

บทที่ 2

วิวัฒนาการ ความหมาย แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการและสัญญาปรับตั้งครรภ์แทน

เมื่อความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์มีมากขึ้นจนเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้เต็มใจที่จะใช้วิธีการทางการแพทย์มาช่วยในการตั้งครรภ์ และพัฒนาต่อมาจนกระทั่งมีการคิดค้นวิธีการปรับตั้งครรภ์แทน ทำให้เกิดปัญหา รวมถึงข้อพิพาทตามมา การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีหนึ่งที่ได้รับคามนิยมในการระงับข้อพิพาท ดังนั้น ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการ ความหมาย แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและสัญญาปรับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้เกิดความเข้าใจในการศึกษาต่อไป

2.1 วิวัฒนาการและความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมกันมาก ดังจะเห็นได้จากสัญญาการค้าระหว่างประเทศที่นิยมกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเห็นว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสะดวกรวดเร็ว เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพ แต่ก่อนที่การอนุญาโตตุลาการจะได้รับความนิยมกันอย่างแพร่หลายดังเช่นในปัจจุบันนี้ ในความเป็นจริงแล้วมีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการกันมานานแล้ว เพียงแต่อาจเรียกกันในรูปแบบอื่น ดังจะได้อธิบายให้ทราบในวิวัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

2.1.1 วิวัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทของคนในสังคมยุคเริ่มแรกอาจตัดสินข้อพิพาทกันด้วยกำลัง ต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญมากยิ่งขึ้น การระงับข้อพิพาทก็ได้รับการพัฒนาขึ้น ซึ่งจะมีรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ เช่น การให้ผู้เฒ่า ผู้ใหญ่ ผู้นำชุมชน หรือบุคคลที่เป็นที่เคารพนับถือของคนในชุมชนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการนี้เองเป็นพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่รู้จักกันในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี แม้ว่ามนุษย์จะรู้จักการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนับตั้งแต่สังคมยุคเริ่มแรกก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรมายืนยันได้อย่างแน่ชัดว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเริ่มมีขึ้นครั้งแรกเมื่อใด สังคมแรกที่มีหลักฐานยืนยันและได้รับการยอมรับว่ามีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คือ สังคมของชาวกรีกตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 ก่อนคริสต์ศักราช โดยมีการใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชนในนครรัฐเดียวกันและต่างนครรัฐกัน รวมทั้งระหว่างนครรัฐต่างๆ ด้วย

ยุคต่อมาที่มีหลักฐานว่านิยมใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกันอย่างกว้างขวาง คือ ยุคโรมัน ซึ่งมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ เมื่อประมาณ 450 ปีก่อนคริสต์ศักราช โดยบัญญัติไว้ในโต๊ะที่ 7 ที่ว่าด้วยข้อหาหมิ่นทรัพย์ มาตรา 5 ซึ่งเป็นการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทเรื่องเขตที่ดินข้างเคียง¹

การใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทยังมีอยู่ในสมัยกลาง และได้รับความนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายภายหลังจากสมัยกลาง โดยใช้กันในหมู่พ่อค้าของประเทศต่างๆ และในระดับระหว่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ ในยุคที่มีการตั้งสมาคมพ่อค้า (guilds merchant) ในเมืองต่างๆ ซึ่งมีบทบาทในวงการค้าอย่างมาก โดยสมาคมเหล่านี้ได้จัดทำกฎเกณฑ์และข้อบังคับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างสมาชิกโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ แม้ในช่วงแรกศาลอังกฤษจะมีอคติต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่เมื่อประเทศอังกฤษเริ่มติดต่อทำการค้ากับต่างประเทศอย่างกว้างขวางมากขึ้นและการระงับข้อพิพาทก็นิยมใช้การอนุญาโตตุลาการ จึงได้มีการตรากฎหมายเพื่อยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในปี ค.ศ. 1697 จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1854 ได้มีการรวบรวมหลักกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่างๆ มาไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความ และเมื่อจำนวนข้อพิพาททางแพ่งมากขึ้นตามพัฒนาการของกิจการพาณิชย์ต่างๆ รัฐสภาอังกฤษจึงตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการขึ้นอีกครั้งในปี ค.ศ. 1889 มีเนื้อหาเป็นการประมวลหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมา

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สมัยที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ และมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในปี

¹ เสาวนีย์ อิศโรจน์. (2543). คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ.

ค.ศ.1768 โดยได้เดินตามแนวของกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศอังกฤษ จนกระทั่งรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา ได้ตรากฎหมายที่ เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้แก่ The United States Arbitration Act ค.ศ.1926 ขึ้นใช้บังคับ²

สำหรับประเทศในภาคพื้นยุโรป มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศต่างๆ ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยในประเทศฝรั่งเศสบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อ ค.ศ.1806 ในประเทศอิตาลีบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อ ค.ศ.1865 ส่วนในประเทศ สวีเดนและประเทศเยอรมันบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อ ค.ศ. 1877

ส่วนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย พบว่ามีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรมาตั้งแต่ปีจุลศักราช 1068 ในสมัยกรุงศรีอยุธยา คือ พระโอยการลักษณะตระลาการ ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายมนูธรรมศาสตร์ของประเทศอินเดีย โดยกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับตลอดเรื่อยมา จนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช จึงโปรดเกล้าให้ชำระกฎหมายและคัดลอกพระโอยการลักษณะตระลาการมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง³ โดยในกฎหมายตราสามดวงมีการบัญญัติไว้ว่า "อนุญาโตตุลาการ" เป็นประเภทหนึ่งของตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายตั้งขึ้นเอง และจะตัดสินความผิดถูกอย่างไรก็ไม่มีโทษ คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินก็จะอุทธรณ์ไม่ได้

จนถึงในสมัยรัชการที่ 5 ได้มีการปฏิรูปกฎหมายให้ทัดเทียมกับประเทศมหาอำนาจตะวันตกโดยบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการได้นำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.115 หมวดที่ 19 มาตรา 116-121 ซึ่งรัฐได้พยายามจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้น ส่วนการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็จะถูกจำกัดโดยกฎหมายอย่างเคร่งครัด ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีการบังคับใช้และปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมาจนกระทั่งมีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธี

² อนันต์ จันทโรภากร. (2536). *กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 4-5.

³ วิมล พาแพง. (2536). *การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ: ศึกษาเฉพาะปัญหาการใช้มาตรา 32 และมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9

พิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในภาค 2 หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 210-222 โดยบัญญัติกระบวนการอนุญาโตตุลาการในชั้นศาลไว้ในมาตรา 210-220 ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลบัญญัติไว้ในมาตรา 221-222 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร⁴ ส่วนการอนุญาโตตุลาการในศาลช่วงนั้นก็ เป็นวิธีการที่ยังไม่ค่อยได้รับความนิยม ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา มีคดีอนุญาโตตุลาการในศาลเพียงไม่กี่เรื่องเท่านั้น

เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ ประกอบกับประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหลายฉบับ ได้แก่ โปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ.1923 อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครเจนีวา ค.ศ.1927 และอนุสัญญานิวยอร์ค ค.ศ.1958 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนอกศาลใช้บังคับแทนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2530⁵

ต่อมาในปี พ.ศ.2533 ได้มีการจัดตั้งสำนักงานอนุญาโตตุลาการขึ้นในกระทรวงยุติธรรมเพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานด้านธุรการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการในศาลหรือนอกศาล และในปี พ.ศ.2544 มีการแยกสำนักงานศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม สำนักงานอนุญาโตตุลาการจึงแยกออกมาสังกัดกับสำนักงานศาลยุติธรรม และมีการเปลี่ยนชื่อเป็น “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” (Arbitration Institute) โดยในปัจจุบันสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นหน่วยงานหนึ่งของสำนักกระจับข้อพิพาทในสำนักงานศาลยุติธรรม ตั้งอยู่ที่อาคารศาลอาญา ชั้น 5 ถนนรัชดาภิเษก ดำเนินงานภายใต้ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

หลังจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลใช้บังคับมาเป็นเวลาสิบกว่าปีสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก ทำให้บทบัญญัติบางส่วนไม่

⁴ อนันต์ จันทโรภากร. (มีนาคม-เมษายน 2533). การกระจับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. *ดุลพາท. เล่ม 2 ปีที่ 37*, หน้า 77-80

⁵ วิมล พาแพง. *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 3*. หน้า 18-19.

เชื้ออำนาจต่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากนัก อีกทั้งเรื่องสำคัญบางประการก็มิได้มีการบัญญัติไว้ หรือบัญญัติไม่ละเอียดหรือไม่ชัดเจนเพียงพอทำให้เกิดความสงสัยในเรื่องต่างๆ ที่สำคัญหลายเรื่องประกอบกับแนวโน้มของนานาประเทศในโลกได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law) เพื่อดึงดูดให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมากขึ้นในประเทศของตน ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงได้มีการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่โดยรับแบบอย่างส่วนใหญ่จากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน พ.ศ.2545 เป็นต้นมา⁶

2.1.2 ความหมายและลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ

โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศมิได้กำหนดความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” เอาไว้ นักกฎหมายหลายท่านจึงได้ให้คำนิยามความหมายของการอนุญาโตตุลาการไว้ ดังนี้

คำว่า “อนุญาโตตุลาการ” ตามหลักภาษาไทยเป็นคำที่เกิดจากการสนธิหรือการเชื่อมระหว่างคำสองคำ ได้แก่ คำว่า “อนุญาต” และคำว่า “ตุลาการ” เมื่อนำมาเชื่อมกันโดยมีการเปลี่ยนรูปคำจึงอ่านเป็น “อนุญาโตตุลาการ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการ หมายถึง บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินข้อพิพาท ซึ่งโดยที่การอนุญาโตตุลาการนั้นอาจมีที่มาจากสัญญาหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายก็ได้

ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครวโรจน์ “การอนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่

⁶ เสาวนีย์ อัครวโรจน์ (มีนาคม 2545). พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ทางแก้ไขใหม่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย? วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 เล่ม 1, หน้า 1-3.

ปรากฏในการพิจารณา และคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทนั้น”⁷

รองศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร “การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกพันคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล”⁸

Martin Domke “การอนุญาโตตุลาการ คือ กระบวนการที่คู่กรณีสมัครใจยื่นข้อพิพาทของตนให้แก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลาง เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ซึ่งถูกเลือกโดยคู่กรณีให้วินิจฉัยข้อพิพาทตามหลักฐานและข้อโต้แย้งที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกว่า คำชี้ขาด จะเป็นที่ยอมรับว่าเป็นที่สุดและผูกพันตน”⁹

Rene David “การอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่าโดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการรับมอบอำนาจจากรัฐ และจำต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น”¹⁰

Black's Law Dictionary (7th ed.) “การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง การเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลาง และได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้นซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน”¹¹

⁷ เสาวนีย์ อิศวโรจน์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. (2538). *พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 20.

⁹ Domke, Martin. (1968). *The Law and Practice of Commercial Arbitration*. Mundelien, Illinois : Callaghan & Company, p.1.

¹⁰ Rene, David. (1985). *Arbitration in International Trade*. The Natherlands : Kluwer Law & Taxation Publishers, p.5.

¹¹ Garner. Bryan A. (1999). *Black's Law Dictionary* (7th Ed.). USA. p 100.

ใน Encyclopedia of Laws of England ได้ให้ความหมายของอนุญาโตตุลาการ ไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นการตกลงเพื่อยุติข้อพิพาท โดยการตัดสินใจของคนคนหนึ่ง หรือมากกว่า ที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ (arbitrators) ที่ไม่ใช่การตัดสินของศาลโดยปกติ¹²

นอกจากนี้ English Arbitration Act 1996 Section 1 ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยสังเขป ดังนี้

“(ก) วัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ เพื่อได้รับการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลาง โดยปราศจากความลำเอียงหรือค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น

(ข) คู่กรณียอมมีเสรีภาพในการตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทของตน ทั้งนี้ภายใต้มาตรการที่จำเป็นต่อการรักษาประโยชน์สาธารณะเท่านั้น...”¹³

จากคำนิยามต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้นอาจสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้บุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” พิจารณาและชี้ขาดตามพยานหลักฐานและคู่กรณียอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น

แม้ว่าคำนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” จะมีอยู่หลากหลาย แต่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญ อันเป็นลักษณะสากลที่มีความคล้ายคลึงกันในการอนุญาโตตุลาการทั่วโลก ดังนี้¹⁴

1) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนการพิจารณาว่าข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายและนโยบายของแต่ละประเทศ

2) การอนุญาโตตุลาการมักจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีตกลงกันด้วยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทของตนต่ออนุญาโตตุลาการให้พิจารณาชี้ขาด โดยอาจตกลงกันเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission) หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหนึ่งสัญญาใดที่มีอยู่ (ซึ่งเรียกว่า

¹² อเนก ศรีสนธิ. (กันยายน 2534). การตั้งอนุญาโตตุลาการ. *บทบัญญัติ, ตอน 3 เล่ม 47*. หน้า 25.

¹³ Arbitration Act 1996 (United Kingdom), Section 1

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by and impartial tribunal without unnecessary delay or expense;

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguard as are necessary in the public interest...

¹⁴ อนันต์ จันทร์โอภากร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 10-12.

"สัญญาหลัก") ว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญานั้นจะให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause)

3) บุคคลที่มาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นบุคคลภายนอกคนหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับเลือกจากคู่กรณี หรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องใดๆ เป็นการเฉพาะเรื่อง โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยมิใช่ตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ที่มีความสำคัญต่อการอนุญาโตตุลาการอย่างมาก เนื่องจากการระงับข้อพิพาทจะยุติธรรมและได้ผลตามความมุ่งหมายของคู่กรณีหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถและความซื่อสัตย์ของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ

4) ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาซึ่งเป็นการตกลงระหว่างคู่กรณี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำเกินขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้โดยสัญญาไม่ได้

5) อนุญาโตตุลาการต้องทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทตามวิธีพิจารณาความหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เจตนารมณ์การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็เพื่อต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ดังนั้น วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะมีลักษณะค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เป็นทางการ ไม่ต้องผูกติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เคร่งครัดดังที่ศาลปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะให้ดำเนินกระบวนการเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันไว้ แต่จะต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี เช่น ต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และพยานหลักฐานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเสนอ และจะต้องทำการลับไม่เปิดเผยแก่บุคคลทั่วไป

6) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชน กฎหมายในทุกประเทศจึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดในการตกลงกันในเรื่องต่างๆ เพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะเป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าแทรกแซงโดยไม่จำเป็น

7) สำหรับการทำคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีเสนอจนครบถ้วนแล้ว ก็ต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งโดยทั่วไปถือว่าการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องมีลักษณะที่แน่นอนและ

ถึงที่สุด เมื่ออนุญาโตตุลาการส่งคำชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะซึ่งยังต้องการบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด โดยอาศัยองค์การของรัฐคือศาลให้ทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

8) การพิจารณาคดีและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องเพียงกรณีที่เป็นเพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ

2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยเอกชน ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่ามีอำนาจมากน้อยเพียงใด จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหรือไม่ ปัญหาความผูกพันของคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดปัญหาเหล่านี้ เป็นปัญหาที่โต้เถียงกันมาเป็นเวลานานจนมีการพัฒนาทฤษฎีต่างๆ ขึ้นมาเพื่ออธิบายลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ นักนิติศาสตร์ได้แบ่งทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออกเป็น 4 ทฤษฎีด้วยกัน¹⁵ คือ ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory) ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

2.2.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่กษัตริย์มีอำนาจสูงสุด โดยกษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตย (sovereign) สามารถใช้อำนาจในทุกด้าน รวมถึงอำนาจในการระงับข้อพิพาทด้วย ซึ่งต่อมามีการสร้างหลักการเพื่อถ่วงดุลอำนาจของกษัตริย์ที่ไม่ตั้งอยู่ในศัพิตราชธรรมและได้พัฒนามาเป็น "ทฤษฎีสัญญาประชาคม" ที่ถือว่าการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐมีอำนาจเต็มที่ในการควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ตามทฤษฎี

¹⁵ อนันต์ จันทโรภากร. *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 20

นี้ชี้ให้เห็นว่าการอนุญาตตุลาการนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐที่กระทำการอนุญาตตุลาการนั้น อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นที่ยอมรับว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นจากการสมัครใจ (Voluntary) ของคู่กรณีโดยการตกลงกัน แต่ทฤษฎีนี้ถือว่าการมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาตตุลาการ อำนาจของอนุญาตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ จะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดทั้งสิ้น

ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายภายในของรัฐที่ยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ หรือให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือยอมรับที่จะให้คำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับได้ คำชี้ขาดนี้ก็ไม่มีผลบังคับแต่อย่างใด อนุญาตตุลาการก็ไม่มี ความหมายและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีคือ ศาสตราจารย์เฟรดเดอริค อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann) โดยศาสตราจารย์เฟรดเดอริค เห็นว่า การอนุญาตตุลาการไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณี แต่เป็นสิ่งที่รัฐควบคุมอยู่ การจะอนุญาตหรือไม่เพียงใดขึ้นอยู่กับอำนาจของรัฐเท่านั้น คู่กรณีจะสามารถเสนอข้อพิพาทให้ อนุญาตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทได้เฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศที่จะทำการ อนุญาตตุลาการให้กระทำได้นั้น ดังนั้น สถานะของอนุญาตตุลาการ¹⁶ ตามทฤษฎีนี้จึงเป็น เรื่องการรับมอบอำนาจ (Delegation) อนุญาตตุลาการได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้กระทำการ เป็นอนุญาตตุลาการได้ จึงเป็นอำนาจของรัฐเท่านั้นที่จะควบคุมการดำเนินกระบวนการ อนุญาตตุลาการทั้งหมดซึ่งเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐ และปฏิเสธว่าอำนาจของ อนุญาตตุลาการมาจากข้อตกลงของคู่กรณี

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่อง คือ ในบางครั้งประเทศที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการเป็นเพียง ประเทศที่ได้รับการเลือก เพราะการดำเนินการระงับข้อพิพาทในประเทศนั้นๆ ทำได้สะดวกเท่านั้น โดยที่ประเทศนั้นไม่มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการที่แท้จริง นอกจากทำให้คน ของประเทศตนมีงานทำและได้ค่าธรรมเนียมของการอนุญาตตุลาการ การที่คู่กรณีเลือกที่จะ

¹⁶ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล. (2535). ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการเป็น อำนาจของรัฐ. ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษากฎีกา เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 1*. กรุงเทพฯ : เพอเพคกราฟฟิค. หน้า 109.

ดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศนั้นเพียงเพราะความสะดวกประการเดียว จึงไม่ควรที่จะใช้กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวมาบังคับเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ¹⁷

2.2.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่า การอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาอย่างชัดเจน เนื่องจากการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นได้โดยเจตนาและความสมัครใจ (Voluntary) ในการตกลงร่วมกันของคู่กรณี คู่กรณีจึงมีเสรีภาพที่จะกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการ เป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้อนุญาตตุลาการในรูปแบบใดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งขาดข้อพิพาท เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาดข้อพิพาท เป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณา ตลอดจนมีอิสระในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการ เมื่อถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ซึ่งมีผลมาจากสัญญา จึงถือเป็นข้อตกลงที่ คู่กรณียอมรับการมีผลผูกพันทางสัญญาและสมัครใจที่จะปฏิบัติตาม¹⁸

ทฤษฎีสัญญานี้ปฏิเสธอำนาจการแทรกแซงของรัฐ โดยให้เหตุผลว่า อนุญาตตุลาการเกิดขึ้นโดยเจตนาและความยินยอมของคู่กรณีด้วยใจสมัครไม่มีกฎหมายใด บังคับให้คู่กรณีต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนี้ และคำชี้ขาดก็เป็นผลมาจากการตกลงกันของ คู่กรณีด้วยไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจ รัฐจึงไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวกับ อนุญาตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้ตัดสินข้อพิพาท การตกลงให้มีการอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถือเป็นสัญญา คู่กรณีมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะตกลงกันกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดต่างๆ ได้ตามสมัครใจ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยไม่ปฏิบัติตาม คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจบังคับโดยใช้อำนาจศาล แต่ไม่ใช่ในฐานะที่จะถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำพิพากษา หากแต่ถือว่าเป็นการบังคับตามสัญญา¹⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจรัฐโดยสิ้นเชิง โดยเห็นว่าศาลอาจไม่บังคับให้ตามข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ หากข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาและชี้ขาดโดย อนุญาตตุลาการ หรือในกรณีที่คำชี้ขาดขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือปรากฏว่า อนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ตามทฤษฎีนี้ศาลไม่

¹⁷ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร. (2540). การอนุญาตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ*, เล่ม 2. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 28.

¹⁸ อนันต์ จันทร์โอภากร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 22.

¹⁹ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16*. หน้า 111.

มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยและไม่
มีอำนาจที่จะเข้าไปแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ เรื่องนี้จึงเป็นแนวคิดที่
แตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ โดยทฤษฎีนี้ได้รับการ
สนับสนุนจากศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องอยู่ 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ในการพิจารณาคดีของ
อนุญาตตุลาการ หากจำเป็นต้องบังคับพยานมาให้การก็ดี หรือจำเป็นต้องใช้วิธีการคุ้มครอง
ชั่วคราวในระหว่างรอการชี้ขาดของอนุญาตตุลาการก็ดี เป็นเรื่องที่จะต้องอาศัยอำนาจศาลและ
กฎหมายภายในมาใช้ ประการที่สอง ในชั้นบังคับคดีตามคำชี้ขาดเป็นการบังคับเอากับตัวทรัพย์ ก็
จำเป็นต้องอาศัยอำนาจศาลในการบังคับชำระหนี้จากจำเลยซึ่งก็ต้องใช้อำนาจกฎหมายภายใน
อยู่นั่นเอง²⁰

2.2.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้ถูกสร้างขึ้นโดยศาสตราจารย์เซอร์วิลล์ (Professor Surville) และ ถูกพัฒนา
โดยศาสตราจารย์ซอสเซอร์-ฮอลล์ (Professor Sauser - Hall) ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากการ
ประนีประนอมระหว่างทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory)
และทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) โดยเห็นว่าทั้งสองทฤษฎียังมีข้อบกพร่องอยู่ กล่าวคือ
ต่างก็ไม่สามารถที่จะอธิบายลักษณะของการอนุญาตตุลาการได้ครบถ้วน ทั้งนี้ เพราะการ
อนุญาตตุลาการมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการวิธีพิจารณาในการระงับข้อพิพาทและทั้งที่เป็น
สัญญาหรือข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ ซึ่งปรากฏว่ารูปแบบของการ
อนุญาตตุลาการและวิธีพิจารณาความเป็นเรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกันอันเป็นการสนับสนุนทฤษฎี
สัญญา ส่วนผลของข้อตกลงและลักษณะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ คู่กรณีไม่มี
อำนาจควบคุมหรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเป็น
การสนับสนุนทฤษฎีอำนาจรัฐ จึงทำให้ทั้งสองทฤษฎียังไม่สามารถครอบคลุมการ
อนุญาตตุลาการได้ทั้งหมดจากข้อบกพร่องดังกล่าว จึงมีการนำข้อดีของทั้งสองทฤษฎีมา
ผสมผสานกัน กล่าวคือ ข้อตกลงของคู่กรณีที่ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ รูปแบบ
สถานที่ ภาษาที่ใช้ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการเป็นสิ่งที่คู่กรณีจะตกลง
กันซึ่งมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นการ

²⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2* หน้า 28.

สนับสนุนทฤษฎีสัญญา และในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีขั้นตอนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความภายใต้กฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ²¹

จากแนวคิดของทฤษฎีดังกล่าวนี้ จะเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการของไทยมีความสอดคล้องกับทฤษฎีนี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของไทยเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่กรณีโดยสมัครใจ (Voluntary) ซึ่งสัญญาหรือข้อตกลงนั้นจะต้องมีลักษณะชัดแจ้งว่าคู่สัญญาประสงค์ที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ถ้าหากเขียนข้อความลอยๆ ไม่ชัดเจนว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงนั้นก็ไม่มีผลบังคับให้คู่กรณีต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรื่องนี้ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 945/2498²² และคำพิพากษาฎีกาที่ 3429/2530²³

2.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)²⁴

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้ทั้งสามทฤษฎีที่กล่าวมาแล้ว พยายามที่จะจัดว่าอนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้นๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดหรือวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไร หรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) ของการอนุญาโตตุลาการนี้มองการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเอง (per

²¹ อนันต์ จันทร์โอภากร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 23.

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 945/2498 โจทก์และจำเลย ทำสัญญาซื้อขายกัน โดยข้อสัญญาข้อ 9 ระบุไว้ว่า "...ในการเรียกร้องค่าเสียหายทดแทน ถ้าจำต้องมอบเรื่องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และคำตัดสินชี้ขาดนั้นจะผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย" ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อความในสัญญาดังกล่าว ไม่มีข้อความใดบังคับว่าคู่กรณีจำต้องมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดทุกกรณีไป ข้อสัญญาดังกล่าวบอกแต่เพียงว่าถ้ามอบเรื่องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดแล้ว คู่กรณียินยอมที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นๆ เท่านั้น จึงไม่เป็นการตัดสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องศาล

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 3429/2530 สัญญาจ้างมีข้อความว่า หากมีการตั้งอนุญาโตตุลาการกันขึ้น ให้กระทำในกรุงเทพมหานคร ประเทศไทย ดังนั้น ตามสัญญาดังกล่าวหาได้บังคับว่าหากมีข้อพิพาท คู่สัญญาจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการเสียก่อนไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องคดีนี้โดยมิต้องมีการตั้งอนุญาโตตุลาการ

²⁴ ศิวดล กานหลง. (2554) *พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ศึกษาปัญหาการแต่งตั้งและถอดถอนอนุญาโตตุลาการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 41

se) การอนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร หน้าที่ของมันคืออะไร และทำไมต้องเป็นเช่นนั้น โดยทฤษฎีเอกเทศนี้เน้นให้เห็นถึงความสำคัญของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีนี้ถูกเสนอโดย Madame Rubellin Devichi ผลของทฤษฎีนี้ทำให้มีการยอมรับว่า การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ หรือที่เรียกว่า "Denationalised Arbitration" หรือ "Non-national Arbitration" คู่กรณีมีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัดในเรื่องต่างๆ ของการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันในเรื่องกฎหมายสารบัญญัติ หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้นๆ ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องผูกติดกับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถที่จะใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดีหรืออาจใช้กฎหมาย หรือมาตรฐานขนบธรรมเนียมประเพณีและแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้

2.3 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

การแบ่งประเภทของการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งออกได้หลายกรณีซึ่งขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง โดยอาจแบ่งประเภทออกได้ ดังนี้

2.3.1 การแบ่งประเภทตามขั้นตอนของข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องต่อศาลก่อน หรือแม้กระทั่งมีการฟ้องร้องต่อศาลแล้วก็อาจมีการตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการก็ได้ การแบ่งประเภทของอนุญาโตตุลาการตามขั้นตอนของข้อพิพาทจึงอาจแบ่งได้สองกรณี ดังนี้

2.3.1.1 การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

เป็นการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีอาจตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้น หรืออาจตกลงกันเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นมาแล้วก็ได้ การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยเฉพาะ²⁵ อย่างไรก็ตาม แม้จะเรียกว่า การอนุญาโตตุลาการนอกศาลก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะไม่

²⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545. มาตรา 4.

เกี่ยวข้องกับศาลเลย ในทางกลับกัน การอนุญาโตตุลาการนอกศาลยังมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการช่วยเหลือและควบคุมดูแลจากศาลในหลายกรณี เช่น การขอบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา อนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราว การบังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น

การอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในวงการค้าธุรกิจของนานาชาติส่วนใหญ่เป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เพราะคู่กรณีมักตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้นว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดจากความสัมพันธ์ในสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขายที่มีต่อกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกว่า ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรืออาจเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วก็ได้ โดยในทางปฏิบัตินั้น การอนุญาโตตุลาการนอกศาลมักเกิดจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าก่อนมีข้อพิพาทเกิดขึ้น²⁶

2.3.1.2 การอนุญาโตตุลาการในศาล

การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งคดียังอยู่ระหว่างพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น ในระหว่างนั้นคู่กรณีจะตกลงกันเสนอข้อพิพาทอันเกี่ยวกับประเด็นทั้งปวงหรือแต่ข้อใดข้อหนึ่งให้อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ชี้ขาดก็ได้ โดยยื่นคำขอร่วมกันกล่าวถึงข้อความแห่งข้อตกลงเช่นว่านั้นต่อศาล ถ้าศาลเห็นว่า ข้อตกลงนั้นไม่ผิดกฎหมายศาลก็จะอนุญาตตามคำขอนั้น

การอนุญาโตตุลาการในศาลเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-222 ยกเว้น มาตรา 221 อนึ่ง การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้มักไม่ค่อยนิยมใช้กันมากนัก สำหรับประเทศไทยแล้ว ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา การอนุญาโตตุลาการในศาลเกิดขึ้นเพียงไม่กี่เรื่องเท่านั้น เพราะคู่พิพาทมักเลือกใช้วิธีอนุญาโตตุลาการนอกศาลมากกว่า

2.3.2 การแบ่งประเภทตามบุคคลที่ดำเนินการ

การอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการกระบวนกรกันเองได้หรืออาจใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านการดำเนินการกระบวนกรโดยเฉพาะก็ได้ การแบ่งประเภทของการอนุญาโตตุลาการตามบุคคลที่ดำเนินการจึงอาจแบ่งได้สองกรณี ดังนี้

2.3.2.1 อนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน (Institutional Arbitration)

อนุญาโตตุลาการประเภทนี้เกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่ง ที่ให้บริการในการระงับข้อพิพาทโดยการ

²⁶ เสาวนีย์ อัครวโรจน์. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ*. กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. หน้า 12.

อนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ดำเนินการให้บริการในด้านการบริหารงาน คือ งานในสวนธุรการมิได้เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เป็นอิสระและมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของคดี ในปัจจุบันอนุญาโตตุลาการมีอยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งที่เป็นหน่วยงานของรัฐและเอกชน หรือไม่ว่าภายในประเทศและต่างประเทศ ในประเทศไทย ได้แก่ สถาบันอนุญาโตตุลาการของสำนักกระับข้อพิพาท สังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม สมาหอการค้าแห่งประเทศไทย สมาคมประกันวินาศภัย เป็นต้น

สถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีกฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับเป็นของตนเอง ซึ่งส่วนใหญ่จะคล้ายคลึงกันในหลักการใหญ่ๆ ข้อบังคับดังกล่าวนี้แต่ละสถาบันอาจร่างขึ้นเอง หรือนำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์การระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมมาบังคับใช้ เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Rules Arbitration) ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการดำเนินงานในการระับข้อพิพาท ทั้งนี้ เพราะข้อบังคับดังกล่าวจะช่วยอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีที่ต้องการใช้บริการของสถาบัน ในข้อบังคับจะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ เช่น การเสนอข้อพิพาทต่อสถาบัน การส่งเอกสาร การตั้งอนุญาโตตุลาการ ทางแก้ไขในกรณีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับก็จะกำหนดวิธีการแต่งตั้งไว้ ข้อบังคับจะกำหนดรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ เช่น การกำหนดสถานที่ วัน เวลา ของการพิจารณา สิทธิของคู่กรณีในการพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด การทำคำชี้ขาด ระยะเวลาการทำคำชี้ขาด รูปแบบของคำชี้ขาด กฎหมายที่ใช้บังคับกับการพิจารณาและคำชี้ขาด ตลอดจนค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการ

2.3.2.2 อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทกำหนดเอง (Ad Hoc Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจเรียกได้หลายชื่อ ได้แก่ การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน หรือการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจก็ได้ การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คู่กรณีเกรงว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นสถาบันประเภทใด อาจมีความโน้มเอียงไปในแนวความคิดของผู้บริหาร ผู้ก่อตั้งสถาบัน หรือพบว่า กฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ ไม่ตรงกับความต้องการของตน²⁷ การอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในรูปแบบนี้จะดำเนินการเพราะมีความเชื่อถือและศรัทธาต่อบุคคลที่จะตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ การระับข้อพิพาทตามวิธีนี้ คู่กรณีพิพาทจะเป็นผู้กำหนดขั้นตอนและรายละเอียดต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นเรื่อง

²⁷ อนันต์ จันทโรภากร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 31.

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สถานที่พิจารณาคดี หรือวิธีดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือภาษาที่ใช้ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทของตน โดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดๆ การอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้จะไม่มีข้อบังคับ (Rules) ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเหมือนดังเช่นอนุญาโตตุลาการที่ใช้สถาบัน ซึ่งคู่กรณีจะต้องตกลงกำหนดหลักเกณฑ์กันเอง หรืออาจตกลงกันให้ใช้ UNCITRAL Arbitration Rules ก็ได้²⁸

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เหมาะสำหรับคู่กรณีที่เต็มใจที่จะใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และเป็นบุคคลที่รักษาสัญญาระหว่างกันและให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ เพราะถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมให้ความร่วมมือแล้ว อาจทำให้การอนุญาโตตุลาการนั้นต้องล้มเลิกลงกลางคันได้ โดยเฉพาะในประเทศที่มีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์

ข้อบกพร่องของการอนุญาโตตุลาการรูปแบบนี้ คือ ขาดบุคคลที่จะมาช่วยในการดำเนินงานด้านธุรการ ทำให้คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการต้องทำงานธุรการต่างๆ เอง เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินไปได้ เช่น การนัดวัน เวลา และสถานที่เพื่อพิจารณาคดี การจัดหาที่พักระหว่างการพิจารณาคดี การติดต่อส่งเอกสาร และกำหนดการต่างๆ นอกจากนี้สัญญาหรือข้อตกลงที่ทำขึ้นเองของคู่กรณีมีข้อบกพร่องและไม่รัดกุมเพียงพอเพราะคู่กรณีขาดความรู้ ความเชี่ยวชาญในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อีกทั้ง ยังอาจเกิดปัญหาความไม่แน่นอนว่ารายละเอียดต่างๆ ที่คู่กรณีตกลงกันไว้เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการว่าศาลจะบังคับตามสัญญาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ เพียงใด ด้วยเหตุของความไม่รัดกุมของการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบนี้องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำกฎเกณฑ์ที่เรียกว่า ECAFE Rules และ UNCITRAL Rules of Arbitration ขึ้นมาเพื่อให้คู่กรณีที่ประสงค์จะทำการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ใช้สถาบันนำไปใช้กับอนุญาโตตุลาการของตน และเพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย²⁹

²⁸ แก้วตา จิตตวิสุทธิกุล. (2543). *ผลของการบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ : ศึกษากรณีที่มีบุคคลหลายฝ่ายผูกพันในสัญญาธุรกิจ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 34.

²⁹ อนันต์ จันทร์โสภากร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 31.

2.4 เจตนารมณ์ของการอนุญาตตุลาการ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางธุรกิจส่วนใหญ่ของนานาชาติประเทศนั้น กระทำโดยการอนุญาตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นประเทศในกลุ่มโลกเสรี หรือสังคมนิยมต่างก็ยอมรับและใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาททางธุรกิจทั้งสิ้น ทั้งนี้ เพราะการอนุญาตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประโยชน์และเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ เนื่องจากการอนุญาตตุลาการมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่สอดคล้องกับข้อพิพาททางธุรกิจ ดังนี้

2.4.1 รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ (Speedy and Efficiency)

การอนุญาตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่สิ้นสุดลงอย่างค่อนข้างรวดเร็วเมื่อเทียบกับการพิจารณาโดยศาล³⁰ และเป็นวิธีที่มีประสิทธิผล เนื่องจากมีวิธีพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด และไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานของตนต่ออนุญาตตุลาการได้อย่างเท่าเทียมกัน และเมื่ออนุญาตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นก็ต้องทำคำชี้ขาด และหากฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ฝ่ายที่ชนะคดีก็สามารถนำคำชี้ขาดไปร้องขอต่อศาลให้บังคับคดีได้ทันที ไม่ต้องฟ้องร้องสืบพยานกันอีก ซึ่งศาลมักจะพิพากษาศาลคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสมอ³¹ ส่วนการอุทธรณ์คำสั่งศาลก็ต้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา โดยขอยกเว้นที่อนุญาตให้อุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นได้ก็ค่อนข้างจำกัดมาก ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้กระบวนการเสร็จสิ้นลงอย่างรวดเร็ว

2.4.2 ค่าใช้จ่าย (Cost)

สำหรับการระงับข้อพิพาททางแพ่งภายในประเทศที่คู่กรณีสามารถตั้งอนุญาตตุลาการกันเอง โดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการและอนุญาตตุลาการมิได้เรียกเก็บค่าปฎิการในอัตราที่สูงแล้วจะค่อนข้างประหยัดค่าใช้จ่าย ยิ่งถ้าคู่กรณีไม่ต้องจ้างทนายความเพื่อช่วยในการดำเนินกระบวนการด้วยก็ยิ่งประหยัดค่าใช้จ่ายมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติ การอนุญาตตุลาการมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูงเมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาทโดยศาล ประโยชน์ในข้อนี้จึงไม่อาจถือได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าจะต้องมีการอนุญาตตุลาการที่กระทำในต่างประเทศ ค่าใช้จ่ายก็จะสูงขึ้นเป็นทวีคูณ ซึ่งบางครั้งอาจมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าการ

³⁰ เสาวนีย์ อัครโรจน์. (มิถุนายน 2528). การระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ. *วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 36.

³¹ ธาดา ศาสตรสาธิต. (24 พฤศจิกายน 2543 – 2 มกราคม 2544). *การทำสัญญาและการระงับข้อพิพาท : ปัญหาการเจรจาข้ามวัฒนธรรม*. เอกสารประกอบการอบรมเทคนิคการเจรจาต่อรอง Negotiation Workshop, สถาบันอนุญาตตุลาการ อาคารกรุงเทพประกันภัย ชั้น 12 ถนนสาทรใต้, หน้า 11.

ดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความที่ศาลสั่งให้ใช้แทนฝ่ายหนึ่งซึ่งชนะคดีก็มักจะกำหนดไว้ไม่สูงนัก แต่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการของสถาบันต่างประเทศ เช่น ICC³² หรือ UNCITRAL³³ คู่กรณีโดยเฉพาะฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องรับผิดชอบในค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย ตลอดจนค่าจ้างทนายความสูงมาก

2.4.3 รักษาชื่อเสียงและความลับทางธุรกิจ (Famousness and Confidential)

เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น กระทำเป็นการลับ ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน ผู้มีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณา คือ คู่กรณีและบุคคลที่เกี่ยวข้อง จึงรู้จักอยู่ในหมู่ผู้เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสได้รับรู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้นโดยตรง จึงไม่รู้ว่าคู่กรณีมีข้อพิพาทกันหรือไม่ หรือมีการดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาทกันอย่างไร ซึ่งเป็นการรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีที่พิพาทกัน และรักษาความลับทางธุรกิจของคู่กรณี (หากมีความลับในทางธุรกิจสำหรับข้อพิพาทนั้นๆ อยู่ด้วย) ไว้ได้

2.4.4 รักษาสัมพันธภาพ (Relationship)

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีไว้ได้ เพราะคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทกันโดยตรง และบรรยากาศในการพิจารณาค่อนข้างยืดหยุ่นไม่เคร่งครัด เป็นกันเองมากกว่าการพิจารณาคดีในศาล ไม่มีระบบที่ได้แย้งกันโดยให้มีการแพ้ชนะกันอย่างเด็ดขาด ซึ่งจะทำให้คู่กรณีไม่รู้สึกละอายมากนัก หรือไม่เป็นศัตรูกันอย่างรุนแรง จึงเหมาะสมสำหรับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเพราะหากระงับข้อพิพาทไปแล้ว คู่กรณีดังกล่าวซึ่งอยู่ในวงการเดียวกันและจำเป็นต้องคบค้ากันต่อไปก็สามารถที่จะคบค้ากันต่อไปได้ แต่ในบางกรณี กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอาจไม่รวดเร็วหรือกระชับนัก เพราะการดำเนินกระบวนการอย่างยืดหยุ่นเป็นการเปิดโอกาสให้มีการถ่วงเวลาได้³⁴ เช่น คู่กรณีมักขอขยายเวลาในการดำเนินกระบวนการต่างๆ ซึ่งอนุญาโตตุลาการก็มักจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องเสมอ

2.4.5 เหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน (Appropriation)

การที่คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้ และถ้าคู่กรณีเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ตนมีปัญหาพิพาทอยู่ ก็จะทำให้การตัดสินชี้ขาด

³² ICC Rules of Arbitration, Articles 30 and 31.

³³ UNCITRAL Rules of Arbitration, Articles 38-40.

³⁴ ไชยวัฒน์ บุนนาค. (15 ตุลาคม 2539 - 28 พฤศจิกายน 2539). *เมื่อใดควรใช้หรือไม่ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ*. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการและการประนอมข้อพิพาท, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ รุ่นที่ 1.

ข้อพิพาททำได้รวดเร็ว ยุติธรรม และไม่มีข้อผิดพลาดหรือมีข้อผิดพลาดเล็กน้อยเพราะเพียงแค่อนุญาตตุลาการพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งอ้างโดยคู่กรณีฝ่ายที่กล่าวหาเพื่อประกอบข้ออ้างของตน ฟังข้อโต้แย้งพร้อมทั้งพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจฟังพยานหลักฐานอื่นๆ อีกเล็กน้อยก็สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ การอนุญาตตุลาการจึงค่อนข้างเหมาะสมกับข้อพิพาทที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อน

2.4.6 สมประโยชน์ของคู่กรณีพิพาท (Fulfillment)

การที่คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกกำหนดรายละเอียดในการอนุญาตตุลาการได้ ตั้งแต่การเลือกบุคคลให้ทำหน้าที่อนุญาตตุลาการ และเรื่องอื่นๆ ตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน เช่น สถานที่ที่จะมีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ตลอดจนรายละเอียดในการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการพิจารณาและกฎหมายที่ใช้บังคับกับการพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีมีสัญชาติแตกต่างกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ดีที่คู่กรณีสามารถตัดปัญหาที่ต้องใช้ภาษาท้องถิ่น และกฎหมายของถิ่นที่มีการพิจารณาและตัดความหวาดระแวงเรื่องความไม่เป็นกลางของศาลท้องถิ่นออกไป โดยไม่ต้องฟ้องคดีในศาลของท้องถิ่นนั้น การอนุญาตตุลาการจึงน่าจะเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่สมประโยชน์ของคู่กรณีได้มากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล

2.4.7 แบ่งเบาภาระของศาล (Reduce the Case)

การที่ข้อพิพาททางแพ่งบางส่วนระงับไปโดยการอนุญาตตุลาการย่อมทำให้ข้อพิพาทที่จะเป็นคดีขึ้นสู่ศาลลดจำนวนลง อันเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของศาลได้ ศาลควรตัดสินเฉพาะคดีที่สำคัญ และไม่ใช้คดีที่มีปัญหาข้อกฎหมายเพียงเล็กน้อยแต่เป็นเรื่องในทางปฏิบัติ ซึ่งคดีเหล่านี้สามารถดำเนินการให้ระงับไปโดยการอนุญาตตุลาการได้ ไม่ควรให้เป็นภาระแก่ศาลมากเกินไปโดยไม่จำเป็น ดังนั้น ถ้าข้อพิพาทบางส่วนสามารถระงับไปได้โดยการอนุญาตตุลาการก็ย่อมเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรม แต่ในทางปฏิบัติการอนุญาตตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับศาลชนิดที่แยกออกจากกันไม่ได้ เพราะมีหลายเรื่องหลายกรณีที่มีการอนุญาตตุลาการ จำเป็นจะต้องได้รับการช่วยเหลือและควบคุมดูแลจากศาล ทำให้ศาลยังต้องเข้ามามีบทบาทในการอนุญาตตุลาการอยู่ การอนุญาตตุลาการจึงไม่อาจแบ่งเบาภาระของศาลได้มากนักตามความมุ่งหมาย

2.5 วิวัฒนาการ ความหมาย ประเภท และลักษณะของสัณญารับตั้งครรภ์แทน

กว่าจะมีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นดังเช่นในปัจจุบัน ในอดีตมีการพยายามคิดค้นวิธีการที่จะทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้นมาได้โดยใช้วิทยาศาสตร์การแพทย์เข้ามาช่วย ซึ่งจะขอก้าวในวิวัฒนาการของการตั้งครรภ์แทน ดังนี้

2.5.1 วิวัฒนาการของการตั้งครรภ์แทน

เป็นเวลานานนับศตวรรษแล้วที่มนุษย์พยายามเอาชนะธรรมชาติในเรื่องการทำให้เกิดทารกเกิดขึ้นมาโดยการผสมเทียม ผลงานความสำเร็จของการผสมเทียมมนุษย์รายแรกนั้นเกิดขึ้นในปี พ.ศ.2342 โดย Dr.John Hunter ชาวอังกฤษ ได้ทดลองเอาเชื้อพันธุ์ของสามีผสมให้กับภริยาจนภริยาตั้งครรภ์ แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่าไม่น่าจะเป็นไปได้ ในขณะที่นั้นยังไม่มีใครคิดถึงปัญหาทางกฎหมายเพราะภาคภูมิใจในความสำเร็จเท่านั้น นับจากนั้นมาวิวัฒนาการของการผสมเทียมก็มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น จนมีการนำเอาไข่และตัวอสุจิจากจากร่างกายมาผสมกันในหลอดทดลองหรือที่เรียกว่า IVF (เด็กหลอดแก้ว) จนกระทั่งปี พ.ศ.2521 หนูน้อยหลุยส์ บราวน์ ผู้เป็นผลผลิตของการผสมเทียมในหลอดแก้วรายแรกของโลกก็ลืมตามาดูโลก³⁵ หลังจากนั้นการผสมเทียมก็ถูกนำมาใช้กับคู่สามีภริยาที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติอย่างกว้างขวางจนถึงปัจจุบัน

การผสมเทียมที่กำลังได้รับความนิยมแพร่หลายไปทั่วโลก ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมมากมาย ทารกที่เกิดจากการผสมเทียมในหลอดแก้ว เฉพาะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียวก็มีเด็กหลอดแก้วถึง 33,000 คน³⁶ และยังมีคลินิกที่รับผสมเทียมอยู่อีกทั่วโลก ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตลาดของการผสมเทียมที่ใหญ่ที่สุด เนื่องจากความร่ำรวยของบรรดาลูกค้ากลุ่มเป้าหมาย แต่การพัฒนาเทคนิคในการช่วยการเจริญพันธุ์ครั้งแรกๆ ก็เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ส่วนประเทศออสเตรเลียก็มีทารกที่เกิดจากตัวอ่อนที่แช่แข็งมาก่อนและการฉีดตัวอสุจิเข้าไปในเซลล์ไข่โดยตรงก็เป็นผลงานของนักวิจัยที่ประเทศเบลเยียม เป็นต้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคลินิกระดับสถานพยาบาลขนาดใหญ่ที่เป็นศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ กระจายอยู่ทั่วประเทศถึง 315 แห่ง และยังมีอีกหลายร้อยแห่งทั่วโลกที่ตั้งขึ้นเพื่อรองรับความต้องการของคู่สมรสที่ต้องการบุตร โดยเฉพาะประเทศอุตสาหกรรมในสามถึงสี่ทศวรรษที่ผ่านมา ผู้หญิงมีอัตราการมีบุตรยากสูงขึ้นโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นผลมาจากการที่ผู้หญิงสมรสเมื่อมี

³⁵ ชุมศักดิ์ พุกษาพงศ์. (2541). ศาสตร์และศิลป์แห่งการสร้างทารกในยุคโลกกาภิวัตน์. *ใกล้หมอ*, 22. หน้า 39.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

อายุมากขึ้น หรือมีบุตรช้ากว่าคนทั่วไป สถิติของศูนย์สถิติสาธารณสุขแห่งชาติ (National Center for Health Statistics) รายงานว่าเมื่อปี พ.ศ.2526 มีหญิงอเมริกันไม่อาจตั้งครรภ์ได้ถึง 4.3 ล้านคน และอย่างน้อยที่สุดหญิงจำนวน 2 ล้านคนมีความประสงค์ที่จะมีบุตร และแสวงหาความช่วยเหลือโดยวิธีการตั้งครรภ์แทน

ความต้องการของครอบครัวชาวอเมริกันที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติมีจำนวนมากขึ้น ทางเลือกหนึ่งที่ได้รับการนิยมนิยม คือ การขอรับเด็กอื่นเป็นบุตรบุญธรรม แต่ก็มีขั้นตอนที่ยุ่งยากทำให้การดำเนินการพิจารณาขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีความล่าช้ากินเวลาข้ามปี ซึ่งสาเหตุที่แท้จริง คือ การที่สตรีทำแท้งได้ตามกฎหมายและสังคมให้การยอมรับหญิงที่มีบุตรโดยมิได้มีการสมรสมากขึ้น ทำให้จำนวนเด็กที่รอรับการอุปการะจากบิดามารดาบุญธรรมลดจำนวนลง ประกอบกับระยะเวลาในการรอคอยที่จะได้เด็กมาอุปการะเลี้ยงดูเป็นบุตรบุญธรรมกินเวลาประมาณ 3 ถึง 7 ปี ทำให้คู่สมรสที่มีปัญหาในการมีบุตรตามธรรมชาติไม่ได้ หันไปใช้วิธีการว่าจ้างหญิงอื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน ในรอบสิบปีที่ผ่านมา มีผู้ประมาณการว่ามีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมากกว่า 4,000 คน³⁷ และจากการที่คู่สมรสที่มีปัญหาในการมีบุตรหันมาใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนมากขึ้น ก่อให้เกิดคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้สิทธิปกครองเด็กที่เกิดมามากขึ้นจนทำให้ต้องมีการออกบทบัญญัติในเรื่องการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาเป็นการเฉพาะในบางมลรัฐ

สำหรับประเทศไทย วงการแพทย์ได้รับเอาวิทยาการด้านการผสมเทียมมาใช้เป็นครั้งแรกเมื่อใดไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด แต่ได้มีการกล่าวถึงการผสมเทียมกันอย่างเปิดเผยเมื่อประมาณ พ.ศ.2512 และทำให้เกิดการตั้งครรภ์ได้ถึงร้อยละ 64.44 ของผู้มารับบริการ การแพทย์ของไทยได้มีวิวัฒนาการในด้านการช่วยการเจริญพันธุ์มากขึ้นจนสามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้เช่นเดียวกับในต่างประเทศ โดยในปี พ.ศ.2534 ที่คณะแพทย์ของโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นแห่งแรก จนปัจจุบันการให้บริการในด้านนี้ขยายตัวไปยังเอกชนทำให้เกิดคลินิก หรือศูนย์ช่วยเหลือผู้มีบุตรยาก รวมถึงโรงพยาบาลเอกชนที่สามารถใช้วิธีการผสมเทียมนอกมดลูก และทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนเพิ่มมากขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของคู่สมรสไทยที่มีปัญหาในการมีบุตรยาก

แต่อย่างไรก็ตาม การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยก็ยังจำกัดอยู่ในวงแคบๆ ยังไม่มีการขยายตัวออกไปจนกลายเป็นธุรกิจให้บริการรับตั้งครรภ์แทนเหมือนในต่างประเทศ การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยส่วนใหญ่จะได้รับความยินยอมจากญาติมิตรที่สนิทมาเป็นหญิงรับตั้งครรภ์แทนมากกว่าจะเป็นกรณีที่เป็นการว่าจ้างหญิงอื่นมาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยมิ

³⁷ Smith, Brent Parker. (1991-1992). Anna J.V. Mark C. : Proof of The Imminent Need for Surrogate motherhood Regulation. *Journal of Family Law*. 30, 2. P.494-495.

ค่าตอบแทน ประกอบกับแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในด้านการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีนั้นยังมีอยู่น้อย มีเฉพาะในโรงพยาบาลของรัฐบางแห่งหรือไม่ก็เป็นคลินิก หรือโรงพยาบาลเอกชนที่มีค่าใช้จ่ายสูง ผลสำเร็จในการตั้งครรภ์โดยการผสมเทียมนั้นยังอยู่ในเกณฑ์ต่ำ แต่ในอนาคตแนวโน้มของผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากจะให้ความสนใจการมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนมากขึ้น เพราะส่วนใหญ่แล้วผู้ที่มีความต้องการบุตรมักจะมีฐานะการเงินที่ดี มีความพร้อมที่จะเสี่ยงเพื่อจะได้มีบุตร

2.5.2 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นคำที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ในสังคมไทยเมื่อประมาณ 22 ปีที่ผ่านมาซึ่งบางคนอาจจะเรียกคำๆ นี้ในรูปแบบอื่น เช่น การรับตั้งครรภ์ การรับจ้างตั้งครรภ์ หรือการรับจ้างตั้งครรภ์แทน ความแตกต่างในเรื่องของคำเรียกนั้น ภาษาอังกฤษเองก็ยังคงมีความแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าแต่ละคนจะใช้คำไหน เช่น Surrogate, Surrogate mother, Surrogate motherhood หรือ Surrogacy เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเลือกใช้คำใดก็ล้วนแต่มีความหมายไปในแนวทางเดียวกันทั้งสิ้น แต่สำหรับสังคมไทยแล้วอาจจะคุ้นเคยกับคำว่า “อุ้มบุญ” มากกว่าคำอื่นๆ แต่ที่จริงแล้ว ความหมายของคำว่า “ตั้งครรภ์แทน” หรือ “อุ้มบุญ” ยังมีองค์ประกอบอื่นที่มากกว่าเป็นการตั้งครรภ์เพื่อคลอดบุตรแทนผู้อื่นเท่านั้น

ใน Webster's Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “การตั้งครรภ์แทน” หรือ “Surrogate” ไว้ว่า

Surrogate คือ บุคคลหรือสิ่งของซึ่งกระทำ หรือถูกใช้แทนผู้อื่น หรือแทนสิ่งอื่น³⁸

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “แทน” คือ อาการที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่ในฐานะของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น รักษาการแทน ทำแทน ไปแทน³⁹

ดังนั้น การตั้งครรภ์แทน จึงมีความหมายว่า การที่บุคคลหนึ่งตั้งครรภ์ในฐานะมารดาแทนอีกบุคคลหนึ่ง

สำหรับทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) คือ การนำตัวอ่อนที่ได้จากการปฏิสนธิของไข่และตัวอสุจิใส่เข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงอื่นเพื่อให้ตั้งครรภ์แทน

³⁸ Webster's Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language. (1994). New York : Dilithium Press. P.1432

³⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542. (2546) กรุงเทพฯ : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์. หน้า 412.

เนื่องจากฝ่ายภรรยาที่มีปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อการตั้งครรภ์ เช่น มีเนื้องอกที่มดลูก ไม่มีมดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้

2.5.3 ประเภทของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทน เป็นเทคนิคที่นำมาใช้สำหรับการปฏิสนธินอกร่างกายเพื่อใช้แก้ปัญหาของสภาวะการมีบุตรยากสำหรับหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง เนื่องจากฝ่ายหญิงมีปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อการตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากปัญหาทางร่างกายของหญิงนั้น เช่น ฝ่ายหญิงไม่มีมดลูก หรือมีเนื้องอกที่มดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ หรือการที่หญิงนั้นมีประวัติการทำแท้งบ่อยครั้ง ซึ่งหากตั้งครรภ์อาจเกิดอันตรายแก่สุขภาพของหญิงนั้นได้ ในปัจจุบันยังไม่มีเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ฝ่ายหญิงตั้งครรภ์โดยปราศจากมดลูกได้ และยังไม่ปรากฏว่าการผลิตมดลูกเทียมประสบความสำเร็จ วิธีการอย่างเดียวที่สามารถทำให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์มีบุตรได้ก็คือ "การให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน" ซึ่งถือเป็นเรื่องใหม่ในวงการวิทยาศาสตร์การแพทย์ของไทย ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในวงสังคม และยังมีได้มีการบัญญัติศัพท์ไว้อย่างเป็นทางการ จึงมีการเรียกชื่อที่แตกต่างกันออกไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ในปัจจุบันสำนักงานส่งเสริมสวัสดิการและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการและผู้สูงอายุ โดยอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กตามมาตรฐานของรัฐธรรมนุญ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กำลังยกร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อรองรับปัญหาต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นตามมาจากระบวนการตั้งครรภ์โดยอาศัยวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้า โดยใน มาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.....ดังกล่าว ได้ให้คำนิยามของการตั้งครรภ์แทนไว้ว่า "การตั้งครรภ์แทน" หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงผู้ตั้งครรภ์มีเจตนา หรือข้อตกลงไว้ก่อนตั้งครรภ์ที่จะให้ทารกในครรภ์นั้นเป็นบุตรหรืออยู่ในอำนาจปกครองของผู้อื่น ซึ่งหากร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ผ่านเป็นกฎหมาย ความหมายของการตั้งครรภ์แทนก็必将มีความชัดเจน แต่ก็จะเป็นความหมายที่เขียนไว้กว้างๆ เพื่อรองรับวิทยาการทางการแพทย์ที่อาจพัฒนามากขึ้นกว่าวิธีการที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เมื่อวิธีการเปลี่ยนแปลงไปจะได้ไม่ต้องมีการแก้ไขบทนิยามกันใหม่อีก

ในยุคที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังไม่มีความสำเร็จก้าวหน้า การรับตั้งครรภ์แทนไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงไม่มีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน แต่เมื่อได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวขึ้น และนำมาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบัน

จึงเกิดขึ้นโดยฝ่ายชายที่ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดังนั้น เมื่อแบ่งแยกประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้การรับตั้งครรภ์แทนอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)

2.5.3.1 การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy)

เป็นกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของพันธุกรรม การรับตั้งครรภ์แทนด้วยวิธีการนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าจ้างและกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสม แต่ทารกที่เกิดมาจะไม่มี ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างเลย บางครั้งจึงถูกเรียกว่า "การรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์" (Partial Surrogacy หรือ Natural Surrogacy) โดยมีขั้นตอน คือ การฉีดน้ำอสุจิของสามีที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนเข้าไปในช่องคลอดของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่ง การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำมาก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่นๆ จึงจะเห็น ได้ว่า โดยวิธีการแล้วจะเหมือนกับการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination) แต่จะ แตกต่างกันตรงที่การรับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้เป็นการฉีดน้ำอสุจิของสามีเข้าไปในช่องคลอดของ หญิงอื่นที่มารับตั้งครรภ์แทนภริยาเนื่องจากความผิดปกติของฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ ซึ่งบางครั้งจึงเรียกการรับตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า "การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม" (Traditional Surrogacy)

2.5.3.2 การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy)

เป็นกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีส่วนในพันธุกรรมใดๆ กับทารกที่จะเกิดมา นั้นเลย ทารกที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่าย เพราะฝ่ายชายเป็น เจ้าของเชื้ออสุจิ ส่วนฝ่ายหญิงเป็นเจ้าของไข่ คือ เป็นกรณีที่คู่สามีภรรยาใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตน ได้แก่ ไข่และอสุจิของทั้งคู่มาผสมกันนอกร่างกายของฝ่ายหญิงแล้วจึงนำตัวอ่อนที่ได้จากการ ปฏิสนธิใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ฝังตัวยังผนังมดลูกและเจริญเติบโต ต่อไป จึงมีผู้เปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing)

การรับตั้งครรภ์แทนกรณีนี้ถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์โดยการตั้งครรภ์” (Gestational Surrogacy) หรือ “การรับตั้งครรภ์โดยสมบูรณ์” (Full Surrogacy) เนื่องจากคู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นทั้งหมด⁴⁰

2.5.3.3 การรับตั้งครรภ์แทนโดยการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)

เป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก และในขณะเดียวกันคู่สามีภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายก็ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กเช่นกัน การตั้งครรภ์แทนลักษณะนี้ใช้ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยสิ้นเชิง หรืออาจจะเกิดขึ้นได้ในกลุ่มของชายรักชาย หรือหญิงรักหญิง กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมาใช้ในการปฏิสนธิให้เกิดเป็นตัวอ่อนได้ การตั้งครรภ์แทนดังกล่าวนี้ อาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการบริจาคไข่หรืออสุจิ แล้วนำไข่และอสุจิของผู้บริจาคมาผสมกัน แล้วนำตัวอ่อนไปฝังในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน เมื่อทารกคลอดออกมาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะส่งมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง ดังนี้ จะเห็นได้ว่าทั้งคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย ซึ่งอาจถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy) ประเภทหนึ่งได้เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเช่นกัน

2.5.4 ความหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

สัญญารับตั้งครรภ์แทน คือ สัญญาซึ่งหญิงตกลงที่จะรับตั้งครรภ์โดยมิได้มีการร่วมประเวณี และตกลงว่าจะให้ทารกอยู่ในครรภ์ของตนจนครบกำหนด เมื่อทารกคลอดออกมาแล้วก็จะส่งมอบทารกนั้นให้กับผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเพื่อรับเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่าการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนี้จะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม⁴¹

2.5.5 ประเภทของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเภทของสัญญารับตั้งครรภ์แทนสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

2.5.5.1 พิจารณาจากวิธีการก่อให้เกิดการตั้งครรภ์

1) Traditional Surrogacy Contract คือ สัญญารับตั้งครรภ์แทน โดยการผสม

⁴⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. (2549). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน*. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 25

⁴¹ ณัฐวิวรรณ อภิสิริโยธิน. (2543). *การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 37.

เทียม โดยใช้ไข่ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและเชื้ออสุจิของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือของบุคคลอื่นที่ได้ตกลงไว้ ในกรณีนี้ เด็กกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะมีพันธุกรรมเกี่ยวข้อกันบางส่วน

2) Gestational Surrogacy Contract คือ สัญญารับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะตั้งครรภ์โดยรับตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิในห้องทดลองที่เกิดจากไข่และอสุจิของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือของบุคคลอื่นที่ได้ตกลงไว้ หรือของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนกับของบุคคลอื่นที่ได้ตกลงไว้ ในกรณีนี้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กจะไม่มี ความเกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรมแต่อย่างใด

2.5.5.2 พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทน

1) สัญญารับตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ (Altruistic Surrogacy) ในบางกรณีวัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนในสัญญารับตั้งครรภ์แทน คือ ผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนรับตั้งครรภ์แทนด้วยใจบริสุทธิ์ ด้วยความรัก ความสงสาร หรือโดยชอบส่วนตัวที่มีความสุขกับการตั้งครรภ์ โดยไม่ต้องการเงินหรือผลประโยชน์อื่น ๆ ตอบแทน แต่ต้องการเพียงที่จะช่วยเหลือผู้ที่มีปัญหาที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเอง ส่วนมากสัญญารับตั้งครรภ์แทนชนิดนี้จะทำกันในหมู่ญาติพี่น้องหรือเพื่อนสนิท แต่ก็ไม่จำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลที่กล่าวมาเท่านั้น บุคคลที่ไม่รู้จักกัน ไม่มีความสัมพันธ์กันหรือไม่สนิทกัน ก็สามารถเข้ามาเป็นคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทนชนิดนี้ได้ ถ้าไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ถือเป็นสัญญารับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นเช่นกัน

2) สัญญารับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) โดยปกติแล้ว สัญญารับตั้งครรภ์แทนจะมีข้อตกลงให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่น ค่าบริการทางการแพทย์ ค่าเดินทางไปพบแพทย์ ค่ายา ค่าอาหารเสริม ค่าเสื้อผ้า ค่าประกันสุขภาพ ค่าขาดประโยชน์จากการทำงาน เป็นต้น นอกจากค่าใช้จ่ายต่างๆ ข้างต้นแล้ว อาจมีการให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเป็นค่าตอบแทนให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน เพื่อตอบแทนในการที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนรับตั้งครรภ์แทนตนตามสัญญา สัญญาลักษณะนี้ ถือว่าเป็นสัญญาจ้างให้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นไปตามปกติของมนุษย์ เพราะมนุษย์มักหวังอะไรตอบแทนจากการกระทำของตนเสมอ

2.5.6 ลักษณะของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ในกรณีที่มิบบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติในเรื่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะการตัดสินใจต้องบังคับให้เป็นไปตามบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายต้องตัดสินใจตามคลองจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดี และถ้าในกรณีที่ไม่มีคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ก็ต้องวินิจฉัยโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียง

อย่างยิ่ง และถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ก็ต้องวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีของสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทย หลักแห่งศีลธรรมและจริยธรรมถูกนำมาพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ก็ยังไม่อาจหาข้อสรุปที่ชี้ชัดได้ แต่สำหรับประเทศไทยความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ยอมรับว่าน่าจะเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการรับตั้งกรรมแทนในหมู่ญาติสนิท มิใช่การรับตั้งกรรมแทนที่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง สัญญาดังกล่าวจึงไม่ตกเป็นโมฆะ ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป ก็คือ สัญญารับตั้งกรรมแทนเข้าหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่จะสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้บ้าง มีดังนี้

2.5.6.1 สัญญาเช่า⁴²

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 บัญญัติว่า "อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น"

เมื่อพิจารณาคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 บัญญัติว่า "ทรัพย์สิน" หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง และมาตรา 138 "ทรัพย์สิน" หมายความว่า รวมทั้ง ทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้น ต้องพิจารณาว่ามดลูกของหญิงรับตั้งกรรมแทนเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย และสามารถนำออกให้เช่าได้หรือไม่

มดลูก (Uterus) เป็นอวัยวะในระบบสืบพันธุ์ของผู้หญิงทุกคนที่ทำหน้าที่อุ้มตัวอ่อน (Embryo) ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่ที่สุกแล้วกับเชื้ออสุจิของฝ่ายชาย ซึ่งมดลูกนั้นมีเยื่อผนังมดลูกที่มีคุณสมบัติในการยืดหยุ่นได้มากกว่าอวัยวะส่วนอื่นๆ ของร่างกายเพราะ ตัวอ่อนจะค่อยๆ เจริญเติบโตขึ้น มดลูกก็จะมีการขยายตัวตามไปด้วยจนกระทั่งครบกำหนดคลอดซึ่งปกติจะกินเวลาประมาณ 9 เดือน แต่มนุษย์มิใช่ทรัพย์ตามความคิดทางกฎหมายเพราะมีสภาพบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ดังนั้น ร่างกายหรืออวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์ไม่ถือเป็นทรัพย์สินที่มีราคาจึงไม่อาจทำการซื้อขายหรือให้เช่าได้ เพราะมิฉะนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ก็อาจจะมีข้อยกเว้นอยู่บ้างในบางกรณี เช่น เส้นผมที่ถูกตัดขาดออกจากร่างกายแล้ว เป็นต้น และถ้าพิจารณาถึงคำว่า "ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สิน" มนุษย์ในขณะมีชีวิตอยู่มิใช่ทรัพย์สิน มดลูกมนุษย์ซึ่งมีหน้าที่อุ้มตัวอ่อนได้ก็จะต้องเป็นมดลูกของหญิงที่มีชีวิตอยู่เท่านั้น ดังนั้น มดลูก

⁴² ญัฐวิวรรณ อภิสัทธโยธิน. *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 40-41.

จึงไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินด้วย ในเมื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือมรดกของหญิงในขณะมีชีวิตอยู่ไม่เป็นทรัพย์สินแล้ว สัญญานี้จึงไม่ใช่สัญญาเช่าทรัพย์สินตามกฎหมาย

2.5.6.2 สัญญาจ้างแรงงาน⁴³

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาจ้างแรงงานนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้"

สัญญารับตั้งครรภ์แทน หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องยินยอมให้แพทย์ทำการผสมเทียมหรือใช้วิธีการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีต่างๆ จนทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น ขึ้นตอนต่างๆ ตั้งแต่การที่แพทย์ฉีดเชื้ออสุจิของฝ่ายชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงรับตั้งครรภ์แทนหรือการผสมไข่กับเชื้ออสุจิในหลอดทดลองจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้วจึงย้ายตัวอ่อนไปฝังตัวในมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตจนครบกำหนดแล้วคลอดเด็กออกมา ร่างกายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนนอกจากจะเป็นสิ่งรองรับตัวอ่อนหรือเป็นที่อยู่ของตัวอ่อนแล้ว ยังเป็นแหล่งอาหารให้แก่ตัวอ่อนด้วยเพราะตัวอ่อนจะได้รับสารอาหารและอากาศจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนผ่านทางสายสะดือ เป็นกระบวนการทางชีวเคมีของร่างกายหญิงโดยอัตโนมัติปัจจัยภายนอกไม่สามารถจะควบคุมเปลี่ยนแปลงได้ จึงไม่น่าจะเรียกว่า "ตกลงจะทำงานให้" เพราะโดยสภาพของหญิงรับตั้งครรภ์แทนและตัวอ่อนในครรภ์ไม่ใช่เป็นการทำงานแต่ประการใด ทุกอย่างเป็นไปตามระบบสืบพันธุ์ของแม่ (Female Reproductive System) เป็นขั้นตอนตามธรรมชาติของมนุษย์หรือสัตว์โดยอัตโนมัติ ความหมายของ "ตกลงจะทำงานให้" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 น่าจะหมายถึงการลงมืออย่างใดอย่างหนึ่งตามความสามารถ และความชำนาญของลูกจ้าง เช่น รับจ้างพิมพ์ดีดในฐานะลูกจ้างประจำ ดังนั้น สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน

2.5.6.3 สัญญาจ้างทำของ⁴⁴

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงรับทำภารงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น"

ข้อแตกต่างของสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ คือ สัญญาจ้างแรงงาน

⁴³ ญัตติวินิจฉัย อภิสิทธิ์โยธิน. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 41*. หน้า 41-42.

⁴⁴ ญัตติวินิจฉัย อภิสิทธิ์โยธิน. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 41*. หน้า 42-43.

ลูกจ้างไม่จำเป็นจะต้องทำงานจนสำเร็จให้แก่นายจ้างจึงจะได้รับสินจ้าง เช่น การเป็นลูกจ้างประจำ เมื่อครบเดือนนายจ้างก็จะจ่ายค่าจ้างให้โดยไม่คำนึงว่างานของลูกจ้างที่ทำนั้นจะเสร็จสิ้นลงหรือไม่ หรือลักษณะของงานที่ทำนั้นเป็นงานที่มีความต่อเนื่องกันไม่สามารถกำหนดได้ว่าจะเสร็จเมื่อไร ส่วนสัญญาจ้างทำของ ลูกจ้างจะต้องทำงานให้แก่นายจ้างจนสำเร็จตามที่ได้ตกลงไว้ เช่น จ้างตัดผม ลูกจ้างก็ต้องตัดผมให้เสร็จก่อนจึงจะได้รับค่าจ้างจากนายจ้าง ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสัญญารับตั้งกรรมแทนแล้วน่าที่จะมีความใกล้เคียงไปทางสัญญาจ้างทำของมากกว่า เพราะหญิงรับตั้งกรรมแทนเมื่อคลอดบุตรแล้วส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งกรรมแทน ก็น่าจะถือว่าเป็นการทำงานจนเป็นผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว แต่ถ้าในระหว่างตั้งกรรม หมายรับตั้งกรรมแทนตายลง ทารกหรือตัวอ่อนที่อยู่ในมดลูกของหญิงรับตั้งกรรมแทนก็ต้องตายตามไปด้วย สัญญารับตั้งกรรมแทนจึงน่าจะเป็นสัญญาจ้างทำของ

แต่ถ้าพิจารณาถึงลักษณะของงานที่จ้างทำของเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องเอาความสำเร็จของงานเป็นสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติหรือความสามารถอย่างหนึ่งอย่างใดของลูกจ้างในการลงมือทำงานด้วย เช่น จ้างตัดผมก็ต้องว่าจ้างผู้ที่มีอาชีพรับตัดผม ซึ่งมีความรู้ความชำนาญในการตัดผม เป็นต้น แต่การตั้งกรรมแทนของหญิงรับตั้งกรรมแทนนั้น หญิงรับตั้งกรรมแทนเพียงแต่ให้ความยินยอมในการผสมเทียม และเมื่อคลอดบุตรแล้ว จึงส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งกรรมแทน ความสามารถในการตั้งกรรมจนกระทั่งคลอดไม่ถือว่าเป็นความสามารถเฉพาะตัว เพราะผู้หญิงทุกคนที่มีร่างกายแข็งแรง สมบูรณ์ อยู่ในวัยเจริญพันธุ์ก็สามารถตั้งกรรมแล้วคลอดบุตรได้อยู่แล้ว ดังนั้น สัญญารับตั้งกรรมแทนจึงไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ

โดยสรุปแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สัญญารับตั้งกรรมแทนที่ผู้ว่าจ้างตั้งกรรมแทนและหญิงรับตั้งกรรมแทนจะให้ความยินยอม และมีเสรีภาพในการทำสัญญาโดยสมัครใจก็ไม่ น่าจะถือว่าเป็นสัญญาเช่ามดลูก หรือสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาจ้างทำของ แต่อย่างไรก็ตาม สัญญารับตั้งกรรมแทนน่าจะเข้าลักษณะของสัญญาที่ไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แม้จะตกลงกันด้วยวาจาก็ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้

2.5.6.4 การบังคับตามสัญญา⁴⁵

สัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นสัญญาทั่วไปหรือเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ไม่มีชื่อ แต่ก็ เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดพันธะผูกพันระหว่างคู่สัญญาตามที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนั้น คู่สัญญาจึงมีสิทธิ และหน้าที่ตามกฎหมาย หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามที่ได้ตกลง

⁴⁵ ญูฐวิวรรณ อภิสัทธโยธิน อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 43

กันได้ ซึ่งในส่วนของการเรียกค่าเสียหายจะบังคับได้เพียงใดนั้นก็ต้องพิจารณาถึงข้อตกลงในสัญญาเป็นสำคัญ เช่น ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนปฏิเสฐที่จะจ่ายสินจ้างให้แก่หญิงรับตั้งครุฑแทนหรือปฏิเสฐที่จะให้เชื้ออสุจิหรือไข่ไปทำการผสมเทียม หรือภายหลังจากทารกคลอดออกมาแล้ว ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนปฏิเสฐที่จะรับมอบทารกเพราะเป็นเพศที่ไม่ต้องการหรือมีร่างกายพิการผิดปกติ หญิงรับตั้งครุฑแทนก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามสัญญาโดยเรียกค่าใช้จ่ายต่างๆ เช่น ค่าชดเชยจากการขาดรายได้ในขณะที่ตั้งครุฑ รวมไปถึงค่ารักษาพยาบาลต่างๆ จนกระทั่งคลอด หรือถ้าหญิงรับตั้งครุฑแทนเป็นฝ่ายปฏิเสฐไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนเสียเอง ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนก็สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดอันเนื่องมาจากการทำสัญญาตั้งครุฑแทน เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่ารักษาพยาบาล ค่าใช้จ่ายของหญิงรับตั้งครุฑแทนในระหว่างตั้งครุฑ เช่น ค่าบำรุงครุฑ แต่ผู้ว่าจ้างตั้งครุฑแทนจะมีสิทธิเรียกร้องให้หญิงรับตั้งครุฑแทนส่งมอบเด็กให้แก่ตนได้หรือไม่ ขณะนี้ยังคงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป