

บทที่ 3

ระบบกฎหมายพาณิชย์และหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ ของต่างประเทศ และการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์

1. ระบบกฎหมายพาณิชย์และหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของต่างประเทศ

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้ปรากฏมีขึ้นเมื่อ พุทธศักราช 2468 โดยให้มีการร่างประมวลกฎหมายในบรรพ 1 และบรรพ 2 เหตุผลเนื่องมาจากที่ ประเทศไทยต้องการเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตโดยเร็ว ดังนี้เองจึงมีผลทำให้ประเทศไทย จำเป็นต้องมีกฎหมายที่ทันสมัย ทันต่อสถานการณ์ ในขณะนั้นจึงได้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อ จัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวขึ้น โดยได้มีการนำหลักกฎหมายของประเทศ ต่างๆ เข้ามาเป็นเครื่องมือในการจัดทำร่างในครั้งนั้น ซึ่งประเทศไทยได้นำประมวลกฎหมายของ เยอรมัน สวิส ญี่ปุ่น และฝรั่งเศส มาเป็นแนวทางในการจัดทำร่างในครั้งนั้นด้วย

หลังจากนั้นกฎหมายได้มีวิวัฒนาการเรื่อยมา โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็น กฎหมายที่ได้มีการจัดทำร่างขึ้นหลังประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และก็ได้้นำเอาประมวล กฎหมายของเยอรมันและประมวลกฎหมายของญี่ปุ่นมาเป็นตัวอย่างในการร่างกฎหมายของไทย อีกด้วย จึงทำให้กฎหมายของประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายต่างประเทศอย่างมาก แต่ก็ มิใช่เพียงแต่ประเทศไทยที่นำเอากฎหมายต่างประเทศมาเป็นตัวอย่างในการร่างกฎหมาย ยังมี ประเทศต่างๆ อีกมากมายที่ได้นำกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นต้นแบบของกฎหมายในประเทศ ตัวเอง โดยส่วนใหญ่กฎหมายของประเทศต่างๆ ก็เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นหลังประมวลกฎหมายของ เยอรมัน จึงทำให้ประเทศต่างๆ เหล่านี้ได้รับเอาอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันมาด้วยเช่นกัน แต่กฎหมายเยอรมันก็ได้มีขึ้นหลังจากกฎหมายของโรมันที่ถือเป็นกำเนิดของกฎหมายทั่วโลก ซึ่งทำ ให้กฎหมายจากประเทศต่างๆ ได้รับเอาอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมันมาอย่างแพร่หลายเช่นกัน

การร่างประมวลกฎหมายของไทยส่วนมากได้มีการคัดเลือกหรือเทียบเคียงมาจาก ประเทศในภาคพื้นยุโรป จึงทำให้เราต้องศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายของประเทศในภาคพื้น ยุโรป เพื่อช่วยให้เข้าใจกฎหมายของประเทศไทย และทราบถึงเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ของเราดีขึ้น เมื่อเราศึกษาให้ทราบถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการของหลักกฎหมายที่มีอยู่ในภาคพื้นยุโรปที่เกี่ยวข้องแล้ว เราก็จะทราบว่ากฎหมายพาณิชย์และหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศเหล่านี้มีวิวัฒนาการอย่างไร

วิวัฒนาการของกฎหมายต่างประเทศในสมัยโบราณจะเริ่มมาจากจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่น และเมื่อสังคมมีการติดต่อสัมพันธ์กันมากขึ้นก็จำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่จะใช้ร่วมกัน จึงได้มีการรวบรวมกฎหมายให้เป็นระบบ และมีการจารึกหรือบัญญัติลงไปในตัวหนังสือ หรืออักษรต่างๆ เพื่อให้กฎหมายมีความแน่นอน เป็นหลักประกันที่มั่นคงและเมื่อได้รับการยอมรับและเชื่อถือก็จะกลายเป็นแบบอย่างของกฎหมายให้กับประเทศอื่นๆ นำไปใช้

ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ เราจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายต่างประเทศด้วย เนื่องมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบซีวิล ลอว์ บางประเทศก็นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น บางประเทศก็นำเอากฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบัญญัติไว้รวมกัน เช่น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และเนเธอร์แลนด์ ซึ่งการศึกษานี้จะช่วยทำให้ทราบถึงที่มาและเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางการศึกษาและพัฒนากฎหมายพาณิชย์ของไทยต่อไป โดยเริ่มจากหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตามลำดับ ดังนี้

สำหรับกฎหมายพาณิชย์ของต่างประเทศมีวิวัฒนาการมาจากจารีตประเพณีทางการค้าของบรรดาพ่อค้าในสมัยกลาง ซึ่งมีการค้าขายกัน โดยทางทะเลระหว่างรัฐต่างๆ กฎหมายเหล่านี้เดิมเรียกว่า กฎหมายพาณิชย์นาวี หรือ Maritime Law ซึ่งพ่อค้าในยุโรปนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศกันในรูปของกฎหมายและจารีตประเพณีทางการค้า แต่ต่อมาเมื่อการค้าระหว่างประเทศขยายตัวมากขึ้นก็มีการนำมาใช้ในทางการค้าขายทางด้านอื่นจนเกิดเป็นกฎหมายพาณิชย์ที่ใช้ระหว่างประเทศ (Mercantile Law) ที่แพร่หลายไปทั่วโลก

ต่อมาในราวศตวรรษที่ 17-18 เมื่อประเทศต่างๆ ในยุโรปเริ่มมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นในประเทศต่างๆ ทำให้เกิดมีความคิดที่แยกกฎหมายที่บุคคลทั่วไปใช้บังคับระหว่างกันเอง กับกฎหมายและจารีตประเพณีทางการค้าที่บรรดาพ่อค้าใช้ออกจากกันเพราะมีอำนาจต่อรองและมีธรรมเนียมปฏิบัติที่แตกต่างกัน จึงควรมีมาตรฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน จึงมีผลทำให้มีบางประเทศแยกกันจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์ (ณัฐพงศ์ โปษะ-บุตร, ม.ป.ป., หน้า 25-26)

ประเทศต่างๆ ทั่วโลกจึงมีระบบกฎหมายพาณิชย์ที่แตกต่างกันออกไป ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายบางประเทศมีกฎหมายพาณิชย์อยู่ร่วมกับกฎหมายแพ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน บางประเทศมีประมวลกฎหมายพาณิชย์แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ประเทศเหล่านี้โดยส่วนใหญ่ก็ยังคงมีกฎหมายพาณิชย์เฉพาะเรื่องอยู่ในรูปของกฎหมายเฉพาะที่แยกต่างหากออกไปจากประมวลกฎหมายด้วย ส่วนในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบจารีตประเพณีหรือคอมมอน ลอว์นั้น ประเทศเหล่านี้จะไม่มีประมวลกฎหมายพาณิชย์โดยเฉพาะ แต่ศาลในประเทศเหล่านี้ได้พัฒนาหลักกฎหมายพาณิชย์มาเป็นเวลาหลายร้อยปีจนเป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็ยังคงมีกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่องในรูปของพระราชบัญญัติต่างๆ อีกด้วย ในส่วนนี้จะได้พิจารณากระบวนกฎหมายพาณิชย์ของต่างประเทศในบางประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายพาณิชย์ของไทยต่อไป (คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, 2548, หน้า 48-49)

1.1 ระบบกฎหมายพาณิชย์และหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส

1.1.1 ระบบกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนกับประเทศไทย แต่ประเทศฝรั่งเศสมีประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์แยกออกจากกัน รวมทั้งศาลที่พิจารณาคดีแพ่งคดีพาณิชย์ก็เป็นคนละศาลกัน (พิมลรัตน์ วรธนะหทัย, 2548, หน้า 57-60)

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส มีที่มาจากจารีตประเพณีทางการค้าของพ่อค้า ซึ่งแม้จะมีการจัดทำกฎหมายพาณิชย์แยกต่างหากจากกฎหมายแพ่ง แต่กฎหมายพาณิชย์ก็มีความสัมพันธ์กับกฎหมายแพ่งอยู่หลายประการ กล่าวคือ กฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง มีหลักการที่ทำให้ใช้กฎหมายแพ่งบังคับกับธุรกรรมทางพาณิชย์ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กฎหมายแพ่งเป็นหลักทั่วไป แต่กฎหมายพาณิชย์เป็นข้อยกเว้น กฎหมายพาณิชย์นั้นมีทฤษฎีและประเพณีปฏิบัติที่แตกต่างจากกฎหมายแพ่ง มีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์เกี่ยวกับแบบและหลักฐานในการทำสัญญาเฉพาะสำหรับธุรกรรมทางพาณิชย์ มีอัตราความเสียหายที่บรรดาพ่อค้าจะต้องชดใช้เยียวยากันสูงกว่าธุรกรรมทางแพ่งธรรมดา นอกจากนี้ยังมีการกำหนดไว้ในกฎหมายล้มละลายของฝรั่งเศสซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายพาณิชย์ที่จะไม่ใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่พ่อค้า

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของฝรั่งเศสซึ่งประกาศใช้ปี ค.ศ.1807 ครอบคลุมถึงเรื่องต่างๆ ในการพาณิชย์ 3 ประการใหญ่ๆ คือ

1) ธุรกรรมทางพาณิชย์ (Acts of Commerce)

2) ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์ (Acts in Ordinary Course of Commerce)

3) ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับพ่อค้าพาณิชย์ (Commercant) ซึ่งหมายถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือทำธุรกรรมในทางพาณิชย์เป็นปกติวิสัย

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสได้กำหนดให้ธุรกรรมต่อไปนี้เป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ คือ

1) การซื้อขายสินค้าและโภคภัณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาขายต่อหรือให้เช่า

2) ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการธนาคาร นายหน้า การให้ส่วนลดการผลิตเพื่อจำหน่าย

3) ธุรกรรมของตัวแทนทางธุรกิจ และของผู้ทอดตลาด

4) ธุรกรรมที่เกี่ยวกับการบันเทิงสาธารณะ

5) ธุรกรรมเกี่ยวกับการขนส่งทางบก ทางอากาศ

6) กิจการเหมืองแร่

7) ธุรกรรมที่เกี่ยวกับการพาณิชย์นาวี การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ การประกันภัยทางทะเล และสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์นาวี

8) ตัวเงิน

การกำหนดให้ธุรกรรมดังกล่าวเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ต้องใช้อย่างจำกัด โดยมีข้อสันนิษฐานว่าในกรณีที่เป็นที่สงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นธุรกรรมทางแพ่ง ในทางปฏิบัติศาลมิได้ตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด

ในการพิจารณาว่าธุรกรรมเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ ไม่ใช่เรื่องง่ายนักประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสได้กำหนดลักษณะของธุรกรรมที่จะพิจารณาในทาง “ภาวะวิสัย” (Objective Criterion) ว่าการกระทำใดจะเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น ในการทำสัญญาซื้อขายนั้น ไม่ใช่ว่าการซื้อขายสินค้าหรือบริการจะเป็นธุรกรรมพาณิชย์ทั้งหมด แต่จำกัดเฉพาะการซื้อขายสินค้าเพื่อนำมาขายต่อเพื่อหากำไรหรือหาประโยชน์อย่างอื่น การพิจารณาในทางภาวะวิสัยนั้น หากพิจารณาให้ลึกซึ้งลงไปในทาง “อัตวิสัย” (Subjective Criterion) ในกรณีต่างๆ กันไปว่าเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์หรือไม่ เช่น การกระทำที่มีใช้ธุรกรรมทางพาณิชย์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้ากระทำโดยบุคคลที่เป็นพ่อค้าซึ่งหมายถึงบุคคลที่หาเลี้ยงชีพในการทำธุรกรรมในทางพาณิชย์เป็นปกติวิสัยก็เป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ได้ ดังนั้นสัญญาจ้างที่พ่อค้าทำกับเซลล์แมนเพื่อให้ขายของแก่ตนเป็นประจำในทางธุรกิจจึงเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ ในขณะที่การจ้างลูกจ้างให้ทำงานบ้านไม่ใช่ธุรกรรมทางพาณิชย์ (ฉันทพงศ์ โปษกะบุตร, ม.ป.ป., หน้า 20-27)

สำหรับที่มาที่สำคัญของกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส ก็คือประมวลกฎหมายพาณิชย์ที่ตราใน ค.ศ.1807 ซึ่งมี 648 มาตรา นอกจากนี้ยังมีรัฐบัญญัติและกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายบริหารอีกมาก แต่ที่น่าสังเกตคือ ในกฎหมายพาณิชย์นี้บทบาทของจารีตประเพณีและทางปฏิบัติมีมากกว่าในประมวลกฎหมายแพ่งมาก

1) ขอบเขตของกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสและผลแตกต่างเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่ง คำว่าการพาณิชย์ (Commerce) ในกฎหมายฝรั่งเศสมีความหมายกว้างขวางมาก กล่าวคือรวมทั้งกิจกรรมอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่แท้จริง สิ่งที่อยู่นอกขอบเขตของการพาณิชย์ ได้แก่ การเกษตรกรรม และกิจการเหมืองแร่ การหัตถกรรมและวิชาชีพอิสระ ทั้งนี้โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้ให้คำนิยามยาวเหยียดว่าการใดบ้างที่ให้อถือว่าเป็นการประกอบพาณิชย์กรรม (Actes de Commerce) ผู้ที่ประกอบกิจการพาณิชย์กรรมเป็นปกติจะจัดว่าเป็นพ่อค้า (Commerçant) และเมื่อเป็นการประกอบพาณิชย์กรรมแล้วก็จะอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายพาณิชย์ซึ่งจะมีผลแตกต่างในหลักกฎหมายสารบัญญัติที่บังคับใช้ไม่เหมือนกับหลักกฎหมายแพ่งบางประการ อาทิ หลักกฎหมายนี้รวม อัตราดอกเบี้ย ฯลฯ แต่ข้อแตกต่างส่วนใหญ่เป็นเรื่องทางวิธีพิจารณาความมากกว่า อาทิ ในบางกรณีที่กฎหมายแพ่งต้องการหลักฐานเป็นหนังสือ ในกฎหมายพาณิชย์อาจนำสืบพยานบุคคลได้ประการหนึ่ง และกฎหมายล้มละลายฝรั่งเศสจะบังคับได้เฉพาะกับพ่อค้าเท่านั้น และประการสุดท้าย คดีทางพาณิชย์อยู่ในเขตอำนาจศาลที่มีวิธีพิจารณารวบรัด คือ ศาลพาณิชย์ (Tribunaux de Commerce)

2) บุคคลในกฎหมายพาณิชย์ นอกจากพ่อค้าซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาแล้ว ก็ยังมีนิติบุคคลในกฎหมายพาณิชย์ซึ่งมีกฎหมายนอกประมวลกฎหมายพาณิชย์รับรองอยู่ อาทิ หุ้นส่วน (Sociétés des Personnes) และบริษัท (Sociétés de Capitaux) สำหรับห้างหุ้นส่วน ยังแยกเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ (Société en nom Collectif) และห้างหุ้นส่วนจำกัด (Société en Commandite Simple) ส่วนบริษัทนั้นมีบริษัทจำกัด (Société Anonyme) ซึ่งหุ้นอาจโอนให้กันได้ และผู้ถือหุ้นรับผิดชอบไม่เกินมูลค่าหุ้นและยังมีบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ (Société à Responsabilité Limitée) ซึ่งฝรั่งเศสไปลอกเลียนมาจากของเยอรมันซึ่งคล้ายห้างหุ้นส่วนตรงที่หุ้นในบริษัทนี้ โอนได้ลำบาก ยากเย็นมาก แต่ข้อบังคับที่ใช้กับบริษัทประเภทนี้ใกล้เคียงกับบริษัทจำกัดมาก และปัจจุบันเป็นบริษัทประเภทที่นิยมกันมากที่สุด (ร้อยละ 65 ของบริษัทใหม่ทั้งหมด) ส่วนนิติบุคคลที่ประกอบพาณิชย์กรรมของรัฐนั้นมีกฎหมายพิเศษรองรับ

บุคคลผู้ประกอบการพาณิชย์เหล่านี้ต้องจดทะเบียนพาณิชย์ (Registre du Commerce) และต้องมีสมุดบัญชี เอกสารที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำไว้ ส่วนสินทรัพย์ทางพาณิชย์ (Fonds de Commerce) อันประกอบด้วยบรรดาวัตถุที่รูปร่าง อาทิ สหกรณ์ทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ทั้งหลาย

รวมตลอดถึงสิทธิในชื่อเสียงทางการค้า (Good Will) ชื่อเครื่องหมายการค้า สิทธิทางพาณิชย์ (สิทธิที่จะอนุญาตให้ใช้วิธีการผลิตบริการ : Right of Lease) ฯลฯ ซึ่งทั้งหมดนี้ย่อมประกอบเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ในด้านการประกอบพาณิชย์กรรมนั้น โดยปกติย่อมทำโดยสัญญา ซึ่งใช้หลักในกฎหมายแพ่งผสมกับกฎหมายทางพาณิชย์ที่ตราขึ้นโดยเฉพาะ รวมตลอดจนบรรดาประเพณี ทางการค้าทั้งหลาย โดยรัฐเข้าไปแทรกแซงให้ความสัมพันธ์ทางพาณิชย์เป็นไปด้วยดีมากขึ้น อาทิ มีกฎหมายควบคุมการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ ในบรรดาสัญญาที่ถูกควบคุมมากที่สุดคงจะได้แก่ สัญญาซื้อขาย นอกจากนี้ความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ฝรั่งเศสเริ่มมีลักษณะเป็นการค้าระหว่างประเทศมากขึ้นเป็นลำดับ (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 128)

1.1.2 หลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสมีการแยกวิธีพิจารณาความเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ

1) วิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ซึ่งส่วนใหญ่ใช้หลักเดียวกันจะต่างกันก็ตรงรายละเอียดปลีกย่อยที่ถือว่าคดีพาณิชย์ควรต้องดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว ดังนั้นกฎเกณฑ์ของวิธีพิจารณาความแพ่งที่นำมาใช้จึงต้องปรับสภาพให้การพิจารณาคดีพาณิชย์เป็นไปโดยรวดเร็วขึ้น โดยการตัดรูปแบบและพิธีการ (formalism) ให้ลดลง เช่น ในคดีพาณิชย์อาจรับฟังยานบุคคลสำหรับเรื่องที่ต้องอาศัยพยานเอกสารถ้าเป็นคดีแพ่งได้ เป็นต้น

2) วิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องเสมอโดยเฉพาะในคดี มัชฌิมโทษและมหันตโทษ อันแสดงให้เห็นลักษณะของการยึดวิธีพิจารณาแบบไต่สวน (Inquisitorial System) ที่ให้อำนาจศาลหาความจริงให้ได้มากที่สุดและพึงสังเกตต่อไปว่าระบบ ลูกขุน (Jury) จะมีอยู่ที่แต่ในการพิจารณาคดีอาญามหันตโทษในศาลอุทธรณ์ซึ่งทำหน้าที่เป็นกูร์ดัสซิส (Cour d'Assises) มีอำนาจเป็นศาลชั้นต้นและศาลสุดท้ายในปัญหาข้อเท็จจริงในคดีอาญามหันตโทษเท่านั้น

3) วิธีพิจารณาความปกครอง ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาความแบบไต่สวน กล่าวคือ ศาลและเจ้าพนักงานของศาลมีอำนาจสืบเสาะข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานมาก นอกจากนั้นยังมีลักษณะเป็นวิธีพิจารณาความแบบที่ใช้ลายลักษณ์อักษรเป็นจดหมายตอบโต้กันเป็นส่วนใหญ่ และประการสุดท้ายยังมีลักษณะเป็นวิธีพิจารณาความแบบเสียค่าใช้จ่ายน้อยมาก

แต่ในปัจจุบัน ระบบวิธีพิจารณาความฝรั่งเศสวิวัฒนาการไปในทางที่จะเป็นระบบวิธีพิจารณาความแบบไต่สวนมากขึ้น แม้กระทั่งในวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแต่เดิมมากถือกันว่าเป็นแบบกล่าวหา (accusatory procedure) คือ ให้ความนำพยานมาสืบประกอบฟ้องหรือคำให้การของตนเอง โดยศาลต้องทำตัวเป็นกลาง ปัจจุบันนี้มีการแก้ไขกฎหมายให้อำนาจศาลเข้า

ไปมีส่วนร่วมในการถามพยาน สืบพยานมากขึ้น เพื่อให้คดีเสร็จโดยเร็วประการหนึ่ง และเพราะคิดกันว่าเรื่องการค้าเงินคดีเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะที่ศาลต้องเข้าไปรักษาอีกประการหนึ่ง จนมีผู้กล่าวว่าปัจจุบันระบบวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมีลักษณะผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนไปพร้อมๆ กัน (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 132-133)

สำหรับในส่วนของการดำเนินคดีแพ่งนั้น สิ่งแรกที่โจทก์ต้องทำคือ จัดการให้จำเลยอยู่ในสภาพที่จะต่อสู้คดีได้ ซึ่งได้แก่ การส่งคำฟ้อง (L'exploit d'ajournement) ให้แก่จำเลย เมื่อจำเลยได้รับคำฟ้องแล้วจะต้องตั้งทนายความ (Avoue) เมื่อทนายจำเลยได้รับแต่งตั้งแล้ว จะต้องส่งคำบอกกล่าวไปให้ทนายโจทก์ทราบ การตั้งทนายจำเลยนี้ จำเลยจะต้องตั้งภายในเวลาซึ่งปรากฏในคำฟ้อง เมื่อระยะเวลาตั้งทนายผ่านพ้นไปแล้ว ทนายโจทก์จะส่งคำฟ้องแก่ศาล โดยปกติแล้วภายใน 15 วัน แล้วจะต้องแจ้งให้จำเลยทราบเพื่อจำเลยจะได้ยื่นคำให้การต่อสู้คดี ทนายจำเลยต้องส่งคำให้การให้ทนายโจทก์ทราบภายใน 15 วัน เมื่อครบกำหนด 15 วันแล้ว ทั้งโจทก์และจำเลยจะยื่นคำแถลงแก้คำฟ้อง คำให้การของอีกฝ่ายหนึ่งต่อศาล การสืบพยานอาจจะเริ่มขึ้นได้ โดยคู่ความทั้งสองฝ่ายร้องขอหรือศาลสั่งเอง เมื่อคู่ความประสงค์จะให้มีการสืบพยาน ทนายของฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการสืบพยานจะมีหนังสือไปยังทนายอีกฝ่ายหนึ่ง แจ้งประเด็นที่จะสืบ การกำหนดประเด็นที่จะนำสืบนี้เป็นเรื่องสำคัญ เพราะศาลจะได้ทราบว่าประเด็นนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือไม่ ในกรณีที่ศาลสั่งให้การสืบพยาน คำสั่งศาลที่ให้สืบพยานนั้นจะต้องประกอบด้วยประเด็นที่จะสืบ ประเด็นนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท จะสืบพยานได้แต่เฉพาะที่เกี่ยวกับประเด็นที่ศาลสั่งให้สืบเท่านั้น กำหนดเวลา ทนายของคู่ความจะแจ้งชื่อ นามสกุล ที่อยู่ของพยานแก่ศาลภายในเวลาที่ศาลกำหนด และวันเวลาและสถานที่ที่จะสืบพยาน ศาลจะส่งคำสั่งศาลที่ให้สืบพยานแก่ทนายความทั้งสองฝ่ายภายใน 3 วัน ในกรณีที่จำเลยไม่ได้ตั้งทนายจะส่งไปให้จำเลยโดยตรงทางจดหมายลงทะเบียน ภายใน 3 วัน คำสั่งศาลที่สั่งให้สืบพยานนั้นจะต้องกำหนดลงไปด้วยว่า จะสืบพยานโดยวิธีใด คือ ให้สืบพยานในห้องพิจารณาคดี (บุคคลภายนอกเข้าฟังได้) หรือสืบพยานโดยพิจารณาลับ บุคคลภายนอกเข้าฟังไม่ได้ (Chambre du Conseil) กรณีเมื่อโจทก์ขอสืบพยานแล้ว จำเลยมีสิทธิที่จะนำพยานของตนมาสืบแก้ข้อหาของโจทก์ได้ การอ้างพยานของจำเลยในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตศาล เพราะเป็นสิทธิของจำเลยที่จะต่อสู้คดี แต่ในกรณีที่มิใช่สืบพยานเพื่อแก้ข้อหาของโจทก์ แต่จำเลยประสงค์ที่จะสืบพยานเพื่อพิสูจน์พยานหลักฐานของตน จำเลยจะต้องออกจากศาลก่อน

ผู้ที่จะเป็นพยานได้นั้น ตามหลักแล้วทุกคนที่รู้เห็นเหตุการณ์มีสิทธิเป็นพยานได้ แต่มีข้อยกเว้นคือ บุคคลที่ต้องคำพิพากษาคดีอุกฤษ โทษ (Crime) หรือคดีมั่วชม โทษ (Delit) ซึ่งถูกตัดสิทธิทางแพ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34 และมาตรา 42 ข้อ 8 ไม่มีสิทธิเป็นพยาน

ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงของทั้งสองฝ่ายนอกจากลูกและหลานเป็นพยานได้ ทั้งนี้เพราะญาติพี่น้องโดยใกล้ชิดเท่านั้นที่จะทราบเรื่องดี คนเสมือนไร้ความสามารถไม่มีสิทธิเป็นพยาน

การนัดพยาน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า คู่ความจะต้องแจ้งชื่อและที่อยู่ของพยานให้จำศาลทราบภายในเวลาที่กำหนด ถ้าคู่ความเพิกเฉยไม่แจ้งชื่อพยานให้จำศาลทราบภายในกำหนดก็จะเสียสิทธิที่จะนำพยานนั้นมาสืบ นอกจากศาลจะอนุญาตให้เป็นพิเศษ นอกจากนี้คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานจะต้องแจ้งชื่อพยานให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย โดยแจ้งแก่ทนายความ ถ้าฝ่ายนั้นไม่มีทนายจะต้องแจ้งโดยส่งพนักงานส่งหมาย การนัดพยาน จำศาลจะส่งจดหมายลงทะเบียนไปยังพยานแจ้งว่าศาลมีคำสั่งให้สืบพยาน จะสืบพยานในเรื่องใด และด้วยทกกฎหมายที่ลงโทษพยานที่ไม่ไปศาลตามกำหนด หรือไปศาลแล้วแต่ไม่ยอมให้การ นอกจากนี้จะต้องแจ้งถึงสถานที่ที่จะสืบพยานและต้องให้เวลาพยานอย่างน้อย 5 วันก่อนพยานไปให้การศาล

เมื่อมีการสืบพยานระหว่างการดำเนินคดี ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ติดตามคดี อาจจะเรียกคู่ความมาศาลเพื่อไต่ถามเคลือบประนีประนอมยอมความกันได้ และคอยควบคุมดูแลให้คู่ความปฏิบัติตามให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น คอยระวังให้คู่ความแลกเปลี่ยนคำแถลงแก้ (Conclusion) และส่งพยานหลักฐานไปให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ ถ้าคู่ความโต้เถียงกันเกี่ยวกับพยานหลักฐานใด ผู้พิพากษาดูคดีมีอำนาจชี้ขาดลงไปได้ ถ้าเห็นสมควรสืบพยานเพิ่มเติมก็อาจให้สั่งให้สืบพยานได้ เมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายได้แลกเปลี่ยนคำแถลงการณ์ปิดคดี (Conclusion Definitive) แล้วก็ป็นอันสิ้นสุดการพิจารณาคดีในชั้นผู้พิพากษาดูคดีแล้วก็เป็นอันสิ้นสุดการพิจารณาคดีในชั้นผู้พิพากษาดูคดี ผู้พิพากษาดูคดีจะนัดทนายความทั้งสองฝ่ายมาพบเพื่อสอบถามว่าประสงค์จะไปโต้แย้งกันต่อหน้าศาลในวันพิพากษาคดีหรือไม่ ถ้าคู่ความประสงค์เช่นนั้น ผู้พิพากษาดูคดีก็จะส่งสำนวนความไปให้หัวหน้าศาล (กรณีที่เป็นศาลจังหวัด) หัวหน้าศาลจะได้อำนาจกำหนดวันพิพากษาคดี แล้วจำศาลจะมีหนังสือแจ้งให้คู่ความทั้งสองฝ่ายทราบ เมื่อถึงวันกำหนดนัด จำศาลจะอ่านคำแถลงการณ์ปิดคดีของคู่ความทั้งสองฝ่ายให้ศาลฟัง แล้วผู้พิพากษาดูคดีจะอ่านรายงานการติดตามคดีซึ่งมีคำฟ้อง คำให้การ การสืบพยาน คำแถลงของคู่ความแล้ว จะต้องแจ้งด้วยว่า ทนายทั้งสองฝ่ายประสงค์จะแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือไม่ เมื่อผู้พิพากษาดูคดีอ่านรายงานการติดตามคดีเสร็จก็หมดหน้าที่ ต่อไปเป็นเรื่องที่ศาลจะพิพากษาคดี หัวหน้าศาลจะให้ทนายโจทก์แถลงการณ์ด้วยวาจาก่อนแล้วทนายจำเลยแถลงแก้ แล้วหัวหน้าศาลกล่าวปิดการพิจารณาคดีและพิพากษาคดี

1.1.3 ระบบศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส

ระบบศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส แบ่งออกได้ดังต่อไปนี้

1) ศาลหลักชั้นต้นของฝรั่งเศส มีลักษณะพิเศษตรงที่เป็นศาลที่มีความชำนาญและอำนาจตัดสินคดีเฉพาะเรื่องต่างๆ มากมาย แต่ศาลชั้นต้นที่พอจัดเป็นศาลหลักทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ได้แก่ ตรีบูนาล เดอ กรอง แองสตองส์ (Tribunal de Grande Instance) ซึ่งอาจเทียบเทียบๆ ได้กับศาลจังหวัดของไทยและตรีบูนาล แดงสตองส์ ((Tribunal d'Instance) ซึ่งอาจเทียบเทียบๆ ได้กับศาลแขวง

โดยหลักตรีบูนาล เดอ กรอง แองสตองส์ เป็นศาลชั้นต้นในคดีแพ่งซึ่งมีอำนาจทั่วไป กล่าวคือ ถ้าคดีใด ไม่มีกฎหมายระบุให้เป็นอำนาจของศาลอื่นแล้วก็ต้องขึ้นศาลนี้ทั้งสิ้น และหากคดีนั้น มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 2,500 แฟรังก์ แล้วคำพิพากษาของศาลนี้ในข้อเท็จจริงก็ถึงจะที่สุด อุทธรณ์ฎีกาต่อไปไม่ได้ นอกจากนั้นศาลก็ยังมีความเป็นศาลพิจารณาอุทธรณ์ของศาลอื่นได้อีกเช่น กรณีอุทธรณ์มาจากตรีบูนาล แดงสตองส์ ส่วนในคดีอาญานั้นศาลเดียวกันนี้จะมีอำนาจเป็นศาลได้ส่วนมูลฟ้อง (Judge d'Instruction) และศาลคดีมัชฌิม โทซ (Tribunal Correctionnel) อีกด้วย ศาลนี้มีองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 2 นาย ซึ่งตั้งอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศส

ส่วนตรีบูนาล แดงสตองส์นั้นเป็นศาลที่ตั้งขึ้นแทนศาลผดุงสันติ (Judice of the Peace หรือ Judice de Paix) มีองค์คณะเป็นผู้พิพากษาอาชีพนายเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งเล็กๆ น้อยๆ โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับหนี้หรือสังหาริมทรัพย์ซึ่งหากทุนทรัพย์ไม่เกิน 2,500 แฟรังก์ก็จะอุทธรณ์ฎีกาข้อเท็จจริงไม่ได้ ส่วนในคดีอาญานั้นศาลนี้จะทำหน้าที่เป็นศาลตำรวจ (Tribunal de Police) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีลหุโทษ

2) ศาลชั้นต้นเฉพาะคดี นอกจากสองศาลดังกล่าวแล้วในคดีแพ่งยังมีศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะอีกหลายประเภท อาทิ คดีพาณิชย์ต้องขึ้นศาลพาณิชย์ (Tribunal de Commerce) คดีแรงงานขึ้นศาลกงเซย เดอ พรูดอม (Conseil de Prud' Hommes) หรือศาลแรงงาน นอกจากนั้นก็ยังมีคดีเด็กและเยาวชนและอื่นๆ อีกมาก แต่ศาลเหล่านี้มักประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพเพียงส่วนเดียว นอกจากนั้นอาจเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นๆ เช่น ศาลพาณิชย์ก็ประกอบด้วยพ่อค้า ศาลแรงงานก็มีตัวแทนฝ่ายลูกจ้างนายจ้างเป็นผู้พิพากษาอยู่ด้วย

3) ศาลอุทธรณ์ (Cours d'Appel) ของฝรั่งเศสประกอบด้วยศาลถึง 27 ศาล มีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายจากศาลชั้นต้นที่กล่าวมาแล้วทุกศาลในคดีแพ่ง ศาลอุทธรณ์เหล่านี้จะแยกเป็นคณะมีความชำนาญพิเศษเฉพาะเรื่อง อาทิ คณะแพ่ง คณะสังคม (Chamber Sociale) ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอุทธรณ์จากศาลแรงงาน ศาลประกันสังคม ฯลฯ ส่วนในคดีอาญา ศาลอุทธรณ์เหล่านี้จะแยกเป็นสามคณะคือ คณะพิจารณาอุทธรณ์จากศาลตรีบูนาล เดอ กรอง แองสตองส์ ในคดีมัชฌิม โทซคณะได้ส่วนมูลฟ้องในคดีอาญามหันตโทษและคณะพิจารณาพิพากษาคดีอุกฉกรรจ์มหันตโทษในชั้นต้น ตรงจุดนี้พึงสังเกตว่า ถ้า

เป็นคดีมหันตโทษแล้วจะขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ซึ่งทำหน้าที่เป็นกูร์ คัสซิส (Cour d'Assises) เลยทีเดียว ไม่ต้องผ่านศาลชั้นต้นอื่นๆ ก่อน ด้วยเหตุนี้ในกูร์ คัสซิสจึงมีระบบการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน เป็นแห่งเดียวในประเทศฝรั่งเศส ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะศาลอุทธรณ์ซึ่งทำหน้าที่เป็นกูร์ คัสซิสนี้มีอำนาจเป็นศาลชั้นต้นและศาลสุดท้ายในปัญหาข้อเท็จจริงในคดีอาญามหันตโทษ องค์คณะของศาลอุทธรณ์จะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 นาย นอกจากนั้นยังมีอธิบดี 1 นายและที่ปรึกษา 2 นาย

4) ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ซึ่งมีเพียงศาลเดียวในฝรั่งเศส ตั้งอยู่ ณ กรุงปารีส และมีผู้พิพากษานับร้อยคน แยกเป็นคณะใหญ่ 5 คณะ คือ

1. คณะแพ่ง 1
2. คณะแพ่ง 2
3. คณะพาณิชย์
4. คณะสังคม
5. คณะอาญา

และทุกคนจะมาประชุมรวมเป็นที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา (Assemblée Plénière) เมื่อคดีเกิดปัญหาต้องวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนหรือคำพิพากษาอาจกระทบกระเทือนถึงบรรทัดฐานที่วางมาแล้ว ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาแต่ในปัญหาข้อกฎหมายเพียงประการเดียว ไม่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริงเลย หากข้อเท็จจริงที่ได้มาโดยศาลล่างได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาก็จะให้ยกคำพิพากษาศาลล่างและให้หาข้อเท็จจริงใหม่โดยชอบด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้กล่าวว่า ศาลฎีกาฝรั่งเศสเป็นศูนย์แห่งเอกภาพของศาลยุติธรรมเพราะไม่ว่าจะขึ้นศาลทั่วไปหรือศาลพิเศษในชั้นต้นหรืออุทธรณ์ก็ตามในปัญหาข้อกฎหมายต้องถือตามที่ศาลฎีกาตัดสิน (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมา-ธิราช, 2544 ก, หน้า 130-131)

1.1.4 ระบบศาลพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส

สำหรับในส่วนของศาลพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส (Tribunaux de Commerce) ก่อตั้งขึ้นมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 หรือปี ค.ศ.1563 ประมาณ 443 ปีมาแล้ว จัดเป็นศาลคดีพิเศษ ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ฟ้องร้องกันเฉพาะเรื่องการค้า หรือทางปฏิบัติในทางการค้าไม่ว่าระหว่างพ่อค้าด้วยกัน หรือระหว่างพ่อค้ากับบุคคลใดซึ่งเกี่ยวข้องกับทางการค้าและในคดีล้มละลายด้วย ทั้งมีระบบการฟื้นฟูกิจการ การชำระบัญชีบริษัท โดยหากสถานะบริษัทเริ่มวิกฤตแต่ยังคงอยู่ได้ อาจดีขึ้น ผู้พิพากษาจะพิจารณาหาวิธีป้องกันให้บริษัทมีกิจการค้ายังคงอยู่ได้ แต่หากเป็นขั้นที่วิกฤตมากขึ้น ผู้บริหารต้องทำการหาทางช่วยเหลือให้บริษัทคงอยู่ได้ ขั้นสุดท้ายเป็นขั้นที่บริษัทไม่สามารถอยู่ได้ และเกิดความล้มเหลวแล้ว (พิมลรัตน์ วรรณะหทัย, 2548, หน้า 57)

เหตุที่มีการจัดตั้งศาลพาณิชย์ในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากในสมัยนั้นได้มีการขยายตัวทางการค้าเรื่อยมา และมีความจำเป็นเพราะมีคดีความขึ้นโรงขึ้นศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ เป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพาณิชย์เป็นพิเศษแยกต่างหากจากศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง สำหรับผู้พิพากษาของศาลพาณิชย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะไม่ใช่ผู้พิพากษาอาชีพ หรือผู้พิพากษาประจำ แต่จะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางการพาณิชย์ โดยจะไม่ได้รับค่าจ้าง เงินเดือนหรือค่าตอบแทนใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งจะเลือกมาจากสมาชิกสมาคมทางการค้าพาณิชย์ด้านต่างๆ ซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติฝรั่งเศส อายุตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไป ไปได้ลงทะเบียนทำการพาณิชย์ส่วนบุคคลมาไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือเป็นประธานบริษัทมาไม่น้อยกว่า 5 ปี และต้องลงทะเบียนในบัญชีของผู้สมัครรับเลือกตั้งในศาลพาณิชย์ เมื่อได้รับเลือกตั้งแล้ว ต้องปฎิญาณตนก่อนดำรงตำแหน่ง (พินลรัตน์ วรรณะหทัย, 2548, หน้า 58) จากนั้นก็จะมีการเลือกประธานศาลจากผู้ที่ได้รับเลือกตั้ง มีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปี มีองค์คณะ 3 คน ศาลพาณิชย์ของฝรั่งเศสมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ คดีล้มละลาย คดีเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท และคดีที่เรียกค่าเสียหายเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์

การอุทธรณ์คดีพาณิชย์ให้ยื่นต่อศาลอุทธรณ์แผนกคดีแพ่งในประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น และสามารถยื่นฎีกาต่อไปได้ยังศาลฎีกาของฝรั่งเศส (Court of Cassation) (ฉัฐพงศ์ โปษกะบุตร, ม.ป.ท., หน้า 29)

1.2 ระบบกฎหมายพาณิชย์และหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศเยอรมัน

1.2.1 ระบบกฎหมายพาณิชย์ของประเทศเยอรมัน (HGB - Handelsgesetzbuch)

กฎหมายพาณิชย์ของเยอรมัน (Handelsrecht) ครอบคลุมเนื้อหาสาระในทางพาณิชย์ทุกลักษณะ เช่น การจดทะเบียนทางการค้า (Handelsregister) บริษัท (Firma) เครื่องหมายการค้า (Warenzeichen) การประกันภัย (Versicherung) การธนาคารและตลาดหลักทรัพย์ (Bank und Boerse) กิจการขนส่ง (Transportwesen) นอกจากนี้ยังมีเรื่องระบบการตีความสัญญา และเรื่องวิธีปฏิบัติในทางการค้า (Merchant Usage) อีกด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายพาณิชย์จะไม่ครอบคลุมถึงกฎหมายที่ควบคุมดูแลหรือส่งเสริมเศรษฐกิจโดยรัฐ เช่น กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด เนื่องจากถือว่ากฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายเศรษฐกิจ (Wirtschaftsrecht) ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน และกฎหมายพาณิชย์ก็มีความแตกต่างจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เพราะศูนย์กลางของกฎหมายพาณิชย์อยู่ที่การค้าขายระหว่างผู้ประกอบการค้า กฎหมายจึงมุ่งที่จะคุ้มครองพ่อค้า (Trader) หลักความสุจริตในเรื่องของพ่อค้ากับเรื่องของผู้บริโภคอาจแตกต่างกันไป นอกจากนี้ กฎหมายพาณิชย์ยังมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายอุตสาหกรรม (Gewerberecht) และกฎหมายแรงงาน (Arbeitsrecht)

หลักกฎหมายพาณิชย์ของเยอรมันส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ (HGB - Handelsgesetzbuch) อย่างไรก็ตามกฎหมายพาณิชย์อาจอยู่ในประมวลกฎหมายเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกันจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ด้วย และการใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ก็ยังคงต้องนำหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ด้วยเสมอ เพราะตามกฎหมายถือว่ากฎหมายพาณิชย์เป็นบทเฉพาะของกฎหมายแพ่งทั่วไป

ประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมันแบ่งเป็น 5 บรรพ ได้แก่ เรื่องสถานะทางการค้า (Handelsstand) องค์กรธุรกิจ (Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft) การจดทะเบียนการค้า (Handelsbuecher) การประกอบกิจการค้า (Handelsbuecher) และการค้าทางทะเล (Seehandel) นอกจากนี้กฎหมายพาณิชย์ยังรวมถึงกฎหมายที่อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอื่นๆ อีกด้วย เช่นการประกันภัย การธนาคารและตลาดหลักทรัพย์ หลักกฎหมายพาณิชย์เหล่านี้มุ่งที่จะควบคุม ธุรกรรมทางเศรษฐกิจมากกว่าที่จะควบคุมผู้ประกอบการค้าโดยตรง (คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, 2548, หน้า 49-50)

แม้กฎหมายพาณิชย์ของเยอรมันจะเป็นกฎหมายพิเศษของพ่อค้าแต่ก็มีความสัมพันธ์กับกฎหมายแพ่ง ไม่อาจแยกจากกันได้อย่างเด็ดขาด หลักการสำคัญในการทำนิติกรรมสัญญา ก็ยังต้องใช้กฎหมายแพ่ง กฎหมายแพ่งถือหลักทั่วไป ส่วนกฎหมายพาณิชย์ถือเป็นบทเฉพาะที่นำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์เช่นเดียวกับฝรั่งเศส

ในประเทศเยอรมัน ธุรกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายอาจแบ่งเป็นธุรกรรมทางแพ่ง (Civil Transaction) ธุรกรรมทางการค้า (Commercial Transaction) และธุรกรรมอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่หลายเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอาจจะโยงอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งหรือประมวลกฎหมายพาณิชย์ก็ได้ เช่น ในกฎหมายแพ่งมีการกำหนดเรื่องสัญญามาตรฐาน (Standard Term Contract) ไว้ด้วย เพราะเรื่องข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Contract) ของเยอรมันถือเป็นเรื่องการค้าความตามกฎหมายแพ่ง ในเรื่องความสุจริต (Good Faith) โดยมีการวางหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งอย่างเป็นระบบ

กฎหมายพาณิชย์เป็นกฎหมายพิเศษของพ่อค้า (Sonderprivatrecht der Kaufleute) แต่ไม่มีความแตกต่างอย่างเด็ดขาดจากกฎหมายแพ่ง (Buergerliches Recht) หลักสำคัญๆ หลายเรื่องตามกฎหมายสัญญายังอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น หลักเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo : CIC) เพื่อให้ประชาชนใช้กฎหมายอย่างเข้าใจ เป็นความรู้พื้นฐาน

กฎหมายพาณิชย์กับกฎหมายแพ่งแตกต่างกันที่รากฐานความคิด โดยกฎหมายแพ่งจะเน้นเรื่องของสิทธิเสรีภาพของบุคคลทุกคนที่มีในชีวิตและทรัพย์สินของตน กล่าวคือ เป็นเรื่องของการกำหนดเจตจำนงของบุคคลที่จะทำนิติสัมพันธ์กันในแบบต่างๆ อันเป็นรากฐานมาจากการต่อสู้

ในทางการเมือง โดยเฉพาะการได้รับอิทธิพลโดยตรงจากการปฏิวัติในฝรั่งเศส (French Revolution) ในขณะที่กฎหมายพาณิชย์เป็นธรรมเนียมการค้าและกฎเกณฑ์ทางการค้าของพ่อค้าวาณิชเท่านั้น ไม่ได้ผูกพันบุคคลทั่วไปทุกคน แต่หากศึกษาจากประวัติศาสตร์ยุโรปแล้ว จะพบว่าสิทธิหรือกฎเกณฑ์ของพลเมืองเป็นเรื่องที่มาทีหลังสิทธิหรือกฎเกณฑ์ของพ่อค้าเสียอีก

อย่างไรก็ตาม มีหลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นความแตกต่างที่สำคัญระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์เยอรมันบางประการ คือ

1) จารีตประเพณีและวิธีปฏิบัติทางการศาลของพ่อค้าให้นำมาพิจารณาประกอบในการตีความสัญญาและผลของสัญญา

2) ในกรณีที่มีการทำสัญญาในทางการค้าด้วยวาจาระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ถ้าได้มีการส่งหนังสือยืนยัน (Letter of Confirmation) การทำสัญญาไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่มีการปฏิเสธการทำสัญญาหรือมีข้อคัดค้านประการใด คู่กรณีที่ได้รับหนังสือยืนยันก็ชอบที่จะส่งคำปฏิเสธหรือคำคัดค้านกลับไปยังผู้ส่งหนังสือโดยทันที มิฉะนั้นจะมีผลผูกพันคู่กรณีหลักนี้เรียกว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมในการทำสัญญาด้วยการนิ่ง (Consent by Silence) เป็นหลักกฎหมายแพ่งที่นำมาใช้สำหรับผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ในเยอรมัน ยกเว้นหลักทั่วไปที่ว่า การนิ่งไม่ถือเป็นการแสดงเจตนา

3) ในกรณีที่มีหนังสือยืนยันระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ในการทำสัญญาซื้อขายจากผู้ขายส่งไปยังผู้ซื้อ ผู้ซื้อจะต้องรีบตรวจสอบสภาพสินค้าเพื่อทราบถึงความชำรุดบกพร่องตามที่เคยถือปฏิบัติหรือตามที่ผู้ขายได้แจ้งให้ทราบโดยทันที พร้อมทั้งแจ้งให้ผู้ขายทราบหากมีความชำรุดบกพร่องของสินค้าเกิดขึ้น โดยทันที มิฉะนั้นถือว่าผู้ซื้อได้รับสินค้าโดยถูกต้องปราศจากการชำรุดบกพร่อง เว้นแต่ความชำรุดบกพร่องอาจจะเห็นประจักษ์ได้ขณะตรวจสอบสินค้านั้น

4) บทบัญญัติเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือบางประการมิให้นำมาใช้กับธุรกรรมทางพาณิชย์ (ฉฐุพงศ์ โปษกะบุตร, ม.ป.ป., หน้า 28)

1.2.2 หลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศเยอรมัน

กฎหมายวิธีพิจารณาความของเยอรมันในทุกคดีมีลักษณะเด่นร่วมกันคือ ใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) คือ ให้ศาลมีบทบาทอย่างสูงในการเสาะหาพยานหลักฐานในคดีและกำกับกระบวนการวิธีพิจารณาความ อันต่างจากระบบวิธีพิจารณาความที่ใช้ในประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอน ลอว์ อย่างอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา และแม้ในประเทศไทย ซึ่งถือว่าศาลต้องทำตัวเป็นกลาง และทำหน้าที่ในการเสาะหาพยานหลักฐานมาเสนอเป็นเรื่องคู่ความและทนายความ ในระบบเยอรมันนี้ศาลจึงมีภาระมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพราะนอกจากการกำกับกระบวนการพิจารณาให้ดำเนินไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังต้องคัดเลือกและตรวจสอบพยานหลักฐานทุก

ประเภท พิจารณาว่าคำพยานใดรับฟังได้แค่ไหนเพียงใด ตั้งผู้ชำนาญการพิเศษ ฯลฯ ดังนั้น จำนวน ผู้พิพากษาในศาลต่างๆ ของเยอรมันจึงมีจำนวนรวมกันมาก (ในปี ค.ศ.1968 มีผู้พิพากษาในศาล ทั้งหลายรวมกันถึง 12,000 คน) และในระบบวิธีพิจารณาความของศาลเยอรมันหาไม่มีลูกขุน (Jury) คอยช่วยเหลือในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไม่ ศาลเองต้องทำหน้าที่นี้เหมือนๆ ศาลฝรั่งเศส แต่เยอรมัน กลับนิยมให้บุคคลที่มีโชนักกฎหมายอาชีพเข้ามาเป็นผู้พิพากษาคด้วย (อาทิ ในศาลเทศบาล และศาล เขตในคดีอาญา และในศาลพิเศษทั้งหลายก็ใช้บุคคลที่มีความชำนาญในเรื่องนั้นๆ แต่ไม่ใช่ นักกฎหมายเข้ามามีส่วนร่วมพิจารณาคดีกับศาล)

ในคดีแพ่งนั้น วิธีพิจารณาความแพ่งใช้พระธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877) ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung vom 30.1.1877) วิธีพิจารณาความแพ่งเริ่มด้วยคำฟ้อง โจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อการคุ้มครองสิทธิของตน จากรัฐ โดยยื่นฟ้องเป็นลายลักษณ์อักษร (Klageschrift)

1) ศาลชั้นต้นระดับล่างหรือศาลแขวง (Amtsgericht) เขตอำนาจของศาลชั้นต้น ระดับล่างในคดีแพ่ง มีดังนี้

- สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่เกิน 1,500 มาร์ค
- คดีพิพาทที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ หรือคดีปลดเปลื้องทุกข์ กล่าวคือข้อพิพาทเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมาย ความเสียหายที่เกิดจากการบล่าสัตว์ การทำลายป่า (มาตรา 23 GVG)

องค์คณะผู้พิพากษาในศาลนี้คือ ผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน

2) ศาลชั้นต้นมลรัฐ (Landgericht) แบ่งออกเป็นองค์คณะคดีแพ่งและองค์คณะคดีอาญา

องค์คณะคดีแพ่งในศาลชั้นต้นมลรัฐนี้ แบ่งออกเป็นองค์คณะต่างๆ ซึ่งมีทั้งองค์คณะทางคดีแพ่งและองค์คณะคดีพาณิชย์ และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งทั้งปวงที่เกินอำนาจของศาลชั้นต้นระดับล่าง (มาตรา 71, 72 GVG)

องค์คณะคดีแพ่งมีอำนาจพิจารณาคดีดังต่อไปนี้

- สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับทรัพย์สินมีราคาเกิน 1,500 มาร์ค
- คดีที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินหรือคดีปลดเปลื้องทุกข์เฉพาะคดีดังต่อไปนี้ กล่าวคือ คดีเกี่ยวกับสามีและภรรยา เช่น คดีหย่า คดีขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสเป็นโมฆะ และคดีที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงิน (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 606 ZPO) สิทธิโต้แย้งว่า ผู้พิพากษาหรือข้าราชการกระทำการนอกขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน หรือเนื่องจากละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ (มาตรา 71 GVG)

ศาลชั้นต้นนี้วินิจฉัยคดีอุทธรณ์คำพิพากษาและอุทธรณ์คำร้องคำวินิจฉัยอื่นๆ ของศาลชั้นต้นระดับล่าง (มาตรา 72 GVG) คดีที่จะอุทธรณ์ได้ต้องมีทุนทรัพย์เกินกว่า 200 มาร์ค ระยะเวลายื่นอุทธรณ์ 1 เดือน เริ่มนับแต่วันที่คู่ความได้รับคำวินิจฉัย อย่างช้าที่สุดไม่เกิน 5 เดือน หลังจากมีการประกาศคำพิพากษาคำฟ้องอุทธรณ์ จะต้องให้เหตุผลโดยยื่นการให้เหตุผลภายในระยะเวลา 1 เดือน นับแต่ได้ยื่นอุทธรณ์ (มาตรา 511 a, 516 ZPO) คำร้องอุทธรณ์ในเรื่องค่าใช้จ่ายและค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าวางศาล จะต้องมีจำนวนเกินกว่า 50 มาร์ค (มาตรา 567 ZPO)

องค์คณะผู้พิพากษาในศาลนี้คือผู้พิพากษาอาชีพ จำนวน 3 คน

ศาลชั้นต้นองค์คณะคดีพาณิชย์ (Kammer für Handelssachen) องค์คณะคดีพาณิชย์จะวินิจฉัยคดีพาณิชย์แทนองค์คณะคดีแพ่ง คดีพาณิชย์หมายถึง คดีพิพาททางแพ่งดังต่อไปนี้

- คำฟ้องเกี่ยวกับผู้ประกอบการค้าตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- คำฟ้องเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนหรือเช็ก
- คำฟ้องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างหุ้นส่วนในห้างด้วยกัน ทั้งในระหว่างที่

ดำเนินกิจการอยู่และหลังจากเลิกห้างและทำการชำระบัญชี

- คำฟ้องเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ตัวอย่างสินค้า หรือแบบของสินค้า
- คำฟ้องเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการผูกขาด
- คำฟ้องเกี่ยวกับกฎหมายทะเล กฎหมายบริษัท และคดีการค้าอื่นๆ (มาตรา 95

GVG)

ศาลชั้นต้นองค์คณะคดีพาณิชย์จะพิจารณาคดีเมื่อ โจทก์ยื่นฟ้องเป็นหนังสือ ถ้าโจทก์ยื่นฟ้องต่อองค์คณะคดีแพ่ง เมื่อจำเลยยื่นคำร้องคัดค้าน องค์คณะคดีแพ่งจะต้องส่งเรื่องมาให้องค์คณะคดีพาณิชย์พิจารณาพิพากษา องค์คณะคดีแพ่งไม่มีอำนาจหน้าที่หรือดุลยพินิจที่จะส่งเรื่องมายังองค์คณะคดีพาณิชย์หากจำเลยไม่ร้องขอ (มาตรา 95-98 GVG) หลักดังกล่าวนี้ใช้ในกรณีที่ศาลชั้นต้นมลรัฐองค์คณะคดีพาณิชย์อยู่ในฐานะศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีอุทธรณ์มาจากศาลชั้นต้นระดับล่าง แต่องค์คณะที่ไม่มีเขตอำนาจมีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปยังองค์คณะที่มีเขตอำนาจ (มาตรา 104 GVG)

องค์คณะคดีพาณิชย์ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน และผู้พิพากษากิตติมศักดิ์ หรือจะเรียกว่าผู้พิพากษาสมทบจำนวน 2 คน

ผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษากิตติมศักดิ์ได้จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติเยอรมัน อายุครบ 30 ปี บริบูรณ์ขึ้นไป และมีอาชีพหรือเคยมีอาชีพในทางการค้า กรรมการผู้จัดการบริษัท ผู้จัดการ

ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือประธานนิติบุคคลที่จดทะเบียนการค้าแต่งตั้งโดยคำแนะนำจากหอการค้า หรือการอุตสาหกรรม (มาตรา 105-109 GVG)

3) ศาลสูงมลรัฐ (Oberlandesgericht) ศาลสูงมลรัฐมีเขตอำนาจคดีแพ่งในการพิจารณาและพิพากษาคดีอุทธรณ์ในเรื่องต่อไปนี้

- คดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นมลรัฐในกรณีที่ศาลชั้นต้นมลรัฐเป็นศาลเริ่มแรก

- คดีอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้น (Beschwerde)

คำพิพากษาของศาลสูงมลรัฐในฐานะศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้นมลรัฐ ซึ่งศาลชั้นต้นมลรัฐทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์คดีจากศาลชั้นต้นระดับล่างหรือศาลแขวงนั้น คำพิพากษาดังกล่าวเป็นที่สุด (มาตรา 119 GVG, 511 ff ZPO)

องค์คณะของศาลสูงมลรัฐประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน (มาตรา 122 GVG)

4) ศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ตั้งอยู่ที่เมือง Karlsruhe ศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐพิจารณาพิพากษาคำฟ้องฎีกาในคดีแพ่ง ดังนี้

- พิจารณาพิพากษาคดีคำพิพากษาคดีอุทธรณ์ของศาลสูงมลรัฐ

- พิจารณาพิพากษาคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมลรัฐในฐานะศาลชั้นต้นที่กระโดดข้ามศาลสูงมลรัฐ โดยยื่นฎีกาต่อศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐ (Sprungsrevision) โดยตรง วัตถุประสงค์ของคำพิพากษาฎีกาของศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐนี้เพื่อรักษาความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา การพิจารณาพิพากษาในชั้นฎีกาจึงเป็นการวินิจฉัยจำกัดในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น เพื่อความยุติธรรมในคดีเฉพาะราย และจะให้เหตุผลเมื่อคำพิพากษาของศาลล่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทนายทรัพย์จะต้องเกินกว่า 25,000 มาร์ค หรือในกรณีที่ศาลสูงมลรัฐอนุญาตให้พิจารณานั้นเป็นการวินิจฉัยในหลักกฎหมายที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำพิพากษานั้นไม่เกินตามคำพิพากษาฎีกาของศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐ

ระยะเวลายื่นฎีกา 1 เดือน โดยเริ่มนับแต่วันที่ได้แจ้งคำพิพากษาให้คู่ความทราบ แต่อย่างช้าต้องไม่เกิน 5 เดือนนับแต่วันที่ประกาศคำพิพากษาดังกล่าว

คำฟ้องฎีกาจะต้องยื่นเป็นหนังสือต่อศาลยุติธรรมสูงสุดสหพันธ์รัฐและจะต้องให้เหตุผลในการยื่นฎีกาภายใน 1 เดือนนับแต่ได้ยื่นคำฟ้องฎีกา

1.2.3 ระบบศาลยุติธรรมของประเทศเยอรมัน

ระบบศาลยุติธรรมของประเทศเยอรมันมีลักษณะพิเศษน่าสนใจหลายประการ โดยมีหลักการสำคัญที่เป็นพื้นฐานของระบบศาลเยอรมันเสียก่อน หลักการที่ว่านี้มี 3 หลักคือ

1) หลักการความชำนาญพิเศษของศาล (Specialization)

2) หลักการกระจายอำนาจของศาล (Decentralization)

3) หลักการที่ถือว่าทุกศาลอยู่ในฝ่ายตุลาการ (Judiciary)

สำหรับหลักการความชำนาญพิเศษของศาลนั้นแสดงออกโดยการที่ศาลเยอรมันหาใช้ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปครอบคลุมคดีทุกคดีในกฎหมายทุกสาขาอย่างปรากฏในประเทศไทยหรืออังกฤษหรือไม่ ในทางตรงกันข้ามศาลเยอรมันกลับมีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะคดีบางประเภทตามกฎหมายบางเรื่องอันเป็นการให้ศาลแต่ละศาลมีความเชี่ยวชาญพิเศษเฉพาะกฎหมายและคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนั้นๆ ดังจะเห็นได้ว่า ทั้งในระดับมลรัฐ และระดับสหพันธ์จะมีศาล 6 ศาลสำคัญๆ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ กันดังนี้

1) ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเฉพาะคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

2) ศาลยุติธรรมธรรมดา (Ordentliche Gerichte) พิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญาทั่วไป

3) ศาลปกครอง (Verwaltungsgerichte) พิจารณาคดีปกครอง

4) ศาลภาษีอากร (Finanzgerichte) พิจารณาเฉพาะคดีภาษีอากร

5) ศาลแรงงาน (Arbeitsgerichte) พิจารณาเฉพาะคดีแรงงาน และ

6) ศาลประกันสังคม (Sozialgerichte) พิจารณาเฉพาะคดีการประกันสังคม

แต่ละศาลเหล่านี้จะมีทั้งศาลชั้นต้น ซึ่งเป็นศาลของมลรัฐ และศาลสูงสุด ซึ่งเป็นศาลของสหพันธ์ของตนเองทั้ง 6 ศาล และในทางดาราถือว่าศาลทั้ง 6 นี้ แบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลธรรมดา (รวมศาลแรงงานด้วย) และศาลปกครอง (รวมศาลภาษีอากรและประกันสังคมด้วย)

สำหรับหลักการกระจายอำนาจนั้นแสดงออกมาในรูปการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลมลรัฐ (Lander) กับศาลสหพันธ์ (Bund) โดยยึดหลักว่า ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ในแต่ละสาขาเป็นอำนาจของศาลมลรัฐ ส่วนศาลสหพันธ์ทั้ง 6 จะมีเขตอำนาจเฉพาะใช้ชั้นสุดท้ายซึ่งมักเกี่ยวกับสหพันธ์

ส่วนหลักการที่ว่าศาลทุกศาลสังกัดอยู่ในฝ่ายตุลาการ (The Judiciary) นั้นถือว่าทุกศาลที่กล่าวมาแล้วเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการและเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายตุลาการ โดยมีหลักประกันความอิสระในการตัดสินใจคดีกล่าวคือ ไม่อาจถูกโยกย้าย (Untransferability) หรือถอดถอน (Irremovability) เพราะการตัดสินใจคดีของตนได้เหมือนกับผู้พิพากษาทุกๆ ไปของอารยประเทศ หลักการนี้เองที่ทำให้แนวความคิดเรื่องศาลเยอรมันต่างจากศาลฝรั่งเศส โดยเฉพาะแนวความคิดของฝรั่งเศสที่ว่าศาลปกครองขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครอง (Administration) ส่วนศาลยุติธรรมขึ้นอยู่กับฝ่ายตุลาการ ไม่ได้รับการยอมรับในเยอรมัน เพราะเยอรมันถือว่าแม้จะแยกศาลตามความชำนาญพิเศษ แต่ทุกศาลก็ขึ้นอยู่กับฝ่ายตุลาการทั้งสิ้น ทั้งๆ ที่การคัดเลือกผู้พิพากษา และกระบวนการ

พิจารณาในแต่ละศาลอาจต่างกัน แต่ข้อนี้มีความสำคัญในเชิงทฤษฎีเท่านั้น ในทางปฏิบัติไม่ว่าศาลจะขึ้นอยู่กับฝ่ายใด อิศระของผู้พิพากษาก็เป็นที่ยอมรับในทุกระบบ (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 152-153)

1.2.4 ระบบศาลพาณิชย์ของประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันมีการปกครองแบบสหพันธ์ (Federal State) ประกอบด้วยมลรัฐจำนวน 16 มลรัฐ ระบบศาลของประเทศเยอรมันมีการรวมศาลในระดับมลรัฐกับศาลของสหพันธ์รัฐเป็นระบบศาลเดียวกัน แตกต่างจากในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีระบบศาลแยกออกเป็นศาลมลรัฐ (State Court) ซึ่งมีศาลชั้นต้น อุทธรณ์และฎีกาอยู่ในแต่ละมลรัฐกับศาลสหพันธ์ (Federal Court) ซึ่งก็มีทั้งศาลชั้นต้น ชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกาแยกต่างหากไปจากมลรัฐ ในแต่ละมลรัฐจะมีศาลชั้นต้น ซึ่งแบ่งออกเป็นศาลท้องถิ่น (Amtsgericht) ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีเล็กๆ น้อยๆ และศาลชั้นต้น (Landgericht) ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาทุกประเภท

ในศาลชั้นต้นระดับมลรัฐ (Landgericht) มีการจัดตั้งแผนกคดีพาณิชย์แยกต่างหากจากคดีแพ่งสามัญ คดีพาณิชย์ที่มาฟ้องที่ศาล Landgericht นี้จะได้รับการพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาพิเศษซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน และผู้พิพากษาสมทบอีก 2 คน (Layjudge) ที่มีประสบการณ์ในการค้าพาณิชย์ร่วมกันพิจารณาคดีตามวิธีพิจารณาคดีที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ

คู่ความที่ไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล Landgericht อาจอุทธรณ์ไปที่ศาลอุทธรณ์คดีแพ่ง (Oberlandgericht) ในมลรัฐนั้นๆ ได้แล้วจึงฎีกาไปยังศาลสูงสุด (Bundesgerichtshof) (ฉันทวงศ์ โปษกะบุตร, ม.ป.ป., หน้า 29-30)

1.3 ระบบกฎหมายพาณิชย์และหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

1.3.1 ระบบกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

1. ความเป็นมาในการรวบรวมประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

ในสมัยโบราณการศึกษาเกี่ยวกับหลักนิติศาสตร์ของประเทศญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากประเทศจีน โดยเฉพาะอย่างยิ่งราชวงศ์ถัง ราชวงศ์หมิง และราชวงศ์ชิง โดยแต่เดิมกฎหมายในประเทศญี่ปุ่นไม่ได้มีการรวบรวมเป็นหมวดหมู่ในรูปแบบประมวลกฎหมายอย่างทุกวันนี้ ถึงแม้จะปรากฏหลักฐานว่าในราชวงศ์ศตวรรษที่ 8 มีการรวบรวมกฎหมายอยู่บ้างก็ตาม แต่การรวบรวมดังกล่าวก็ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการรวบรวมให้อยู่ในรูปแบบประมวลกฎหมายดังเช่นในปัจจุบัน เนื่องจากในสมัยนั้นฐานะของกฎหมายยังอยู่ภายใต้จารีตประเพณีและเงื่อนไขของสังคม แนวความคิดในเรื่องสิทธิของบุคคลจึงไม่ปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมาย ดังนั้นประมวล

กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น เช่น ประมวลกฎหมายไทโซ และโยโร จึงมีเนื้อหาส่วนใหญ่เกี่ยวกับหน้าที่ของบุคคลในแต่ละชนชั้นของสังคมมากกว่าที่จะบัญญัติถึงสิทธิของบุคคล

ต่อมาในสมัยโตกุกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางกฎหมายยังคงมีไม่มากนัก เนื่องจากในประเทศญี่ปุ่นมีการแบ่งแยกการปกครองออกเป็นหลายส่วนด้วยกัน การติดต่อสื่อสารระหว่างกันจึงเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก กอปรกับในช่วงเวลาดังกล่าว ประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบการปกครองแบบรัฐบาลทหาร ซึ่งบังคับให้ประชาชนมีหน้าที่ที่จะต้องเชื่อฟังรัฐบาล ความรู้ในเรื่องกฎหมายจึงถูกมองว่าไม่ใช่สิ่งจำเป็น อันส่งผลให้ความคิดและการพัฒนาเกี่ยวกับกฎหมายในทางแพ่งและพาณิชย์มีน้อยและไม่ชัดเจนเท่าใดนัก การตัดสินใจทางแพ่งส่วนใหญ่จึงมักมีการลงโทษทางอาญาควบคู่ไปด้วย นอกจากนี้การพิจารณาพิพากษาคดีจะอาศัยหลักจารีตประเพณีและจริยธรรมเป็นสำคัญ ผู้พิพากษาในสมัยโตกุกว่าจะใช้คำพิพากษาที่ได้เคยตัดสินไว้แล้วเป็นบรรทัดฐานเช่นเดียวกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี

ประเทศญี่ปุ่นประกาศนโยบายปิดประเทศไม่ติดต่อกับประเทศภายนอกโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศตะวันตกในช่วงปี ค.ศ.1603 ถึง ค.ศ.1868 ต่อมาหลังจากประเทศญี่ปุ่นได้เปิดประเทศทำการติดต่อค้าขายกับประเทศอื่นอีกครั้ง ประเทศมหาอำนาจตะวันตกซึ่งมาติดต่อค้าขายเห็นว่ากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในสมัยนั้นยังล้าหลังและไม่ได้รับการพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล ซึ่งความไม่ชัดเจนนี้ส่งผลให้ชาวตะวันตกค้าขายกับชาวญี่ปุ่นตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของชาติตะวันตก ในช่วงปลายสมัยโตกุกว่า รัฐบาลญี่ปุ่นจึงถูกบังคับให้ต้องลงนามในสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ซึ่งส่งผลให้คดีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนชาติของประเทศตะวันตก การพิจารณาพิพากษาคดีจะกระทำโดยผู้พิพากษาที่เป็นคนชาติของประเทศตะวันตกและให้กฎหมายของประเทศตะวันตกนั้นเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดี

ต่อมาในยุคการฟื้นฟูประเทศสมัยเมจิ ในช่วง 30 ปีแรก รัฐบาลญี่ปุ่นได้มุ่งดำเนินนโยบายต่างประเทศที่สำคัญเพื่อพิสูจน์ให้ประเทศมหาอำนาจตะวันตกเห็นว่าประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว และมีการปกครองประเทศภายใต้ระบบกฎหมายที่เป็นสากล การรวบรวมประมวลกฎหมายซึ่งรวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์ในญี่ปุ่นจึงเกิดขึ้น โดยมีจุดประสงค์ที่จะยกระดับมาตรฐานทางกฎหมายของประเทศให้อยู่ในระดับสากล เพื่อนำไปสู่การปลดปล่อยประเทศจากสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นอันเป็นการให้เปรียบแก่ชาติตะวันตก

2. แนวความคิดเกี่ยวกับการแยกประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์

ชนชั้นพ่อค้าได้ถือกำเนิดขึ้นมาในประเทศญี่ปุ่นเป็นระยะเวลาานหลายศตวรรษ โดยในสมัยโตกุกว่าได้แบ่งชนชั้นของบุคคลออกเป็น 4 กลุ่มตามลำดับ ได้แก่ ชนชั้นซามูไร เกษตรกร ช่างฝีมือ และพ่อค้า ชนชั้นพ่อค้าเป็นชนชั้นที่มีศักดิ์อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าชนชั้นอื่น โดยชนชั้นพ่อค้าในสมัยนั้นหมายถึงทั้งพ่อค้าที่ขายสินค้าและผู้ที่ยขายแรงงานด้วย แม้ในสมัยศตวรรษที่ 15 และ 16 ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีกองเรือเดินทะเลอันยิ่งใหญ่และเป็นศูนย์กลางในการค้า ในฝั่งภูมิภาคเอเชียตะวันออก แต่เนื่องจากในสมัยโชกุน โตกุกว่าได้มีการประกาศนโยบายปิดประเทศไม่ติดต่อกับประเทศภายนอก จึงทำให้การค้าระหว่างประเทศของญี่ปุ่นถูกจำกัดส่งผลให้การพัฒนาทางการค้าภายในประเทศมีน้อย และยังมีผลต่อเนื่องไปถึงการพัฒนากระบวนการเงิน การธนาคารรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่มีการเปิดประเทศอีกครั้งหนึ่งจนถึงสมัยเมจิ รูปแบบการค้าในประเทศญี่ปุ่นได้เปลี่ยนแปลงไปโดยเริ่มมีการก่อตั้งบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นครั้งแรกในประเทศญี่ปุ่น และธนาคารเริ่มทำธุรกรรมซื้อลดตั๋วแลกเงินและตั๋วสัญญาใช้เงินก่อนถึงกำหนด

ดังที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า ความพยายามที่จะยกร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์ ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความต้องการของรัฐบาลญี่ปุ่นที่จะปลดปล่อยประเทศออกจากการคุกคามของประเทศตะวันตก การยกระดับกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นให้มีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับจากประเทศตะวันตกจึงเป็นสิ่งสำคัญ รัฐบาลญี่ปุ่นจึงรับเอาแนวคิดในการแยกประมวลกฎหมายพาณิชย์ออกจากประมวลกฎหมายแพ่งมาจากแนวความคิดของประเทศภาคพื้นยุโรปมาใช้ ซึ่งแนวความคิดนี้ได้เริ่มพัฒนามาจากสมัยยุคกลางซึ่งเป็นยุคกลางซึ่งเป็นยุคที่การซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าในระหว่างพ่อค้าต่างถิ่นเพื่อพู่เป็นอย่างมาก โดยการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้านั้นจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับพ่อค้าด้วยกันเอง โดยพัฒนามาจากหลักปฏิบัติที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างกันและจากกฎเกณฑ์ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้แตกต่างไปจากกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้สำหรับพ่อค้าในท้องถิ่นหรือระหว่างผู้ที่ซื้อขายสินค้าในท้องถิ่นด้วยกันเอง ด้วยความแตกต่างนี้เอง กฎหมายพาณิชย์ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์และความสัมพันธ์ระหว่างชนชั้นพ่อค้าจึงถูกมองว่ามีลักษณะเฉพาะสมควรแยกต่างหากออกจากกฎหมายอื่นที่ไม่เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์

อิทธิพลของแนวความคิดของประเทศทางภาคพื้นยุโรปที่ปรากฏในประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นอย่างเห็นได้ชัด ก็คือได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “พ่อค้า” ซึ่งหมายถึงสมาชิกของชนชั้นพ่อค้าอันเป็นคำสำคัญที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายของประเทศยุโรปเช่นกัน ซึ่งในมาตรา 5 บรรพแรกเกี่ยวกับหลักทั่วไป ลักษณะ 2 ว่าด้วยพ่อค้าได้บัญญัติว่า

“พ่อค้า” หมายความว่าบุคคลที่ได้ทำธุรกรรมทางพาณิชย์เป็นธุรกิจในนามของตนเอง บุคคลที่ทำการขายสินค้าเป็นธุรกิจโดยเปิดร้านขายสินค้าหรือสิ่งอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน หรือบุคคลที่

ดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจแร่ ให้ถือว่าเป็นพ่อค้าด้วย ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีได้ทำ ธุรกิจกรมทางพาณิชย์เป็นธุรกิจ ข้อความนี้ให้ใช้บังคับถึงหุ้นส่วนบริษัทซึ่งมีลักษณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 52 วรรคสอง

อย่างไรก็ตามธุรกิจกรมทางพาณิชย์ของชาวญี่ปุ่นในสมัยโบราณนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่พ่อค้าด้วย ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นจึงระบุคำจำกัดความของ “ธุรกิจกรมทางพาณิชย์” เพื่อความชัดเจนซึ่งปรากฏในมาตรา 501 ถึงมาตรา 503 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ อันจะได้อีกกล่าวในรายละเอียดต่อไป

3. การยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น

ในระยะแรกหลังจากการเปิดประเทศ กฎหมายของประเทศตะวันตกที่มีอิทธิพลต่อการศึกษาลัทธินิติศาสตร์ของชาวญี่ปุ่น คือกฎหมายฝรั่งเศส ความจริงในข้อนี้ได้รับการยืนยันโดยข้อเท็จจริงที่ว่าในปี ค.ศ.1870 มีการแปลประมวลกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นภาษาญี่ปุ่น ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายของชาติตะวันตกฉบับแรกที่มีการแปลเป็นภาษาญี่ปุ่น หลังจากนั้นอีก 2 ปี มีการจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในประเทศญี่ปุ่น โดยให้มีการเรียนการสอนนิติศาสตร์ก็เป็นภาษาฝรั่งเศส หลักกฎหมายฝรั่งเศสจึงเป็นที่แพร่หลายสำหรับนักกฎหมายญี่ปุ่นในสมัยนั้นและปรากฏว่าในช่วงดังกล่าวคำพิพากษาหลายเรื่องได้มีการตัดสินโดยอ้างอิงถึงหลักกฎหมายฝรั่งเศส

ในปี ค.ศ.1875 รัฐบาลญี่ปุ่นได้จัดตั้งคณะกรรมการรวบรวมกฎหมายขึ้น เพื่อทำการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่ง โดยคณะกรรมการเริ่มดำเนินการตั้งแต่เดือนเมษายน ค.ศ.1878 จนกระทั่งร่างกฎหมายแล้วเสร็จ แต่เนื่องจากร่างประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้ลอกเลียนมาจากประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ จึงถูกคัดค้านจากกลุ่มอนุรักษนิยม ในที่สุดรัฐบาลญี่ปุ่นจึงมอบหมายให้นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ชื่อ เอ็ม. บอติสซันเดอ (M.Bosissonde) ทำการศึกษากฎหมายและปรัชญาทางกฎหมายจากประเทศทางแถบยุโรปและอเมริกาเพื่อทำการปรับปรุงร่างกฎหมายแพ่ง

ในปี ค.ศ.1886 ร่างกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินและการได้มาซึ่งทรัพย์สินได้ถูกร่างขึ้นจนแล้วเสร็จ อย่างไรก็ตาม ได้มีการถกเถียงในประเด็นต่างๆ เกี่ยวกับการร่างกฎหมายดังกล่าว จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขร่างกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง จนในที่สุดร่างประมวลกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน การได้มาซึ่งทรัพย์สิน หลักประกันหนี้ พยานหลักฐาน และบุคคล ได้ถูกประกาศเป็นกฎหมายในเดือนเมษายน และตุลาคม ค.ศ.1890 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1893 เป็นต้นมา แม้ว่าจะได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้ยังได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอันมาก โดยมีผู้กล่าวหาว่ากฎหมายฉบับนี้มีความผิดพลาดในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับลักษณะและจารีตประเพณีของชาวญี่ปุ่น ด้วยเหตุดังกล่าวในเดือนพฤศจิกายน

ค.ศ.1892 สภาไดเอทจึงมีมติเห็นชอบให้เลื่อนการบังคับใช้กฎหมายออกไปอีก 3 ปี จากเดิมที่ให้มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ.1893 เปลี่ยนไปให้มีผลใช้บังคับในปลายปี ค.ศ.1896 โดยการเลื่อนบังคับใช้นี้ มีจุดประสงค์เพื่อใช้ระยะเวลาที่เลื่อนออกไปนี้ในการตรวจสอบและแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอีกครั้ง ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ.1895 กฎหมายเกี่ยวกับบททั่วไป สิทธิในทรัพย์สิน และหนี้ ได้ผ่านความเห็นชอบของสภาไดเอท และประกาศเป็นกฎหมายในปี ค.ศ.1896 และให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ.1898 พร้อมกับกฎหมายฉบับอื่น เช่น กฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว และมรดก และกฎหมายเกี่ยวกับการให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งที่ได้ประกาศเป็นกฎหมายก่อนหน้านี้แล้ว

เนื้อหาในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่นี้ ส่วนใหญ่ได้มาจากการรวบรวมและผสมผสานกฎหมายของหลายประเทศเข้าด้วยกัน อาทิเช่น กฎหมายของประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ อังกฤษและอเมริกา โดยยังคงไว้ซึ่งกฎเกณฑ์และจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติในประเทศญี่ปุ่นเป็นสำคัญ (คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, 2548, หน้า 50-55)

4. สาระสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งแบ่งออกเป็น 5 บรรพด้วยกัน กล่าวคือ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ทรัพย์สิน หนี้ ครอบครัว และมรดก

ในบรรพ 1 ที่เกี่ยวกับบทเบ็ดเสร็จทั่วไป ได้บัญญัติหลักเกณฑ์โดยทั่วไปที่จะใช้ได้กับบรรพอื่นๆ ด้วย บรรพ 1 นี้ได้แบ่งออกเป็น 6 ลักษณะ คือ ลักษณะเกี่ยวกับบุคคล ลักษณะ 2 เกี่ยวกับนิติบุคคล ลักษณะ 3 เกี่ยวกับทรัพย์สิน ลักษณะ 4 เกี่ยวกับนิติกรรม ลักษณะ 5 เกี่ยวกับระยะเวลา ลักษณะ 6 อายุความ

บรรพ 2 ได้บัญญัติถึงทรัพย์สินและได้กล่าวถึงทรัพย์สินและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน นอกจากนี้ยังกล่าวถึงสิทธิครอบครองและหลักประกันต่างๆ เหนืออสังหาริมทรัพย์ (Real Securities)

บรรพ 3 กล่าวถึงหนี้ โดยลักษณะ 1 ได้ระบุถึงบทเบ็ดเสร็จทั่วไปที่ใช้กับหนี้ทุกประเภท ลักษณะ 2 กล่าวถึงสัญญาในฐานะที่เป็นมูลหนี้ที่สำคัญที่สุด ต่อจากบทเบ็ดเสร็จทั่วไป ซึ่งใช้กับสัญญาทุกประเภท ในมาตรา 521 ถึงมาตรา 548 เป็นการกล่าวถึงเอกเทศสัญญาที่สำคัญๆ 13 ประเภท กล่าวคือ ให้ ซื่อขาย แลกเปลี่ยน ยืมใช้สิ่งเปลือง ยืมใช้คงรูป เช่าทรัพย์สิน จ้างแรงงาน จ้างทำของ การมอบหมาย (Mandate) ฝากทรัพย์สิน (Bailment) การให้ตลอดชีพ (Life Annuities) และ ประนีประนอมยอมความ อีก 3 ลักษณะ ได้กล่าวถึงเรื่องการจัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ และละเมิดในทางแพ่ง

บรรพสุดท้าย 2 บรรพ ได้บัญญัติขึ้น โดยคำนึงถึงประเพณีในครอบครัวของชาวญี่ปุ่น บรรพ 4 เป็นเรื่องเกี่ยวกับครอบครัว มีชื่อเรียกว่า ฉิน โยคุ (Shinzoku) ตามบทบัญญัติ แห่งมาตรา 725

บรรพ 5 เป็นเรื่องเกี่ยวกับเรื่องมรดก

ระยะเวลาได้ผ่านไปกว่า 70 ปีแล้วนับแต่ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้มีกฎหมายพิเศษมากมายหลายฉบับออกมาเสริมหลักการในการ ประมวลกฎหมายแพ่ง รวมทั้งมีคดีต่างๆ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานมากมาย (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 30-31)

5. การยกร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้น ก่อนการยกร่างประมวลกฎหมายในสมัยเมจิ กฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่นมีรากฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณีเช่นเดียวกับกฎหมาย แพ่ง โดยกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้อยู่เดิมนั้น มีที่มาจากหลักปฏิบัติในทางการค้าที่ใช้กันอยู่ทั่วไป ในภาคธุรกิจ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จารีตประเพณีทางการค้าเหล่านี้จะถูกนำมาใช้บังคับ โดยสมาคมทางการค้าจะทำหน้าที่เป็นผู้ระงับข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าด้วยกันเองหรืออาจให้ศาลเป็น ผู้พิจารณาและตัดสินคดี

เหตุผลที่รัฐบาลญี่ปุ่นทำการยกร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์ นอกจากภาวะที่ถูก บีบคั้นจากประเทศมหาอำนาจตะวันตกให้มีการปฏิรูปกฎหมายแล้ว ก็คือเพื่อประโยชน์ของรัฐบาล ในการควบคุมระบบทุนนิยมที่ก่อตัวขึ้นอันเนื่องมาจากการติดต่อค้าขายกับชาติตะวันตกที่เพิ่มขึ้น ตามลำดับ

การยกร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้เริ่มขึ้นอย่างจริงจังเมื่อปี ค.ศ.1881 โดยรัฐบาล ญี่ปุ่นมอบหมายให้ นาย Hermann Roesler นักกฎหมายชาวเยอรมันทำการยกร่างประมวลกฎหมาย พาณิชย์ ซึ่งต่อมาก็ได้มีการยกร่างและประกาศเป็นกฎหมายในปี ค.ศ.1890 ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ฉบับนี้เป็นไปตามแบบอย่างของกฎหมายภาคพื้นยุโรป ประกอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น 1,065 มาตรา ว่าด้วยตัวเงิน ตราสารซื้อขาย สัญญาทางธุรกิจ หุ่นส่วน บริษัท ผู้รับขน พาณิชย์นาวี และล้มละลาย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับนี้ประสบปัญหาเช่นเดียวกับประมวลกฎหมาย แพ่ง กล่าวคือ การบังคับใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับนี้ได้ถูกคัดค้านจากกลุ่มอนุรักษ์นิยม ที่มองว่า ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับดังกล่าวมีเนื้อหาส่วนใหญ่ลอกเลียนมาจากกฎหมายของ ต่างประเทศและไม่เหมาะสมกับการบังคับใช้ในประเศญี่ปุ่น อย่างไรก็ตามเนื่องจากในช่วงเวลา ดังกล่าว ประเทศญี่ปุ่นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายสำคัญบางลักษณะ กฎหมาย บางส่วนจึงถูกแยกออกจากประมวลกฎหมายพาณิชย์เพื่อประกาศใช้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมาย

หุ้นส่วน บริษัท ตั๋วเงิน และล้มละลาย โดยมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ.1893 ต่อมาประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้ถูกนำไปศึกษาปรับปรุงอีกครั้งจนในปี ค.ศ.1899 ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับใหม่ได้ถูกยกร่างขึ้นจนสำเร็จและได้รับการประกาศใช้ให้เป็นกฎหมาย โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปีดังกล่าว

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ที่แก้ไขใหม่นี้ประกอบด้วยกฎหมายสำคัญ 5 บรรพ ได้แก่ บททั่วไป หุ้นส่วนบริษัท กฎหมายพาณิชย์ ตั๋วเงิน และกฎหมายพาณิชย์นาวี เนื้อหาของกฎหมายส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายเยอรมันซึ่งผู้ร่างได้ทำการปรับปรุงร่างเดิม โดยเอาบทบัญญัติหลายมาตราที่ลอกเลียนมาจากกฎหมายฝรั่งเศสออก และนำกฎหมายเยอรมัน (The German HGB of 1861) มาใช้เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายแทน

ในปี ค.ศ.1935 ประมวลกฎหมายพาณิชย์ในบรรพที่ว่าด้วยตั๋วเงิน ได้ถูกยกเลิก และมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเกี่ยวกับตั๋วเงินและเช็คเป็นการเฉพาะ โดยได้ปรับปรุงเนื้อหาของกฎหมายตามแบบอย่างสากล (คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, 2544, หน้า 53-54)

6. สาระสำคัญของประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

ตั้งแต่ได้มีการบังคับเป็นต้นมา ประมวลกฎหมายพาณิชย์ก็ได้รับการปรับปรุงแก้ไขหลายครั้ง ทั้งนี้เพราะมีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมเกิดขึ้นอย่างมากภายในประเทศ ซึ่งเมื่อหนึ่งศตวรรษที่ผ่านมาเองได้เริ่มต้นที่จะทำให้ประเทศเจริญก้าวหน้าตามแบบอย่างของประเทศซึ่งมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจทั้งหลาย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นหลายๆ ครั้งนี้เป็นพยานหลักฐานถึงความพยายามอย่างหนักของประชาชนชาวญี่ปุ่นที่จะปรับตนเองให้เข้ากับการพัฒนาเศรษฐกิจโลก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในปี ค.ศ.1911 ค.ศ.1938 และ ค.ศ.1952 นับว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับดั้งเดิมนั้นมี 5 บรรพด้วยกัน บรรพ 4 ซึ่งเกี่ยวข้องกับตั๋วแลกเงินและเช็คถูกยกเลิกในปี ค.ศ.1933 ทั้งนี้โดยเป็นผลสืบเนื่องมาจากการลงนามในอนุสัญญาระหว่างชาติเกี่ยวกับการรวมกฎหมายว่าด้วยตั๋วแลกเงินและเช็คให้มีลักษณะเอกรูป ซึ่งทำขึ้นในปี ค.ศ.1931 และปี ค.ศ.1932 ณ กรุงเจนีวา ดังนั้นประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับปัจจุบันจึงมีเพียง 4 บรรพเท่านั้น

บรรพ 1 ซึ่งร่างขึ้นใหม่หมดในปี ค.ศ.1938 เป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไปของประมวล ซึ่งรวมทั้งหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับพ่อค้า

บรรพ 2 เกี่ยวกับไคชะ (Kaisha) หรือหุ้นส่วนและบริษัท บรรพนี้ก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งกล่าวคือ การแก้ไขในปี ค.ศ.1911 ค.ศ.1938 ค.ศ.1950 และ ค.ศ.1974 การแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ.1911 มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำเพราะขณะนั้นมีการพัฒนาทางด้านธุรกิจ

การค้าในญี่ปุ่นครั้งใหญ่หลังจากการสิ้นสงครามญี่ปุ่น - รัสเซียในปี ค.ศ.1905 และการแก้ไขในปี ค.ศ.1928 ก็เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจครั้งใหญ่ในสังคมญี่ปุ่นก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2

บรรพ 3 เกี่ยวข้องกับกิจการพาณิชย์ (Acts of Commerce) ในลักษณะ 1 ได้กล่าวถึง กิจการพาณิชย์ 3 ประเภท คือ กิจการพาณิชย์โดยสัมบูรณ์ (Absolute Commercial Acts) (มาตรา 501) กิจการพาณิชย์ตามธุรกิจแต่ละประเภท (Professional Commercial Acts) (มาตรา 502) และกิจการพาณิชย์อุปกรณ์ (Accessory Commercial Acts) (มาตรา 503)

บรรพ 4 ซึ่งเคยเป็นบรรพที่ 5 ขณะเมื่อมีการประกาศใช้ประมวล เป็นเรื่องเกี่ยวกับการพาณิชย์นาวี

ประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้น ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ มิได้รวมหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกิจการพาณิชย์ทุกอย่างไว้ในประมวลกฎหมายและในทางปฏิบัติ ได้มีกฎหมายเพิ่มเติมอีกมากมาย (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 31)

7. ลักษณะและเนื้อหาของประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

1) ลักษณะของประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นได้รับแบบอย่างมาจากกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสในช่วงของการร่างสมัยเมจิ อย่างไรก็ตามภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อประเทศญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับกฎหมายหุ้นส่วน บริษัท และกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ดังนั้นในระบบกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่นจึงเป็นการผสมผสานระหว่างกฎหมายภาคพื้นยุโรปจากประเทศเยอรมัน และกฎหมายจารีตประเพณีจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีพื้นฐานอยู่บนจารีตประเพณีและค่านิยมของชาวญี่ปุ่น

ก.ความสัมพันธ์ระหว่างประมวลกฎหมายพาณิชย์กับประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่น

ในระบบกฎหมายญี่ปุ่น ถือว่ากฎหมายพาณิชย์เป็นกฎหมายพิเศษเมื่อเทียบกับกฎหมายแพ่ง ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายทั่วไป และขณะเดียวกันกฎหมายพาณิชย์ก็ถูกมองว่าเป็นกฎหมายทั่วไปเมื่อเทียบกับพระราชบัญญัติที่ตราออกมาเป็นการเฉพาะ โดยในเรื่องนี้ มาตรา 1 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้วางหลักไว้ว่า

ในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการพาณิชย์นั้น ให้ใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์บังคับแก่คดี เมื่อไม่มีบทกฎหมายในประมวลกฎหมายพาณิชย์ที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม

กฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการค้าพาณิชย์ ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ก็ให้
วินิจฉัยคดีโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่ง

ดังนั้น ในกรณี “คดีพิพาทที่เกี่ยวกับการพาณิชย์” ประมวลกฎหมายพาณิชย์
จึงเป็นกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ประมวลกฎหมายพาณิชย์มิได้บัญญัติ
เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ศาลต้องพิจารณาว่ามีจารีตประเพณีเกี่ยวกับการพาณิชย์ในเรื่องนั้นหรือไม่
หากมีก็ให้ศาลใช้จารีตประเพณีนั้นมาปรับใช้แก่คดี แต่หากไม่มีศาลต้องพิจารณากฎหมายทั่วไปคือ
กฎหมายแพ่งว่าบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้อย่างไร ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายแพ่งจะเป็นกฎหมาย
ที่บังคับใช้แก่คดี

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการตราพระราชบัญญัติออกมาเป็นการเฉพาะ
เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ใด จะต้องนำพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดี ไม่ว่าประมวล
กฎหมายพาณิชย์จะบัญญัติไว้หรือไม่ เช่นกรณีของการขนส่งสินค้า หากการขนส่งนั้นเป็นการ
ขนส่งโดยทางเรือไปยังประเทศอื่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางเรือเป็นกฎหมายที่ใช้
บังคับ อย่างไรก็ตาม สำหรับช่วงการขนส่งทางบกและทางน้ำที่กระทำลงภายในประเทศญี่ปุ่น
กฎหมายที่นำมาใช้บังคับคือประมวลกฎหมายพาณิชย์ นอกจากนี้การขนส่งนั้นถือว่าเป็นการจ้างทำ
ของภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งถือความสำเร็จของงานเป็นสำคัญ ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่ง
อาจนำมาใช้บังคับกรณีที่ไม่ใช่พระราชบัญญัติ กฎหมายพาณิชย์ หรือกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับ
การพาณิชย์ และกฎหมายแพ่งว่าไว้เป็นอย่างอื่น

ข. การบังคับใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์

บทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้น ได้ระบุไว้ใน
บรรพ 1 บททั่วไป ลักษณะ 1 ซึ่งนอกจากมาตรา 1 ที่ได้กล่าวถึงข้างต้นที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้ใช้
ประมวลกฎหมายพาณิชย์บังคับใช้แก่ธุรกรรมทางพาณิชย์แล้ว ในมาตรา 2 ของประมวลกฎหมาย
พาณิชย์ยังบัญญัติให้บังคับใช้แก่ธุรกรรมทางพาณิชย์ที่ได้กระทำลงโดยนิติบุคคลมหาชนด้วย
เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

สำหรับกรณีที่มีการทำสัญญาระหว่างบุคคลสองฝ่ายซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้
ทำธุรกรรมในทางพาณิชย์ การกระทำนั้นก็อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายพาณิชย์ด้วย
หากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ นอกจากนี้คู่กรณีทั้งคู่สัญญาแต่ละฝ่าย
ประกอบด้วยบุคคลหลายคน หากการกระทำได้กระทำลงจะเป็นผลให้เป็นธุรกรรมทางพาณิชย์
ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแม้แต่เพียงคนเดียว ก็ให้บังคับใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์แก่บุคคลทุกคน

ดังนั้นการบังคับใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นนั้นจึงต้องพิจารณา
ว่าธุรกรรมนั้น เป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในระหว่างคู่สัญญาหรือไม่ ซึ่งการ

ที่จะพิจารณาว่า ธุรกรรมใดเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ ก็เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในบรรพ 3 ลักษณะ 1 มาตรา 501 – 503 ซึ่งได้จำแนกธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้ 3 ประเภท ประเภทแรก ได้แก่ ธุรกรรมทางพาณิชย์โดยแท้ (Absolute Commercial Transaction) ซึ่งหากธุรกรรมใดเป็นธุรกรรมที่บัญญัติไว้แล้วถือว่าเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ทั้งสิ้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าใครเป็นผู้กระทำ ประการที่สอง ธุรกรรมทางพาณิชย์เนื่องจากการประกอบธุรกิจ (Commercial Transaction, if Effect as a Business) รวมถึงธุรกรรมที่โดยลักษณะแล้วมิใช่ธุรกรรมทางพาณิชย์แต่อาจเป็นธุรกรรมทางพาณิชย์ได้ หากผู้ที่กระทำการนั้นได้กระทำเป็นธุรกิจของตน และประเภทสุดท้ายคือ ธุรกรรมที่เกี่ยวกับการกระทำทางพาณิชย์ (Subsidiary Commercial Transaction) ซึ่งหมายถึงธุรกรรมใดก็ตามที่ทำให้เป็นผลสำเร็จโดยพ่อค้าเป็นผู้กระทำด้วยตนเองและเพื่อประโยชน์แก่ธุรกิจของตน ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีลักษณะเช่นใด

2) เนื้อหาของประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับนี้ ค.ศ.1899 นั้น ประกอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น 5 บรรพ ได้แก่ บททั่วไป หุ้นส่วนบริษัท กฎหมายพาณิชย์ ตัวเงิน และกฎหมายพาณิชย์นาวี แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้จัดทำขึ้นอย่างเร่งรีบ จึงเป็นผลให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมายอยู่หลายครั้ง โดยการแก้ไขกฎหมายในครั้งแรกมีขึ้นในปี ค.ศ.1911 และมีการแก้ไขกฎหมายเรื่อยมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทบัญญัติเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนบริษัท นอกจากนี้กฎหมายลักษณะตัวเงินได้ถูกยกเลิก และเคยมีการประกาศเป็นพระราชบัญญัติแยกต่างหากในปี ค.ศ.1932 ดังนั้นประมวลกฎหมายพาณิชย์ในปัจจุบันจึงประกอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้นเพียง 5 บรรพ

สำหรับประมวลกฎหมายพาณิชย์บรรพ 1 ลักษณะ 1 ซึ่งเป็นบททั่วไปนั้นมีการยกร่างขึ้นใหม่ทั้งหมดในปี ค.ศ.1938 ลักษณะ 2 กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายเกี่ยวข้องกับ “พ่อค้า” ลักษณะ 3 เกี่ยวกับการจดทะเบียนพาณิชย์ ลักษณะ 4 เกี่ยวกับชื่อทางการค้า ลักษณะ 5 เกี่ยวกับหนังสือทางการค้า ลักษณะ 6 เกี่ยวกับลูกจ้างหรือผู้ทำการงานให้แก่พ่อค้า และลักษณะ 7 เกี่ยวกับตัวแทนทางการค้า

ส่วนบรรพ 2 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวมตัวหรือจัดตั้งสมาคมที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ ซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายหลายครั้งในปี ค.ศ.1911, 1938, 1950 และ 1975 ตามลำดับ เพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพทางเศรษฐกิจ สังคม และกระตุ้นการพัฒนาทางธุรกิจของญี่ปุ่น โดยเนื้อหาในส่วนนี้เน้นหนักในเรื่องของหุ้นส่วนบริษัท

สำหรับบรรพ 3 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ โดยในบรรพนี้ได้จำแนกธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้ 3 ประเภทดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น และนอกจากบทบัญญัติเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์แล้ว บทบัญญัติส่วนที่เหลืออีก 9 ลักษณะได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ

สัญญาซื้อขาย บัญชีกระแสรายวัน หุ้นส่วนไม่เปิดเผยชื่อ ตัวแทน นายหน้า ขนส่ง มัดจำ และเบี้ยปรับ

กฎหมายในบรรพ 4 ซึ่งเป็นบรรพ 5 ในกฎหมายฉบับเดิมนั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายพาณิชย์นาวี ซึ่งครอบคลุมเนื้อหาเกี่ยวกับเรือ เจ้าของเรือ ลูกเรือ การขนส่ง และประกันภัย (คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, 2548, หน้า 56-59)

1.3.2 หลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับหลักวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์ของญี่ปุ่นนั้น ได้นำหลักการในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เหมือนกับประเทศไทย โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่นนี้ลอกเลียนแบบมาจากประมวลกฎหมายของเยอรมันเกือบทั้งหมด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แบ่งออกเป็น 8 บรรพ

บรรพแรก คือ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป ซึ่งมี 4 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะ 1 เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจศาลต่างๆ และการขาดคุณสมบัติ ลักษณะ 2 เกี่ยวข้องกับคู่ความในคดี ลักษณะ 3 เกี่ยวกับค่าฤชาธรรมเนียม และลักษณะ 4 บัญญัติถึงหลักทั่วไปว่าด้วยการนั่งพิจารณา ระยะเวลา การแจ้งคำพิพากษาและการเลื่อนคดี

บรรพ 2 มีชื่อว่า “พระบวนพิจารณาในศาลชั้นต้น” ในบรรดาลักษณะต่างๆ 4 ลักษณะ ในบรรพนี้ ลักษณะแรกเกี่ยวกับคำฟ้อง ลักษณะ 2 เกี่ยวกับการดำเนินการพิจารณาและการเตรียมการพิจารณา ลักษณะ 3 ว่าด้วยพยาน และลักษณะ 4 บัญญัติถึงหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลแขวง (Summary Tribunals)

บรรพ 3 เกี่ยวกับการอุทธรณ์

บรรพ 4 เกี่ยวกับการพิจารณาคดีใหม่

บรรพ 5 ว่าด้วยกระบวนการจ่ายเงินหรือชำระหนี้ตามคำสั่งศาล

บรรพ 6 บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษา

บรรพ 7 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาซึ่งศาลอาจประกาศสาธารณะ (Public Notice) แก่เจ้าหนี้ซึ่งไม่รู้ตัวได้ ถ้าคู่กรณีที่มีส่วนได้เสียร้องขอ

บรรพ 8 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการประนีประนอมยอมความ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมิได้บัญญัติ หลักเกณฑ์ ในทางวิธีพิจารณาความแพ่งทุกอย่าง และยังมีกฎหมายอื่นๆ ที่สำคัญนอกจากประมวลนี้อีกมาก ซึ่งหากไม่คำนึงถึงกฎหมายอื่นๆ นั้นแล้วก็จะทำให้การศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่นไม่สมบูรณ์และไม่ถูกต้อง (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 31-32)

1.3.3 ระบบศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่น

ฝ่ายตุลาการเคยเป็นสถาบันของรัฐที่ได้รับการปฏิรูปอย่างถอนรากถอนโคนภายหลังการล้มเลิกระบอบการปกครองแบบเก่า และกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างเห็นได้ชัดแจ้ง

หลักเรื่องอำนาจตุลาการสูงสุด (Judicial Supremacy) เป็นหลักที่ญี่ปุ่นรับเอารูปแบบมาจากกฎหมายสหรัฐอเมริกา ได้ยังผลให้ฝ่ายตุลาการของประเทศญี่ปุ่นมีฐานะอยู่เหนือรัฐสภา เพราะฝ่ายตุลาการมีอำนาจที่จะควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality)

มาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นบัญญัติว่า ศาลสูงสุดเป็นศาลชั้นสุดท้ายที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำของทางราชการชอบด้วยกฎหมาย รัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ศาลชั้นล่างก็มีอำนาจดังกล่าวด้วยเช่นกัน เพราะรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจศาลทุกศาลในการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 บัญญัติว่า กฎหมาย พระราชกำหนด พระบรมราชโองการ หรือการกระทำใดๆ ของทางราชการหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของสิ่งเหล่านี้ ซึ่งขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ย่อมไม่มีผลบังคับใช้หรือย่อมไร้ผล

นับตั้งแต่ ค.ศ.1947 เป็นต้นมา ระบบศาลยุติธรรมของญี่ปุ่นเป็นแบบศาลเดี่ยว (Unitary Court System) ระบบศาลทั้งหมด กล่าวคือ ทั้งทางแพ่ง อาญา และงานธุรการขึ้นอยู่กับศาลทั้งสิ้น

ภายใต้อำนาจตุลาการ ศาลแบ่งออกเป็น 2 ลำดับชั้นด้วยกันคือ ศาลสูงสุด (Supreme Courts) กับศาลชั้นรอง (Subordinate Courts) ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับศาล ฉบับลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ.1947

1) ศาลสูงสุด (ไซโค ไชบัน โฉะ (Saiko Saibansho)) ตั้งอยู่ในโตเกียวและประกอบด้วยสมาชิก 15 คน มีประธานศาลสูงสุดนายหนึ่งกับผู้พิพากษาอีก 14 นายและโดยหลักแล้ว อำนาจวินิจฉัยคดีของศาลสูงสุดจำกัดอยู่ในข้อกฎหมายเท่านั้น ศาลสูงสุดผูกพันที่จะต้องยอมรับข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาที่ได้อุทธรณ์ขึ้นมายังศาลสูงสุด (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 403) นักนิติศาสตร์ญี่ปุ่นถือว่าศาลสูงสุดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในระดับสาม กล่าวคือ ทุกคนเห็นพ้องกันว่าญี่ปุ่นมีระบบศาล 3 ชั้น (Threetier Court System) ศาลสูงสุดญี่ปุ่นนั้นนอกจากจะมีเขตอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ แล้ว ยังมีบทบาทในการตีความกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ศาลสูงสุดจะนั่งพิจารณาแบบเต็มศาล (full court) หรือไดโฮเท (Daihottei) หรือแบ่งออกเป็นคณะ (Division) หรือโฉโฮเท (Shohotei) ก็ได้ การพิจารณาเต็มศาลของศาลสูงสุด

ประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลสูงสุด 15 นายนั่งพิจารณาร่วมกันและต้องมี 9 นาย จึงจะเป็นองค์คณะ
ประธานศาลสูงสุดเป็นประธานในทุกนัดการพิจารณาคดีแบบเต็มศาล ถ้าประธานศาลสูงสุดไม่มา
ก็ให้ผู้พิพากษาที่อยู่ระดับรองลงมาที่บรรดาผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้เลือกสรรไว้เป็นประจำทุกปี
ทำหน้าที่เป็นประธานแทน

คณะของศาลสูงสุดประกอบด้วยผู้พิพากษา 5 นายและต้องมี 3 นายจึงเป็นองค์คณะใน
การพิพากษา การแบ่งสายงานระหว่างคณะต่างๆ ของศาลสูงสุดจะกระทำโดยที่ประชุมใหญ่ของ
ศาลสูงสุด การเลือกตั้งหัวหน้าคณะเป็นไปโดยการร่วมมือกัน ผู้เป็นหัวหน้าคณะต้องนั่งเป็นประธาน
ในทุกนัดการพิจารณาคดีของคณะนั้น

เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการบริหารงานตุลาการเกิดขึ้น ศาลจะเรียกประชุมใหญ่ผู้พิพากษา
(ไซบันคัน ไคกิ) ซึ่งผู้พิพากษาทุกคนเข้าร่วมประชุมโดยมีประธานศาลสูงสุดเป็นประธานในที่
ประชุม และในที่ประชุมนี้เองที่มีการสร้างกฎข้อบังคับของศาลยุติธรรม

2) ศาลสูง (โคโท ไชบันโอะ) หรือ (Superior Court (Koto Saibansho)) เป็นศาลที่
มีเขตอำนาจลำดับสองเทียบได้กับศาลอุทธรณ์ของไทย ศาลนี้มีอยู่ด้วยกัน 8 ศาล ตั้งอยู่ในโตเกียว
โอซะกะ นะโอะยะ อิโรชิมะ ฟุคุโอะคะ และทะคะมะทสุ

ศาลสูงแต่ละแห่งประกอบด้วยประธานศาลสูงสุดคนหนึ่ง เรียกว่า โชคัน (Chokan)
กับจำนวนผู้พิพากษาศาลสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้

หน้าที่หลักของศาลนี้คือทำหน้าที่เป็นศาลสูงและนั่งพิจารณาคดีทุกประเภทที่อุทธรณ์
คำพิพากษาของศาลชั้นต้นขึ้นมา ศาลสูงไม่เพียงแต่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจลำดับสองเท่านั้น
บรรดาคำพิพากษาที่ตัดสินโดยศาลแขวงจะอุทธรณ์มายังศาลจังหวัดและจะอุทธรณ์ต่อมายังศาลสูง
แทนที่จะอุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุด

3) ศาลจังหวัด (District Court หรือชิโฮ ไชบันโอะ) เป็นศาลชั้นต้น มีอำนาจ
พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและอาญา ในแต่ละจังหวัดรวมทั้งโตเกียว จะมีศาลจังหวัดประจำอยู่ศาล
หนึ่ง ส่วนในฮ็อกไกโดมีอยู่ทั้งหมด 4 ศาล ศาลจังหวัดมีอยู่ทั้งหมด 50 ศาลทั่วประเทศ

ศาลจังหวัดประกอบด้วยผู้พิพากษา (Judges) และผู้ช่วยผู้พิพากษา (Assistant Judges)
จำนวนหนึ่งซึ่งมีจำนวนตามที่ศาลสูงสุดได้กำหนดไว้ ผู้พิพากษานายหนึ่งจะได้รับเลือกจากศาล
สูงสุดให้เป็นผู้พิพากษาหัวหน้าศาลหรือ โอะโช (Head Judges/Shocho) ผู้ช่วยผู้พิพากษาไม่ได้มี
อำนาจเต็ม ไม่มีอำนาจนั่งพิจารณาคดีตามลำพังได้ และไม่อาจนั่งพิจารณาคดีแทนผู้พิพากษาได้และ
ในแต่ละบัลลังก์จะมีผู้ช่วยผู้พิพากษาเกินกว่า 1 คนไม่ได้ ศาลจังหวัดแต่ละศาลจะแบ่งออกเป็นคณะ
(Chambers) แต่ละคณะจะมีผู้พิพากษาและผู้ช่วยผู้พิพากษตามจำนวนที่กำหนดไว้

ศาลจังหวัด เป็นศาลรับฟ้องชั้นต้นสำหรับดำเนินคดีทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลจังหวัด ได้แก่ คดีที่ต้องเริ่มดำเนินคดีในชั้นศาลสูงหรือศาลแขวง (Summary court) นอกจากนั้น ศาลจังหวัดยังทำหน้าที่คล้ายศาลสูงในการพิจารณาคดีแพ่งที่อุทธรณ์ขึ้นมาจากศาลแขวง ส่วนการอุทธรณ์คดีอาญานั้น หลังจากการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1948 แล้ว คดีอาญาทุกคดีจะต้องอุทธรณ์มายังศาลสูง

4) ศาลครอบครัว (คะเท ไชบัน โมะะ (Katei Saibansho)) เป็นส่วนประกอบของศาลชั้นต้นประเภทพิเศษ ส่วนใหญ่ศาลนี้จะพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวและคดีเด็กกระทำความผิด แต่เรื่องเขตอำนาจศาลไม่ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับศาล ค.ศ.1947 และค่อนข้างจะเป็นกรณียกเว้น ศาลนี้ตั้งขึ้นใน ค.ศ.1948 อันเป็นผลจากการปฏิรูปเอาสำนักงานกิจการครอบครัว (Domestic Affairs Office) ซึ่งเป็นสาขาของศาลจังหวัดเข้ามารวมกับสำนักงานกิจการคดีเด็กและเยาวชน (Juvenile Affairs Office) ซึ่งขึ้นอยู่กับกระทรวงกิจการกฎหมาย (Ministry of Legal Affairs) ความเป็นพิเศษของศาลนี้อยู่ที่การไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีธรรมดา คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลนี้ ยกเว้นในบางกรณี เป็นประเภทคดีไม่มีข้อพิพาท (Non-Contentious)

ศาลครอบครัวเป็นศาลที่มีลักษณะพิเศษในลำดับชั้นของศาล เพราะอยู่ในลำดับเดียวกันกับศาลจังหวัด แต่ไม่มีเขตอำนาจเหนือศาลแขวง ศาลครอบครัวมีสำนักงานและเขตอำนาจเท่ากันกับศาลจังหวัด โดยมีศาลครอบครัวอยู่ 50 ศาลทั่วประเทศญี่ปุ่น

ศาลครอบครัวประกอบด้วยผู้พิพากษาและผู้ช่วยผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งตามที่ศาลสูงได้กำหนดไว้ ศาลสูงสุดเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาหัวหน้าศาลครอบครัว (Head of Family Court) ของแต่ละศาล ในกรณีจำเป็นอาจตั้งคณะขึ้นในศาลใดศาลหนึ่งก็ได้ แต่ในปัจจุบันนี้มีแต่ศาลครอบครัวของโตเกียวเท่านั้นที่แบ่งออกเป็นคณะ ศาลครอบครัวไม่ค่อยได้นั่งพิจารณาแบบศาล (Sit as a Bench)

5) ศาลแขวง ((คังอิ ไชบัน โมะะ หรือ Summary Court)) เป็นศาลชั้นต่ำสุดในลำดับศาล แต่ถ้าดูจากเขตอำนาจศาลแล้ว ศาลนี้จะอยู่ในลำดับเดียวกันกับศาลจังหวัดและศาลครอบครัว แต่โดยปกติแล้วศาลจังหวัดจะมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำตัดสินของศาลแขวง ศาลแขวงเป็นศาลที่มีกระบวนการพิจารณาที่ง่ายและรวดเร็ว และจัดตั้งขึ้นเพื่อกระจายความยุติธรรมให้ไปถึงมือประชาชนมากขึ้น ญี่ปุ่นมีศาลแขวงอยู่ทั้งหมด 570 ศาล ประกอบด้วยผู้พิพากษา (Magistrate) คนหนึ่งหรือมากกว่านั้น

ในศาลแขวง คดีต่างๆ จะพิจารณาโดยผู้พิพากษายายเดี่ยว และไม่มีการแบ่งออกเป็นคณะ ถึงกระนั้นเพื่อจะนำสามัญสำนึกของสามัญชนเข้ามาสู่การบริหารความยุติธรรม ในระดับนี้ กฎหมายอนุญาตให้สามัญชนเข้ามามีส่วนในการพิจารณาคดีในฐานะพนักงานยุติธรรมซึ่งเรียกว่า

ฌีโฮอิน (Shihoin) หรือ (Judicial Commissioners) ได้พนักงานยุติธรรมได้รับเลือกขึ้นมา สำหรับคดีแต่ละคดีจากรายชื่อที่ศาลจังหวัดได้เลือกไว้เป็นประจำทุกปี บุคคลเหล่านี้จะให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำ แต่ไม่ได้เป็นองค์คณะของศาลแขวง พวกเขาไม่ได้เป็นลูกขุน (Jurors) หรือผู้พิพากษาสมทบ (Assesors) และคำแนะนำดังกล่าวจะนำมาใช้หรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

ในคดีแพ่ง ศาลแขวงมีเขตอำนาจในคดีที่มีมูลค่าไม่เกิน 300,000 เยน (ประมาณ 30,000 บาท) ในคดีอาญา ศาลมีอำนาจเหนือคดีลหุโทษ แต่ในกรณียกเว้นศาลอาจพิจารณาคดีที่อาจมีโทษสูงสุดให้จำคุกพร้อมทำงานหนักภายใต้เงื่อนไขว่าศาลจะไม่ลงโทษจำคุกเกินกว่า 3 ปี (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 356) ศาลแขวงนี้ไม่มีอำนาจเหนือคดีปกครอง (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544, หน้า 36-38, สุดา วัชรวัฒนากุล, 2530, หน้า 92-107)

2. การระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์

เมื่อสภาพเศรษฐกิจมีการขยายตัวและเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว การค้าและข้อพิพาทในทางการค้าก็มากขึ้นตามไปด้วย การระงับข้อพิพาทในทางการค้าจึงมีความสำคัญมากขึ้นทุกที ซึ่งในปัจจุบัน วิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์ ที่ใช้กันอยู่ทั่วไปมีอยู่ 3 วิธี กล่าวคือ การประนีประนอมยอมความ การอนุญาโตตุลาการ และการระงับข้อพิพาททางศาลหรือการฟ้องคดีต่อศาล

2.1 การประนีประนอมยอมความ

2.1.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความ

การประนีประนอมยอมความ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 17 พ.ศ.2472 มาตรา 850-852 ซึ่งใช้บังคับกันมาตั้งแต่ พ.ศ.2472 จนถึงปัจจุบัน และสำหรับเรื่องการประนีประนอมยอมความในศาลก็มีบทบัญญัติเพิ่มขึ้นอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 อันได้แก่มาตรา 10 และมาตรา 138

การประนีประนอมยอมความ (Compromise) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งของตนซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นให้เสร็จสิ้นไปโดยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน (ป.พ.พ. มาตรา 850)

การประนีประนอมยอมความอาจมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการระงับข้อพิพาทชนิดอื่นๆ ในบางประการ แต่ก็มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากการระงับข้อพิพาทชนิดอื่นๆ ในบาง

ประการ ทั้งที่เกี่ยวกับแนวคิด คำนิยาม หลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญ หลักฐานเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งมีรายละเอียดที่สรุปได้ดังจะกล่าวต่อไป

1. แนวคิดของการประนีประนอมยอมความ

1) การประนีประนอมยอมความเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งต่างๆ ซึ่งรวมทั้งข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้น โดยความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีโดยต่างยินยอมผ่อนผันให้แก่กัน ซึ่งอาจเป็นการตกลงกันเอง หรือโดยมีบุคคลภายนอกเข้าไปช่วยให้คู่กรณีตกลงกันได้

2) การประนีประนอมยอมความเป็นการระงับข้อพิพาทที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องก่อนข้างน้อย คือ จะเข้าช่วยเหลือในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น คือในกรณีที่ต้องมีการบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความ หรือในกรณีที่มีการฟ้องคดีในศาลซึ่งกฎหมายก็บัญญัติให้ศาลพยายามไกล่เกลี่ยให้คู่ความประนีประนอมยอมความกัน

2.1.2 คำนิยามของการประนีประนอมยอมความ

การประนีประนอมยอมความนั้นมีบทบัญญัติ มาตรา 850 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้คำนิยามไว้ดังนี้

“อันว่าประนีประนอมยอมความนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน”

2.1.3 หลักเกณฑ์ของการประนีประนอมยอมความ

สาระสำคัญหรือหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบของการประนีประนอมยอมความซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทชนิดนี้แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นๆ นั้น เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงดังนี้

1) สัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาท การที่จะมีการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมยอมความได้นั้นจะต้องมีสัญญา คือ มีการตกลงกันระหว่างคู่กรณีที่ระงับข้อพิพาทซึ่งมีอยู่ระหว่างกัน หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต นอกจากนั้นในความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีหลังจากตกลงระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมยอมความแล้วในบางส่วนก็ยังเป็นเรื่องของสัญญา เพราะคู่กรณีสามารถตกลงกันในรายละเอียดของการประนีประนอมยอมความได้

ด้วยเหตุดังกล่าว การประนีประนอมยอมความจึงมีส่วนเนื้อหาสาระส่วนใหญ่เป็นสัญญา และต้องนำบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญาไปใช้บังคับตั้งแต่การเกิดการปฏิบัติตามการประนีประนอมยอมความและการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีรายละเอียดต่างๆ ของคู่สัญญาและเจตนาของคู่สัญญา ดังนี้

ก. คู่สัญญา บุคคลที่จะเป็นคู่สัญญาในสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นต้องเป็น คู่กรณีพิพาท

คู่กรณีพิพาทก็คือ บุคคลที่มีปัญหาพิพาทหรือความขัดแย้งในปัญหาใดๆ ที่ยังไม่สามารถตกลงกันได้

คู่กรณีดังกล่าวนั้นอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลและจะต้องมีคู่กรณี สองฝ่าย แต่ละฝ่ายจะมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับอีกคนก็ได้

หากผู้ที่มีใช้เป็นคู่กรณีพิพาทเข้ามาทำสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญานั้น ย่อมไม่เกิดผล เนื่องจากกระทำขึ้นโดยบุคคลที่ไม่มีสิทธิและไม่ใช่คู่สัญญา

ตัวอย่าง ก. ทำสัญญาขายเครื่องคอมพิวเตอร์ให้ ข. แต่ ข. อ้างว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ ที่ ก. ส่งมอบให้ไม่ถูกต้องตามสัญญา ต่อมา ค. ได้ขอเข้าชดใช้ค่าเสียหายของ ก. ให้กับ ข. และได้มีการผ่อนผันให้แก่กัน โดย ข. ยอมลดค่าเสียหายจากเดิมที่เคยเรียกร้อง จำนวน 1,000,000 บาท เป็น 500,000 บาท ดังนี้ สัญญาหรือข้อตกลงระหว่าง ข. กับ ค. ไม่เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ

ในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น คู่กรณีพิพาทอาจเป็นผู้ทำสัญญา ด้วยตนเอง หรือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำแทนก็ได้ ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันไปบ้างดังจะกล่าวต่อไป

ในกรณีที่คู่กรณีพิพาทประสงค์จะทำสัญญาด้วยตนเอง ก็ต้องเป็นผู้มีความสามารถ ในการทำนิติกรรม คือ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาที่ต้องมีความสามารถบริบูรณ์ตามกฎหมาย หรือหากมีความสามารถบกพร่องก็ต้องกระทำการโดยบุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนและปฏิบัติตาม บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และถ้าเป็นนิติบุคคลก็ต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนนิติบุคคล ทั้งนี้เพราะมาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า การใดมิได้เป็นไปตาม บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆะ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าบุคคลธรรมดาที่จะเป็นคู่สัญญาในสัญญาประนีประนอมยอมความได้ก็ต้องมีความสามารถบริบูรณ์ครบถ้วน ไม่บกพร่อง คือ ไม่เป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ และถ้าบุคคลเหล่านี้ประสงค์จะทำสัญญา ประนีประนอมยอมความก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการต่างๆ เช่น กระทำการแทนโดยผู้ที่มีอำนาจกระทำการแทนดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น เป็นผู้เยาว์ก็ต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมดำเนินการแต่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนมิฉะนั้นสัญญาประนีประนอมยอมความ ย่อมเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา 1574 (12) อันเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือคนไร้ความสามารถนั้นผู้ดูแลที่เรียกว่าผู้อนุบาลคน

ไว้ความสามารถก็ต้องขอความยินยอมจากศาลก่อนเช่นกัน ส่วนคนเสมือนไว้ความสามารถนั้นแม้ตามปกติจะสามารถทำนิติกรรมต่างๆ ได้ด้วยตนเองแต่ไม่สามารถทำสัญญาประนีประนอมยอมความตามลำพังด้วยตนเองได้ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ก่อน

สำหรับกรณีที่มีการมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนนั้นก็ต้องมีการมอบหมายให้ถูกต้อง เช่น ต้องมีการตั้งตัวแทนโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือในกรณีที่มอบหมายให้บุคคลอื่นไปทำการประนีประนอมยอมความแทน เนื่องจากการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นต้องมีหลักฐานของสัญญาเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อไปทำสัญญาดังกล่าวจึงต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย หรือหากจะตั้งทนายความให้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความแทนตัวความ (คู่กรณีพิพาท) ก็ต้องระบุลงไปหนังสือมอบอำนาจว่า ให้ทนายความสามารถประนีประนอมยอมความแทนตัวความหรือถูกความได้ด้วย

ข. การแสดงเจตนา เนื่องจากการประนีประนอมยอมความต้องเกิดจากสัญญา คือการตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาทที่จะทำสัญญากัน การก่อตั้งสัญญาประนีประนอมยอมความก็เหมือนกับสัญญาอื่นๆ คือต้องมีการทำคำเสนอของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งและมีการทำคำสนองของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคำเสนอและคำสนองของทั้งสองฝ่ายนั้นต้องถูกต้องตรงกัน ดังนั้นจึงต้องมีการแสดงเจตนาทำสัญญาและเจตนา นั้นจะต้องไม่บกพร่อง การแสดงเจตนาของคู่กรณีในการตกลงกันระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นจึงจะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความและใช้บังคับกันได้ ถ้ามีการแสดงเจตนาของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวที่จะทำสัญญา แต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ทำคำสนองตอบด้วยก็ไม่เกิดสัญญาประนีประนอมยอมความขึ้นแต่อย่างใด

ตัวอย่าง ก. ทำสัญญาขายอาหารกระป๋องให้ ข. แต่มีปัญหาในเรื่องคุณภาพของอาหารที่ส่งมอบกัน และ ข. เห็นว่ามีค่าเสียหายในจำนวนเงิน 2,000,000 บาท ก. ได้เสนอชดใช้ค่าเสียหายให้ ข. เป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท ดังนี้ การเสนอของ ก. ยังไม่ใช่สัญญาประนีประนอมยอมความ เพราะยังไม่การตกลงกันเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น

ในการตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น จะต้องมีการตกลงกันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญครบถ้วนแล้ว มิฉะนั้นสัญญาประนีประนอมยอมความย่อมไม่เกิดขึ้นเช่นเดียวกับการทำสัญญาอื่นๆ

นอกจากนั้นเจตนาของคู่สัญญาต้องสมบูรณ์ไม่บกพร่องด้วย คือ จะต้องเป็นการตกลงทำสัญญาของคู่กรณีด้วยความสมัครใจ ไม่มีสาเหตุที่ทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้ เพราะที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ทำสัญญาด้วยใจสมัคร สัญญานั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการทำนิติกรรมทั่วไป ดังนั้นในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นคู่สัญญาจะต้องไม่มีเหตุต่างๆ ดังนี้ กล่าวคือ ไม่มีความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา

(ประนีประนอมยอมความ) มิฉะนั้นสัญญาจะเป็นโมฆะ ไม่มีความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล หรือทรัพย์สินซึ่งตามปกตินับว่าเป็นสาระสำคัญ มิฉะนั้นสัญญาประนีประนอมยอมความจะเป็นโมฆียะซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ ไม่ถูกกถหรือฉลุลอกดวงให้ทำสัญญา มิฉะนั้นสัญญา ย่อมเป็นโมฆียะและอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ และไม่ถูกข่มขู่ (แต่ไม่ใช่การข่มขู่ว่าจะใช้สิทธิ ตามกฎหมาย เช่น การฟ้องคดี) มิฉะนั้นจะเป็นโมฆียะซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้

การที่สัญญาประนีประนอมยอมความมีความบกพร่องแบบละใช้บังคับไม่ได้ เพราะเหตุต่างๆ ดังกล่าวที่มีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาในการทำสัญญาของคู่กรณีเพราะมี บทบัญญัติไว้เช่นนั้น เป็นการสอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันของคู่กรณีในการทำสัญญา ประนีประนอมยอมความ กล่าวคือ การแสดงเจตนาโดยบกพร่องนั้นแสดงถึงความไม่เท่าเทียมกัน ของคู่กรณีในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความดังที่มีหลักหรือทฤษฎีในเรื่องของ ประนีประนอมยอมความ คือ ทฤษฎีความเท่าเทียมกันของคู่กรณีพิพาท (Equality Theory) ซึ่งมี หลักว่าคู่กรณีต้องมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเจรจาต่อรองเพื่อเรียกร้องสิทธิของฝ่ายตนตามสัญญา ประนีประนอมยอมความ หรือสละข้อเรียกร้องของตนและที่จะตกลงกันว่าแต่ละฝ่ายมีสิทธิและ หน้าที่อย่างไรหรือจะแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งพิพาทกันนั้นอย่างไร แต่การที่คู่กรณีทำสัญญา ประนีประนอมยอมความเพราะสำคัญผิด ถูกกถหรือฉลุลอก ข่มขู่ หรืออื่นๆ ย่อมทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ทำ สัญญาเพราะเหตุเหล่านั้น ไม่มีอำนาจหรือโอกาสที่จะเจรจาต่อรองอย่างเท่าเทียมกันในการทำ สัญญาประนีประนอมยอมความของคู่กรณีพิพาท

นอกจากสัญญาประนีประนอมยอมความจะต้องไม่มีความบกพร่องใช้บังคับไม่ได้ เพราะคู่กรณีขาดความสามารถ ตลอดจนมีการแสดงเจตนาที่บกพร่องแล้วก็ต้องไม่มีความบกพร่อง อันเกิดจากเหตุอื่นๆ เช่นเดียวกับสัญญาทั่วไปที่จะทำสัญญาใช้บังคับไม่ได้ เช่น ต้องไม่ขัดต่อ กฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเป็นการพันวิสัย มิฉะนั้น สัญญาจะใช้บังคับไม่ได้

ถ้าสัญญาประนีประนอมยอมความได้ทำขึ้นโดยถูกต้องไม่มีเหตุใดๆ ที่กระทบต่อ ความสมบูรณ์ของสัญญาตามกฎหมาย เช่น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันของประชาชนหรือไม่เป็นการพันวิสัยแล้ว ย่อมใช้บังคับกันได้

2) มีการระงับข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นไป ในการที่จะทำสัญญาประนีประนอมยอม ความนั้นจะต้องมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่ตกลงกัน ให้ระงับหรือยุติไปโดยการประนีประนอมยอมความกัน ซึ่งเป็นหลักทั่วไปเช่นเดียวกับวิธีการระงับข้อพิพาททั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นโดยทางการ อนุญาโตตุลาการ หรือการระงับข้อพิพาททางศาล และต้องมีการระงับข้อพิพาทนั้น

ข้อพิพาท คือ ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลซึ่งยังไม่ยอมรับกัน
ในระหว่างคู่กรณีซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมายก็ได้

ข้อพิพาทที่จะประนีประนอมยอมความกันได้ตามกฎหมายนั้นต้องเป็นเรื่อง
ข้อพิพาททางแพ่งไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางแพ่งใดๆ กล่าวคือ เป็นเรื่องทางแพ่งอย่างแท้จริง เช่น สัญญา
ครอบครัว มรดก สิทธิในทรัพย์สินประเภทที่ดิน หรือเป็นเรื่องทางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา เช่น
ละเมิด และอื่นๆ แต่ในเรื่องการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ข้อพิพาทที่จะระงับ โดยการ
ประนีประนอมยอมความก็คือข้อพิพาททางธุรกิจ ซึ่งก็เป็นเรื่องทางแพ่งอย่างหนึ่ง

นอกจากนั้นข้อพิพาทที่จะประนีประนอมยอมกันได้ ต้องเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมาย
ถ้าเป็นข้อพิพาทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นเรื่องหนี้อันเกิดจากธุรกิจการพนัน การซื้อขายอาวุธ
ปืนที่ไม่มีทะเบียน ธุรกิจรับจ้างให้ทำร้ายร่างกายหรือฆ่าผู้อื่น ย่อมไม่สามารถนำมาตกลงกันทำ
สัญญาประนีประนอมยอมความได้ ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องที่พิพาทกันในหน้าที่ไม่มีผลตามกฎหมายใน
อันที่จะเรียกร้องหรือบังคับกันได้

ข้อพิพาทที่จะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันนั้น อาจเป็นข้อพิพาท
ที่เกิดขึ้นแล้วและยังมีอยู่ในขณะที่ทำสัญญาไม่ว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาลหรือไม่ หรืออาจจะเป็น
ข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยทำสัญญาไว้ล่วงหน้าว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา
จะให้ระงับโดยการประนีประนอมยอมความ หรือทำสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อป้องกัน
มิให้ข้อพิพาทเกิดขึ้นซึ่งข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้นมักเกิดขึ้นจากเรื่องของสัญญา

3) คู่กรณีต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน ในการประนีประนอมยอมความนั้นต้องมีการ
ระงับข้อพิพาทโดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายตกลงกันในเรื่องที่พิพาทกัน และมีการกระทำการใดๆ อันเป็นการ
ผ่อนผันให้แก่กัน

คำว่า “ต่างผ่อนผันให้แก่กัน” หมายความว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างยอมสละ
ข้อเรียกร้องเดิมที่แต่ละฝ่ายคิดว่าตนมีอยู่โดยแต่ละฝ่ายตกลงกันว่า จะมีสิทธิหน้าที่ต่อกันใหม่และ
ต่างให้ประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจอาจเป็นการไม่เรียกร้องเต็มที่ตามที่ตนเคยเรียกร้อง
อ้างสิทธิหรือยินยอมกระทำการบางอย่างในขณะที่แต่เดิมไม่ยอมกระทำการนั้นๆ หรือให้
ผลประโยชน์แก่บุคคลภายนอก และการผ่อนผันให้แก่กันนั้นอาจเกิดขึ้นโดยคู่กรณียอมผ่อนผัน
ให้แก่กันและกันด้วยตนเอง หรือเป็นเพราะมีบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคนกลางเข้าไปไกล่เกลี่ยทำให้
คู่กรณียอมผ่อนผันให้แก่กัน

ในการผ่อนผันให้แก่กันนั้น อาจเป็นการทำให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้รับประโยชน์
ดังตัวอย่างต่างๆ ที่กล่าวมาแล้ว แต่อาจเป็นการผ่อนผันให้แก่กัน โดยทำให้บุคคลภายนอกได้รับ
ประโยชน์ก็ได้

หากไม่มีข้อเท็จจริงเรื่องการฟ้องผันให้แก้กันระหว่างคู่กรณีพิพาท ก็ไม่เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ เพราะการฟ้องผันให้แก้กันเป็นสาระสำคัญของประการหนึ่งของการประนีประนอมยอมความ ดังนั้น ถ้ามีการตกลงกันทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ไม่มีข้อเท็จจริงในการตกลงฟ้องผันให้แก้กัน สัญญานั้นก็ไม่เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ

ถ้ามีข้อเท็จจริงที่ครบหลักเกณฑ์สามประการดังกล่าวแล้วแม้จะว่าไม่ใช่ข้อสัญญาเป็นอย่างอื่นที่มีใช้สัญญาประนีประนอมยอมความก็ไม่สำคัญ สัญญานั้นก็ยังคงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ เช่น แม้สัญญาจะใช้ชื่อเรียกว่าหนังสือรับสภาพหนี้แต่ข้อความในสัญญานั้น จำเลยยอมรับว่ามีหนี้กับโจทก์จริงและยอมตกลงผ่อนชำระหนี้ให้แก่โจทก์เป็นงวดๆ จึงเห็นได้ว่าเป็นการที่โจทก์จำเลยทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทที่มีขึ้นตามมูลหนี้เดิมให้เสร็จไปด้วยต่างยอมฟ้องผันให้แก้กัน กรณีนี้เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ หากใช่เป็นการรับสภาพหนี้โดยกำหนดเวลาและเงื่อนไขให้จำเลยชำระหนี้ไม่ (มานิตย์ จุมปา, 2546, หน้า 11-56)

2.1.2 ข้อดีและข้อเสียของการประนีประนอมยอมความ

ในการประนีประนอมยอมความซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทชนิดหนึ่งนั้นมีทั้งข้อดีและข้อเสียดังจะกล่าวต่อไปนี้

1. ข้อดีของการประนีประนอมยอมความ

1) รวดเร็ว การประนีประนอมยอมความอาจทำให้ข้อพิพาทระงับสิ้นไปโดยรวดเร็วกว่าการฟ้องคดีต่อศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่กรณีพิพาทยินดีและพร้อมใจที่จะตกลงประนีประนอมยอมความ เพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกัน เพราะเพียงแต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายปรึกษาหารือกันและตกลงว่าจะฟ้องผันให้แก้กัน โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้สิทธิอย่างไร มีหน้าที่ต่อกันอย่างไร ข้อพิพาทก็ระงับสิ้นไป ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลเป็นเรื่องที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตามขั้นตอน กระบวนพิจารณาของศาลซึ่งมีขั้นตอนซับซ้อน เสียเวลามาก และในกรณีของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแม้โดยหลักจะรวดเร็วกว่าการฟ้องคดีต่อศาลแต่ก็ยังใช้เวลานานกว่าการประนีประนอมยอม เนื่องจากก็ต้องมีกระบวนการพิจารณาชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทเช่นกัน

2) ประหยัดค่าใช้จ่าย เนื่องจากการประนีประนอมยอมความเป็นการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็วและคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันเองได้ หรือแม้ต้องใช้นุคคลภายนอกเข้าไปไกล่เกลี่ย แต่ก็ไม่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมในการฟ้องคดี และค่าจ้างทนายความ เพราะไม่ต้องใช้ทนายความเหมือนการฟ้องคดี ไม่ต้องจ่ายค่าบริการต่างๆ เหมือนกับการอนุญาโตตุลาการ แม้อาจให้ค่าสินน้ำใจสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย แต่ก็คงไม่ใช่เงินเป็นจำนวนมาก และถ้าเป็นการประนีประนอมยอมความนอกศาลก็เห็นได้ชัดเจนว่าไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในการขึ้นศาล และแม้ในการประนีประนอมยอมความในศาลซึ่งต้องเสียค่าธรรมเนียม ก็เป็นจำนวนน้อยมาก

3) รักษาชื่อเสียงและความลับของกลุ่ม เนื่องจากการประนีประนอมยอมความเป็นการระงับข้อพิพาทโดยการตกลงกันเองระหว่างคู่กรณี หรือแม้จะมีการไกล่เกลี่ยของบุคคลภายนอกก็ยังคงเป็นการรู้กันในวงแคบระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้อง บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้รับรู้เรื่องที่พิพาท จึงเป็นการรักษาชื่อเสียงของกลุ่มไว้ได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ยังสามารถรักษาความลับของกลุ่มไว้ได้ เช่น มีข้อพิพาทกันในเรื่องสูตรลับในการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมหรืออื่นๆ ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลเพราะตามปกติการพิจารณาคดีในศาลจะกระทำโดยเปิดเผยให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ แต่มีลักษณะใกล้เคียงกับการอนุญาโตตุลาการ แต่ยังมีผู้ที่รู้เรื่องได้น้อยกว่าการอนุญาโตตุลาการ เพราะในการอนุญาโตตุลาการนั้นนอกจากมีคู่กรณีอนุญาโตตุลาการแล้วก็อาจมีบุคคลอื่นๆ เช่น ทนายความ และบางครั้งก็มีพยานเข้าไปร่วมในการพิจารณาคดี

4) รักษาความสัมพันธ์ของกลุ่มพิพาท เนื่องจากในกาประนีประนอมยอมความคู่กรณีพิพาทต้องตกลงกันด้วยสมัครใจ ไม่มีการพิจารณาชี้ขาด ไม่มีการต้องใช้กระบวนการพิจารณานำสืบพยานหลักฐานของแต่ละฝ่าย แลได้แย้งพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาการประนีประนอมยอมความจึงเหมาะสมสำหรับคู่กรณีพิพาทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน เช่น เรื่องในครอบครัว ห้างหุ้นส่วนทั้งหลาย

5) สมประโยชน์ของกลุ่ม เนื่องจากการประนีประนอมยอมความเป็นการระงับข้อพิพาทโดยความสมัครใจของกลุ่ม โดยคู่กรณีมีส่วนเกี่ยวข้องทุกขั้นตอน โดยเฉพาะในการตกลงกันสละข้อเรียกร้องเดิมและให้ประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคนจะได้ประโยชน์บางประการจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเช่นกัน ดังนั้นคู่กรณีจึงมักพอใจ ซึ่งแตกต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลหรือการอนุญาโตตุลาการ

6) ช่วยแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรม การที่คู่กรณีระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอมยอมความก็ทำให้คดีไม่ต้องขึ้นไปศาลอันทำให้ลดภาระของศาลได้ในบางส่วน และยังเป็นคดีเล็กๆ น้อยๆ และไม่มีปัญหาในข้อกฎหมายมากนัก หากนำไปฟ้องต่อศาลทุกเรื่องย่อมทำให้รกรงศาล ซึ่งข้อนี้มีลักษณะคล้ายกับการอนุญาโตตุลาการ

2.1.3 ข้อเสียของการประนีประนอมยอมความ

ถึงแม้การประนีประนอมยอมความจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีข้อดีหรือประโยชน์มากมาย แต่ก็มีข้อเสียบางประการ ดังนี้

1) การประนีประนอมยอมความอาจใช้เวลานาน หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่เต็มใจหรือไม่ร่วมมือกันในการเจรจาประนีประนอมยอมความกัน อันทำให้ต้องเสียเวลามากเกินไปและบางครั้งก็อาจไม่ประสบความสำเร็จทั้งที่เสียเวลาไปแล้วก็ได้

2) กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ตกลงกันไปแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังไม่สามารถได้รับประโยชน์จากสัญญาประนีประนอมยอมความได้ ต้องดำเนินการบังคับ ซึ่งก็ไม่สามารถบังคับเองได้ แต่ต้องดำเนินการทางศาล โดยเฉพาะถ้าเป็นการประนีประนอมยอมความนอกศาล ก็ต้องนำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นไปฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามสัญญานั้นก่อน

2.2 การอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการโดยตรงอยู่ 2 ฉบับ คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210 - 220 และมาตรา 222 ซึ่งเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการในศาล และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการนอกศาล

นอกจากกฎหมายภายในแล้ว ประเทศไทยก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ เช่น ต้องมีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวอาจอยู่ในรูปแบบต่างๆ เช่น สนธิสัญญา อนุสัญญา และอื่นๆ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการฉบับแรกได้ร่างขึ้นโดยองค์การสันนิบาตชาติ ในปี ค.ศ.1923 คือ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ค.ศ.1923 (The Protocol on Arbitration Clauses, 1923) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ และมักเรียกกันว่า โปรโตคอลเจนีวา โดยมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ให้องค์กรในประเทศภาคีโปรโตคอลเจนีวา ซึ่งได้รับฟ้องคดีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีซึ่งมีสัญชาติของประเทศภาคีที่แตกต่างกัน และตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทระหว่างตน โดยการอนุญาโตตุลาการต้องทำการบังคับให้คู่กรณีดังกล่าวไปดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แม้จะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ต้องกระทำในต่างประเทศก็ตาม

นอกจากโปรโตคอลเจนีวาแล้วองค์การสันนิบาตชาติ ก็ได้ประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1927 (The Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards , 1927) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงเจนีวา และมักเรียกกันว่าอนุสัญญาเจนีวา อนุสัญญาเจนีวามีขึ้นสำหรับการรับรองและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการตามโปรโตคอลเจนีวา กล่าวคือมีบทบัญญัติรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกประเทศภาคีที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด แต่ทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีอื่น หากคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่บกพร่อง โดยการบังคับคำชี้ขาดต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

อย่างไรก็ตาม โปรโตคอลเจนีวาและอนุสัญญาเจนีวา ก็ยังมีข้อบกพร่องบางประการที่ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไม่สามารถทำได้โดยสะดวก องค์การสหประชาชาติจึงได้มีการร่างและประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Award , 1958) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมักเรียกกันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (พิชัย ทรายางกูร, 2540, หน้า 109)

อนุสัญญานิวยอร์กมีหลักการให้ประเทศภาคียอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เช่นเดียวกับโปรโตคอลเจนีวาและอนุสัญญาเจนีวา แต่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญบางประการ ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีอยู่จากการปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวา เช่น เรื่องภาระการพิสูจน์ กล่าวคือในอนุสัญญาเจนีวาผู้ที่ขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ไม่บกพร่อง ศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดจึงจะบังคับตามคำชี้ขาดให้ แต่ในอนุสัญญานิวยอร์กนั้น คู่กรณีฝ่ายที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เพียงแต่เสนอคำชี้ขาดต่อศาล หรือองค์กรที่จะบังคับตามคำชี้ขาดพร้อมทั้งพยานหลักฐานที่อนุสัญญากำหนดไว้ ส่วนภาระการพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้นั้นตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น และถ้าพิสูจน์ได้ตามที่กล่าวอ้างศาลหรือองค์กรดังกล่าวก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่มีการพิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์หรือบกพร่องด้วยประการใดๆ ศาลหรือองค์กรดังกล่าวนั้นก็ต้องบังคับตามคำชี้ขาดให้ (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, 2548 ข, หน้า 66-67)

2.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

1. แนวคิดของการอนุญาโตตุลาการ

- 1) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งต่างๆ รวมทั้งข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของกลุ่มทั้งสองฝ่ายเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกัน
- 2) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาท ที่ต้องมีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกให้เป็นคนกลางเข้าไปพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น
- 3) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สะดวกรวดเร็ว และสามารถรักษาความลับและชื่อเสียงของกลุ่มได้เป็นอย่างดี

2. คำนิยามของการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่อาจกล่าวได้ว่า เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ ให้ทำการพิจารณาชี้ขาด

3. หลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่ว่าจะดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตั้งกันเองหรือโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการและไม่ว่าข้อพิพาทจะอยู่ในขั้นตอนใด ก็มีรายละเอียดส่วนใหญ่ ดังจะกล่าวต่อไป

- 1) สัญญาอนุญาโตตุลาการ การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งเป็นสัญญา เช่น เกิดจากสัญญาโดยเฉพาะในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ โดยการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีเสมอ มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ ถ้าคู่กรณีพิพาทมิได้ตกลงกัน ให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการดำเนินการในการอนุญาโตตุลาการไปจนเสร็จสิ้น และมีการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวก็ใช้บังคับไม่ได้เพราะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะระงับข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดนั้น

นอกจากนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในขณะที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการอยู่ก็มีลักษณะเกี่ยวข้องกับสัญญา และแม้กระทั่งการสิ้นสุดของการอนุญาโตตุลาการในบางกรณีก็เกิดจากสัญญาด้วยซึ่งมีหลักเกณฑ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

- ก) คู่สัญญา คู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาทในข้อพิพาทที่จะมีการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งจะกระทำโดยผ่านทางผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งในเรื่องของคู่สัญญานั้นต้องพิจารณาเรื่องดังต่อไปนี้

- ความสามารถ เนื่องจากสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่ง การทำสัญญาดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงความสามารถของคู่สัญญา กล่าวอีกนัยหนึ่ง คู่สัญญาต้องมีความสามารถบริบูรณ์ตามกฎหมายที่จะทำสัญญา มิฉะนั้นสัญญาอนุญาตตุลาการย่อมเป็นโมฆียะ ซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ตามบทบัญญัติมาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในเรื่องนี้สามารถแบ่งพิจารณาในกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนี้

- บุคคลธรรมดา ที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตตุลาการต้องมีความสามารถบริบูรณ์ตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ และไม่ถูกจำกัดความสามารถเพราะเหตุอื่น ๆ อย่างไรก็ตามบุคคลซึ่งมีความสามารถบกพร่อง หรือถูกจำกัดสิทธิก็อาจดำเนินการทำสัญญาอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทของตนได้ หากได้มีกฎหมายบัญญัติทางแก้และเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ เช่น บุคคลที่ไม่สามารถจัดการงานของตนเองได้ ซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถและให้มีผู้อนุบาลซึ่งเป็นผู้จัดการงานแทนบุคคลดังกล่าวนั้น หากผู้ไร้ความสามารถมีข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดจากธุรกิจที่ทำขึ้นก่อนที่จะกลายเป็นคนไร้ความสามารถ และจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความสำหรับข้อพิพาทนั้น คนไร้ความสามารถนั้นก็การทำสัญญาอนุญาตตุลาการเองมิได้ แต่ต้องให้ผู้อนุบาลทำสัญญาดังกล่าวแทน

- นิติบุคคล เนื่องจากนิติบุคคลเป็นบุคคลสมมุติที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายต่าง ๆ และมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ภายในของวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งจึงไม่สามารถทำนิติกรรมต่าง ๆ ด้วยตนเองได้ แต่ต้องกระทำโดยผ่านทางผู้แทนทั้งหลายของนิติบุคคลนั้น

ในเรื่องการทำสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นก็เช่นเดียวกับการทำนิติกรรมอื่น ๆ กล่าวคือ นิติบุคคลย่อมทำสัญญาอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทของตนได้โดยผ่านทางผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ๆ หากข้อพิพาทนั้นเกิดจากกิจการที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล แต่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของนิติบุคคลและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามอำนาจและหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคล เช่น ถ้าข้อบังคับของนิติบุคคลระบุว่าการทำนิติกรรมใด ๆ ต้องมีผู้แทนของนิติบุคคลอย่างน้อยสองคนลงลายมือชื่อและประทับตราของนิติบุคคลนั้น ในการทำสัญญาอนุญาตตุลาการก็ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับดังกล่าว แต่ถ้าไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับของนิติบุคคล สัญญาอนุญาตตุลาการย่อมไม่ผูกพันนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะให้สัตยาบันหรือมีการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคลนั้นได้กระทำการในลักษณะที่ทำให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบ เช่น มีการกระทำในลักษณะที่เป็นเรื่องตัวแทนเชิด (พิชัย หารยางกูร, 2540, หน้า 37, สรวิศ ลิ้มปรั้งยี, 2548, หน้า 111-114)

ตัวอย่าง บริษัท ก. ทำสัญญาซื้อขายจากนาย ข. และมีปัญหาพิพาทกันใน เรื่องการส่งมอบข้าวจึงตกลงกันว่าจะมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด แต่การที่บริษัท ก. จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ก็ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัทและบทบัญญัติของ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น จะต้องมีการรวมการของบริษัทลงนามในสัญญานั้นอย่างน้อยสองนายและ มีการประทับตราของบริษัท หากว่าบริษัท ก. มีข้อบังคับเช่นนั้น

- รัฐหรือองค์กรของรัฐ โดยหลักปฏิบัติของประเทศส่วนใหญ่ นั้น ในกรณีที่รัฐหรือองค์กรของรัฐซึ่งรวมทั้งรัฐวิสาหกิจ ได้รับอำนาจตามกฎหมายทั้งหลายให้เข้าทำ สัญญากับเอกชนได้ ก็อาจเป็นที่เข้าใจได้ว่าองค์กรของรัฐนั้นอาจตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาดังกล่าว โดยการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากในกรณี เหล่านั้นรัฐหรือองค์กรของรัฐมิได้ทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นรัฐ แต่มีลักษณะเช่นเดียวกับเอกชน เอกชนได้ ดังนั้นรัฐจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันกับเอกชน และตกอยู่ภายใต้สัญญา อนุญาโตตุลาการได้ และจะยกหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นอ้างมิได้ และประเทศส่วนใหญ่ก็ยอมให้ รัฐหรือองค์กรของรัฐเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกับเอกชนได้

สำหรับประเทศไทยนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ว่ารัฐ หรือองค์กรของรัฐ ตลอดจนรัฐวิสาหกิจจะเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับเอกชนได้หรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ตลอดจนรัฐวิสาหกิจของประเทศไทยได้มีการทำสัญญา อนุญาโตตุลาการ เช่นทำสัญญาระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหลักระหว่างองค์กร ทั้งหลายกับเอกชน ในลักษณะของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการลงในสัญญาที่ทำกับเอกชน โดยระงับให้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการที่ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมเป็น ส่วนใหญ่

ข) การตกลงกันให้มีการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการ นั้นเกิดจากสัญญา จึงต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่กรณีพิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทของคนที่ให้อ อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด กล่าวคือต้องมีการทำคำเสนอที่จะขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง และมีการทำคำสนองให้มีการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคำเสนอและคำสนองนั้นถูกต้องตรงกันจึงมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น ถ้ามีการแสดง เจตนาให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว แต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้ทำคำสนอง หรือตกลงด้วยหรือคำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน ก็ไม่มีสัญญา อนุญาโตตุลาการและจะมีการบังคับให้คู่กรณีที่มีได้ตกลงด้วยนั้นเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการมิได้

ตัวอย่าง คำทำสัญญาขายข้าวให้แดง ต่อมาแดงอ้างว่าคำผิดสัญญาส่ง มอบข้าวให้แดงไม่ถูกต้อง ในขณะที่คำอ้างว่าตนทำหน้าที่ถูกต้องแต่แดงไม่ปฏิบัติตามสัญญา แแดงจึง

ขอให้คำตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท แต่คำตั้งอนุญาโตตุลาการนี้ แดงจะบังคับให้คำตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ได้ แต่ถ้าคำได้เคยตกลงกับแดงไว้แล้วว่าจะมีการตั้งอนุญาโตตุลาการกันเพื่อระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยระบุไว้ในสัญญาซื้อขายข้าวหรือที่อื่น ๆ ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ต่อมาไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา ดังนี้ แดงสามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ และบังคับให้มีการอนุญาโตตุลาการได้

ในเรื่องการตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับการทำสัญญาทั่วไป เช่น เจตนาของคู่สัญญาในการตกลงกันต้องสมบูรณ์ไม่บกพร่อง คือ ต้องเป็นการตกลงทำสัญญาของคู่กรณีพิพาทด้วยความสมัครใจ ไม่มีความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ มิฉะนั้นสัญญาย่อมเป็นโมฆะ ไม่มีความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินซึ่งตามปกตินับว่าเป็นสาระสำคัญ มิฉะนั้นสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นโมฆะซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ คู่สัญญาจะต้องไม่ถูกหลอกลวง หรือถูกกดขี่ข่มเหง มิฉะนั้นสัญญาย่อมเป็นโมฆะซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ หรือคู่สัญญาต้องไม่ถูกข่มขู่ให้ทำสัญญา มิฉะนั้นสัญญาย่อมเป็นโมฆะซึ่งอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ และต้องไม่มีเหตุอื่น ๆ ที่ทำให้สัญญาใช้บังคับไม่ได้ เช่น สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการพันวิสัย มิฉะนั้น สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

ค) หลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้น โดยเพียงคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายตกลงกันว่า จะระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยการอนุญาโตตุลาการ โดยมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังคงต้องการให้บังคับตามสัญญานั้นก็จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือระบุว่าคู่กรณีได้ตกลงกันให้มีการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทของตนจึงจะฟ้องบังคับกันได้โดยหลักฐานนั้นสำหรับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน (พรบ.อนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 6) แต่ถ้าไม่มีหลักฐาน สัญญาอนุญาโตตุลาการก็ไม่เป็นโมฆะ เพราะไม่ใช่แบบ เพียงแต่บังคับกันไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องหลักฐานสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นยังสมบูรณ์อยู่ ถ้าคู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาจนกระทั่งมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ใช้บังคับได้ หลักฐานเป็นหนังสือนั้นไม่จำเป็นต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เพียงแต่มีข้อความว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการก็เพียงพอแล้วที่จะใช้บังคับได้

นอกจากนั้น หลักฐานเป็นหนังสือนั้นอาจอยู่ในรูปของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะ หรือข้อตกลงในสัญญาอื่น ๆ (arbitration clause) เช่นข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายโดยการอนุญาโตตุลาการและอาจมีการกำหนดตัวอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญานั้นหรือไม่ก็ได้ (พรบ.อนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 5)

สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น แต่ละสถาบันมักจะมีแบบอย่างข้อกำหนด หรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ให้คู่กรณีที่เหมาะสมจะใช้บริการของสถาบันระบุในสัญญา เช่นตัวอย่างดังนี้

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย สภาอนุญาโตตุลาการ สภาอนุญาโตตุลาการ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย มีแบบอย่างของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในข้อ 39 ดังนี้

คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยอมรับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย เป็นมาตรการในการระงับข้อพิพาท ฉะนั้นหากมีปัญหาโต้แย้งหรือมีข้อพิพาทเกี่ยวกับหรือสืบเนื่องจากสัญญานี้ และคู่สัญญาไม่อาจทำความตกลงกันเองได้ ก็ให้ทำความตกลงโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการการค้าไทย ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นได้เกิดขึ้น

ข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม มีแบบอย่างของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเรียกว่าข้อกำหนด ในข้อ 2 ดังนี้

ข้อพิพาท ข้อขัดแย้ง หรือข้อเรียกร้องใดๆ ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญานี้ หรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญานี้ รวมทั้งปัญหาการผิดสัญญา การเลิกสัญญา หรือความสมบูรณ์แห่งสัญญาดังกล่าว ให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยการอนุญาโตตุลาการ ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรมซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการเสนอข้อพิพาทเพื่อการอนุญาโตตุลาการ และให้อยู่ภายใต้การจัดการของสถาบันดังกล่าว

แต่สำหรับการอนุญาโตตุลาการในศาลนั้นหากคู่ความซึ่งมีคดีอยู่ในศาลชั้นต้นประสงค์จะให้มีการอนุญาโตตุลาการในคดีนั้น ก็ต้องทำคำร้องร่วมกันกล่าวถึงข้อตกลงเสนอต่อศาลที่พิจารณาคดีอยู่นั้นว่า ประสงค์จะขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง)

ง) ข้อพิพาทที่ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ (arbitrability) ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากคู่กรณีจะต้องตกลงกันให้มีการอนุญาโตตุลาการแล้วก็ต้องมีการระงับข้อพิพาทกันจริงๆ

ข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ คือ ข้อพิพาททางแพ่งที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน มิฉะนั้นจะใช้บังคับไม่ได้ เช่น การจ้างหญิงให้เป็นโสเภณี การรับของโจร หรือการเอาคนลงเป็นทาส จะทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้

2) อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคน ที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมาย ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี

อนุญาโตตุลาการเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งในการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเป็นผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จหรือความล้มเหลวขึ้นอยู่กับความสามารถและคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ โดยเฉพาะในเรื่องความสามารถและความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท ความซื่อสัตย์สุจริต เทียงธรรม และไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใด

นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการยังเป็นผู้ที่มีส่วนในการพัฒนาความสัมพันธ์ทางธุรกิจและทางปฏิบัติ และธรรมเนียมปฏิบัติ และจารีตประเพณีในทางการค้า และตลอดจนกฎหมาย ด้วย เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินใจปัญหาโดยเฉพาะในเรื่องข้อกฎหมายด้วยและหากในการตัดสินใจเหล่านั้นได้รับการยอมรับจากคู่กรณีตลอดจนนักกฎหมายเป็นเวลาต่อเนื่องกัน หลักดังกล่าวย่อมกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีและอาจได้รับการยอมรับนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

ด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการอนุญาโตตุลาการมากจึงควรพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และควรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยความระมัดระวังและรอบคอบ ทั้งในช่วงการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีและในช่วงหลัง คือ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ดังจะกล่าวต่อไป

2.1) ความสามารถ ในกฎหมายไทยมิได้บัญญัติถึงความสามารถของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นความสามารถที่จำเป็นขั้นพื้นฐานสำหรับบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ก็คือบุคคลนั้นต้องมีความสามารถที่จะทำนิติกรรม หรือจัดการงานเช่นเดียวกับการทำนิติกรรมทั่วไปของบุคคลธรรมดาในเรื่องความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่เป็นผู้ที่บกพร่องความสามารถ เช่น ไม่เป็นผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ และไม่ต้องห้ามที่จะจัดการกิจการของตนเองตามกฎหมายอื่นๆ เช่น ไม่เป็นคนล้มละลาย

2.2) ความเชี่ยวชาญในเรื่องความเชี่ยวชาญของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่าผู้ที่จะเป็น

อนุญาโตตุลาการควรมีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่ตนจะพิจารณาชี้ขาดนั้น เพราะการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญจะช่วยให้สามารถทำหน้าที่ได้รวดเร็วและถูกต้องเป็นธรรมกับคู่กรณีได้มาก โดยที่ไม่ต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ เพราะการรับฟังผู้เชี่ยวชาญก็อาจเป็นเรื่องยุ่งยากหากผู้ที่รับฟังไม่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าวเนื่องจากไม่เข้าใจ และในทางปฏิบัติของนานาประเทศ คู่กรณีพิพาทที่ใช้การอนุญาโตตุลาการมักเลือกแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนพิพาท

ในสถาบันต่าง ๆ ที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการมักมีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญในแต่ละสาขาไว้ให้คู่กรณีที่ใช้บริการของสถาบันพิจารณาเลือก ซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกอย่างหนึ่ง หากคู่กรณีไม่มีบุคคลที่ตนประสงค์จะตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการอยู่ แต่คู่กรณีก็ไม่ได้ถูกบังคับว่าต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจากบุคคลที่มีชื่ออยู่ในบัญชีที่สถาบันเท่านั้น คู่กรณีอาจแต่งตั้งบุคคลอื่นที่ไม่มีชื่ออยู่ในบัญชีเหล่านั้นก็ได้

2.3) ความเป็นกลางและยุติธรรม ในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งก็คือ การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้รับมอบหมายนั้นมีหลักพื้นฐานว่าอนุญาโตตุลาการต้องเป็นกลาง คือ มีอิสระจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แม้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ตั้งตนให้ทำหน้าที่ก็ตาม แต่เมื่อตั้งแล้วตนต้องทำหน้าที่เสมือนเป็นตุลาการไม่ใช่ตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้ง เพียงแต่เป็นตุลาการโดยการอนุญาตของคู่กรณี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางและยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยไม่กระทำการใดที่เป็นการเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดและความเป็นกลางและยุติธรรมนี้ใช้ทั้งกับกรณีที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีและโดยบุคคลอื่น

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของประเทศไทยมีความเข้าใจผิดอยู่ไม่น้อยในบรรดาคู่กรณีพิพาทและอนุญาโตตุลาการในบางครั้งว่า อนุญาโตตุลาการที่ถูกตั้งขึ้นโดยคู่กรณีฝ่ายใดจะต้องรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายนั้น เสมือนกับการตั้งตัวแทนของคู่กรณี ดังนั้นจึงควรมีบทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการระบุว่าให้อนุญาโตตุลาการเป็นกลางเป็นอิสระจากคู่กรณีฝ่ายที่ตั้งตนและให้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมและยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

2.4) สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการอาจมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบอย่างไรหรือไม่นั้นก็เป็นเรื่องที่สำคัญสำหรับอนุญาโตตุลาการและบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

2.4.1) สิทธิของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจมีสิทธิบางประการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน เช่น สิทธิที่เกี่ยวกับค่าตอบแทนในการทำการอนุญาโตตุลาการจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตามในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นอนุญาโตตุลาการจะมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีเป็นสำคัญ หากมีสัญญาระบุให้อนุญาโตตุลาการได้รับค่าตอบแทนอนุญาโตตุลาการย่อมได้รับค่าตอบแทนตามที่ตกลงกันนั้น แต่ถ้าไม่มีการตกลงกันไว้ในเรื่องค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ก็อาจยื่นคำร้องให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้ได้ซึ่งศาลอาจกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้เพราะอนุญาโตตุลาการควรมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจยุ่งยากเสียเวลาและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

ค่าป่วยการนี้ควรรวมทั้งค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่อนุญาโตตุลาการต้องเสียไปในการทำหน้าที่ เช่น ค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าที่พักในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ ถ้าอนุญาโตตุลาการไม่มีถิ่นที่อยู่ในเมืองที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น

2.4.2) หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่คู่กรณีเสนอต่อตนโดยปฏิบัติตามสัญญาและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต่าง ๆ อันจำเป็นสำหรับการระงับข้อพิพาทต่างๆ ดังกล่าว เช่น หน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการ กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดได้รับการทาบทามหรือตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ บุคคลนั้นมีหน้าที่ศีลธรรมที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงบางประการที่อาจกระทบกระเทือนถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในแง่ที่อาจทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อคู่กรณีพิพาทขึ้นได้ หน้าที่นี้มีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่โดยมารยาทแล้วควรถือเป็นหน้าที่ที่พึงกระทำ เช่น เป็นญาติกับคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และในบางสถาบันอนุญาโตตุลาการก็มีข้อบังคับกำหนดหน้าที่ดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและไม่ให้เสียเวลาของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เพราะอาจมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการหากคู่กรณีฝ่ายที่จะเสียประโยชน์รู้ข้อเท็จจริงในภายหลัง หน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง อนุญาโตตุลาการนั้นจะแต่งตั้งตัวแทนหรือมอบหมายบุคคลอื่นให้ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ตนได้รับมอบหมายนั้นไม่ได้ เพราะคนได้รับแต่งตั้งเนื่องจากคุณสมบัติและความสามารถของตนเป็นสำคัญ และคู่กรณีก็ต้องการให้บุคคลนั้นทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะอันเป็นเรื่องเฉพาะตัวของอนุญาโตตุลาการนั้น และหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับคู่กรณีโดยเคร่งครัด เนื่องจากอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นเพราะสัญญา และข้อความในสัญญานั้นแสดงถึงเจตนาของคู่กรณีพิพาทซึ่งสมควรได้รับการปฏิบัติตามอย่างครบถ้วน นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามความประสงค์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ตกลงกันไว้ใน

ภายหลังที่ทำสัญญาอนุญาตตุลาการไปแล้วก็ตามด้วย และหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย และหน้าที่พิจารณาชี้ขาดเฉพาะข้อพิพาทที่เสนอต่อตน อนุญาตตุลาการจะพิจารณาชี้ขาดประเด็นพิพาทที่มีได้เสนอต่อตนไม่ได้ เพราะอนุญาตตุลาการมีอำนาจเท่าที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้นถ้า อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเกิดกว่าที่ตนได้รับมอบหมาย คำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นคำชี้ขาดที่เกินขอบอำนาจและไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม และศาลจะไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นดังที่เป็นเหตุหนึ่งที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ และหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันต้องให้อีกโอกาสแก่คู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเต็มที่ในการเสนอพยานหลักฐานของตน ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสาร พยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานวัตถุรวมทั้งการเบิกความหรือการแถลงต่าง ๆ ของคู่กรณีด้วย และในการรับฟังพยานหลักฐานนั้น อนุญาตตุลาการจะฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่อยู่ในการพิจารณานั้นขาดนัดโดยความผิดของบุคคลนั่นเอง

2.4.3) ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ของ อนุญาตตุลาการอนุญาตตุลาการอาจกระทำการต่าง ๆ ในขณะที่ดำเนินการพิจารณา หรือทำคำชี้ขาดอันก่อความเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ จึงมีปัญหาว່ว่าอนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนหรือไม่ และถ้าอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบจะต้องรับผิดชอบเพียงใด

ในเรื่องนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามอนุญาตตุลาการอาจรับผิดชอบได้ในกรณีที่มีสัญญาระบุความรับผิดชอบของ อนุญาตตุลาการไว้หากกระทำการบางอย่างก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ถ้าไม่มีสัญญาระบุไว้ อนุญาตตุลาการจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ก็ต้องพิจารณาว่ามีการกระทำที่เป็นความผิด หรือจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ตามหลักกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาในเรื่องความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งดังจะกล่าวต่อไป

ก) ความรับผิดทางอาญา แม้จะไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของ อนุญาตตุลาการไว้โดยเฉพาะในกรณีที่ประพฤตินมิชอบ แต่ถ้าการกระทำของอนุญาตตุลาการเข้าองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตราใด อนุญาตตุลาการก็ต้องรับผิดทางอาญาตามบทบัญญัติมาตรานั้น ๆ เช่น อนุญาตตุลาการหลอกลวงคู่กรณีฝ่ายหนึ่งว่าจะชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายนั้น โดยอนุญาตตุลาการเรียกเอาทรัพย์สินจากคู่กรณีฝ่ายนั้น เช่นนี้อนุญาตตุลาการย่อมมีความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341

ข) ความรับผิดทางแพ่ง ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งของ อนุญาตตุลาการนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน ซึ่งอนุญาตตุลาการมีดุลพินิจในการทำหน้าที่

ของตน แม้จะมีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดจนกระทั่งคำชี้ขาดที่ทำขึ้นถูกปฏิเสธในการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดก็ยังคงได้รับความคุ้มครอง แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการกระทำกรใด ๆ ที่เป็นความผิด เช่น ประพฤติมิชอบที่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา รับสินบน หรือต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนสิทธิของผู้อื่นอันทำให้ผู้อื่นเสียหาย เช่น ถ้าเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดหรือละเลยไม่รับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายใดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหายเพราะการกระทำดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการย่อมเรียนให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ นอกจากนี้ คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายอาจเรียกให้อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบ เพราะเหตุที่เห็นลูกหนี้ที่จะต้องทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการแต่ไม่ชำระหนี้คือ ปฏิบัติหน้าที่ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ทั้งนี้เพราะความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทนั้นเป็นเรื่องสัญญาและหนี้ด้วย กล่าวคืออนุญาโตตุลาการมีฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ต้องหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้คู่กรณีให้เป็นธรรมในฐานะคนกลาง และคู่กรณีเป็นเจ้าของหนี้ในส่วนที่จะได้รับการชำระหนี้ตามสัญญา คือการที่ได้รับโอกาสในการเข้าร่วมในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอย่างเป็นธรรม ดังนั้น ถ้าอนุญาโตตุลาการทำผิดหน้าที่ เช่น ไม่ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหรือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่สุจริต ไม่ซื่อสัตย์ ถ้าเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใด หรือปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่องซึ่งไม่ใช่เรื่องธรรมดาที่อาจเกิดขึ้นได้ง่าย ก็เป็นการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้แล้วอนุญาโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนนั้น

3) วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการนั้นมีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยเริ่มต้นจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันระงับข้อพิพาทโดยเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้นและเมื่อคู่กรณีตั้งอนุญาโตตุลาการแล้วซึ่งอาจเป็นการตั้งกันเอง หรือใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการก็จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยพิจารณาตามที่คู่กรณีกำหนดหรือตามข้อบังคับต่าง ๆ ของสถาบันตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ

ในทางปฏิบัติพิจารณาจะเริ่มจากอนุญาโตตุลาการนัดคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้มาพร้อมกัน เพื่อกำหนดระยะเวลาและสถานที่ที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งจะคำนึงถึงความสะดวกของคู่กรณี พยาน และค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ต้องกำหนดประเด็นพิพาทและถ้าเป็นการอนุญาโตตุลาการในศาลจะต้องจดประเด็นข้อพิพาทในข้อตกลง หรือในคำสั่งศาลที่อนุญาตให้มีการอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดประเด็นพิพาทไว้โดยต้องลงในรายงานพิสดารคดีไว้ในสำนวนคดีอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ คู่กรณีเสนอโดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะเป็นไปตามกฎหมายที่ส่วนใหญ่จะให้ เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันได้ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ ก็อยู่ในดุลพินิจ ของอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรม โดยให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่า เทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานของแต่ละฝ่าย เช่น ต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและ พยานหลักฐานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเสนอ และอาจหาพยานหลักฐานได้เอง อย่างไรก็ตามวิธีพิจารณา ของอนุญาโตตุลาการนั้นมักมีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่นไม่เป็นทางการเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีพิจารณา คติของศาล แต่ที่สำคัญก็คือ ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ ข้ออ้างและข้อโต้แย้งของตนอย่างเท่าเทียมกัน

ในระหว่างการพิจารณา หากอนุญาโตตุลาการประสงค์จะดำเนินกระบวนการ พิจารณาใด ๆ ซึ่งไม่สามารถทำได้เองก็อาจขอให้ศาลช่วยเหลือได้ เช่น ขอให้หมายเรียกพยาน บุคคล ส่งเอกสารให้พยานสาบานตน ให้ความคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณา แต่สำหรับ การอนุญาโตตุลาการในศาลนั้น ศาลสามารถเข้าไปช่วยเหลือในการพิจารณาได้ค่อนข้างมากกว่าวิธี พิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เช่น อนุญาโตตุลาการอาจขอให้ศาลส่งคำคู่ความหรือ เอกสารอื่น ๆ เพื่อตรวจดูได้ ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการนอกศาลมิได้ระบุในเรื่องนี้อย่างชัดเจน ซึ่งก็มักจะทำได้เช่นกัน

4) คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณา พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณีเสนอจนครบถ้วนแล้ว ก็ต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นโดยตัดสินให้ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือทั้งสองฝ่ายกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือโอนกรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สิน

คำชี้ขาดนั้นต้องทำเป็นหนังสือระบุข้อความต่าง ๆ ที่จำเป็น เช่น บุคคลใดเป็น คู่กรณี ประเด็นพิพาท คำตัดสิน เหตุผลแห่งคำตัดสินและลงลายชื่อของอนุญาโตตุลาการ

หลังจากนั้นอนุญาโตตุลาการก็ต้องส่งคำชี้ขาดให้คู่กรณีรับรู้ในกรณีของการ อนุญาโตตุลาการนอกศาล และคู่กรณีก็ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดหากไม่ปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ชนะ ย่อมมีสิทธิเรียนให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ โดยต้องดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติ ไว้ สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดจะบังคับกันเองไม่ได้ เช่น ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น และศาลดังกล่าวจะเป็นองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาด หากมีคำชี้ขาด ที่สมบูรณ์ไม่บกพร่อง โดยศาลจะพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นและคำชี้ขาดก็จะกลายเป็นคำพิพากษา ของศาลไป ซึ่งศาลก็จะออกคำบังคับให้และหากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่สามารถปฏิบัติตามก็สามารถ ดำเนินการออกหมายบังคับคดีและบังคับคดีโดยผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีได้

2.2.2 ข้อดีและข้อเสียของการอนุญาตตุลาการ

การอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีทั้งข้อดีและข้อเสียดังจะกล่าวต่อไป

1. ข้อดีของการอนุญาตตุลาการ

การระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่ของนานาชาติในโลกปัจจุบันนั้นมักกระทำโดยการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้เพราะการอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประโยชน์และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1) รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ การอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่สิ้นสุดค่อนข้างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัดและไม่มีการยื่นข้อต่อสู้คดี แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานของตนต่ออนุญาตตุลาการได้อย่างเท่าเทียมกัน อนุญาตตุลาการอาจเป็นผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่พิพาทเป็นอนุญาตตุลาการซึ่งทำให้การพิจารณาเรื่องที่พิพาททำได้รวดเร็ว และเมื่ออนุญาตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นก็ต้องทำคำชี้ขาด ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทสิ้นสุดลงทันที โดยคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น โดยจะไม่มี การอุทธรณ์ฎีกาต่อไป แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถขอให้องค์กรของรัฐ เช่น ศาลบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกต้องสมบูรณ์และแม้จะต้องดำเนินการให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งต้องใช้เวลานานขึ้นในการระงับข้อพิพาท แต่ก็มักใช้เวลาน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล เพราะศาลในทุกประเทศมีวิธีพิจารณาคดีที่ค่อนข้างกินเวลานาน มีขั้นตอนมาก ตลอดจนมีการอุทธรณ์ และฎีกาคำพิพากษาได้อย่างเกือบไม่มีข้อจำกัด เว้นแต่ในการอนุญาตตุลาการที่ต้องมีการบังคับคำชี้ขาดโดยศาลและมีการอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาต่อไป แต่ก็มีข้อจำกัดในการอุทธรณ์และฎีกาในเรื่องดังกล่าวอยู่มาก

2) ค่าใช้จ่าย สำหรับการระงับข้อพิพาททางแพ่ง ภายในประเทศที่คู่กรณีสามารถตั้งอนุญาตตุลาการกันเองโดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการและอนุญาตตุลาการมิได้เรียกเก็บค่าปฎิการในอัตราที่สูงแล้วจะค่อนข้างประหยัดค่าใช้จ่าย ยิ่งถ้าคู่กรณีไม่ต้องจ้างทนายความเพื่อช่วยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยแล้วยิ่งประหยัดมาก เพราะการพิจารณาของอนุญาตตุลาการไม่มีขั้นตอนและไม่ซับซ้อนมากเท่ากับการพิจารณาคดีของศาล คู่กรณีสามารถดำเนินการได้เองโดยความช่วยเหลือของอนุญาตตุลาการ และถึงแม้จะจ้างทนายความก็อาจเสียค่าใช้จ่ายไม่มากนักเมื่อเทียบกับการฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากกระบวนการพิจารณาไม่ใช้เวลานานและไม่ยุ่งยากนัก

แต่สำหรับการอนุญาตตุลาการที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการนั้นมักไม่ประหยัดค่าใช้จ่าย เพราะในบางสถาบันก็เก็บค่าบริการ ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ตลอดจนค่าป่วยการอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนที่สูงมาก ซึ่งทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการสูงกว่าการฟ้องคดีต่อศาล อันขัดต่อหลักการของการอนุญาตตุลาการที่เป็นมาในอดีต โดยเฉพาะในสมัยเริ่มแรกนั้นการอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ประหยัด เนื่องจากการอนุญาตตุลาการกระทำโดยบุคคลที่คู่กรณีเคารพนับถือเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท และต่อมาก็มีการใช้การอนุญาตตุลาการในกลุ่มพ่อค้า โดยพ่อค้าที่มีชื่อเสียงและเป็นที่เคารพในหมู่พ่อค้าด้วยกันได้รับเลือกจากเพื่อพ่อค้าซึ่งมีข้อพิพาทให้ช่วยตัดสินข้อพิพาทให้ ซึ่งมักจะเป็นการทำให้เปล่า คู่กรณีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมต่าง ๆ มากมายแบบในปัจจุบัน

3) รักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับทางธุรกิจได้ดี เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตตุลาการนั้นกระทำการลับ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้ที่มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคือคู่กรณีและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ทนายความ ที่ปรึกษาอนุญาตตุลาการ และพยานเท่านั้น และในกรณีของพยานหากมีการสืบพยานหลายคนแล้ว พยานแต่ละคนจะเข้าร่วมการพิจารณาได้เฉพาะในช่วงที่ตนเบิกความเท่านั้น การพิจารณาครั้งอื่น ๆ นั้นตนไม่มีสิทธิเข้าร่วมและจะไม่ได้รับรู้สิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการพิจารณาครั้งอื่น ๆ ดังนั้นการพิจารณา ตลอดจนข้อเท็จจริง และรายละเอียดต่าง ๆ ในการพิจารณาจึงรู้จักกันอยู่ในหมู่ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้รับรู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้นโดยตรง จึงไม่รู้ว่าคู่กรณีมีข้อพิพาทกันหรือไม่ หรือมีข้อพิพาทกันอย่างไร ซึ่งเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีพิพาทและความลับทางธุรกิจของคู่กรณีพิพาทไว้ได้ (หากมีความลับในทางธุรกิจ สำหรับข้อพิพาทนั้นอยู่ด้วย) ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้น คู่กรณีจะไม่สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับของตน เช่น ความลับทางธุรกิจไว้ได้ เพราะการพิจารณาคดีของศาลนั้นโดยหลักต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

4) รักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท การอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาทไว้ได้ เพราะคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทกันโดยตรง และบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างยืดหยุ่นไม่เคร่งครัด เป็นกันเองมากกว่าการพิจารณาคดีในศาล ไม่มีระบบที่โต้แย้งกันอย่างเอาแพ้เอาชนะกันอย่างดุเดือด ซึ่งคู่กรณีจะรู้สึกเสียหน้ามากนัก หรือไม่เป็นที่ศรัทธากันอย่างรุนแรง จึงเหมาะสมสำหรับคู่กรณีพิพาท ซึ่งอยู่ในวงการธุรกิจ เพราะคู่กรณีส่วนใหญ่จำเป็นต้องคบค้าหรือติดต่อกัน เนื่องจากต้องประกอบธุรกิจกันต่อไปอีกในอนาคต ในเรื่องจึงแตกต่างกับการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างเคร่งเครียด และใช้เวลานานเพราะมีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปได้

ซึ่งทำให้ความรู้สึกแตกแยกของกลุ่มที่มีอยู่ขยายมากขึ้นจนเกินกว่าจะเยียวยาแก้ไขได้เมื่อคดีสิ้นสุดลง

5) เหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน การที่คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้และถ้าคู่กรณีเลือกอนุญาโตตุลาการ ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหาพิพาทกันอยู่ ก็จะทำให้การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาททำได้รวดเร็ว ยุติธรรม และไม่มีข้อผิดพลาด หรือมีข้อผิดพลาดเล็กน้อย เพราะเพียงแต่อนุญาโตตุลาการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอ้างโดยคู่กรณีฝ่ายที่กล่าวหาเพื่อประกอบข้ออ้างของตน และฟังข้อโต้แย้งและพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจฟังพยานหลักฐานอื่น ๆ อีกเล็กน้อย ก็สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ การอนุญาโตตุลาการจึงเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การพาณิชย์บางประเภท การลงทุน อุตสาหกรรมต่าง ๆ ซึ่งมักจะมีปัญหาในทางปฏิบัติเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เพราะคู่กรณีสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลในวงการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่พิพาทได้ ในขณะที่คู่ความในศาลไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ มาพิจารณาคดีให้ตนได้ ซึ่งก็ต้องมีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาบอกความอันทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณา และอาจมีปัญหาในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานว่าจะรับฟังให้เข้าใจได้ถูกต้องมากน้อยเพียงใด หากพยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถอธิบายได้ชัดเจนถูกต้อง

6) สมประโยชน์ของกลุ่มพิพาท การที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกกำหนดรายละเอียดในการอนุญาโตตุลาการได้ ตั้งแต่การเลือกบุคคลให้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและเรื่องอื่น ๆ ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน เช่น สถานที่ที่จะมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตลอดจนรายละเอียดในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการพิจารณาหากเป็นเรื่องข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งคู่กรณีใช้ภาษาที่ต่างกัน และกฎหมายที่ใช้บังคับกับการพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีมีสัญชาติแตกต่างกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่คู่กรณีสามารถตัดปัญหาที่ต้องใช้ภาษาท้องถิ่น และกฎหมายของถิ่นที่มีการพิจารณา และตัดความหวาดระแวงเรื่องความไม่เป็นกลางของศาลท้องถิ่นออกไป โดยไม่ต้องฟ้องคดีในศาลของท้องถิ่นนั้น ด้วยเหตุดังกล่าวการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่น่าจะสมประโยชน์ของกลุ่มได้มากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล โดยเฉพาะในคดีที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับระหว่างประเทศ เช่น คู่กรณีมีสัญชาติที่แตกต่างกัน

7) แบ่งเบาภาระของศาล การที่ข้อพิพาททางแพ่งบางส่วนระงับไปโดยการอนุญาโตตุลาการย่อมทำให้ข้อพิพาทที่จะเป็นคดีขึ้นสู่ศาลลดจำนวนลง อันเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของศาลได้ ซึ่งโดยหลักศาลควรตัดสินเฉพาะคดีที่สำคัญ และไม่ใช้คดีที่มีปัญหาข้อกฎหมายเพียงเล็กน้อย แต่เป็นเรื่องในทางปฏิบัติเสียเป็นส่วนใหญ่ เพราะคดีเหล่านี้สามารถดำเนินการให้

ระงับไปโดยทางการอนุญาตตุลาการได้ ไม่ควรให้เป็นภาระแก่ศาลมากเกินไปโดยไม่จำเป็น
ดังนั้น ถ้าข้อพิพาททางธุรกิจส่วนหนึ่งระงับไปได้โดยการอนุญาตตุลาการ ย่อมเป็นการแบ่งเบา
ภาระของศาลยุติธรรม ซึ่งมีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนที่มากอยู่ให้ลดลงได้

8) การบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศ ในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น
ค่อนข้างมีผลดีในบางประการ เนื่องจากสามารถนำไปใช้บังคับในประเทศอื่น ๆ ได้ด้วย แม้ว่าจะมี
คำชี้ขาดในประเทศไทยก็ตาม เพราะในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ต่างก็เป็นภาคีสัญญานิวยอร์ก
อันทำให้มีพันธกรณีต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการที่ทำขึ้นนอกดินแดนของตน
เว้นแต่เข้ากรณีข้อยกเว้นตามกฎหมาย ในขณะที่คำพิพากษาของศาลนั้น สามารถบังคับในประเทศ
อื่นได้เพียงเท่าที่ประเทศที่จะนำไปบังคับยอมรับซึ่งโดยมากเป็นไปตามหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ
ต่อกันเท่านั้น

2. ข้อเสียของการอนุญาตตุลาการ

ถึงแม้การอนุญาตตุลาการจะมีข้อดีมากมาย แต่ก็มีข้อเสียบางประการ ดังนี้

1) ความถูกต้องและเป็นธรรม ในการอนุญาตตุลาการนั้นอาจมีความ
ผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรมขึ้นได้หากอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป็นเอกชนนั้นไม่มีความรู้ความสามารถ
ไม่เชี่ยวชาญ ก็อาจตัดสินใจผิดพลาด ทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายต้องเสียประโยชน์
ได้ หรืออนุญาตตุลาการไม่เป็นธรรมา มีความลำเอียง ไม่สุจริต ก็อาจตัดสินใจข้างคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง
ฝ่ายใด ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียประโยชน์ได้ เพราะอนุญาตตุลาการไม่ถูกควบคุมหากเป็นกรณี
ที่คู่กรณีตั้งกันเอง โดยไม่ใช้บริการของสถาบันใด หรือถูกควบคุมหากมีการใช้บริการของสถาบัน
อนุญาตตุลาการแต่ไม่เคร่งครัดเมื่อเทียบกับผู้พิพากษา และประเทศส่วนใหญ่รวมทั้งประเทศไทย
ก็ไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะที่จะลงโทษอนุญาตตุลาการที่ทำหน้าที่ไม่ถูกต้องแม้จะลำเอียงเข้าข้าง
คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ตาม

2) ค่าใช้จ่ายในเรื่องค่าใช้จ่ายนั้นหากใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ
แล้ว คู่กรณีพิพาทมักต้องเสียค่าใช้จ่ายที่สูงมากเมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาทชนิดอื่น ๆ เพราะ
นอกจากต้องเสียค่าธรรมเนียมในการใช้บริการแล้ว ก็ต้องเสียค่าปฎิการอนุญาตตุลาการและ
อื่น ๆ และแม้แต่สถาบันบางแห่งซึ่งเป็นของหน่วยงานที่คล้ายกับของทางการในประเทศไทยก็เก็บ
ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งสูงมาก

3) การบังคับคดีหากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีก็ไม่สามารถบังคับ
กันเองได้ อนุญาตตุลาการก็ไม่สามารถบังคับได้ก็ต้องบังคับคดีกันโดยผ่านองค์กรของรัฐ เช่น
โดยต้องไปยื่นคำร้อง หรือฟ้องคดีต่อศาลโดยอาศัยคำชี้ขาดนั้น ซึ่งทดให้เสียเวลา และก็ต้องเสีย
ค่าใช้จ่ายอีก และหากมีการอุทธรณ์ ฎีกาคำพิพากษาของศาลได้อีก ก็ทำให้ล่าช้าไปอีก

2.3 การระงับข้อพิพาททางศาล

2.3.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางศาล

การระงับข้อพิพาททางศาลหรือการฟ้องคดีต่อศาลเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธินำข้อพิพาทของตนไปฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยมีพยานหลักฐานสนับสนุนและคู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหามีโอกาสต่อสู้คดี โดยมีพยานหลักฐานสนับสนุนแก้ข้อกล่าวหาของตนเช่นกัน ซึ่งศาลจะเป็นผู้ทำการพิจารณาพยานหลักฐาน โดยปฏิบัติตามวิธีการต่างๆ ซึ่งเรียกว่า วิธีพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ และพิพากษาคดีนั้น

การระงับข้อพิพาททางศาลเป็นการระงับข้อพิพาทที่ใช้กันอยู่ในทุกสังคมนับแต่สมัยโบราณตั้งแต่มีการตั้งศาลของทางการขึ้น และใช้กับข้อพิพาททุกชนิด ซึ่งรวมทั้งข้อพิพาททางธุรกิจและในประเทศไทยนั้นประชาชนก็นิยมใช้การระงับข้อพิพาทชนิดนี้กันมากในทางปฏิบัติ

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางศาลอยู่หลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ.2528 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539

เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางศาล หรือการฟ้องคดี มีความเหมือนและแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทวิธีอื่น ๆ ในบางประการ จึงควรกล่าวถึงแนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการระงับข้อพิพาททางศาล ซึ่งมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

1. แนวคิดของการระงับข้อพิพาททางศาล

1) การระงับข้อพิพาทต่อศาลหรือการฟ้องคดีต่อศาล เป็นการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งข้อพิพาททางธุรกิจที่เกิดขึ้นจากบุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธินำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจ

2) การระงับข้อพิพาททางศาล เป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่ไม่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและมีการควบคุมโดยรัฐ

3) ในการระงับข้อพิพาททางศาล ต้องมีกระบวนการพิจารณา คือ คู่กรณีมีโอกาสเสนอพยานหลักฐานต่อศาลและศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอนั้นก่อนที่ศาลจะทำคำพิพากษา

4) ผลของการระงับข้อพิพาททางศาล ทำให้ข้อพิพาทระงับสิ้นไปและคู่กรณีได้สิทธิตามคำพิพากษาของศาล

5) การระงับข้อพิพาททางศาลมีทั้งข้อดีและข้อเสียต่อคู่กรณี มีข้อดีในแง่ที่
ความมีประสิทธิภาพในการบังคับคดี แต่ก็มีข้อเสียที่ไม่รวดเร็ว และไม่สามารถรักษาชื่อเสียง
ตลอดจนความลับของคู่กรณีได้

2. คำนิยามของการระงับข้อพิพาททางศาล

ในส่วนของคำนิยามศัพท์นั้นไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้คำนิยามศัพท์
เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางศาล หรือการฟ้องคดีต่อศาลไว้ แต่อาจให้คำนิยามได้ดังนี้

การระงับข้อพิพาททางศาล หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายที่เห็นว่าตน
ถูกโต้แย้งสิทธินำข้อพิพาทของตนไปฟ้องเป็นคดีต่อศาล โดยมีพยานหลักฐานสนับสนุนและคู่กรณี
ฝ่ายที่ถูกกล่าวหามีโอกาสต่อสู้คดีโดยเสนอพยานหลักฐานสนับสนุนแก้ข้อกล่าวหาของตนเช่นกัน
ซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาพยานหลักฐานโดยปฏิบัติตามวิธีการต่างๆ ซึ่งเรียกว่าวิธีพิจารณาตาม
กฎหมายวิธีพิจารณาความและพิพากษาคดีนั้น

3. หลักเกณฑ์ของการระงับข้อพิพาททางศาล

ในการระงับข้อพิพาททางศาล หรือการฟ้องคดีต่อศาลนั้นคู่กรณีฝ่ายที่เห็นว่าตน
ถูกโต้แย้งสิทธิจะเป็นผู้เริ่มดำเนินการในการฟ้องคดีโดยต้องเสนอคำฟ้องต่อศาลอ้างว่าคู่กรณีพิพาท
อีกฝ่ายหนึ่งได้โต้แย้งสิทธิของตนอย่างไร และขอให้ศาลดำเนินการอย่างไร เช่น บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่ง
ซึ่งไม่ยอมชำระหนี้ชำระหนี้ให้ หลักจากที่ศาลรับฟ้องแล้วก็จะให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาส
ต่อสู้คดีโดยต้องทำคำให้การยื่นต่อศาลภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หลังจากนั้นศาลก็จะนั่ง
พิจารณาคดีของคู่ความ โดยให้คู่ความได้มีโอกาสเสนอพยานหลักฐานของตน สืบพยานต่าง ๆ และ
อื่นๆ โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และรายละเอียดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งมีเป็นจำนวนมากและ
ค่อนข้างซับซ้อน และหลังจากที่ศาลนั่งพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้วก็จะทำคำพิพากษาว่า ให้คู่ความฝ่าย
ใดปฏิบัติอย่างไร ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา ถ้าไม่ยอมปฏิบัติตามก็อาจถูก
บังคับคดีได้โดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดี เว้นแต่มีกรณีที่สามารถจะอุทธรณ์ได้ต่อไป

จากลักษณะของการฟ้องคดีดังกล่าวมาแล้วมีหลักเกณฑ์ที่อาจสรุปได้ดังนี้

1) เริ่มต้นได้โดยคู่กรณีฝ่ายเดียว การฟ้องคดีเป็นการระงับข้อพิพาทที่เริ่มต้น
โดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวกล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธิมีสิทธินำข้อพิพาทนั้น ไปฟ้องเป็นคดี
ต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

2) คู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหามีโอกาสต่อสู้คดี คู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหามีโอกาส
เสนอพยานหลักฐานของตนต่อศาลเพื่อแก้ข้อกล่าวหาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

3) วิธีพิจารณา ในการฟ้องคดีนั้นศาลซึ่งรับฟ้องคดีจะต้องพิจารณาคดีตาม
กฎหมาย และตามพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอและเมื่อการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ก็ต้อง

พิพากษาคดีนั้น โดยปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้อและใช้กฎหมายสารบัญญัติปรับกับคดีนั้นด้วย เพราะศาลจะไม่ใช้กฎหมายแต่ใช้หลักความยุติธรรมหรืออื่นๆ ไม่ได้

4) คำพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษา เมื่อศาลพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอในกระบวนการพิจารณาของศาลครบถ้วนแล้วก็ต้องทำการพิพากษาคดีนั้น โดยตัดสินใจให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ให้กระทำการ ไม่กระทำการ โอนกรรมสิทธิ์ หรือส่งมอบทรัพย์สินที่พิพาท และออกคำบังคับตามคำพิพากษาให้และคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น

อย่างไรก็ตาม ถ้าคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังคงประสงค์ที่จะบังคับตามคำพิพากษานั้น คู่กรณีฝ่ายนั้นก็ต้องดำเนินการบังคับคดีโดยยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ออกหมายบังคับคดี และดำเนินการบังคับคดีโดยผ่านเจ้าพนักงานบังคับคดีของศาล ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้

2.3.2 ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาททางศาล

1. ข้อดีของการระงับข้อพิพาททางศาล

การระงับข้อพิพาททางศาล หรือการฟ้องคดีต่อศาลมีข้อดีดังต่อไปนี้

1) ได้รับความเป็นธรรม คู่กรณีมีโอกาสที่จะต่อสู้คดีได้ค่อนข้างเต็มที่และเท่าเทียมกัน และได้รับการพิจารณาจากผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางกฎหมาย และเป็นผู้ที่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมและตามกฎหมาย เนื่องจากมีกฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่างๆ ที่ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งจะแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ย นอกจากนั้นคดียังได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบถี่ถ้วน เพราะโดยหลักแล้วจะมีการอุทธรณ์ ฎีกาได้อย่างค่อนข้างกว้างขวาง เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนวิธีประนีประนอมยอมความและการอนุญาโตตุลาการ

2) ค่าใช้จ่าย ในเรื่องค่าใช้จ่ายนั้นมีการกำหนดอัตราที่แน่นอน อันทำให้คู่กรณีสามารถเตรียมตัวว่าจะต้องเสียค่าใช้จ่ายอะไรบ้าง ซึ่งในบางกรณีอาจถูกกว่าการใช้บริการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะในสถาบันอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่

3) ความรวดเร็วในการบังคับคดี เมื่อศาลพิพากษาคดีแล้ว และหากคดีนั้นถึงที่สุดแต่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ฝ่ายที่ชนะคดีสามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามคำพิพากษาได้โดยง่าย โดยอาศัยตามคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาซึ่งทำได้โดยยื่นคำขอเพียงฝ่ายเดียวต่อศาลเพื่อให้ออกหมายบังคับคดี ซึ่งศาลจะออกหมายบังคับคดีให้ และแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบ ซึ่งก็จะมีการบังคับโดยทางเจ้าพนักงานบังคับคดีนั้น ในขณะที่การประนีประนอมยอมความนอกศาลและการอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีไม่สามารถ

บังคับตามผลของการระงับข้อพิพาทได้รวดเร็ว เพราะต้องมีการฟ้องร้องเพื่อบังคับคดีตามสัญญา ประนีประนอมยอมความ หรือตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

2. ข้อเสียของการระงับข้อพิพาททางศาล

ถึงแม้ว่าการระงับข้อพิพาททางศาลหรือการฟ้องร้องคดีต่อศาลจะมีผลดีในบางประการที่เป็นเรื่องสำคัญสำหรับคู่กรณีโดยเฉพาะในเรื่องโอกาสที่จะได้รับความเป็นธรรม แต่ก็มีข้อเสียบางประการ ดังนี้

1) ไม่รวดเร็ว เนื่องจากในการฟ้องคดีมีขั้นตอนและคู่ความสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้มาก ทำให้เสียเวลามากเมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นๆ นอกจากนั้นคู่ความไม่สามารถเลือกบุคคลที่จะเป็นผู้พิพากษาที่จะตัดสินคดีของตนได้ จึงไม่อาจเลือกผู้เชี่ยวชาญให้เหมาะสมกับคดีของตนได้ ซึ่งศาลก็อาจไม่มีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่พิจารณาคดีกันอยู่ ซึ่งก็ต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความอันทำให้ต้องเสียเวลาในการฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ

2) ไม่ประหยัดค่าใช้จ่าย การฟ้องคดีต่อศาลนั้นเสียค่าใช้จ่ายก่อนข้างสูงเมื่อเทียบกับการประนีประนอมยอมความ เพราะต้องเสียค่าธรรมเนียม ค่าทนายความและอื่น ๆ

3) ไม่สามารถรักษาชื่อเสียงหรือความลับของคู่กรณี เนื่องจากโยหลักการพิจารณาคดีของศาลกระทำโดยเปิดเผย ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีของศาลได้ จึงไม่สามารถรักษาชื่อเสียงและความลับของคู่กรณีไว้ได้ เว้นแต่จะมีการพิจารณาคดีเป็นการลับในบางคดี

4) ไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีพิพาท เนื่องจากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาลนั้นมีการสอบสวนพิจารณาที่ต่อสู้กันอย่างเต็มที่ เช่น มีการซักถามถามค้าน และถามดิงต่าง ๆ และอื่น ๆ อันทำให้คู่กรณีรู้สึกเป็นศัตรูกันอย่างเต็มที่ และมีระยะเวลาที่ต่อสู้กันยาวนาน อันทำให้ความสัมพันธ์ที่แตกร้าวไม่สามารถประสานกันได้จึงไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์กันต่อไป

5) อาจไม่สมประโยชน์ของคู่กรณี ในการฟ้องคดีก็จะต้องมีฝ่ายที่แพ้และฝ่ายที่ชนะ ฝ่ายที่แพ้ก็ยอมไม่พอใจกับผลของคดี หรือแม้ฝ่ายที่ชนะแต่ชนะไม่เต็มที่ก็อาจไม่พอใจคำพิพากษาได้เช่นกัน และเนื่องจากศาลไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในคดีนั้น แม้จะมีการฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่ก็ไม่อาจเกิดความผิดพลาดได้ อันทำให้ไม่สามารถตัดสินได้ยุติธรรมตามที่ควรจะเป็นและตามที่คู่ความพึงพอใจ แต่ถึงแม้ว่าจะยุติธรรม คู่ความก็อาจไม่พอใจได้เช่นกันดังได้กล่าวมาแล้ว

6) เป็นภาระต่อศาลยุติธรรม ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลเป็นจำนวนมาก รวมทั้งคดีเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ ก็ยอมทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก และทำให้การพิจารณาคดีต้องล่าช้า เนื่องจากจำนวนผู้พิพากษามีไม่เพียงพอและงบประมาณที่จำกัด

2.4 การเปรียบเทียบวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์

จากสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ของวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์ทั้งสามประเภทที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความเหมือนและความแตกต่างกันในบางประการ

เนื่องจากวิธีการระงับข้อพิพาทแต่ละชนิดมีความเหมือนและแตกต่างกันในบางประการ หากไม่เข้าใจลักษณะดังกล่าวแล้วอาจไม่สามารถแยกได้ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทใดและไม่สามารถใช้หลักกฎหมายปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง จึงจำเป็นต้องเปรียบเทียบวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์ทั้งสามชนิด

2.4.1 การประนีประนอมยอมความกับการอนุญาโตตุลาการ

1. ความเหมือนของการประนีประนอมยอมความกับการอนุญาโตตุลาการ

การประนีประนอมยอมความกับการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเหมือนกันตรงที่เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งเช่นเดียวกัน และเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญา ระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีตกลงกันเองเพื่อระงับข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นไปโดยไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรใดๆ ของรัฐ และยังมีลักษณะคล้ายคลึงกันมากในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความมีบุคคลภายนอกเข้าไปช่วยไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีตกลงกัน

2. ความแตกต่างของการประนีประนอมยอมความกับการอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทสองชนิดนี้มีความแตกต่างกันดังนี้

1) การมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง การประนีประนอมยอมความนั้น คู่กรณีต้องตกลงกันระงับข้อพิพาทด้วยการผ่อนผันให้แก่กันด้วยตนเอง ซึ่งอาจมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องหรือช่วยเหลือในการผ่อนผันหรือไม่ก็ได้ และแม้ในกรณีที่มีบุคคลภายนอกเข้าไปเกี่ยวข้อง บุคคลภายนอกนั้นก็เพียงแต่เข้าไปช่วยไกล่เกลี่ยเพื่อให้คู่กรณีตกลงกันเท่านั้น โดยอาจให้คำแนะนำซึ่งไม่มีผลผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามแต่อย่างใด ถ้าคู่กรณีจะปฏิบัติตามคำแนะนำของผู้ไกล่เกลี่ย ก็เป็นเรื่องความสมัครใจของคู่กรณีเอง ไม่ใช่เพราะความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ต้องมีบุคคลภายนอก ซึ่งเป็นคนกลางทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเสมอ และคำชี้ขาดนั้นมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม

2) การมีวิธีพิจารณา การประนีประนอมยอมความ คู่กรณีจะต้องมีการผ่อนผันให้แก่กัน โดยสละข้อเรียกร้องเดิมของตนและร่วมกันแบ่งปันสิทธิและหน้าที่ของตนกันใหม่โดยยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งได้สิทธิบ้าง โดยไม่ต้องมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ในขณะที่ในการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดหลังจากฟังการพิจารณาตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณาโดยไม่มี การผ่อนผันให้แก่กัน

3) ความรวดเร็ว เรื่องระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยทั่วไปการประนีประนอมยอมความนั้นจะใช้เวลาที่สั้นและรวดเร็วกว่าการอนุญาโตตุลาการ เพราะหากคู่กรณีเต็มใจตกลงกันแม้จะคนกลางเข้าใกล้เกลี้ยก็เพียงแต่ตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ และกำหนดสิทธิหน้าที่ต่อกันและปฏิบัติตามข้อพิพาทที่สิ้นสุดลง ในขณะที่ในการอนุญาโตตุลาการนั้นมีกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ต้องใช้คนกลางตัดสินโดยมีการพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ และมีขั้นตอนมากกว่า

4) ค่าใช้จ่าย การอนุญาโตตุลาการนั้น ตามปกติจะเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าการประนีประนอมยอมความ โดยเฉพาะถ้าใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้วจะเสียค่าใช้จ่ายที่สูงมาก ในขณะที่ในการประนีประนอมยอมความนั้นหากมีค่าใช้จ่ายก็เป็นเพียงเล็กน้อย แม้จะมีคนภายนอกเข้าใกล้เกลี้ยก็อาจตอบแทนโดยให้ค่าสินน้ำใจเท่านั้น

5) การรักษาชื่อเสียงและความลับ การรักษาชื่อเสียงและความลับนั้น การประนีประนอมยอมความอาจรักษาชื่อเสียงและความลับของคู่กรณีได้ดีกว่าการอนุญาโตตุลาการ เพราะอาจมีคนเข้าไปเกี่ยวข้องได้น้อยกว่า เพราะไม่ต้องมีการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆ แบบที่ต้องทำในการอนุญาโตตุลาการ

6) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี การประนีประนอมยอมความนั้นคู่กรณีจะสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างกันไว้ได้มากกว่าที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ กำหนดสิทธิและหน้าที่ของกันและกัน โดยมีการผ่อนผันให้แก่กัน ในขณะที่ในการอนุญาโตตุลาการคู่กรณีก็ต้องมีการเสนอพยานหลักฐาน มีการโต้แย้งกันแม้จะไม่เอาจริงเอาจังเท่ากับการพิจารณาคดีในศาลก็ตาม และอนุญาโตตุลาการก็ต้องตัดสินชี้ขาด จึงไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ได้ดีเท่ากับการประนีประนอมยอมความ

7) การสมประโยชน์ เนื่องจากในการประนีประนอมยอมความนั้นคู่กรณีต่างตกลงแบ่งปันผลประโยชน์โดยต่างผ่อนผันให้แก่กัน ผลของการระงับข้อพิพาทจึงมักสมประโยชน์และเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในขณะที่ในการอนุญาโตตุลาการนั้นอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามพยานหลักฐานที่ปรากฏจากที่คู่กรณีเสนอต่อตน โดยไม่มีการผ่อนผันให้แก่บุคคลใด ผลของการอนุญาโตตุลาการจึงอาจไม่สามประโยชน์หรือไม่เป็นที่น่าพอใจเมื่อเปรียบเทียบกับประนีประนอมยอมความ

2.4.2 การประนีประนอมยอมความกับการระงับข้อพิพาททางศาล

1. ความเหมือนของการประนีประนอมยอมความกับการระงับข้อพิพาททางศาล

การประนีประนอมยอมความกับการระงับข้อพิพาททางศาลมีความเหมือนกันเพียงประการเดียว คือ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาท

2. ความแตกต่างของการประนีประนอมยอมความกับการระงับข้อพิพาททางศาล

1) การเกิด การประนีประนอมยอมความเกิดจากสัญญา คือ การตกลงกันของคู่กรณีพิพาทที่จะสละข้อเรียกร้องของตนและให้ประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกโดยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน แต่ในการฟ้องคดีนี้คู่กรณีพิพาทฝ่ายที่เห็นว่าตนถูกโต้แย้งสิทธิจะเป็นผู้นำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่สามารถดำเนินการเริ่มต้นกระบวนการได้โดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมด้วย

2) การมีวิธีพิจารณา การประนีประนอมยอมความ คู่กรณีจะต้องมีการผ่อนผันให้แก่กัน โดยสละข้อเรียกร้องเดิมของตนและร่วมกันแบ่งปันสิทธิและหน้าที่ของตนกันใหม่ โดยยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งได้สิทธิบ้าง โดยไม่ต้องมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้นศาลต้องทำการชี้ขาดหลังจากฟังการพิจารณาตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณา โดยไม่มีการผ่อนผันให้แก่กัน

3) ความรวดเร็ว ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยทั่วไปการประนีประนอมยอมความนั้นจะใช้เวลาที่สั้นและรวดเร็วกว่าการฟ้องคดีต่อศาล เพราะหากคู่กรณีเต็มใจตกลงกันแม้จะมีคนกลางเข้าไปไกล่เกลี่ยก็เพียงแต่ตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ และกำหนดสิทธิหน้าที่ต่อกันและปฏิบัติตามข้อพิพาทที่สิ้นสุดลง ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้นมีกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ต้องมีผู้พิพากษาพิจารณาตัดสินคดี โยมีการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ และมีขั้นตอนมากกว่า

4) ค่าใช้จ่าย ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้นจะเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าการประนีประนอมยอมความ ในขณะที่ในการประนีประนอมยอมความนั้นหากมีค่าใช้จ่ายก็เป็นเพียงเล็กน้อย แม้จะมีคนภายนอกเข้าไปไกล่เกลี่ยก็อาจตอบแทนโดยให้คำสินน้ำใจเท่านั้น

5) การรักษาชื่อเสียงและความลับ การรักษาชื่อเสียงนั้น การประนีประนอมยอมความอาจรักษาชื่อเสียงและความลับของคู่กรณีได้ดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาลเพราะอาจมีคนเข้าไปเกี่ยวข้องได้น้อยกว่า เพราะไม่ต้องมีการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆ แบบที่ต้องทำในการฟ้องคดีต่อศาล

6) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี การประนีประนอมยอมความนั้น คู่กรณีจะสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างกันไว้ได้มากกว่าที่จะระงับข้อพิพาทโดยการฟ้องคดีต่อศาล เพราะเป็นการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ กำหนดสิทธิและหน้าที่ของกันและกันโดยมีการ

ผ่อนผันให้แก่กัน ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้นคู่ความต้องการเสนอพยานหลักฐาน มีการต่อสู้คดีกันตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความและมีการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และศาลก็ต้องพิพากษาคดีจึงไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ได้ดีเท่ากับกาประนีประนอมยอมความ

7) การสมประโยชน์ เนื่องจากในการประนีประนอมยอมความนั้น คู่กรณีต่างตกลงแบ่งปันผลประโยชน์โดยต่างผ่อนผันให้แก่กัน ผลการของการระงับข้อพิพาทจึงมักสมประโยชน์และเป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ศาลต้องพิพากษาคดีตามพยานหลักฐานที่ปรากฏจากที่คู่กรณีและทนายความเสนอต่อศาลโดยไม่มีการผ่อนผันให้แก่บุคคลใด ผลของการฟ้องคดีต่อศาลจึงอาจไม่สมประโยชน์หรือไม่เป็นที่น่าพอใจเมื่อเปรียบเทียบกับกาประนีประนอมยอมความ

2.4.3 การอนุญาโตตุลาการกับการระงับข้อพิพาททางศาล

1. ความเหมือนของการอนุญาโตตุลาการกับการระงับข้อพิพาททางศาล

การอนุญาโตตุลาการกับการฟ้องคดีต่อศาล เป็นการระงับข้อพิพาทซึ่งมีความเหมือนกันบางประการ คือ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาท และเป็นการระงับข้อพิพาทที่กระทำโดยการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งต้องมีวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาต่างๆ ก่อนที่จะตัดสินชี้ขาด นอกจากนั้นก็เป็นกาการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีการผ่อนผันให้แก่กัน

2. ความแตกต่างของการอนุญาโตตุลาการกับการระงับข้อพิพาททางศาล

1) การเกิด โดยปกติการอนุญาโตตุลาการมักเกิดจากสัญญา คือ การตกลงกันของคู่กรณีพิพาทที่จะเสนอข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด แต่ในการฟ้องคดีนั้นคู่กรณีพิพาทฝ่ายที่เห็นว่าตนถูกโต้แย้งสิทธิจะเป็นผู้นำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่สามารถดำเนินการเริ่มต้นกระบวนการได้โดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมด้วย

2) ผู้ตัดสินข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทคือบุคคลภายนอกซึ่งเป็นเอกชนที่แต่งตั้งหรือเลือกโดยคู่กรณีพิพาทให้ทำหน้าที่ดังกล่าว แต่ในการฟ้องคดีนั้น ผู้ที่ตัดสินคือผู้พิพากษาซึ่งเป็นบุคคลในสถาบันศาล อันเป็นสถาบันของรัฐและคู่กรณีไม่มีสิทธิเลือกผู้พิพากษาที่จะตัดสินคดีของตนเองได้

นอกจากนั้นในการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทรายหนึ่งๆ เท่านั้น และแม้จะเป็นการอนุญาโตตุลาการในสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ตามก็มีลักษณะดังกล่าวเช่นกัน แต่ในการฟ้องคดีต่อศาล ศาลเป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ถาวรไม่ใช่ชั่วคราว

3) วิธีพิจารณา แม้ในการอนุญาตตุลาการและศาล จะมีการพิจารณาข้อพิพาทก่อนที่จะตัดสินข้อพิพาทเหมือนกัน แต่มีความแตกต่างกันในรายละเอียดของวิธีพิจารณาคดี กล่าวคือ วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการมีความยืดหยุ่น ไม่เข้มงวด ไม่เคร่งครัดเท่าวิธีพิจารณาคดีของศาล และโดยหลักมีการพิจารณาที่เป็นการลับ คือไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนโดยผู้ที่เข้าร่วมในการพิจารณาต้องเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเท่านั้น ในขณะที่วิธีพิจารณาของศาลมีลักษณะเคร่งครัด มีพิธีการ ขั้นตอนมาก และโดยหลักต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

4) ความรวดเร็ว ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยทั่วไป การอนุญาตตุลาการใช้เวลาที่สั้นและรวดเร็วกว่าการฟ้องคดีต่อศาล เพราะหากคู่กรณีตั้งใจตกลงกันตั้งอนุญาตตุลาการอนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และคู่กรณีปฏิบัติตามคำชี้ขาด ข้อพิพาทก็สิ้นสุดลง ในขณะที่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้นมีกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด มีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อศาลได้ และมีขั้นตอนมากกว่า และแม้ในกรณีของการอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดจนต้องมีการบังคับกันโดยองค์การของรัฐ เช่น ศาลแต่เมื่อศาลพิพากษาไปแล้ว โดยหลักจะมีการอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นซึ่งค่อนข้างจำกัดมากกว่า เพียงแต่ในทางปฏิบัติของบางประเทศ เช่น ประเทศไทย ซึ่งมีความเข้าใจในการอนุญาตตุลาการที่ค่อนข้างน้อยแม้ในวงการของนักกฎหมาย การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการอาจใช้เวลามากกว่าการฟ้องคดีต่อศาลได้

5) ค่าใช้จ่าย การอนุญาตตุลาการนั้นโดยหลักจะเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล เพราะไม่ต้องจ้างทนายความ ไม่เสียค่าธรรมเนียมในการระงับข้อพิพาท แต่ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะการระงับข้อพิพาททางธุรกิจที่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการแล้วจะเสียค่าใช้จ่ายที่สูงมาก เมื่อเทียบกับการฟ้องคดีต่อศาล

6) การรักษาชื่อเสียงและความลับ การรักษาชื่อเสียงและความลับนั้น การอนุญาตตุลาการสามารถรักษาชื่อเสียงและความลับของคู่กรณีได้ดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาลเพราะมีคนเข้าไปเกี่ยวข้องได้น้อยกว่า เพราะไม่มีการพิจารณาข้อพิพาทต่าง ๆ โดยเปิดเผยแบบที่กระทำกันอยู่ในศาล

7) การรักษาความสัมพันธ์ของคู่กรณี การอนุญาตตุลาการนั้นคู่กรณีจะสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างกันไว้ได้มากกว่าที่จะระงับข้อพิพาทโดยศาลฟ้องคดีต่อศาล แม้คู่กรณีต้องมีการเสวนอพยานหลักฐาน มีการโต้แย้งกัน แต่วิธีพิจารณาไม่เอาจริงเอาจังเท่ากับการพิจารณาคดีในศาล และการตัดสินชี้ขาดของอนุญาตตุลาการก็เกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันว่าจะใช้การระงับข้อพิพาทดังกล่าว และคู่กรณียินดีที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งก็อาจรักษาความสัมพันธ์ได้ดีกว่าการฟ้องคดีต่อศาล

8) การสมประโยชน์ เนื่องจากการอนุญาตตุลาการนั้น คู่กรณีสามารถตกลงกันในเรื่องต่างๆ ได้มากกว่าในการฟ้องคดีต่อศาล การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนั้นจึงน่าจะสมประโยชน์และเป็นที่พอใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล แม้จะไม่สมประโยชน์เมื่อเทียบกับการประนีประนอมยอมความก็ตาม

จากความเหมือนความแตกต่าง และข้อดี ข้อเสียของวิธีการระงับข้อพิพาท โดยการประนีประนอมยอมความ การอนุญาตตุลาการ และการระงับข้อพิพาททางศาลนั้น จะเห็นได้ว่าการประนีประนอมยอมความน่าจะมีประโยชน์กับคู่กรณีพิพาทมากที่สุด เพราะสามารถประหยัดค่าใช้จ่าย รักษาความลับ ความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน และสมประโยชน์ของคู่กรณีมากที่สุด อย่างไรก็ตามในกรณีที่คู่กรณีที่ไม่สามารถตกลงประนีประนอมยอมความกันได้ ก็จำเป็นต้องให้บุคคลภายนอกเข้าตัดสินข้อพิพาท ซึ่งก็ต้องเลือกระหว่างการอนุญาตตุลาการกับการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งในทางปฏิบัติของนานาประเทศสำหรับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจนั้น มักใช้การอนุญาตตุลาการเป็นหลักมากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล เพราะคู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่จะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้โดยพิจารณาความรู้ความเชี่ยวชาญของบุคคลที่ตนจะเลือกให้เหมาะสมกับสภาพของพิพาทได้ และมักจะใช้เวลาในการระงับข้อพิพาทน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล นอกจากนี้ยังสามารถนำคำชี้ขาดไปบังคับในประเทศต่างๆ ได้เกือบทั่วโลก เพราะปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่เป็นภาคอนุสัญญานิวยอร์กแทบทั้งสิ้น(มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2546, หน้า 369-434, เสาวนีย์ อัสวโรจน์, 2548, หน้า 3 – 18)