

บทที่ 3

การกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและ การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

3.1 ความสำคัญของการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและ การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีความแตกต่างกัน จำเป็นต้องแยกแยะลักษณะดังกล่าวให้เห็นภาพที่ชัดเจนเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวทั้งที่เป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและเป็นต่างประเทศนั้นยังเป็นปัญหาที่ต้องนำมาวิเคราะห์และถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบันว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในเรื่องของ “de-nationalized” arbitration ซึ่งเป็นลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นโดยไม่ยึดติดอยู่กับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งอันเป็นผลมาจากการทำข้อตกลงระหว่างคู่กรณีว่าการอนุญาโตตุลาการในลักษณะเช่นนั้นจะกระทำได้หรือไม่¹ และคำชี้ขาดที่กระทำขึ้นจะเป็นคำชี้ขาดที่ไม่เป็นของรัฐใดที่เรียก “a-national” award หรือ “supranational” award หรือ “transnational” award หรือ “floating” award หรือ “expatriate” award ใช่หรือไม่² สำหรับการแยกลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศออกมานั้นแสดงให้เห็นถึงการอนุญาโตตุลาการที่ต้องอยู่ภายใต้การดูแลของกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งก่อนแล้วจึงมีการมาขอความช่วยเหลือในเรื่องของการบังคับคดี (การบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ) จากศาลของอีกประเทศหนึ่ง หากคู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรืออาจเกี่ยวข้องกันด้วยประการใด ๆ อันก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องหากฎเกณฑ์มากำหนดว่าการ

¹ Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation (Deventer/Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981), pp. 29-34.

² *ibid.*, p. 29.

อนุญาโตตุลาการนั้น ๆ มีสัญชาติของประเทศใด หรือที่เรียกว่า " Nationality of Arbitration " ³ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีสัญชาติของรัฐ จึงมีความสำคัญที่จะต้องพิจารณาด้วยเหตุผล 3 ประการคือ

ประการแรก สัญชาติของการอนุญาโตตุลาการมีผลต่อการพิจารณาว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศ (lex arbitri) ไດ จะถูกนำมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการคดีนั้น ๆ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะเป็นตัวกำหนดเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เป็นต้น ดังตัวอย่างในกฎหมายของบางประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศบางฉบับมีการกำหนดให้นำกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทมาใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ประการที่สอง สัญชาติของการอนุญาโตตุลาการมีผลต่อการพิจารณาว่าศาลของประเทศใดจะมีอำนาจในการให้ความช่วยเหลือ ควบคุม หรือแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เช่น การออกหมายเรียกพยานและการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ดังตัวอย่างของกฎหมายภายในบางประเทศที่กำหนดให้ตุลพิณิจของศาลมีมากเต็มที่สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

และประการสุดท้าย สัญชาติของการอนุญาโตตุลาการจะมีผลต่อการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือหากเป็นประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะต้องเป็นไปตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่ประเทศนั้นผูกพันเป็นภาคี

เนื่องจากการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีความสำคัญ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้แบ่งแยกลักษณะที่เป็นภายในประเทศและต่างประเทศของการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว หลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ที่ประเทศต่าง ๆ และความตกลงระหว่างประเทศนำมาใช้ ได้แก่ หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หลักสัญชาติของคู่กรณีหรือของอนุญาโตตุลาการ หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ และหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท สำหรับรายละเอียดของแต่ละหลักเกณฑ์นั้นจะได้กล่าวต่อไป

³ Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (New York : Oceana Publications Inc., 1978), p. 13.

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงลักษณะของการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นภายในประเทศหรือต่างประเทศนั้น คือ การนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศเลือกใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันตามนโยบายและวัตถุประสงค์ในการนำมาใช้ โดยปรากฏอยู่ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้ ได้แก่

1. หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (Territorialist Theory)
2. หลักสัญชาติของคู่กรณี หรือของอนุญาโตตุลาการ (Nationality of Parties or Arbitrators)
3. หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาคความ (Procedural Law Theory)
4. หลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท (Nature of the Dispute)

อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการนั้น มีนักกฎหมายบางท่านได้แบ่งไว้เป็น 2 หลักเกณฑ์⁴ ดังนี้

หลักเกณฑ์แรก เป็นการกำหนดโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวทางวัตถุหรือทางกายภาพ (material or physical connecting factors) เช่น การกำหนดโดยดูจากสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการว่าอยู่ในประเทศใด หรือดูจากภูมิลำเนา สัญชาติหรือศาสนาของคู่กรณีว่าคู่กรณีนั้นเป็นคนในบังคับของรัฐใด มีแหล่งที่อยู่ในประเทศใดหรือนับถือศาสนาใด ดังตัวอย่างของประเทศในกลุ่มอาหรับที่ใช้ศาสนาเป็นเกณฑ์ในการกำหนด

หลักเกณฑ์ที่สอง เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในทางคุณภาพ (qualitative tests) โดยคำนึงถึงความจำเป็นในทางการค้าระหว่างประเทศ และการให้เสรีภาพแก่คู่กรณีที่จะตกลงกันในรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น กฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยดูจากกฎหมายวิธีพิจารณาคความของอนุญาโตตุลาการว่าเป็นกฎหมายของประเทศใด ถือเป็นอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศนั้น ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 มาตรา 1(1) ที่ยอมรับ

⁴ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 137-139.

คำชี้ขาดซึ่งทำขึ้นในประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังตัวอย่างที่คู่กรณีตกลงกันให้ไปทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศ ก. แต่ใช้กฎหมายของประเทศ ข. มาบังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ก็จะถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของประเทศ ก. แต่เป็นการอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศ ข. อย่างไรก็ตามก็ดี ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายภายในของประเทศ ก. ใช้หลักเกณฑ์ทางคุณภาพนี้ด้วย

สำหรับการกำหนดโดยดูจากเนื้อหาของข้อพิพาทว่าเรื่องที่พิพาทเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการค้าภายในประเทศหรือการค้าระหว่างประเทศก็เป็นอีกลักษณะหนึ่งของการใช้เกณฑ์ทางคุณภาพ ทั้งนี้ คู่กรณีจะได้รับความสะดวกในการเลือกสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ต้องกังวลถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาว่าจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

หลักเกณฑ์การแบ่งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 4 ลักษณะ ดังนี้

3.2.1 หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (Territorialist Theory)

การที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดีและชี้ขาดข้อพิพาท ณ สถานที่ใด ย่อมต้องใช้กฎหมายของสถานที่นั้นอันเป็นกฎหมายแห่งสถานที่การทำสัญญาเกิดขึ้น (lex loci contractus) หรือใช้กฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เนื่องจากการค้าดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นลักษณะหนึ่งของการปฏิบัติตามสัญญาของคู่กรณีตามหลักของกฎหมายเอกชน และต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาตามกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งภายใต้หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล การยึดหลักดินแดนหรือสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นเกณฑ์ยังเป็นการอธิบายถึงลักษณะทางกฎหมายของอนุญาโตตุลาการที่เป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนตามกฎหมายเอกชนโดยแท้ (the exclusive private law theory)⁵ ซึ่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เป็นกรณีตัวอย่างของการใช้หลักเกณฑ์นี้

⁵ Istvan Szasz, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (comments)," The American Journal of Comparative Law 14 (1966) : 668.

3.2.1.1 พิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923

การแบ่งแยกลักษณะความเป็นภายในประเทศและต่างประเทศของการอนุญาโตตุลาการ มิได้มีกำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยชัดแจ้งในพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 แต่เป็นเพียงการกำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะต้องยอมรับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นโดยมีคู่กรณีเป็นคนในบังคับหรือมีสัญชาติของรัฐภาคี ดังที่บทบัญญัติมาตรา 1⁶ ของพิธีสารฉบับนี้กำหนดว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงในการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต หรือไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ จะกระทำในประเทศใด และแม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้เป็นคนในบังคับของประเทศนั้น

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 2⁷ ที่กำหนดถึงกระบวนการวิพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันหรือตามกฎหมายของประเทศ

⁶ Geneva Protocol on Arbitration Clause 1923

(1) Each of the Contracting States recognises the validity of an agreement whether relating to existing or future differences between parties subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such contract relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration, whether or not the arbitration is to take place in a country to whose jurisdiction none of the parties is subject.

Each Contracting State reserves the right to limit the obligation mentioned above to contracts which are considered as commercial under its national law. Any Contracting State which avails itself of this right will notify the Secretary-General of the League of Nations, in order that the other Contracting States may be so informed.

⁷ Geneva Protocol on Arbitration Clause 1923

.....

(2) The arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place.

ที่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท และบทบัญญัติมาตรา 3⁸ ที่กำหนดถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในประเทศ ตนว่าจะได้รับการบังคับให้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น ประกอบด้วยแล้ว จะเห็นว่าพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 นี้มีลักษณะของการ “localize” การอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือ international regime ไว้ เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจึงพอสรุปได้ว่าพิธีสารฉบับนครเจนีวาใช้หลักดินแดน หรือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ด้วยเหตุว่าอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดในประเทศใดก็ต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงเป็นการ อนุญาโตตุลาการภายในของประเทศนั้น ๆ⁹

3.2.1.2 อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927

เนื่องจากอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 เป็นอนุสัญญาที่มาสเสริมพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่จะบังคับได้ตามอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ จึงต้องเป็นไปตามสัญญาที่คู่กรณีทำขึ้นโดยได้รับการยอมรับจากพิธีสารฉบับนครเจนีวาฯ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1¹⁰ ของอนุสัญญาฯ ว่ารัฐภาคีจะต้องยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำ

The Contracting States agree to facilitate all steps in the procedure which require to be taken in their own territories , in accordance with the provisions of their law governing arbitral procedure applicable to existing differences .

⁸ Geneva Protocol on Arbitration Clause 1923

.....

(3) Each Contracting State undertakes to ensure the execution by its authorities and in accordance with the provisions of its national laws of arbitral awards made in its own territory under the proceeding articles .

⁹ อนันต์ จันทโรภากร, “อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530,” วารสารนิติศาสตร์ ปี 17 ฉ 3 (กันยายน 2530) : 161-162.

¹⁰ Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards 1927

Article 1

ขึ้นตามสัญญาซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 ให้มีผลผูกพันคู่กรณี และต้องบังคับคำชี้ขาดนั้นตามกฎหมายและวิธีการของรัฐภาคีที่คู่กรณีร้องขอให้มีการบังคับคำชี้ขาด หากการอนุญาตตุลาการนั้นได้ทำในดินแดนของรัฐภาคีและคู่กรณีเป็นคนในบังคับของรัฐภาคี เห็นได้ว่าแม้อนุสัญญากรุงเจนีวาจะไม่ได้นิยามคำว่า “อนุญาตตุลาการต่างประเทศ” ไว้โดยตรง แต่อนุสัญญาฉบับนี้ก็ใช้บังคับกับคำชี้ขาดที่มีลักษณะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศตามพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่าง

In the Territories of any High Contracting Party to which the present Convention applies, an arbitral award made in pursuance of an agreement whether relating to existing future differences (hereinafter called “a submission to arbitration”) covered by the Protocol on Arbitration Clauses, opened at Geneva on September 24, 1923, shall be recognised as binding and shall be enforced in accordance with the rules of the procedure of the territory where the award is relied upon, provided that the said award has been made in a territory of one of the High Contracting Parties to which the present Convention applies and between persons who are subject to the jurisdiction of one of the High Contracting Parties.

To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary :

(a) That the award has been made in pursuance of a submission to arbitration which is valid under the law applicable thereto ;

(b) That the subject-matter of the award is capable of settlement by arbitration under the law of the country in which the award is sought to be relied upon ;

(c) That the award has been made by the Arbitral Tribunal provided for in the submission to arbitration or constituted in the manner agreed upon by the parties and in conformity with the law governing the arbitration procedure ;

(d) That the award has become final in the country in which it has been made , in the sense that it will not be considered as such if it is open to *opposition*, *appel* or *pouvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending ;

(e) That the recognition or enforcement of the award is not contrary to the public policy or to the principles of the law of the country in which it is sought to be relied upon.

ประเทศจึงต้องหมายถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศอื่นที่มีใช้ประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นตามหลักดินแดน¹¹

3.2.1.3 อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 จะมี 2 ประเภทตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (1)¹²

บทบัญญัติมาตรา 1 (1)¹³ ได้นิยามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Arbitral Awards) ว่าหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด และหมายความรวมถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้นเอง แต่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศประเภทแรกจึงหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่มีใช้รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด¹⁴ ส่วนคำชี้ขาด

¹¹ อนันต์ จันทโรภากร, “อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530,” วารสารนิติศาสตร์ : 162.

¹² อนันต์ จันทโรภากร, “ความหมายของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958,” วารสารนิติศาสตร์ ปี 17 ฉ 4 (ธันวาคม 2530) : 192.

¹³ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958
Article I

(1) This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.

¹⁴ Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, p. 12.

ของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศประเภทที่สองจะหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดแต่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ สำหรับคำชี้ขาดประเภทหลังนี้จะกล่าวถึงในหัวข้อ 3.2.3

คำนิยามในส่วนแรกเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยใช้หลักดินแดนมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเช่นเดียวกับสนธิสัญญากรุงเจนีวาทั้ง 2 ฉบับ แต่เป็นการบัญญัติในลักษณะที่กว้างกว่า เพราะไม่มีเงื่อนไขอื่นในการใช้บังคับ จึงมีขอบเขตการใช้ที่กว้างมากและเป็นหลักที่ใช้ได้ในลักษณะทั่วไป (universality) กับทุกคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในรัฐอื่น โดยไม่นำหลักสัญชาติของคู่กรณีมาใช้ ดังนั้นแม้คู่กรณีในคำชี้ขาดจะไม่มีสัญชาติหรือเป็นคนในบังคับของรัฐภาคี หรือคู่กรณีมีสัญชาติเดียวกันก็ถือเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศที่สามารถนำคำชี้ขาดมาขอให้บังคับได้ภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ก็เปิดช่องให้รัฐภาคีสามารถตั้งข้อสงวนได้ 2 เรื่องตามมาตรา 1(3)¹⁵ ข้อสงวนแรก (first reservation) เป็นเรื่องหลักต่างตอบแทน (reciprocity reservation) เป็นกรณีรัฐจะยอมรับและบังคับคำชี้ขาดเฉพาะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของ รัฐภาคีอื่น เท่านั้น หรือรัฐภาคีอาจตั้งข้อสงวนที่สอง (second reservation) ในเรื่องข้อพิพาททางพาณิชย์ (commercial reservation) ว่ารัฐจะบังคับใช้อนุสัญญาเฉพาะข้อพิพาทในทางพาณิชย์ที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ ไม่ว่าจะเกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่¹⁶ นอกจากนี้ การบังคับใช้อนุสัญญายังไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบระหว่างประเทศที่เป็น "international transaction" คำชี้ขาดต่างประเทศที่เกี่ยวกับ "domestic transaction" ก็สามารถนำมาขอบังคับได้ แต่ในกรณี

¹⁵ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign
Arbitral Awards 1958

Article I

.....

(3) When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting States. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

¹⁶ Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, pp. 51-54.

ที่เป็นการขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (country of origin) จะไม่สามารถนำมาขอบังคับได้ เนื่องจากเป็นเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ มิใช่เรื่องต่างประเทศ¹⁷

ดังนั้น อนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 1 (1) ของอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ค.ศ. 1958 ในส่วนแรกจึงใช้หลักดินแดนมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กล่าวคือสถานที่ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท หากเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นคนละประเทศกับประเทศที่มีการขอให้บังคับคำชี้ขาดก็จะถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ค.ศ. 1958

3.2.1.4 ประเทศอังกฤษ

กรณีการออกกฎหมายอนุวัติการของอังกฤษนั้น มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 (The Arbitration Act 1950)¹⁸ เป็นกฎหมายอนุวัติการตามพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 และอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 เนื่องจากพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1950 ได้รวบรวมกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษที่เคยใช้มา ได้แก่

- พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1889 (The Arbitration Act 1889)
- พ.ร.บ.ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (อนุวัติพิธีสารฉบับนครเจนีวาฯ) ค.ศ. 1924 (The Arbitration Clauses (Protocol) Act 1924)
- พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ (คำชี้ขาดต่างประเทศ) ค.ศ. 1930 (The Arbitration (Foreign Awards) Act 1930 อนุวัติอนุสัญญากรุงเจนีวาฯ)
- และ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1934 (The Arbitration Act 1934)

ส่วนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1975¹⁹ เป็นกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ค.ศ. 1958 โดยตั้งข้อสงวนไว้ว่าจะยอมรับและบังคับเฉพาะคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีอื่นเท่านั้นอันเป็นข้อสงวนข้อแรกของข้อ 1 (3) แห่งอนุสัญญากรุง

¹⁷ *ibid.*, pp. 12-22.

¹⁸ Johan Steyn and V.V. Veeder, "England," in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. II), eds. Pieter Sanders and Albert J. van den Berg (The Hague/ London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), p. England - 2.

¹⁹ *ibid.*

นิวยอร์ค²⁰ ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979²¹ ออกมายกเลิกหลักการหนึ่งในมาตรา 21 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยบังคับให้อนุญาโตตุลาการเสนอปัญหาข้อกฎหมายให้ศาลวินิจฉัยในกรณีพิเศษ (special case) ตามมาตรา 21 ของพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1950 ที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 19 ของพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1889²² และยังมีผลจากการที่ศาลมีเขตอำนาจในการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่บกพร่องเกี่ยวกับประเด็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย (errors on the face of the award) เป็นเหตุให้คู่กรณีไม่นิยมมาทำอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1979 จึงปฏิรูปกฎเกณฑ์เดิมที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น การให้สิทธิแก่คู่กรณีในการทำข้อตกลงเพื่อสละสิทธิการอุทธรณ์ไว้ในสัญญาให้ตั้งข้อยกเว้น (exclusion agreements) ได้โดยมีแนวความคิดว่าหากเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration) จะทำข้อตกลงได้ภายหลังจากที่มีการเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว แต่หากมิใช่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (non-domestic arbitration) คู่กรณีสามารถทำข้อตกลงเพื่อสละสิทธิได้ทั้งก่อนและหลังเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณา และหากเป็นการอนุญาโตตุลาการตามหมวดพิเศษ (special category) ให้ทำได้ในทำนองเดียวกันกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศข้างต้น

คำนิยามอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 35 (1)²³ สรุปได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

²⁰ Albert J. van den Berg, "List of Contracting States (as of 25 June 1996) (A Court Decisions on the New York Convention 1958)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. XXI), ed. Albert J. van den Berg (The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1996), p. 393.

²¹ Clive M. Schmitthoff, "The United Kingdom Arbitration Act 1979 (Recent Amendments on Arbitration Statutes)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. V), ed. Pieter Sanders (The Hague : T.M.C. Asser Institute for international law, 1980), pp. 231-249.

²² Johan Steyn and V.V. Veeder, "England," in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. II), p. England - 1.

²³ The Arbitration Act 1950

Section 35

(1) This Part of this Act applies to any award made after the twenty-eight day of July, nineteen hundred and twenty-four

(a foreign award) หมายถึงคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นภายใต้พิธีสารฉบับนครเจนีวาและอนุสัญญากรุงเจนีวา ซึ่งสนธิสัญญากรุงเจนีวาทั้ง 2 ฉบับใช้หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงถือได้ว่าพระราชบัญญัติฯ ค.ศ. 1950 นี้ ใช้หลักดินแดนเช่นเดียวกับสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับในขณะนั้น

สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1975 ได้บัญญัติถึง “สัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ” เป็นเชิงปฏิเสธไว้ในอนุ 4 ของมาตรา 1²⁴ ว่าหมายถึง สัญญา

(a) in pursuance of an agreement for arbitration to which the protocol set out in the First Schedule to this Act applies ; and

(b) between persons of whom one is subject to the jurisdiction of some one of such Power as His Majesty, being satisfied that reciprocal provisions have been made, may by Order in Council declare to be parties to the convention set out in the Second Schedule to this Act and of whom the other is subject to the jurisdiction of some other of the Powers aforesaid ; and

(c) in one of such territories as His Majesty, being satisfied that reciprocal provisions have been made, may by Order in Council declare to be territories to which the said convention applies ;

and an award to which this Part of this Act applies is in this Part of this Act referred to as “a foreign award”.

²⁴ The Arbitration Act 1975

Section 1

.....

(4) In this section “domestic arbitration agreement” means an arbitration agreement which does not provide, expressly or by implication, for arbitration in a State other than the United Kingdom and to which neither-

(a) an individual who is a national of, or habitually resident in, any State other than the United Kingdom ; nor

(b) a body corporate which is incorporated in, or whose central management and control is exercised in, any State other than the United Kingdom ;

is a party at the time the proceeding are commenced.

อนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพื่อการอนุญาโตตุลาการในรัฐอื่นใด นอกพระราชอาณาจักร และไม่ปรากฏว่าในขณะที่เริ่มดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นมีคู่กรณีฝ่ายใด

(ก) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติ หรือภูมิลำเนาในรัฐอื่นใดนอกสหราชอาณาจักร

(ข) เป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งขึ้น หรือมีศูนย์กลางการจัดการและควบคุมในรัฐอื่นใดนอกสหราชอาณาจักร

พิจารณาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในส่วนแรก กรณีอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในรัฐอื่นที่มีใช้สหราชอาณาจักรเป็นคำนิยามโดยใช้หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากคำนิยามในส่วนที่สองที่พิจารณาจากคู่กรณีว่าขณะเริ่มดำเนินกระบวนการคู่กรณีมีสัญชาติใดอันเป็นการนำหลักสัญชาติของคู่กรณีมากำหนด ซึ่งรายละเอียดจะนำมาศึกษาในหัวข้อ 3.2.2 ต่อไป

พ.ร.บ.ฯ ยังมีบัญญัติเกี่ยวกับคำชี้ขาดภายใต้บังคับของอนุสัญญา (convention award) ว่าหมายถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯอันเป็นคำนิยามที่อยู่ในมาตรา 7 (1)²⁵ พิจารณาได้ว่าพระราชบัญญัติฯ ค.ศ. 1975 ใช้หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามที่ได้ผูกพันเป็นพันธกรณีแห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ (มาตรา 1(1)) และได้ตั้งข้อสงวนข้อแรกตามหลัก reciprocity เรื่องรัฐภาคีตามอนุสัญญาฯ (มาตรา 1(3)) ไว้

กรณีตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979 มิได้บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ แต่บัญญัติเป็นเชิงปฏิเสธถึงการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศแทน เช่นเดียวกับ พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1975 เพื่อสนับสนุนและอนุญาตให้คู่กรณีตกลงกันสละสิทธิอุทธรณ์

²⁵ The Arbitration Act 1975

Section 7

(1) In this Act ,

.....

“Convention award” means an award made in pursuance of an arbitration agreement in the territory of a State, other than the United Kingdom, which is a party to the New York Convention ; and

ตามกฎหมายนี้ได้ คำนิยาม “สัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ” เป็นไปตามมาตรา 3 (7)²⁶ โดยอธิบายว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เพื่อการอนุญาโตตุลาการในรัฐอื่นไดนอกสหราชอาณาจักรและไม่ปรากฏว่าในขณะที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีคู่กรณีฝ่ายใด

- (ก) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติ หรือภูมิลำเนาในรัฐอื่นไดนอกสหราชอาณาจักร
- (ข) เป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งขึ้น หรือมีศูนย์กลางการจัดการและควบคุมในรัฐอื่นไดนอกสหราชอาณาจักร

พิจารณาคำนิยามตามพระราชบัญญัติฯ ค.ศ. 1979 นี้ แยกเป็น 2 ส่วน ในส่วนแรก อนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในรัฐอื่นที่มีสหราชอาณาจักรถือเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งคำนิยามในส่วนนี้ใช้หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้นหากสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ทำการอนุญาโตตุลาการในสหราชอาณาจักรอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นก็จะถือเป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ สำหรับคำนิยามในส่วนที่สองเป็นการพิจารณาจากคู่กรณีว่าในขณะที่ทำสัญญาคู่กรณีมีสัญชาติใดจึงเป็นการนำหลักสัญชาติของคู่กรณีมาใช้ซึ่งจะศึกษารายละเอียดในหัวข้อ 3.2.2

เนื่องจากพระราชบัญญัติฯ ค.ศ. 1979 ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ปัจจุบันจึงมีการตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 1996 หรือ The English Arbitration Act

²⁶ The Arbitration Act 1979

Section 3

.....

(7) In this section “domestic arbitration agreement” means an arbitration agreement which does not provide, expressly or by implication, for arbitration in a State other than the United Kingdom and to which neither-

(a) an individual who is a national of, or habitually resident in, any State other than the United Kingdom, nor

(b) a body corporate which is incorporated in, or whose central management and control is exercised in, any State other than the United Kingdom,

is a party at the time the arbitration agreement is entered into.

1996 พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1996 นี้ได้รับพระบรมราชานุญาตเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1996²⁷ และจะมีผลใช้บังคับในวันที่ประธานคณะกรรมการการค้า (President of the Board of Trade/DTI) กำหนดโดยมีผลย้อนหลังในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ทำขึ้นก่อนวันมีผลใช้บังคับนั้น

สำหรับการแยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับอนุญาโตตุลาการประเภทอื่นที่มีใช้ภายในประเทศก่อนหน้าที่จะใช้พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1996 นี้ ประกอบด้วยเหตุผลหลัก 2 ประการ²⁸ คือ

1. ความแตกต่างของอำนาจศาลในการระงับกระบวนการเมื่อมีข้อตกลงให้ทำการอนุญาโตตุลาการ
2. ความแตกต่างเรื่องสิทธิของคู่กรณีที่จะยกเว้นเขตอำนาจศาลในการพิจารณาประเด็นเบื้องต้นทางกฎหมาย หรือการใช้สิทธิอุทธรณ์ประเด็นทางกฎหมาย

พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1996 นี้ได้ยกเลิกแนวความคิดในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการที่เป็นภายในประเทศกับระหว่างประเทศในพ.ร.บ.ฯ ฉบับก่อน โดยมีเหตุผลสนับสนุน²⁹ การยกเลิกดังกล่าวว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งบทบาทในการควบคุม (supervisory role) ของศาลในเรื่องเจตนาของคู่กรณี (party autonomy) มีกว้างมากตามพ.ร.บ.ฯ ฉบับเดิม เช่นในมาตรา 1 (บี) (section 1 (b)) บัญญัติให้คู่กรณีมีอิสระที่จะตกลงกันถึงวิธีการระงับข้อพิพาทเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมาตรการป้องกัน (safeguards) ต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น จึงเป็นการยากที่จะวินิจฉัยมาตรการที่ไม่ถือว่ามีความจำเป็นในเรื่องระหว่างประเทศกรณีใช้กับวัตถุประสงค์ภายในประเทศ นอกจากนี้พบว่าศาลได้แทรกแซงสิทธิของคู่กรณีตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ จึงสรุปได้ว่าการบังคับให้ระงับกระบวนการทางศาลในทุกกรณีจะทำให้เสรีภาพของคู่กรณีในการทำอนุญาโตตุลาการมีความหมาย และการยกเลิกข้อจำกัด (restrictions) ในสัญญาให้ตั้งข้อยกเว้น (exclusion agreements) ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดข้อแตกต่างอะไรในทางปฏิบัติเนื่องจากคู่กรณีสามารถเลือกที่จะไม่ทำสัญญาเช่นนั้นได้

²⁷ V.V. Veeder, "England (Recent Development in Arbitration Law and Practice," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. XXI), ed. Albert J. van den Berg (The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1996), p. 369.

²⁸ Bruce Harris ; Rowan Planterose and Jonathan Tecks, The Arbitration Act 1996 : A Commentary, 1st edition, Published in conjunction with the Chartered Institute of Arbitrators. (Great Britain : The Blackwell Science Ltd., 1996), p. 292.

²⁹ Ibid., pp. 293-294.

คณะกรรมการที่ปรึกษาของหรือ Department Advisory Committee (DAC) จึงเห็นว่าควรยกเลิกการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ดี ได้มีเหตุผลคัดค้าน³⁰ การยกเลิกดังกล่าวว่า ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปและในสังคมของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่างก็ยอมรับความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับระหว่างประเทศแล้วว่า มีความแตกต่างกันทั้งด้านปรัชญา แนวความคิดและแนวทางในการปฏิบัติ นอกจากนี้ในความเป็นจริงมีกฎหมายแม่แบบ (Model Law) ที่เป็นเครื่องมือสำหรับการทำอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะแล้ว จึงไม่ก่อให้เกิดข้อผิดพลาดประการใดในการใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันสำหรับวัตถุประสงค์ภายในประเทศและระหว่างประเทศ ทั้งนี้การคงไว้ซึ่งกฎเกณฑ์ภายในประเทศจะเป็นมาตรการเพื่อคุ้มครองคุ้มครองในการตั้งข้อจำกัดในสัญญาให้ตั้งข้อยกเว้นได้ซึ่งจะทำให้การอุทธรณ์ประเด็นข้อกฎหมายต่อศาลงายยิ่งขึ้น และดุลพินิจในการปฏิเสธการระงับกระบวนการพิจารณาทางศาลยังเป็นเครื่องมือป้องกันผู้ร้องจากผู้ขอให้ระงับเพื่อก่อให้เกิดความล่าช้าหรือเพื่อหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ใด ๆ ในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ไม่เอื้อประโยชน์ให้กับตน จึงไม่ควรยกเลิกความแตกต่างดังกล่าวซึ่งเหตุผลนี้มาจากความคิดของนักธุรกิจขนาดเล็กและเป็นเหตุผลที่ขัดแย้งกับเหตุผลแรก

จากการพิจารณาเหตุผลของทั้ง 2 ฝ่าย ความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะระหว่างประเทศกับภายในประเทศจึงยังคงไว้เฉพาะในมาตรา 85 ถึงมาตรา 87 ของ พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1996³¹

มาตรา 85 ถึงมาตรา 87 เป็นเรื่องเกี่ยวกับบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศซึ่งนำมาบรรจุไว้ในภาค 2 ของ พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1996 คำนิยามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration agreement) มีบัญญัติในอนุ 2 ของ มาตรา 85³² ความว่า ในกรณีนี้ "สัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ" หมายความว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่มีคู่กรณีเป็น

³⁰ Ibid., p. 294.

³¹ Ibid., pp. 294-295.

³² The English Arbitration Act 1996

Section 85

.....

- (1) บุคคลผู้มีสัญชาติ หรือถิ่นที่อยู่ในรัฐอื่นนอกจากสหราชอาณาจักร หรือ
- (2) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้ง หรือมีศูนย์กลางการควบคุมหรือจัดการในรัฐอื่นได้นอกจากสหราชอาณาจักร

และมีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (หากมีการกำหนดไว้) ในสหราชอาณาจักร

จากบทนิยามดังกล่าว เห็นได้ว่ามาตรา 85 (2) นี้มีที่มาจากมาตรา 1(4) ของพ.ร.บ. 4 ค.ศ. 1975³³ และมีการนำหลักสัญชาติและหลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการมา กำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศแทนการกำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเช่นเดียวกัน กรณีหลักดินแดน มาตรา 85 (2) จะพิจารณาสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) หากอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทในสหราชอาณาจักรแล้วก็ถือได้ว่าเป็น “อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ” และมีข้อสังเกตว่าต้องมี ทรัพย์สินในดินแดนที่จัดตั้งไว้ สำหรับกรณีหลักสัญชาตินั้นจะพิจารณาในหัวข้อ 3.2.2 ต่อไป

3.2.1.5 ประเทศสวีเดน

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสวีเดนแบ่งออกเป็น 2 ฉบับ³⁴ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1929 เลขที่ 145 (The Arbitration Act of 1929, No. 145 / AA) ใช้กับ

(2) For this purpose a “domestic arbitration agreement” means an arbitration agreement to which none of the parties is

(a) an individual who is a national of, or habitually, resident in, a state other than the United Kingdom, or

(b) a body corporate which is incorporated in, or whose central control, and management is exercised in, a state other than the United Kingdom,

and under which the seat of the arbitration (if the seat has been designated or determined) is in the United Kingdom.

³³ Bruce Harris ; Rowan Planterose and Jonathan Tecks, The Arbitration Act 1996 : A Commentary, p. 296.

³⁴ Ulf Holmback and Justice Nils Mangard, “Sweden,” in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. III), eds. Pieter Sanders and Albert J. van den Berg (The Hague/ London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), p. Sweden - 1.

อนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในสวีเดน และพระราชบัญญัติสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1929 เลขที่ 147 (The Act of 1929 concerning Foreign Arbitration Agreements and Awards, No. 147 / FA) ซึ่งเป็นบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับ AA ได้มีการแก้ไขในปีค.ศ. 1976 และ ค.ศ. 1981 ส่วน FA ได้มีการแก้ไขเมื่อปีค.ศ. 1971 เพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่สวีเดนให้สัตยาบันโดยมิได้ตั้งข้อสงวนใด ๆ

มาตรา 1³⁵ ของ FA ได้กำหนดถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะต่างประเทศไว้ความว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นภายนอกสวีเดน ถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะต่างประเทศ และกรณีสัญญาไม่ได้มีการระบุถึงสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาว่าให้กระทำขึ้นภายในหรือภายนอกสวีเดน ถือว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีถิ่นที่อยู่ภายนอกประเทศสวีเดน” จากบทบัญญัติเห็นว่า สวีเดนใช้สถานที่ในการดำเนินกระบวนการของอนุญาโตตุลาการว่าอยู่ภายในหรือภายนอกสวีเดนซึ่งเป็นหลักคิดแดนมากำหนดลักษณะต่างชาติของอนุญาโตตุลาการควบคู่กับการใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีที่พิจารณาต่อไปในหัวข้อ 3.2.2

ต่อมาในปีค.ศ. 1996 รัฐบาลสวีเดน (Swedish Government) ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการหรือ Draft Arbitration Act 1994³⁶ ต่อสภาของสวีเดน (Swedish Parliament) ภายหลังจากที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ไปทั้งภายในประเทศและภายนอกประเทศเพื่อขอความคิดเห็น โดยที่ร่างนี้จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทั้งที่เป็นเรื่องภายในประเทศและเรื่องระหว่างประเทศ (domestic and international arbitration) กรณีบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ (international matters) จะครอบคลุมเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่าง

³⁵ The Act of 1929 concerning Foreign arbitration Agreements and Awards
Section 1

An arbitration agreement shall be considered as “foreign” if it stipulates that the proceedings are to take place outside Sweden.

An arbitration agreement which does not indicate whether the proceedings are to take place within or outside Sweden shall be considered as “foreign” if both parties were resident outside Sweden.

³⁶ Ulf. Franke, “Sweden (Recent Developments in Arbitration Law and Practice),” in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. XXI), ed. Albert J. van den Berg (The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1996), pp. 382-384.

ประเทศเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับ (applicable law) กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ และเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องรวมถึงการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ สำหรับคำชี้ขาดภายในประเทศจะยังคงใช้ระบบเดิมที่ให้มีการบังคับคำชี้ขาดได้โดยไม่ต้องมีการขอคำสั่งจากศาลหรือคำบังคับคดีอื่นใด คู่กรณีที่จะคัดค้านคำชี้ขาดจึงต้องแสดงให้เห็นถึงคำชี้ขาดที่เป็นโมฆะหรือที่จะคัดค้าน ซึ่งพ.ร.บ.ฯปัจจุบันกับร่างฯฉบับนี้ใช้เหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดที่เป็นโมฆะและเหตุอื่น ๆ ที่ใช้คัดค้านต่างกัน เช่น ความเป็นโมฆะแบบเด็ดขาดกับความเป็นโมฆะแบบไม่เด็ดขาด (absolute and relative invalidity) โดยที่พ.ร.บ.ฯปัจจุบันถือว่าคำชี้ขาดที่ไม่เป็นไปตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เป็นคำชี้ขาดที่เป็นโมฆะ แต่ในร่างฯ ให้ถือเป็นเหตุแห่งการคัดค้านตามบทบัญญัติมาตรา 34

สำหรับการพิจารณาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ร่างฯอนุญาตให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ไม่มีภูมิลำเนาหรือที่ไม่ได้อาศัยอยู่ในสวีเดนตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อยกเว้นหรือจำกัดเหตุแห่งการคัดค้านโดยไม่รวมถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆกรรม และเมื่อตกลงตั้งข้อจำกัดดังกล่าวแล้วคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะถือเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศสำหรับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 52 พิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว ถือได้ว่าร่างพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1994 ใหม่จะใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

3.2.2 หลักสัญชาติของคู่กรณีหรือของอนุญาโตตุลาการ (Nationality of the Parties or Arbitrators)

การอนุญาโตตุลาการที่จะถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นขึ้นอยู่กับสัญชาติของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการซึ่งมาจากการแต่งตั้งของคู่กรณีเป็นผู้ให้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทเฉกเช่นเดียวกับการที่ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีในศาล โดยที่อำนาจในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทที่ได้รับจากคู่กรณีเป็นอำนาจที่มาจากกฎหมายของรัฐ และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นก็เป็นการใช้อำนาจของรัฐทางศาลซึ่งต้องกระทำโดยอนุญาโตตุลาการที่เป็นคนในบังคับของรัฐไม่ว่าจะกระทำในฐานะของข้าราชการหรือพลเมือง การกำหนดหลักสัญชาติของอนุญาโตตุลาการโดยวิธีนี้จึงเป็นไปตามทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาคความโดยแท้ (the exclusive procedural law theory)³⁷

³⁷ Istvan Szaszy, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (comments)," The American Journal of Comparative Law : p. 669.

กรณีการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยดูจากสัญชาติของคู่กรณี (nationality of the parties) นั้นเป็นองค์ประกอบหนึ่งสำหรับพิจารณาความเกี่ยวพันของคู่กรณีว่าเป็นคนในบังคับของรัฐ (subject to the jurisdiction of the State) หรือไม่ เช่นเดียวกับการพิจารณาถึงภูมิลำเนา (domicile) สถานที่ที่เป็นแหล่งที่อยู่ถาวร (place of (habitual) residence) สถานที่ตั้งของนิติบุคคล (place of incorporation) หรือสถานที่ประกอบธุรกิจ (place of business) ของคู่กรณี³⁸ ดังมีตัวอย่างในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศหลายฉบับ

3.2.2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

บทบัญญัติที่กำหนดถึงข้อพิพาทที่จะนำมาระงับได้ภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หรือศูนย์ ICSID (International Centre for Investment Disputes) นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่ ICSID มีเขตอำนาจ (jurisdiction)³⁹ ตามเงื่อนไขมาตรา 25⁴⁰ ของ

โปรตุเกสมาตรา 1 ของพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 และมาตรา 1 ของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ได้กล่าวถึงคำว่า "คนในบังคับของรัฐ" (subject to the jurisdiction of the State) ไว้เช่นกันว่า สนธิสัญญาจะใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นโดยคู่กรณีซึ่งเป็นคนในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และจะบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศให้เฉพาะที่คู่กรณีเป็นคนในบังคับของรัฐภาคีเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้มีได้นิยามในรายละเอียดว่าต้องพิจารณาเหตุอะไรมาเป็นองค์ประกอบ.

³⁸ Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, p.15.

³⁹ Phijaisakdi Horayangkura, "The International Centre for Investment Disputes," Paper presented at the 7th Lawasia Conference, Bangkok, Thailand, 8-12 August 1981 : 3-7.

⁴⁰ Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of others States (ICSID Convention)

Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designed to the Centre by that State) and a national of

ICSID Convention 1965 โดยนำมาตรา 13 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาเป็นข้อแนะนำสำหรับการตีความ องค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการในการกำหนดเขตอำนาจ ได้แก่ ประการแรกเป็นเรื่องลักษณะของข้อพิพาทหรือ the nature of the disputes (ratione materiae) ประการที่สองเป็นเรื่องคุณสมบัติของคู่กรณีตามข้อพิพาทหรือ the parties to the disputes (ratione personae) และประการสุดท้ายเป็นเรื่องความยินยอมของคู่กรณีตามข้อพิพาทหรือ the consent of the parties ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญยิ่งในการกำหนดเขตอำนาจของศูนย์ คู่กรณีต้องแสดงโดยชัดแจ้งและไม่สามารถเพิกถอนได้โดยลำพัง และเป็นความ

to the Centre . When the parties have given their consent , no party may withdraw its consent unilaterally.

(2) " National of another Contracting State " means :

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute ; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which , because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purpose of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

ยินยอมที่ยกเว้นวิธีการเยียวยาอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงความคุ้มครองทางทูต (diplomatic protection) ด้วย

หลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติของคู่กรณี หากพิจารณาองค์ประกอบประการที่ 2 ในเรื่องคู่กรณีตามข้อพิพาท (the parties to the disputes) ตามมาตรา 25 (1) เป็นการจำกัดขอบอำนาจที่จะใช้กับข้อพิพาททางกฎหมายเฉพาะระหว่างรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งกับคนชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ซึ่งมาตรา 25 (2) ได้ให้คำนิยามของคำว่า "คนชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง" ไว้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นออกไปจากรัฐคู่กรณีในข้อพิพาท

สำหรับนิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐคู่กรณีแต่มีการควบคุมจากต่างชาติ (foreign control) อาจถือเป็นคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งได้หากคู่กรณีได้ทำข้อตกลงไว้ ส่วนกรณีรัฐภาคีนั้นรวมถึงหน่วยงานย่อยของรัฐภาคี (constituent subdivision and agency of Contracting States) ด้วย ไม่ว่าจะเป็นองค์กรย่อย เทศบาลและองค์กรท้องถิ่นในรัฐเดียว ประเทศราชที่ปกครองแบบกึ่งปกครองตนเอง แคว้นหรือสหพันธรัฐที่ไม่ใช่รัฐเดียว โดยมีข้อแม้ว่ารัฐภาคีต้องกำหนดองค์กรเหล่านั้นให้กับศูนย์ ICSID ก่อนที่ศูนย์จะมีเขตอำนาจ⁴¹ (สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ประการแรกในเรื่องลักษณะของข้อพิพาทจะได้ศึกษาในหัวข้อ 3.2.4 ต่อไป)

3.2.2.2 กฎหมายแม่แบบ ค.ศ. 1985

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ได้กำหนดถึงลักษณะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในมาตรา 1 (3)⁴² โดยนำ

⁴¹ Phijaisakdi Horayangkura, "The International Centre for Investment Disputes," : 4-5.

⁴² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
Article 1 : Scope of application
.....
(3) An arbitration is international if :
(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States ; or

หลักเกณฑ์ในเรื่องสัญชาติของคู่กรณีกับเรื่องลักษณะของข้อพิพาทมากำหนดลักษณะระหว่างประเทศของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้องค์ประกอบระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้จากการที่คู่กรณีเลือกสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่นนอกไปจากประเทศที่คู่กรณีมีสถานที่ประกอบธุรกิจตามมาตรา 1(3)(b)(i)⁴³

กรณีตามมาตรา 1(3)(a) พิจารณาที่คู่กรณีตามสัญญาว่ามีสถานที่ประกอบธุรกิจอยู่คนละประเทศกันหรือไม่ หากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีที่มีสถานที่ประกอบธุรกิจในรัฐที่แตกต่างกันก็ถือเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ตาม UNCITRAL Model Law โดยใช้หลักสัญชาติของคู่กรณี (nationality of the parties) เป็นเกณฑ์⁴⁴ สำหรับการอนุญาโตตุลาการอีกลักษณะหนึ่งที่คำนึงสภาพของข้อพิพาทจะนำมาพิจารณาในหัวข้อ 3.2.4 ต่อไป

มีข้อสังเกตว่า Model Law กำหนดแต่เพียงลักษณะระหว่างประเทศของอนุญาโตตุลาการ มิได้กำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจาก Model Law มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เฉพาะเรื่องระหว่างประเทศเท่านั้น การที่รัฐต่าง ๆ นำไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของตนจึงเป็นเรื่องของรัฐแต่ละรัฐนั่นเอง

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business :

(i) the place of arbitration if determined in ,or pursuant to , the arbitration agreement ;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected ; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

⁴³ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd edition (London : Sweet & Maxwell, 1991), p. 19.

⁴⁴ Ibid.

3.2.2.3) ประเทศอังกฤษ

สำหรับการกำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1975 ของอังกฤษนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1(4)⁴⁵ โดยนำหลักเกณฑ์ 2 หลักเกณฑ์มาแบ่งแยกความเป็นภายในกับระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ทั้งสองได้แก่ หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ และหลักสัญชาติของคู่กรณี ตามคำนิยามว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายสำหรับการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในขณะเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นบุคคลผู้มีสัญชาติหรือมีถิ่นที่อยู่ในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร หรือหากเป็นนิติบุคคลต้องไม่จดทะเบียนจัดตั้งหรือมีศูนย์กลางการจัดการและควบคุมในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร ถือว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979 ได้กำหนดคำนิยาม "สัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ" ไว้ในมาตรา 3 (7)⁴⁶ โดยนำหลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการและหลักสัญชาติของคู่กรณีมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในทำนองเดียวกันกับพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1975 แต่แตกต่างตรงที่พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1975 พิจารณาสัญชาติของคู่กรณีขณะเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ส่วนพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1979 พิจารณาสัญชาติที่คู่กรณีเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกัน คำนิยามจึงกำหนดว่า "คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในขณะทำสัญญามีได้เป็นบุคคลผู้มีสัญชาติ หรือมีถิ่นที่อยู่ในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร หรือหากเป็นนิติบุคคลต้องไม่จดทะเบียนจัดตั้งหรือมีศูนย์กลางการจัดการและควบคุมในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร"

นอกจากพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1975 และ 1979 แล้ว ยังมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ที่นำหลักสัญชาติ (นอกจากหลักดินแดน) มากำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 85 (2)⁴⁷ ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่มีคู่กรณีเป็น

- (1) บุคคลผู้มีสัญชาติ หรือถิ่นที่อยู่ในรัฐอื่นนอกจากสหราชอาณาจักร หรือ
- (2) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้ง หรือมีศูนย์กลางการควบคุมหรือจัดการในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักรเป็น "สัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ" ซึ่ง มาตรา 85 (2) นี้

⁴⁵ The Arbitration Act 1975, Section 1 (4).

⁴⁶ The Arbitration Act 1979, Section 3 (7).

⁴⁷ The Arbitration Act 1996, Section 85 (2).

เป็นบทบัญญัติที่ล้ามาจากมาตรา 1 (4) ของพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1975 โดยมีได้กำหนดกฎเกณฑ์การพิจารณาว่าต้องพิจารณาในเวลาใดดังมีที่บัญญัติในพ.ร.บ.ฯ ทั้ง 2 ฉบับข้างต้น⁴⁸

3.2.2.4 ประเทศอิตาลี⁴⁹

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอิตาลี (Code of Civil Procedure / CCPr) ได้บัญญัติถึงกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการโดยให้คำนิยามของคำว่า “อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ไว้ในมาตรา 800⁵⁰ ในลักษณะที่ว่า “บทบัญญัติทั้งหลายก่อนหน้านี้จะนำมาใช้บังคับแก่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นชาวต่างชาติ หรือระหว่างคู่กรณีที่เป็นชาวต่างชาติฝ่ายหนึ่งกับคนอิตาเลียนอีกฝ่ายหนึ่ง หรือระหว่างคู่กรณีที่เป็นคนอิตาเลียนทั้งสองฝ่ายกรณีมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ตามปกติในต่างประเทศ”

จากบทบัญญัตินี้กล่าว พิจารณาได้ว่าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอิตาลีใช้หลักสัญชาติมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติมาตรา 2 มารองรับในลักษณะของการห้ามคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นคนอิตาเลียนตกลงกันไปทำการอนุญาโตตุลาการยังต่างประเทศเพื่อให้พ้นเขตอำนาจของศาลอิตาลี ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นศาลก็จะไม่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดให้ โดยมีเนื้อหาว่า “เขตอำนาจของศาลอิตาลีจะไม่ถูกทำให้เสียไปโดยสัญญาที่อาศัยเหตุว่าเขตอำนาจมีลักษณะต่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการนั้นพิจารณาในต่างประเทศ เว้นแต่ว่าจะเป็นการที่เกี่ยวกับภาระผูกพันระหว่างชาวต่างชาติหรือชาวต่างชาติฝ่ายหนึ่งกับพลเมืองอิตาลีที่ไม่ได้อาศัยอยู่หรือไม่ได้เป็นผู้มีภูมิลำเนาในสาธารณรัฐอิตาลีฝ่ายหนึ่ง และการทำลายนั้นกระทำในรูปของนิติกรรมที่เป็นลายลักษณ์อักษร”⁵¹

⁴⁸ Bruce Harris ; Rowan Planterose and Jonathan Tecks, The Arbitration Act 1996 : A Commentary, p. 296.

⁴⁹ Giorgio Bernini, “Italy,” in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. II), eds. Pieter Sanders and Albert J. van den Berg (The Hague/ London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), p. Italy.

⁵⁰ Italian Code of Civil Procedure, Article 800.

⁵¹ Italian Code of Civil Procedure

การบัญญัติกฎหมายโดยใช้หลักสัญชาติมาพิจารณาก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติต่อศาลของอิตาลีซึ่งเป็นผู้บังคับใช้โดยขัดต่ออนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่อิตาลีเป็นภาคี ในภายหลังศาลสูงอิตาลีจึงได้พิพากษาเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กในคดี Augusto Miseroocchi v. S.p.A. Paulo Agnesi ว่า อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เป็น "ius superveniens" ที่มีผลใช้บังคับเหนือกว่ามาตรา 2 และมาตรา 800 อันเป็นกฎหมายภายในของอิตาลี และต่อมาศาลอุทธรณ์ของเมืองมิลาน (Corte di Appello of Milan) ก็ได้พิพากษายืนยันคำตัดสินของศาลสูงอิตาลีในคดี CIPRA v. Camillo (Italy No. 12) วันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1974 อีกครั้ง ปัจจุบันปัญหาการใช้หลักสัญชาตินี้จึงได้หมดไป⁵²

3.2.2.5 ประเทศสวีเดน

สัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของสวีเดนเป็นไปตามสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นภายนอกสวีเดนหากในสัญญาได้กำหนดไว้และเป็นไปตามถิ่นที่อยู่ภายนอกประเทศสวีเดนของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหากมิได้มีการระบุถึงสถานที่ดำเนินกระบวนการไว้ว่าให้กระทำขึ้นภายในหรือภายนอกสวีเดน ตามบทบัญญัติมาตรา 1⁵³ ของพระราชบัญญัติสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1929 เลขที่ 147 (The Act of 1929 concerning Foreign Arbitration Agreements and Awards, No. 147 / FA) ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่าสวีเดนใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีและหลักดินแดนเพื่อกำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ตามมาตรา 52 ของร่างพ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1994 (Draft Arbitration Act, 1994) บัญญัติให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะต่างประเทศได้ หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ไม่มีภูมิลำเนา

Italian jurisdiction may not be derogated by agreement in favor of a foreign jurisdiction or arbitrators sitting abroad, unless it is in respect of a case relating to obligations between foreigners, or an alien and a citizen who neither resides nor is a domiciliary of the Republic, and the derogation is in the form of a written act.

⁵² Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, p. 16.

⁵³ The Act of 1929 concerning Foreign arbitration Agreements and Awards, Section 1.

หรือที่ไม่ได้อาศัยอยู่ในสวีเดนตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อยกเว้นหรือจำกัดเหตุแห่งการคัดค้าน (แต่ไม่รวมถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆกรรม) พิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นว่าร่าง พ.ร.บ.ฯ ค.ศ. 1994 โหม่นี้ได้นำหลักสัญญาของคู่กรณีมากำหนดลักษณะการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

3.2.2.6 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้นแบ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศซึ่งเป็นกฎหมายของแต่ละมลรัฐเองเรียกว่า "Cantonal Law" ตามมาตรา 64 (3) แห่งรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1874 (Federal Constitution of 29 May 1874) กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และเนื่องจากสวิตเซอร์แลนด์เป็นประเทศสหพันธรัฐที่ประกอบด้วยรัฐ (canton) 26 รัฐมารวมกันจึงมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างมลรัฐที่เรียกว่า "Intercantonal Arbitration Convention หรือ Concordat ขึ้นอีกฉบับหนึ่ง⁵⁴

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใช้บังคับตามหมวด 12 (Chapter 12) ของพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Private International Law Act) ออกโดยรัฐสภาเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1987 ให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1989⁵⁵

ตามมาตรา 176 (1)⁵⁶ ได้บัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้หมวด 12 ไว้ว่า "บทบัญญัติในหมวด 12 นี้ใช้บังคับกับทุกการอนุญาโตตุลาการที่สถานที่ตั้งขององค์คณะอนุญาโต

⁵⁴ Robert Briner, "Switzerland (National Reports)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. XIV), ed. Albert J. van den Berg (The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1989), p. 1.

⁵⁵ Ibid., p. 2.

⁵⁶ Swiss Private International Law Act

Article 176

1. The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is situated in Switzerland and if, at the time when the arbitration agreement was concluded, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland.

ตุลาการอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งในขณะทำสัญญาไม่มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่อาศัยตามปกติในประเทศสวิตเซอร์แลนด์” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามกฎหมายของสวิตเซอร์แลนด์นั้น ใช้หลักสัญชาติมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยพิจารณาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายว่ามีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ตามปกติในประเทศสวิตเซอร์แลนด์หรือไม่ หากผลปรากฏว่าไม่มี แม้อนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ก็ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งศาลสวิสสามารถยอมรับและบังคับคำชี้ขาดให้คู่กรณีได้ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก

มีข้อสังเกตว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ใช้ได้กับทั้งสัญญาระหว่างคู่กรณีที่มีภูมิลำเนาอยู่ภายในประเทศ (รวมถึงรัฐและองค์กรของรัฐในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายเอกชน) และสัญญาระหว่างคู่กรณีที่มีภูมิลำเนาอยู่ภายในประเทศกับคู่กรณีที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกประเทศ และยังใช้ได้กับสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีภูมิลำเนาอยู่นอกประเทศด้วยแต่ต้องเป็นกรณีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในประเทศสวิตเซอร์แลนด์⁵⁷ ซึ่งการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ จะใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและทำคำชี้ขาดตาม *lex loci arbitri*⁵⁸

3.2.2.7 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายอนุญาโตตุลาการมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานประกอบทั้งยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการและบังคับคำชี้ขาดทั้งที่เกี่ยวกับการค้าภายในและระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดจากกฎหมายของสหพันธรัฐ (federal law) และกฎหมายของแต่ละรัฐที่มาจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาล⁵⁹ กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของสหพันธรัฐมีบัญญัติในพระราช

⁵⁷ Robert Briner, "Switzerland (National Reports)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. XIV), p. 4.

⁵⁸ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมตรวจนิยามภาษาไทยเพื่อการหาคำ และรายชื่อกับที่อยู่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, 2540), หน้า 122.

⁵⁹ Howard M. Holtzman, "United States," in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. IV), eds. Pieter Sanders and Albert J. van den Berg (The Hague/ London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), p. U.S.A. - 1-2.

บัญญัติอนุญาโตตุลาการของสหพันธรัฐ (United States Arbitration Act / FAA) เป็นกฎหมายอนุวัติการตามพันธกรณีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคี ซึ่งมีบรรจุในบรรพ 9 ของประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หมวด 2 มาตรา 201-208 (Title 9 United States Code (U.S.C.), Chapter 2, section 201-208) ⁶⁰

FAA ถูกบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1925 โดยรัฐสภาและได้มีการแก้ไขกันเรื่อยมาหลายครั้ง เป็นบทบัญญัติที่ใช้ได้กับทั้งสัญญาให้ทำการอนุญาโตตุลาการกรณีข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว สำหรับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1970 เป็นไปเพื่ออนุวัติการอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (accession) และมีการตั้งข้อสงวนในเรื่องรัฐภาคี (reciprocity) และข้อพิพาททางพาณิชย์ (commercial disputes) ตามมาตรา 1(3)ของอนุสัญญาฯ โดยการเพิ่มหมวดที่ 2 (Chapter 2) มาตรา 201-208 ⁶¹

ตามมาตรา 202 ⁶² กำหนดหลักเกณฑ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ไว้ 2 ประการ ได้แก่

⁶⁰ Gerald Aksen, "Application of the New York Convention by United States Courts (Articles)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. IV), ed. Pieter Sanders (The Hague : T.M.C. Asser Institute for International Law, 1979), p. 360.

⁶¹ Ibid., pp. 341-361.

⁶² The United States Arbitration Act

Article 202 Agreement or award falling under the Convention

An arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states. For the purpose of this section a corporation is a citizen of the United States if it is incorporated or has its principal place of business in the United States.

ประการแรก สัญญาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ทางพาณิชย์ไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาหรือไม่ รวมถึงธุรกรรมการซื้อขาย สัญญาหรือความตกลงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 หมวดที่ 1 (Chapter 1) ของ FAA ในเรื่องการมีผลบังคับได้ การไม่อาจยกเลิกได้ และการบังคับสัญญาให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate) เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์และธุรกรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับพาณิชย์

ประการที่สอง สัญญาหรือคำชี้ขาดระหว่างคู่กรณีที่มีสัญชาติอเมริกันทั้ง 2 ฝ่ายจะได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯ เว้นแต่จะเป็นเรื่องนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ หรือเกี่ยวกับการชำระหนี้หรือการบังคับให้มีการชำระหนี้ในต่างประเทศ หรือมีเหตุอื่นใดอันสมควรที่เกี่ยวข้องกับรัฐต่างชาติริฐเดียวหรือมากกว่า

จากบทบัญญัติดังกล่าวการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของ FAA ตามหลักเกณฑ์ประการที่สอง สัญญาหรือคำชี้ขาดระหว่างบุคคลสัญชาติอเมริกันกับชาวต่างชาติ หรือระหว่างชาวต่างชาติทั้งสองฝ่ายจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรา 202 เนื่องจากสัญญาหรือคำชี้ขาดระหว่างคนอเมริกันทั้งสองฝ่ายจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯตามมาตรานี้ โดยกำหนดเรื่องนิติสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือเกี่ยวกับการชำระหนี้ หรือการบังคับให้ชำระหนี้ในต่างประเทศ หรือมีเหตุอื่นใดอันสมควรที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศมาเป็นข้อยกเว้น พิจารณาได้ว่าเป็นการใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีมากำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นกฎหมายอนุวัติการในส่วนนี้จึงเป็นการไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ⁶³ สำหรับหลักเกณฑ์ประการแรกจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อ 3.2.4

3.2.3 หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Procedural Law Theory)

การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นภายในประเทศหรือต่างประเทศนั้นย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ว่าอนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายของประเทศใดในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการว่าอยู่ในประเทศใด ความจำเป็นในการใช้หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ

⁶³ Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, pp. 17-18.

นี้เป็นผลมาจากหลักการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่กล่าวมา 2 หลักข้างต้นนั้นต่างก็มีข้อขัดแย้งในทางปฏิบัติ

ดังกรณีของการยึดหลักดินแดนที่อนุญาโตตุลาการมิได้ทำการพิจารณาคดีในประเทศใดประเทศหนึ่งจนเสร็จสิ้นกระบวนการทำให้ไม่อาจจะบดบังสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ เช่น อนุญาโตตุลาการอาจทำการพิจารณาคดีในประเทศหนึ่งแต่ไปลงนามในคำชี้ขาดในอีกประเทศหนึ่ง หรืออาจทำการพิจารณาคดีในหลายประเทศแล้วจึงกลับมาลงนามในคำชี้ขาดในประเทศแรกที่ทำการพิจารณาคดี เป็นต้น หรือกรณีปัญหาการยึดหลักสัญชาติของอนุญาโตตุลาการซึ่งต่างจากหลักกฎหมายและทางปฏิบัติโดยส่วนใหญ่ของประเทศต่างๆ เนื่องจากศาลในหลายประเทศไม่ถือว่าการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศคือการอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการที่เป็นชาวต่างชาติ หลักการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความนี้จึงเป็นการเกิดขึ้นของทฤษฎีใหม่ตามทฤษฎีผสม (mixed theory) ระหว่างลักษณะทางกฎหมายของหลักในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการตามหลักดินแดนและหลักสัญชาติของอนุญาโตตุลาการทั้งสองหลักแรก⁶⁴

3.2.3.1 อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศประเภทที่สองเป็นกรณีคำชี้ขาดที่กระทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดแต่กฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศตามมาตรา 1(1)⁶⁵ ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 โดยมีประวัติมาจากการร่างอนุสัญญานี้ ECOSOC ได้เสนอหลักการในร่างมีใจความว่าอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดในประเทศใดจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศนั้นแต่ประเทศในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) บางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมันตะวันตก(ขณะนั้น) เห็นควรให้คู่กรณีมีอำนาจที่จะตกลงกันใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นที่มีในประเทศที่ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาเป็นกฎหมายที่ใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้

⁶⁴ Istvan Szaszy, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (comments)," The American Journal of Comparative Law : pp. 671-672.

⁶⁵ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, Article 1(1).

ตัวอย่างเช่น คู่กรณีตกลงกันให้ทำการอนุญาโตตุลาการ ณ ประเทศเยอรมันตะวันตก โดยใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสมาบังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณากรณีนี้ศาลเยอรมันจะถือว่าคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศคนนั้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และศาลฝรั่งเศสก็จะถือว่าคำชี้ขาดนั้น ๆ เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของฝรั่งเศส⁶⁶ ดังนั้น การใช้เฉพาะหลักดินแดนเป็นเกณฑ์จึงไม่น่าจะเพียงพอเนื่องจากยังมีหลักเกณฑ์อื่นอีกที่สามารถนำมาพิจารณาได้ ตัวอย่างเช่น หลักสัญชาติของคู่กรณี หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ และหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท เป็นต้น

คำนิยามของหลักเกณฑ์ที่สองจึงเป็นผลมาจากการประนีประนอมระหว่างประเทศที่ยึดหลักดินแดนและประเทศที่ยึดหลัก Party Autonomy หรือเสรีภาพของคู่สัญญาในการประชุม ณ กรุงนิวยอร์ก ปี 1958⁶⁷ หลักที่นำมาใช้เพื่อกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจึงเป็นหลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Procedural Law Theory) ตามความหมายของหลักเกณฑ์ที่สองซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี ดังนั้น การนำหลักเกณฑ์ที่สองมาใช้จึงเป็นการขยายขอบเขตการบังคับใช้หลักเกณฑ์ในส่วนแรกที่ใช้หลักดินแดนทำให้คู่กรณีสามารถนำคำชี้ขาดมาขอให้ยอมรับและบังคับได้ในประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ตาม คู่กรณีจำเป็นต้องพิจารณาและระมัดระวังในการทำข้อตกลงลักษณะนี้ โดยจะต้องตรวจสอบให้แน่นอนก่อนว่า กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการจะไปทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นยอมให้มีการตกลงกันใช้กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นหรือไม่ เพราะหากไม่ยินยอมแล้วการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศนั้น และศาลอาจไม่ยอมรับและยกเลิกคำชี้ขาดโดยถือว่าเป็นคำชี้ขาดที่ขัดต่อกฎหมายของประเทศตนซึ่งอาจทำให้คู่กรณีไม่สามารถนำคำชี้ขาดไปขอให้ยอมรับและบังคับในประเทศอื่นได้⁶⁸ ด้วยรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั้นอาจอ้างเหตุตามมาตรา 5 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ก็ได้⁶⁹

⁶⁶ Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, p. 23.

⁶⁷ *ibid.*

⁶⁸ อนันต์ จันทโรภากร, "ความหมายของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958," วารสารนิติศาสตร์ : 200.

⁶⁹ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958

3.2.3.2 ประเทศเยอรมัน

ปัจจุบันสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมันหรือประเทศเยอรมันตะวันออก (German Democratic Republic) ได้รวมเข้ากับสหพันธ์รัฐเยอรมันหรือประเทศเยอรมันตะวันตก (Federal Republic of Germany) เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1990 ตามมาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญของเยอรมันตะวันตก (Federal German Constitution) ส่งผลให้ศาลสูงของเยอรมันตะวันตกในเมือง Karlsruhe เป็นผู้ใช้บังคับและควบคุมเขตอำนาจและกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในดินแดนของประเทศเยอรมันทั้งหมด⁷⁰ สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมันมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 1025-1048 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung / ZPO) เล่มที่ 10 (Book X) ของเยอรมัน ซึ่งมีผลบังคับในวันที่ 1 ต.ค. ค.ศ. 1879 และมีการแก้ไขมาตรา 1039 มาตรา 1041 มาตรา 1044 และมาตรา 1045 โดยพ.ร.บ.ปฏิรูปกฎหมาย ค.ศ. 1986 เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ในปี ค.ศ. 1986

เนื้อหาของ ZPO ให้อิสระแก่คู่กรณีในการกำหนดการอนุญาโตตุลาการของตนเองได้ตามที่ต้องการ เช่น การเลือกสถานที่ที่คิดว่าเหมาะสมสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือเลือกกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้แตกต่างไปจากสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยศาลจะทำหน้าที่ช่วยเหลือในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่จำเป็นและจะไม่ก้าวล่วงไปในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น คู่กรณีอาจจะเลือกเมืองมิวนิค (Munich) เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายของฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนิน

Article V

.....

(2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that :

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country ; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

⁷⁰ Ottoarndt Glossner, "F R Germany," in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. II), eds. Pieter Sanders and Albert J. van den Berg (The Hague/ London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), p. F R Germany - 1.

กระบวนการพิจารณา ซึ่งศาลของเยอรมันจะพิจารณาคำชี้ขาดในกรณีนี้ว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในทางกลับกันหากผู้กรณีเลือกกรุงปารีสเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายเยอรมันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลเยอรมันจะพิจารณาเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศซึ่งศาลเยอรมันมีอำนาจที่จะพิจารณาคำฟ้องคัดค้านคำชี้ขาดที่พิจารณาในกรุงปารีสได้⁷¹

มาตรา 1044 (1)⁷² ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน เล่มที่ 10 เรื่องกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการฉบับแก้ไข ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1986 (German Code of Civil Procedure, Book X, Arbitration Procedure as amended 25 July 1986) ได้บัญญัติเงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ว่า เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศก็ต่อเมื่อใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของต่างประเทศในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ว่าเป็นกฎหมายของต่างประเทศหรือไม่ หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศเยอรมัน แต่มีข้อจำกัดที่หากสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เยอรมันเข้าเป็นภาคีมีลักษณะแตกต่างจากบทบัญญัติข้างต้น เงื่อนไขของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศก็จะเป็นไปตามสนธิสัญญาต่าง ๆ นั้น จึงพิจารณาได้ว่าเยอรมันใช้หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

เนื่องจากเยอรมันเป็นภาคีในพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 จึงได้ออกกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ลงวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1961 หรือ Law on the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 15 March 1961 และเป็นที่ยืนยันกฎหมายของเยอรมันที่ขอมให้ผู้กรณีมีเสรีภาพในการทำสัญญาตามหลัก Party Autonomy ซึ่งผู้กรณีมีเสรีภาพที่จะเลือกสถานที่หรือกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเองได้

⁷¹ Ibid., pp. 10-11.

⁷² German Code of Civil Procedure (Book X)
Section 1044 (1)

A foreign award which has become final (verbindlich) in accordance with the law which is applicable to it shall, except insofar as treaties entered into with States do not contain provisions to the contrary, be declared enforceable in accordance with the procedure prescribed for domestic awards. Section 1039 shall not apply.

ตามบทบัญญัติมาตรา 2(1)⁷³ ของกฎหมายอนุวัติการดังกล่าวกำหนดเกี่ยวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามอนุสัญญากรุงนิววยอร์กที่ไม่ถือเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไว้ว่า หากเป็นคำชี้ขาดที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก โดยอนุญาโตตุลาการได้ทำการอนุญาโตตุลาการขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีอื่นและนำกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศเยอรมันมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีสามารถขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดในประเทศเยอรมันตะวันตกได้ และให้นำมาตรา 1041 มาตรา 1043 มาตรา 1045 วรรคแรก และมาตรา 1046 มาใช้บังคับ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้จึงเป็นการย้ำถึงหลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ใช้ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของเยอรมัน

ในส่วนของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของเยอรมัน ปัจจุบันมีการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมันขึ้นมาใหม่ (The New German Arbitration Act) ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่มที่ 10 หรือ Tenth Book of the German Code of Civil Procedure (ZPO) มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2541 (1 January 1998)⁷⁴ ซึ่งคณะผู้เชี่ยวชาญ (Commission of Experts) นำร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรื่องกฎหมายอนุญาโตตุลาการนี้ขึ้นเสนอต่อกระทรวงยุติธรรมเยอรมัน และมีการรับร่างฯ โดยรัฐสภาเยอรมันในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2540 (December 1997) เนื้อหาสาระที่แก้ไขคือการยอมรับให้นำเรื่องเกี่ยวกับการรวมตัวทางการค้า (Field of Cartels) มาทำการอนุญาโตตุลาการได้ และเป็นกฎหมายที่มีความใกล้เคียงกับกฎหมายแม่แบบ (Model Law) มาก⁷⁵

⁷³ Law on the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 15 March 1961

Article 2 (1) If an award falling under the Convention is made in another Contracting State according to German procedural law, then an action for setting aside this award can be initiated in Germany. Sections 1041, 1043, 1045, para. 1, and 1046 ZPO apply to this action for setting aside.

⁷⁴ The London Court of International Arbitration, "Editorial : The New German Arbitration Law," Arbitration International Vol. 14 Number 1 (1998) : iii.

⁷⁵ Ottoarndt Glossner, "Germany (Recent Development in Arbitration Law and Practice)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. XXI), ed. Albert J. van den Berg (The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1996), pp. 373-375.

สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บรรพที่ 10 นี้ มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมันมาตั้งแต่เมื่อมีการบังคับใช้ ZPO ในปี ค.ศ. 1879 จนปัจจุบันมีเนื้อหาเหมือนกับกฎหมายแม่แบบ ซึ่งการเจริญเติบโตทางการค้าและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประเทศในทวีปยุโรปและประเทศอื่น ๆ ในโลกทำการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ให้มีความทันสมัย เพื่อบรรยากาศที่ดีในการทำอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁷⁶

ลักษณะสำคัญของกฎหมายฉบับใหม่โดยสรุป⁷⁷ มีดังนี้

1. กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมันฉบับใหม่นี้ ใช้ได้กับทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งช่วยให้คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการ และผู้พิพากษา ไม่ต้องยุ่งยากในการกำหนดความแตกต่างดังกล่าว หากนำกฎหมายใหม่มาใช้ โดยมีข้อสังเกตว่าต้องเป็นกรณีของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการอยู่ในประเทศเยอรมัน

2. สามารถใช้ได้โดยไม่จำกัดเฉพาะข้อพิพาททางการค้า (commercial) ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน (property) ก็สามารถนำมาทำการอนุญาโตตุลาการได้ จึงสามารถใช้ได้กับการอนุญาโตตุลาการทุกประเภทในประเทศเยอรมันตามบทบัญญัติมาตรา 1025

3. ตามมาตรา 1026 ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าศาลเยอรมันจะเข้าแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เฉพาะที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น (เช่นเดียวกับมาตรา 5 ของกฎหมายแม่แบบ)

4. องค์คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะกำหนดเขตอำนาจของตนเอง (Kompetenz-Kompetenz) และมาตราชั่วคราวในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายโดยอนุญาโตตุลาการ

5. มาตรา 1051 (2) เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ (the applicable substantive law) ที่จะนำมาใช้ ไม่ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายขัดกัน แต่บัญญัติ

⁷⁶ Karl-Heinz Bockstiegel, "An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law," Arbitration International Vol. 14 Number 1 (1998) : 19-20.

⁷⁷ Ibid. : 19-31.

ให้ใช้กฎหมายของรัฐซึ่งสาระสำคัญของกระบวนการพิจารณามีความเกี่ยวพันกันใกล้ชิดที่สุด หากคู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมาย หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน หรือกฎหมายแม่แบบไว้

6. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแยกเป็น 2 กรณี หากเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (national arbitral awards) ไม่จำเป็นต้องยอมรับและสามารถบังคับได้ตามมาตรา 1059 ส่วนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign arbitral awards) จะเป็นไปตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่มีการนำมาใช้ในกฎหมายเยอรมันก่อนแล้ว โดยไม่ได้รับเอามาตรา 36 ของกฎหมายแม่แบบมา (มาตรา 1061)

แต่อย่างไรก็ดี มีความแตกต่างของบทบัญญัติในบรรพ 10 ใหม่กับใน ZPO เดิม คือ ในขณะที่ ZPO อนุญาตให้นักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศมาใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในเยอรมันโดยถือเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ตามหลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ แต่บรรพ 10 ใหม่ใช้หลักดินแดน หรือหลักสัญชาติของคู่กรณี หรือหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท ตามที่บัญญัติในกฎหมายแม่แบบ

3.2.4 หลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท (The Nature of The Dispute)

อนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้มาจากการที่หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce / ICC) ซึ่งก่อตั้งศาลอนุญาโตตุลาการในปารีส ปี ค.ศ. 1923 เป็นผู้นำแนวความคิดเรื่องลักษณะของข้อพิพาทนี้มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ เป็นเรื่องระหว่างประเทศตามข้อบังคับของ ICC หรือไม่ ซึ่งในช่วงแรกพิจารณาเรื่องระหว่างประเทศเพียงแต่ข้อพิพาทที่เกิดจากการประกอบธุรกิจและเกี่ยวข้องกับคนต่างสัญชาติกันเท่านั้น แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1927 ได้เปลี่ยนข้อบังคับเพื่อให้ครอบคลุมถึงข้อพิพาทที่เป็นเรื่องต่างประเทศแม้คู่กรณีจะเป็นคนชาติในรัฐเดียวกัน

ข้อบังคับฯปัจจุบันก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของศาลอนุญาโตตุลาการของ ICC ซึ่งมีใช้ศาลในความหมายทั่วไปให้เป็นสภาพที่กำหนดที่ควบคุมการทำอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับฯ สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เป็นข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศตามข้อบังคับฯ และไม่ได้บัญญัติความหมายของ “ข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ” ไว้ในบทบัญญัติอื่นใด แต่ได้อธิบายเป็นเชิงปฏิเสธไว้ในคำแถลงของ ICC ว่า “ลักษณะระหว่างประเทศของอนุญาโตตุลาการไม่ได้หมายความว่าคู่กรณีจำเป็นต้องมีสัญชาติที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดีคู่กรณีสามารถกำหนดชื่อยกเว้นในสัญญาได้” ดังตัวอย่างของสัญญาระหว่างคน

สัญชาติเดียวกันทั้งสองฝ่ายตกลงให้มีการชำระหนี้ในอีกรัฐหนึ่ง หรือกรณีสัญญาระหว่างรัฐและหน่วยงานย่อยของบริษัทต่างชาติที่ประกอบธุรกิจในประเทศนั้น

นอกจากนี้ ICC ได้ตีความคำว่า “ระหว่างประเทศ” เพื่อการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องต่างประเทศไว้ว่าเป็นกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัทกับรัฐที่บริษัทย่อยได้จดทะเบียนจัดตั้งและประกอบธุรกิจ ถือเป็นเรื่องระหว่างประเทศตามข้อบังคับของหอการค้า (ICC Rules) ได้⁷⁸

3.2.4.1 อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ICSID มีเขตอำนาจ (jurisdiction) ตามมาตรา 25 แห่ง ICSID Convention 1965 โดยมีองค์ประกอบ 3 ประการ⁷⁹

- 1) เรื่องลักษณะของข้อพิพาทหรือ the nature of the disputes (ratione materiae)
- 2) เรื่องคุณสมบัติของคู่กรณีตามข้อพิพาทหรือ the parties to the disputes (ratione personae)
- 3) เรื่องความยินยอมของคู่กรณีตามข้อพิพาทหรือ the consent of the parties

พิจารณาลักษณะของข้อพิพาทตามองค์ประกอบแรกได้ว่าต้องเป็นข้อพิพาทที่คู่กรณีมีสิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาท ตัวอย่างเช่น เป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนสัญญาตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งข้อพิพาทต้องเกี่ยวกับสิทธิ หรือภาระผูกพัน หรือสภาพทางกฎหมายในการชดเชยค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิตามกฎหมาย กรณีที่ต้องพิจารณาว่าเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่ต้องตัดสินทางเศรษฐกิจหรือทางศีลธรรม หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการที่ต้องทำให้เป็นเรื่องทางการเมืองหรือไม่ จึงไม่ใช่ข้อพิพาททางกฎหมาย⁸⁰ ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 25 (1)⁸¹ ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1965

⁷⁸ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, pp. 15-16.

⁷⁹ Phijaisakdi Horayangkura, “The International Centre for Investment Disputes,” Paper presented at the 7th Lawasia Conference : 3-7.

⁸⁰ Ibid. : 3-4.

⁸¹ Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of others States (ICSID Convention), Article 25 (1).

นอกจากนี้ลักษณะของข้อพิพาทจะต้องเกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน ซึ่งข้อพิพาทนั้นอาจเกิดขึ้นก่อนการแสดงเจตนาของคู่กรณีหรือก่อนที่จะมีการตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนหรืออนุสัญญาฯ ค.ศ. 1965 ก็ได้ กรณีจึงพิจารณาได้ว่าอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1965 นี้เป็นหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท (the Nature of the Dispute) มาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดการใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้ ICSID ที่เป็นสถาบันระหว่างประเทศ ตามมาตรา 25 (1) ของอนุสัญญาฯ

3.2.4.2 กฎหมายแม่แบบ ค.ศ. 1985

กรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามที่บัญญัติในมาตรา 1(3)(b)(ii)⁸² ของกฎหมายแม่แบบนั้นเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อใช้กับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยดูที่ลักษณะระหว่างประเทศของธุรกรรม (international transaction)⁸³ ที่เกิดขึ้นว่าสถานที่ที่มีความสำคัญกับการชำระหนี้ทางการค้า หรือสถานที่ที่สาระสำคัญของข้อพิพาทซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีมากที่สุดอยู่คนละประเทศกับประเทศที่คู่กรณีประกอบธุรกิจหรือไม่ หากเข้าลักษณะตามหลักเกณฑ์ข้างต้นอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นก็ถือเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท

3.2.4.3 ประเทศฝรั่งเศส⁸⁴

กฎหมายภายในของฝรั่งเศสเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมีบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่มที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 1442-1507 (Code of Civil Procedure / CCP, Book IV, Arbitration, Article 1442-1507) ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเลขที่ 81-500 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1981 (Decree No. 81-500 of 12 May 1981) ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสนี้ได้รับบัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไว้ในมาตรา 1442-1491 ของบทที่ 1-4 (title I-IV) ส่วนมาตรา 1492-1507 ของบทที่ 5-6 (title

⁸² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article 1(3)(b)(ii).

⁸³ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 19.

⁸⁴ Yves Derains, "France," in International Handbook on Commercial Arbitration (Vol. II), eds. Pieter Sanders and Albert J. van den Berg (The Hague/London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), p. France - 1-2.

V-VI) จะเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงสภาพของข้อพิพาทในการกำหนดลักษณะการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อลดการแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลที่มีในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ให้น้อยกว่ากรณีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ อันเป็นการสร้างบรรยากาศที่ดีสำหรับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในฝรั่งเศส⁸⁵

ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามมาตรา 1492-1507 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (CCP) มีกำหนดไว้ในมาตรา 1492⁸⁶ โดยให้ความหมายว่า "เป็นการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศ" ซึ่งศาลฎีกา (the Cour de Cassation) ของฝรั่งเศสเป็นผู้พัฒนาขึ้นจากสัญญาต่าง ๆ และการทำอนุญาโตตุลาการ พิเคราะห์คำนิยามเห็นได้ว่าการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ตามกฎหมายวิธีพิจารณาของฝรั่งเศสและคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายเป็นนิติบุคคลของฝรั่งเศสอาจเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้หากสาระสำคัญของข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ จึงพิจารณาได้ว่าประเทศฝรั่งเศสใช้หลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาทกรณีผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศมากำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ดี ลักษณะระหว่างประเทศของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะคดีจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยอยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวพันกันทางการค้าระหว่างประเทศ เช่น สัญชาติของคู่กรณี สถานที่ประกอบธุรกิจของคู่กรณี สถานที่ชำระหนี้ตามสัญญา สถานที่ทำอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่ใช้บังคับ และการเข้าแทรกแซงของสถาบันระหว่างประเทศ เป็นต้น แต่จะไม่มีกรณีการพิจารณาองค์ประกอบทั้งหมดนั้นหากต้องพิจารณาแยกแต่ละเรื่องออกจากกัน

⁸⁵ W. Laurence Craig ; William W. Park and Jan Paulsson, "French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration : The Decree of May 12, 1981 (Articles)," in Yearbook Commercial Arbitration (Vol. VII), ed. Pieter Sanders (The Hague : T.M.C. Asser Institute for International Law, 1982), pp. 407-408.

⁸⁶ Code of Civil Procedure (CCP)

Article 1492 Arbitration is international if it implicates international commercial interests.

3.2.4.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามมาตรา 202⁸⁷ ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของสหพันธรัฐ (United States Arbitration Act / FAA) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ไว้เป็น 2 ประการ

ประการแรก เป็นเรื่องสัญญาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ที่ต้องเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ทางพาณิชย์ ไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาหรือไม่ก็ตาม รวมถึงธุรกรรมการซื้อขาย สัญญา หรือความตกลงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 หมวดที่ 1 (Chapter 1) ของ FAA ในเรื่องที่มีผลบังคับได้ การไม่อาจยกเลิกได้ และการบังคับสัญญาให้ทำการอนุญาโตตุลาการ (validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate) เกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์และธุรกรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับพาณิชย์

และประการที่สอง เป็นเรื่องของการใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีโดยกำหนดว่าสัญญาหรือคำชี้ขาดระหว่างคู่กรณีที่มีสัญชาติอเมริกันทั้ง 2 ฝ่ายจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาฯ เว้นแต่จะเป็นนิติสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ หรือเกี่ยวกับการชำระหนี้หรือการบังคับให้มีการชำระหนี้ในต่างประเทศ หรือมีเหตุอื่นใดอันสมควรที่เกี่ยวข้องกับรัฐต่างชาตินั้นหรือมากกว่านั้น

พิจารณาหลักเกณฑ์ประการแรกได้ดังนี้คือ สัญญาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการประเภทแรกจะต้องเกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ทางการค้าภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา และประเภทที่สองสัญญาหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องเกี่ยวข้องกับธุรกรรมการซื้อขายหรือสัญญา หรือความตกลงที่เป็นไปตามมาตรา 2 ในหมวด 1 ของ FAA⁸⁸ ซึ่งเป็นเรื่องธุรกรรม

⁸⁷ The United States Arbitration Act, Section 202.

⁸⁸ The United States Arbitration Act

Section 2 Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and

ทางพาณิชย์นาวี (maritime transactions) และธุรกรรมทางการค้าอื่น ๆ (transactions involving commerce) ระหว่างรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาหรือกับรัฐต่างชาติ กล่าวได้ว่าลักษณะของหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประเภท ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางการค้าหรือเป็นเรื่องการกระทำทางธุรกิจ เป็นการนำหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาทมาใช้กำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก

มีข้อสังเกตว่า ในคดี *Wijsmuller v. United States*, 1976 A.M.C. 2514 (S.D.N.Y. 1976) ไม่ได้นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ซึ่งเป็นคดีระหว่างบริษัทสัญชาติดัตช์ (Dutch company) กับรัฐบาลอเมริกันที่มีความสามารถกระทำการ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธการออกคำสั่งให้ทำอนุญาโตตุลาการในคดีนี้กรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกู้เรือรบของกองทัพเรือ (salvage operation involving a naval warship) โดยศาลพิพากษาว่า ไม่ว่าความไม่แน่นอนจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม แม้องค์การของรัฐบาลจะกระทำในเชิงพาณิชย์ ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเรือรบก็ไม่เคยถือว่าเป็นเรื่องทางพาณิชย์ในบริบทของการใช้หลักความคุ้มกันทางอธิปไตยของรัฐ (sovereign immunity)⁸⁹

จากการศึกษาวิจัย พบว่าประเทศต่าง ๆ และความตกลงระหว่างประเทศใช้หลักเกณฑ์การกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนี้คือ

(1) ประเทศฝรั่งเศส ใช้หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความและหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท

(2) ประเทศเยอรมัน ใช้หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความเดิม ปัจจุบันใช้หลักดินแดน หลักสัญชาติของคู่กรณี และหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท ตามที่มีในกฎหมายแม่แบบ

(3) ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีและหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท

(4) ประเทศสวีเดนและแลนด์ ใช้หลักสัญชาติของคู่กรณี

(5) ประเทศสวีเดน ใช้หลักดินแดนและหลักสัญชาติของคู่กรณี

(6) ประเทศอังกฤษ ใช้หลักดินแดนและหลักสัญชาติของคู่กรณี

enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

⁸⁹ Gerald Aksen, "Application of the New York Convention by United States Courts (Articles)," in *Yearbook Commercial Arbitration (Vol. IV)*, p. 343.

- (7) ประเทศอิตาลี ใช้หลักสัญชาติของคู่กรณี
- (8) พิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 ใช้หลักดินแดน
- (9) อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ใช้หลักดินแดน
- (10) อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ใช้ทั้งหลักดินแดนและหลักเลือกกฎหมาย

วิธีพิจารณาความ

- (11) อนุสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ใช้หลักสัญชาติของคู่กรณีและหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท
- (12) กฎหมายแม่แบบ ค.ศ. 1985 ใช้หลักดินแดน หลักสัญชาติของคู่กรณี และหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท

พิจารณาจากหลักเกณฑ์ 4 หลักทั้งหมดในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและต่างประเทศ พบว่าประเทศส่วนใหญ่ต่างใช้หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำอนุญาโตตุลาการและหลักสัญชาติของคู่กรณีเป็นเกณฑ์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสวีเดน ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศอังกฤษ และประเทศอิตาลี เป็นต้น เฉพาะประเทศอิตาลี และประเทศสวิตเซอร์แลนด์เท่านั้นที่ใช้เพียงหลักสัญชาติของคู่กรณี ส่วนการใช้หลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นทางออกสำหรับประเทศที่ให้เสรีภาพแก่คู่กรณีในการเลือกกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาใช้แก่การดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน สุดท้าย การใช้หลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาทเป็นแนวคิดเพื่อส่งเสริมการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในความตกลงระหว่างประเทศ พบว่า

- หลักดินแดนหรือหลักสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เป็นหลักที่นิยมใช้ในความตกลงระหว่างประเทศ เช่น พิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 และอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 (ปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ทหมดแล้ว สนธิสัญญากรุงเจนีวาทั้งสองฉบับจึงแทบจะไม่มีกรนำมาใช้) อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 และกฎหมายแม่แบบ ค.ศ. 1985 เป็นต้น

- ส่วนหลักสัญชาติของคู่กรณี มีใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 และกฎหมายแม่แบบ ค.ศ. 1985 แต่ไม่มีการใช้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เนื่องจากประสงค์ให้ขอบเขตการใช้อนุสัญญามีลักษณะที่กว้างกว่าสนธิสัญญากรุงเจนีวาทั้งสองฉบับ และเป็นหลักที่สามารถนำมาใช้ได้ทั่วไปกับทุกคำชี้ขาดที่ได้กระทำขึ้นในรัฐอื่นที่มีรัฐที่มีการขอให้อยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในลักษณะ universality

- สำหรับหลักเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ มีใช้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นข้อเสนอที่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันยกขึ้นมาในที่ประชุมยกร่างอนุสัญญาฯ ด้วยเหตุว่าประเทศตนให้เสรีภาพแก่คู่กรณีในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาความ

- และสุดท้ายหลักเกี่ยวกับสภาพของข้อพิพาท มีใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 และกฎหมายแม่แบบ

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาได้ว่ากฎหมายแม่แบบเป็นแนวโน้มที่ดีในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้มีความทันสมัยและเป็นสากล ด้วยว่าบรรจุทั้ง 4 หลักเกณฑ์ไว้เพื่อความสะดวกในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย