

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับ สัญญารับตั้งกรรมแทนโดยอนุญาโตตุลาการ

สัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนทั้งสองฝ่าย ด้วยเหตุที่การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน คู่สัญญาต่างมีเสรีภาพที่จะกำหนดข้อตกลงเพื่อให้สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาเป็นไปในทางใดก็ได้ ตราบเท่าที่ข้อตกลงในสัญญานั้นไม่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายย่อมรับรองความสมบูรณ์ของสัญญาดังกล่าวและทำให้ข้อตกลงในสัญญานั้นผูกพันคู่สัญญาให้มีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ อันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเอกชน อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ดำเนินการปฏิบัติให้เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา กฎหมายก็กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทโดยฟ้องคดีต่อศาลได้ เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับให้คู่สัญญาดำเนินการตามข้อตกลงในสัญญาต่อไป

แต่เนื่องจากขั้นตอนในการฟ้องร้องและดำเนินคดีต่อศาล ศาลจะต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ จึงส่งผลให้การฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าวมีความยุ่งยาก ซับซ้อน และใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีนาน และอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ดังนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ได้รับการนิยมนำขึ้นเป็นลำดับในเวลาต่อมา ทั้งนี้เพราะ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะมีผลดีตรงที่มีความรวดเร็ว คู่กรณีสามารถกำหนดรูปแบบในการระงับข้อพิพาท และเลือกบุคคลที่ตนไว้วางใจว่าหากเลือกให้เข้ามาอยู่ในคณะอนุญาโตตุลาการแล้วตนจะได้รับความยุติธรรมจากการวินิจฉัยข้อพิพาทเพราะผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ความสามารถ และมีประสบการณ์ในเรื่องที่ตนจะต้องทำการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดเป็นการเฉพาะ อีกทั้งการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีต้องร่วมกันตกลงในเรื่องต่างๆ ซึ่งมีผลทำให้คู่กรณีมีการเจรจาและสนทนากันมากขึ้นอันจะเป็นผลดีที่อาจนำไปสู่การ

ประนีประนอมยอมความกันได้ และการอนุญาตตุลาการก็ยังไม่ทำให้คู่กรณีเกิดความขัดแย้งกัน และยังคงรักษาความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันไว้ได้ ซึ่งสิ่งนี้ถือเป็นเหตุผลสำคัญในการที่เอกชนมักนิยมใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยากซับซ้อน และละเอียดอ่อน ซึ่งถึงแม้ว่าการรับตั้งกรรมแทนจะปรากฏมานานแล้ว แต่ก็ยังถือเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่ทางด้านกฎหมาย เพราะในหลายๆ ประเทศที่ยินยอมให้มีการทำสัญญารับตั้งกรรมแทนได้ แต่ก็ยังไม่มีมีการตรากฎหมายขึ้นมารองรับสัญญาดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนแต่อย่างใด เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ยังมิได้มีการตรากฎหมายใดๆ ขึ้นมารองรับในเรื่องที่เกี่ยวกับการรับตั้งกรรมแทนเป็นการเฉพาะ จะมีก็แต่ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..... ซึ่งก็ยังไม่มีการผ่านสภาออกมาเป็นกฎหมายเช่นกัน เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาห้ามหรือจำกัดขอบเขตในเรื่องการรับตั้งกรรมแทน และประเทศไทยเป็นประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธมากที่สุด ซึ่งศาสนาพุทธก็มีได้ปฏิเสธเรื่องการตั้งกรรมแทนโดยตรง และโดยหลักการแล้ว ศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการตั้งกรรมแทนมากกว่าศาสนาอื่นๆ และถือว่าถ้าไม่เป็นการทำลายหรือฆ่าสัตว์ตัดชีวิตแล้ว ก็น่าจะกระทำได้ ไม่เป็นการผิดศีลธรรม เมื่อการรับตั้งกรรมแทนในประเทศไทยไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญารับตั้งกรรมแทนจึงมีผลใช้บังคับได้ และหากเกิดข้อพิพาทขึ้นก็สามารถนำการอนุญาตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้เช่นกัน แต่ก็ใช่ว่าการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารับตั้งกรรมแทนโดยอนุญาตตุลาการจะสามารถกระทำได้ง่ายเสมอไป โดยอาจเกิดปัญหาได้ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของข้อพิพาทในสัญญารับตั้งกรรมแทนที่ระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการ

สัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากความตกลงของคู่กรณีที่เป็นเอกชนกับเอกชนรูปแบบของสัญญารับตั้งกรรมแทนจึงสามารถที่จะกำหนดแนวทางอย่างไรก็ได้ ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม หากสัญญารับตั้งกรรมแทนหรือมีข้อสัญญาบางข้อในสัญญารับตั้งกรรมแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากภายหลังเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่กรณี ข้อพิพาทดังกล่าวก็ไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ

พ.ศ.2545 ที่บัญญัติให้ "ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ซึ่งปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ ข้อพิพาทอย่างไรบ้างจึงจะถือว่าเป็นข้อพิพาทที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้ไม่สามารถนำข้อพิพาทนั้นมาระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเทศไทยยังมิได้มีการแก้ไขกฎหมายขึ้นมากำหนดในเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะ

จากการศึกษาวิจัยจะพบว่า ประเด็นสำคัญที่ใช้พิจารณาว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของคู่กรณีในการทำสัญญาว่ามีเรื่องผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือเรื่องค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ โดยบางประเทศมองว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่มีเรื่องค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่บางประเทศมองว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีเรื่องค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ก็เป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น

ประเทศฝรั่งเศส ห้ามการรับตั้งครรภ์แทนทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม โดยบัญญัติไว้ใน Civil Code, Chapter II, Article 16-7 ว่า "สัญญาทุกประเภทที่เกี่ยวกับการให้กำเนิดหรือการรับตั้งครรภ์ให้กับบุคคลอื่นตกเป็นโมฆะ"¹

ประเทศออสเตรเลีย มลรัฐวิคตอเรีย ได้ออกกฎหมายบัญญัติห้ามการรับตั้งครรภ์แทนไว้ อย่างชัดเจนใน Infertility (Medical Procedures) Act 1984 (Act No.10163)² ว่าห้ามทุกคนทำการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์จัดหาหญิงที่จะมาให้บริการรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงห้ามมีการจ่ายเงินหรือรับเงินสำหรับการจัดการรับตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดโทษปรับไว้ 50 units หรือจำคุก 2 ปี และสัญญารับตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ

ประเทศอังกฤษ ได้ออกกฎหมายบัญญัติห้ามการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ไว้ใน Surrogacy Arrangement Act 1985 Chapter 49 ว่าห้ามทุกคนในประเทศอังกฤษมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการเจรจาในเชิงพาณิชย์อันจะนำไปสู่การจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ผู้ใดกระทำการดังกล่าวถือว่ามีความผิดและต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

¹ The Civil Code, (Fr.) Article 16-7 "All agreements relation to procreation or gestation on account of a third party are void".

² Infertility (Medical Procedures) Act 1984. (Act No. 10163) Part V.-Surrogate Motherhood, Section 30.

สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งกรรมแทนสามารถแยกได้ ดังต่อไปนี้

1. สัญญาระหว่างผู้รับตั้งกรรมแทนกับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน คือ การได้รับบริการฝากเลี้ยงตัวอ่อน

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งกรรมแทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งกรรมแทนว่าผู้รับตั้งกรรมแทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่อาจมีบุตรได้

2. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน

วัตถุประสงค์ของแพทย์นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งกรรมแทนว่าผู้รับตั้งกรรมแทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่อาจมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งกรรมแทน

3. สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้รับตั้งกรรมแทน

วัตถุประสงค์ของแพทย์ คือ การให้บริการเพื่อให้เกิดการตั้งกรรมแทนขึ้น (ตามสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน)

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งกรรมแทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งกรรมแทนขึ้น (ตามสัญญารับตั้งกรรมแทน)

4. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งกรรมแทนกับผู้ขอให้ตั้งกรรมแทน

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งกรรมแทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งกรรมแทนว่าผู้จัดการตั้งกรรมแทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงิน หรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่อาจมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน คือ การได้รับบริการเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทน

5. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับผู้รับตั้งครรภ์แทน

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ ได้ช่วยเหลือผู้ที่ต้องการตั้งครรภ์

วัตถุประสงค์ของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่อาจมีบุตรได้

6. สัญญาระหว่างผู้จัดการตั้งครรภ์แทนกับแพทย์

วัตถุประสงค์ของผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้จัดการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่อาจมีบุตรได้

วัตถุประสงค์ของแพทย์นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองชนิดขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งครรภ์แทนว่าผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่คือ

ก. ถ้าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์วัตถุประสงค์ คือ การได้เงินหรือผลประโยชน์

ในเชิงพาณิชย์

ข. ถ้าไม่ได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์ คือ การได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่อาจมีบุตรได้

ด้วยเหตุนี้ ทำให้ต้องพิจารณาสัญญาเป็นรายกรณีไปว่าวัตถุประสงค์ของคู่กรณีนั้นมีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือมีค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ ถ้ามีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือมีค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้อง ถือว่าสัญญารับตั้งกรรมแทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่อาจเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาและทำคำชี้ขาดได้

สำหรับประเด็นที่ว่ากรณีใดบ้างจึงจะถือว่าเป็นสัญญารับตั้งกรรมแทนที่มีเรื่องผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น ผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่างโดยศึกษาวิจัยจาก Surrogacy Act 2010 ของประเทศออสเตรเลีย มลรัฐควีนส์แลนด์ ใน Article 11³

³ Article 11 Meaning of *birth mother's surrogacy costs*

(1) A *birth mother's surrogacy costs* are the birth mother's reasonable costs associated with any of the following matters—

(a) becoming or trying to become pregnant;

(b) a pregnancy or a birth;

(c) the birth mother and the birth mother's spouse (if any) being a party to a surrogacy arrangement or proceedings in relation to a parentage order.

(2) Without limiting subsection (1), the following amounts are a birth mother's surrogacy costs—

(a) a reasonable medical cost for the birth mother associated with any of the matters mentioned in subsection (1);

Example of a reasonable medical cost for paragraph (a)—

a cost incurred before conception if the birth mother consults a medical practitioner to find out if she is capable of carrying a pregnancy before undergoing a fertilisation procedure

(b) a reasonable cost, including a reasonable medical cost, for a child born as a result of the surrogacy arrangement;

(c) a premium payable for health, disability or life insurance that would not have been obtained by the birth mother if the surrogacy arrangement had not been entered into;

(d) a reasonable cost of counselling associated with any of the matters mentioned in subsection (1), including—

ที่ไม่ถือว่าเป็นผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือค่าตอบแทนการรับตั้งครรภ์แทน โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท อันได้แก่

1. ค่าใช้จ่ายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Birth mother's surrogacy costs) ได้แก่ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์อันสมควร เช่น ค่าตรวจเช็คร่างกาย ค่าปรึกษาทางการแพทย์ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถตั้งครรภ์ได้หรือไม่ ค่ารักษาพยาบาลอันเกิดจากเด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ค่าตรวจสุขภาพ ค่าเบี้ยเลี้ยงในช่วงที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถทำงานได้ ค่าประกันชีวิต เป็นต้น

2. ค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย เช่น ค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับคำปรึกษาทางด้านกฎหมาย ค่าธรรมเนียมศาลและค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนรับรองการเกิดของเด็ก

(i) the cost of counselling obtained by the birth mother or the birth mother's spouse (if any) before or after entering into the surrogacy arrangement; or

(ii) the cost relating to the preparation of a surrogacy guidance report under section 32;

(e) a reasonable legal cost for the birth mother and the birth mother's spouse (if any) relating to the surrogacy arrangement and the transfer of parentage;

(f) the value of the birth mother's actual lost earnings because of leave taken—

(i) for a period of not more than 2 months during which a birth happened or was expected to happen; or

(ii) for any other period during the pregnancy when the birth mother was unable to work on medical grounds;

(g) another reasonable cost associated with the surrogacy arrangement or the making of the order transferring parentage.

Examples of other reasonable costs for paragraph (g)—

- travel and accommodation costs for a birth mother who lives interstate and travels to Queensland to undertake a fertility treatment, to consult with an obstetrician or to give birth
- travel and accommodation costs associated with a birth mother's attendance at a court hearing about an application for a parentage order if the birth mother does not live near the court

(3) In this section—

legal cost includes fees for obtaining legal advice and legal representation, court fees, and registry fees associated with registration of a birth and transfer of parentage.

medical cost means a medical cost to the extent that it is not recoverable under Medicare or any health insurance or other scheme.

3. ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ เช่น ค่าประกันสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ค่าใช้จ่ายอื่นๆด้านการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษาเด็กในครรภ์ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่ากฎหมายการตั้งครรภ์แทนของประเทศออสเตรเลีย มลรัฐควีนส์แลนด์ ได้กำหนดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือค่าตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างชัดเจน ซึ่งทำให้สามารถแยกวิเคราะห์ประเภทของสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ว่า ข้อพิพาทในสัญญารับตั้งครรภ์แทนกรณีใดบ้างที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และสามารถระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้โดยอนุญาโตตุลาการ

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

สำหรับในประเด็นการพิจารณาทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ดังนี้

“มาตรา 34 ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญาและหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่คู่สัญญามีความประสงค์ให้มีผลบังคับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาได้ แต่ในกรณีที่คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมายหรือระบบกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อ

พิพาทเอาไว้อย่างชัดเจนในสัญญา ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายไทย นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาทำคำชี้ขาดโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้ ทั้งนี้ การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะเป็นสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน อีกทั้งยังเป็นสัญญาที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนมากกว่าสัญญาทางแพ่งทั่วไป แต่ถ้าสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายไทย ซึ่งขณะนี้ก็ต้องบังคับตามหลักนิติกรรม-สัญญา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากสัญญารับตั้งครรภ์แทนว่าใครจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ในประเด็นนี้ศาลชั้นต้นของไทยเคยมีคำพิพากษาโดยนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะครอบครัว มาตรา 1546 มาวินิจฉัยปรับเข้ากับข้อเท็จจริงว่า ผู้รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และตามมาตรา 1598/21 ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะมีอำนาจปกครองได้ก็แต่โดยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้เท่านั้น และจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของผู้รับตั้งครรภ์แทน (มารดาของเด็ก) ดังนั้น แม้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นทั้งเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ก็ตาม ก็ไม่สามารถเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเปิดช่องเอาไว้ และถ้าผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้

กฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐอริโซนา นอร์ธดาโกตา และยูทาห์ ก็ยังคงมีบทบัญญัติของกฎหมายไปในทางเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กล่าวคือ หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายเท่านั้นที่ถือว่าเป็นแม่ของเด็กที่เกิดมา⁴ อย่างไรก็ตาม กฎหมายในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น กฎหมายของมลรัฐฟลอริดา⁵ และกฎหมายของมลรัฐเนวาดา⁶ ให้ถือว่าคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาและ

⁴ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, (England), Article 33(1) "Meaning of "mother""- The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

⁵ โปรดดู Fla Stat. Ann s 742 15 ซึ่งบัญญัติว่า

มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องมีหลักเกณฑ์ว่า ชายและหญิงที่ขอให้รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และทั้งเชื้ออสุจิและไข่ต้องเป็นของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเท่านั้น

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าประเด็นเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากหากยังคงนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะครอบครัว มาตรา 1546 มาปรับใช้ ก็จะทำให้เด็กที่เกิดมาไม่สามารถมีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้เลย ประเทศไทยจึงควรทำการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะเกิดมาเป็นสำคัญ เพราะครอบครัวจะสมบูรณ์ได้ต้องมีทั้ง พ่อ แม่ และลูก จึงควรมีการกำหนดให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น เพื่อที่หากมีการเสนอข้อพิพาทในประเด็นดังกล่าว ขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการจะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามข้อเท็จจริง ตามความเหมาะสม และเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กได้

“(1) Prior to engaging in gestational surrogacy, a binding and enforceable gestational surrogacy contract shall be made between the commissioning couple and the gestational surrogate. A contract for gestational surrogacy shall not be binding and enforceable unless the gestational surrogate is 18 years of age or older and the commissioning couple are legally married and are both 18 years of age or older....”

⁶ โปรดดู Nev. Rev. Stat. Ann. s 126.045 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. Two persons whose marriage is valid under chapter 122 of NRS may enter into a contract with a surrogate for assisted conception. Any such contract must contain provisions which specify the respective rights of each party, including:

- (a) Parentage of the child;
- (b) Custody of the child in the event of a change of circumstances; and
- (c) The respective responsibilities and liabilities of the contracting parties.

2. A person identified as an intended parent in a contract described in subsection 1 must be treated in law as a natural parent under all circumstances....”

4.3 ปัญหาความเป็นที่สุดในการพิจารณาชี้ขาดเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

บุคคลผู้ที่ถูกเลือกให้มาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น ย่อมมีอำนาจในการกระทำการตามหน้าที่ที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการบรรลุวัตถุประสงค์และเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมีที่มา 2 ประการ ดังนี้

1. อำนาจที่เกิดจากสัญญา คือ อำนาจที่อนุญาโตตุลาการได้รับมาจากคู่กรณีเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่กรณีที่ตกลงกันทำสัญญาให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอำนาจที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

1.1 อำนาจโดยตรง เป็นอำนาจที่แท้จริงและเห็นได้ชัดเจนที่สุด เป็นอำนาจที่มาจากเจตนาโดยชัดแจ้ง มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่มาจากสัญญาย่อมผูกพันแต่เฉพาะคู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ไม่มีผลผูกพันใช้บังคับกับบุคคลภายนอกที่มีได้ร่วมตกลงด้วย

1.2 อำนาจโดยปริยาย เป็นอำนาจที่อนุญาโตตุลาการได้รับเมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันทำการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เพราะในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการย่อมกำหนดอำนาจหน้าที่บางประการของอนุญาโตตุลาการไว้

2. อำนาจที่ได้รับมาตามกฎหมาย เป็นการที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้การรับรองว่าคู่สัญญาสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการรับฟังข้อเท็จจริง พยานหลักฐานต่างๆ และพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อระงับข้อพิพาทของคู่กรณีได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้สามารถให้การอนุญาโตตุลาการได้ คือ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือนโยบายสาธารณะ

อำนาจที่สำคัญประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการที่เพิ่งได้รับการแก้ไข ก็คือ อำนาจพิจารณาชี้ขาดเขตอำนาจของตนเอง เนื่องจากแต่เดิมตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มิได้กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดเขตอำนาจของตนเองว่ากระทำได้หรือไม่ จึงทำให้เกิดปัญหาว่า เมื่อมีข้อสงสัยว่าข้อพิพาทใดอยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจของตนเองหรือไม่ โดยข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ เรื่องไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทไม่ได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง และข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งข้อโต้แย้งเหล่านี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและทำคำชี้ขาด ทำให้มีความเห็นแตกออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นอำนาจของศาลที่จะตัดสินปัญหา

ดังกล่าว เว้นแต่คู่สัญญาจะระบุเจาะจงให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาด เพราะ อนุญาตตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง จึงไม่ควรตัดสินปัญหานั้นเอง แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า อนุญาตตุลาการควรมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดปัญหาว่า ข้อพิพาทใดอยู่ในอำนาจของตนหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยตรง

ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาใช้บังคับแทน และได้มีการวางหลักเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการไว้ในมาตรา 24 เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทำให้ปัจจุบันอนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดเขตอำนาจของตนเองได้ โดยมาตรา 24 วรรคแรก บัญญัติว่า "คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน รวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะ อนุญาตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการ ได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก เป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก..." ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีการแก้ไขให้เป็นไปตาม UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 16(1)⁷ สิ่งนี้ดูคล้ายกับจะแก้ปัญหในเรื่องที่ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการได้ เพื่อเลี่ยงการประวิงคดี และการใช้เวลานานในการชี้ขาดข้อพิพาทได้

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีการแก้ปัญหในเรื่องที่ว่าใครมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการได้แล้วก็ตาม แต่อำนาจดังกล่าวไม่ใช่อำนาจเด็ดขาดของ อนุญาตตุลาการ เนื่องจากมาตรา 24 วรรคสาม บัญญัติว่า "คณะอนุญาตตุลาการอาจวินิจฉัย ขอบเขตอำนาจของตนโดยการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น หรือในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทก็ได้ แต่ถ้า คณะอนุญาตตุลาการได้ชี้ขาดเบื้องต้นว่าคณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเรื่องใด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายใน สามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นนั้นและในขณะที่คำร้องยังอยู่ในระหว่างการ พิจารณาของศาล คณะอนุญาตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาตตุลาการและทำคำชี้ขาด

⁷ Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

ต่อไปได้" จึงจะเห็นได้ว่า หากคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทต่อไป แต่ภายหลังปรากฏว่าศาลตัดสินว่าเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดไปไม่ถูกต้อง เช่น ปัญหาเรื่องข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ จะยิ่งทำให้เป็นการเสียเวลามากกว่าเดิม เนื่องจากหากศาลตัดสินว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาทั้งหมดที่ผ่านมาของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทก็จะเสียไปทั้งหมด และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็จะเสียเวลาต้องไปฟ้องคดีต่อศาลให้ทำการพิจารณาใหม่ทั้งหมด

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับองค์คณะของอนุญาโตตุลาการ

องค์คณะของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการกันไว้ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นจะให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวนเท่าไรเพื่อทำการพิจารณาและทำคำชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว โดยองค์คณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 17 ว่า

“ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ วิธีการตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ให้เป็นไปตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว”

จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการตั้งแต่แรกว่าให้ องค์คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการกี่คน และต่อมาเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 วรรคสาม) ซึ่งบทบัญญัติส่วนนี้ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จะแตกต่างกับ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 10⁹ ที่กำหนดว่าหากไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ให้มีอนุญาโตตุลาการ 3 คน

⁹ Article 10. Number of arbitrators

(1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดบทบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจน และองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวจะมีข้อดีอยู่อัน ได้แก่

1. อนุญาโตตุลาการจะแตกต่างจากศาลตรงที่ ผู้พิพากษาจะได้รับเงินเดือนจากรัฐ แต่อนุญาโตตุลาการจะได้รับค่าป่วยการโดยเรียกเก็บจากคู่กรณีโดยตรง ดังนั้น ถ้าจำนวนอนุญาโตตุลาการยิ่งมาก ค่าใช้จ่ายของคู่กรณีก็จะยิ่งเพิ่มมากขึ้นไปด้วย เมื่อมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นองค์คณะ ค่าใช้จ่ายของคู่กรณีก็จะไม่สูงมาก

2. อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นองค์คณะ จะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วกว่าการมีอนุญาโตตุลาการหลายคน เนื่องจากยิ่งจำนวนอนุญาโตตุลาการมากเท่าไร ก็จะทำให้การกำหนดวันนัดประชุมหรือนัดพิจารณาคดีทำได้ยากขึ้น ส่งผลให้เกิดความล่าช้าตามมา

แต่การที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นองค์คณะก็อาจเกิดผลเสียและปัญหาต่างๆ ได้แก่

1. ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณบางส่วนก็ต้องดำเนินการคล้ายกับการดำเนินกระบวนการในศาล ทั้งอนุญาโตตุลาการยังต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในสาขาต่างๆ มากกว่าหนึ่งสาขา ดังเช่นกรณีข้อพิพาทเรื่องสัญญา รับตั้งครุฑแทน อนุญาโตตุลาการจะต้องมีความรู้ทางด้านกฎหมาย รวมถึงความรู้ทางด้าน การแพทย์บางส่วนด้วย ดังนั้นการมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นองค์คณะ อนุญาโตตุลาการอาจมีความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญไม่เพียงพอ และหากข้อพิพาทมีความซับซ้อนเกินไปอาจทำให้อนุญาโตตุลาการเกิดความกดดันและความเครียดได้มากกว่าการมีอนุญาโตตุลาการหลายคนเป็นองค์คณะ

2. โดยหลักการแล้ว ผู้ที่ถูกเลือกมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการทุกคน แม้ว่าจะมาจากการแต่งตั้งจากคู่กรณีแต่ละฝ่ายโดยตรง ก็จะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง ห้ามตัดสินเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายที่เลือกตนเองมา การมีอนุญาโตตุลาการหลายคนโดยที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายแต่งตั้งฝ่ายละเท่าๆกัน ย่อมทำให้เกิดความมั่นใจแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในความเป็นกลางของคณะอนุญาโตตุลาการมากกว่าการมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

แม้ว่า โดยหลักแล้วการจะมีอนุญาโตตุลาการจำนวนเท่าใดเป็นองค์คณะนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่กรณีโดยจะกำหนดให้มีจำนวนเป็นเลขคู่หรือเลขคี่ได้ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 17 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ให้คณะ

(2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

อนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ และมาตรา 17 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้มีผลทำให้จำนวนอนุญาตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคี่ ทำให้เกิดปัญหาที่น่าคิดว่า หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่โดยไม่ให้นำมาตรา 17 วรรคสองมาใช้บังคับจะทำได้หรือไม่ ในกรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า น่าจะตกลงกันเช่นนั้นได้ ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีความประสงค์และเข้าใจปัญหาในข้อพิพาทของตนเป็นอย่างดี

สำหรับกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้ตกลงกันเกี่ยวกับจำนวนอนุญาตตุลาการไว้ กฎหมายก็จะเข้ามามีบทบาทในการกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการให้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 17 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการได้ ให้มีอนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว ซึ่งเรื่องนี้จะแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2530 มาตรา 11 วรรคสองที่กำหนดว่า ในกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการมิได้กำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการไว้ ให้คู่กรณีตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคนและให้อนุญาตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งบุคคลภายนอกอีกหนึ่งคนร่วมเป็นอนุญาตตุลาการด้วย สาเหตุที่กฎหมายได้แก้ไขในเรื่องนี้อาจเพราะต้องการให้ประหยัดค่าใช้จ่ายของคู่กรณีนั่นเอง เพราะเห็นว่าข้อพิพาทส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีความยุ่งยากไม่มากนักและอาจจะมีทุนทรัพย์ไม่สูงมาก ดังนั้น ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องการให้มีอนุญาตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ก็ควรกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการไว้ให้ชัดเจนในสัญญาอนุญาตตุลาการ

4.5 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาตตุลาการในการพิจารณาพยานหลักฐานและคำพิพากษาของศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 25 วรรคแรก บัญญัติว่า "ในการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น" จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ข้างต้น ถือว่าเป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะเสนอข้อเท็จจริงตามที่ตนเห็นว่าจำเป็นในการวินิจฉัยคดีของตน ซึ่งคู่พิพาทมักจะเสนอข้อเท็จจริงต่างๆ โดยมีการให้รายละเอียดไว้เป็นจำนวนมาก ถึงแม้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวที่เสนอมานำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น" จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 ข้างต้น ถือว่าเป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะเสนอข้อเท็จจริงตามที่ตนเห็นว่าจำเป็นในการวินิจฉัยคดีของตน ซึ่งคู่พิพาทมักจะเสนอข้อเท็จจริงต่างๆ โดยมีการให้รายละเอียดไว้เป็นจำนวนมาก ถึงแม้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวที่เสนอมานำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น"

นั้นอาจไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่สนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนก็ตาม และอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจปฏิเสธที่จะไม่รับฟังข้อเท็จจริงเหล่านั้นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสคู่พิพาทในการเสนอข้ออ้าง ข้อเถียง หรือข้อเท็จจริงต่างๆ ของตนได้อย่างเต็มที่และอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสคู่พิพาทนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาท โดยหากคู่พิพาทเห็นว่าพยานหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องและจำเป็นต่อการนำเสนอข้ออ้างและข้อต่อสู้ของตน คณะอนุญาโตตุลาการก็ควรจะต้องให้โอกาสคู่พิพาทได้นำพยานหลักฐานนั้นมาเสนอได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม การให้โอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานนี้มีได้เป็นสิทธิที่ให้แก่คู่พิพาทโดยไม่มีขอบเขตจำกัด เนื่องจากในบางครั้งหากอนุญาโตตุลาการเห็นว่า พยานหลักฐานที่คู่พิพาทต้องการจะนำเสนอเป็นพยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือยซ้ำซ้อนกับพยานหลักฐานอื่นที่ได้นำเสนอไปแล้ว หรือมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาทเล็กน้อย ไม่สำคัญ และไม่มีผลต่อการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดให้คู่พิพาทนำเสนอเฉพาะพยานหลักฐานเท่าที่จำเป็นเท่านั้นได้ โดยพิจารณาถึง “พฤติการณ์แห่งข้อพิพาท” เป็นสำคัญ มิฉะนั้น อาจเป็นช่องทางให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประวิงการดำเนินการและทำให้ต้องเสียเวลามากเกินสมควร

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาจนกระทั่งทำคำชี้ขาดแล้ว หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาด โดยศาลมีอำนาจทำคำพิพากษายอมรับบังคับให้ตามที่ขอหรือปฏิเสธไม่บังคับให้เท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปรื้อหรือแก้ไขในเนื้อหาของคำชี้ขาดได้ สำหรับกรณีที่ศาลสามารถปฏิบัติไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้นั้น ต้องเป็นกรณี ดังต่อไปนี้⁹

1. คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น
2. สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว
3. ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 43-44.

4. คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

5. องค์ประกอบหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

6. คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

7. คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประเด็นจึงมีว่า ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานบางอย่างเกี่ยวกับสัญญาบังคับกรรมแทน เช่น หลักฐานทางการแพทย์ โดยมองว่าพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิพาทเล็กน้อย ไม่สำคัญ และไม่มีผลต่อการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท แต่ภายหลังศาลพบว่าพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญในคดีอันอาจทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป กรณีนี้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ด้วยเหตุที่ว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลไม่มีอำนาจยกข้อเท็จจริงในส่วนนี้ขึ้นมาพิจารณาหรือแก้ไขในเนื้อหาของคำชี้ขาดได้ ซึ่งก็เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 44 ปัญหา คือ กระบวนพิจารณาคดีทั้งหมดครบถ้วนสมบูรณ์ขาดแต่เพียงมิได้มีการพิจารณาพยานหลักฐานอันเป็นข้อสำคัญเท่านั้น ซึ่งหากศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไปแล้ว คู่กรณีจะทำอย่างไรต่อไป เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถึงที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีไปแล้ว แต่ไม่สามารถบังคับให้ปฏิบัติตามได้ คู่กรณีก็ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลให้พิจารณาคดีใหม่อันจะทำให้เป็นการเสียเวลามากขึ้นไปอีก