) มีความเห็นว่า ทุกบทบัญญัติของหมวดอนุญาโตตุลาการ SIPL อยู่ในบังคับของมาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเพราะสภานิติบัญญัติได้รับการมอบอำนาจที่จะประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณา ตราบทที่กฎหมายนั้นมีผลเป็นกฎหมายเอกชนของสหพันธรัฐ ดังนั้น ประวัติการร่างกฎหมายใหม่กับกฎเกณฑ์การขัดกันของกฎหมายฉบับใหม่ที่เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งปรากฏในมาตรา 178 ข้อ 2 SIPL แสดงให้เห็นว่า กระแสได้เบนไปจากความเข้าใจทางวิธีพิจารณาไปสู่ความเข้าใจในเรื่องสัญญาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในหลักกฎหมายของสวิส วิธีการในทางปฏิบัติของสภานิติบัญญัติได้รับการพิสูจน์ว่าถูกต้อง เพราะลักษณะ

⁴ Gary B. Born, International Commercial Arbitration Commentary and Materials, second edition (2002), p. 33.

* Article 178 (2) Furthermore, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the main contract, or to the Swiss law

พิเศษของอนุญาโตตุลาการทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศและความพยายามของสภานิติบัญญัติสำหรับวิธีการที่เป็นมิตรมากที่สุดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ก็คือต้องการกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกภาพของสหพันธรัฐ⁵

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น และคู่สัญญาได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลสวิสต้องบอกปิดเขตอำนาจ เว้นแต่

(1) จำเลยได้เข้าสู่กระบวนการของศาลโดยไม่มีเงื่อนไข
(2) ศาลพบว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการล้มเหลว ใช้ไม่ได้ หรือไม่อาจทำให้เป็นผลได้

(3) คณะอนุญาโตตุลาการตั้งขึ้นไม่ได้เพราะปรากฏอย่างเด่นชัดว่าการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถแก้ปัญหาได้⁶

SIPL ได้บัญญัติเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ใน มาตรา 178 (1) ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสาร หรือวิธีการสื่อสารอื่นที่แสดงหลักฐานโดยข้อความ”

สัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 178 นี้รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาด้วย สำหรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สถานที่พิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ในสวิตเซอร์แลนด์และกรณีที่คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายไม่ได้มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่(มาตรา 20) ในสวิตเซอร์แลนด์ (มาตรา 176) พิจารณาตามมาตรา 178 หากคู่สัญญาทุกฝ่ายมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในสวิตเซอร์แลนด์และมีคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ใน Concordat Canton ก็ใช้มาตรา 6 ของ Concordat โดยผ่านมาตรา 13 CC หากคณะอนุญาโตตุลาการอยู่นอกสวิตเซอร์แลนด์ ศาลสวิสควรปฏิเสธเขตอำนาจหากว่าคำชี้ขาดนั้นอาจบังคับใช้ได้⁷ในสวิตเซอร์แลนด์

จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 178(1) ความสมบูรณ์ของรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับการทำข้อตกลงนั้นโดย ทางโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสาร หรือวิธีการสื่อสารใดๆ ที่แสดงหลักฐานโดยข้อความ มาตรา 178 นี้ดูเหมือนจะเป็นสาระในการพิสูจน์อย่างเดียวนั้น เพราะส่วนสุดท้ายของมาตรานี้กำหนดว่าให้วิธีใดๆ ของการสื่อสารที่ข้อตกลง

⁵ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.26-27.

⁶ Pierre A. Karrer and Karl W. Arnold, *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987 The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation*, (1989), p.34.

⁷ *Ibid.*, p. 34.

อนุญาโตตุลาการ “แสดงหลักฐานโดยข้อความ” (to be evidenced by a text) ข้อความนี้หมายถึงข้อความในการ พิสูจน์⁸

ข้อกำหนดภายใต้มาตรา 178(1) ที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็เพื่อที่จะรับประกันความแน่นอนทางกฎหมาย แต่ก็มีประเด็นเกิดขึ้นเกี่ยวกับว่า ข้อความ (text) จะต้องมีลายมือชื่อเพื่อที่จะเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องรูปแบบภายใต้ มาตรา 13 ของ Swiss Code of Obligations หรือไม่ หรือข้อความที่ไม่มีการลงนามก็พอเพียงสำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรา 178 (1) แล้ว

ในคดีของศาลสหพันธรัฐสวิส (Swiss Federal Tribunal)⁹ ปัจจุบันได้ยึดถือความเห็นที่ว่า มาตรา 178(1) ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีลายมือชื่อ ข้อความเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะอยู่ในสัญญาหรือการโต้ตอบโดยทางโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสาร หรือวิธีการสื่อสารอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นหลักฐานเป็นหนังสือก็เพียงพอแล้ว

อย่างไรก็ตาม วิธีการสื่อสารที่ใช้ก็ต้องทำให้เกิดข้อความเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งอาจถูกเก็บหรือสร้างขึ้นใหม่ได้ในกรณีจำเป็น ดังนั้น นอกจากวิธีการสื่อสารที่อยู่ในมาตรา 178(1) แล้ว เอกสารใดๆ ที่อาจใช้เป็นหลักฐาน เช่น ใบยืนยันคำสั่งซื้อ บันทึก รายงานการประชุม ข้อกำหนดทั่วไปหรืออีเมล ก็อาจทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรได้

กรณีหนึ่งของตัวอย่างข้างต้นที่ได้เกิดขึ้นเสมอในทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือ “ข้อกำหนดทั่วไป” ซึ่งมักจะถูกรวมอยู่ด้วยการอ้างในสัญญา การอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารอื่นก็ไม่จำเป็นต้องเจาะจง กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องอ้างถึงข้อตกลง

⁸ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.135.

⁹ เช่นในคดี *Companie de Navigation et Transports SA. v. MSC Mediterranean Shipping Company SA* ซึ่งศาลสวิสตัดสินว่าในกรณีของการพัฒนาวิธีการสื่อสารอื่น ข้อความที่ไม่มีการลงนามมีความสำคัญและการแพร่หลายที่กำลังเติบโต และที่ว่าความต้องการลายมือชื่อก็ลดลงในการค้าระหว่างประเทศปัจจุบัน นอกจากนั้น ศาลตัดสินว่าการกระทำบางอย่างอาจถือว่าเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องรูปแบบภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอน และตามหลักสุจริต ตัวอย่างเช่น ในคดีที่มีความเสี่ยง ศาลสวิสตัดสินว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์ในเรื่องรูปแบบและผูกพันคู่สัญญาเนื่องจากความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่ยาวนาน และข้อเท็จจริงที่ว่าพวกเขาใช้ใบตราส่งอย่างเดียวกันที่พิมพ์ไว้แล้วเป็นปกติ ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย.

อนุญาโตตุลาการโดยตรง เพียงแต่อ้างถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ก็เพียงพอที่จะเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องรูปแบบ ตามมาตรา 178(1) แล้ว⁹

ส่วนท้ายของมาตรา 178(1) ที่ว่า “แสดงหลักฐานโดยข้อความ” นั้นเคยมีคดีเกิดขึ้นว่า มาตรานี้จะขยายไปถึงบุคคลที่ไม่ได้ลงนามซึ่งปรากฏเจตนาชัดเจนที่จะผูกพันตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ โดยถือว่าปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ข้อเท็จจริงโดยสรุปคือ บริษัทเลบานอน (ผู้รับเหมา) ได้เข้าทำสัญญาสำหรับงานที่รับเหมา กับ บริษัทเลบานอนสองบริษัท ได้แก่ เจ้าของ และตัวแทนของเจ้าของ สัญญาซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเลบานอน มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ระบุอนุญาโตตุลาการที่ เจริญว่า ภายใต้ ICC Rules of Arbitration ข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับการจ่ายเงินสำหรับงาน ผู้รับเหมาฟ้องที่อนุญาโตตุลาการ ICC ต่อเจ้าของกับตัวแทน และบุคคลภายนอก ที่มีส่วนในการบริหารจัดการบริษัทจำเลย และในการปฏิบัติตามสัญญาด้วย ในคำให้การ บริษัทจำเลยอ้างว่าบุคคลภายนอก ไม่ใช่คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเหมือนบุคคลดังกล่าว ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในวันที่ 22 เมษายน 2003 ตัดสินว่ามีอำนาจที่จะปรับใช้ประเพณีทางการค้าระหว่างประเทศ ที่กฎหมายที่เกิดจากคดีของฝรั่งเศสกล่าวว่า ขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจจะขยายไปถึงบุคคลภายนอก ที่รู้ถึงความมีอยู่และสาระของข้อตกลงนั้น และมีส่วนในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ ซึ่งสะท้อนและเหมือนกับประเพณีการค้าเหล่านี้ที่ว่าบุคคลภายนอก ได้มีบทบาทในการปฏิบัติในสัญญาสำหรับงานที่ทำ คณะอนุญาโตตุลาการยืนยันอำนาจเหนือบุคคลนั้น

เจ้าของกับตัวแทน และบุคคลภายนอกได้ขอให้ศาลสวิส เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยคัดค้านเฉพาะประเด็นที่ว่า เจตนาของบุคคลภายนอกที่จะถูกผูกพันโดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่จะเป็นการ “แสดงหลักฐานโดยข้อความ” ได้หรือไม่ ถ้าไม่ใช่ คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก ซึ่ง ศาลสวิส ตัดสินว่า บทบัญญัติเรื่องรูปแบบที่จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสาร หรือวิธีการสื่อสารอื่นที่แสดง หลักฐานโดยข้อความ ตามมาตรา 178 (1) นั้น ปรับใช้กับข้อตกลงที่คู่สัญญาดังเดิม แสดงเจตนาที่จะใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเท่านั้น ไม่ได้ปรับใช้ในกรณีที่กำหนดว่าข้อตกลงดั้งเดิมที่มีอยู่นั้นจะผูกพันบุคคลภายนอกด้วย มาตรา 178(1) จะขยายไปใช้บังคับกับ

⁹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Blaise Stucki, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, (Hague: Kluwer Law International, 2004), p.16-17.

บุคคลภายนอกเฉพาะกรณีที่เขาได้แสดงเจตนาชัดแจ้งที่จะผูกพันตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเท่านั้น¹⁰

มาตรา 178(1) สอดคล้องกับมาตรา II (2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก โดยยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าสมบูรณ์ถ้ามีสัญญาที่ลงนามโดยคู่สัญญาหรือในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลขหรือ โทรพิมพ์ หรือ โทรสาร ซึ่งไม่จำเป็นต้องลงนามโดยคู่สัญญาหรือไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการ กฎหมายสวิสที่ก้าวไปไกลกว่ากฎหมายที่เกิดจากคดีที่เกี่ยวข้องกับ อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก เพราะไม่ปล่อยช่องว่างสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำโดยวิธีการสื่อสารที่ทันสมัย และการส่งผ่านข้อมูลเช่น “EDIFACT, telexfax, Btx การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ การส่งข้อมูลโดยผ่านดาวเทียม และวิธีการส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ (EDI) วิธีการสื่อสารเหล่านี้อาจสร้างสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ หากสิ่งเหล่านั้นได้บันทึกสิ่งที่ตกลงกันสำหรับ กระบวนการในอนาคตและทำให้คู่สัญญารับรู้ข้อเท็จจริง ที่ว่าพวกเขาไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลภายใน อย่างไรก็ตาม รวมถึงข้อตกลงที่ปรากฏบนจอคอมพิวเตอร์และบันทึกไว้ในที่เก็บความจำของคอมพิวเตอร์ด้วย ในกรณีเหล่านี้ เพียงแค่เป็นข้อความในสัญญาอนุญาโตตุลาการและเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้รับรู้ในเวลาที่ทำข้อตกลงกัน และข้อตกลงอาจทำเป็น รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาต่อมา ดังนั้น สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำในรูปแบบที่มองเห็นและถาวรเพียงพอ

ในบางกรณี บทบัญญัติที่เคร่งครัดของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและบทบัญญัติกว้างๆ ของกฎหมายสวิสก็สอดคล้องกัน เช่น หลังจากข้อพิพาทเกิดขึ้น ถ้าคู่สัญญาได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยเอกสารที่ได้โต้ตอบกัน ข้อความทางโทรพิมพ์ หรือโดยวิธีการสื่อสารอย่างอื่นที่ได้กล่าวถึงข้างต้น หากโจทก์ได้ทำคำเสนอทางโทรพิมพ์หรือจดหมายที่จะยอมให้ข้อพิพาทขึ้นสู่อุญาโตตุลาการ และจำเลยได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในข้อความทางโทรพิมพ์ที่อ้างถึงข้อความของอีกฝ่ายโดยชัดแจ้ง ก็เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญาแล้ว แม้ในเวลาต่อมา คู่สัญญาก็อาจจะให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการ โดยผ่านข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ หากพวกเขาได้โต้ตอบเป็นข้อเรียกร้อง (เป็นหนังสือ) และทำให้การ ที่ความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกกล่าวอ้างโดยฝ่ายหนึ่งและไม่ได้ถูกคัดค้านโดยอีกฝ่ายหนึ่ง ทางเลือกนี้ใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ไม่ได้ใช้กับกระบวนการต่อศาลด้วย

¹⁰ Laurent Levy and Blaise Stucki, *Switzerland: The extension of the scope of an arbitration clause to non-signatories* (2005), p.1-4.

อย่างไรก็ดี ยังคงมีความสงสัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติเรื่องรูปแบบของกฎหมายสวิส ในกรณีถ้าคู่สัญญาได้ลงนามใน “Terms of Reference” ที่ตั้งขึ้น โดยคณะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ทำข้อสงวนโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หากคู่สัญญาได้แถลงในรายงานกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็รับประกันได้ว่า ในรายงานการประชุมนั้น ได้ถูกลงนามโดยคู่สัญญา เพื่อที่จะสร้างข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่ถูกต้องแล้ว¹¹

นอกจากนั้น แม้กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงการอ้างอิงถึงเงื่อนไขมาตรฐานที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ แต่ก็ครอบคลุมถึงกรณีนี้ด้วย แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายได้วางข้อจำกัดของการอ้างอิงเหล่านี้ด้วย เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงการไม่ใช้บทบัญญัติของกฎหมายภายในเรื่องรูปแบบอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ เอกสารที่มีการอ้างอิงจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องรูปแบบของกฎหมายที่ใช้บังคับด้วย¹²

มาตรา 178 (1) ได้มีส่วนที่ไปไกลกว่ากฎหมายต้นแบบมาตรา 7(2) ในบางกรณี เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดอย่างชัดแจ้งว่าต้องมีการโต้ตอบเอกสารโดยทางกายภาพ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักสุจริต (good faith) แล้ว การตอบรับโดยเอกสารหรือแม้แต่การตอบรับโดยปริยาย ที่ออกมาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็พอเพียงที่จะเป็นไปตามมาตรานี้แล้ว จึงครอบคลุมกรณี การตอบรับคำสั่งซื้อเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยวาจาซึ่งเป็นทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นบ่อยในบางสาขาของการค้าสินค้าและในธุรกิจประกันภัย กรณีใบประทวนสินค้า (Warrants) ซึ่งลงนามโดยผู้ออกเอกสารนั้น หรือใบตราส่งซึ่งลงนามโดยผู้ขนส่งหรือตัวแทน แต่ไม่ใช่โดยลูกค้าหรือผู้รับสัถหลัง และในเอกสารเหล่านี้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ ซึ่งได้มีการตอบรับจากอีกฝ่ายโดยส่งเอกสารฉบับอื่น หรือ ไม่มีการกระทำใดจากคู่สัญญาอีกฝ่าย แต่ก็ได้ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกัน ก็เป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแล้ว เพราะกฎหมายสวิสมีเป้าหมายที่จะทำให้สอดคล้องกับความต้องการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศให้มากที่สุดเพื่อจะเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่กว้างและมีประสิทธิภาพ¹³

¹¹ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.140-141.

¹² *Ibid.*, p.149-150.

¹³ *Ibid.*, p. 143.

3.2 รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบฯ

3.2.1 ประเทศอินเดีย

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติกันในประเทศอินเดียมาเป็นเวลานาน และงานเขียนทางกฎหมายได้อธิบายเกี่ยวกับระบบอนุญาโตตุลาการเก่าแก่สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับครอบครัว หรือการค้า หรือกลุ่มสังคม รัฐธรรมนูญของอินเดียได้วางหลักเกี่ยวกับนโยบายของรัฐที่ว่ารัฐควรส่งเสริมการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ^{*}

ในอดีต บทบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการได้อยู่ในกฎหมาย 3 ฉบับ กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1940 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (พิธีสารและอนุสัญญา) ปี 1937 และพระราชบัญญัติคำชี้ขาดต่างประเทศ (การยอมรับและการบังคับ) ปี 1961 พระราชบัญญัติปี 1940 อยู่ในกรอบเฉพาะการอนุญาโตตุลาการภายใน ที่กระทำขึ้นในอินเดีย ในขณะที่อีกสองฉบับจะเกี่ยวกับคำชี้ขาดต่างประเทศ พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย ปี 1996(ต่อไปจะเรียกว่า พระราชบัญญัติ 1996) ยกเลิกพระราชบัญญัติ ปี 1940 และ พระราชบัญญัติปี 1937 1961 ด้วย พระราชบัญญัติปี 1996ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการภายใน การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และยังมีเรื่องการไกล่เกลี่ยอีกด้วย โดยกำหนดสาระที่เกี่ยวข้อง และส่วนประกอบอื่นๆบนพื้นฐานของกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ปี 1985

ส่วนที่ 1 (Part I) ของพระราชบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและวางโครงสร้างของบทบัญญัติที่ใช้กับทั้งการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในและระหว่างประเทศ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงโดยคู่สัญญาที่จะยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางข้อ ซึ่งเกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างพวกเขาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้

โดยที่พระราชบัญญัติฉบับนี้อาศัยกฎหมายต้นแบบเป็นแบบอย่าง ดังนั้น สาระสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงเหมือนกับกฎหมายต้นแบบ ในมาตรา 7 ได้กล่าวถึง “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” ว่า

“(1) ในส่วน(Part) นี้ “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า ข้อตกลงโดย

^{*} รัฐธรรมนูญของอินเดีย, มาตรา 51(d).

คู่สัญญาที่จะยอมรับให้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างพวกเขาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับสัญญาหรือไม่

(2) ข้อตกลงอนุญาตตุลาการอาจอยู่ในรูปแบบของข้อตกลงอนุญาตตุลาการในสัญญาหรือในข้อตกลงแยกต่างหาก

(3) ข้อตกลงอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

(4) ข้อตกลงอนุญาตตุลาการจะเป็นลายลักษณ์อักษรถ้า อยู่ใน

(a) เอกสารที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญา

(b) เอกสารที่ได้โต้ตอบกันทางจดหมาย โทรพิมพ์ โทรเลข หรือการสื่อสารทางโทรคมนาคมอย่างอื่นที่มีบันทึกของการตกลง

(c) หรืออยู่ในเอกสารข้อเรียกร้องและข้อคัดค้านที่มีการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงโดยฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ปฏิเสธ

(5) การอ้างในสัญญาไปถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ ก็ทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาตตุลาการหากว่าสัญญานั้นเป็นหนังสือและการอ้างนั้นทำให้ข้อตกลงอนุญาตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”

ตามมาตราดังกล่าว ข้อตกลงอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร อาจอยู่ในรูปแบบของข้อตกลงในสัญญาหรืออยู่ในรูปแบบข้อตกลงที่แยกต่างหากก็ได้ ข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอาจถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นอิสระจากข้อกำหนดอื่นของสัญญา ดังนั้น คำตัดสินของคณะอนุญาตุลาการที่ว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะก็ไม่อาจทำให้ข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่สมบูรณ์ได้

แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดรูปแบบเฉพาะ ข้อตกลงจึงอาจอยู่ในเอกสารฉบับเดียวหรือรวมอยู่ในเอกสารหลายฉบับ หรือในการติดต่อกันทางจดหมาย โทรสาร หรือโทรพิมพ์ก็ได้ หรืออยู่ในเอกสารแสดงข้อเรียกร้องและข้อคัดค้านซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้กล่าวอ้างและอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ปฏิเสธ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการอ้างในสัญญาหลักไปถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ ก็ถือว่ามีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ด้วย ถ้าสัญญานั้นได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและการอ้างนั้นทำให้เอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

จะเห็นได้ว่ารูปแบบของข้อตกลงอนุญาตตุลาการในกฎหมายดังกล่าวเหมือนกับที่กำหนดในกฎหมายต้นแบบทุกประการ

รูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการตามกฎหมายอนุญาตุลาการของอินเดีย

มีผลไปถึงการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย เนื่องจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจมีผลให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้^{*}

3.3 รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

กฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้แก่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่ยกร่างตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบ โดยใช้บังคับกับทั้ง “อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration)” และ “อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration)”

ในการทำความเข้าใจวิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท ส่วนใหญ่ คู่สัญญาจะกำหนด “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” (Arbitration Clause) ให้เป็นข้อตกลงข้อหนึ่งอยู่ในสัญญาที่เกี่ยวกับกิจการที่คู่สัญญากำลังดำเนินการอยู่ นอกจากนั้น คู่สัญญาอาจจะจัดทำความตกลงเกี่ยวกับวิธีการอนุญาโตตุลาการ โดยแยกออกเป็นเอกสารอีกฉบับต่างหากจากสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่อาจมีข้อพิพาทโดยตรง โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แยกต่างหากนี้มักจะมีเนื้อหาเฉพาะกระบวนการและขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ปกติคู่สัญญาจะจัดทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แยกต่างหากในกรณีที่เดิมคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ต่อมาเมื่อเกิดมีข้อพิพาทขึ้นแล้วจึงได้ตกลงใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในรูปแบบใด พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 ก็ให้การยอมรับ¹⁴

สำหรับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 11 วรรคสองและวรรคสาม บัญญัติไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการ

^{*} Section 48 (1) Enforcement of a foreign award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the court proof that- (a) the parties to the agreement referred to in section 44 were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.

¹⁴ สรวิศ ลิ้มปริงสี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 49-50.

กล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่าคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่าคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว”

สรุปได้ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งหลักฐานนี้อาจจะอยู่ในรูปแบบใดก็ได้แต่ต้องมีข้อความที่แสดงออกถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าจะให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา หลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้ลงลายมือชื่อคู่สัญญาด้วย ซึ่งในกรณีนี้อาจจะแตกต่างจากกรณีที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือในสัญญาประเภทอื่น ซึ่งมักจะกำหนดให้มีลายมือชื่อเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาเท่านั้น โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีความผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยกัน กฎหมายจึงได้กำหนดให้ต้องลงลายมือชื่อคู่สัญญา

จะเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้ต้องการแบบของสัญญาแต่อย่างใด แต่ต้องการเพียงหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญาเท่านั้น ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่เป็นโมฆะ¹⁵ เพราะไม่ใช่แบบ เพียงแต่ไม่สามารถบังคับได้ เนื่องจากไม่มีหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ยังคงสมบูรณ์อยู่ หากคู่กรณีได้ปฏิบัติตามสัญญา¹⁵ โดยในเรื่องแบบรัฐจะกำหนดให้ทำเพราะเป็นเรื่องที่ว่าหากไม่ทำแล้วรัฐจะเสียหาย สำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หากคู่สัญญาไม่ทำหรือทำไม่ถูกต้อง ก็ไม่ใช่กรณีที่ทำให้รัฐเสียหาย เพียงแต่คู่สัญญาต้องกลับไปใช้ศาลในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้น¹⁶

การทำหลักฐานเป็นหนังสือนั้น อาจอยู่ในรูปแบบใดๆก็ได้เพียงแต่ให้มีข้อความว่าคู่สัญญาตกลงกันให้ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการก็อาจจะมีผลผูกพันหากปรากฏข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข หรือ โทรพิมพ์ ซึ่งเอกสารเหล่านี้ อาจจะมีหรือไม่มีลายมือชื่อของคู่สัญญาอยู่เลยก็ได้ แต่หากพิสูจน์ได้ว่า

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็น โมฆะ”.

¹⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 59.

¹⁶ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร.

เอกสารเหล่านี้ของคู่สัญญาจริง และในเอกสารปรากฏข้อความที่แสดงเจตนาของคู่สัญญาให้ใช้วิธีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็ถือว่ามีหลักฐานเป็นหนังสือตามที่กฎหมายกำหนด

หลักฐานเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังแตกต่างจากหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายอื่น เพราะอาจเกิดขึ้นโดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยื่น “ข้อเรียกร้อง” (statement of claims) ต่ออนุญาโตตุลาการ และอีกฝ่ายหนึ่งได้ยื่น “คำคัดค้าน” (statement of defence) โดยในข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านนั่นเอง ได้มีการกล่าวอ้างถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ และปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างข้อสัญญาก็ไม่ได้ปฏิเสธถึงความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ นั้น เป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย

และตามมาตรา 11 วรรคสาม หลักฐานเป็นหนังสือ ยังรวมถึงกรณีที่อยู่ในสัญญาระหว่างคู่กรณีได้มีการระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง แต่สัญญาดังกล่าวได้กล่าวถึงเอกสารอื่นในลักษณะที่ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างคู่กรณีด้วย และปรากฏว่าในเอกสารดังกล่าวมีการระบุถึงข้อตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ก็ให้ถือว่ากรณีดังกล่าวมีหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ตัวอย่างเช่น บริษัท ก ซื้อข้าวจากบริษัท ข ในสัญญาระหว่างบริษัททั้งสองระบุให้นำข้อบังคับของสมาคมธุรกิจค้าขายสินค้าเกษตรแห่งหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นด้วย ปรากฏว่าในข้อบังคับดังกล่าวมีการระบุให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท กรณีนี้ถือได้ว่ามีหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัท ก และบริษัท ข แล้ว¹⁷ ซึ่งเป็นการขัดข้อสงสัยในอดีตว่า หากมีการกล่าวอ้างถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วหรือไม่ การอ้างอิงถึงเอกสารอื่นดังกล่าวนี้ ก็เป็นการสอดคล้องกับทางปฏิบัติของนานาประเทศด้วย¹⁸

นอกจากนั้น เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีสารสนเทศที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีวิธีการติดต่อสื่อสารใหม่ๆ เกิดขึ้นตลอดเวลา กฎหมายจึงได้กำหนดให้ครอบคลุมกรณีที่ปรากฏข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) ในขั้นตอนการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ คณะทำงานร่าง (คณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ) ได้ให้ความสำคัญในเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำโดยสื่ออิเล็กทรอนิกส์

¹⁷ สรวิศ ลิ้มปริงสี, อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท, หน้า 50-51.

¹⁸ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 : ทางแก้ไขใหม่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย?" วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 32, ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2545), หน้า 6.

อย่างมาก เห็นได้จากการพิจารณาร่างฉบับเดิม ที่คณะทำงานได้มีความเห็นว่าหากจะเขียนว่า “เอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน” ก็จะมีความหมายไม่ครอบคลุมถึงการติดต่อสื่อสารผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ทำให้ไม่สามารถนำหลักฐานที่เกิดจากการสื่อสารผ่านสื่อดังกล่าวมาเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาตตุลาการได้ เพราะข้อความเดิมในร่างพระราชบัญญัติ จำกัดลักษณะของสิ่งที่อาจจะใช้เป็นหลักฐานได้ให้อยู่เพียงในรูปของ “กระดาษ” ดังนั้น หากมีการสื่อข้อความของสัญญาอนุญาตตุลาการโดยสื่อประเภทอื่น เช่น e-mail อาจจะมีปัญหาในการใช้การตีความกฎหมายได้ เพราะตัวกระดาษมีการพิมพ์ออกมาทีหลัง ส่วนตัวที่เก็บบันทึกข้อความของสัญญาจริงๆ นั้นอยู่ในคอมพิวเตอร์ (หรือดิสเก็ตต์) คำว่า “เอกสาร” อาจจะถูกตีความกว้างโดยศาลในภายหลังให้รวมถึงสื่อเช่นนั้นได้ แต่ก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นได้ ก่อนที่ศาลฎีกาจะมีโอกาสได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ นอกจากนี้ยังเป็นไปได้ที่ในอนาคตอาจมีการพัฒนาสื่อใหม่ๆ ขึ้นจนเกินกว่าความหมายของคำว่า “เอกสาร” จะไปถึง ดังนั้น เพื่อเป็นการขจัดความไม่แน่นอนที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต จึงน่าจะใช้ถ้อยคำเขียนแบบกฎหมายต้นแบบ เช่น “....หรือในการสื่อสารทางโทรคมนาคมประเภทอื่นซึ่งสามารถเก็บบันทึกข้อความสัญญาอนุญาตตุลาการได้...” โดยมีข้อสังเกตสำหรับข้อความตามกฎหมายต้นแบบก็คือ ข้อความนั้นมีความหมายที่กว้างมากโดยอาจรวมสื่อ เช่น การบันทึกถ้อยคำทางโทรศัพท์ด้วย เป็นต้น”

ต่อมาได้มีความเห็นของคณะทำงานว่า ควรจะเขียนยอมรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน จึงปรากฏในร่างฉบับต่อมาว่า “การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อความนั้นไว้” หลักฐานของสัญญาอนุญาตตุลาการจึงอาจรวมถึงหลักฐานอื่นๆ ที่เกิดจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น e-mail ด้วย สุดท้าย ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการฉบับสมบูรณ์ ได้เพิ่มขึ้นมาว่า จะต้องมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (electronic signature) ด้วย ตามที่ปรากฏในมาตรา 11 วรรคสองว่า “การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อความ

· ร่างฉบับเดิม คือ “มาตรา 10 สัญญาอนุญาตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่สัญญาได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสาร ได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ โทรสารหรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน หรือมีการระบุข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านและอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ปฏิเสธ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารอื่นซึ่งตามสัญญาระหว่างคู่พิพาทประสงค์จะให้เอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย”.

“ความเห็นของ Dr. Gerold Herrman ซึ่งคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการ ได้ยอมรับในการประชุมครั้งที่ 8/2539 วันที่ 16 ตุลาคม 2539.

นั้นไว้” การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็เพื่อพิสูจน์ว่าเป็นข้อมูลที่มาจากรัฐธรรมนูญจริง ส่วนเงื่อนไขในการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ว่าต้องทำอะไร ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องดังกล่าว ในปัจจุบันก็คือ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการยังได้กำหนดให้หลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจจะทำโดยทางอื่นซึ่งมีการบันทึกชื่อสัญญานั้นไว้และข้อมูลนั้นสามารถเรียกมาได้ในภายหลังอีกด้วย

แม้มาตราดังกล่าวบัญญัติขึ้น โดยอาศัยกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นต้นแบบ แต่มีส่วนที่เพิ่มเติมในเรื่องของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ที่ได้ยอมรับว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ สามารถเกิดจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Data Interchange with Electronic Signature) ได้ด้วย ซึ่งสอดคล้องกับทางปฏิบัติของการทำธุรกรรมทางพาณิชย์สมัยใหม่ที่อาจทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้

นอกจากนั้น การที่สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ก็สอดคล้องกับพระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่รองรับทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ด้วย และเนื่องจากมาตรานี้ใช้ถ้อยคำว่า “การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” จึงจะต้องพิจารณาความหมายจากกฎหมายดังกล่าว

การทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีความแตกต่างจากการทำธุรกรรมปกติที่ปรากฏข้อมูลของการทำธุรกรรมบนกระดาษ (paper) ทำให้มีปัญหาว่าไม่มีกฎหมายรองรับเนื่องจากกฎหมายที่ใช้อยู่จะเป็นกฎหมายที่รองรับการทำธุรกรรมที่ใช้กระดาษ จึงต้องมีกฎหมายมารับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เสมือนกับการทำเป็นหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือ การรับรองวิธีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีความน่าเชื่อถือและมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไปที่เคยปฏิบัติอยู่เดิม ในส่วนที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการได้แก่ คำว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความว่า

“ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับเก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร

“ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า “อักษร อักขระ ตัวเลขเสียงหรือสัญลักษณ์อื่นใดที่สร้างขึ้นให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งนำมาใช้ประกอบกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์

เพื่อระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น และเพื่อแสดงว่าบุคคลดังกล่าวยอมรับข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น" เช่น รหัส เสียง บาร์โค้ด ฯลฯ¹⁹

"การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์" หมายความว่า "การส่งหรือรับข้อความด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์โดยใช้มาตรฐานที่กำหนดไว้ล่วงหน้า" โดยปกติมักส่งผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือ VANs (Value Added Networks) การสื่อสารด้วยระบบอินเทอร์เน็ต ลักษณะเหมือนกับการรับส่งอี-เมลล์ ระหว่างกันบนอินเทอร์เน็ต ต่างกันเพียงแต่ อี-เมลล์ไม่มีการกำหนดรูปแบบหรือแบบฟอร์มเท่านั้น

ดังนั้น สัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ได้มีการลงลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ จะต้องเป็นไปตามคำจำกัดความตามพระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ด้วย

รูปแบบของสัญญาอนุญาตโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการของประเทศไทย บัญญัติขึ้นโดยอาศัยแนวทางของกฎหมายต้นแบบ ซึ่งมีลักษณะโดยทั่วไปคล้ายกับกฎหมายต้นแบบ ดังนั้นจึงไม่ได้บัญญัติรองรับกรณีเอกสารทางการค้าซึ่งลงนามโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียวและมีข้อกำหนดอนุญาตโตตุลาการอยู่ในเอกสารนั้น ให้ใช้เป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาตโตตุลาการได้ ดังนั้น เอกสารทางการค้าบางอย่างจึงอาจจะไม่ได้เป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาตโตตุลาการ ตามความหมายของมาตรา 11 เช่น ใบตราส่ง ใบยืนยันการซื้อขาย Broker's note ฯลฯ ซึ่งเป็นเอกสารที่ไม่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และไม่ได้เป็นเอกสารโต้ตอบตามที่กำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งเอกสารเหล่านี้มักจะใช้กันเป็นปกติในสังคมนักค้าระหว่างประเทศ และในทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ คู่สัญญาที่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในเอกสารและ หรือ เก็บเอกสารไว้โดยไม่คัดค้าน ก็ย่อมถือได้ว่ายอมรับข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารนั้นแล้ว ดังนั้น การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติรองรับเอกสารเหล่านี้ให้ใช้เป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาตโตตุลาการได้ อาจเป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนาของคู่สัญญาและทางปฏิบัติของการค้าระหว่างในปัจจุบันเท่าใดนัก

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สัญญาอนุญาตโตตุลาการ เป็นสัญญาชนิดหนึ่ง และสัญญาอนุญาตโตตุลาการเป็นแหล่งอำนาจที่สำคัญที่สุดของอนุญาตโตตุลาการ²⁰ ดังนั้น หากว่าคู่สัญญาได้

¹⁹ ขวลิขิต อรรถศาสตร์, ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ, พัชรินทร์ ฉัตรวชิระกุลและอิทธิพันธ์ สุวรรณจุฑา, *กฎหมายไซเบอร์*, (กรุงเทพฯ: บริษัทเนชั่นมัลติมีเดีย กรุ๊ป จำกัด, 2545), หน้า 126.

²⁰ สรวิศ ลิ้มปริงสี, *อนุญาตโตตุลาการตามกฎหมายใหม่*, (2545), หน้า 12.

แสดงเจตนาแล้วว่าจะใช้อุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท ก็ควรยึดถือเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ และในการตีความสัญญาเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษก็ต้องใช้หลักการตีความสัญญาที่ว่าไป²¹ ได้แก่ เมื่อมีความข้อใดข้อหนึ่งในเอกสารอาจตีความได้สองนัย นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้ ให้ถือเอาตามนัยนั้นดีกว่าจะถือเอาที่ไร้ผล (ป.พ.พ. มาตรา 10) ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ (ป.พ.พ. มาตรา 11) ในการตีความการแสดงเจตนาให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร (ป.พ.พ. มาตรา 171) และการตีความต้องตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย (ป.พ.พ. มาตรา 368)

แต่อย่างไรก็ดี ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่แสดงได้ว่าศาลได้ตีความสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยเคร่งครัด เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2527/2538 ตามใบตราส่งระบุแต่เพียงว่าข้อพิพาทใดๆ ตามใบตราส่ง คู่กรณีต้องผูกพันตนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่มีข้อความบังคับว่าคู่กรณีจำต้องมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ ฟ้องของโจทก์จึงไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 10 โจทก์จึงมีสิทธินำคดีมาฟ้องได้ เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 9058/2539 ที่ว่า สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจในการตกลงข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายสินค้า คดีนี้โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบในมูลหนี้ตามเช็ค จำเลยให้การต่อสู้ว่าหนี้ตามเช็คเกิดจากสัญญาแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายสินค้าและจำเลยไม่ยอมตกลงชำระหนี้ตามเช็คแก่โจทก์ เพราะค้างชำระหนี้โจทก์ไม่ตรงจำนวนตามเช็ค แสดงว่าจำเลยได้แย้งสิทธิของโจทก์เกี่ยวกับการชำระหนี้ตามเช็คเท่านั้น ทั้งข้อสัญญาดังกล่าวบอกแต่เพียงว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำการตกลงข้อขัดแย้งแล้ว ให้ถือว่าข้อตกลงนั้นสิ้นสุดและยอมรับกันเท่านั้น ไม่มีข้อความใดบังคับว่าคู่กรณีจำต้องมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการทุกกรณีไป จึงไม่เป็นการตัดสิทธิของโจทก์ที่จะนำคดีมาฟ้องศาล

และคำพิพากษาฎีกาที่ 3425/2545 การที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการนั้น มิได้หมายความว่าตัดสิทธิคู่กรณีมิให้นำเสนอต่อศาลเสียทีเดียว เพราะอาจมีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการอื่น หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นก็ได้ ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ตกลงกันให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดแล้ว หากคู่สัญญา

²¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 77.

อีกฝ่ายหนึ่งยังเห็นว่าอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ชอบที่จะให้การโต้แย้งหรือยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยานหรือก่อนมีคำพิพากษาในกรณีไม่มีการสืบพยาน เมื่อศาลได้สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ ก็จะสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้ไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการต่อไป ตาม พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 10 แต่คดีนี้แม้จำเลยที่ 1 ผู้ค้าประกันอาจมีสิทธิยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับข้อสัญญาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการให้เป็นผู้ชี้ขาดระหว่างโจทก์กับบริษัท ส. ซึ่งเป็นข้ออ้างที่บริษัท ส. มีอยู่ขึ้นต่อสู้โจทก์ได้ก็ตาม แต่จำเลยที่ 1 มิได้โต้แย้งถึงอำนาจฟ้องของโจทก์ในเรื่องดังกล่าว ทั้งจำเลยที่ 1 มิได้ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญา ก่อนวันสืบพยานเพื่อให้ศาลได้สวนถึงเหตุที่โจทก์นำคดีมาฟ้องโดยมิได้ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการนั้นว่าชอบหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี ถือว่าจำเลยที่ 1 ได้สละสิทธิเกี่ยวกับข้อสัญญาเรื่องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดระหว่างกันแล้ว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสามฉบับดังกล่าวข้างต้น ศาลตีความสัญญาอนุญาตตุลาการโดยเคร่งครัดซึ่งดูเหมือนว่าจะขัดกับเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงต่อกันไว้แต่แรก

ผลของการที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการ อาจส่งผลให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ ตามมาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า (2) สัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว” เคยมีคดีตัวอย่างที่ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดให้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 520/2520 โจทก์จำเลยติดต่อซื้อขายปอ โดยมีหนังสือยื่นชดถลงจำนวนและราคาแล้ว แต่ตามพฤติการณ์ที่เคยปฏิบัติแสดงว่าโจทก์จำเลยต้องทำสัญญาเป็นหนังสือก่อน เมื่อจำเลยผู้ขายไม่ยอมลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญาซื้อขายที่โจทก์ส่งมา ก็ไม่ถือว่ามิสัญญาซื้อขายแล้ว ข้อตกลงเรื่องอนุญาตตุลาการในสัญญานั้นก็ไม่มีผลบังคับ แม้จำเลยจะตั้งตัวแทนแก้ข้อกล่าวหาของโจทก์ต่ออนุญาตตุลาการที่กรุงลอนดอน ก็ไม่ถือว่าจำเลยยอมให้คำชี้ขาดผูกพันจำเลย²² ศาลจึงปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เพราะสัญญาอนุญาตตุลาการมีรูปแบบไม่ถูกต้อง และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 611/35 ข้อตกลงตามสัญญาซื้อขายฝ่ายคิบบที่ว่าหากมีกรณีพิพาทตามสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นจะต้องเสนอคดีต่ออนุญาตตุลาการตามระเบียบและข้อบังคับของเดอะลิเวอร์พูล คอตตัน แอส โซซิเอชัน ลิมิเต็ด เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขาย เมื่อจำเลยมิได้ทำ

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

สัญญาซื้อขายฝ้ายคืบกับโจทก์ เพราะผู้ที่ลงลายมือชื่อในสัญญาซื้อขายไม่ใช่ตัวแทนของจำเลย โจทก์จึงไม่อาจนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาฟ้องบังคับให้จำเลยต้องปฏิบัติตามนั้นได้²³

กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในตามที่ได้ศึกษาคือ สวิตเซอร์แลนด์ อินเดีย และประเทศไทย ได้กำหนดรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรมีรายละเอียดแตกต่างกัน โดยกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์เปิดกว้างมากกว่ากฎหมายต้นแบบ เพราะเอกสารใดก็ตามที่มีบันทึกของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรตามความหมายของกฎหมายแล้ว ส่วนกฎหมายของประเทศอินเดียและประเทศไทยได้อาศัยกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในการร่างจึงมีรายละเอียดส่วนใหญ่เหมือนกับกฎหมายต้นแบบ แต่กฎหมายไทยมีส่วนที่ก้าวหน้ากว่ากฎหมายต้นแบบ คือยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำในรูปอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.