



บทที่ 4

วิเคราะห์ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่สอดคล้องกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 7 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

บทนี้จะศึกษา ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยจะวิเคราะห์กรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ และศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั้น นอกจากนี้ยังจะได้ศึกษาถึงกฎหมายภายในของบางประเทศที่ได้รับการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน เพื่อจะได้เป็นตัวอย่างในการแก้ไขบทบัญญัติตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันเช่นเดียวกัน

4.1 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในรูปแบบมาตรฐาน (standard form)

4.1.1 สัญญาที่มีข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการที่ทำโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยส่งข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษรถึงคู่สัญญาอีกฝ่าย ที่แสดงถึงการรับรองข้อตกลงในสัญญาโดยไม่มี การส่งคืนหรือโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดในสัญญา

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2.1 3) ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรอาจเกิดจากฝ่ายหนึ่งได้ส่งคำเสนอโดยใช้แบบฟอร์มมาตรฐาน ไปให้กับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งในแบบฟอร์มนี้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยและอีกฝ่ายหนึ่งตอบรับ โดยวาจาหรือโดยปริยาย เช่น ใช้แบบฟอร์มใบสั่งซื้อมาตรฐานของบริษัท Wiston Group, INC ซึ่งกำหนดว่า

“13. ... Any dispute, controversy, or claim arising out of or related to this Agreement, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitration under the Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association in effect on the date of sale. The arbitrator shall have ten years experience in the area of international trade, will follow substantive rules of law, require the testimony to be transcribed, and not engage in ex parte communications with any party.” (ภาคผนวก ข)

แต่อย่างไรก็ดี สัญญาอนุญาโตตุลาการลักษณะนี้ไม่ได้รับการยอมรับในกฎหมายหลายฉบับ เช่นตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก และกฎหมายต้นแบบ แต่อย่างไรก็ดี สัญญา

อนุญาโตตุลาการลักษณะนี้ไม่ได้รับการยอมรับในกฎหมายหลายฉบับ เช่นตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก และกฎหมายต้นแบบ

มีตัวอย่างที่ศาลไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ ได้แก่ คำตัดสินของศาลอุทธรณ์เนเปิล Court of Appeal of Naples ได้อธิบายความแตกต่างระหว่างการตอบรับโดยปริยายและการตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษร บริษัทออสเตรีย 4 บริษัทได้ขายและส่งไม้ที่มีปริมาณที่แน่นอนแก่บริษัทอิตาลี สัญญาทั้ง 4 ฉบับมีข้อตกลงให้ตั้งอนุญาโตตุลาการที่ Vienna Commodity Exchange. สำหรับเหตุผลที่ปรากฏ ผู้ซื้ออิตาลีได้ลงนามและส่งกลับ 2 สัญญา เมื่อผู้ซื้ออิตาลีได้จ่ายเงินล่าช้า ผู้ซื้อได้เริ่มคดีที่ Vienna Commodity Exchange และได้มีคำชี้ขาดแล้ว ศาลอุทธรณ์เนเปิลได้บังคับตามคำชี้ขาดสำหรับคำชี้ขาดสองฉบับที่มีการส่งสัญญากลับ และ ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดที่เหลือเพราะ ไม่มีการส่งสัญญากลับ ศาลได้บอกว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาที่ไม่มีการส่งกลับนั้น ไม่ใช่รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นการโต้ตอบของเอกสาร ตามมาตรา II(2) อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก¹

แต่ก่อนหน้านี้นี้คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างว่า สัญญาที่ไม่ได้ถูกส่งกลับสามารถทำให้สมบูรณ์ได้โดยการที่ผู้ซื้ออิตาลีได้รับการส่งไม้เอาไว้ก็เป็นการตอบรับโดยปริยายแล้ว

อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินตรงข้าม ได้แก่คำตัดสินของ COURT of First Instance of Rotterdam. โดยใบสั่งซื้อลงวันที่ 31 สิงหาคม ผู้ซื้อชาวอิสราเอลได้ขอให้ผู้ขายชาวดัตช์ให้ส่งผลิตภัณฑ์ทางเคมีในปริมาณที่แน่นอน ผู้ขายได้ยืนยันการซื้อขายโดยการส่งสัญญาที่มีเงื่อนไขพิเศษ ซึ่งมีข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการที่ Rotterdam ผู้ซื้อได้รับสัญญาเมื่อวันที่ 16 กันยายน 1969 แต่ไม่ได้ส่งกลับตามที่มีการขอ เมื่อสินค้ามาถึงที่เมือง Haifa ผู้ซื้อชาวอิสราเอลได้ร้องเรียนเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้า หลังจากนั้น ผู้ซื้อได้บอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายต่อศาลชั้นต้น Rotterdam ผู้ขายชาวดัตช์ ได้คัดค้านอำนาจของศาลเพราะมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ส่งโดยตัวผู้ขายให้แก่ผู้ซื้อชาวอิสราเอล

ศาลยอมรับการคัดค้านของผู้ขาย ด้วยเหตุที่ว่ามีการยินยอมของกลุ่มสัญญาในเรื่องของสินค้า ราคา คุณภาพ เวลาและวิธีการส่งและการจ่ายเงินแล้ว การนิ่งของผู้ซื้อ เกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ต้องถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ได้ยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยปริยายแล้ว และศาลบอกว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเห็นได้โดยชัดแจ้ง และผู้ซื้อได้คัดค้านหลังจากการส่ง 2

¹ Albert Jan van den Berg , *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*,(1981), pp. 197-198.

เดือน เท่ากับเป็นไปตามมาตรา II ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กแล้ว บนพื้นฐานที่ว่ามาตราดังกล่าวควรต้องตีความตามเจตนารมณ์

แต่คำตัดสินดังกล่าวก็ได้รับการวิจารณ์ว่า ถึงแม้ว่า “เจตนารมณ์” ของมาตรา II ควรใช้ในการพิจารณาการตีความบทบัญญัตินี้ คำตัดสินของ ศาล Rotterdam ก็ไม่สอดคล้องกับทั้งข้อความหรือเจตนาของผู้ร่าง ใบยืนยันการซื้อขายควรได้รับการตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษรในกรณีนี้ ไม่ว่าจะโดยการส่งกลับหรือวิธีอื่น ศาลดูเหมือนว่าจะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายตัดซ์ที่ให้ข้อตกลงมีผลภายใต้สถานการณ์ข้างต้น²

นอกจากนี้ ตามกฎหมายภายในยังได้ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะดังกล่าว ซึ่งปรากฏในหลายคดี เช่น คดีที่ขึ้นศาลอังกฤษ ได้แก่ คดี Zambia Steel & Building Supplies Ltd. V James Clark & Eaton Ltd. [1986]³ เกี่ยวกับ ใบเสนอราคา ซื้อขายกระจกแผ่น ระบุว่าไม่ใช่คำเสนอ แต่ทำขึ้นตามข้อกำหนดและเงื่อนไขทางธุรกิจของบริษัท ข้อกำหนดได้พิมพ์อยู่ที่ด้านหลังของใบเสนอราคาและรวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การขายกระจกในภายหลังนำไปสู่ข้อพิพาทเกี่ยวกับความเสียหายระหว่างขนส่ง โจทก์ฟ้องศาล ส่วนจำเลยขอพักการพิจารณา ศาลอุทธรณ์อนุญาตให้พักการพิจารณา โดยมีเหตุผลว่ามี “ความยินยอมโดยปริยาย” (tacit assent) ต่อข้อกำหนดเหล่านั้นที่ปรากฏด้านหลังของใบเสนอราคา ความยินยอมของข้อกำหนดสามารถถูกพิสูจน์โดยหลักฐานอื่น สัญญากระทำโดยลายลักษณ์อักษรส่วนหนึ่งและวาจาส่วนหนึ่ง และมีข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการภายในคำนิยามที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴ ตัวอย่างนี้เกิดขึ้นในการซื้อขายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลอังกฤษก็ยอมรับว่าให้ใช้บังคับได้

ต่อมาก็มีคดีคล้ายๆกัน ซึ่งศาลอังกฤษก็ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการตอบรับโดยปริยายใช้บังคับได้ ได้แก่ คดี Marc Rich & Co. AG v Societa Italiana Impianti (1991) โดย High Court กล่าวว่า ในสัญญาซื้อขายน้ำมันดิบอิหร่าน ที่ทำโดยบริษัท Marc Rich ของสวิสและ บริษัท Itaimpianti ของอิตาลี หลังจากที่ Marc Rich ได้ส่งแฟกซ์ไปที่ Itaimpianti ซึ่งมีข้อตกลงที่กำหนดว่ากฎหมายของอิตาลีเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับและข้อพิพาทได้อ้างถึงอนุญาโตตุลาการที่ลอนดอน และศาลตัดสินว่าแฟกซ์ได้ผูกพัน Itaimpianti ถึงแม้ว่าไม่มีการตอบรับคำตัดสินได้รับการบังคับ ภายใต้กฎหมายอังกฤษ ตามมาตรา 5(2) to (4) ของ Arbitration Act 1996

² Ibid., p. 197.

³ David St. John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21st Edition (1997), p. 44.

⁴ Arbitration Act 1975 Section 7

ในคดีที่เกิดขึ้นที่ศาล Saskatchewan Court of Queen's Bench (Wedge J.) (1 ตุลาคม 1996) ประเทศแคนาดา เป็นคดีระหว่าง Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co.Ltd. ซึ่งเป็นคดีอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของแคนาดาซึ่งได้รวมกฎหมายต้นแบบเป็นส่วนหนึ่ง รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาจากมาตรา 7 ของกฎหมายต้นแบบ ข้อเท็จจริงโดยย่อคือ ในปี 1992 ผู้ซื้อ บริษัท Schiff Food Products Inc.(Schiff) ของนิวยอร์ก ส่งคำเสนอเป็นหนังสือที่จะซื้อ Oregano จาก บริษัท Naber Seed and Grain Co.Ltd. (Naber) ของ Saskatchewan ในขณะที่ไม่ได้ส่งกลับสำเนาคำเสนอที่ลงนามแล้วให้ บริษัท Schiff ก็ได้ตอบรับคำเสนอสำหรับการปฏิบัติโดยการยอมรับตัวอย่างและสัญญาว่าจะส่งของไปให้ ในที่สุดก็ปรากฏชัดเจนว่า การขนส่งไม่เกิดขึ้น และ บริษัท Schiff ก็ใช้อนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการละเมิดสัญญาในนิวยอร์กต่อ American Spice Trade Association ตามข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการที่พิมพ์อยู่ในคำเสนอว่า ได้ส่งไปที่ บริษัท Naber แล้ว บริษัท Naber เลือกที่จะไม่เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และต่อมาคำชี้ขาดก็ไม่เป็นผลดี กับ บริษัท Naber เมื่อบริษัท Schiff พยายามที่จะบังคับตามคำชี้ขาดที่ Saskatchewan Naber ได้ปฏิเสธด้วยเหตุผลสองข้อ ว่าไม่มีสัญญาที่ผูกพันคู่สัญญาและว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้ตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร

ศาลอนุญาตสำหรับการบังคับ สำหรับประเด็นเรื่องสัญญา พบว่า บริษัท Naber ต้องผูกพันจากการกระทำของของบริษัท Naber เอง กล่าวคือ ส่งตัวอย่าง และสัญญาว่าจะส่งของไปให้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงที่จะใช้อนุญาโตตุลาการ ศาลตีความมาตรา 7 ของกฎหมายต้นแบบ ที่ได้รวบรวมอยู่ใน International Commercial arbitration Act อย่างกว้างๆ ได้บันทึกว่ามาตรานี้ไม่กำหนดอย่างชัดเจนในเรื่องลายมือชื่อ และดังนั้น ศาลสามารถที่จะเห็นว่าการรวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ใน คำเสนอที่เป็นแบบฟอร์มมาตรฐานก็เป็นไปตามที่มาตรานี้กำหนดว่าเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว

ในคดีดังกล่าวศาลได้ยอมรับว่าการตอบรับโดยปริยาย ได้แก่การนิ่งของฝ่ายผู้ขาย ก็ทำให้เกิดสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีตัวอย่างที่กล่าวข้างต้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเสมอในทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ แต่ทั้งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก และกฎหมายต้นแบบก็ไม่ได้เขียนยอมรับเอกสารเหล่านี้ว่าเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้โดยชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาเมื่อเป็นคดีขึ้นสู่ศาลเช่นในคดีแรก เป็นต้น และด้วยความแข็งแกร่งของกฎหมาย ต่อมาศาลจึงมีแนวโน้มที่จะยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้มากขึ้น โดยเฉพาะหลายคดีที่ใช้กฎหมายภายในบังคับ ศาลส่วนใหญ่ก็จะยอมรับให้มีผลใช้ได้ โดยเฉพาะคดีสุดท้าย ศาลได้ตีความ

มาตรา 7 ของกฎหมายต้นแบบอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมกรณีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ทั้งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและกฎหมายต้นแบบ ก็ยังไม่ชัดเจนว่าครอบคลุมกรณีดังกล่าว

4.1.2 สัญญาที่มีข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการทำบนพื้นฐานของข้อความสัญญาที่เสนอโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งสัญญานั้นไม่ได้รับการตอบรับโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรจากอีกฝ่าย แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้อ้างเป็นลายลักษณ์อักษรถึงสัญญาดังกล่าวใน จดหมายฉบับต่อ ๆ มา, Invoice หรือ Letter of Credit โดยกล่าวอ้างถึงวันที่หรือเลขที่สัญญา เป็นต้น

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งคำเสนอทำสัญญาซื้อขายหรือใบยืนยันการซื้อขายที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง เกิดขึ้นบ่อยครั้งที่คำเสนอนั้น หรือใบยืนยันการซื้อขายไม่ได้ถูกตอบรับอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ ใบกำกับสินค้า (invoice) Letter of Credit เป็นต้น⁵ เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งสัญญาซื้อขายไปให้อีกฝ่ายหนึ่งโดยใช้แบบฟอร์มสัญญามาตรฐานของ NOFOTA (Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Trade Association) กำหนดว่า

“Any dispute arising out of this contract, as well as any dispute arising out of further agreements resulting from this contract, shall be exclusively referred to arbitration in accordance with the International Sale of Goods(CISG), either in the international versions of the respective treaties or in whatever national version, shall not apply to this contract. (ภาคผนวก ก)

แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในลักษณะนี้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กหรือกฎหมายต้นแบบ ไม่ได้ยอมรับชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความ โดยมีทั้งกรณีศาลยอมรับและไม่ยอมรับ ตัวอย่างเช่น

คดีที่บริษัทสวิส ได้มีสัญญาด้วยวาจากับบริษัทดัตช์เกี่ยวกับการซื้อขายเนื้อผ้าอาร์เจนตินา หลังจากนั้น วันที่ 3 มิถุนายน 1966 ผู้ขายดัตช์ได้ส่งใบยืนยันการซื้อขายที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ Rotterdam ภายใต้อาณัติ Arbitration Rules of the Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Association (NOFOTA) ผู้ซื้อสวิสไม่ได้ตอบรับ ใบยืนยันการซื้อขาย แต่ในวันที่ 15 มิถุนายน 1966 เขาได้เปิด letter of credit ในนามของผู้ขาย เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ผู้ซื้อสวิสได้คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการเพราะเขาไม่ได้ตกลงด้วยในข้อตกลงนั้น คณะอนุญาโตตุลาการได้ยืนยันในคำชี้ขาดว่า มีอำนาจเนื่องจาก ผู้ซื้อสวิสได้เก็บ ใบยืนยันการซื้อขายเอาไว้โดยไม่คัดค้าน ผู้ขายดัตช์

⁵ Albert Jan van den Berg , *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), pp. 197-198.

ชนะ⁶ แต่ศาล The Court of First Instance of the Canton of Geneva ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด เพราะ ใบยืนยันการซื้อขายไม่ได้ถูกตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้ซื้อ จึงไม่มีการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ในคดีนี้ศาลตีความอย่างเคร่งครัด ทั้งๆ ที่มีการกระทำของผู้ซื้อที่เก็บใบยืนยันการซื้อขายเอาไว้และมีการเปิด letter of credit แล้ว

และอีกคดีหนึ่งที่ศาลไม่ยอมรับ ได้แก่ คดี Sté Confex v Ets Dahan (1987) ศาล Cour de Cassation ของฝรั่งเศส ตัดสินว่า การตอบรับโดยปริยายด้วยการกระทำซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่ข้อตกลงทางโทรพิมพ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ไม่ได้รวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย ถึงแม้ว่า โทรพิมพ์ฉบับต่อมาที่แก้ไขคำสั่งได้อย่างถึงเงื่อนไขทั่วไปและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของสัญญาฉบับก่อนหน้า การที่ผู้ซื้อไม่ตอบรับการอ้างอิงนี้ ทำให้ศาลสรุปได้ว่าไม่มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร

แต่อย่างไรก็ดี มีหลายคดีที่ศาลได้ตีความอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กโดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์และยอมรับว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่นศาลอุทธรณ์ Florence ในคดีที่ Bobbie Brooks จากมลรัฐ Ohio (ผู้ซื้อ) ได้ซื้อเสื้อผ้าในปริมาณที่แน่นอนจาก โรงงานผลิตภักซ์ขนสัตว์ (Wool Factory) Walter Banci โดยใบสั่งซื้อ 3 ใบ ที่มีข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการที่ Ohio โดยใช้ Arbitration Rules of the American Arbitration Association ได้มีการส่งใบกำกับสินค้าที่ผู้ขายทำไปให้ผู้ซื้อ และอ้างถึงจำนวนตามใบสั่งซื้อ

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับ คุณภาพและปริมาณของขนสัตว์ที่ส่งไป ผู้ซื้อเริ่มคดีที่อนุญาโตตุลาการแต่ผู้ขายได้ปฏิเสธที่จะเข้าร่วม คำชี้ขาดได้ให้ผู้ซื้อชนะ ผู้ขายได้คัดค้านต่อศาล Court of Appeal of Florence บริษัท Bobbie ที่จะขอบังคับตามคำชี้ขาด โดยอ้างว่าเขาไม่ได้ตกลงด้วย ศาลบอกว่าสิ่งที่ถูกคัดค้านเป็นความจริง ใบกำกับสินค้า (invoice) ที่ออกโดย บริษัท Walter Banci กล่าวถึงจำนวนในใบสั่งซื้อโดยเฉพาะ ศาลพิจารณาว่าเป็นการโต้ตอบโดยเอกสารตาม ความหมายของมาตรา II แล้ว

ในความเห็นของศาลได้สะท้อนความเป็นจริงในการค้าระหว่างประเทศ ศาลไม่ได้ต้องการการตอบรับที่ชัดเจนในเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เช่น ใบสั่งซื้อ เกี่ยวกับการระบุจำนวนตามใบสั่งซื้อ ในใบกำกับสินค้า ที่ติดต่อกันระหว่างโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใน

⁶ Ibid., p.199.

ฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนเพียงพอว่าจะผูกพันตามเงื่อนไขในใบสั่งซื้อ ซึ่งรวมถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการด้วย⁷

และมีคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความไปในทางเดียวกัน เช่น คำชี้ขาดที่ออกมาภายใต้การสนับสนุนของ Netherlands Hide and Leather Exchanges Association วันที่ 8 มีนาคม 1979 บริษัทตัดซ์ได้ขายหนังลูกวัว 5,000 แผ่น ให้แก่บริษัทอิตาลีโดยผ่านตัวแทน จะส่งในเดือนมีนาคม-เมษายน 1979 ในวันเดียวกัน บริษัทตัดซ์ส่งใบยืนยันการซื้อขายที่เขียนหมายเลขไว้ใบยืนยันระบุถึงสาระสำคัญของข้อตกลงเช่นเดียวกับข้อตกลงอนุญาตตุลาการใน Rotterdam ตามเงื่อนไขของ International Hide & Skin Contract หมายเลข 1 ด้วย ผู้ซื้ออิตาลีไม่ได้ส่งสำเนาใบยืนยันการซื้อขายกลับไป วันที่ 5 เมษายน 1979 ผู้ซื้อได้ส่งโทรพิมพ์ไปถึงผู้ขาย และได้อ้างถึงหมายเลขของใบยืนยันการซื้อขายและขอให้เลื่อนการส่งออกไปสองเดือน เพราะไม่มีที่สำหรับเก็บหนัง หลังจากได้ส่งโทรพิมพ์ไป ผู้ซื้ออิตาลีปฏิเสธที่จะรับการส่ง และยืนยันว่าไม่ได้ผูกพันตามใบยืนยันการซื้อขายเพราะเขาไม่ได้ส่งใบนั้นกลับไป คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธคำยืนยันนั้น ตามข้อตกลงอนุญาตตุลาการในใบยืนยันการซื้อขาย คณะอนุญาโตตุลาการตั้งข้อสังเกตว่า “ข้อตกลงอนุญาตตุลาการต้องได้รับการพิจารณาว่าเป็นการโต้ตอบทางจดหมายหรือโทรเลข จึงสมบูรณ์ตามมาตรา II ของอนุสัญญาฉบับนิวยอร์ก”

และมีคดีที่ใช้กฎหมายภายในบังคับและศาลก็ได้ยอมรับว่าเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์ ได้แก่คดีที่ขึ้นศาลอังกฤษ ระหว่าง Frank Fehr & Co v Kassam Kivraj & Co. Ltd (1949) ข้อเท็จจริงคือ บริษัทสองบริษัทได้ทำสัญญาผ่านเคเบิลอย่างสม่ำเสมอ ในการซื้อขายสินค้า ผู้ซื้อได้ส่งแบบฟอร์มของสัญญาที่มีเลขที่ ซึ่งมีเงื่อนไขรวมถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการประกอบด้วยแบบฟอร์มตอบรับที่จะต้องถูกลงนาม โดยผู้ขาย ครั้งหนึ่งผู้ขายไม่ได้ลงนามในแบบฟอร์มตอบรับแต่ได้อ้างถึงสัญญาตามเลขที่ของสัญญานั้นในเคเบิลต่อมา ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวว่า “ไม่ต้องมีการโต้เถียงกันเลยว่า เคเบิลเป็นสิ่งที่ต่ำกว่าข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร” จึงเป็นข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์

สัญญาซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ที่ใดเสนอโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ตอบรับเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้อ้างถึงสัญญานั้นในเอกสารฉบับต่อมา ดังตัวอย่างข้างต้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามปกติในการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของหลายประเทศก็

⁷ Ibid., p. 201.

⁸ David St. John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21 st Edition (1997), p. 43.

ยอมรับ แต่อย่างไรก็ดี ทั้งอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและกฎหมายต้นแบบก็ไม่ได้เขียนรองรับว่าเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

4.1.3 การอ้างอิงในสัญญาด้วยวาจาถึงข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจเป็นรูปแบบมาตรฐานที่ระบุถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในบางครั้งอาจไม่มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยความจำเป็นหรือเป็นทางปฏิบัติสำหรับการทำการค้ำนั้น แต่ถ้าคู่สัญญาได้ทำสัญญาด้วยวาจาแล้วตกลงกันว่าจะให้ใช้ข้อสัญญามาตรฐานฉบับหนึ่ง และในเอกสารนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย ศาลอาจยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นได้ เช่นในสัญญาตู้เรือ เคมีคดีขึ้นศาลอังกฤษคดีหนึ่ง เช่นตกลงกันว่าจะใช้แบบฟอร์มของ LLOYD'S ซึ่งกำหนดว่า

“.. The arbitrator appointed under Clause 6 or the person(s) appointed under Clause 13 hereof shall have the power in their absolute discretion to include in the amount awarded to the Contractor the whole or such part of the expense incurred by the Contractor in enforcing or protecting by insurance or otherwise or in taking reasonable steps to enforce or protect his lien as they shall think fit. (ภาคผนวก ง)

กรณีดังกล่าวเช่นในสัญญาตู้เรือ ซึ่งเคมีคดีขึ้นศาลอังกฤษคดีหนึ่ง คือ The Owners of the Motor Vessel Tojo Maru v. N v. Bureau Wijsmuller, The “Tojo Maru” [1972]⁹ สัญญาตู้เรือได้ตกลงด้วยวาจาโดยอ้างถึงแบบฟอร์มมาตรฐาน Lloyd ในเรื่องสัญญาตู้เรือ ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการด้วย ความฉุกเฉินของภัยพิบัตินำให้ไม่มีโอกาสที่จะลงนามในเอกสาร โอกาสที่จะเกิดขึ้นค่อนข้างบอบและสำคัญในการจัดการกับปัญหานี้ เมื่อคู่สัญญาตกลงกันโดยวิธีอื่นนอกจากลายลักษณ์อักษร โดยการอ้างอิงข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ถือว่าข้อตกลงนั้นทำเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว

ในกรณีนี้สัญญาตู้เรือซึ่งเป็นสัญญาหลักไม่อาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรได้เนื่องจากสภาวะการณ์ขณะนั้น แต่หากคู่สัญญาได้อ้างอิงข้อกำหนดอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยแล้วก็ควรจะใช้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ เมื่อเวลาสั้นเพราะเหตุฉุกเฉิน ผู้ควบคุมเรื่องจะรู้ว่าเขาปลอดภัยเมื่อตอบรับเงื่อนไขของสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวาจา ถึงแม้ว่าเขาอาจจะไม่ได้ลงนามจนกว่าการตู้เรือจะเสร็จเรียบร้อยเพื่อประโยชน์สำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹⁰

⁹ Ibid., pp. 44 - 45.

¹⁰ Cristopher Hill, *Maritime Law*, (1981) p. 195.

คดีข้างต้นศาลอังกฤษยอมรับว่าเป็นสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสอดคล้องกับทางปฏิบัติ แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและกฎหมายคั่นแบบ ตัวอย่างเช่น คดี Oberlandesgericht (Celle) ซึ่งคู่สัญญาได้ทำสัญญาซื้อขายปุ๋ย โจทก์ได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ลอนดอน หลังจากที่จำเลยชาวเยอรมันไม่จ่ายเงินตามสัญญา ในการเริ่มกระบวนการ โจทก์ได้อาศัยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในข้อกำหนดทั่วไป ด้วยเหตุผลว่า คู่สัญญาได้ตกลงกันด้วยวาจาที่จะใช้ข้อกำหนดนั้น หรืออย่างน้อยก็เกิดโดยปริยายเมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่ยาวนานของพวกเขา และฝ่ายจำเลยก็คัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุผลว่า ข้อกำหนดทั่วไป ซึ่งรวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารนั้นด้วย ไม่ได้รวมอยู่ในสัญญา และก็ได้ไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เมื่อโจทก์ขอให้ศาลเยอรมันบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จำเลยได้คัดค้านด้วยเหตุผลหนึ่งว่า ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ ศาลเยอรมันปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งในคดีนี้กฎหมายที่ใช้บังคับคืออนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ศาลกล่าวว่า ตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก มาตรา II(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรืออยู่ในเอกสารได้ตอบ การทำข้อตกลงตามที่โจทก์กล่าวอ้างมานั้น ไม่ว่าจะโดยวาจาหรือโดยปริยาย ก็ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก¹¹

4.1.4 ใบตราส่งที่รวมเงื่อนไขที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือโดยการอ้างอิง และในเงื่อนไขนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย

ตามปกติเงื่อนไขและข้อยกเว้นทั้งหมดที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือจะถูกรวมอยู่ในใบตราส่งด้วยและคู่สัญญาเช่าเรือและคู่สัญญาในใบตราส่งจะเป็นคนเดียวกัน ดังนั้นจึงไม่มีการโต้แย้งว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือจะรวมไปถึงใบตราส่งด้วยหรือไม่ แต่อาจมีปัญหามันกรณีผู้รับตราส่งที่ปรากฏในใบตราส่ง เช่นในคดี Thomas & Co.Ltd v Portsea & Company Ltd [1912] ซึ่งเดินตามคำพิพากษาในคดี Hamilton and Co v Makie and Sons [1889] ที่เกิดขึ้นที่อังกฤษ โดยคดีมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ในสัญญาเช่าเรือตามรูปแบบ CENTROCON เขียนว่าให้ใช้อนุญาโตตุลาการในทุกข้อพิพาท “ที่เกิดจากสัญญานี้” และใบตราส่งกำหนดว่า ใช้เงื่อนไขและข้อยกเว้นทั้งหมดตามสัญญาเช่าเรือ ซึ่งรวมถึง ประมาทเลินเล่อ ถูกรวมอยู่ด้วย ศาลอุทธรณ์บอกว่า

¹¹ Stefan Kroll, and Marc-Oliver Heidkamp, *Germany: Arbitration Agreement Enforcement* (2005), pp.1-2.

สัญญาอนุญาโตตุลาการ ในรูปแบบ CENTROCON ไม่ถูกรวมอยู่ในใบตราส่งเพราะข้อตกลง อนุญาโตตุลาการ ไม่ได้เกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับการขนส่งทางเรือ การส่งสินค้า การบรรทุกสินค้า

ในคดีนี้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกรวมเข้าไปอยู่ในใบตราส่ง นอกจากมี ถ้อยคำที่แจ้งชัดว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับใบตราส่งระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญา เช่าเรือด้วย¹²

และในคดี *Psichikon Compaⁿia Navera Panama v Sté Sieretal* ศาลฝรั่งเศส (Cour de Cassation) วันที่ 7 มกราคม 1992 ได้ตัดสินว่าเพียงแต่การอ้างอิงในใบตราส่งถึงสัญญาเช่า เรือ ซึ่งเจ้าของไม่ใช่คู่สัญญาไม่เหมาะที่จะถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้รับการตอบรับจาก ผู้รับตราส่ง¹³

อย่างไรก็ดี มีหลายคดีที่ได้ตัดสินว่า กฎเกณฑ์ที่มีมานานก็ยังเป็นกฎที่ได้อยู่ แต่ ไม่ได้ใช้ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ ปราบฎในคดี *The Marak* (1965) ในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ (อังกฤษ) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ ใช้ กับ “ข้อพิพาทใดๆที่เกิดจากการเช่าเรือนี้และใบตราส่งที่ออกภายใต้การเช่าเรือด้วย” และมีเงื่อนไข ข้อหนึ่งในใบตราส่งที่ว่า “เงื่อนไข ข้อกำหนด และข้อยกเว้นทั้งหมด รวมถึง(ข้อตกลง อนุญาโตตุลาการ) ที่ อยู่ในสัญญาเช่าเรือดังกล่าว ปรับใช้กับใบตราส่งนี้ด้วย และถือว่าเป็นถูกรวมอยู่ ในใบตราส่งนี้แล้ว” ศาลตัดสินว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกรวมอยู่ด้วย และในคดี “*The Rena K*” (1979) ศาลตัดสินว่าถ้อยคำที่เพิ่มขึ้นมาว่า “รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” มีความแน่นอน ว่าคู่สัญญาตั้งใจที่จะให้ข้อพิพาทที่เกิดจากใบตราส่งระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว และคดีนี้ก็ เป็นบรรทัดฐานในคดี *The “Nerano”* (1996) โดยศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่า ใบตราส่งถือว่าได้รวม ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย ในกรณีที่มีข้อความว่า “เงื่อนไข ข้อกำหนด liberties ข้อยกเว้น ทั้งหมด และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของสัญญาเช่าเรือ”¹⁴

การอ้างอิงในใบตราส่งถึงเงื่อนไข ข้อกำหนด ที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือโดยให้รวม เป็นเงื่อนไขในใบตราส่งด้วย ทำให้เกิดคำถามว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นเป็นข้อกำหนดข้อ หนึ่งในเงื่อนไขนั้น จะถูกรวมอยู่ในใบตราส่งด้วยหรือไม่ ซึ่งกฎหมายภายในไม่ได้กำหนดว่า การ

¹² David St. John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21st Edition (1997), p. 48.

¹³ Mauro Rubino-Sammattano, *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 209.

¹⁴ Enid A. Marshall, *Gill: The Law of Arbitration*, fourth edition (2001), pp. 22-23.

อ้างอิงอย่างไรจึงจะพอเพียงให้มีผลถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย เช่นตามตัวอย่างข้างต้น การอ้างอิง โดยกล่าวว่า “เงื่อนไข ข้อกำหนดทั้งหมดในสัญญาเช่าเรือ” บางครั้งก็พอเพียงที่จะถือว่ารวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย แต่ก็ไม่เสมอไป ในกรณีที่เป็นการอ้างอิงที่ไม่เพียงพอ เช่น เขียนว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ ครอบคลุม “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้การเช่าเรือ” โดยไม่ได้อ้างอิงถึงข้อพิพาทภายใต้ใบตราส่งโดยชัดแจ้ง ก็จำเป็นต้องมีการอ้างอิงเป็นการเฉพาะมากกว่านี้ เพื่อที่จะให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการครอบคลุมถึงข้อพิพาทภายใต้ใบตราส่งด้วย ในทางตรงกันข้าม การอ้างอิงทั่วไปก็พอเพียงถ้าเขียนว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการครอบคลุมถึงข้อพิพาทภายใต้สัญญาเช่าเรือและภายใต้ใบตราส่งที่ออกตามสัญญาเช่าเรือ

สำหรับในกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันเพราะการอ้างอิงโดยทั่วไปในใบตราส่งถึงสัญญาเช่าเรือก็ถือว่าเพียงพอสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือถ้าหากไม่เขียนไว้ชัดเจนว่าไม่ใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับใบตราส่งด้วย ตัวอย่างเช่น เขียนว่า “ข้อตกลงนี้ใช้กับข้อพิพาทระหว่างเจ้าของเรือกับผู้เช่าเรือเท่านั้น) และมีคดีเกิดขึ้นที่ District Court in New York ในคดี Coastal States Trading Inc. v. Zenith Navigation S.A. (August 18, 1977) ศาลพิจารณาคดีที่มีการอ้างอิงโดยเขียนว่า “เงื่อนไขและข้อยกเว้นทั้งหมดของสัญญาเช่าเรือถือว่ารวมอยู่ในใบตราส่งนี้ด้วย” และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ ก็เขียนว่า “ข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการเช่าเรือตามปกติ...” ศาลตัดสินว่า เป็นการรวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในใบตราส่งแล้ว¹⁵

ในทางปฏิบัติเกิดขึ้นเสมอสำหรับกรณีที่ใช้การอ้างอิงในใบตราส่งโดยให้รวมเงื่อนไข ข้อกำหนดต่างๆ ที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือ ซึ่งก็รวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย แต่กฎหมาย ดันแบบก็ไม่ได้รองรับกรณีแบบนี้ คดีที่ยกตัวอย่างข้างต้นเป็นคดีที่ใช้กฎหมายภายในบังคับ จึงมีประเด็นโต้เถียงกันเพียงว่า อ้างอิงอย่างไรจึงจะถือว่าพอเพียงให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ในใบตราส่งด้วย ซึ่งมีทั้งที่ศาลยอมรับและไม่ยอมรับ ซึ่งก็เห็นได้ว่ากฎหมายภายในบางฉบับได้ยอมรับให้การอ้างอิงดังกล่าวเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ แต่ถ้าคดีนี้ใช้นุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กบังคับ หรือพิจารณาตามกฎหมายดันแบบก็ถือว่าไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่เลยเพราะไม่เป็นไปตามคำจำกัดความในเรื่องรูปแบบตามกฎหมายทั้งสองฉบับ

¹⁵ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 200.

4.1.5 ไบตราส่งที่มีข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการที่ไม่ถูกลงนามโดยผู้ส่งหรือผู้ถือ

ไบตราส่งตามปกติจะลงนามโดยผู้ขนส่งเท่านั้น แต่คู่สัญญาคนอื่นๆ เช่น ผู้รับตราส่ง ผู้ส่งของผู้ถือ เป็นต้น ไม่ได้ลงนามด้วย จึงทำให้เกิดปัญหาว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการขนส่ง จะถือว่าไบตราส่งเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาจาก คำจำกัดความในกฎหมายต้นแบบแล้ว ไม่รวมถึงกรณีนี้

มีคดีเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายที่เกิดกับสินค้าระหว่างการขนส่งโดยผู้ถือไบตราส่งต่อตัวแทนเรือชาวอิตาลี ซึ่งตัวแทนเรือชาวอิตาลีได้คัดค้านเขตอำนาจของศาลอิตาลีโดยอ้างว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในไบตราส่ง ศาลพบว่าลายมือชื่อของตัวแทนเรือชาวอิตาลีของผู้ขนส่งไม่เพียงพอเพราะการมอบอำนาจไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 1392 ของประมวลแพ่งอิตาลี และศาลกล่าวว่าไม่มีลายมือชื่อของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือผู้ส่งของ การที่ผู้ส่งของได้สลักหลังไบตราส่ง ในความเห็นของศาลไม่เพียงพอที่จะใช้แทนที่การลงนามได้เนื่องจากเป็นเพียงการโอนกรรมสิทธิ์ ในขณะที่การลงลายมือชื่อเป็นรูปแบบของสัญญา¹⁶

และในคดี *Sté Mediterranean Shipping Co v GAFL* (1995) ศาล Cour de Cassation กล่าวว่า การตอบรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในไบตราส่งโดยผู้ขนถ่ายสินค้า (stevedores) ไม่ได้ผูกพันผู้รับตราส่งถ้าเขาไม่ได้ตอบรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นด้วย¹⁷

ทั้งสองคดีข้างต้น ศาลไม่ยอมรับให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในไบตราส่งผูกพันผู้ที่ไม่ได้ลงนามในไบตราส่งนั้น จึงเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้

ในทางตรงกันข้าม มีคดีขึ้นสู่ศาลสวิส ได้แก่ (January 16, 1995) ระหว่าง *Campanie de Navigation de Transports S.A. v. MSC Mediterranean Shipping Co. S.A.*¹⁸ กฎหมายที่ใช้บังคับ คือ อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ว่า ข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ด้านหลังของไบตราส่งนั้น โดยปกติแล้วจะถูกลงนามโดยบุคคลฝ่ายเดียว แต่ในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กระบุว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องลงนามโดยคู่สัญญาหรือเป็นเอกสารโต้ตอบระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ศาลก็วินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในไบตราส่งนี้มีผลใช้ได้

¹⁶ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 193.

¹⁷ Mauro Rubino-Sammataro *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 210.

¹⁸ Alan Uzelac, *ISSUES OF COMPARATIVE LAW: The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far We Should Go?* (2001), pp. 3-4.

เพราะผู้ส่งของได้ตอบรับข้อตกลงนั้น โดยปริยายแล้ว โดยกรอกข้อความในเงื่อนไขของใบตราส่งศาลชี้ไปที่พัฒนาการของวิธีการติดต่อสื่อสารที่ทันสมัย ที่เป็นการลดบทบาทของลายลักษณ์อักษรและเพิ่มบทบาทของเอกสารที่ไม่ได้ถูกลงนาม และความต้องการของพาณิชย์ระหว่างประเทศปัจจุบัน ศาลเห็นว่า อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ควรตีความให้เข้ากับสภาพสังคมและกฎหมายสมัยใหม่และควรปรับใช้ในมุมมองที่กว้าง

ในคดีนี้ ศาลได้กล่าวว่า “อย่างไรก็ดี ต้องไม่ลืมความจริงที่ว่า ในการพัฒนาวิธีการสื่อสารที่ทันสมัย สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ไม่ได้ลงนามเพิ่มบทบาทสำคัญอย่างมากและแพร่หลาย และความต้องการเรื่องลายมือชื่อมีความสำคัญน้อยลง โดยเฉพาะในการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และการปฏิบัติที่ต่างกันต่อสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ลงนามกับ ไม่ได้ลงนามก็กำลังเป็นปัญหา นอกจากนี้ ในบางกรณี การพิจารณาถึงการกระทำบางอย่างก็อาจแทนที่การยึดถือบทบัญญัติเรื่องรูปแบบได้ โดยอาศัยหลักสุจริต”

ถึงแม้ว่าคำตัดสินนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากบางส่วน แต่เหตุผลของคำตัดสินได้รับการยกย่องอย่างมาก และวิถีทางที่ใช้ก็สมควรที่จะได้รับการวิเคราะห์คำตัดสินดังกล่าวได้ให้การสนับสนุนว่าการสร้างมาตรา II(2) ก็เพียงแต่เป็นมาตรฐานขั้นสูงสำหรับรูปแบบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ในขณะที่เดียวกัน ก็ยอมรับให้รัฐภาคีกำหนดมาตรฐานที่หย่อนกว่าได้ภายใต้มาตรา VII (1)¹⁹

จะเห็นได้ว่า ในคดีดังกล่าวศาลยอมรับทางปฏิบัติในการตัดสินคดี แม้จะไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับ แต่ก็เป็นการแสดงให้เห็นความล้ำสมัยของกฎหมาย กฎหมายต้นแบบควรจะปรับให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวด้วย

4.2 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีผลต่อบุคคลที่สาม

4.2.1 สัญญาที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลที่สามที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่สามภายใต้ข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง โดยทั่วไปภายใต้สถานการณ์ที่กำหนดโดยกฎหมายที่ใช้บังคับ บุคคลที่สามอาจถูกผูกพันโดยสัญญาที่พวกเขาไม่ได้กระทำขึ้นเอง จึงเกิดประเด็นขึ้นมาว่ากฎเกณฑ์เดียวกันนี้ที่ใช้กับสัญญาโดยทั่วไป จะใช้กับ “ข้อตกลง

¹⁹ James D. Fry, *The Federal Arbitration Act, UNCITRAL Model Law and New York*, (2005), p. 8.

อนุญาตตุลาการ” ด้วยหรือไม่ หลายคดีที่เกิดขึ้น กรณีเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ศาลจะยอมรับว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ผูกพันผู้รับประโยชน์ตามสัญญาด้วยเช่นภายใต้ กฎหมายเยอรมัน ผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นบุคคลที่สามต้องบังคับสิทธิของเขาผ่านทาง อนุญาตตุลาการ หากสัญญาที่ให้ประโยชน์นั้นมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ และประเทศอังกฤษ เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ พระราชบัญญัติสัญญา (สิทธิของบุคคลที่สาม) ปี 1999 กำหนดวิธีที่ บุคคลที่สามจะถูกผูกพันโดยข้อตกลงอนุญาตตุลาการ ถึงแม้ว่าเขาจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญา นั้น กล่าวคือ ในกรณีที่สัญญาให้ประโยชน์แก่เขาและบุคคลที่สามตั้งใจที่จะรับประโยชน์นั้น อย่างไรก็ตาม ให้นำสิทธิแก่ผู้ทำสัญญาที่จะบังคับให้บุคคลที่สามเข้าสู่กระบวนการอนุญาตตุลาการ โดย ไม่สมัครใจได้ นอกจากนี้ ในสหรัฐอเมริกา ศาลได้ขยายขอบเขตของข้อตกลงอนุญาตตุลาการใน กรณีที่บุคคลที่สาม ได้รับประโยชน์จากสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่²⁰

ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่าง GB Marine Services Co. v. M/A Stolt Entente, (1990)ศาล U.S District กล่าวว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันโดยสัญญาอนุญาตตุลาการที่อยู่ใน ข้อตกลงซึ่งได้เข้าทำโดยตัวแทนที่มีอำนาจของบริษัทในเครือ เพราะว่าภายใต้ Restatement (Second) of Contracts par 302 ระบุว่าบริษัทเป็นผู้รับผลประโยชน์แน่นอน ‘an intended beneficiary’ ของสัญญาและถูกผูกพันโดยข้อตกลงอนุญาตตุลาการด้วย²¹ และอีกคดีหนึ่งในศาล ประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี *Dighello v. Busconi*, 673 F. Supp 85.87 (D.Conn 1987)²² ศาลตัดสิน ว่า สัญญาอนุญาตตุลาการผูกพันบริษัท (Corporations) ถึงแม้ว่าพวกเขาไม่ได้ลงนาม เพราะพวกเขา มี “ผลประโยชน์โดยตรง” จากสัญญาของคู่สัญญา และพวกเขาเป็นเจ้าของ ก่อตั้ง และควบคุม โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาอนุญาตตุลาการ

แต่อย่างไรก็ดี ในคดี *FIAT S.p.A. v. the Ministry of Finance and Planning of the Republic of Suriname, Suriname Rice Export Co N.V, ONYX Development Corporation et al.*, U.S. District Court, Southern District of New York, October 12, 1989,88 Civ. 6639 (SWK) *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998,881 ศาลตัดสินว่า ในคดีนี้คณะอนุญาตตุลาการได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตเพราะได้สนับสนุนผู้ที่ไม่ได้ลงนามในสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งไม่ผูกพันตาม สัญญาด้วย ถึงแม้ว่า ONYX และ FIAT มีผลประโยชน์จากธุรกรรม ซึ่งกันและกันและการติดต่อ

²⁰ Daniel Busse, *Privity to an Arbitration Agreement*, (2005).

²¹ Mauro Rubino-Sammattano, *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 205.

²² *Ibid.*, p. 294.

สัมพันธ์กัน²³ โดยศาลได้ให้เหตุผลในคดีนี้ว่า ความสัมพันธ์ของ ONYX และ FIAT ไม่เหมือนกับในคดีก่อนซึ่งเป็นบริษัทแม่กับบริษัทในเครือ

กรณีที่ผู้รับประโยชน์ตามสัญญาจะถูกผูกพันตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาดังกล่าว กฎหมายค้นแบบไม่ได้ครอบคลุมสำหรับกรณีนี้ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเสมอในทางปฏิบัติ เพื่อไม่ให้เกิดความยุ่งยากในการตีความกฎหมายค้นแบบก็ควรปรับให้เหมาะสมด้วย

4.2.2 สัญญาที่มีการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือมีการโอนสิทธิเรียกร้อง

เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่สาม ซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาดั้งเดิม และต่อมาบุคคลที่สามได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญานั้น อาจเป็นโดยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงมีปัญหาว่าในกรณีที่โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาหลักไปแล้ว บุคคลที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลังจะถูกผูกพันตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักนั้นด้วยหรือไม่ ศาลของหลายประเทศมีความเห็นแตกต่างกัน

เช่นในคดีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ซึ่ง J.B. Kaufman Co., ผู้ร้องเรียน (ต่อไปจะเรียกว่า Kaufman) ได้นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อที่จะบังคับ William Iselin & Co., Inc. (ต่อไปจะเรียกว่า Iselin) ที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการซื้อขายโดยอนุญาโตตุลาการ โดย Kaufman ได้สั่งซื้อสินค้าจาก Crest- Tex Mills, Inc. (ต่อไปในสัญญาเรียกว่า Crest- Tex) Iselin ไม่ใช่คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่าง Kaufman and Crest-Tex. เกิดข้อเรียกร้องต่อ Iselin โดยมีเหตุผลว่า ข้อเสนอที่เมื่อตัวแทนของผู้ขายได้รับการโอนใบกำกับสินค้าและสินค้าตามรายการ ผลทางกฎหมายของการโอนที่เกี่ยวกับใบกำกับสินค้าและผู้รับโอนจะถูกผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญาในฐานะผู้ซื้อด้วย

ภายใต้สัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ได้กำหนดว่า “ข้อโต้แย้งใด ๆ ที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวกับสัญญาฉบับนี้จะระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการ คำถามเดียวคือสิ่งที่ตัดสินในขณะนั้นว่าการร้องเรียนว่า Iselin ได้ผูกพันในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายหรือไม่ คำถามว่าผู้รับโอนถือว่ามีหน้าที่เช่นเดียวกับสิทธิภายใต้สัญญาที่ถูกโอนหรือไม่

ศาลได้พิจารณาว่าสิ่งหนึ่งต้องตระหนักถึงความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่จะพบว่า ผู้รับโอนได้เข้าทำสัญญาที่จะถือได้ว่ามีหน้าที่ตามสัญญาด้วยโดยชัดเจนว่ามีการโอนใบกำกับสินค้าและสินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันเงินกู้ที่ทำโดยธนาคารพาณิชย์ไม่ได้เป็น

²³ Ibid., p. 294.

สถานการณ์ที่อาจพูดได้ว่ามีเจตนาของคู่สัญญาที่ให้บริษัทตัวแทนต้องปฏิบัติตามสัญญาพื้นฐาน เพราะไม่พบสิ่งที่ถือได้ว่าผู้รับโอนมีหน้าที่ตามสัญญา

ศาลปฏิเสธกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นสิ่งที่น่าคิดว่าเพราะเหตุใดการส่งใบกำกับสินค้าของ Iselin แก่ Kaufman ไม่ได้เป็นการสร้าง “การกระทำที่เป็นการยืนยัน” ที่ผูกพัน Iselin ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่โอน และ “การกระทำที่เป็นการยืนยัน” แบบใดที่ผู้รับโอนจะผูกพัน²⁴

สำหรับในประเทศไทยตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับเรื่องนี้คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 377/2531²⁵ ว่า ข้อความตามสัญญาเช่าช่วงที่ระบุว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสัญญาเช่าให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ซี่ขาด นั้น เป็นข้อตกลงระหว่างผู้เช่ากับจำเลยซึ่งเป็นผู้เช่าช่วง ไม่เกี่ยวกับ โจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิม ผู้เช่าและโจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิมจะทำการ โอนสิทธิดังกล่าวให้แก่กันไม่ได้เว้นแต่จะได้รับยินยอมเป็นหนังสือตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 การตั้งตัวแทนเพื่อการโอนดังกล่าวจึงต้องทำเป็นหนังสือด้วย เมื่อไม่ได้ความว่า ผู้เช่าได้โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าช่วงแก่โจทก์ผู้ให้เช่าเดิมการที่โจทก์เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาเช่าช่วงต่ออนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์ จึงเป็นการไม่ชอบ จะนำคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาบังคับจำเลยให้ปฏิบัติตามมิได้

อย่างไรก็ดีมีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้²⁶ ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เป็นเรื่องที่เกิดก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงไม่อยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว (มาตรา 36) ดังนั้น จึงไม่อาจนำมาตรา 8 ที่บัญญัติว่า “เมื่อมีการ โอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้นย่อมตกแก่ผู้รับโอนด้วย” มาใช้บังคับได้และแม้จะพิจารณาตามหลักกฎหมายที่เป็นอยู่ก่อนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ใช้บังคับ ก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่แสดงให้เห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาเฉพาะตัวหรือเป็นสิทธิหรือหน้าที่เฉพาะตัวระหว่างคู่สัญญา อันจะโอนให้แก่บุคคลภายนอกตามหลักการ

²⁴ Leo Kanowitz, *Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution*, (1985), pp. 511-512.

²⁵ พิชัย นิลทองคำ, คำพิพากษาศาลฎีกา กฎหมายการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับการกักเรือ การรับขน การรับขนของทางทะเล อนุญาโตตุลาการ การประกันภัย การประกันภัยทางทะเล, (กรุงเทพมหานคร: อทตยา, 2542) หน้า 117.

²⁶ เขียนโดยจรัญ ภักดีธนากุล.

โอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 ไม่ได้แต่ประการใด ลักษณะของสัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำในรูปข้อตกลงข้อหนึ่งในสัญญาใหญ่นั้น น่าจะมีสภาพเป็นสิทธิหรือหนี้อุปกรณ์ของสัญญาใหญ่ ในทำนองเดียวกับข้อสัญญาตกลงเขตศาล เท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาใหญ่กันได้ สิทธิตามข้อสัญญาอนุญาตตุลาการก็น่าจะโอนไปด้วย ในชั้นกร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ก็เห็นกันว่าบทบัญญัติมาตรา 8 เป็นเพียงการระบุถึงสถานะแห่งกฎหมายที่เป็นอยู่เดิมแล้วให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น หาได้ประสงค์จะให้กลับหลักในกฎหมายเดิมแต่อย่างใดไม่

การรวมบริษัทในระบบกฎหมายบางระบบ บริษัทซื้อกิจการสำหรับความสัมพันธ์ทั้งหมดของบริษัทที่ถูกรวมและที่รวมถึงสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการด้วยการรับช่วงสัญญาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป ไม่มีอุปสรรคใดสำหรับบริษัทที่จะไปรวมจะผูกพันโดยข้อตกลงอนุญาตตุลาการ²⁶ ศาลฎีกาของสวีเดน ตัดสินในปี 1977 ว่า ข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ติดไปกับสัญญาที่มีข้อตกลงนั้น ได้รวมอยู่ ดังนั้นข้อตกลงอนุญาตตุลาการจึงผูกพันคู่สัญญาที่ได้รับสิทธิภายใต้สัญญา

และคณะอนุญาตตุลาการได้แสดงความคิดเห็นในเรื่องนี้ในคำชี้ขาด ของ การพิจารณาของ ICC หมายเลข 2626 (1977) ว่า จำเลยชาวอิตาลี (บริษัทจำกัด) ได้แย้งว่า เขาไม่ถูกผูกพันโดยข้อตกลงอนุญาตตุลาการซึ่งเขาได้ทำขึ้น ในขณะที่เขาเป็นหุ้นส่วนอีกต่อไป เพราะหลังจากที่บริษัทได้แปรรูปเป็นบริษัทจำกัดโดยการถือหุ้น ทำให้กลายเป็นบุคคลที่แยกต่างหากตามกฎหมาย คณะอนุญาตตุลาการตัดสินว่า “ตามความเห็นทั่วไป ข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่มีผลเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ยังใช้ได้กับผู้รับช่วงหรือผู้รับโอนต่อๆมาและบุคคลใดๆที่ได้ซื้อกิจการของเขาด้วย ข้อยกเว้นเพียงอย่างเดียวสำหรับกรณีนี้คือเมื่อข้อตกลงอนุญาตตุลาการเขียนว่าไม่รวมถึงผู้รับช่วงและผู้รับโอนด้วย”²⁷

ในคดี CCC Filmkunst GmbH and Co. Edif (1988) ข้อเท็จจริงคือ บริษัท Film modemes Corporation ได้โอนสิทธิทั้งหมดที่เกิดจากสัญญาให้กับ EDIF ศาลอุทธรณ์ปารีสได้ตัดสินว่า การโอนดังกล่าวจึงเกี่ยวข้องกับการโอนข้อตกลงอนุญาตตุลาการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะไม่สามารถแยกจากสัญญาหลักได้ คำตัดสินนี้น่าสนใจเพราะได้อ้าง การแบ่งแยกไม่ได้ที่

²⁶ Mauro Rubino-Sammattano *International Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 289.

²⁷ *Ibid.*, p. 290.

ไม่ได้สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกได้ที่ใช้ในการปกป้องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ²⁸

ถึงแม้ว่า ศาลของแต่ละประเทศที่กล่าวถึงจะได้ตัดสินไปในทางที่แตกต่างกัน สำหรับเรื่องนี้ แต่ก็ชี้ให้เห็นได้ว่าการที่สัญญาต้องมีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือมีการซื้อกิจการ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นปกติสำหรับการทำธุรกิจ ซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมักจะติดมากับสัญญาหลักอยู่เสมอ ทำให้มีการถกเถียงกันว่าสิทธิหรือหน้าที่ที่โอนไปจะรวมไปถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยหรือไม่ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการในบางประเทศได้เขียนรองรับกรณีนี้ไว้ชัดเจน เช่น มาตรา 13 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของไทยจึงจำเป็นที่กฎหมายต้นแบบจะต้องเขียนรองรับกรณีดังกล่าวไว้ด้วย

4.2.3 สัญญาที่บุคคลที่สามเข้ารับช่วงสิทธิ

กรณีที่บุคคลที่สามได้เข้ารับช่วงสิทธิของบุคคลในสัญญา ซึ่งสัญญานั้นได้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ต้องพิจารณาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะโอนไปที่ผู้ได้รับช่วงสิทธิหรือไม่ กรณีที่มีการรับช่วงสิทธิ มีคำชี้ขาดของ ICC หมายเลข 1704 (1977) คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นเกี่ยวกับสิทธิของผู้รับช่วงสิทธิในกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่า ข้อพิพาทระหว่างธนาคารฝรั่งเศส(โจทก์) และธนาคารอินเดีย(จำเลย) ซึ่งเป็นฝ่ายที่เผชิญกับปัญหาการลดค่าเงินรูปีที่เกิดขึ้นระหว่างการชำระเงิน โดยบริษัทอินเดีย และการให้เครดิตของบริษัทฝรั่งเศส ธนาคารฝรั่งเศสได้เข้ารับช่วงสิทธิจากบริษัทฝรั่งเศส บริษัทอินเดียได้คัดค้านสิทธิของธนาคารฝรั่งเศสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า เมื่อคู่สัญญาที่รับช่วงสิทธิใช้สิทธิของเจ้าหนี้ นั้น เขาก็ผูกพันในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแล้ว และอาจเสนอตั้งอนุญาโตตุลาการได้

และในคดีระหว่าง Sté Casco Nobel France v. Sico Inc et al ศาลอุทธรณ์ปารีส (Paris Court of Appeal) พิจารณาว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการโอนมาที่ผู้รับประกันในสิทธิและหน้าที่ของผู้เอาประกัน เพราะผลของการรับช่วงสิทธิ”

อย่างไรก็ดี การรับช่วงสิทธิขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติ ดังนั้นผลของคดีอาจไม่เหมือนกันเสมอไป

²⁸ Ibid., p. 292.

^{*} มาตรา 13 “เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย”.

กรณีนี้เกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่ผู้ทำสัญญาอนุญาตตุลาการด้วยตนเอง แต่เขาได้เข้าแทนที่คู่สัญญาเดิมซึ่งได้รับสิทธิในสัญญามาโดยการรับช่วงสิทธิ และในสัญญามีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ อาจมีกรณีศาลยอมรับให้ข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้โอนไปด้วย และไม่โอนไป เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปในทางปฏิบัติแต่กฎหมายต้นแบบก็ควรรองรับกรณีนี้ไว้โดยชัดเจน

4.3 ข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่ปรากฏในเอกสารอื่น

4.3.1 สัญญาโดยนายหน้าหรือตัวแทนออกข้อความซึ่งเป็นหลักฐานว่าคู่สัญญาดตกลงกันในเรื่องอนุญาตตุลาการ โดยปราศจากการสื่อสารกันโดยตรงระหว่างคู่สัญญา

ในกรณีทำธุรกรรมผ่านนายหน้า คู่สัญญา ไม่มีสัญญาต่อกันโดยตรง แต่นายหน้ามีเอกสารที่แสดงถึงการตกลงกันในเรื่องต่างๆ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นเป็นปกติในการทำการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งหากในบันทึกของนายหน้า (Broker's note) ปรากฏการตกลงกันของคู่สัญญาให้ระงับข้อพิพาท โดยอนุญาตตุลาการ ก็ควรเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการได้ สัญญายอมรับอนุญาตตุลาการที่ถูกลงนามโดยตัวแทนของคู่สัญญาก็เพียงพอจะถือว่าเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายที่ว่าต้องมีการลงนามแล้ว²⁹ ในเอกสารของนายหน้าอาจมีบันทึกว่าคู่สัญญาดตกลงจะใช้อนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เช่น เขียนว่า

“...The parties agree that prior to the institution of Arbitration as hereinafter set out, they will the option of attempting to settle any dispute of claim between them arising out of this document...” (ภาคผนวก จ)

ในกรณีนี้ Conditions of Rotterdam Grain Trade Association กำหนดไว้เกี่ยวกับเรื่องเอกสารของนายหน้าในมาตรา 1 ว่า กรณีจะเป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องความสมบูรณ์ของรูปแบบได้ หากหลังจากที่ได้ส่งบันทึกให้ผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายจะได้รับการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ซื้อตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3.วรรคหนึ่งของ Trade Conditions หากบันทึกได้ลงนามโดยตัวแทนแล้ว ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาตตุลาการจะมีรูปแบบที่สมบูรณ์ได้ หากคู่สัญญายอมรับบันทึกฉบับที่ได้โต้ตอบกันซึ่งได้ลงนามนั้น หรือตัวแทนได้ลงนามในบันทึกโดยได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญาซึ่งไม่ปรากฏลายมือชื่อของเขา³⁰

²⁹ Robert M. Rodman, *Commercial Arbitration with forms*, (1984), p. 92.

³⁰ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.142.

นอกจากนั้นประเพณีในการซื้อขายผ่านตัวแทน ศาลอุทธรณ์ ปารีสได้พบในคดี *Sté Abilio Rodriguez v. S. Vigelor* (1990) ว่าการออกจดหมายยืนยันที่มีสัญญาอนุญาตตุลาการที่ทำโดยผ่านตัวแทนผูกพันผู้ขาย ถึงแม้ว่าเขาไม่ได้ลงนาม³¹

บางครั้งปัญหาเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการเกี่ยวกับนายหน้าก็เกิดขึ้นตัวแทนทางการพาณิชย์ (Commercial broker) รู้จักกันใน หลายประเทศ หรือใน Germany (F.R.) เรียกว่า *Handelsmakler* เป็นนักธุรกิจอิสระที่ในการดำเนินธุรกิจตามปกติก็คือเจรจาสัญญาสำหรับสองบริษัทโดยปราศจากการได้รับมอบอำนาจจากบุคคลเหล่านั้นด้วยหน้าที่นี้เป็นเวลาชยาวนาน เขาไม่ได้ทำธุรกรรมในนามของเขาเองแต่กระทำในฐานะเป็นตัวแทนของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย หลังจากที่เขาได้ทำให้เกิดสัญญาระหว่างคู่สัญญาแล้ว เขาก็จะส่งบันทึกของนายหน้า (Broker's note) ที่เหมือนกันให้ทั้งสองฝ่าย ซึ่งปกติก็จะมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ด้วย เป็นสิ่งสำคัญสำหรับความสอดคล้องกับมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กว่า บันทึกของนายหน้าที่ได้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ส่งกลับคืนให้นายหน้านั้น เพียงแค่นี้เป็นการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยทั่วไปไม่มีความต้องการว่านายหน้าต้องส่งต่อบันทึกที่ได้ส่งกลับมาให้กับอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ภายใต้กฎหมายทุกฉบับเขาได้รับอำนาจที่จะรับค่าแถมเป็นลายลักษณ์อักษรของสัญญาอยู่แล้ว³²

มีคดีที่ศาลยอมรับให้บันทึกของนายหน้ามีผลใช้ได้สำหรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้แก่ คำตัดสินของ *Landgericht of Hamburg* วันที่ 19 ธันวาคม 1967 ข้อเท็จจริงในคดีคือ ข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ในใบยืนยันของตัวแทน (broker's confirmation) ที่ส่งไปโดยตัวแทนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งได้ลงนามและส่งกลับ โดยอีกฝ่ายหนึ่งให้กับตัวแทน แต่ไม่ได้เป็นการโต้ตอบระหว่างคู่สัญญาโดยตรง ก็เป็นเอกสารโต้ตอบตามมาตรา II(2) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กแล้ว ในคดีนี้นายหน้าไม่ได้ส่งต่อบันทึกยืนยันของแต่ละฝ่ายให้กับอีกฝ่ายหนึ่ง อย่งไรก็ดี ศาลบันทึกว่า ภายใต้กฎหมายเยอรมัน นายหน้ามีอำนาจที่จะบันทึกเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย³³

³¹ Mauro Rubino-Sammato, *International Arbitration Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 203.

³² Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial International Interpretation*, (1981), p. 226.

³³ W. Laurence Craig, William W. Park, and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, second edition (1990), p.76.

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า การที่นายหน้าเป็นผู้เจรจาธุรกิจระหว่างสองบริษัท เกิดเป็นปกติในการทำการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งบันทึกของนายหน้าก็เป็นหลักฐานของการทำธุรกรรมได้ ดังนั้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารของนายหน้าจึงควรเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ แต่กฎหมายค้นแบบก็ไม่ได้เขียนรองรับกรณีนี้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความจึงควรปรับปรุงเพื่อให้รวมถึงกรณีนี้ด้วย

4.3.2 สัญญาเป็นชุด ซึ่งสัญญาดับหนึ่งรวมข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้แต่สัญญาที่เป็นปัญหาไม่มีหลักฐานโดยการลงลายมือชื่อและไม่มีเอกสารโต้ตอบ

มีความเป็นไปได้สำหรับสัญญาทั้งหมดที่ใช้อนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาทางพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องหรือสัญญาที่เป็นชุด³⁴ แต่มักจะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะสัญญาที่มีเป็นปัญหาไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย

ตัวอย่างเช่นในคดี James Allen (Ireland) Ltd. v. Marea Producten B. V. (Netherlands) (1984) ศาลอุทธรณ์กรุงเฮก กล่าวว่า สำหรับวัตถุประสงค์ของการทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การใช้เงื่อนไขมาตรฐานซึ่งใช้ตามปกติก่อนหน้านี้ไม่ได้หมายถึงเป็นการเฉพาะในสัญญาพิพาท ไม่เพียงพอ ข้อเท็จจริงในคดี คือ Marea Producten และ James Allen ได้ทำการค้าข้าวโพดมาเป็นเวลาหลายปี ปกติได้อ้างอิงถึงเงื่อนไข Conditions of the Grain and Feed Trade Association, London (GAFTA) ในการทำธุรกรรมที่ต่อเนื่องกัน อย่างน้อย 25 อัน สำหรับเงื่อนไขมาตรฐานเหล่านี้กำหนดให้ระงับข้อพิพาทในลอนดอนโดยใช้อุญาโตตุลาการภายใต้การสนับสนุนของ GAFTA อย่างไรก็ดี ในธุรกรรมล่าสุด พวกเขาไม่ได้อ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปเหล่านี้ แต่เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าและ James Allen ได้อ้างถึงเงื่อนไขนี้ต่ออนุญาโตตุลาการ

Marea ปฏิเสธอนุญาโตตุลาการบนพื้นฐานว่าไม่มีการอ้างอิงถึงเงื่อนไขของ GAFTA ได้ทำขึ้น อนุญาโตตุลาการตัดสินให้ James Allen ชนะ และเขาต้องการบังคับคำชี้ขาดในประเทศเนเธอร์แลนด์ อย่างไรก็ดี ประธาน District Court of Rotterdam ได้ปฏิเสธที่จะออกคำสั่งให้บังคับตามคำชี้ขาด เพราะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ The Hague Court of Appeal ยืนคำตัดสินของศาลชั้นต้นโดยเหตุผลดังต่อไปนี้ “การยืนยันของผู้อุทธรณ์ว่า การใช้เงื่อนไขของ GAFTA เป็นไปโดยปริยายระหว่างคู่สัญญาเพราะการใช้ข้ออ้างค่อนงั้น ไม่อาจเป็นประโยชน์ เพราะอะไร

³⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Commentary and Materials*, second edition (2002), p. 53.

ก็อาจเป็นจริงได้เกี่ยวกับการใช้อย่างต่อเนื่อง สัญญาอื่นอีก 25 ฉบับที่สัญญานี้เกี่ยวข้องกับด้วยได้ อ้างอิงโดยชัดแจ้งถึงเงื่อนไขมาตรฐานดังกล่าวโดยปราศจากข้อยกเว้น การที่อ้างการใช้อย่างต่อเนื่องอาจจะมากเกินไป ดังนั้น สัญญาเขียนด้วยลายมือลงวันที่ 18 มิถุนายน 1981 ที่ไม่มีการอ้างอิงถึงเงื่อนไขมาตรฐานเหล่านั้นโดยชัดแจ้ง ตามที่ผู้ถูกอุทธรณ์ได้โต้แย้งและผู้อุทธรณ์ได้ปฏิเสธอย่างไม่พอเพียง ก่อนข้างชัดเจนว่าในกรณีนี้ ไม่มีสัญญาอื่นอีก นอกจากนั้น บทบัญญัติเรื่อง “ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร” ที่ถูกอ้างถึงใน มาตรา IV และมาตรา II(1) ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กก็กำจัดความเป็นไปได้ที่จะอ้างการใช้อย่างต่อเนื่อง”³⁵ ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญาจึงไม่บังคับตามคำชี้ขาดให้

ตามปกติคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันยาวนานมักจะทำสัญญาเป็นชุด ซึ่งก็จะมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยเสมอหรือใช้วิธีอ้างถึงเงื่อนไขมาตรฐานในสัญญา ภายใต้สถานการณ์เหล่านี้ อาจถือได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์ในเรื่องรูปแบบถึงแม้ว่าสัญญาฉบับหนึ่งในชุดนั้นทำด้วยวาจา และยังสามารถถือได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีผลใช้ได้ ในกรณีที่สัญญาชุดนั้นมีสัญญาฉบับหนึ่งที่ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่จะให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระงับไปโดยอนุญาโตตุลาการจะกำหนดให้ความสัมพันธ์ทางการค้าของ เขาอยู่ใน umbrella arbitration agreement³⁶ ตัวอย่างเช่น ในคำตัดสินของศาล Paris Cour d'appel ใน คดีระหว่าง Société Sorvia v. Weinstein International Disc. Corp., ที่คู่สัญญาได้ทำสัญญา 28 ฉบับ มีซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย 3 ปีก่อนที่จะทำสัญญาที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งสัญญานั้นไม่ปรากฏข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ศาลพบว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ถึงแม้ว่าจะมีเพียงใบยืนยันการสั่งซื้อของผู้ขาย (โจทก์) ที่มีการอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และใบยืนยันการสั่งซื้อ 2 ใบที่ได้ตอบกันระหว่างคู่สัญญาในเวลานั้นซึ่งมีข้อตกลงเลือกศาลแทนที่จะเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ศาลกล่าวว่า “พอเพียงที่จะอนุมานจากสถานการณ์ที่บริษัทได้ถือได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของการทำธุรกิจตามปกติ และที่ทั้งสองบริษัทได้รวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในสัญญาที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยปริยายแล้วด้วย”

อย่างไรก็ดี การยอมรับนี้เป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส แต่ถ้าพิจารณาตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กและกฎหมายต้นแบบแล้ว กรณีนี้จะไม่มี

³⁵ Mauro Rubino-Sammattano, *International Arbitration Law and Practice*, second revised edition (2002), p. 213.

³⁶ Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, (1993), p.146.

หลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ เพราะไม่เป็นไปตามคำจำกัดความในเรื่องรูปแบบของกฎหมายทั้งสองฉบับ

กรณีตัวอย่างที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นตัวอย่างของการตีความของศาลในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการและเป็นกรณีที่ใช้เป็นปกติในทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ เหตุที่เอกสารเหล่านี้ใช้ในบางคดีไม่ได้ก็ด้วยเหตุที่ไม่เป็นไปตามคำจำกัดความตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ซึ่งเทียบเคียงได้กับกฎหมายต้นแบบด้วย ทั้งนี้หากจะพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาและความสม่ำเสมอในทางปฏิบัติแล้ว เอกสารเหล่านี้ก็สามารถเป็นหลักฐานของการตกลงกันให้สัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ อย่างไรก็ตาม ก็มีหลายคดีที่ศาลพยายามตีความกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศเพื่อให้เอกสารเหล่านั้นใช้เป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ และหลายคดีได้แสดงถึงแนวโน้มของศาลที่ได้ยอมรับให้เอกสารเหล่านี้ให้ใช้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

4.4 การปรับปรุงข้อกำหนดเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

4.4.1 ตัวอย่างของกฎหมายภายในที่ได้ปรับปรุงให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน

4.4.1.1 ประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 เป็นการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษครั้งยิ่งใหญ่และได้รวบรวมความเปลี่ยนแปลงที่ได้กระทำโดยคำตัดสินศาลไว้ด้วย ลักษณะเด่นของพระราชบัญญัตินี้ที่สำคัญที่สุดคือในเรื่องของความเป็นอิสระของคู่สัญญาที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ และตามหลักทั่วไป พระราชบัญญัติได้กำหนดว่า “คู่สัญญาควรเป็นอิสระในการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาท ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายเท่าที่จำเป็นในเรื่องประโยชน์สาธารณะ”

ถึงแม้ว่าตัวแทนของอังกฤษจะได้เข้าร่วมในการร่างกฎหมายต้นแบบแต่อังกฤษก็ไม่ได้รับเอามาเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัตินี้ ลักษณะสำคัญอีกอย่างหนึ่งของกฎหมายนี้คือละทิ้งความแตกต่างในทางประวัติศาสตร์ระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

และระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงได้รวมกฎเกณฑ์ของอนุญาโตตุลาการทั้งสองชนิดไว้ด้วยกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ก็มีการแบ่งแยกสำหรับการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ³⁷

เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติปี 1996 บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า

มาตรา 5 (1) บทบัญญัติของส่วน (Part) นี้ใช้บังคับกับ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และสัญญาอื่นๆระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับสาระสำคัญใดๆมีผลสำหรับวัตถุประสงค์ของส่วน (Part) นี้ก็ต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

คำว่า “ข้อตกลง” (agreement) “ตกลง” (agree) “ได้ตกลง” (agreed) ได้รับการตีความได้เช่นเดียวกัน

- (2) สิ่งเหล่านี้คือข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร
 - (a) หากข้อตกลงทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (ไม่ว่าจะลงนามโดยคู่สัญญาหรือไม่)
 - (b) หากข้อตกลงทำโดยการโต้ตอบเป็นลายลักษณ์อักษร หรือ
 - (c) หากข้อตกลงนั้นมี หลักฐานเป็นหนังสือ
- (3) เมื่อคู่สัญญาตกลงกัน โดยวิธีอื่นนอกจากเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการอ้างอิงถึงข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษร ถือว่า ได้มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว
- (4) ข้อตกลงมีหลักฐานเป็นหนังสือ ถ้าข้อตกลงที่ทำขึ้น โดยวิธีอื่นนั้น ถูกบันทึกเอาไว้โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก โดยได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญาทุกฝ่าย
- (5) การโต้ตอบการยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษรในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล ซึ่งการมีอยู่ของสัญญาที่ทำโดยวิธีอื่นนอกจากลายลักษณ์อักษรนั้นถูกกล่าวอ้าง โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย และไม่ถูกปฏิเสธ โดยอีกฝ่ายในหนังสือตอบ ถือว่า มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่สัญญานั้นแล้ว
- (6) การอ้างอิงในส่วนนี้ ถึงสิ่งใดที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึง สิ่งที่ถูกบันทึกไม่ว่าโดยวิธีใด”

ตามมาตราดังกล่าว ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและบทบัญญัติเดียวกันนี้ให้ใช้กับข้อตกลงอื่นระหว่างคู่สัญญาด้วย ตามมาตรา 8 1(1)(b) ของกฎหมายดังกล่าว “ข้อตกลงอื่น” หมายถึงข้อตกลงต่างๆ ที่จะตามมาในการอนุญาโตตุลาการ การ

³⁷ Okezie Chukwumerije, *Special Section: English Arbitration Act 1996: Reform and Consolidation of English Arbitration Law*, (1997), pp.1-2.

ระงับข้อพิพาท และเรื่องที่คุณสัญญาไม่ได้ถูกห้ามโดยพระราชบัญญัตินี้จากการทำข้อตกลง ใดๆก็ดี ข้อตกลงไม่จำเป็นต้องลงนามโดยคู่สัญญา (มาตรา 5(2)(a)) และข้อตกลงอาจพบได้ในเอกสารโต้ตอบซึ่งไม่ได้ลงนาม(มาตรา 5(2)(b))³⁸

นอกจากนั้น สิ่งที่ทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา นี้ อาจทำได้โดย

1) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ “มีหลักฐานเป็นหนังสือ” (มาตรา 5(2)(c)) หรืออาจเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ถูกบันทึกโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกที่ได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญาทุกฝ่าย (มาตรา 5(4)) อาจเป็นกรณีที่มีการบันทึกข้อตกลงด้วยวาจา โดยบุคคลภายนอก ซึ่งมีอำนาจ ก็เพียงพอเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ต้องได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญาทุกฝ่ายด้วย ดังนั้น บันทึกข้อโต้แย้งโดยทนายความที่กระทำสำหรับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก็ไม่เพียงพอ³⁹ หรือ

2) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำผ่านสื่อ (medium) อย่างอื่นที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้อ้างอิงข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว หรือ

3) การโต้ตอบการยอมรับ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล ซึ่งความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสื่อบางอย่างที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรได้กล่าวอ้างโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายไม่ได้ปฏิเสธ

นอกจากนั้น คำว่า “เป็นลายลักษณ์อักษร” ยังรวมถึง สิ่งที่ถูกบันทึกไม่ว่าโดยวิธีใด (มาตรา 5(6)) เช่น การบันทึกเสียงโดยไม่มีเอกสารใดยุ่เลย⁴⁰

ในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ไม่จำเป็นต้องทำในรูปแบบใดเป็นการเฉพาะหรือข้อกำหนดทั้งหมดต้องอยู่ในเอกสารฉบับเดียว ปัญหาที่ยากก็คือการพิจารณาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรได้ทำขึ้นหรือไม่ อาจเกิดเมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ในเอกสารอื่น หากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร แม้แต่รวมอยู่ในเอกสารอื่น ก็จะไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ และลายมือชื่อของคู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถูกกำหนดสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้มีผลสมบูรณ์ภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก

³⁸ David St.John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21 st Edition (1997), p. 43.

³⁹ David Fraser, *Arbitration of International Commercial Disputes under English Law*, (1997), p. 4.

⁴⁰ Enid A. Marshall, *Gill: The Law of Arbitration*, fourth edition (2001), p. 16.

มาตรา II(2) และกฎหมายต้นแบบมาตรา 7(2) แต่ลายมือชื่อไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้

การอ้างอิงถึงเอกสารอื่น กรณีที่สัญญาสองฉบับหรือมากกว่านั้นเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับสัญญาอื่น ปกติที่จะพบสัญญาหนึ่งนำข้อตกลงที่อยู่ในอีกสัญญาหนึ่งมารวมไว้ ตัวอย่างเช่น อุตสาหกรรมก่อสร้าง สัญญาย่อย (sub-contract) มักจะนำเงื่อนไขจากสัญญาหลักระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับเหมาหลัก หรือในการประกันภัย การประกันภัยต่อ มักจะรวมเงื่อนไขจากการประกันภัยดั้งเดิมและในการขนส่ง ใบตราส่งที่ออกโดยผู้ขนส่งมักจะรวมเงื่อนไขจากสัญญาเช่าเรือระหว่างเจ้าของเรือและผู้เช่าเรือ เงื่อนไขอันหนึ่งที่รวมอยู่มักจะเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁴¹ ข้อกำหนดในสัญญาอาจต้องทำให้ชัดเจนโดยการอ้างอิงถึงเอกสารมากกว่าหนึ่งฉบับ การทำให้ชัดเจนว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารสัญญาและลำดับในการอ่านเอกสารก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในธุรกรรมทางพาณิชย์ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการขนส่งและการก่อสร้าง

เอกสารสัญญาที่กำหนดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติอาจพบโดยรวมอยู่ในเอกสารฉบับอื่นที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย ถ้ามีข้อพิพาทเกี่ยวกับการพาณิชย์ตามหน้าที่ ข้อพิพาทนั้นอาจจำเป็นต้องตัดสินตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในเอกสารอื่นนั้น เกิดขึ้นเป็นปกติเมื่อสัญญาหลักอ้างอิงแบบฟอร์มมาตรฐานของสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ อย่างไรก็ตาม ข้อความของแบบฟอร์มมาตรฐานอาจไม่เหมาะสมสำหรับสัญญาที่คู่สัญญาต้องการที่จะรวมไว้ด้วย อาจเป็นไปได้ที่จะโต้เถียงว่า การรวมที่ได้ทำขึ้นไม่มีผลทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่ง และปัญหาสำคัญก็คือการอ้างในสัญญาถึงแบบฟอร์มที่เป็นลายลักษณ์อักษรของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรืออ้างอิงถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ จะสมบูรณถ้าการอ้างอิงนั้นทำเพื่อที่จะให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (มาตรา 6(2))⁴² โดยปกติแล้วคู่สัญญาที่แสดงเจตนาที่จะรวมข้อตกลงโดยการอ้างอิงโดยทั่วไปถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยก็เพียงพอแล้ว แต่สำหรับในบางกรณีต้องอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารนั้นอย่างชัดเจน⁴³ เช่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือซึ่งใบตราส่งได้อ้างถึงข้อตกลงเหล่านั้น กรณีนี้เกิดขึ้นมีหลายคดีที่ศาลไม่ยอมรับกรณีที่ใบตราส่งได้รวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือด้วย หากไม่ได้อ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการ

⁴¹ Ibid., p.19.

⁴² David St.John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21 st Edition (1997), p.45

⁴³ Enid A. Marshall, Gill: *The Law of Arbitration*, fourth edition (2001), p. 21.

เฉพาะ เช่น ในคดี *TW Thomas & Co.Ltd v. Portsea Steamship Co.Ltd* (1912) ข้อตกลงในสัญญาเช่าเรือเขียนว่า “ข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องใดๆที่เกิดขึ้นจากเงื่อนไขใดๆของการเช่าเรือนี้” และในใบตราส่งมีสองข้อตกลงที่รวมอยู่ด้วยคือ

“(a) บุคคลที่จ่ายค่าระวางสำหรับสินค้าเหล่านั้นด้วยเงื่อนไขอื่นตามสัญญาเช่าเรือ” และ

“(b) การบรรทุกของบนคาค้ำเรือเป็นความเสี่ยงของผู้ขนส่งเองและเงื่อนไข ข้อกำหนด และข้อยกเว้นอื่นๆทั้งหมดของการเช่าเรือตามที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือ รวมถึงข้อตกลงเรื่องความประมาทเลินเล่อด้วย”

The House of Lords ตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้เข้าไปรวมอยู่ในใบตราส่งด้วย กล่าวคือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมุ่งไปที่ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาเช่าเรือโดยตรง

ต่อมามีหลายคดีที่ใช้คำตัดสินนี้เป็นแนวทาง เช่นคดี *Federal Bulk Inc v. Itol & Co.Ltd* (1989) ใบตราส่งรวมข้อความจาก “ข้อกำหนด เงื่อนไข และข้อยกเว้นตามสัญญาเช่าเรือ ถือได้ว่าได้รวมอยู่เหมือนกับที่เขียนอยู่ในใบตราส่งนี้” ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า ข้อความโดยทั่วไปแบบนี้ไม่พอเพียงที่จะรวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย

อย่างไรก็ดี มีหลายคดีศาลก็ยอมรับ หากว่าในใบตราส่งได้มีการกล่าวถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ เช่นในคดี *The Merak* (1965) คำตัดสินของศาลอุทธรณ์คือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ ใช้กับ “ข้อพิพาทใดๆที่เกิดจากการเช่าเรือและใบตราส่งที่ออกภายใต้สัญญาเช่าเรือด้วย” และมีการรวมข้อตกลงอย่างกว้างๆในใบตราส่งด้วยว่า “ทุกข้อกำหนด เงื่อนไข ข้อตกลงและข้อยกเว้น ซึ่งรวมถึง (ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ) ที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือดังกล่าวให้กับใบตราส่งฉบับนี้ และถือได้ว่ารวมอยู่ในนี้แล้ว ดังนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ถือได้ว่าได้รวมอยู่ในใบตราส่งด้วยแล้ว และในคดี “*The Nerano*” (1996) ใบตราส่งถือว่ารวมข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย ในกรณีที่มีข้อความคือ “ทุกข้อกำหนด เงื่อนไข liberties ข้อยกเว้นและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ”⁴⁴

สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจา หรือรู้จักโดยทั่วไปว่า การยอมรับด้วยวาจา “Parol Submission” มีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี⁴⁵ และเคยอยู่นอก

⁴⁴ Enid A. Marshall, *Gill: The Law of Arbitration*, fourth edition (2001) p. 23

⁴⁵ David Fraser, *Arbitration of International Commercial Disputes under English Law*, (1997) p. 4.

ขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการฉบับก่อนๆ เพราะคำจำกัดความของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายเหล่านั้น สำหรับพระราชบัญญัติปี 1996 กำหนดคำจำกัดความของ “ลายลักษณ์อักษร” ที่กว้างกว่า และกฎหมายนี้ทำให้ยากที่จะดำเนินการต่อข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ถูกละทิ้งด้วยวาจา โดยปราศจากการได้รับการตีความว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร ข้อตกลงด้วยวาจาว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการไม่ใช่เรื่องที่เกิดตามปกติในสังคมพาณิชย์สมัยใหม่ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาทั้งหมดซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการที่ทำด้วยวาจานั้น ความมีอยู่และความสมบูรณ์ของสัญญาย่อมเป็นที่น่าสงสัย⁴⁶

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เหมือนกับกฎหมายต้นแบบ แต่อย่างไรก็ดี เพราะกฎหมายอังกฤษไม่ได้นำกฎหมายต้นแบบเป็นแบบอย่างจึงทำให้แตกต่างกันสำหรับคำจำกัดความของสิ่งที่เป็ลายลักษณ์อักษร โดยกฎหมายอังกฤษได้เปิดกว้างกว่าของกฎหมายต้นแบบมาก ที่เห็นได้ชัดก็คือ ลายมือชื่อของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญในการทำสัญญา และรวมถึงการตกลงด้วยวิธีอื่นนอกจากเป็นลายลักษณ์อักษร และได้อ้างถึงข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย นอกจากนี้ กฎหมายอังกฤษได้เปิดกว้างให้กับสิ่งที่ถูกบันทึกไม่ว่าโดยวิธีใดให้เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ด้วย

4.4.1.2 ประเทศเยอรมนี

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีบัญญัติขึ้น โดยอาศัยแบบอย่างจากกฎหมายต้นแบบ อยู่ใน บรรพ 10 (Book Ten) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและมีผลใช้บังคับวันที่ 1 มกราคม 1998 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีใช้กับทั้งอนุญาโตตุลาการทั้งระหว่างประเทศและภายใน หากสถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการอยู่ในเยอรมนี และไม่มี ความแตกต่างระหว่างข้อพิพาททางพาณิชย์กับข้อพิพาทชนิดอื่น ตรงข้ามกับ มาตรา 1 ของกฎหมายต้นแบบ มาตรา 1025 ของกฎหมายเยอรมันฉบับใหม่ได้ละเว้น การอนุญาโตตุลาการ “ระหว่างประเทศ” และ “พาณิชย์”

สำหรับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเก่ากำหนดว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญาที่เป็นพ่อค้า (merchants) ภายใน

⁴⁶ David St. John Sutton, John Kendall, and Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 21 st Edition (1997), p.51-52.

ความหมายของประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หากว่าปกติ ประเพณีทำข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่ไม่ต้องมีรูปแบบ กฎหมายใหม่ได้ปฏิเสธกฎเกณฑ์นี้และ เสนอเกณฑ์ใหม่ โดยรับมาตรฐานที่กว้างของกฎหมายต้นแบบมาใช้ ในเรื่อง “เป็นลายลักษณ์ อักษร” สำหรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการ และได้ยอมรับวิธีการสื่อสารที่ทันสมัยและผลในทาง ปฏิบัติของการพาณิชย์ที่เป็นมาตรฐานในการทำสัญญาให้สมบูรณ์ด้วย กฎเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมาย นี้คือ ข้อตกลงอนุญาตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 1031 ซึ่งบัญญัติว่า

(1) สัญญาอนุญาตตุลาการอาจอยู่ในเอกสารที่ลงนามโดยคู่สัญญา หรือเอกสารโต้ตอบโดยจดหมาย โทรพิมพ์ โทรสารหรือวิธีอื่นใดในการสื่อสารซึ่งมีการบันทึก สัญญานั้นไว้

(2) รูปแบบตาม (1) ถือว่าสอดคล้องหากสัญญาอนุญาตตุลาการ ปรากฏในเอกสารที่ส่งจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย หรือโดยบุคคลภายนอกส่งไปยัง คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และไม่มีคำคัดค้านในเวลาอันควร สาระในเอกสารนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของ สัญญาตามปกติประเพณี

(3) การอ้างอิงในสัญญาซึ่งสอดคล้องกับ (1) หรือ (2) ที่อ้างถึง ข้อตกลงเรื่องอนุญาตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

(4) สัญญาอนุญาตตุลาการอยู่ในใบตราส่ง หากปรากฏการอ้างอิง โดยชัดแจ้งถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ

(5) สัญญาอนุญาตตุลาการที่คู่สัญญาเป็นผู้บริโภคจะอยู่ในเอกสาร ที่ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรตาม (1) อาจแทนที่โดยรูปแบบ อิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 126 ของ ประมวลกฎหมายแพ่ง นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวมา ข้อตกลง จะปรากฏในเอกสารนี้หรือเอกสารที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ ในเรื่องกระบวนการ อนุญาตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่เอกสารนั้นทำโดยโนตารีพับลิก

(6) กรณีใดๆที่ไม่สอดคล้องกับรูปแบบดังกล่าวถูกเยียวยาได้โดยเข้า สู่อำนาจในกระบวนการอนุญาตตุลาการ

จะเห็นได้ว่าสิ่งที่กำหนดในมาตรานี้ ที่เหมือนกับกฎหมายต้นแบบก็คือ กำหนดให้สัญญาอนุญาตตุลาการจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร จะเป็นลายลักษณ์อักษรก็ต่อเมื่อ ข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ในเอกสารที่ลงนามโดยคู่สัญญาหรือเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข หรือวิธีการสื่อสารอื่นซึ่งมีบันทึกของข้อตกลง (มาตรา 1031(1)) สำหรับการรวม คำว่า “วิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมอื่น” กล่าวได้ว่า กฎหมายได้เปิดช่องไว้สำหรับวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์ในอนาคตและวิธีการสื่อสารอื่นๆด้วยที่สามารถสร้างบันทึกได้

และนอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ได้ขยายคำจำกัดความมากกว่าที่มีอยู่ในกฎหมายต้นแบบ ซึ่งพิจารณาจากทางปฏิบัติที่เกิดเป็นปัญหาอยู่เสมอ โดยยอมรับว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถือว่ามีอยู่เมื่ออยู่ในเอกสารที่ได้ส่งไปและไม่ถูกคัดค้านจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้กับอีกฝ่าย หรือโดยบุคคลภายนอกให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งกำหนดว่าตามปกติประเพณีทางการค้า สารของเอกสารนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา⁴⁷ (มาตรา 1031(2)) แม้แต่รูปแบบของ half written form ก็เพียงพอ ที่จะเป็นไปตามอนุมาตรานี้ และคำเสนอสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็อาจตอบรับในรูปแบบใดก็ได้ เช่นวาจาหรือโดยปริยาย

มาตรา 1031(3) อนุญาตโดยชัดแจ้งให้คู่สัญญาสามารถใช้การอ้างถึงเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย ซึ่งได้กำหนดว่า การอ้างถึงนั้นทำให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา กฎเกณฑ์นี้มีความสำคัญเมื่อเป็นข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของธุรกิจ โดยการอ้างถึงข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็เพียงพอแล้ว แม้แต่การอ้างถึงการสื่อสารหรือเอกสารก่อนหน้านั้น ก็เป็นไปตามมาตรา 1031(3) ในเรื่องบทบัญญัติเรื่องรูปแบบแล้ว หากการอ้างอิงนั้น ได้กลายเป็นสาระของสัญญา

เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติกรณีใบตราส่ง มาตรา 1031(4) หากว่าในใบตราส่งมีการอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาเช่าเรือ ก็ทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทตามใบตราส่งนั้นด้วย แต่อย่างไรก็ดี การอ้างอิงนั้นจะต้องเป็นการอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะไม่ใช่เพียงแค่เป็นการอ้างอิงโดยทั่วไปถึงเงื่อนไขทั่วไป (general conditions) ในสัญญาเช่าเรือเท่านั้น⁴⁸

บทบัญญัติเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะผ่อนคลายลงในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งเป็นพ่อค้าซึ่งมีความรับผิดชอบที่สูงกว่าสำหรับกิจกรรมทางพาณิชย์ และจะต้องเข้มงวดมากขึ้น ในกรณีที่เป็นข้อตกลงที่ทำกับผู้บริโภคที่ต้องการการคุ้มครองที่สูงกว่าผู้ร่างกฎหมายได้แก้ปัญหานี้โดยการรวมบทบัญญัติพิเศษในมาตรา 1031(5) กฎหมายกำหนดว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ผู้บริโภคเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ยกเว้นสัญญาที่กระทำต่อ Notary Public ต้องทำในรูปแบบของเอกสารแยกต่างหากจากสัญญาหลัก และต้องลงนามโดยคู่สัญญาด้วย⁴⁹ วัตถุประสงค์

⁴⁷ H.Smit and V.Pechota, *Smith's guides to International Arbitration National Arbitration Laws Volume 1*, p. Ger C-1,2.

⁴⁸ Klaus Peter Berger, *Germany Adopts the UNCITRAL Model Law*, (1998), p. 4.

⁴⁹ H.Smit and V.Pechota, *Smith's guides to International Arbitration National Arbitration Laws Volume 1*, p.Ger C-1.

ของอนุमतรานี้ ก็เพื่อที่จะให้คู่สัญญาในข้อตกลงรับรู้ถึงผลลัพธ์ที่กว้างๆ ของการสละสิทธิการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายที่กำหนดไว้โดยศาลที่จะมีแก่คู่สัญญา

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดวิธีเยียวยากรณีที่ไม่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการมีรูปแบบที่ไม่สมบูรณ์ ในมาตรา 1031(6) โดยการเข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากการยกประเด็นความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงหรืออำนาจของอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่าคู่สัญญาไม่ได้รับรู้ว่าการเข้าร่วมนั้นเป็นการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการก็ตาม หลักการนี้คล้ายกับในตอนท้ายของมาตรา 7(2) กฎหมายต้นแบบ แต่ในกฎหมายเยอรมันได้ยอมรับให้ใช้ได้เป็นรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการอีกรูปแบบหนึ่งโดยไม่ได้กำหนดให้ถือว่าเป็นข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่งเหมือนกับกฎหมายต้นแบบ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นตัวอย่างกฎหมายที่ดี ได้ใช้กฎหมายต้นแบบเป็นแบบอย่างส่วนหนึ่ง และนอกจากนั้นได้คำนึงถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติและแก้ไขโดยบัญญัติรองรับชัดเจนเช่น ในกรณีของใบตราส่ง เป็นต้น ก็น่าจะเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่สามารถรองรับทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.4.1.3 ประเทศโครเอเชีย

เดิมการอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายโครเอเชียถูกกำหนดโดยบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (CCP) ที่ใช้บังคับในปี 1976 ในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็เหมือนกับบทบัญญัติในอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก เกือบทั้งหมด แต่ก็ได้เพิ่มการสื่อสารทางโทรพิมพ์ด้วย ตามที่บัญญัติในมาตรา I (2)(a) ของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา แต่อย่างไรก็ดี อิทธิพลของกฎหมายต้นแบบ ก็ส่งผลในการแก้ไขบทบัญญัติของ CCP ในปี 1990 ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะกับรูปแบบและความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ บทบัญญัติของ CCP กำหนดเพียงกรอบทางกฎหมายที่จำเป็นเท่านั้นแต่ไม่ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการที่ได้กระทำต่อคณะอนุญาโตตุลาการ กฎหมายดังกล่าวได้แก้ไขมาตรา 470 ให้รวม “วิธีการสื่อสารอื่น” และการโต้ตอบเอกสารการเรียกร้องและการคัดค้าน” ไว้ด้วย⁵⁰ ต่อมาโครเอเชีย ก็ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ ปี 2001 ในเรื่องรูปแบบของสัญญา

⁵⁰ Sandra OBULJEN, *COMPARATIVE THEME: New Trends in International Arbitration and Croatian Arbitration Law: Croatian and Portuguese Arbitration Law Compare*, (1996), p.2.

อนุญาโตตุลาการ ได้มีสาระสำคัญคล้ายกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมัน โดยบัญญัติในมาตรา 6 ว่า

(1) สัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ยอมอยู่ภายใต้อำนาจของอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดอนาคต ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายของเรื่องทางสัญญาและไม่ใช่สัญญาที่ได้กำหนดไว้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำในรูปแบบข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลัก หรือ เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรหากว่าปรากฏในเอกสารที่ลงนามโดยคู่สัญญาหรือการโต้ตอบโดยจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ หรือวิธีอื่นใดในการติดต่อสื่อสารทางโทรคมนาคมซึ่งมีการบันทึกของสัญญา ไม่ว่าจะลงนามโดยคู่สัญญาหรือไม่

(3) สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้า

a) สิ่งนั้นมีคำเสนอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือถ้าบุคคลภายนอกส่งถึงคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งไม่มีคำคัดค้านในเวลาอันควร อันถือได้ว่าเป็นการตอบรับคำเสนอตามปกติประเพณี

b) หลังจากมีสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวาจาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรถึงอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนหน้านี้ และอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านในเวลาอันควร อันถือได้ว่าเป็นการตอบรับคำเสนอตามปกติประเพณี

(4) การอ้างอิงในสัญญาถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการ (ข้อกำหนดทั่วไปของสัญญา, ข้อความของสัญญาอื่นหรือสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน) เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเอกสารที่อ้างอิงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

(5) สัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงใบตราส่ง หากใบตราส่งนั้นมีการอ้างอิงโดยชัดเจนถึงข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ

(6) ไม่คำนึงถึง มาตรา 1-5 แห่งกฎหมายนี้ หากข้อพิพาทเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากสัญญาผู้บริโภค สัญญาอนุญาโตตุลาการจะปรากฏในเอกสารที่แยกต่างหากซึ่งลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในเอกสารนั้น ไม่มีข้อตกลงอื่นนอกเหนือจากข้อตกลงที่อ้างถึง กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่เอกสารนั้นเขียนโดย Notary Public

(7) กฎหมายที่ใช้บังคับกับการมีผลของอนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หากคู่สัญญาไม่ได้เลือก กฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระของข้อโต้แย้งหรือกฎหมายของประเทศโครเอเชีย

(8) สัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าสมบูรณ์ หากฝ่ายหนึ่งยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ และอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้าน อำนาจของอนุญาโตตุลาการในเอกสารล่าสุดที่อีกฝ่ายได้ตั้งประเด็นเกี่ยวกับข้อโต้แย้งนั้น

บางส่วนของมาตรา 6 ก็นำมาจากมาตรา 7(2) กฎหมายต้นแบบ ได้แก่ตามที่ปรากฏใน (2) สำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการ “การโต้ตอบ” และให้ตัวอย่างของการสื่อสารทางโทรคมนาคม ซึ่งในเวลานี้ขยายไปถึงข้อความทางโทรพิมพ์ โทรสารหรือวิธีการสื่อสารทางโทรคมนาคมอื่นที่มีบันทึกของการตกลง แต่สถานิติบัญญัติไม่ได้ยอมรับความคิดที่จะกำหนดชัดเจนสำหรับวิธีสื่อสาร เพราะอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป ในการเปรียบเทียบกับกรณีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ในเอกสารที่ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การโต้ตอบทางเอกสารตามมาตรา 6(2) เป็นชนิดของรูปแบบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เหมาะสมกว่า เพราะเกี่ยวข้องกับข้อกำหนดที่สำคัญ 3 ประการ ตัวอย่างเช่น (1) ไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นเอกสารฉบับเดียว แต่การโต้ตอบจดหมายที่ต่อเนื่องกันก็เพียงพอแล้ว (2) ไม่ได้กำหนดว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายต้องลงนามในจดหมายที่ได้โต้ตอบกันนั้น (3) กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงว่าต้องอยู่ในลักษณะที่จับต้องได้ (materiality) เพราะมีทางเลือกที่จะทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนที่แท้จริงด้วยวิธีการโทรคมนาคมทั้งหมด ด้วยการสรุปว่าสิ่งเหล่านี้คือวิธีการที่ “ทำให้เกิดหลักฐานของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้” หลักฐานนี้ต้องทำให้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือสนับสนุนโดยเอกสาร กล่าวคือ ควรมีเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ บทบัญญัติของกฎหมายที่ระบุถึงความจำเป็นที่ต้องมี “หลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร” ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นข้อกำหนดพื้นฐานของกฎหมาย

แต่ส่วนที่มีความแตกต่างอย่างมากกับกฎหมายต้นแบบ ได้แก่เรื่องลายมือชื่อ เพราะกฎหมายโครเอเชียถือโดยตลอดว่าลายมือชื่อเป็นเรื่องของความสมบูรณ์ของสัญญา และในทางปฏิบัติมีหลายคดีที่สัญญาซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้ถูกลงนาม คณะอนุญาโตตุลาการก็จะกล่าวว่าเขาไม่มีอำนาจที่จะตัดสินคดีเพราะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์⁵¹ กฎหมายโครเอเชียจึงได้เพิ่มเติมว่า “ไม่ว่าจะได้ลงนามโดยคู่สัญญาหรือไม่” ไว้ในส่วนท้ายของอนุมาตราด้วย

นอกจากที่มาตรานี้ไม่ได้กำหนดว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องถูกลงนาม และยังไม่ได้กำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องพิสูจน์ด้วยต้นฉบับ พิจารณาได้ว่าอนุญา

⁵¹ Alan Uzelac, *ISSUES OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far We Should Go?*, (2001), p. 17.

สำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น การทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่นจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ก็อาจยอมรับได้และมีผลทางกฎหมายเช่นกัน⁵² และวิธีการส่งข้อมูลที่ว่าอาจถูกพัฒนาในอนาคต เช่น การส่งผ่านดาวเทียม satellite transmission, เอกสารทางดิจิทัล digital form statements ดังนั้น คำว่า “เป็นลายลักษณ์อักษร” ที่ใช้ในมาตรานี้ก็หมายรวมถึงทั้งจดหมายในความหมายที่เป็นสิ่งที่จับต้องได้ เช่น จดหมาย โทรพิมพ์ โทรสาร โทรเลข และหมายถึง รูปแบบที่จับต้องไม่ได้ด้วย เช่น อีเมล เป็นสิ่งสำคัญที่จะมีรูปแบบของหลักฐานที่จับต้องได้ซึ่งยืนยันข้อตกลงของกลุ่มสัญญาเพื่อที่จะให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึง กรณีที่ให้ถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในมาตรา 6(3) ซึ่งจะอาศัยทางปฏิบัติในการทำธุรกรรม มี 2 กรณี คือ 1) การอ้างถึงคำเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และ 2) การอ้างถึงคำยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำด้วยวาจา วิธีการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทั้งสองวิธีนี้เป็นลักษณะใหม่ของกฎหมายโครเอเชีย วิธีการที่อยู่ในมาตรา 6(3) 1) เป็นวิธีการใหม่อย่างแรกสำหรับการผ่อนคลายความเคร่งครัดของรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้เสนอมาในการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของโครเอเชียฉบับนี้ โดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถือว่าได้ทำในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร “หากว่าอยู่ในคำเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษรของกลุ่มสัญญา หรือหากบุคคลภายนอกได้ส่งคำเสนอของกลุ่มสัญญาให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และคำเสนอนั้น ไม่มีการคัดค้านในเวลาอันสมควร หรือไม่ได้คัดค้าน ตามทางปฏิบัติในการทำธุรกรรมอาจพิจารณาได้ว่ามีการตอบรับคำเสนอเช่นนั้นแล้ว”

วิธีการนี้เกี่ยวข้องกับกรณีที่เกี่ยวข้องกับคำเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ วิธีการนี้กล่าวถึงคำเสนอเป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยคำเสนอนี้อาจถูกตอบรับหรือปฏิเสธ ผู้ร่างกฎหมายเชื่อมโยงคำเสนอสำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเท่านั้น และไม่ได้พิจารณาถึงการกระทำของผู้รับคำเสนอนอกจากนั้น ถ้าคำเสนอสำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ในกระดาษ ก็ไม่จำเป็นที่ต้องมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีการลงลายมือชื่อ มีทางเลือกที่จะส่งคำเสนอโดยผ่านทางโทรเลข โทรพิมพ์ โทรสาร เป็นต้น โดยหลักการของมาตรานี้แล้ว วิธีการนี้จะเกี่ยวข้องกับคำเสนอที่ส่งจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ไปถึงอีกฝ่าย ตัวอย่างเช่น คำเสนอที่คู่สัญญาส่งให้กันโดยตรง อย่างไรก็ตาม ใ

⁵² Sandra OBULJEN, *ARBITRATION AND NEW TECHNOLOGIES: Arbitration and the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, (2001), p. 7.

เป็นไปได้ที่จะมีบุคคลภายนอกมาเกี่ยวข้อง ในฐานะเป็นรูปแบบของการเป็นคนกลาง ในกรณีที่บุคคลภายนอกได้ส่งต่อไปยังคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากคำเสนอไม่ได้ถูกปฏิเสธภายในเวลา ผลผูกพันทางกฎหมาย (การตอบรับ) ก็จะถือเป็นการนิ่งตามทางปฏิบัติของธุรกรรมนั้น และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ถือว่าได้ทำขึ้นแล้ว

ดังนั้น ก็ถือว่าเป็นไปตามข้อกำหนดสำหรับการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว หากเป็นของคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียว ทางฝ่ายของผู้ทำคำเสนอภายใต้ข้อสันนิษฐานที่ว่า การนิ่งโดยฝ่ายที่รับคำเสนออาจถือได้ว่าเป็นการตอบรับคำเสนอตามทางปฏิบัติในธุรกรรมนั้น การเน้นที่บทบัญญัติดังกล่าว คือ การปรับใช้ “ทางปฏิบัติที่ใช้กับธุรกรรม” ทางปฏิบัตินี้อาจเป็นของชาติหรือของท้องถิ่น เพื่อที่จะเป็นไปตามหลักการนี้ อาจสันนิษฐานได้ว่าทางปฏิบัตินี้ได้ใช้กันมานานแล้ว และเกี่ยวข้องกับทางปฏิบัติในธุรกรรมที่คู่สัญญาในกิจการนั้นคุ้นเคยดีอยู่แล้วและใช้กันเป็นปกติ⁵³

นอกจากนั้น มาตรา 6(3) 2) ได้กล่าวถึงวิธีการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรก็อาจเกิดขึ้นได้ หากหลังจากที่ได้ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาแล้ว คู่สัญญาได้ส่งคำยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำด้วยวาจาก่อนหน้านี้ และอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้คัดค้านภายในเวลา และการไม่ได้คัดค้านนั้น ตามทางปฏิบัติในธุรกรรมนั้น อาจถือได้ว่าก่อให้เกิดการตอบรับคำเสนอแล้ว ตามมาตรานี้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้รับอนุญาตให้ร่างโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว นอกจากนั้น ไม่ว่าข้อตกลงนั้นจะได้ทำตามทางปฏิบัติในธุรกรรมนั้นหรือไม่ก็ตาม คำเรียกร้องเป็นลายลักษณ์อักษรของฝ่ายหนึ่งสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญาได้มีการยินยอมกันก่อนล่วงหน้าด้วยวาจาแล้วเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงต้องรวมถึงสาระที่จำเป็นของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ก็คือ ความยินยอมให้ข้อพิพาทจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แน่นอนอยู่ภายใต้อนุญาโตตุลาการ (มาตรา 6(1)) ความยินยอมของคู่สัญญาในส่วนนี้ต้องทำให้ชัดเจนและไม่คลุมเครือ หากได้มีความยินยอมด้วยวาจา ก็จำเป็นที่จะต้องมีการยืนยันหรือการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถส่งต่อการบอกกล่าวนั้น ความสมบูรณ์ในส่วนที่เกี่ยวกับรูปแบบอาจเกิดจากการบอกกล่าวนั้นแต่เพียงอย่างเดียวซึ่งเกิดจากการยินยอมซึ่งได้ทำไว้ก่อนหน้านี้นั้นในส่วนที่เกี่ยวกับสาระของการบอกกล่าวนั้น ในการบอกกล่าว ไม่จำเป็นที่ต้องมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ลงนาม หากผู้รับคำเสนอได้ยืนยันการบอก

⁵³ Hrvoje Sikiric, *CROATIAN ARBITRATION LAW : The Arbitration Agreement under the Croatian Law on Arbitration*, (2002), pp. 9-10.

กล่าววนั้น ก็ถือได้ว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ทำขึ้น หากว่าคู่สัญญาฝ่ายที่รับ ได้คัดค้านสาระสำคัญของกรบอกกล่าว ข้อตกลงอนุญาตตุลาการตามความหมายของมาตรา 6 ก็จะไม่ได้อยู่อย่างไรก็ดี หากผู้รับคำบอกกล่าว ไม่ได้คัดค้านสาระของคำบอกกล่าวที่ได้รับ และเพราะตามทางปฏิบัติในธุรกรรม การไม่ได้คัดค้านถือได้ว่าเป็นการตอบรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการก็ถือว่าได้ทำขึ้นในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีสาระตามที่ได้ระบุในคำบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น⁵⁴

สิ่งที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 6(3) เป็นการเพิ่มเติมที่สำคัญมากสำหรับรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งเริ่มต้นด้วยข้อความว่า “สัญญาอนุญาตตุลาการถือว่าเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้า...” เป็นการปล่อยให้เกิดการถกเถียงกันว่าสาระสำคัญในมาตรานี้เป็นการถือเอาหรือเป็นการสมมุติ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่เรื่องสำคัญมากนัก เพราะสองสถานการณ์ที่กำหนดในอนุมาตรานี้เป็นตัวอย่างสำหรับข้อตกลงอนุญาตตุลาการ โดยให้ถือเสมือนว่าเป็นสิ่งที่เป็ลายลักษณ์อักษร “ดั้งเดิม” เจตนาของผู้ร่างก็คือต้องการให้รวมการตอบรับโดยปริยายและการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรของข้อตกลงอนุญาตตุลาการด้วยว่า เป็นสัญญาอนุญาตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ด้วย

และกฎหมายอนุญาตตุลาการของโครเอเชียยังได้กำหนดด้วยว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการอาจทำได้โดยการอ้างอิงถึงสิ่งที่ยกตัวอย่างใน(4) ได้แก่ ข้อกำหนดทั่วไปของสัญญา, ข้อความของสัญญาอื่นหรือสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน เป็นต้น ที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการอยู่ก็ให้ถือว่าข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่อยู่ในเอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักด้วย ถึงแม้ว่าไม่ได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายแต่สัญญาหลักที่อ้างถึงเอกสารที่มีข้อตกลงอนุญาตตุลาการก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบ ที่กำหนดในมาตรา 6 (2) การอ้างอิงถึงนั้นอาจอ้างถึงแต่เพียงเอกสารเท่านั้น เอกสารไม่จำเป็นต้องมีลายมือชื่อของบุคคลที่เอกสารนั้นเกี่ยวข้อง ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาก่อนหน้านี้ ข้อตกลงค้นแบบ กฎเกณฑ์ของสถาบัน เป็นต้น อาจถือว่าเป็นเอกสารที่กล่าวถึงนี้ อย่างไรก็ตาม พิจารณาตามข้อความของมาตรานี้ ข้อกำหนดและเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิบัติโดยทั่วไปก็ถือได้ว่าเป็นเอกสารดังกล่าวได้ บทบัญญัติดังกล่าวซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 7(2) ประโยคที่ 3 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ผู้ร่างกฎหมายได้พิจารณาความสัมพันธ์ทางธุรกิจ โดยเฉพาะระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจอย่างถาวร และได้ทำข้อตกลงโดยการอ้างอิงข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปในการปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น โดยการรวมเงื่อนไขและข้อกำหนดเหล่านั้นเข้าไปในข้อตกลงของบุคคล

⁵⁴ Ibid., p.11.

เหล่านั้นด้วย ทั้งนี้ เอกสารที่สัญญาหลักอ้างถึง ต้องมีเรื่องอย่างอื่นนอกจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย และเอกสารที่อ้างถึงต้องเป็นกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในเอกสารซึ่งสัญญาหลักได้อ้างถึงนั้น ต้อง “เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง” ด้วย ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าวิธีการนี้เป็นการผ่อนคลายนความเคร่งครัดบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁵⁵

มาตรา 6 (5) บัญญัติว่า “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสามารถทำได้โดยการออกใบตราส่ง หากว่าใบตราส่งนั้น ได้มีการอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือ” บทบัญญัตินี้กำหนดคกฏเกณฑ์พิเศษว่าด้วยความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยการอ้างอิงถึงใบตราส่งในฐานะที่เป็นเอกสารที่สำคัญ โดยเฉพาะในทางปฏิบัติของการขนส่งของทางทะเล “ใบตราส่งเป็นเอกสารที่เจ้าของเรือยืนยันว่าเขาได้รับสินค้าบนเรือเพื่อการขนส่ง และรับภาระที่จะส่งสินค้านั้นให้กับผู้ถือใบตราส่งที่มีอำนาจเมื่อได้ไปถึงจุดหมายปลายทาง” ใบตราส่งเป็นตราสารที่เปลี่ยนมือได้ เป็นประเพณีในกฎหมายทะเลที่จะอ้างในใบตราส่งถึงเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญาเช่าเรือซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างเจ้าของเรือและผู้เช่าเรือ (มาตรา 465 of the Maritime Law) เวลานี้ผู้บัญญัติกฎหมายได้อนุญาต โดยกำหนดว่าใบตราส่งต้องอ้างอิงถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้งซึ่งอยู่ในข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาเช่าเรือ ดังนั้น ก็ไม่เพียงพอที่จะอ้างถึงข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาเช่าเรือโดยทั่วไป เพื่อที่จะทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างเจ้าของเรือกับผู้ส่งของ การอ้างอิงโดยชัดแจ้งในใบตราส่งถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเช่าเรือได้กำหนดขึ้นมาเพื่อผู้ถือใบตราส่งเกิดความเข้าใจที่ชัดเจนและไม่คลุมเครือที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือข้อพิพาทใดๆ เพื่อที่บุคคลเหล่านั้นจะได้ไม่ต้องทำซ้ำสิ่งที่ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 6(1)⁵⁶

กฎหมายฉบับนี้บัญญัติถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับสัญญาผู้บริโภคร ซึ่งได้รับเอาหลักการนี้มาจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมัน แม้ว่ากฎหมายโครเอเชียยังไม่ได้มีกฎหมายที่กว้างมากเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค แต่สำหรับการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทภายในประเทศนั้น ควรจะป้องกันข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นธรรมสำหรับความสัมพันธ์และประสบการณ์ของกลุ่มสัญญาที่มีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น ก็ควรมีบทบัญญัติที่เคร่งครัดในเรื่องรูปแบบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับสัญญาผู้บริโภคร⁵⁷ หากสัญญาผู้บริโภคร

⁵⁵ Ibid., pp.11-12.

⁵⁶ Ibid., pp.12-13.

⁵⁷ Alan Uzelac, *ISSUES OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration*

เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายบัญญัติให้เป็นรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรและความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติวิธีการใหม่ เนื้อหาของ มาตรา 6 (6) “โดยไม่คำนึงถึงมาตรา 1-5 ของกฎหมายนี้ หากว่าข้อพิพาทได้เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากสัญญาผู้บริโภค ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ในเอกสารแยกต่างหากที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในเอกสารนั้น จะไม่มีข้อตกลงในเรื่องอื่นนอกเหนือจากข้อตกลงที่ได้อ้างถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ เอกสารนั้นจะเขียนโดย notary public”⁵⁸

ดังนั้น กฎเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการผ่อนคลายข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสัญญาผู้บริโภคแต่ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแทนที่ สิ่งนี้หมายถึงว่าสัญญาต้องทำเป็นรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร และทำในเอกสารพิเศษที่ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ข้อกำหนดที่เคร่งครัดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้บริโภคในฐานะที่เป็นกลุ่มบุคคลที่ไม่มีประสบการณ์ทางเรื่องกฎหมายและธุรกิจในกรณีที่เกิดความไม่รู้เรื่องหรือการฉ้อฉล เป้าหมายของบทบัญญัติคือการเตือนผู้บริโภคอย่างชัดเจนเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น การยกเว้นเขตอำนาจของศาลแห่งรัฐ คู่สัญญาที่เป็นบุคคลธรรมดา บางครั้งไม่ได้รับรู้ว่าพวกเขาได้ยกเว้นผลประโยชน์บางอย่างของการระงับข้อพิพาทโดยศาลแล้วเมื่อพวกเขาได้ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผลประโยชน์ไม่ได้มีอยู่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น สิทธิที่จะยกเว้นชั่วคราวสำหรับการจ่ายเงินในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ในเวลาเดียวกัน รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เคร่งครัดก็ทำให้เกิดการพิสูจน์ความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ง่ายกว่า ภาระการพิสูจน์ที่เกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคอยู่ที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้อ้างถึงความมีอยู่ของสัญญาผู้บริโภค

“ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แน่นอน” จากกรณีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นต้องเป็น “สัญญาผู้บริโภค” ประเด็นที่ว่าสิ่งนี้เกี่ยวข้องกับสัญญาผู้บริโภคหรือไม่ และใครได้รับพิจารณาว่าเป็นผู้บริโภคบ้าง ควรพิจารณาจากกฎหมายโครเอเชีย ตามกฎหมายโครเอเชีย ไม่มีคำจำกัดความของ “ผู้บริโภค” และตามร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค Consumer Protection Draft Bill “ผู้บริโภคหมายถึงบุคคลธรรมดาที่จัดหา หรือใช้ สินค้า หรือบริการสำหรับความต้องการของเขาเองหรือความต้องการในครัวเรือน ตัวอย่างเช่น บุคคลที่ไม่ได้จัดหาหรือใช้สิ่งเหล่านั้นสำหรับวัตถุประสงค์ทางการค้า ธุรกิจหรือวิชาชีพ พอเพียงสำหรับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาที่จะเป็นผู้บริโภคหรือที่จะปฏิบัติในฐานะที่เป็นผู้บริโภคเพื่อที่จะทำสัญญาผู้บริโภค” นอกจากนั้น เวลาทำ

⁵⁸ Ibid., pp.13-14.

สัญญาผู้บริโภคมักจะเกี่ยวข้องกับเวลาทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่าข้อพิพาทไม่ได้มีอยู่ในเวลานั้น เพราะข้อพิพาทอาจมีอยู่หรืออาจเกิดขึ้นก็ได้ (มาตรา 6 (6) ประโยคที่ 1)

การมีอยู่ของสัญญาผู้บริโภคมักทำให้เกิดข้อกำหนดเกี่ยวกับรูปแบบในสองทาง สำหรับรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงนี้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารแยกต่างหาก และเอกสารต้องได้ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ถึงแม้ว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างนั้น โดยตรง แต่คู่สัญญาควรลงนามในเอกสารด้วย ข้อกำหนดที่ให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารแยกต่างหากชี้ให้เห็นถึงความเป็นอิสระของข้อตกลง ข้อตกลงควรอยู่ในรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกต่างหาก (มาตรา 6 (1) ประโยคที่สอง) ไม่ได้อยู่ในรูปแบบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา (arbitration clause)⁵⁹

รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายโครเอเชีย ยังมีส่วนที่ก้าวหน้ากว่ากฎหมายต้นแบบอีกอย่างหนึ่ง ได้แก่ (8) ที่อ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยปริยายในกรณีที่ไม่มีการคัดค้านถึงความมีอยู่และความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ก็ถือว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุมาตรานี้คล้ายกับมาตรา 7(2) ของกฎหมายต้นแบบ แต่ตาม (8) ไม่ได้เป็นการผสมระหว่างรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่แยกออกมาเป็นอีกชนิดหนึ่ง กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มี การคัดค้านในเวลาอันสมควรถือเป็นการสละสิทธิที่จะคัดค้าน และถือว่ามิสัญญาโดยปริยายที่จะยอมรับให้ข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการแล้ว ผลในทางปฏิบัติของการกระทำนี้ ไม่จำเป็นต้องมี “การกล่าวอ้างถึงความมีอยู่ของข้อตกลง” โดยทางฝ่ายโจทก์ การแก้ปัญหสำหรับกรณีที่เป็นปัญหาบ่อยๆ ในอดีต กล่าวคือ กรณีที่ทั้งฝ่ายจำเลยไม่ได้คัดค้านและโจทก์ก็ไม่ได้กล่าวอ้างถึงข้อตกลงนั้นเลย⁶⁰ ผู้บัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการได้อย่างสมบูรณ์ในระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพื่อกำจัดความไม่มีอยู่หรือความไม่ถูกต้องในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการให้หมดไป “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจถือว่าสมบูรณ์หากว่าโจทก์ยอมรับข้อเรียกร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการและฝ่ายจำเลยไม่ได้ยื่นคำคัดค้านเกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ช้าไปกว่าเมื่อได้ทำคำตอบรับข้อเรียกร้องซึ่งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสาระของข้อพิพาท” วิธีการในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยฝ่ายจำเลยเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาของข้อพิพาทอยู่ในมาตรา 470 วรรคสามของ CCP และได้รับมาจากมาตรา 7 (2) ประโยคที่ 1 ของกฎหมายต้นแบบ

⁵⁹ Ibid., pp.13-14.

⁶⁰ Alan Uzelac, *ISSUES OF COMPARATIVE LAW : The Form of the Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality How Far We Should Go?* (2001), pp.17-18.

บทบัญญัตินี้เกี่ยวกับกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีอยู่ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือหากว่ามี ก็ไม่ได้ทำโดยมีรูปแบบที่สมบูรณ์ อาจถือได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์มีอยู่ หากว่าทางฝ่ายจำเลยไม่ได้ยื่นคำคัดค้านเกี่ยวกับความไม่มีอยู่หรือความไม่ถูกต้องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทางจำเลยสามารถทำได้ไม่ช้าไปกว่าการตอบข้อเรียกร้องซึ่งเขาได้ทำขึ้น กรณีนี้เป็นการป้องกันการอ้างความไม่มีอยู่หรือความไม่ถูกต้องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจากการกระทำในภายหลังในฐานะที่เป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ประเด็นของความไม่มีอยู่หรือความไม่ถูกต้องทางรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจถูกเยียวยาได้โดยการเข้าร่วมในกระบวนการ ที่กำหนดว่าเป็นไปตามข้อสันนิษฐานอื่นสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว กล่าวได้ว่ากฎหมายได้เสนอทางเลือกสุดท้ายสำหรับการทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์⁶¹

กฎหมายโครเอเชียก็เป็นอีกฉบับหนึ่งที่ได้บัญญัติขึ้น โดยคำนึงถึงปัญหาในทางปฏิบัติในอดีต และต้องการจะกำจัดปัญหาเหล่านั้นให้หมดไป จะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่เปิดกว้างมาก และยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทุกรูปแบบทั้งลายลักษณ์อักษร วาจาและปริยาย จึงน่าจะเป็นกฎหมายที่สามารถรองรับสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกฉบับหนึ่ง

4.4.2 “รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ” ตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เหมาะสมและสอดคล้องกับการดำเนินกิจกรรมทางการค้าระหว่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.4.1 ว่ามีหลายสถานการณ์ที่เห็นว่าคู่สัญญาได้ตกลงใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทและมีหลักฐานเป็นหนังสือเกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวด้วย แต่อย่างไรก็ดีความสมบูรณ์ของข้อตกลงก็เป็นปัญหาเพราะบทบัญญัติเรื่องรูปแบบเคร่งครัดมากเกินไป และในการประชุมในวันครบรอบ 40 ปีของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กวันที่ 10 มิถุนายน 1998 ประเด็นเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้มีการยกขึ้นโดย Neil Kaplan (Chairman Hong Kong International Arbitration Center) ก็ได้กล่าวไว้โดยมีใจความสำคัญว่า “ปรากฏว่ามีเหตุผลตามธรรมดาว่า คำจำกัดความของ “ลายลักษณ์อักษร” ที่อยู่ในมาตรา II(2) ของอนุสัญญาไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ โดยสิ่งที่ไม่อยู่ในคำจำกัด

⁶¹ Hrvoje Sikiric, *CROATIAN ARBITRATION LAW : The Arbitration Agreement under the Croatian Law on Arbitration* (2002), pp.14-15.

ความ ได้แก่ ใบตราส่ง บันทึกลงของนายหน้า สถานการณ์ในการกู้เรือ การโต้ตอบของแบบฟอร์ม และความคิดโดยทั่วไปในเรื่องการตอบรับ โดยปริยาย มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับว่าเพราะเหตุใด ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่สัญญาที่มีข้อตกลงนั้นอยู่มักจะทำ ด้วยวาจา นอกจากนั้น หากว่าสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้น A ได้ ส่งไปให้ B และ B ไม่ได้ลงนามหรือได้ตอบ แต่ได้กระทำตามข้อกำหนดในสัญญาทุกข้อโดย สมบูรณ์ B ควรถือถือว่ายอมรับข้อกำหนดทุกข้อยกเว้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่? ตามที่ Dr.Blessing ได้กล่าวไว้ใน ICCA paper ว่า “เป็นเรื่องไร้สาระที่จะสรุปว่า B ยอมรับข้อกำหนดทุก ข้อยกเว้นเพียงข้อเดียว” และเป็นสิ่งที่น่าสนใจที่จะปฏิบัติตามความคิดของ Professor Sanders ที่ว่า ปัญหาเช่นว่า นี้อาจจะเกิดขึ้น เพราะเขาได้ตั้งข้อเสนอให้แก่ผู้ร่างอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กว่า ควรจะครอบคลุมทุกสถานการณ์ โดยเขาต้องการที่จะเพิ่มเติม ว่า “การยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยบุคคลภายนอก โดยปราศจากการคัดค้านจากอีกฝ่าย” แต่เป็นที่น่าเสียดายที่คำแนะนำของเขา ไม่ได้ได้รับการยอมรับ”

นอกจากนั้น Neil Kaplan ก็ได้ให้ความเห็นอีกว่า “ในขณะที่ร่างมาตรา 7(2) ของ กฎหมายต้นแบบ ก็มีโอกาที่จะไปได้ไกลกว่าเดิม ตามที่ UNCITRAL Secretariat ได้ยกประเด็น ในเรื่องคำจำกัดความที่กระชับขึ้นและมีรายละเอียดมากขึ้น “ตามความที่พิจารณาจากความยุ่งยาก ที่มีอยู่ในทางปฏิบัติ” อย่างไรก็ตาม มาตรา 7(2) ก็ยังคงถือความคิด 2 ประการตามเดิมก็คือ ลายมือชื่อ หรือการโต้ตอบ โดยไม่คำนึงถึงความเห็นที่รุนแรงและเชื่อถือได้ที่ว่า คำจำกัดความเรื่องรูปแบบ ของสัญญาอนุญาโตตุลาการกฎหมายต้นแบบอาจจะยังคงไม่รวมถึงรูปแบบของการทำธุรกรรม ระหว่างประเทศอีกมากมาย ซึ่งแม้จะมีการเข้าใจปัญหาในเรื่องดังกล่าว แต่ผมก็คิดว่าน่าเสียดายที่ มาตรา 7(2) ไม่ได้จัดการกับปัญหานี้”⁶²

คณะทำงาน (Working Group II (Arbitration and Conciliation) of the United Nations Commission on International Trade Law) จึงได้รับคำแนะนำว่า ควรหาทางแก้ไขปัญหาซึ่ง อาจยึดถือตามความคิดที่ว่า ข้อพิพาทอาจจะจับ ไปโดยอนุญาโตตุลาการเพียงแต่คู่สัญญาดกลงกัน และให้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายสำหรับสัญญาในทางปฏิบัติ นอกจากนั้น ยังเป็นการหลีกเลี่ยง ปัญหาและความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการด้วย⁶³

⁶² Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects (Paper presented at “New York Convention Day”).

⁶³ ดู Document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 para. 9.

หลังจากการหารือกันคณะทำงานได้ยอมรับความเห็นที่ว่า วัตถุประสงค์ของการสร้างการตีความที่เป็นเอกภาพของบทบัญญัติเรื่องรูปแบบที่จะตอบสนองความต้องการในการค้าระหว่างประเทศอาจสำเร็จได้โดย

1. จัดเตรียมบทบัญญัติต้นแบบ (model legislative provision) ที่แสดงถึงขอบเขตของมาตรา 7(2) ของกฎหมายต้นแบบ
2. จัดเตรียมแนวทาง (guide) ที่อธิบายเบื้องหลังหรือวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติต้นแบบ และ
3. ใช้ประกาศ (Declaration) มติ (Resolution) หรือคำแถลงการณ์ (Statement) ที่กล่าวถึงการตีความอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ที่อาจสะท้อนถึงความเข้าใจอย่างกว้างในเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับรูปแบบ

สำหรับสาระของบทบัญญัติต้นแบบและเอกสารในการตีความที่ต้องเตรียม คณะทำงานยอมรับความคิดเห็นว่า สำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ที่จะทำนั้น ต้องกำหนดว่าข้อตกลงใช้อนุญาโตตุลาการต้องได้ทำขึ้นและมีหลักฐานเป็นหนังสือของข้อตกลงดังกล่าว⁶⁴

นอกจากนั้น คณะทำงานได้ให้ฝ่ายเลขานุการเตรียมร่างเอกสารที่ยืนยันว่ามาตรา II(2) ควรถูกตีความให้รวมถึง การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.4.1 แล้ว

โดยร่างมาตรา 7 ล่าสุด ได้แก่ ร่างที่ฝ่ายเลขานุการเสนอมานี้ และคณะทำงานได้พิจารณาในการประชุมครั้งที่ 36 (New York, 4-8 March 2002) และได้มีการแก้ไขตามข้อสังเกตของคณะทำงานโดยมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 7 คำนิยามและรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

(1) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คือ ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ยอมรับให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือเฉพาะซึ่งเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างพวกเขาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเกี่ยวกับสัญญาหรือไม่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหรือในรูปแบบสัญญาแยกต่างหากก็ได้

(2) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องเป็นลายลักษณ์อักษร “ลายลักษณ์อักษร” หมายถึงรูปแบบใดๆ รวมถึง ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (data message) เป็นต้น ที่มีบันทึกของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือมีฉะนั้นก็สามารถใช้ประโยชน์สำหรับการอ้างอิงในภายหลังได้

⁶⁴ ดู Document A/CN.9/468 para. 99.

(3) “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายถึงข้อมูลที่ส่ง รับ หรือเก็บ โดยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ ออปติคอล หรือวิธีอื่นทำนองเดียวกัน รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร เป็นต้น

(4) นอกจากนั้น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าปรากฏในการแลกเปลี่ยนเอกสารแสดงข้อเรียกร้องและข้อโต้แย้ง ที่ความมียู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกกล่าวอ้างโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ปฏิเสธ

(5) เพื่อหลีกเลี่ยงข้อสงสัย การอ้างอิงในสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต่างหากถึงสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็สร้างข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกัน หรือกำหนดว่า การอ้างอิงนั้นก็เพื่อที่จะทำให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกต่างหาก โดยไม่คำนึงถึงว่าสัญญาหรือข้อตกลงนั้นได้ทำขึ้นด้วยวาจา หรือโดยการกระทำ หรือวิธีอื่นนอกจากเป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีดังกล่าว สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรา 35 ด้วย⁶⁵

นอกจากร่างมาตรา 7 ข้างต้น แล้วยังมี ร่างมาตรา 7 ที่ตัวแทนของประเทศเม็กซิโกได้เสนอด้วย โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 7 คำนิยามและรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

“ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ข้อตกลงโดยคู่สัญญาที่จะยอมรับให้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางข้อที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจเกิดขึ้นระหว่างพวกเขาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกี่ยวกับสัญญาหรือไม่ก็ตาม [ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญา หรือในรูปแบบของข้อตกลงแยกต่างหากก็ได้]”⁶⁶

และมาตรา 35 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ตัวแทนของเม็กซิโก เสนอว่า
มาตรา 35(2) ควรแก้ไขให้สะท้อนถึงข้อกำหนดที่จะใช้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

“(2) สัญญาที่อาศัยคำชี้ขาดหรือขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นต้องจัดหา ต้นฉบับคำชี้ขาดที่รับรองว่าถูกต้องหรือสำเนารับรองถูกต้อง หากคำชี้ขาดไม่ได้ทำเป็นภาษาทางการของรัฐนั้น คู่สัญญาต้องจัดหาคำแปลที่รับรองว่าถูกต้องให้เป็นภาษานั้นด้วย”

⁶⁵ ดู Document A/CN.9/WG.II/WP.136 para. 4.

⁶⁶ ดู Document A/CN.9/WG.II/WP.137 และดู Document A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1

คณะทำงานได้พิจารณาร่างมาตรา 7 ทั้งสองร่างแล้ว มีความเห็นว่า ร่างที่ตัวแทนของเม็กซิโกเสนอที่ได้แนะนำว่า ข้อกำหนดเกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควรจะละทิ้งไปจากมาตรา 7(2) สามารถกล่าวได้ว่า หากร่างนี้ได้รับการยอมรับ ปัญหาของการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและเนื้อหาของข้อตกลงก็เป็นเรื่องของการพิสูจน์แต่เพียงอย่างเดียว ร่างฉบับนี้ได้สร้าง ระบบที่เอื้อมากกว่า (more favorable regime) สำหรับการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมากกว่าที่กำหนดภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ดังนั้น โดยอาศัยหลัก บทบัญญัติในเรื่องระบบที่เอื้อมากกว่า “more favorable law provision” ที่อยู่ใน มาตรา VII ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก กฎหมายต้นแบบจึงสามารถใช้แทนที่มาตรา II ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้ นอกจากนั้น ในหลายเขตอำนาจศาลที่ไม่มีข้อกำหนดเรื่องรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาไม่ค่อยได้ใช้กัน และไม่ได้เป็นข้อพิพาทที่สำคัญเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงเหล่านั้น ในขณะที่ร่างที่ตัวแทนของเม็กซิโกเสนอได้รับการพิจารณาว่ามีประโยชน์ที่จะเน้นปัญหาที่ยกขึ้นมาโดยข้อกำหนดเรื่องรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวได้ว่าการเอาข้อกำหนดเรื่องรูปแบบและการอ้างอิงทุกอย่างถึง “สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ออกไป อาจทำให้เกิดความไม่แน่นอน ร่างมาตรา 7 ที่คณะทำงานได้พิจารณาในการประชุมครั้งที่ 36 สะท้อนถึงความเข้าใจของคณะทำงานในเรื่องข้อกำหนดขั้นพื้นฐานที่ควรใช้เกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้มากกว่า ในขณะที่ร่างที่เสนอไปไกลกว่ามากโดยยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาด้วย

คณะทำงานได้รับคำแนะนำว่าการส่งเสริมหรือการยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยวาจานั้นกว้างเกินไปอาจนำไปสู่ยุคที่คำชี้ขาดอาจไม่สามารถได้รับการยอมรับและบังคับภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้ด้วยเหตุผลที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นนั้นไม่เป็นไปตามรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดขึ้นภายใต้มาตรา II(2) ของอนุสัญญาดังกล่าว ข้อโต้แย้งอื่น ๆ ก็คือว่า มาตรา VII ของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กได้อ้างถึง “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” อย่างชัดเจน และดังนั้น ไม่แน่นอนว่า มาตรา VII จะถูกตีความโดยทั่วไปว่าใช้เกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วย คณะทำงานได้รับคำแนะนำว่า ควรสงวนไว้

* Art VII 1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.

ซึ่งข้อกำหนดเรื่องรูปแบบประเภทที่ยืดหยุ่นมากๆ ที่แสดงให้เห็นโดยบทบัญญัติที่คล้ายกันเกี่ยวกับการดำเนินคดีทางศาล ตัวอย่างเช่น มาตรา 3(c) ของอนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล (Convention on Choice of Court Agreement) (ใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2005) ที่กำหนดว่า “ข้อตกลงเลือกศาลที่เด็ดขาดต้องทำหรืออยู่ในเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวิธีการสื่อสารอื่นที่มีข้อความซึ่งสามารถใช้สำหรับการอ้างอิงในภายหลังได้” นอกจากนี้ ยังตระหนักได้ว่าคณะกรรมการการค้าโลกที่จะรวมอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กเข้าไปในรายการของเอกสารระหว่างประเทศที่ Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracting ได้บังคับใช้

มีหลากหลายความคิดเห็นที่ว่า ร่างมาตรา 7 ทั้งสองร่างข้างต้นได้กำหนดทางเลือกที่เป็นประโยชน์เกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องลายลักษณ์อักษร คณะทำงานได้รับคำแนะนำว่าทั้งสองทางเลือกอาจถูกเสนอต่อคณะกรรมการในฐานะเป็นตัวเลือก อย่างไรก็ตาม เพราะที่ทั้งสองทางเลือกมีหน้าที่เดียวกันที่จะผ่อนคลายความเคร่งครัดของข้อกำหนดเรื่องรูปแบบ ก็เป็นไปได้ที่จะประนีประนอมทางเลือกทั้งสองนั้น ทางหนึ่งที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์คือการแก้ไข วรรค(2) ของร่างที่ได้รับการพิจารณาในการประชุมครั้งที่ 36 โดยการจำกัดข้อกำหนดเรื่องรูปแบบให้เป็นเพียงปัญหาเรื่องการพิสูจน์มากกว่าที่จะเป็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ ข้อเสนออื่นคือการใส่ข้อความตามแนวทางต่อไปนี้ “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร” ข้อเสนออื่นคือการแก้ไขร่างมาตรา 7 ที่ได้รับการพิจารณาในการประชุมครั้งที่ 36 เพื่อที่จะให้ร่างนั้นสะท้อนถึงถ้อยคำที่ใช้ใน อนุสัญญาว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ที่ได้กำหนดไว้ข้างต้น⁶⁷

อย่างไรก็ดี ขณะนี้ยังไม่มีการสรุปว่า มาตรา 7 ของกฎหมายต้นแบบจะมีลักษณะอย่างไร ก็คงต้องรอการพิจารณาของคณะทำงานต่อไป

4.4.3 ข้อควรพิจารณาอื่นๆเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ในปัจจุบัน กฎหมายภายในของหลายประเทศได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดของบทบัญญัติเรื่องรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.4.1 ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และ โครเอเชีย กฎหมายทั้งสามฉบับมีสาระสำคัญอย่างหนึ่งที่เหมือนกันคือ กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีรายละเอียดแตกต่างกันออกไป สิ่งหนึ่งที่น่าสนใจสำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ ได้แก่ มาตรา 5(6) ที่ให้หมายถึง “สิ่งที่ถูกบันทึกไม่ว่าโดยวิธีใด” ให้เป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้เหมือนกัน แสดงถึงการเปิดกว้างยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำ

⁶⁷ ดู Document A/CN.9/589.

ในลักษณะใดๆ ก็ได้ ซึ่งก็เป็นแนวทางใหม่ๆ ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ยอมให้เรื่องของ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นปัญหาในการพิสูจน์เท่านั้น

นอกจากนั้น ในกฎหมายของประเทศเยอรมันและโครเอเชีย ซึ่งก็ได้กำหนดให้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน แต่สิ่งที่เป็นความพิเศษของ กฎหมายสองฉบับนี้ก็คือ กำหนดให้พิจารณาถึงทางปฏิบัติของคู่สัญญาด้วย ในมาตรา 1031 ของ เยอรมัน และมาตรา 6 (3) 1) ของโครเอเชีย ที่ว่าหากได้มีคำเสนอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือ บุคคลภายนอกไปถึงอีกฝ่าย และไม่มี การคัดค้านภายในเวลาอันควร ซึ่งถือว่าเป็นการตอบรับคำ เสนอตามปกติประเพณีก็ถือว่าทำให้เกิดสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรได้เหมือนกัน ก็เป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติของคู่สัญญาอย่างแท้จริงเพราะปกติในการค้าระหว่าง ประเทศคู่สัญญามักจะได้ทำการค้ากันเป็นเวลานานซึ่งก็มักจะมีทางปฏิบัติตามปกติระหว่าง คู่สัญญาอยู่แล้ว การถือตามทางปฏิบัติของคู่สัญญาจึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเหมาะสม

นอกจากนั้น กฎหมายของโครเอเชีย ได้กล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย วาจาโดยให้ถือว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย หากว่าหลังจากมีสัญญา อนุญาโตตุลาการ โดยวาจาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรถึงอีกฝ่ายหนึ่ง โดย อ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนหน้านี้ และอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านในเวลาอันควร ซึ่งถือได้ว่าเป็น การตอบรับคำเสนอตามปกติประเพณี ก็เป็นการยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาให้มีผล ได้ เหมือนกันแต่ว่าจะต้องมีหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด และกฎหมายได้กำหนดให้พิจารณาถึงทาง ปฏิบัติของคู่สัญญาด้วย

และในปี 2005 ประเทศนอร์เวย์ ได้บังคับใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ ซึ่งไม่มีบทบัญญัติที่บังคับให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เหตุผลก็คือ เพราะไม่มีข้อกำหนดทั่วไปในเรื่องนี้ในกฎหมายเอกชนของนอร์เวย์ และในระดับ UNCITRAL ก็ ได้มีการเสนอว่าควรผ่อนคลายความเคร่งครัดของข้อกำหนดดังกล่าว ดังนั้น บทบัญญัติที่ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรอาจเคร่งครัดมากเกินไป อย่างไรก็ตาม เพราะ อนุญาโตตุลาการเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทที่ใช้กันในสัญญาทางพาณิชย์เป็นเรื่องปกติ ข้อตกลง อนุญาโตตุลาการทั้งหมดก็มักจะอยู่ในเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร และในที่สุด คู่สัญญาที่ ต้องการใช้อนุญาโตตุลาการก็จะเลือกที่จะใช้ข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อที่จะแสดงหลักฐาน ที่น่าเชื่อถือได้ว่า ไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาล⁶⁸

⁶⁸ Anders Ryssdal Anne Marie Holtedahl *The new Norwegian Arbitration Act*

กฎหมายอนุญาโตตุลาการหลายฉบับที่ได้กล่าวมา มีความเคร่งครัดน้อยกว่า มาตรา 7(2) ของกฎหมายต้นแบบและสอดคล้องกับทางปฏิบัติมากกว่า จะเห็นได้ว่า กฎหมายของ อังกฤษ เยอรมัน และ โครเอเชีย ได้กำหนดให้บทบัญญัติเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ยังคงทำ เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ แต่เป็นลักษณะเปิดกว้างให้อยู่ในลักษณะใดก็ได้ ซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องของ การพิสูจน์เท่านั้น สำหรับกฎหมายของประเทศนอร์เวย์ก็น่าสนใจเพราะเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นเมื่อ ไม่นานมานี้ และมีได้กำหนดรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเอาไว้เลย คู่สัญญาจึงสามารถทำ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในรูปแบบใดก็ได้ ซึ่งอาจเป็นแนวทางใหม่สำหรับบทบัญญัติเรื่อง รูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายภายในซึ่งกำหนดขึ้น เพื่อความเหมาะสมกับประเทศเหล่านั้น และได้บัญญัติขึ้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของ บทบัญญัติเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่สำหรับมาตรา 7(2) ของกฎหมายต้นแบบซึ่งกำลัง แก้ไขอยู่นั้น จะทำตามแนวทางนี้หรือไม่ จะต้องพิจารณาในภาพกว้าง เพื่อให้สามารถใช้ได้ในหลาย ประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายต้นแบบควรยืดหยุ่นเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติมาก ที่สุด เพราะอย่างไรก็ดี สัญญาอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องเจตนาของคู่สัญญา จึงไม่ควรให้เจตนา ของคู่สัญญาถูกลบล้างไปด้วยกฎหมายที่เคร่งครัดมากเกินไป ควรจะกำหนดให้เป็นเพียงปัญหาใน การพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ดังที่บัญญัติในกฎหมายของประเทศ อังกฤษ เยอรมัน และ โครเอเชีย แต่การที่จะกำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทำในรูปแบบใดๆ ก็ได้ เช่นเดียวกับกฎหมายนอร์เวย์ จนอาจรวมถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาด้วยนั้น อาจจะ กว้างเกินไป ทำให้เกิดความไม่แน่นอนและความยุ่งยากในการพิสูจน์ แต่หากจะต้องการให้รวมถึง สัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาด้วยก็อาจใช้วิธีเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศโครเอเชีย คือให้ มีหลักฐานของการตกลงกันอยู่บ้างและคำนึงถึงทางปฏิบัติของคู่สัญญาด้วย

ตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 4.1 สรุปได้ว่ามีเอกสารทางการค้าซึ่งใช้เป็นปกติในการ ทำกิจกรรมทางการค้าระหว่างประเทศและอาจเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ แต่ไม่ อยู่ในคำจำกัดความของกฎหมายต้นแบบ ทำให้รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้องซึ่ง ส่งผลให้มีปัญหาในเรื่องของอำนาจของอนุญาโตตุลาการและเป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตาม คำชี้ขาด กฎหมายต้นแบบจึงควรปรับปรุงคำจำกัดความดังกล่าวให้รวมถึงเอกสารเหล่านี้ด้วย ใน การปรับปรุง มาตรา 7(2) ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการควรกำหนดให้เป็นลาย ลักษณ์อักษรเช่นเดิมเพียงแต่ควรยืดหยุ่นมากขึ้น เหตุที่ควรกำหนดให้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ เพื่อที่จะเป็นหลักฐานที่แน่ชัดว่าคู่สัญญาได้ตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและเป็น การเตือนให้คู่สัญญาทราบว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นระหว่างพวกเขาเหล่านั้นจะไม่อยู่ภายใต้เขต อำนาจของศาล แต่สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ไม่ควรยึดติดกับเรื่องลายมือชื่อหรือเอกสารโต้ตอบ

อีกต่อไป ควรจะเป็นหลักฐานแบบใดก็ได้ที่แสดงให้เห็นเจตนาของคู่สัญญาที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ควรเป็นหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ได้ นอกจากนั้น เนื่องจากว่า การทำธุรกรรมบนกระดาษและบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีความแตกต่างกันในลักษณะพื้นฐานหลายประการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และมีหลายกฎเกณฑ์ที่ได้อำนาจรับรองการทำธุรกรรมบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์อย่างชัดเจน เช่น ICC Uniform Rules for Demand Guarantee ที่ยอมรับว่า การแสดงถึงสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร ให้รวมถึง การส่งทางโทรคมนาคมที่รับรองว่าถูกต้องและการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้ทดสอบแล้ว และUNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996 และ UNCITRAL Model Law on Electronic Signature 2001 ที่ได้อำนาจรับรองการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ดังนั้น สำหรับในเรื่องของรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 7 ซึ่งกำลังแก้ไขอยู่นั้นควรเขียนรับรองการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความ และสอดคล้องกับทางปฏิบัติในปัจจุบันซึ่งธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีความสำคัญและมีบทบาทมาก ดังที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ไว้ชัดเจนแล้ว และในอนาคต เทคโนโลยีอาจพัฒนาไปไกลกว่าเดิมอีก ซึ่งก็จะทำให้มีวิธีการทำธุรกรรมที่ก้าวหน้ากว่าในปัจจุบัน ดังนั้น มาตรา 7 ก็ควรเขียนเปิดช่องไว้ให้กับเทคโนโลยีที่จะพัฒนาในอนาคตด้วย นอกจากนั้น ในกรณีที่ไม่ได้ทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่มีหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่สัญญาได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็ควรถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์

ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 7 ควรเป็นลายลักษณ์อักษรตามเดิม แต่ควรยืดหยุ่นมากกว่าเดิมโดยควรรวมถึงเอกสารใดๆ ก็ได้ ควรใช้คำว่า “any form of document” นอกจากนั้น ควรขยายความด้วยว่า รูปแบบของเอกสารใดๆ ก็ได้ นั้น รวมถึงสื่อในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นการใช้กระบวนการไฟฟ้าในการทำให้เกิดข้อมูล และในรูปแบบออปติคอลซึ่งในกระบวนการทางแสงเป็นตัวทำให้เกิดข้อมูล และเปิดช่องให้กับรูปแบบอื่นซึ่งเกิดจากการพัฒนาเทคโนโลยีในอนาคตด้วย และรูปแบบที่กล่าวนั้นต้องก่อให้เกิดข้อมูลได้หรือมิฉะนั้นก็สามารถเรียกกลับมาดูได้ในภายหลัง จึงควรเขียนว่า “...including the electronic, optical or any other type of format, that provides a record of the arbitration agreement or is otherwise accessible so as to be useable for subsequent reference.”

นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ทำสัญญาตามที่กำหนดไว้ในวรรคแรก หรือทำไม่ถูกต้อง แต่หากคู่สัญญาได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งแสดงได้ว่ายอมรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้วก็ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการสมบูรณ์ได้เหมือนกัน

จากแนวความคิดดังกล่าว ผู้เขียนขอเสนอว่า มาตรา 7(2) ควรเป็นดังนี้

Article 7(2) "The arbitration agreement shall be in writing. An arbitration agreement is in writing if it is contained in any form of document, including the electronic, optical or any other type of format, that provides a record of the arbitration agreement or is otherwise accessible so as to be useable for subsequent reference.

Any non-compliance with the form requirements is cured by entering into the argument on the substance of the dispute in arbitral proceedings."

จากการศึกษาถึงทางปฏิบัติของการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันพบได้ว่า บ่อยครั้งที่คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในเอกสารซึ่งใช้ในการทำธุรกรรมตามปกติ แต่เอกสารเหล่านั้น ไม่อยู่ในคำจำกัดความเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ เพราะไม่ใช่เอกสารที่ได้ลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข ฯลฯ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท และไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ และจากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และ โครเอเชีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่เพิ่งบัญญัติขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ ได้บัญญัติให้รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่นมากกว่ากฎหมายต้นแบบมาก โดยรองรับเอกสารใดๆ ก็ได้ที่มีบันทึกของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ ซึ่งแสดงให้เห็นแนวโน้มใหม่ว่ารูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการควรยืดหยุ่นกว่าเดิม เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศ และเจตนาของคู่สัญญามากที่สุด