

แนวความคิดและทฤษฎี

แนวทางการวิเคราะห์ของวิทยานิพนธ์นี้ ได้นำเอาแนวความคิดของทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง มาประกอบการวิเคราะห์ตามความเหมาะสมและจำเป็น ประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แนวความคิดและทฤษฎีเหล่านั้น คือ

2.1 แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรม

ในการดำรงชีวิตของมนุษย์นั้น อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค ที่อยู่อาศัย ถือว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ที่จะทำให้อุทิศตนผู้มีปัจจัยดังกล่าวครบถ้วน ย่อมสามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างมีความสุข แต่เนื่องจากปัจจัยดังกล่าวมีอยู่อย่างจำกัด ดังนั้น จึงเป็นเรื่องธรรมดาที่มนุษย์ทุกคนจะต้องแข่งขันกันเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งปัจจัย 4 มาเป็นของตนให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ เพื่อให้การดำรงชีวิตอยู่อย่างสงบสุขทั้งปัจจุบันและอนาคตเป็นไปอย่างมีความสุข แต่เนื่องจากในสังคมของมนุษย์ประกอบไปด้วยบุคคลหลายประเภท หลายเผ่าพันธุ์ ต่างจิตต่างใจ ดังนั้น ในการแข่งขันกันเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัย 4 ย่อมประกอบไปด้วยรูปแบบที่แตกต่างกัน และเป็นเรื่องธรรมดาที่ว่าเมื่อมีการแข่งขันกันย่อมมีโอกาสขัดแย้งกัน ความขัดแย้งเนื่องจากการแข่งขันนี้ หากว่าอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือระเบียบของสังคมที่กำหนดไว้แล้ว แม้ว่าจะทำให้อุทิศตนอื่นเสียหายก็ยังไม่เกิดปัญหาอะไร เพราะกฎหมายถือว่ามิได้ไปกระทบกับสิทธิของผู้อื่น เนื่องจากผู้ได้รับประโยชน์ได้ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งเป็นกติกาของสังคมแล้ว แต่ถ้าเมื่อใดก็ตามที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งเป็นกติกาของสังคมที่กำหนดไว้ ย่อมเป็นการกระทบกับสิทธิของผู้อื่น และหากตกลงกันไม่ได้ย่อมทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้น และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่พิพาทย่อมต้องการที่จะหาวิธีที่ดีที่สุดเพื่อให้ได้รับความยุติธรรม แต่ด้วยเหตุที่ความยุติธรรมเป็นนามธรรมที่จับต้องไม่ได้ ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่เกิดจากความรู้สึกนึกคิดของแต่ละคน ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่ทุกคนค้นหา เพราะทุกคนในสังคมคิดว่าความยุติธรรมจะทำให้สังคมมีความสุขสงบสุขได้ จึงมีผู้พยายามให้คำจำกัดความของความหมายคำว่า "ยุติธรรม" ในรูปแบบต่าง ๆ กัน

กล่าวคือ ความยุติธรรมในความคิดของชาวกรีกโบราณยุคต้นของประวัติศาสตร์อารยธรรมตะวันตก มองว่าความยุติธรรมเป็นเสมือนพระประสงค์ของพระเจ้าที่ควบคุมโชคชะตา พรหมลิขิตของมนุษย์ ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่เหนือธรรมชาติ จึงมีความสัมพันธ์กับความเชื่อของมนุษย์ โดยความยุติธรรมในทฤษฎีเริ่มแรกจะเป็นเสมือนหลักการครอบจักรวาลแบบอภิปรัชญา (Metaphysical Cosmological Principle) ซึ่งกำหนดควบคุมการทำงานของพลังแห่งธรรมชาติทั้งหลายในจักรวาลให้มีความสมดุลและกลมกลืนกันทั้งหมด¹ แนวความคิดนี้สอดคล้องกับความคิดของขงจื้อ (Confucianism) และลัทธิเต๋า (Taoism) ที่เน้นความสำคัญเรื่อง "ความกลมกลืน" ในฐานะเป็นสาระสำคัญของความถูกต้องหรือความดีงามต่าง ๆ² เมื่อมาถึงยุคสมัยของเพลโต (Plato : 427-347 B.C.) ปรัชญากรีกได้เริ่มหันมาพิจารณาแนวคิดเรื่องความยุติธรรมในฐานะเป็นหลักการทางจริยธรรมสำหรับการกระทำของมนุษย์หรือคุณธรรมโดยเฉพาะของมนุษย์ในงานเขียน "อุดมรัฐ" (The Republic) ของเพลโต เขาได้ให้ความสำคัญความยุติธรรม (Dikaiosyne) ว่าหมายถึงการทำความดี (Doing well is justice) หรือการทาสั่งที่ถูกต้อง (Right Conduct, Rectitude)³ ความยุติธรรมของเพลโต หมายถึง การที่แต่ละคนกระทำสิ่งที่ตนเกี่ยวข้องให้เป็นไปอย่างเหมาะสม (Each do what pertains to him) ในสายตาของเพลโต ความยุติธรรมเป็นเสมือนองค์รวมของคุณธรรม (The whole of virtue) และถือเป็นคุณธรรมสำคัญที่สุดยิ่งกว่าคุณธรรมอื่นใด และโดยทั่วไปแล้วถือว่าคำตอบเกี่ยวกับความยุติธรรมจะถูกค้นพบได้ด้วยอาศัย "ปัญญา" หรือการไตร่ตรองเชิงปัญญาอย่างลึกซึ้ง กล่าววนแวงนี้แล้ว

1 Julius Stone, Human Law and Human Justice, (Maitland Publications, Sydney, 1965), p.11.

2 Eugene Kamenka, "What is Justice," in Eugene Kamenka and Alic Erh Soon Tay, Justice, Edward Arnold, 1979, p.1.

3 วิษณุ เครื่องงาม, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา, (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 250. และ โสภณ รัตนากร, "กฎหมายและความยุติธรรม," ใน ปรีดี เกษมทรัพย์, "นิติปรัชญาภาคสอง บทบาททางประวัติศาสตร์," (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 301.

ความยุติธรรมเป็นคุณธรรมหรือสัจธรรมที่บุคคลผู้มีปัญญาเท่านั้นจึงจะค้นพบได้ โดยเป็นสิ่งที่อยู่เหนือเหตุผลทางตรรกะ (Pseudorationalistic) ⁴ และหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า คำอธิบายของเพลโตในเรื่องความยุติธรรมจะมีลักษณะที่กว้างและเป็นนามธรรมอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาเพลโตได้ให้ความหมายความยุติธรรมไว้ชัดเจนกว่าเดิมว่า หมายถึง "การทำให้ทุกคนตามส่วนที่จะพึงได้รับ" และส่วนที่พึงได้รับจะได้รับมอบภาระหน้าที่เฉพาะซึ่งตนมีคุณสมบัติเหมาะสมตามความถนัด และการศึกษาอบรมที่จะปฏิบัติ ⁵

ส่วนอริสโตเติล (Aristotle) มหาปรัชญาชาวกรีกโบราณ (384-322 B.C) ซึ่งเป็นศิษย์ของเพลโตมองความยุติธรรมว่าเป็นคุณธรรมเฉพาะเรื่อง (Particular Virtue) หรือคุณธรรมพิเศษเรื่องหนึ่งในท่ามกลางคุณธรรมหลายหลากในสังคม ⁶ ความยุติธรรม คือ คุณธรรมทางสังคม (Social Virtue) ประการหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และคุณธรรมเรื่องความยุติธรรมนี้จะใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อเมื่อมนุษย์ได้ปลดปล่อยตัวเขาเองจากแรงผลักดันของความเห็นแก่ตัวอย่างยิ่ง ⁷

อริสโตเติล (Aristotle) ได้แบ่งความยุติธรรมออกเป็น 2 ประเภท คือ ⁸

(1) ความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice) หมายถึง หลักความยุติธรรมซึ่งมีลักษณะเป็นสากล ใช้ได้ต่อมนุษย์ทุกคน ไม่มีขอบเขตจำกัด และอาจค้นพบได้โดย "เหตุผลบริสุทธิ์" ของมนุษย์

⁴ พรทิพา บรรทมสินธุ์, "ความยุติธรรมคืออะไร," วารสารธรรมศาสตร์ ปีที่ 10 เล่ม 1 (มีนาคม 2524), หน้า 50.

⁵ เสน่ห์ จามริก (แปล), ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพฯ ; โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), หน้า 41.

⁶ See Aristotle, "Nicomachean Ethics," Book V., Chap. 2

⁷ Edgar Bodenheimer, "Juruprudence," p.208.

⁸ Aristotle "Nicomachean" Book V. Chapter 7 อ้างใน จรัส วัฒนานันท์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์สำนักงานการพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2535), หน้า 375.

(2) ความยุติธรรมตามแบบแผน (Conventional Justice) หมายถึง ความยุติธรรมซึ่งเป็นไปตามตัวบทกฎหมายของบ้านเมืองหรือธรรมเนียมปฏิบัติของแต่ละสังคมหรือชุมชน ความยุติธรรมลักษณะนี้อาจเข้าใจแตกต่างกันตามแต่ละสถานที่ และอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลาหรือตามความเหมาะสม

อริสโตเติลเน้นความยุติธรรมโดยธรรมชาติและแบ่งความยุติธรรมตามประเภทของการได้มาหรือประเภทความยุติธรรมออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) ความยุติธรรมในการแบ่งปันปันส่วน เป็นความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันปันส่วนทรัพย์สิน สิทธิหน้าที่ เกียรติยศ หรืออำนาจงานสังคมภายใต้หลักเรื่องความเสมอภาค (Equality) แต่ความเสมอภาคในที่นี้ หลักการมุ่งความหมายถึง ความเสมอภาคตามสัดส่วน (Proportional Equality) กล่าวคือ สำหรับอริสโตเติลแล้ว การแบ่งปันบรรดาสິงอันบุคคลทั่วไปปรารถนานั้นมิใช่กระทำต่อคนทุกคนเสมอกันหมด แต่ต้องคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละบุคคลทั้งในแง่ของคุณธรรม ความสามารถ หรือผลของงานต่าง ๆ

(2) ความยุติธรรมในการชดเชย (Corrective are remedial justice) เป็นความยุติธรรมเฉพาะรายสำหรับการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ความยุติธรรมประเภทนี้ สามารถจะปรับได้ตามสภาพสังคมและสภาพความเป็นจริง ซึ่งความยุติธรรมนี้อริสโตเติลถือว่าเป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า "remedial law"

(3) ความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยน (Commutative justice) เป็นความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกันระหว่างเอกชนเกี่ยวกับความเป็นธรรมในการแลกเปลี่ยนสิ่งใดสิ่งหนึ่ง

ความยุติธรรมในความคิดของอริสโตเติล (Aristotle) นั้น ถือว่า "ความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้นเมื่อคนที่เท่ากันได้รับการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกัน และเมื่อคนที่ไม่เท่ากันได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน" (Injustice arises when equals are treated unequally and also when unequals are treated equally) ⁹

ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ มีบทหนึ่ง que แสดงให้เห็นถึงความยุติธรรมว่า คือความพอใจของผู้พิพากษา ความยุติธรรมคือความถูกต้องตามความเห็นของคนในสังคม โดยที่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์กล่าวว่า มรณสารอำมาตย์บังคับเพื่อความสงบโดยยุติธรรม แต่ต่อมาเกิดมีบุรุษ 2 คน ทหารี่แดงระหว่างไร้แดงของทั้งสองนั้นมีถนนกั้นกลาง แดงในไร้ของบุรุษหนึ่งเสียข้ามถนนไปยังไร้แดงของอีกบุรุษหนึ่ง จึงเป็นข้อพิพาทขึ้นมาว่าผลแดงจะตกเป็นของใคร มรณสารอำมาตย์ตัดสินว่าแดงอยู่ในไร้ของผู้ใดให้เป็นของผู้นั้น แต่พญาสมมติราชาไม่เห็นด้วยจึงเข้าอำมาตย์ไปพิจารณาใหม่ โดยเลิกต้นแดงที่เสียข้ามถนนเอายอดแดงกลับมาไว้ตามต้น แดงนั้นจึงเป็นของเจ้าของต้น บุรุษผู้ทหารี่แดงทั้งสองต่างพอใจและสรรเสริญพญาสมมติราชาว่า "บังคับบัญชาเป็นธรรม" และ "มนุษย์ทั้งหลายดิฉินนิทามรณสารอำมาตย์ว่าถึงแก่คดี บังคับคดีเป็นธรรม" เหล่านี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า ความยุติธรรมคือความพึงพอใจของคนในสังคมว่าสิ่งอื่น ๆ เป็นสิ่งที่ถูกต้องดังที่ปรากฏในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ¹⁰

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายในสำนักกฎหมายบ้านเมือง คือ Hans Kelsen กล่าวว่า ความยุติธรรมคือการรักษาไว้ซึ่งคำสั่งที่เป็นกฎหมาย โดยการปรับใช้คำสั่งนั้นอย่างมีมรณธรรม และ Alf Ross กล่าวว่า ความยุติธรรมคือการปรับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องอันเป็นสิ่งตรงข้าม

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹ อ้างในกฎหมายและความยุติธรรม โดย โสภณ รัตนากร, คูสพาท เล่ม 2 ปีที่ 15 (มีนาคม-เมษายน 2511), หน้า 38-50 และบทบัญญัติ เล่ม 25 ตอน 2 (พ.ศ. 2511), หน้า 375-384.

¹⁰ พระวรภักดีพิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2504), หน้า 32.

กับการกระทำสิ่งใดตามอำเภอใจ¹¹ และกฎหมายเกิดจากการสร้างของมนุษย์ ส่วนความยุติธรรมนั้นไม่มีใครสามารถจะสร้างขึ้นมาได้ แต่เกิดจากความรู้สึกของมนุษย์เอง ดังที่ Sir Alfred Danning ได้กล่าวไว้ว่า "เราจะนิยามคำว่ายุติธรรมได้ก็แต่เพียงว่าเป็นสิ่งที่สมาชิกของชุมชนผู้มีจิตใจที่ถูกต้องที่ชอบเชื่อว่าเป็นธรรม"¹² เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว เมื่อใดก็ตามที่มนุษย์รู้สึกว่าการกระทำไม่เป็นธรรม มนุษย์ก็สามารถที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเสียใหม่เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ ดังที่พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ ได้ให้ความหมายว่า "ความยุติธรรมก็คือความนึกคิดของบุคคลแม้กฎหมายก็มาจากความนึกคิดของบุคคล คือ วิวัฒนาการของกฎหมายมาจากความนึกคิดของบุคคล ด้วยเหตุนี้ เราจะปฏิเสธว่าไม่มีความยุติธรรมตามความนึกคิดของบุคคลเสียเลยก็ย่อมจะเป็นไปไม่ได้ คือ ความยุติธรรมมีตามกฎหมายและมีตามความนึกคิดของบุคคลด้วยเหมือนกัน ปัญหาที่มีว่าความยุติธรรมตามกฎหมายกับความยุติธรรมตามความนึกคิดของบุคคลนี้จะปล่อยให้มีอยู่อย่างนี้หรือก็ไม่ควรที่จะปล่อยให้มี และความยุติธรรมตามกฎหมายต้องเป็นไปตามความยุติธรรมที่ถูกต้อง คือ ถ้าหากว่าบุคคลคิดว่าอะไรเป็นความยุติธรรมเป็นการถูกต้องแล้วกฎหมายควรเป็นอย่างนั้น ถ้าเป็นไปอย่างอื่นก็เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามความคิดเห็นของประชาชน"¹³

ความคิดเห็นในเรื่องความยุติธรรมตามกฎหมายกับความยุติธรรมตามความนึกคิดของสังคมนั้น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่า "ตามความเห็นของศาลฎีกาที่ 144/2459 วินิจฉัยว่า "ความยุติธรรมแปลว่าความประพฤติดีอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

11 Edgar Bodenheimer, "Jurisprudence," p.213.

12 Alfred Danning Sir, The Road to Justice, 1955, pp.3, 4

อ้างในคำบรรยายวิชาหลักวิชาสหกฎหมาย โดย จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 50.

13 พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, "กระทรวงยุติธรรมกับการพัฒนาโยบายความมั่นคงแห่งชาติ," ตุลพาท ฉบับที่ 6 ปี พ.ศ. 2503, หน้า 12.

ความเห็นส่วนตัวบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่าง ๆ ไม่มียุติเป็นยุติธรรมมาได้เลย ซึ่งความยุติธรรมตามความหมายในคดี คือ ความยุติธรรมตามกฎหมาย (justice according to law) อย่างไรก็ดี ยังมีกรณี เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 27, 44, 57 (3) และ 87 ศาลอาจพิจารณาถึงและมีคำสั่ง "เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม" ไม่แสดงว่าโดยทั่วไปกฎหมายก็เป็นกฎหมาย อาจเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับความยุติธรรม แต่ก็อาจมีกรณีที่กฎหมายกับความยุติธรรมไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันก็ได้ แม้แต่กฎหมายเองก็ยอมให้ศาลสั่งเป็นอย่างอื่นเพื่อความยุติธรรม การที่มีคำข้ออยู่ 2 คำ คือ กฎหมายคำหนึ่ง ความยุติธรรมคำหนึ่ง ก็แสดงอยู่ส่วนตัวแล้วว่าหาข้อสิ่งหนึ่งสิ่งเดียวกันเสมอไปว่า การที่นักกฎหมายจะยึดถือแต่กฎหมายคำหนึ่งถึงความยุติธรรมตามความหมายทั่วไปนั้น เป็นความเห็นความเข้าใจที่แคบกว่าที่ควรจะเป็น..." 14

ความหมายตามแนวความคิดของนักปราชญ์และปรมาจารย์ทางกฎหมายดังกล่าว สุณีย์ มัลลิกะมาลย์ ได้สรุปว่า ความยุติธรรมอาจพิจารณาได้ 2 ทาง คือ ยุติธรรมตามกฎหมาย โดยถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ เป็นกลางที่สุดที่สามารถจะประสิทธิประสาทความยุติธรรมได้ทั่วถ้วนทุกคน กฎหมายจะไม่เลือกข้าง เลือกปฏิบัติต่อใคร เป็นการเฉพาะตัวทุกคนอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติของกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่มิใช่ตายตัวแต่แก้ไขไม่ได้ มนุษย์เป็นคนสร้างกฎหมายเพื่อให้กฎหมายเป็นข้อกำหนดข้อบังคับที่คนในสังคมยึดถือปฏิบัติตามภายใต้แนวความคิดที่ว่ากฎหมายเป็นความยุติธรรมที่คนในสังคมจะได้รับเสมอภาคกัน เพราะฉะนั้น เมื่อใดก็ตามที่คนในสังคมนั้นเห็นว่ากฎหมายไม่เหมาะสมกับสภาพสังคม กล่าวคือคนในสังคมไม่อาจจะแสวงหาความยุติธรรมจากกฎหมายนั้นได้ ก็จะเป็นเวลาที่จะพิจารณากันใหม่ว่าควรจะได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงกฎหมายได้แล้ว ความยุติธรรมอีกประเภทหนึ่ง คือ ความยุติธรรมตามความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม ความยุติธรรมประการนี้บางครั้งอาจจะขัดแย้งกับความยุติธรรมตามกฎหมายได้

14 จิตติ ดิงศภัทย์, คำบรรยายวิชาหลักวิชาชีพกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), หน้า 50.

เพราะฉะนั้น จึงขึ้นอยู่กับว่าจะแก้ไขความยุติธรรมตามกฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรมตามความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม หรือจะเปลี่ยนแปลงความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคมให้สอดคล้องกับกฎหมาย 15

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาความหมายของความยุติธรรมที่จะนำมาใช้กับการระงับข้อพิพาทแล้วอาจกล่าวได้ว่าเมื่อใดก็ตามที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่พิพาททุกฝ่ายย่อมแสวงหาความยุติธรรม ซึ่งการแสวงหาความยุติธรรมนั้นบางครั้งกฎหมายอย่างเดียวก็ไม่สามารถจะประสิทธิประสาทความยุติธรรมมาให้ได้ตามความพึงพอใจของคู่พิพาท การหากโลกที่จะใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างมีความยุติธรรมจึงเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่ง ในขณะที่ศาลได้ชื่อว่าเป็นโลกหนึ่งที่จะให้ความยุติธรรมได้สูงสุดในปัจจุบัน แต่ก็ยังมีขั้นตอนและวิธีการที่ยุ่งยาก การหากโลกอื่นจึงเกิดขึ้น เช่น การใช้อธิปไตยตุลาการ หรือการไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมยอมความ เป็นต้น และสิ่งที่จะพิจารณาว่าโลกนั้นสามารถจะให้ความยุติธรรมได้เพียงใด ก็ต้องพิจารณาองค์ประกอบของโลกนั้น ๆ เช่น ขั้นตอนการให้ความยุติธรรมผู้พิจารณาข้อพิพาท ฯลฯ

สำหรับปัญหาข้อพิพาทสิ่งแวดลอมก็เช่นกัน โลกที่จะใช้เป็นการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดความยุติธรรมกับคู่พิพาท เป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญที่สมควรจะตระหนักถึงอันจะได้วิเคราะห์ตามบทต่อ ๆ ไป

2.2 แนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อม

แนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมเริ่มเกิดขึ้นเมื่อสภาวะแวดล้อมของโลกได้ถูกทำลายลงไปจนถึงขั้นวิกฤตที่ก่อให้เกิดความรู้สึกกลัวว่าสิ่งแวดล้อมอาจจะถูกทำลายไปหมดสิ้น จนมนุษย์ไม่สามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้ ความรู้สึกเช่นนี้ทำให้มนุษย์เกิดความรักและหวงแหนในสิ่งแวดล้อม เพื่อให้คงไว้อยู่กับโลกนาน ๆ และจากกรณีดังกล่าวนี้เองจึงเป็นที่มาของแนวความคิดที่ว่า

15 สุรีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ, ตุลาการหมู่บ้าน, รายงานวิจัยทุนรัชดาภิเษกสมโภช, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2528 , หน้า 45.

สิ่งแวดล้อมน่าจะเป็นสมบัติของคนทุกคน มีเจ้าของคนใดคนหนึ่ง เพราะฉะนั้น มนุษย์ทุกคนจึง น่าที่จะมีสิทธิที่จะปกป้องรักษาให้สภาพแวดล้อมของโลกดำรงอยู่เพื่อมวลมนุษย์ตลอดไป และรวม ตลอดถึงการเรียกร้องมาให้ผู้หนึ่งผู้ใดมาทำลายสภาวะแวดล้อมมาให้เสียไป แนวความคิดนี้กล่าว กันว่าพัฒนามาจากหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่ง (fundamental Rights) ¹⁶ ที่มนุษย์ทุกคนจะต้องได้รับการดูแลเอาใจใส่หรือได้รับการรับรองจากรัฐให้ สามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างมีเกียรติภูมิและความสุข จึงอาจกล่าวได้ว่า "สิทธิมนุษยชน หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์อื่นชอบธรรมที่เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับสภาพบุคคลและมีลักษณะสากล ผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้" ซึ่งในความหมายของสิทธิมนุษยชนนี้เดิมความมุ่งหมายที่แท้จริงได้ มีการกำหนดสิทธิดังกล่าวไว้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐหรืออำนาจปกครอง และเพื่อโต้แย้ง คัดค้านการใช้อำนาจของรัฐไม่ให้รัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจอย่างไม่มีขอบเขต และในเวลา ต่อ ๆ มาได้ขยายเป็นสิทธิเรียกร้องต่อรัฐให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อยังชีพประชาชน มีหลักประกันขั้นต้นที่สุดที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมด้วยความผาสุก สิทธิมนุษยชนจึงครอบคลุมไปถึง สิทธิในบางประการ เช่น สิทธิที่จะมีงานทำ สิทธิที่จะมีพักอาศัยอันถูกสุขลักษณะ สิทธิที่จะมีการ พักผ่อนหย่อนใจ และรวมถึงสิทธิที่จะอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี ซึ่งเป็นพันธกรณีของรัฐที่จะต้องเข้ารับ ภาระดำเนินการจัดให้มีหลักประกันดังกล่าวแก่ประชาชนพลเมืองของรัฐ ¹⁷

จากกรณีดังกล่าวนี้จึงเป็นที่มาของแนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญ ว่า สิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิต ความเป็นอยู่ของมนุษย์และบุคคลแต่ละคนเป็น ผู้ทรงสิทธิที่จะสงวนรักษาและควบคุมคุณภาพของสิ่งแวดล้อมเพื่อความผาสุกสบายของตนเองได้ เมื่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมถูกคุกคามเนื่องจากมลพิษก็สามารถบังคับการตามวัตถุประสงค์แห่งสิทธินี้ได้ โดย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁶ วิจิต มันทาภรณ์, "สิทธิมนุษยชนและสิทธิของชนแสงสว่างจากความชุ่มฉ่ำ," วารสารคณะนิติศาสตร์ 2 (กรกฎาคม 2530), หน้า 138.

¹⁷ วีระ โลงายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหา- วิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 4-6 และ 53-54.

ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าทำให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายขึ้นกับชีวิต ทรัพย์สิน และสุขภาพอนามัยของผู้คนมากนักน้อยเพียงใดหรือไม่" 18 และแนวความคิดนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันเป็นที่สากลโดยที่ประชุมนานาชาติได้นำาไประบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)" ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามเห็นด้วยกับปฏิญญาดังนี้ โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิของมนุษยชนที่จะดำรงชีวิตอยู่อย่างผาสุกภายใต้สังคมที่มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย และสงบสุขนั้น ได้ถูกระบุไว้ในมาตรา 25 (1) ด้วยข้อความว่า "ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตน...." (Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself...)

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากยังไม่มีข้อยุติว่า "สิทธิมนุษยชน" เป็นสิทธิตามกฎหมายหรือไม่ และจะนำมาปรับเข้ากับกฎหมายของบ้านเมืองได้อย่างไร หรือจากสภาพการณ์ที่แต่ละชาติต่างก็มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ประกอบกับสถานะภาพของปฏิญญาสากลนั้นไม่ใช่อันติสัญญา และจุดมุ่งหมายของสมัชชาสหประชาชาติก็เพียงต้องการให้ปฏิญญานี้เป็นเอกสารชี้แนะแก่รัฐสมาชิก จักทำให้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศของตนอีกชั้นตอนหนึ่ง จึงทำให้ปฏิญญาดังกล่าวนี้ไม่อาจที่จะให้ความคุ้มครองหรือปกป้องแก่ชาวโลกในเรื่องสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่ควรจะมีพึงได้โดยตรง หากแต่เป็นเรื่องที่จะต้องอาศัยความร่วมมือของบรรดาประเทศทั้งหลาย ที่จะต้องนำเอาสิทธิตามหลักการดังกล่าวบัญญัติเป็นกฎหมายภายในขึ้นรองรับเพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติอีกทางหนึ่ง เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของปฏิญญา ซึ่งถ้าหากประเทศใดนำสิทธิดังกล่าวนี้ไปบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิทธิเช่นว่านี้ก็จะต้องถูกยกฐานะขึ้นสู่ความเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights) 19

18 สุณีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ, การศึกษาความเป็นไปด้านการจัดตั้งกองทุนทดแทนความเสียหายต่อสุขภาพจากมลพิษ, หน้า 91-92.

19 วิษณุ เครืองาม, "สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ," รัฐสภาสาร 38 (มกราคม 2533), หน้า 138.

ทั้งนี้ การดำเนินการในกรณีดังกล่าวขึ้นอยู่กับรัฐบาลของแต่ละประเทศว่า จะให้ความสำคัญหรือมองเห็นพิษภัยที่เกิดจากสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อสุขภาพและอนามัยของประชาชนมากน้อยเพียงใดดังเช่นที่จะได้กล่าวต่อไปนี้ คือ

กรณีของประเทศญี่ปุ่นนับแต่เกิดวิกฤตการณ์ของสิ่งแวดล้อมในประเทศญี่ปุ่น ทำให้ประชาชนชาวญี่ปุ่นหันมาเรียกร้องสิทธิในสิ่งแวดล้อม โดยเห็นว่าการอาศัยอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่สะอาดถือว่ามีค่าเป็นสัพสำหรับชีวิตของมนุษย์ และทุกคนมีสิทธิที่จะปกป้องดูแลคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อมเพื่อทุกคน และเมื่อใดก็ตามที่สภาพสิ่งแวดล้อมถูกทำลายโดยมลพิษ การเรียกร้องตามสิทธิในสิ่งแวดล้อมเพื่อความเสียหายต่อสุขภาพย่อมเกิดขึ้น และจากกรณีดังกล่าวนี้ประเทศญี่ปุ่นได้นำเอาแนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศ มาตรา 13 ว่า "บุคคลทุกคนจะต้องได้รับการเคารพอย่างเอกชน สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุขของประชาชน เหล่านี้จะต้องได้รับการพิจารณาอย่างสูงสุดในการออกกฎหมายและในกิจการอื่น ๆ ของรัฐบาล จนถึงขอบเขตที่จะไม่ขัดต่อสวัสดิภาพของสาธารณะ"

และมาตรา 25 ว่า "บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานการครองชีพอย่างมีวัฒนธรรมและสุขสมบูรณ์อย่างต่ำที่สุด"

ในทุกด้านของชีวิต รัฐจะใช้ความพยายามส่งเสริมและขยายสวัสดิภาพและความมั่นคงทางสังคมและสุขภาพของประชาชน"

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นนี้ แม้จะไม่มีข้อความใดแสดงให้เห็นชัดถึงคำว่าสิทธิในสิ่งแวดล้อมก็ตาม แต่ในความหมายของเนื้อความของทั้ง 2 มาตรานี้ ย่อมยืนยันได้ว่าประชาชนมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุขโดยรัฐจะต้องให้หลักประกันแก่ประชาชนเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธินั้น ซึ่งถ้าจะพิจารณาในด้านของสิทธิในสิ่งแวดล้อมโดยตรงก็ย่อมจะกล่าวได้เช่นกันว่า สิทธิพื้นฐานที่ชาวญี่ปุ่นได้รับการคุ้มครองจากรัฐนั้น ย่อมจะหมายรวมถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อม 20

20 สุณีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ, การศึกษาความเป็นไปด้านการจัดตั้งกองทุนทดแทนความเสียหายต่อสุขภาพจากมลพิษ, หน้า 92.

ในกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยการป้องกันการรบกวนต่อสาธารณะ (The Fundamental Law to Prevent Public Nuisance, 1967 amended in 1970, 1971, 1973, 1974 and 1983) ซึ่งบัญญัติขึ้นจากความคิดพื้นฐานของญี่ปุ่นว่า สิ่งแวดล้อมที่ตีปราศจากมลพิษเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับมนุษยชาติทุกคน ย่อมจะมีสิทธิอนุรักษ์และควบคุมคุณภาพสิ่งแวดล้อมนั้นได้ ถ้าหากมีการรบกวนมาตรฐานของสิ่งแวดล้อม มาตรการต่าง ๆ จะต้องมีขึ้นเพื่อป้องกันการแก้ไขและเยียวยาโดยรัฐ ซึ่งมาตรา 1 ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติว่า "...ในการป้องกันการรบกวนต่อสาธารณะ เพื่อเป็นการคุ้มครองต่อประโยชน์และความเป็นอยู่ที่ดีงามของคนในชาติ การกำหนดแผนและนโยบายต่อการรบกวนสาธารณะและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ความเป็นอยู่รวมถึงการป้องกันสุขภาพอนามัยของคนในชาติ โดยการกำหนดค่าใช้จ่ายในความรับผิดชอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการรบกวนต่อสาธารณะ ตลอดจนถึงนโยบายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันด้วย"

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาของสุนีย์ มัลลิกะมาลย์²¹ เกี่ยวกับแนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมของประเทศญี่ปุ่น พบว่ากลุ่มผู้ศึกษา The Osaka Bar Association, 1971 ได้ทำการศึกษาเรื่องการจัดตั้งสิทธิในสิ่งแวดล้อม สรุปว่า "สิ่งแวดล้อมเป็นของทุกคนร่วมกัน ดังนั้น การกีดกันมิให้ผู้ใดใช้สิ่งแวดล้อมโดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของร่วมเป็นการผิดกฎหมาย เมื่อการกระทำกิจกรรมใดที่ผิดกฎหมายก่อให้เกิดมลพิษหรือทำลายสิ่งแวดล้อม ผู้ที่อยู่อาศัยในบริเวณนั้นควรมีสิทธิที่จะจัดขวางในฐานะเป็นเจ้าของร่วม ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นอย่างชัดเจนหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิมาตั้งแต่กำเนิดที่จะใช้หรือดูแลสิ่งแวดล้อม โดยสิทธินี้เป็นสิทธิพื้นฐานที่มาจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 และมาตรา 25 แต่เนื่องจาก The Osaka Bar Association 1971 มิได้ระบุว่า สิทธิในสิ่งแวดล้อม

21 Sunee Mallikamarl, "A Study on the Forecast of Regional Repercussive Pollution and the Environmental Protection Law Arising from the Eastern Scaboard Development Program in Thailand", p. 156.

เป็นสิทธิตามกฎหมาย ดังนั้น จึงดูเหมือนว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมสำหรับประชาชน เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าเป็นพันธะตามกฎหมายที่จะป้องกันสิ่งแวดล้อม และผลที่ตามมา คือ ประชาชนสามารถที่จะฟ้องหน่วยงานรัฐในการละเลยต่อหน้าที่ในการพิทักษ์สิ่งแวดล้อม

นอกจากนั้นแล้ว สิทธิในสิ่งแวดล้อมยังทำให้สิทธิพื้นฐานแก่ปัจเจกบุคคลผู้ประสงค์จะปกป้องผลประโยชน์สิทธิในสิ่งแวดล้อม รวมถึงประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากมลพิษของสิ่งแวดล้อม มีสิทธิที่จะฟ้องผู้ก่อทำให้เกิดมลพิษในความคิดฐานละเมิดตามกฎหมายแพ่ง มาตรา 709 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำการอันละเมิดต่อสิทธิของคนอื่น ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำนั้น" ประกอบกับมาตรา 17 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นต่อบุคคลใดเนื่องมาจากความเสื่อมของสิ่งก่อสร้าง หรือการทะลุบารุงของสิ่งก่อสร้าง หรือพื้นดินผู้เป็นเจ้าของจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเนื่องมาจากความเสียหายนั้น" ที่กล่าวมานี้หมายความว่า เมื่อความเสียหายเห็นได้ชัด ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะฟ้องผู้ละเมิด นอกจากนี้ มาตรา 206 ได้บัญญัติว่า "เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิในทรัพย์สินอย่างเสรีและแสวงหาประโยชน์ในทรัพย์สินภายในขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ซึ่งในความหมายของมาตรานี้เป็นเรื่องที่เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิฟ้องผู้ซึ่งล่วงละเมิดสิทธิของเขา โดยถือว่าสิทธินี้เป็นสิทธิตามกฎหมาย

เรื่องแนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมของประเทศญี่ปุ่นนี้ นอกเหนือจากกรณีการศึกษา The Osaka Bar Association 1971 แล้ว Professor N. Harada ยังได้กล่าวถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมว่า "สิทธิในสิ่งแวดล้อมไม่ควรเป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเฉพาะการฟ้องคดี หลักการดังกล่าวนี้เท่ากับยอมรับว่าสิทธิดังกล่าวนี้ยอมรับรู้โดยศาล แต่สิทธินี้ควรจะยอมรับในระดับการบัญญัติกฎหมายหรือโดยฝ่ายบริหารการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ควรดำเนินการควบคู่กับการพัฒนาอุตสาหกรรม เนื่องจากการดำเนินการทั้งสองกรณีมีความสำคัญด้วยกันทั้งคู่ ไม่มีใครสามารถตัดสินได้ว่าสิ่งใดมีความสำคัญกว่ากัน แต่อย่างไรก็ตาม การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องซึ่งทุกฝ่ายจะต้องร่วมกันกระทำ 22

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาแนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมปรากฏใน Public Trust Doctrines²³ โดยแนวความคิดนี้ถือว่าประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะดำรงชีวิตอยู่และมีโอกาสเข้าถึงทรัพยากรและธรรมชาติที่มีคุณภาพดีโดยเสมอกัน การมีส่วนร่วมสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยตรง โดยอ้อม หรือเพื่อสันติภาพการ ถือว่ารัฐเป็นผู้มีภาระหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลไว้ให้อยู่ในสภาพดีเสมอ โดยมุ่งหวังให้ประชาชนของประเทศทุกยุคทุกสมัย เป็นผู้ได้รับประโยชน์จากทรัพยากรและธรรมชาตินี้ตลอดไป ซึ่งนับว่า Public Trust Doctrines นี้ เป็นการให้สิทธิในสิ่งแวดล้อมแก่ประชาชนสหรัฐอเมริกา หลักการนี้มีส่วนช่วยผลักดันให้มีกฎหมาย The National Environmental Policy Act (NEPA) ให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี การป้องกันและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมถือว่าเป็นนโยบายที่รัฐบาลจะต้องบำรุงรักษาป้องกันและจัดการทำลายสิ่งแวดล้อมนั้น ในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐเพนซิลวาเนีย แคลิฟอร์เนีย และวิสคอนซิน ได้แก้ไขรัฐธรรมนูญของมลรัฐ โดยแถลงไว้เป็นการยืนยันว่ารัฐเป็นผู้ดูแลทรัพยากรธรรมชาติของส่วนรวม และให้การรับรองสิทธิของประชาชนในอากาศที่บริสุทธิ์ น้ำสะอาด ตลอดจนการปกป้องรักษาสภาพธรรมชาติและคุณค่าความงามของวิวทิวทัศน์และประวัติศาสตร์ของสิ่งแวดล้อม²⁴

ส่วนในกลุ่มของประเทศกำลังพัฒนา เช่น กลุ่มประเทศแอฟริกา สิทธิในสิ่งแวดล้อมได้ถูกระบุไว้ในกฎบัตรแอฟริกา ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของปวงชน ค.ศ. 1981 (Africa Charter on Human and People's Rights) โดยระบุถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมของประชาชนในข้อที่ 24 ว่า "ปวงชนย่อมมีสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดีอันเอื้อต่อการพัฒนาของตน" (All people shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development)²⁵

23 William H. Rodgers, Jr. Environmental Law, p. 171.

24 op.cit., pp.173-182.

25 วิจิต มั่นตาภรณ์, "สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชนแสงสว่างจากความชุ่มฉ่ำ,"

สำหรับานิกรณิของประเทศไทย หลังจากที่ได้มีการตื่นตัวเพื่อเรียกร้องในเรื่องสิทธิในสิ่งแวดล้อมของนานาประเทศ ประกอบกับในขณะนั้นประเทศไทยก็กำลังประสบกับปัญหาเรื่องมลพิษในสิ่งแวดล้อมที่สร้างความเดือดร้อนเสียหายไปทั่ว เช่น จากกรณีแม่น้ำแม่กลองเกิดสภาพเน่าเสียอย่างรุนแรง ทำให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างมหาศาล รัฐบาลจึงได้ตระหนักถึงความสำคัญของสิ่งแวดล้อมมากขึ้นกว่าในอดีตที่ผ่านมา และได้หันมาพิจารณาเรื่องของการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศ โดยถือว่าเป็นพันธกรณีตามรัฐธรรมนูญที่รัฐบาลจะต้องเอาใจใส่ดูแลสิ่งแวดล้อมเพื่อประโยชน์สุขของสาธารณชนเป็นครั้งแรก ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2517 และฉบับ พ.ศ. 2521 ในหมวดว่าด้วยนโยบายของรัฐตามลำดับ จนกระทั่งในปัจจุบันซึ่งเป็นช่วงเวลาของการใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ก็ได้แนวความคิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติไว้ในมาตรา 74 ว่า "รัฐพึงบำรุงรักษาสภาพแวดล้อม ความสมดุลย์ของธรรมชาติและสิ่งทดแทน และพึงป้องกันและขจัดมลพิษ และวางแผนการใช้ที่ดินและน้ำให้เหมาะสม" นอกจากนี้ รัฐยังได้ผลักดันกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมโดยตรง คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พุทธศักราช 2535 กฎหมายฉบับนี้เท่ากับรับเอาหลักการในเรื่องสิ่งแวดล้อมจากรัฐธรรมนูญปี 2534 มาอย่างป็นรูปธรรมที่แท้จริง แต่ก็เป็นเรื่องที่น่าเสียดาย คือ ในกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่จะรองรับสิทธิในสิ่งแวดล้อมไว้เลย เพราะฉะนั้นประชาชนจึงไม่มีสิทธิที่จะมากล่าวหรือเรียกร้องสิทธิในกรณีที่สิ่งแวดล้อมถูกทำลายลงไป เว้นเสียแต่ว่าสิ่งแวดล้อมที่ถูกทำลายลงไปนั้นเป็นทรัพย์สินของตนเอง ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อพิพาทปัญหาสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นเมื่อสิ่งแวดล้อมถูกทำลายแล้วไปกระทบสิทธิของบุคคลอื่น ความจริงสิทธิในสิ่งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และทรัพย์สิน แต่น่าจะรวมถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมด้วย ซึ่งถ้าพิจารณาแง่ของกฎหมายแล้วสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และทรัพย์สินนั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ดังนั้น ผู้ซึ่งถูกรัดแย้งสิทธิจากการกระทำของผู้อื่นสามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ ในขณะที่สิ่งแวดล้อมถูกทำลายก็เท่ากับเป็นการกระทบต่อสิทธิในสิ่งแวดล้อมของทุกคน แต่กรณีนี้ผู้ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในสิ่งแวดล้อมกลับไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับสิทธิในสิ่งแวดล้อมเอาไว้ เพราะฉะนั้น ข้อพิพาทสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในอดีตและปัจจุบันรวมถึงอนาคตอันใกล้ จึงไม่รวมถึงการเรียกร้องสิทธิในสิ่งแวดล้อมด้วยดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

2.3 ทฤษฎีการใช้อำนาจรัฐ

ความหมายของคำว่า "รัฐ" นั้น มีผู้ให้คำจำกัดความไว้แตกต่างกันตามศาสตร์สาขาวิชา ดังเช่นที่ศาสตราจารย์ โอคอนแนลล์ (D.P. O'Connell) กล่าวไว้ในตำรากฎหมายระหว่างประเทศภาควิชาว่าด้วย "รัฐ" ว่า "ในทางกฎหมาย" รัฐธรรมนูญ คำว่ารัฐอาจมีความหมายแตกต่างจากความหมายที่อยู่ในความหมายทางกฎหมายระหว่างประเทศ และที่ใช้อยู่ในเอกสารทางกฎหมายแต่ละฉบับก็อาจมีความหมายแตกต่างกันออกไปอีกก็ได้²⁵ สำหรับความหมายในทางรัฐศาสตร์นั้น นักปราชญ์ชาวเยอรมันอธิบายคำว่า "รัฐ" ว่า "คืออำนาจหรือการไร้พลังกำลัง" และศาสตราจารย์โอริโอ (Maurice Haurion) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสอธิบายว่า "รัฐ คือ การรวมเอาระบบเศรษฐกิจ การเมือง และกฎหมายเข้าไว้ด้วยกันเพื่อสถาปนาระบบการปกครองขึ้นในสังคมนั้น" ศาสตราจารย์บอนนาร์ด (Roger Bonnard) แห่งมหาวิทยาลัยบอร์โด ประเทศฝรั่งเศส ได้ให้ความหมายในทางกฎหมายปกครองว่า "รัฐ คือ สังคมซึ่งทำหน้าที่บริการสาธารณะ" ศาสตราจารย์บรูโด (Georges Burdear) นักกฎหมายรัฐ-ธรรมนูญชาวฝรั่งเศสอธิบายว่า "รัฐเป็นเพียงสิ่งที่มีมนุษย์สมมติขึ้น แต่มีความจำเป็นที่จะต้องรับอำนาจของรัฐในทางการเมือง ซึ่งเรียกว่า "Pouvoir Politigue"²⁶

อย่างไรก็ตามคำว่า "รัฐ" นี้ก็มีกลุ่มนักปราชญ์และนักวิชาการ ได้แก่ ศาสตราจารย์แบร์เทเลนี (H. Berthelény) โรมิเย (Lucien Romier) ปองกาเร (Raymond Poincare) ซึ่งเป็นอดีตประธานาธิบดีฝรั่งเศสและบรูโด (Georges Burdeau) ได้ให้ความหมายไว้ตรงกันว่า "รัฐ คือ สังคมมนุษย์ซึ่งมีระเบียบหรือมีการจัดองค์กรที่เป็นระเบียบแบบแผนแล้ว และโดยเหตุที่การจัดตั้งหรือการประกอบขึ้นเป็นรัฐมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อทำกิจกรรม

²⁵ D.P O'Connell, International Law Vol.1, (London : Stevens and Sons, 1970), p. 283.

²⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร ; การศึกษาริมพิมพ์, 2524), หน้า 233-239.

ทางการเมือง การปกครองในรัฐหรือในสังคมนั้น รัฐจึงเป็นสังคมการเมือง (Political Society) และรัฐมีวัตถุประสงค์ในทางการเมือง การปกครอง รัฐจึงต้องมีผู้ปกครองหรือรัฐบาลที่มีอำนาจทางการเมือง" จากความหมายนี้เอง ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ได้สรุปความหมายไว้ว่า "รัฐ หมายถึงสังคมการเมืองขนาดใหญ่ ซึ่งประกอบด้วยที่ดินแดนหรืออาณาเขตที่แน่ชัด การมีราษฎรหรือสมาชิกทางสังคมการเมืองนั้น ๆ การมีอำนาจอธิปไตย และการมีรัฐบาลที่มีอำนาจทางการเมือง การปกครอง เพื่อการรักษารัฐให้ดำรงอยู่ได้" 27 ปัญหาที่ติดตามมาจากสภาพความเป็นรัฐก็คือ การใช้อำนาจรัฐจะเป็นอย่างไร ซึ่งมีทฤษฎีหนึ่งคือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Theory of the Social Contract) ทฤษฎีนี้เกิดจากการนำเอาแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐและความผูกพันระหว่างรัฐกับราษฎรของรัฐ ซึ่งนักปราชญ์หลายท่านประกอบด้วย ฮอบบ์ (Thomas Hobbes) จอห์น ลอค (John Locke) มงเตสกีเยอ (Montesquieu) และรูสโซ (Jean Jaque Rousseau) ได้อธิบายไว้คล้ายกันว่า "รัฐเกิดจากการที่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันและต่างมอบอำนาจความเป็นใหญ่ที่ตนเองมีอยู่ให้ผู้ปกครองหรือคณะผู้ปกครอง ดังที่เรียกการมอบอำนาจนี้เป็นภาษาละตินว่า "pactum subjectionis" ซึ่งหมายถึงสัญญาหรือข้อตกลงที่ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชายอมรับรู้อำนาจของกษัตริย์หรือผู้ปกครองรัฐภายใต้เงื่อนไขว่ากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจนั้นเพื่อประโยชน์และความสุขของประชาชน ทฤษฎีนี้แพร่หลายมากในสมัยศตวรรษที่ 16 และ 17 ผู้ที่มีอิทธิพลอย่างมากในสายนี้คือ รูสโซ ซึ่งนำเอาความคิดนี้ไปผูกเรื่องเป็นหนังสือชื่อ "สัญญาประชาคม" (Social Contract หรือ Contract Social) และอธิบายว่า เมื่อรัฐเกิดจากมนุษย์และรัฐบาลเองก็เกิดจากความยินยอมพร้อมใจของประชาชน เจตนาารมณ์ของประชาชนในรัฐซึ่งรูสโซเรียกว่า "เจตจำนงทั่วไป" (general will) จึงต้องอยู่เหนืออื่นใด แม้ผู้ปกครองก็ถูกผูกมัดว่าต้องปฏิบัติตาม 28 ในเรื่องนี้ เฮเกิล (G.W.F. Hegel) ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า รัฐเป็น

27 วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 5.

28 เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

ตัวแทนของสังคมนั้นด้านเอกภาพ การที่รัฐจะแทรกแซงสังคมได้ก็ต่อเมื่อเป็นการเข้าไปดำเนินการ เพื่อแก้ไขความยุติธรรมหรือความไม่เท่าเทียมกันของสังคม เช่น การที่ชนชั้นหนึ่งมีอำนาจ และศักยภาพครอบงำชนชั้นบางจำพวกมากเกินไป จนก่อให้เกิดการเอาใจเอียงเปรียบเทียบกับผู้ที่ด้อยโอกาสกว่าในสังคม เป็นต้น และเพื่อป้องกันจากปัญหาที่รวมทั้งเป็นการส่งเสริมผลประโยชน์ของสาธารณชน รัฐจะต้องเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้กำหนดเสียเองว่า ผลประโยชน์ของรัฐหรือของสาธารณชนนั้นคืออะไร ซึ่งจากเงื่อนไขที่ว่ารัฐเป็นตัวแทนสังคมนั้นด้านเอกภาพ และทำหน้าที่กำหนดสิ่งที่เป็นประโยชน์ของสาธารณชนนี้เอง ทำให้รัฐสามารถอ้างเหตุผลในการใช้อำนาจบังคับทางการเมืองแก่สมาชิกในสังคม ด้วยการบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ออกมาบังคับใช้ และเข้าไปแทรกแซงครอบงำวิถีชีวิตของสมาชิกในสังคมได้ค่อนข้างกว้างขวางขึ้น ²⁹

อำนาจของรัฐดังกล่าวนี้เรียกว่า "Police Power" หมายถึง อำนาจของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คำว่า "Police" มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า "Poli" หรือ "Polis" หมายถึง เมืองหรือนคร เพราะฉะนั้น Police Power จึงเป็นการใช้อำนาจของเมืองหรือนครหรือรัฐนั่นเอง การใช้อำนาจของรัฐนั้นเกิดจากการที่ประชาชนได้มอบอำนาจให้แก่รัฐเพื่อเข้าดำเนินการดูแลรักษาความสงบสุข ความปลอดภัย และรักษาความมั่นคงภายในรัฐ วิธีการหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ก็คือ การออกกฎหมายที่เหมาะสมกับสภาวะ-การณ์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในแนวทางการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาก็ตาม ทั้งนี้ รวมถึงการออกกฎ ระเบียบ และข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อนำไปใช้ในการดำเนินการของรัฐอีกด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁹ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, รัฐกับสังคม : ๖๓ ลักษณะรัฐไทยในพหุสังคมสยาม, (กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 75.

2.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอยู่ 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐหรือทฤษฎีเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory) ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory) และทฤษฎีความเป็นเอกภาพ (Autonomons Theory) แต่ละทฤษฎีจะมีลักษณะของสาระสำคัญที่แตกต่างกัน และเป็นแนวทางการกำหนดบทบาท อำนาจหน้าที่ และความศักดิ์สิทธิ์ของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ซึ่งแต่ละประเทศจะไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับประเทศใดค้ำนำเอาทฤษฎีใดมา 4 ทฤษฎีนี้มาใช้ในการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ

2.4.1 ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ หรือทฤษฎีเขตอำนาจ (Jurisdictional Theory)

เดิมเชื่อกันว่าผู้ที่จะใช้อำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท คือ ผู้ที่คนในสังคมนั้น ๆ ให้ความเคารพยำเกรงสูงสุด จึงเริ่มมาจากพระเจ้าเมื่อศาสนจักรเรื่องอำนาจ สันตปาปาเป็นประมุขของศาสนาจึงทำหน้าที่นี้ หลังจากที่อยู่อำนาจขององค์สันตปาปาเสื่อมลง ฝ่ายอาณาจักรมีอำนาจมากขึ้นจนสามารถถือตนเป็นอิสระไม่ขึ้นกับสำนักสันตปาปา ความมีอำนาจสูงสุดจึงกลายมาเป็นของกษัตริย์และเกิดทฤษฎีในขณะนั้น คือ ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (Supremacy of the King) ทฤษฎีนี้ถือว่ากษัตริย์เป็นรัฐาธิปัตย์ (Sovereign) หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในแต่ละรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดทุกด้าน รวมถึงการใช้อำนาจในการระงับข้อพิพาท โบบแตง (Jean Bodin) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสเรียกว่าทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจอธิปไตย (Theory of Sovereignty) โดยเรียกเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า "Souverainete" มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า "Superamus" ต่อมาเมื่อกษัตริย์ไม่ตั้งอยู่ในทศพิธราชธรรม ช่มเหงราษฎรมากขึ้น พวกปรัชญาเมธีจึงคิดสร้างหลักการใหม่ขึ้นเพื่อถ่วงดุล



อำนาจของกษัตริย์³⁰ ซึ่งพัฒนาการมาจนกระทั่งเป็นทฤษฎีสัญญาประชาคม (Theory of Social Contract) ทฤษฎีนี้ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยยอมพร้อมใจกันมอบอำนาจให้กับผู้นำของตน ต่อมามองเตสกีเออได้มีความคิดแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เพื่อให้ อำนาจทั้ง 3 นี้มีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ผลจากการแบ่งแยกอำนาจนี้ทำให้เกิดองค์กรของรัฐ 3 องค์กร คือ รัฐสภาทำหน้าที่ออกกฎหมาย คณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหาร และศาลทำหน้าที่ ชี้ขาดตัดสินคดีความ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ก็ต้องใช้วิธีการฟ้องคดีต่อศาล อันเป็นที่มาของการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ ซึ่งถือว่าอำนาจตุลาการ หรืออำนาจในการตัดสินคดีเป็นอำนาจของรัฐเท่านั้นที่จะดำเนินการได้ เนื่องจากเป็นหนึ่งใน อำนาจอธิปไตยที่ประชาชนได้มอบให้กับรัฐแล้ว เอกชนจึงไม่มีอำนาจในการดำเนินการตัดสินคดี ใดๆก็ตาม อาจจะมีข้อพิพาทบางประเภทซึ่งรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับ เอกชนโดยตรง และไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ รัฐก็อาจจะยอมให้เอกชนไป ดำเนินการชี้ขาดข้อพิพาทกันเองได้ โดยคู่พิพาทร่วมกันตั้งคนกลางที่มีวิชาสาละยติธรรมเพื่อทำการ ชี้ขาดข้อพิพาท แต่รัฐยังคงสงวนอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อให้ปฏิบัติตาม และจะต้องอยู่ ภายใต้อำนาจบังคับของกฎหมายที่รัฐกำหนดไว้ ทั้งนี้ อยู่นายาดีที่ทฤษฎีที่ว่า การชี้ขาดเป็นอำนาจ ของรัฐหรือทฤษฎีเขตอำนาจ ผู้ที่เป็นกลางชี้ขาดนี้คืออนุญาโตตุลาการ ซึ่ง อนันต์ จันทโรภากร กล่าวไว้ว่า "อำนาจของอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดล้วนขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐที่จะ มีการบังคับตามคำชี้ขาดทั้งสิ้น" ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายของรัฐใดที่จะนำมาใช้บังคับได้ใน สถานะที่เป็น "applicable law" เพื่อยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการหรือ

30 ชาญชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน," เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง หลักกฎหมายปกครอง ณ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง วันที่ 23-24 กรกฎาคม 2528, หน้า 80.

ไว้ก่อนการอนุญาตตุลาการเพื่อจะพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือยอมรับที่จะให้คำชี้ขาดนั้น มีผลบังคับได้แล้ว อนุญาตตุลาการก็ไม่มีผลในทางกฎหมายแต่ประการใด อนุญาตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณี หากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่ขึ้นอยู่กับรัฐเท่านั้น" 31

ทฤษฎีนี้ถือว่าการใช้บทบาทของอนุญาตตุลาการเกิดจากกฎหมายของรัฐ จึงทำหน้าที่ คล้ายศาล จะแตกต่างกันก็ตรงที่ศาลแต่งตั้งโดยตรงจากรัฐ ในขณะที่อนุญาตตุลาการเป็น เรื่อง ที่คู่กรณีตกลงแต่งตั้งกันเอง ในกรณีนี้ ศาสตราจารย์แมนน์ (Mann) กล่าวไว้ในบทความเรื่อง "Lex Facit Arbitram" ว่า "รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการได้ อนุญาตตุลาการก็ สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (Public Junction) ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดของอนุญาต- ตุลาการจึงเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ 32 จึงเท่ากับว่าอนุญาตตุลาการเกิดจากรัฐมอบอำนาจ (delegate authority) ให้แก่เอกชน เพื่อทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทภายในขอบเขตที่รัฐกำหนดไว้เท่านั้น การทำหน้าที่นี้จึงเป็น การทำหน้าที่แทนรัฐ เพราะฉะนั้น หากรัฐไม่ได้มอบอำนาจให้ คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ก็ไม่มีผลบังคับ

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

31 อนันต์ จันทโรภากร, ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, Cases and Material on Arbitration, เล่ม 1 สำนักงานอนุญาตตุลาการ, กระทรวงยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร ; สำนักพิมพ์เพอเพิลส์ กราฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 21.

32 Maun "Lex Facit Arbitrum" in Liber Ami coram for Martin Demke, (P. Sanders, ed. 1967), p. 158.

สำหรับการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่คล้ายศาล คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งผลของคำชี้ขาดก็เป็นไปตามกฎหมายของรัฐ เมื่อคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามก็ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการบังคับ จึงเป็นการเน้นว่า อย่างไรก็ตามการชี้ขาดข้อพิพาทยังเป็นอำนาจของรัฐอยู่

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะได้มอบอำนาจการชี้ขาดข้อพิพาทให้เอกชนในรูปแบบของอนุญาโตตุลาการแล้วก็ตาม แต่ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจรัฐยังคงยืนยันที่จะให้อำนาจการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นของรัฐอยู่ ดังนั้น รัฐจึงยังคงเข้าไปเกี่ยวข้องกับลักษณะของการเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการอยู่ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าแม้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของเอกชนต่อเอกชนด้วยกันเอง แต่ผลของการระงับข้อพิพาทซึ่งดำเนินการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการนั้นก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง จึงเป็นเรื่องที่รัฐโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรม คือ ศาลมีหน้าที่ต้องเข้าไปตรวจสอบความยุติธรรมในการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอีกชั้นหนึ่ง เพื่อเป็นการรับรองหรือให้แก้ไขหรือมิได้มีผลตามกฎหมายในการที่มีข้อบกพร่องหรือขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ดังนั้น การมอบอำนาจในการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทที่รัฐให้กับเอกชน จึงเป็นการมอบอำนาจโดยไม่ได้เด็ดขาด

ดังนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลายประเทศซึ่งยึดถือทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐอย่างเคร่งครัด จึงมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับบทบาทของศาลในการควบคุมการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างมาก หรืออาจกล่าวได้ อีกนัยหนึ่งว่าเป็นระบบที่อนุญาโตตุลาการมีอิสระน้อยและศาลมีบทบาทมาก และประเทศที่นิยมระบบอนุญาโตตุลาการที่ยึดถือตามทฤษฎีนี้ จะเป็นประเทศที่ให้สถาบันอนุญาโตตุลาการผูกติดอยู่กับหอการค้าของรัฐ (National Chamber of Commerce) และมีลักษณะเป็นสถาบันของรัฐ มิใช่ของเอกชน เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสวีเดน

2.4.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดในเรื่องการทำสัญญาโดยนับตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว พบว่า สัญญาในสมัยโรมันไม่มีลักษณะของความผูกพันที่เกิดจากความตกลงยินยอมโดยอิสระ แต่ถูกจำกัดโดยรูปแบบและสถานะของบุคคลที่จะเข้าไปทำสัญญาได้ เช่น ผู้นำของครอบครัว (Pater Familias) และจะเข้าไปมีสิทธิทำสัญญาได้ก็แต่เฉพาะสัญญาที่มีรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (The Format Contracts) เท่านั้น³³ ในลักษณะของข้อจำกัดในการทำสัญญาในสมัยโรมันนี้มีทั้งผลดีและผลเสีย ซึ่ง ดร.ประชุม โรมฉาย ได้สรุปไว้ คือ ผลดีคือสัญญาที่จะมีผลผูกพันตามกฎหมาย มีลักษณะแน่นอนเพราะมีรูปแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดรายละเอียด ซึ่งผู้ที่ทำสัญญาสามารถรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นจากสัญญาแต่ละประเภทได้แน่นอนล่วงหน้า ผลเสียคือเมื่อสัญญามีลักษณะจำกัดและเคร่งครัดเช่นนี้ คู่สัญญาไม่สามารถตกลงทำข้อผูกพันตามที่ต้องการ เพราะจะถูกบังคับว่าจะต้องทำตามรูปแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ความต้องการที่จะผูกพันกันระหว่างบุคคลไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นให้เหมาะสมและถูกต้องตามพฤติการณ์ของข้อเท็จจริงแต่ละกรณีได้³⁴ ด้วยเหตุนี้ รูปแบบของสัญญาที่เคร่งครัดนี้จึงไม่ผ่อนคลายลงไป เนื่องจากการทำสัญญาจะต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย รวมถึงความสมัครใจและการมีโอกาสต่อรองผลประโยชน์ของกันและกันด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³³ K.W. Ryan, "An Introduction to the Civil Law, Ch.2., The Law of Contract, pp. 35-36.

³⁴ ประชุม โรมฉาย, คำบรรยายวิชากฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 24-25.

ต่อมาในสมัย Common Law ศาสนามีอิทธิพลต่อการทำสัญญามาก โดยสัญญาจะต้องมีเหตุมีผลถูกต้องตามศีลธรรม สัญญาจะต้องมีความยุติธรรม หลักสัญญาจะต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม (good morals) ในศตวรรษที่ 17 ความคิดในเรื่องสัญญาได้เพิ่มส่วนที่เป็นเสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา โดยเน้นถึงความเป็นปัจเจกบุคคลที่จะยอมตนเข้าผูกพันในสัญญาโดยอิสระเสรีตามความคิดของ Natural Law สัญญาจะไม่ถูกจำกัดโดยรูปแบบและสถานะของบุคคล ดังเช่นที่เป็นมาแต่เดิม การทำสัญญาอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will-Private Autonomy) และหลักเสรีภาพของสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งได้ให้คำอธิบายไว้ 3 ประการ คือ ประการแรก บุคคลทุกคนสามารถกำหนดความสัมพันธ์ของตนตามกฎหมายเอกชน ด้วยการก่อให้เกิดสัญญาอื่นอย่างอิสระตามเจตนาของตน ประการที่สอง เป็นเสรีภาพของอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเลือกเข้ามาผูกพันเป็นคู่สัญญา เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาและรูปแบบของสัญญา ประการที่สาม ผลผลิตที่ได้จากการทำตามประการที่หนึ่งและที่สองคือ ข้อผูกพันต่าง ๆ ตามสัญญาที่ทำขึ้นมา 35

หลักเสรีภาพและเจตนาในการทำสัญญานี้ เป็นที่ยอมรับที่จะนำไปใช้ในการทำสัญญานี้ มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายแพ่งในส่วนของนิติกรรมสัญญาในเวลาต่อมา แม้แต่ในประเทศไทยเองก็ยังคงปรากฏอยู่ในมาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 36

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

35 K.W. Ryan, op.cit., pp. 39-40.

36 ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505, หน้า 14.

จากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาตัวเอง มีผลทำให้ความผูกพันที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้แล้วแม้ว่าภายหลังจะได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาซึ่งบังคับในลักษณะที่จำกัดหรือขัดกับสัญญาที่ได้ทำไว้ก็ตาม แต่ก็หาไม่ผลกระทบต่อข้อผูกพันตามสัญญาไม่ เพราะถ้ายอมให้สัญญาต้องถูกบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่แล้ว จะเท่ากับยอมให้มีการปรับปรุงแก้ไขสัญญาโดยอ้อม จึงขัดกับหลักเจตนาในการทำสัญญา อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ข้อยกเว้น คือ ถ้ากฎหมายใหม่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เมื่อสัญญาขัดกับกฎหมาย สัญญานั้นก็จะถูกบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายใหม่³⁷

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will) นี้ ถือว่าเจตนาเป็นแหล่งกำเนิดของสิทธิ เพราะเจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา เป็นตัวสร้างกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญา เพราะฉะนั้น เจตนาจึงมีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่ปัจเจกบุคคลต้องการ ซึ่ง Gounot ถึงกับกล่าวว่า "ถ้าหนามมีเจตนา ที่นั่นไม่มีสิทธิ"³⁸ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการทำสัญญาก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญ กล่าวคือ บุคคลทุกคนที่จะยอมตนเข้าผูกพันในสัญญานั้น ย่อมจะเกิดขึ้นจากตัวเองยินยอมโดยมิได้มีการถูกบังคับขู่เข็ญจากที่ใดหรือบุคคลอื่นใด แต่ว่าเป็นการทำด้วยความสมัครใจ เพราะสัญญาจะมีผลบังคับก็โดยอาศัยอำนาจของความสมัครใจของคู่สัญญา ไม่ใช่อาศัยอำนาจของกฎหมาย กฎหมายเพียงแต่ยอมรับผลผูกพันตามสัญญาเท่านั้นและยอมบังคับการได้ กฎหมายเป็นผู้กำหนดบทลงโทษเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น

³⁷ Jacaues GHESTIN, Traite de Droit Civil, les obligations, le Contrat, 1988, pp. 107-110.

³⁸ Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonte en droit prive, etude critique de l'individualisme juridique, 1912, p.61.
อ้างใน Flour et AUBERT, Droit Civil, Les Obligations, vol.1 : L'acte juridique, p.9

ด้วยเหตุที่การทำสัญญาอยู่ที่เจตนาและเสรีภาพในการทำ ซึ่งแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ ยอมรับว่าหลักการนี้ดีสำหรับชีวิตในสังคม และถือว่าการมีเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเรื่องเดียวกับความยุติธรรม³⁹ และการมีเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเรื่องเดียวกับผลประโยชน์ของสังคม เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วย่อมถือว่าเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักการที่ก่อให้เกิดความยุติธรรม อันเป็นการยืนยันว่าการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องมีความเสมอภาคกัน ความเสมอภาคกันในที่นี้ หมายถึง การยอมให้มีการต่อรองกันได้ภายใต้เงื่อนไขที่จะทำให้ฝ่ายที่เห็นว่าตนจะไม่ได้ได้รับความเสมอภาค ก็อาจที่จะไม่เข้าไปทำสัญญาด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในสภาพความเป็นจริงแล้ว ความคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคกัน ย่อมเป็นไปได้ในทุกสังคม โดยเฉพาะความเสมอภาคกันในการทำสัญญา⁴⁰

39 ดังคำกล่าวของ Fouillee ที่ว่า "ใครกล่าวถึงสัญญาเท่ากับกล่าวถึงความยุติธรรม," (Qui dit contractuelle, dit juste : Whatever is contractual is just) หรือที่ Jourdan กล่าวไว้ว่า "ไม่มีราคาใดที่จะยุติธรรมเท่ากับราคาที่เกิดจากการตกลงคู่สัญญา (It n'y a pas d'autre juste prix que celui dont les parties ont convenu) หรือที่ GOUNOT กล่าวไว้ว่า ข้อตกลงที่อิสระก่อให้เกิดความยุติธรรมในตัวของมันเอง (Ce sont les conventions libre qui creent elles-memes le juste)

40 V. RANOUIL, L'autonomie de la volonte, naissance et evolution d'un concept, PUF 1980, pp.135-149.

ในตอนปลายศตวรรษที่ 19 มีการรวมตัวทางอุตสาหกรรมและการค้าเกิดขึ้น ทำให้เกิดช่องว่างในด้านความเสมอภาคในการทำสัญญาระหว่างฝ่ายอุตสาหกรรมที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าฝ่ายบุคคลธรรมดา จึงเป็นไปไม่ได้ที่ทั้งสองจะตกลงทำสัญญาดำเนินการต่อเองกัน เพราะฉะนั้น สัญญาที่เกิดขึ้นจึงเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาไว้ก่อน โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ว่าจะเข้าไปต่อรองเปลี่ยนแปลงข้อสัญญานั้นได้ จึงอยู่ในสภาพจำยอมที่จะเข้าร่วมทำสัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่าในความเป็นจริงแล้วเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเพียงอุดมคติที่นักกฎหมายยึดถือและผลักดันให้เป็นหลักการที่ดำเนินการทำสัญญาเท่านั้น 41

สำหรับกรณีอนุญาโตตุลาการนั้นโดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการเกิดจากการที่คู่พิพาทตกลงยินยอมที่จะมอบหน้าที่ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้บุคคลที่เป็นกลางทำหน้าที่นี้ เพราะฉะนั้นจึงเทียบได้ว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสมัครใจหรือเสรีภาพของคู่พิพาทที่มีเจตนาร่วมกันนั่นเอง ซึ่งก็เป็นหลักการในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและเสรีภาพการทำสัญญาตามทฤษฎีสัญญา ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา เกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยสัญญาที่คู่กรณีทำขึ้นและสิ้นสุดลงถ้าคู่กรณีตกลงยกเลิก คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินว่าจะเข้าอนุญาโตตุลาการในรูปแบบใด เป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาดเป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณา และยังเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

41 K. Zweigert & H. Koiz, An Introduction to Comparative Law, Vol.2, Second Revised Edition 1991, p. 355.

คู่กรณียังคงลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญา (binding contractual force) และสมัครใจที่จะปฏิบัติตามขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี⁴² ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการนี้เชื่อว่าเป็นทฤษฎีสัญญา จึงต่างกับทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ โดยทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจรัฐที่จะเข้ามาแทรกแซงอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่า อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีเจตนาตรงกันและมีความสมัครใจร่วมกัน (Will and Consent) ซึ่งเป็นเรื่องของเอกชนโดยแท้ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่อง "pacta sunt servanda" ซึ่งหมายถึงการที่รัฐไม่ควรที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับ อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจให้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทจากคู่พิพาท มิใช่จากรัฐ จึงไม่ใช่เป็นเรื่องที่รัฐให้อำนาจ แต่เป็นข้อตกลงของคู่กรณีที่เจ้าให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนเป็นตัวแทนของตน

เพราะฉะนั้น ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการควรจะมีอิสระจากการควบคุมของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงไปได้สอดคล้องเจตนาของคู่กรณี ซึ่งในเรื่องนี้สามารถพิจารณาได้ว่าหากประเทศยึดถือแนวคิดตามทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นจะมีบทบัญญัติที่ให้ศาลมีบทบาทน้อยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นระบบที่อนุญาโตตุลาการมีอิสระมากในกระบวนการพิจารณาชี้ขาด กล่าวคือ ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และประเทศที่ใช้ระบบดังกล่าว ได้แก่ ประเทศสวีเดน และสหรัฐอเมริกา⁴³

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴² อนันต์ จันทโรภากร, ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, Cases and Material on Arbitration เล่ม 1, หน้า 23.

⁴³ เสาวณีย์ อัสวโรจน์, บทบาทของศาลในการควบคุมอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, Cases and Material on Arbitration เล่ม 1, หน้า 54.

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐโดยสิ้นเชิง และยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาท ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ ⁴⁴

2.4.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีผสมนี้เป็นการประนีประนอมระหว่างทฤษฎีที่ถือการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ กับทฤษฎีสัญญาโดยยึดถือเอาข้อดีของทฤษฎีทั้งสองนี้มาใช้ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา และเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีสัญญา ในขณะที่เกี่ยวกับการดำเนินการระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการก็ต้องมีขั้นตอนที่เป็นกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย ซึ่งก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ เพราะฉะนั้นรัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมด้วย จึงถือว่าอนุญาโตตุลาการเป็นทั้งสัญญาและมีวิธีพิจารณาความตามกฎหมาย (Contractual and procedural features)

ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีผสมนี้ คือ ศาสตราจารย์ ซอเซอร์-ฮอลล์ (Sauser Hall) โดยปรากฏอยู่ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de Droit International) เมื่อ ค.ศ. 1952 ท่านอธิบายว่า อนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะ

⁴⁴ อนันต์ จันทโรภากร, ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, Cases and Material on Arbitration เล่ม 1 , หน้า 24.

ตัดขาดออกจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จะต้องอิงกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่เพียงใด ในขณะที่เดียวกันท่านก็ยอมรับความจริงว่าอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็โดยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี ท่านจึงให้นิยามอนุญาโตตุลาการว่าเป็น :

"...a Mixed juridical institution sui generis which has its origin in the [parties] agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law"

สำหรับประเทศที่ยึดถือแนวความคิดของทฤษฎีผสม กฎหมายของอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นมีบทบัญญัติที่มีลักษณะที่เป็นกลาง กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการค่อนข้างมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย แต่อยู่ในความช่วยเหลือและควบคุมของศาล ซึ่งมักจะเป็นการงดเว้นดุลระหว่างอำนาจของศาลและอนุญาโตตุลาการ อันมีตัวอย่าง คือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมันและฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายของประเทศดังกล่าวนี้จะมีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็นการประนีประนอมหลักการต่าง ๆ ที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระเต็มที่ ในการดำเนินการกระบวนพิจารณาของตน ในขณะที่ยอมรับความจริงที่จะต้องให้ศาลช่วยเหลือและควบคุมการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล แต่ก็จำกัดการเข้าเกี่ยวข้องของศาลเท่าที่จำเป็นโดยเฉพาะในกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจนกว่ากระบวนการดังกล่าวจะสิ้นสุดลง และนอกจากนั้นหลังจากที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดสิ้นสุดแล้ว ศาลก็อาจเข้าไปช่วยเหลือตรวจสอบว่าควรบังคับตามคำชี้ขาดนั้นถ้าคำชี้ขาดสมบูรณ์ หรือควรยกเลิกคำชี้ขาดดังกล่าวหากคำชี้ขาดนั้นไม่สมบูรณ์ หรือมีข้อบกพร่องที่ไม่สามารถแก้ไขได้ เมื่อได้รับการร้องขอจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง 45

45 เสาวนีย์ อัสวโรจน์, บทบาทของศาลในการควบคุมอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคดีแพกษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, Cases and Material on Arbitration เล่ม 1, หน้า 66-67.

จากทฤษฎีทั้ง 3 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ลักษณะของอนุญาโตตุลาการของประเทศใดจะเป็นอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับว่าประเทศเหล่านั้นได้รับเอาทฤษฎีใดใน 3 ทฤษฎีมาใช้กับระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศของตน ซึ่งจากการศึกษาของ เสาวนีย์ อัสวรจรณ์ ได้แบ่งระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ออกเป็น 3 ระบบ คือ ระบบที่อนุญาโตตุลาการมีอิสระมากและศาลมีบทบาทน้อยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น สวีเดน และสหรัฐอเมริกา ระบบที่ศาลมีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการมาก เช่น อังกฤษ สวิสเซอร์แลนด์ และประเทศอื่นๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ เช่น ออสเตรเลีย อินเดีย และสิงคโปร์ และระบบที่เป็นกลาง คือ อนุญาโตตุลาการมีอิสระค่อนข้างมากแต่อยู่ในความช่วยเหลือควบคุมของศาลเท่าที่จำเป็น เช่น ฝรั่งเศส และเยอรมัน 46

สำหรับประเทศไทย วิธีอนุญาโตตุลาการได้นิยมใช้กันแพร่หลายเฉพาะการระงับข้อพิพาททางธุรกิจการค้า โดยเฉพาะระหว่างประเทศซึ่งในข้อสัญญานิยมระบุให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) และได้นำเอาทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐมาใช้ โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดคำที่ศาลมีบทบาทในการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก

2.4.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) นี้ เป็นแนวคิดของ Madame Rebellin Devichi ซึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นแท้จริงแล้วเป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ทฤษฎีนี้มองอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเองว่า อนุญาโตตุลาการนั้นมีหน้าที่ทำอะไรบ้าง มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายอย่างไรในการดำเนินการระงับข้อพิพาท และทำไมจึงต้องเป็นเช่นนั้น โดยทฤษฎีนี้มองกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการว่าเป็นเพียงสิ่งซึ่งพัฒนาขึ้นมาภายหลังเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือ เพื่อให้อนุญาโตตุลาการดำเนินไป

46 เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

ได้ด้วยดี โดยทฤษฎีนี้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการมิได้เกิดขึ้นเนื่องจากทฤษฎีสัญญาหรือทฤษฎีที่ถือว่าการซื้อขายเป็นอำนาจของรัฐดังที่ได้อ้างมาแล้วข้างต้น แต่อนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นหรือพัฒนามาจากการที่บรรดานักธุรกิจเห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่สะดวกและเหมาะสมที่จะนำมาใช้ทำการระงับข้อพิพาททางการค้าได้ดี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงเป็นผลที่มาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของคู่กรณี ส่วนผลค้ำประกันของอนุญาโตตุลาการที่อ้างถึงข้างต้นนั้น มิใช่เรื่องสภาพทางสัญญาหรือเรื่องการเมืองอำนาจของรัฐ แต่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้อนุญาโตตุลาการทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และผลของทฤษฎีนี้ทำให้มีการยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกว่า "denationalised arbitration หรือ non-national arbitration และยอมรับสิทธิและเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีเขตจำกัดในการตกลงข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามแนวความคิดของทฤษฎีนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าทฤษฎีนี้เหมาะสม หรือสมควรที่จะนำมาใช้ได้เฉพาะอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น เนื่องจากหากพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศที่มีการทำธุรกิจทางการค้าระหว่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศพัฒนาแล้วและโดยมากจะมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการขึ้นบังคับใช้เกี่ยวกับการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตนแล้ว และสำหรับประเทศไทยกฎหมายที่บังคับใช้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และประกอบกับการศึกษาวิจัยนี้มีความมุ่งหมายที่นำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นภายในประเทศ ดังนั้น ในหัวข้อที่จะกล่าวต่อไปเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการจึงมิได้นำทฤษฎีนี้มาวิเคราะห์ด้วย เพราะมิได้มีความเกี่ยวข้องกัน 48

48 อนันต์ จันทโรภากร, ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, รวบรวมความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, Cases and Material on Arbitration, หน้า 21.