

## บทที่ 2

### ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ

#### 2.1 ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ

##### 2.1.1 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง "กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้กมัตคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri<sup>1</sup>) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ บังคับแก่อนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา"<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> " lex arbitri กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ปกติคือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่อาจรวมถึงกฎหมายว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามข้อตกลง ตลอดจนคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการอาจไม่ใช่กฎหมายของประเทศที่การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นก็ได้ โดยปกติการอนุญาโตตุลาการนั้น เมื่อพิจารณาที่ได้ก็ถือว่าเกิด ณ ที่นั้น และดังนั้น คำชี้ขาดต้องทำ ณ ประเทศนั้นๆด้วย" (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร . พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร : สามย่านวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 122 ).

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 19.

นอกจากนี้ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีผู้ที่เสนอคำนิยามของคำว่า "อนุญาโตตุลาการ" อีกหลายท่าน เช่น David , R "อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้กับบุคคลหรือหลายคน ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือมากกว่า โดยอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดจากการตกลงกันของคู่กรณี มิใช่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น"<sup>3</sup>

ก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญาใดๆ เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศจะต้องตกอยู่ภายใต้ของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันมากมาย โดยในยุคนั้นหลายประเทศถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลเป็นการรื้อถอนอำนาจศาล เป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่อาจที่จะใช้บังคับกันได้ บางประเทศก็ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้เฉพาะกรณีที่มีการตกลงให้ อนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น จะตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดไม่ได้ บางประเทศก็กำหนดว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือ บางประเทศยอมให้ทำโดยวาจาได้ นอกจากนี้ยังมีปัญหาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งแม้จะสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา นำคดีมาฟ้องร้องในศาลโดยฝ่าฝืนข้อตกลงในเรื่องอนุญาโตตุลาการ อีกฝ่ายจะมีทางเยียวยาอย่างไร กฎหมายบางประเทศก็มีทัศนะว่าแม้จะถือสัญญาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่ศาลก็จะไม่มาบังคับให้คู่สัญญาไปอนุญาโตตุลาการ เมื่อนำคดีมาฟ้องร้องในศาล ศาลก็จะรับคดีไว้พิจารณา คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาก็สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ปกติแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าค่าเสียหายมีจำนวนมากน้อยเพียงใด ดังนั้น ศาลก็จะกำหนดให้ค่าเสียหายเป็นเพียงพิธี ( Nominal Damages ) เท่านั้น ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการขาดความศักดิ์สิทธิ์<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> David . R , Arbitration in International Trade , ( Denver / Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publisher , 1985 ) , page 5.

<sup>4</sup> อนันต์ จันทโรภากร , กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ( กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2540 ) , หน้า 49.

ปัญหาความแตกต่างกันของกฎหมายในแต่ละประเทศ เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยอาศัยแต่เพียงหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ( Conflict of Law Rules ) แต่จะต้องแก้ไขโดยอาศัยสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ<sup>5</sup> ซึ่งต่อมาองค์การสันนิบาตชาติ และองค์การสหประชาชาติได้มีการบัญญัติอนุสัญญาในกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการดังนี้

(1) เจนีวาโปรโตคอล ค.ศ. 1923 ( Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923 )

(2) อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1927 ( Geneva Convention on Execution of Foreign Arbitral Awards 1927 )

(3) อนุสัญญานิวยอร์ค ค.ศ. 1958 ( New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards 1958 )

เมื่อเป็นเช่นนี้ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมน้อยลงแพร่หลายในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ คือ การบังคับตามคำชี้ขาดได้ในหลายประเทศ ลักษณะเด่นประการนี้ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทำได้ง่ายกว่าและกว้างขวางกว่าคำพิพากษาของศาลอย่างมาก กรณีคำพิพากษาของศาล ตามปกติกรณีที่ชนะคดีย่อมจะสามารถบังคับตามคำพิพากษาได้เฉพาะในประเทศที่ศาลมีคำพิพากษาของศาลประเทศหนึ่งไปบังคับในอีกประเทศหนึ่งไม่ได้ หากต้องการจะบังคับคดีจากทรัพย์สินของฝ่ายที่แพ้คดีซึ่งอยู่ในอีกประเทศหนึ่งก็ต้องนำเรื่องทั้งหมดไปฟ้องคดีใหม่ในประเทศที่ฝ่ายแพ้คดีมีทรัพย์สินอยู่ เนื่องจากคำพิพากษาของศาลถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศหนึ่ง จึงไม่สามารถนำไปบังคับในอีกประเทศที่ต่างมีอำนาจอธิปไตยของตนได้ ดังนั้น หากคู่กรณีมีธุรกิจหรือทรัพย์สินอยู่ในหลายประเทศ การบังคับกับทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศต่างๆ จึงยุ่งยากและเสียเวลามาก แต่ปัญหาที่กล่าวถึงนี้จะไม่

---

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 49.

เกิดกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ( New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards 1958 ) ซึ่งประเทศภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวจึงสามารถนำไปบังคับกับประเทศภาคีประเทศใดก็ได้ที่คู่กรณีที่พักคดีมีทรัพย์สินอยู่ ไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ทั้งหมด กรณีที่ศาลของประเทศภาคีจะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จะจำกัดเฉพาะ แต่เหตุที่อนุสัญญากำหนดไว้เฉพาะเท่านั้น<sup>6</sup>

### 2.1.2 ลักษณะของอนุญาโตตุลาการ

(1) อนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยอนุญาโตตุลาการนั้น ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในแต่ละประเทศว่ากิจการใดบ้าง ที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อย และต้องให้ศาลซึ่งถือได้ว่าเป็นองค์กรของรัฐเป็นผู้พิจารณาและตัดสิน

(2) บุคคลซึ่งทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาท หรือทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องมิใช่คู่กรณีในข้อพิพาทนั่นเอง หากแต่เป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลางซึ่งได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งจากคู่กรณี หรือได้รับแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้

(3) ขอบเขตของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำการเกินขอบอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้

(4) อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการพิจารณาความ จะตัดสินตามอำเภอใจไม่ได้ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกระบวนการ

---

<sup>6</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี , อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท ( กรุงเทพฯ : นิติรัฐ , 2545 ) , หน้า 8.

เคร่งครัดเหมือนกับศาล เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ ความต้องการลดความยุ่งยากในเรื่องพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาในศาล เป็นต้นว่า ต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี<sup>7</sup> และตัดสินโดยอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาเสนอ

(5) อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นกระบวนการพิจารณาที่คู่สัญญาตกลงกันเฉพาะในเรื่องที่รัฐไม่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องและควบคุม ดังนั้นจึงต้องให้เสรีภาพแก่คู่สัญญามากที่สุด ในการตกลงกันในเรื่องวิธีการพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐมีบทบาทเพียงคอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี และพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น

(6) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปให้ถือเป็นที่สุด คือ คำชี้ขาดนั้นมีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งสามารถอาศัยอำนาจศาลยุติธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาด<sup>8</sup>

(7) การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มิใช่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้คู่กรณีที่จำเป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณา และบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> “The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case” ( UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Article 18.Equal treatment of parties) และมาตรา 25 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

<sup>8</sup> อนันต์ จันทโรภากร , กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล ( กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2536 ) , หน้า 10.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 11.

### 2.1.3 ประเภทของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการนั้น มีผลเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่จะนำไปใช้กับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เมื่อเป็นเช่นนี้ ทำให้สามารถแบ่งเป็นประเภทใหญ่ได้ 2 ประเภท ได้แก่ อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

#### 2.1.3.1 อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

หมายถึง กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นโดยมีความเกี่ยวพันหรือสัมพันธ์กับประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียว กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ตกลงระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นมีสัญชาติเดียวกัน และเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ และดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการทั้งหมดภายในประเทศของคู่กรณี และเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทเป็นกฎหมายของประเทศเดียวกับสัญชาติของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

#### 2.1.3.2 อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

หมายถึง กระบวนการอนุญาโตตุลาการใดก็ตามที่มีความเกี่ยวพันกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศขึ้นไป ไม่ว่าจะมีความเกี่ยวพันนั้นจะเกิดจากคู่สัญญาเนื้อหาของเรื่องพิพาท หรือแม้กระทั่งเกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเอง เช่น

- คู่กรณีในข้อพิพาทที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอาจจะมีสัญชาติหรือสถานประกอบธุรกิจอยู่คนละประเทศ
- คู่กรณีอาจจะมีสัญชาติ หรือสถานประกอบธุรกิจอยู่ในประเทศเดียวกันแต่สถานที่ที่จะต้องดำเนินการตามสัญญาอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง

- คู่กรณีอาจจะมีสัญชาติ หรือสถานประกอบธุรกิจอยู่ในประเทศเดียวกัน แต่เลือกให้ไปดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในอีกประเทศหนึ่ง<sup>10</sup>

ทั้งนี้ ใน Article 1 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ได้กล่าวถึงขอบเขตและคำจำกัดความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>11</sup> ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับที่กล่าวมาข้างต้น

การที่ต้องแยกการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้น ก็เพราะใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างกันในเรื่องต่างๆ ที่สำคัญหลายเรื่อง กล่าวคือ การใช้กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันกำหนดที่ใช้บังคับไว้ การให้ความช่วยเหลือของรัฐต่อการอนุญาโตตุลาการ คือ ถ้าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ศาลของประเทศนั้นสามารถให้ความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการต่างๆ และอื่นๆ เช่น การขอให้ศาลใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา แต่ถ้าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ของการบังคับตามคำชี้ขาดที่แตกต่างกัน<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี , อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท ( กรุงเทพฯ : นิติรัฐ , 2545 ) , หน้า 18.

<sup>11</sup> Aron Broches , Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ( Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers , 1990 ) , page 2.

<sup>12</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์ , คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและอนุญาโตตุลาการ ( กรุงเทพมหานคร : ธรรมศาสตร์ , 2543 ) , หน้า 146.

กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น มีความกระบวนกร อนุญาโตตุลาการที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศขึ้นไป ไม่ว่าจะ ความเกี่ยวพันนั้นจะเกิดจากคู่สัญญา เนื้อหาของเรื่องพิพาท หรือแม้กระทั่งเกิด จากการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเอง สัญญา อนุญาโตตุลาการเมื่อมีลักษณะระหว่างประเทศ สัญญาดังกล่าวย่อมตกอยู่ ภายใตักฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>13</sup> ทั้งนี้ เพราะสัญญานี้ก็มี สถานะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ส่วนกระบวนกรอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ การตั้งอนุญาโตตุลาการ การส่งหมาย การสืบพยาน การชี้ขาดข้อพิพาท ย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดของ สัญญาตั้งอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่มีผลต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>14</sup> คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงให้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กระบวนพิจารณาเป็น กฎหมายของประเทศใดก็ให้เป็นไปตามที่ตกลงกัน ส่วนกฎหมายว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมายนั้น จะใช้ในกรณีที่เป็นบทบัญญัติ หรือข้อตกลงที่มีความ เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

## 2.2 หลัก Party Autonomy ในการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ เกิดจากการตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสอง ฝ่าย กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะนำเสนอข้อพิพาทนั้นต่อ

<sup>13</sup> "กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ( Law on Conflict of Laws ) คือ กฎหมายที่ วางหลักเกณฑ์ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดมาบังคับแก่คดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับ ต่างประเทศในทางใดทางหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมิใช่บทบัญญัติที่จะ นำไปใช้ปรับแก้คดีให้แพ้หรือชนะไปได้โดยตรง หากแต่เป็นเครื่องมือของผู้ใช้กฎหมายที่จะใช้ ค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับกับคดีนั้นๆ ได้ถูกต้อง" ดูจาก กมล สนธิเกษตริน , คำอธิบาย กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล , ( กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ , 2539 ) พิมพ์ ครั้งที่ 7 , หน้า 185.

<sup>14</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล , ( กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2538 ) , หน้า 67.



อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นจึงเกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจน จึงขอกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับการตกลงกันของคู่สัญญาในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

### 2.2.1 ความหมายหลัก Party Autonomy <sup>15</sup>

หลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง ได้แก่

**หลัก Party Autonomy คือ หลักที่ยอมให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันในการเลือกกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดกับสัญญาซึ่งเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ทางการค้าของคู่สัญญา** ไม่เพียงแต่เป็นหลักในการเลือกกฎหมาย ( Choice of Law ) ของคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักที่ยอมรับในอนุสัญญาระหว่างประเทศด้วย เช่น Article 3 ของ European Convention <sup>16</sup> ว่าด้วยเรื่องบทบัญญัติซึ่ง

---

<sup>15</sup> "Party Autonomy หรือหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจร่วมกันในการกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการ นับตั้งแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนภาษาที่ใช้ในการพิจารณา" ( พิชัยศักดิ์ ทรัพย์งาม , รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า , ( กรุงเทพฯ : สามย่านวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 151).

<sup>16</sup> "European Convention on International Commercial Arbitration ( Geneva Convention 1961 )

อนุสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ หรืออนุสัญญานครเจนีวา ค.ศ. 1961

อนุสัญญานครเจนีวา ค.ศ. 1961 นี้ ทำขึ้นเมื่อ 21 เมษายน ค.ศ. 1961 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1964 ยกเว้นเรื่องตามย่อหน้าที่ 3 ถึง 7 ของ Article 4 ซึ่งมีผลเมื่อวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1965 ตาม Article 1 ของอนุสัญญาดังกล่าวใช้กับข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและวิธีพิจารณา ตลอดจนคำชี้ขาดซึ่งเกิดจากข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งในขณะที่ทำข้อตกลงนั้นมีถิ่นที่อยู่ปกติ หรือสถานที่ทำการในรัฐภาคีต่างรัฐกัน" ดูจาก

คู่สัญญาต้องคำนึงในการเลือกกฎหมาย และ Article 7 (1) ของอนุสัญญากรุงเทพ ว่าด้วยเรื่องของสัญญาการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนั้น หลัก Party Autonomy ยังได้นำไปบัญญัติในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายต้นแบบ ( Model Law ) และอนุสัญญาของศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาทในการลงทุน ( International Centre for Settlement of Investment Dispute หรือ ICSID ) ด้วย<sup>17</sup>

ในวงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับใน "หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาท ( Party Autonomy )" ว่าคู่พิพาทย่อมมีอิสระอย่างเต็มที่ในการตกลงกำหนดขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ตราบเท่าที่การกำหนดนั้นไม่ทำให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเสียความเป็นธรรม หลักการดังกล่าวนี้มีสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกับ "หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ( Freedom of the Parties )" อันเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่มาของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งปกติคู่พิพาทย่อมสามารถตกลงให้ต่างไปจากที่กำหนดในกฎหมายได้เสมอ ตราบเท่าที่การกำหนดนั้นไม่ขัดแย้งกับ "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ( Public Policy )" การกำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศนั้น ไม่แตกต่างมากนักกับการที่คู่พิพาทนำเอาข้อความในกฎหมายของต่างประเทศทั้งหมดมาบรรจุอยู่ในสัญญา ระหว่างคู่พิพาท ซึ่งทำให้ข้อความของกฎหมายเหล่านั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดรายละเอียดต่างๆไว้ในสัญญาโดยเฉพาะ กฎหมายก็ยอมรับบังคับให้ ดังนั้น กฎหมายก็ควรยอมรับเจตนาของคู่พิพาทที่กำหนดให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ แทนการนำรายละเอียดของกฎหมายทั้งหมดมาใส่ในสัญญา ตราบเท่าที่กฎหมายของต่างประเทศนั้นไม่ขัดกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

---

พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, ( กรุงเทพมหานคร : สามย่านวิทยพัฒนา , 2540 ) , หน้า 72.

<sup>17</sup> Teo Keang Sood , Current Legal Issues in International Commercial Litigation ( National University of Singapore , 1997 ) , Page 117.

ประชาชน ( Public Policy ) ของไทย ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศนั้นมีความขัดแย้งในลักษณะดังกล่าวหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากการตกลงกำหนดให้ใช้กฎหมายของต่างประเทศนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงเช่นนั้นย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายทั่วไปในเรื่องนิติกรรมสัญญา<sup>18</sup>

## 2.2.2 หลักการที่สำคัญของ Party Autonomy

จากความหมายของหลัก Party Autonomy ในการอนุญาโตตุลาการที่กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ คู่กรณีมีอิสระอย่างเต็มที่ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับแกข้อพิพาท และกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ ตราบเท่าที่การตกลงนั้นไม่ทำให้เสียความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการ ทั้งนี้ หมายความว่าความตกลงนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย โดยมีหลักการสำคัญที่มีความเกี่ยวข้องกับหลัก Party Autonomy ได้แก่

### 2.2.2.1 หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ( Freedom of The Parties )

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีตกลงกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อนุญาโตตุลาการจะไม่กระทำการใดๆ เกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หากปราศจากข้อตกลงดังกล่าว เมื่อคู่กรณีมีอำนาจแม้แต่ในเรื่องจะให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือไม่ คู่กรณีจึงควรต้องมีอำนาจที่จะกำหนดกระบวนการและขั้นตอนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการด้วย นอกจากนี้ ก่อนที่คู่กรณีจะตกลงทำข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามปกติ

---

<sup>18</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี , อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท , ( กรุงเทพฯ : นิติรัฐ , 2545 ) , หน้า 99.

คู่กรณีจะมีการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว และเห็นว่าเงื่อนไขของข้อสัญญาที่มีความเหมาะสมแล้ว ดังนั้น กฎหมายควรเคารพการแสดงเจตนาที่แสดงออกทางสัญญานั้น<sup>19</sup>

#### 2.2.2.2 หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ( Due Process )

แม้กฎหมายจะยอมให้คู่กรณีสามารถทำความตกลงเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ แต่จำเป็นต้องหาจุดสมดุลให้ได้ว่าการตกลงของคู่กรณีจะต้องไม่ถึงขนาดที่ทำให้กระบวนการที่จะดำเนินต่อไปต้องเสียความเป็นธรรม และในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จำเป็นต้องให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการดำเนินคดีและนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเลือกที่จะไม่ใช้โอกาสนั้นเอง<sup>20</sup> ดังปรากฏในมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ และ Article 18 ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1985

#### 2.2.3 ลักษณะของหลัก Party Autonomy ในการอนุญาโตตุลาการ

หลักเรื่องของ Party Autonomy นั้น อยู่ในกรอบของกฎหมายที่คู่กรณีเลือกมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ( Applicable Law )

กฎหมายที่คู่กรณีเลือกมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ( Applicable Law ) มีลักษณะดังนี้

ตามปกติ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักการที่กฎหมายที่คู่กรณีเลือกจะตัดสินชี้ขาดไปตามอำเภอใจของตนหาได้ไม่ การเลือกกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแบ่งได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 40.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 40.

กรณีแรก หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ( Domestic Arbitration ) ซึ่งคู่พิพาทต่างเป็นคนสัญชาติไทยด้วยกัน และเรื่องที่พิพาทเกี่ยวพันเฉพาะประเทศไทย ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทมีไม่มากนัก เพราะกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะมีเพียงกฎหมายของประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงเลือกใช้เฉพาะกฎหมายไทย ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายไทย ส่วนกฎหมายฉบับใดนั้นเป็นอีกปัญหาซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทว่าเรื่องใดแล้วจึงนำกฎหมายเรื่องนั้นมาใช้ตัดสิน

กรณีที่สอง หากเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ( Foreign Arbitration ) ซึ่งคู่พิพาทอาจจะมีสัญชาติที่แตกต่างกัน และเรื่องที่พิพาทอาจจะเกี่ยวพันกับหลายประเทศ ปัญหาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องที่พิพาทจะมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เนื่องจากประเทศต่างๆ เป็นเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นจะเป็นประเทศของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายเรื่องต่างๆ เป็นของตนเอง และบทบัญญัติเหล่านั้นอาจจะเหมือนหรือแตกต่างกันก็ได้ ในกรณีที่กฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน การที่คณะอนุญาโตตุลาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งอาจจะให้ผลอย่างหนึ่ง และหากเลือกใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่ง ส่วนในกรณีที่กฎหมายของประเทศต่างๆ เหมือนกันจะไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด เพราะไม่ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดก็จะให้ผลเช่นเดียวกัน

ในกรณีที่ข้อพิพาทที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยเกี่ยวพันกับหลายประเทศ หากสัญญาได้กำหนด "กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ( Governing Law ) ไว้เฉพาะว่าจะให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศใด คณะอนุญาโตตุลาการก็จะผูกพันให้ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศนั้น ตามที่กำหนดไว้ในพระราชอนุญาโตตุลาการ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง โดยในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติอธิบายให้ชัดเจนขึ้นด้วยว่ากฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้ นั้น หมายถึง "กฎหมายสารบัญญัติ ( Substantive Law )" ของประเทศนั้น ซึ่งจะบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของคู่สัญญาไว้โดยเฉพาะมิใช่หมายถึง "กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ( Rules on Conflict of Laws )" ของประเทศที่กำหนดไว้

ในกรณีนี้ที่คู่สัญญาได้กำหนด "กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา" ไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างกัน ในสาระสำคัญอันจะทำให้ผลคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป ตามมาตรา 34 วรรคสอง กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย ส่วนจะเป็นกฎหมายฉบับใด คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทอีกครั้งดังกล่าวข้างต้น

หากกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทแตกต่างกฎหมายประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจจะทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความแตกต่างกันได้หากใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ จึงมีปัญหาคณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยว่าในบรรดากฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจะต้องนำกฎหมายของประเทศใดมาปรับใช้ มาตรา 34 วรรคสองของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ได้กำหนดแนวทางที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องเลือกกฎหมายของประเทศต่างๆ ตาม "หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ( Conflict of Laws )" อย่างไรก็ตาม มาตราดังกล่าวก็ไม่ได้ให้คำตอบทั้งหมดแก่คณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ต่างก็มีหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของตนเองเช่นกัน ซึ่งผลที่ได้จากการปรับใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศอาจได้ผลที่แตกต่างกันด้วย มาตรา 34 วรรคสองของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่ระบุให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร ตามปกติหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณานำมาปรับใช้ อาจแบ่งได้เป็น 2 แนว<sup>21</sup>

แนวแรก คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นที่ตั้งของ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการไปดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศนั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีส่วนในการใช้อำนาจ

---

<sup>21</sup> สรวิต ลิมปริงซี , อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท ( กรุงเทพฯ : นิติรัฐ , 2545 ) , หน้า 95.

ตุลาการของประเทศนั้นด้วย คณะอนุญาโตตุลาการจึงอาจต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศนั้นด้วย

แนวที่สอง คือ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพิพาทมากที่สุด ( The country most closely connected to the dispute ) เนื่องจาก ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ บ่อยครั้งที่สถานที่เป็นกลางซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่พิพาทหรือเรื่องพิพาทแต่อย่างใด การนำกฎเกณฑ์ของประเทศนั้นมาใช้กับ การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท จึงอาจเป็นการไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดผลอันเสียหาย ความหมายของคู่พิพาทได้ จึงมีแนวคิดที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการควรต้องใช้กฎเกณฑ์ของ ประเทศที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเรื่องพิพาทมากที่สุด โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณา เนื้อหาของเรื่องพิพาทและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง <sup>22</sup>

หลัก Party Autonomy นั้น มีผลต่อการเลือกใช้กฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์ โดยวางหลักอยู่บนพื้นฐานของความชัดเจนทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม Party Autonomy นั้น ถูกจำกัดโดยกฎหมายภายในของของแต่ละประเทศ คือ กฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับสัญญาของคู่สัญญามากที่สุด และนโยบายซึ่งมีความสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ เช่น นโยบายเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่า เช่น ลูกจ้าง หรือ ผู้บริโภค ซึ่งการกำหนดนโยบายของแต่ละชาตินั้น ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพ และมีการเพิ่มขึ้นในเรื่อง เช่น การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่สาม หรือ กฎหมายว่าด้วยเรื่องหุ้นส่วนบริษัท มันเป็นความชัดเจนที่ว่าหลัก Party Autonomy ไม่สามารถกำหนดกฎหมายที่เลือกใช้บังคับแก่ข้อพิพาทซึ่งมีผลต่อนโยบายสำคัญของแต่ละประเทศได้ <sup>23</sup>

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 95.

<sup>23</sup> Giuditta Cordero Moss and Tano Aschehoug , INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION : Party Autonomy and Mandatory Rules , ( AIT Otta AS , 1999 ) , page 402.

ดังนั้น ถึงแม้ว่า หลัก Party Autonomy นั้น จะเป็นหลักซึ่งให้อิสระแก่คู่สัญญา ในการเลือกใช้กฎหมายที่จะบังคับแก้ข้อพิพาทได้ แต่ก็มิได้หมายความว่าคู่สัญญาจะมี อิสระอย่างไม่มีขอบเขต ซึ่งหลัก Party Autonomy ก็มีข้อจำกัด ดังนี้

- (1) การเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ถ้า ผลของการปรับใช้นั้นจะขัดต่อหลักพื้นฐานของ lex fori หรือ กฎหมายแห่งที่ตั้ง ของศาล <sup>24</sup>
- (2) การเลือกใช้กฎหมายของคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ต้องห้ามในกฎหมายขัดกัน
- (3) กฎหมายที่คู่กรณีเลือกใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ยังถูก จำกัดด้วยบทบังคับ ( Mandatory Provisions ) <sup>25</sup> กล่าวคือ เอกกฎหมายของ ประเทศนั้นมาใช้ได้กับทุกเรื่อง แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายเพื่อบังคับใช้ในท้องถิ่น

จากที่กล่าวมา จึงเห็นได้ว่าหลัก Party Autonomy มีข้อจำกัด อยู่หลายประการ เช่นกัน แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอกล่าวถึงเฉพาะข้อจำกัดในประเด็นของบทบังคับ ( Mandatory Provisions ) เท่านั้น

## 2.3 ลักษณะของบทบังคับ ( Mandatory Provisions )

### 2.3.1 ความหมายและลักษณะของบทบังคับ ( Mandatory Provisions )

การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการตกลงกันที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือข้อ พิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

---

<sup>24</sup> "lex fori หรือ กฎหมายแห่งที่ตั้งของศาล คือ กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศไทยที่ศาล ตั้งนั่นเอง" ( พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร , พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ , ( กรุงเทพมหานคร : สาม ยานวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 122 ).

<sup>25</sup> Giuditta Cordero Moss and Tano Aschehoug , INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION : Party Autonomy and Mandatory Rules , ( AIT Otta AS , 1999 ) , page 53.



คู่สัญญาได้กำหนดการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขข้อพิพาทได้ ตามหลัก Party Autonomy ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามหลัก Party Autonomy นั้น ก็มีข้อจำกัดเช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ทั้งนี้จะศึกษาเฉพาะบทบัญญัติที่มีลักษณะบทบังคับ

**“บทบังคับ หมายถึง บทบัญญัติที่บังคับให้ปฏิบัติตาม โดยไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้”**

ดังนั้น หากคู่กรณีตกลงกันในข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นบทบังคับ ( Mandatory Provisions ) นั้น ย่อมทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการฉบับนั้น ตกเป็นโมฆะ และส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่สามารถนำไปบังคับกับผู้ถูกบังคับได้ บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะบังคับว่าต้องมีสัญญาทุกฉบับ และเป็นสิ่งที่คู่สัญญาไม่สามารถตัดออก หรือกำหนดให้แตกต่างได้ ซึ่งการจำกัดเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ , การเลือกใช้กฎหมาย โดยคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม หรือกฎหมายภายในของคู่สัญญานั้นๆ <sup>26</sup> เช่น มีบางเรื่องที่รัฐห้ามคู่กรณีเลือกใช้กฎหมายเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ คู่กรณีต้องทำตามกฎหมายของรัฐซึ่งเป็นบทบังคับ กรณีหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับ เช่นว่านี้มีอยู่น้อยมากในเรื่องการค้าระหว่างประเทศที่เห็นชัดเจน ได้แก่ หลักอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และหลักต้องใช้ศาลภายในตัดสินตามลัทธิ Calvo <sup>27</sup> ของพวกลาตินอเมริกา <sup>28</sup>

<sup>26</sup> Pallas Dissertation , Super Mandatory Rles : History , Concept , Prospect . Available from Http : // nikko 69 . online . fr / pallas\_dissertation . html

<sup>27</sup> “Calvo Clause ข้อความในสัญญาที่ถือตามความคิดของ Calvo เป็นข้อความที่มีในสัญญาสัมปทานในประเทศอเมริกาใต้ ที่ห้ามผู้รับสัมปทานเรียกให้รัฐเจ้าของการลงทุนช่วยเหลือ แต่ต้องทำตามกฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุน ข้อความคิดแบบ Calvo นี้ เกิดจากความคิดของ Carlos Calvo นักการทูตชาวอาร์เจนตินา

ผลที่ตามมาของ Calvo Clause ก็คือ ผู้ลงทุนไม่สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทกับประเทศผู้รับการลงทุน แต่นักนิติศาสตร์ประเทศตะวันตกมักอ้างว่า Calvo Clause นี้ใช้ไม่ได้ เพราะเอกชนไม่มีสิทธิละสิทธิของรัฐที่จะให้ความคุ้มกันกับคนสัญชาติของ

กล่าวคือ บทบังคับเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่สอดแทรกอยู่ในสัญญาทุกประเภท แต่หลักสำคัญของสัญญา คือ คู่กรณีมีอิสระอย่างเต็มที่ในการตกลงกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญา รวมถึงการเลือกใช้กฎหมาย ( Choice of Law Rules ) ตามหลัก Party Autonomy อย่างไรก็ดี หากความตกลงใดๆ มีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะของประเทศ ซึ่งย่อมมีความสำคัญกว่าหลัก Party Autonomy ข้อตกลงนั้นถือเป็นเป็นโมฆะ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าบทบังคับ ( Mandatory Provisions ) เป็นข้อยกเว้นของหลัก Party Autonomy<sup>29</sup> นอกจากนี้ บทบังคับยังเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ เช่น การนำเข้า-ส่งออก และผลประโยชน์สาธารณะของประเทศ และคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่า เช่น ผู้รับจ้าง ผู้บริโภค มิให้ถูกเอาเปรียบ<sup>30</sup> ดังนั้น เมื่อบทบังคับ ( Mandatory Provisions ) มีความเกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ ผลประโยชน์สาธารณะของประเทศ และหมายรวมถึงจารีตประเพณีและกฎหมายภายในที่มีผลใช้บังคับของประเทศนั้นๆ ด้วย บทบังคับของแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกัน เพราะแต่ละประเทศย่อมมีนโยบายทางเศรษฐกิจและกฎหมายแตกต่างกันด้วย

ตน " ดูจาก ร.ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร , พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ , ( กรุงเทพมหานคร : สยามยานวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 31.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 128.

<sup>29</sup> " Overriding Mandatory Rules apply to an area that is in principle subject to party autonomy ; the parties can choose the law governing their transaction , and the choice of law has full effect. In particular respects , however , concerning interests that the state deems more important than the principle of party autonomy , the choice made by the parties is Overridden. Overriding Mandatory Rules , therefore , operate as an exception to party autonomy." ( Giuditta Cordero Moss and Tano Aschehoug , INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION : Party Autonomy and Mandatory Rules , ( AIT Otta AS , 1999 ) , page 104 ).

<sup>30</sup> Cheshire and North's . Private International Law : Twelfth Edition , ( 1992 ) , Page 496.

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีบทบังคับมีสอดแทรกอยู่ในกฎหมายหลายประเภท ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น จึงจำแนกบทบังคับซึ่งสอดแทรกอยู่ในกฎหมายตาม 2 แนวความคิด ดังนี้

แนวความคิดแรก : แนวคิดจากจุดเริ่มต้น

บทบังคับสอดแทรกอยู่ใน

- (1) กฎหมายที่พึงใช้บังคับแก่สัญญา ( lex causae <sup>31</sup>)
- (2) กฎหมายแห่งถิ่นที่ศาลซึ่งพิจารณาคดีตั้งอยู่ ( lex fori <sup>32</sup>)
- (3) กฎหมายของประเทศที่สาม
- (4) กฎหมายที่บัญญัติ โดย

- มติของคณะมนตรีความมั่นคง

<sup>31</sup> "การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้น ( lex causae Theory )

หลักเกณฑ์ ได้แก่ การใช้กฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่กรณีนั้นเองเป็นบรรทัดฐาน เพื่อนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้นมาปรับดูว่า เรื่องนั้นมีลักษณะเป็นอะไรในทางกฎหมาย ทั้งนี้คือจากแง่กฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่กรณีนั้นเองว่าเป็นเรื่องนั้นๆ หรือไม่" ( กมล สนธิเกษตริณ , คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล , ( กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ , 2521 ) , หน้า 221).

<sup>32</sup> "การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่ ( lex fori Theory )

หลักเกณฑ์ ได้แก่ การใช้กฎหมายภายในของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่ ( lex fori ) เป็นเครื่องมือในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง สำหรับศาลไทยกฎหมายที่จะนำมาใช้ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ตามหลัก lex fori ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศที่ศาลซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีตั้งอยู่ ( lex fori ) นั้น มีวิธีการดังนี้ คือ เมื่อคู่กรณีนำข้อเท็จจริงใดมาสู่ศาล ศาลไทยจะต้องไปค้นหาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อทราบข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น จะจัดเข้าไว้ในเรื่องใด" ( เรื่องเดียวกัน , หน้า 219 ).

- กฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป

(5) กฎหมายของประเทศซึ่งบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

แนวความคิดที่สอง : แนวคิดที่มีเป้าหมายเพื่อปกป้องทางด้านนโยบายและคุณค่าทาง  
วัฒนธรรม หรือผลประโยชน์ของสังคม

- (1) เป้าหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางการเงินของประเทศ เช่น  
กฎหมายเกี่ยวกับ หรือการควบคุมอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา และข้อจำกัด  
เกี่ยวกับการโอนเงินตรา
- (2) บางส่วนของบทบัญญัติการรักษาความเรียบร้อย ( Policing nature )
- (3) เป้าหมายเพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศ และสวัสดิการของประชาชน
- (4) เป้าหมายเพื่อปกป้องระบบการค้าเสรี และผลกระทบทางการตลาด เช่น  
กฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> “ The interfering mandatory provisions may be of a very different character , in two respects. First : As to their origin.

The interfering rules might pertain either :

- ( I ) to the proper law of the contact ( lex causae ) ; or
- ( II ) to the law governing at the place of arbitration ( lex fori ) ; or
- ( III ) to a the legal order of a third country ; or
- ( IV ) to a supranational order , such as e.g.

- resolutions of the UN Securities Council
- EU competition laws

( V ) to the legal order governing at the potential place where enforcement of the award might have to be sought.

Second : As to their policies and cultural values or social interests that aim to be protected. In respect of the aims of interfering mandatory provisions :

- ( I ) some are aimed solely at protecting certain monetary interests of the State, such as exchange control regulations or transfer restrictions ;
- ( II ) some are of a merely policing nature ;

## 2.3.2 ที่มาของบทบังคับ ( Mandatory Provisions )

จากที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบังคับนั้นมีสอดแทรกในกฎหมายหลายฉบับ แต่หากพิจารณาแล้ว จะพบว่าบทบังคับนั้นมีที่มาจากความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็ความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายภายใน และความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตามรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.3.2.1 ความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายภายใน

ความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายภายในนั้น หมายรวมถึง นโยบายสาธารณะของประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศ ซึ่งหมายถึงทั้ง กฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย

#### ก. นโยบายสาธารณะของประเทศ ( Domestic Public Policy )

นโยบายสาธารณะ ( Public Policy ) นั้น มีสองระดับ คือ นโยบายสาธารณะภายในประเทศ ( Domestic Public Policy ) และ นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ( International Public Policy ) ทั้งนี้ ขอกกล่าวถึง นโยบายสาธารณะภายในประเทศก่อน ส่วนนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศจะกล่าวถึงต่อไป

กล่าวคือ นโยบายสาธารณะภายในประเทศนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมและความยุติธรรม ซึ่งแต่ละประเทศได้บัญญัติกฎหมายภายในของตนเพื่อรองรับกับนโยบายดังกล่าว และไม่อนุญาต

( III ) other are aimed at safeguarding certain vital interests of a State and its people's welfare ; and , in particular

( IV ) other are aimed at protecting the free trade and the functioning of an effecting of an effective market, such as competition laws." ( Marc Blessing , Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration , Journal of International Arbitration , ( Volume 14 No. 4 , 1997 ) , page 25 ) .

ให้คู่สัญญาตกลงทำสัญญากันเป็นอย่างอื่นได้<sup>34</sup> เนื่องจากแต่ละประเทศมีระบบเศรษฐกิจ วัฒนธรรม สังคม ศาสนา และนโยบายในเรื่องต่างๆ ของประเทศย่อมแตกต่างกัน ดังนั้น ประเทศเหล่านั้นจึงบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับกับนโยบายของประเทศตน เมื่อเป็นเช่นนั้นกฎหมายของแต่ละประเทศจึงมีความต่างกัน ซึ่งนโยบายของประเทศนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศนั้นๆ เพราะฉะนั้น การตกลงของคู่สัญญาในการเลือกใช้กฎหมายของประเทศใด ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ มีความจำเป็นต้องคำนึงด้วยว่าข้อตกลงดังกล่าวด้วยความขัดแย้งกับนโยบายและกฎหมายของประเทศนั้นหรือไม่ หากข้อตกลงดังกล่าวขัดแย้งกับนโยบายของประเทศ ความตกลงกันของคู่สัญญาในเรื่องนั้นๆ ย่อมเสียไป เช่น ข้อพิพาทบางเรื่องสามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ แต่บางประเทศอาจไม่สามารถทำได้ เช่น กรณีของ Calvo Clause ที่กล่าวมาแล้ว

ทั้งนี้ ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Civil Law ระบุว่านโยบายของประเทศ ( Public Policy ) นั้น เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปของเรื่องการเลือกใช้กฎหมาย ( Choice of Law Rules ) และในเขตอำนาจของระบบกฎหมายแบบ Common Law ก็เช่นเดียวกัน ซึ่งบทบังคับนั้นก็ยังมีลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นของการเลือกใช้กฎหมายเช่นกัน<sup>35</sup>

ข. กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาท ( Applicable Law ) นั้น  
หมายความว่า ทั้งกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติด้วย

---

<sup>34</sup> Andrew I. Okekeifere , Public Policy and Arbitrability under The UNCITRAL Model Law , International Arbitration Law Review , ( Sweet & Maxwell Limited and Contributors , 1999 ) , Page 70.

<sup>35</sup> Cheshire and North's . Private International Law : Twelfth Edition , 1992 Page 503.

## (1) กฎหมายสารบัญญัติ

กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี อาจเป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันใน เรื่องกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาท ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกัน เป็น หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะต้องแสวงหากฎหมายมาใช้ ในข้อบังคับ ของการสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่ง กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ ต้องใช้วิธีการในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ตามที่ตน เห็นสมควร เพื่อเลือกกฎหมายที่ใช้กับสาระแห่งคดี แต่ข้อบังคับของ สถาบันอาจอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเลือกกฎหมายตามที่ตน เห็นสมควร โดยไม่ใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี บุคคล

## (2) กฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณียังมีอยู่ในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณา กล่าวคือ ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่บางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน คู่กรณีที่ทำการอนุญาโตตุลาการในเยอรมันอาจเลือกใช้ กฎหมายของประเทศอื่นๆ มาบังคับกับการอนุญาโตตุลาการในเรื่อง ทั่วไปตลอดจนถึงเรื่องวิธีพิจารณา ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมาย วิธีพิจารณา ผลคงเหมือนกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในประเทศอื่นๆ กล่าวคือ กฎหมายแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ย่อมใช้บังคับการ พิเคราะห์ (lex loci arbitri)<sup>36</sup>

กล่าวคือ เรื่องความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายภายในนั้น แต่ ละประเทศมีอำนาจอธิปไตยในการจะบัญญัติกฎหมายใดๆ ภายในเขต อำนาจของตนได้ เพื่อบังคับใช้กับบุคคลภายในประเทศของตน หรือเพื่อ รองรับกับนโยบายต่างๆ ของประเทศ ดังนั้น หากกฎหมายภายใน บัญญัติไว้เช่นไร บุคคลซึ่งได้มีการไปก่อนนิติสัมพันธ์ภายในประเทศนั้น

---

<sup>36</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร , พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ , ( กรุงเทพมหานคร : สาม ยานวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 15.

ยอมต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศนั้น โดยไม่สามารถตกลงให้เป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งเป็นลักษณะของบทบังคับนั่นเอง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ" ดังนั้น การตกลงทำสัญญาของคู่กรณีในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และยังอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องของสัญญาด้วย

### 2.3.2.2 ความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หมายความว่ากฎหมายระหว่างประเทศทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาต่างๆ และหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ หมายรวมถึงนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศด้วย อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### ก. กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีบ่อเกิดมาจากหลายแหล่ง ได้แก่ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาต่างๆ และหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น บทบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นบ่อเกิดจากแหล่งใดก็ตาม ย่อมถือว่าเป็นบทบังคับเช่นกัน เช่น อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ. 1958 ( New York Convention 1958 ) เป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวกับเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิววยอร์กมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุในอนุสัญญานั้น มิฉะนั้นจะถือว่ามีความผิด ดังนั้น การที่คู่สัญญาดกกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการแตกต่างไปจากกฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่สามารถทำได้ หรือ ในกรณีที่คู่สัญญาดกกลงกันระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่สัญญาสามารถตกลงกันเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ หากคู่สัญญามีได้ตกลงกันได้



อนุญาตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยหลัก ex aequo et bono ซึ่งหมายถึง การวินิจฉัยข้อพิพาทโดยใช้หลักความเป็นธรรม และมโนธรรม ซึ่งคู่กรณีย่อมไม่สามารถตกลงกันให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยความไม่เป็นธรรมได้ เนื่องจากหลัก ex aequo et bono เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่มีบทบัญญัติที่ระบุว่าข้อพิพาทใดที่คู่กรณีจะเสนอให้อนุญาตตุลาการหรือไม่ ทำให้อยู่ในดุลยพินิจของรัฐภาคี เช่น ในเจเนวาโปรโตคอลบัญญัติให้รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องรับรองความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์หรือเรื่องอื่นๆ ที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการ ส่วนอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยรัฐภาคีต้องรับรองสัญญาเป็นหนังสือซึ่งคู่กรณียอมรับที่จะเสนอข้อขัดแย้งซึ่งเกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการ<sup>37</sup>

ข. นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ( International Public Policy )

นโยบายสาธารณะนั้นจากที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของประเทศ ( National Interest ) ซึ่งแต่ละประเทศย่อมมีนโยบายแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามนโยบายสาธารณะมิได้มีเฉพาะนโยบายภายในประเทศเท่านั้น ยังมีนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ ( International Public Policy ) ด้วย ซึ่งเป็นนโยบายสาธารณะที่ทุกประเทศมีความต้องการเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ ผลประโยชน์บางประการก็เป็นหลักที่ทุกประเทศมีความต้องการเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ผลประโยชน์ดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญซึ่ง

---

<sup>37</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์ , คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและอนุญาตตุลาการ ( กรุงเทพมหานคร : ธรรมศาสตร์ , 2543 ) , หน้า 65.

หลักทั่วไปของนานาประเทศและเป็นสิ่งที่แต่ละประเทศคาดหวังจากประเทศอื่นๆ เช่น เรื่องความยุติธรรมในการรับฟังพยานและหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นความคาดหวังซึ่งทุกประเทศต้องการเช่นเดียวกัน ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งการระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม และอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าการระงับข้อพิพาทกึ่งศาลยุติธรรม<sup>38</sup> เพราะฉะนั้น หากศาลหรืออนุญาโตตุลาการไม่วินิจฉัยข้อพิพาทอย่างยุติธรรม ย่อมส่งผลกระทบต่อภาพรวมของเศรษฐกิจ เช่น การลงทุนของต่างประเทศ เนื่องจากอาจทำให้เกิดความไม่เชื่อใจว่าหากมาลงทุนในประเทศนั้นแล้วเกิดข้อพิพาทกับประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับความยุติธรรมมากน้อยเพียงใด

### 2.3.3 บทบังคับในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

จากที่ได้กล่าวในเรื่องของความหมาย และที่มาของบทบังคับ จึงเห็นได้ว่าบทบังคับนั้น เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตาม โดยไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งบทบังคับนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่ว่าจะเป็ความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว บทบังคับเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในเป็นหลัก ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศย่อมมีความ

---

<sup>38</sup> " the international public policy prescriptions are those principles that are common to several nations and such as would not be strange to the rational or civilised expectations of other nations will accept that every judicial or quasi- judicial proceeding held in determination of rights and obligations must not breach any of the principles of fair hearing and that if it does it should be invalid , along with any resultant judgement and award", ( Andrew I. Okekeifere , Public Policy and Arbitrability under The UNCITRAL Model Law , International Arbitration Law Review , ( Sweet & Maxwell Limited and Contributors , 1999 ) , Page 71 ).

แตกต่างกันไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม โดยบทบังคับในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายภายใน มีสอดแทรกอยู่ในขั้นตอนต่างของการอนุญาโตตุลาการ ดังต่อไปนี้

### 2.3.3.1 บทบังคับในกฎหมายภายในว่าด้วยข้อพิพาทที่ระงับได้โดย อนุญาโตตุลาการ ( Arbitrability )

เมื่อคู่สัญญาได้ทำการตกลงกันในสัญญาว่า เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเสนอข้อพิพาทนั้นๆ ต่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการตกลง ในการเสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สามารถกำหนดให้เป็นเช่นนั้นได้ แต่ข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มิใช่ ว่าข้อพิพาททุกประเภทที่สามารถเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ทั้งหมด โดยในชั้น กำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ ( Arbitrability )

นั้น ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยทั่วไปแล้วเรื่องวิธี พิจารณาความแพ่ง เป็นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจของ ประชาชน การทำอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของวิธีพิจารณาความ แพ่งปกติ จึงต้องอยู่ใต้การพิจารณาในแง่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะเป็นการแบ่งใช้อำนาจอรัฐส่วนหนึ่ง<sup>39</sup>

ดังนั้น ข้อพิพาทที่สามารถเสนอให้อนุญาโตตุลาการทำการวินิจฉัยชี้ขาด ได้นั้น ต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ด้วยว่าเปิดช่องให้ทำได้ หรือไม่ และขัดต่อความเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เช่น ในบางประเทศไม่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทอันเกี่ยวกับ ครอบครัว หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่มีบทบัญญัติที่ระบุว่าข้อพิพาทใดที่คู่กรณีจะเสนอให้อนุญาโตตุลาการหรือไม่ ทำให้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของประเทศซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญา ซึ่งมีหน้าที่ต้อง รับรองความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์หรือ

---

<sup>39</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร , รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า , ( กรุงเทพฯ : สามย่านวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 49.

เรื่องอื่นๆ ที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการ ส่วนอนุสัญญาเวียนอร์ควางหลักว่าประเทศภาคีต้องรับรองสัญญาเป็นหนังสือ ซึ่งคู่กรณียอมรับที่จะเสนอข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่ว่าจะเกิดสัญญาหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการ<sup>40</sup>

กล่าวคือ ข้อพิพาทนั้นมีอยู่หลายประเภท ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาททางอาญา ข้อพิพาททางปกครอง ฯลฯ ซึ่งอย่างข้อพิพาททางอาญานั้น มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ หรือริบทรัพย์สิน โดยความหนักเบาของโทษนั้นขึ้นอยู่กับว่าเป็นความผิดในฐานะใด ซึ่งความผิดทางอาญานั้น ถือว่าเป็นความผิดต่อรัฐ ซึ่งย่อมจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และการลงโทษผู้กระทำผิดนั้น กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำผิดด้วย ดังนั้น ข้อพิพาททางอาญา จึงไม่สามารถเสนอให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยได้

ข้อพิพาทใดที่สามารถเสนอให้อนุญาตตุลาการ เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้นั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังนั้น ย่อมมีความแตกต่างกัน เนื่องจากแต่ละประเทศมีวัฒนธรรมและสภาพสังคมที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 2060 กำหนดห้ามเสนอข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัย แต่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้นมีมากมาย เช่น ความสัมพันธ์ทางครอบครัว สถานภาพและความสามารถของบุคคล การเข้าเมือง หรือข้อพิพาทที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้นอาจเป็นความสงบทางการเมือง ทางวัฒนธรรม หรือทางเศรษฐกิจก็ได้ ซึ่งกฎหมาย

---

<sup>40</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์ , คำอธิบายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและอนุญาตตุลาการ . ( กรุงเทพมหานคร : ธรรมศาสตร์ , 2543 ) , หน้า 65.

ฝรั่งเศสเน้นในเรื่องความสงบเรียบร้อยในทางเศรษฐกิจเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าข้อพิพาทใดไม่สามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ<sup>41</sup>

จึงเห็นได้ว่า ในประเด็นเรื่องข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่จะเป็นผู้บัญญัติขึ้นมา แต่ทั้งนี้ เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งเน้นที่จะกล่าวถึงเฉพาะบทบังคับ ในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ดังนั้น จึงขอกล่าวถึงประเด็นนี้เพียงเท่านี้

### 2.3.3.2 บทบังคับในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ในชั้นวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องให้คู่ความได้รับการพิจารณาที่มีความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งตั้งแต่ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ดังต่อไปนี้

1. ข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ
2. การนัดหมายระหว่างคู่ความโดยชอบ
3. การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยใช้กฎหมาย
4. ต้องให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสเสนอคดีของตน คือ ต้องฟังทั้งสองฝ่ายแต่ไม่จำเป็นต้องใช้เวลาเท่ากันแก่ทั้งสองฝ่าย เพราะแต่ละฝ่ายอาจมีพยานจำนวนต่างกัน ข้อสำคัญคือให้โอกาสแก่เขาในการนำเสนอคดีของเขาเท่านั้น และตัวอนุญาโตตุลาการต้องไม่เอียงและต้องไม่มีอคติ วิธีพิจารณาที่เป็นธรรมเป็นหัวใจของความยุติธรรมซึ่งเป็นหัวใจของกฎหมาย นอกจากการให้ความเป็นธรรมในการรับฟังการนำเสนอคดีแล้ว ยังต้องมีมาตรการในการทำให้เกิดความเป็นธรรมดังกล่าว คือ การให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษาเพราะทำหน้าที่อย่างเดียวกัน<sup>42</sup> ซึ่งในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 61.

พ.ศ. 2545 มาตรา 25 และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 Article 18 ได้มีการระบุในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยศาลก็ตาม จุดมุ่งหมายที่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ต้องการให้ดำเนินกระบวนการด้วยความเป็นธรรม และไม่เอนเอียงไปทางคู่กรณี ถึงแม้ว่าอนุญาโตตุลาการคนนั้นจะถูกแต่งตั้งโดยฝ่ายนั้นเองก็ตาม โดยในเรื่องนี้จะกล่าวอย่างละเอียดในบทต่อไป

### 2.3.3.3 บทบังคับในกฎหมายที่บังคับแก่ข้อพิพาท ( Substantive Law )

กฎหมายที่คู่กรณีทั้งสองตกลงเลือกให้มีผลบังคับใช้แก่ข้อพิพาท ทั้งนี้หมายรวมถึง กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เช่น กรณีที่จะขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาด ย่อมต้องไปยื่นคำร้องต่อศาลที่เขตอำนาจกับคู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตาม

การพิจารณาถึงปัญหาความสงบเรียบร้อยในชั้นตัดสินคดี มีผู้เห็นว่าในชั้นตัดสินคดี อนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เช่น ยอมให้การให้สินบนเป็นการถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดการเรียกสินบน ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ<sup>43</sup> ซึ่งจะทำให้อนุญาโตตุลาการมีความรับผิดชอบไม่ว่าจะเป็น ความรับผิดชอบแห่ง หรือทางอาญาก็ตาม

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ามีบทบังคับซึ่งมีที่มาจากความสงบเรียบร้อยของประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับภาระบังคับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการอยู่ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การเริ่มต้น คือ

<sup>42</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร , รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า , ( กรุงเทพฯ : สามย่านวิทย์พัฒนา , 2540 ) , หน้า 49.

<sup>43</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 49.

การที่คู่สัญญาตกลงกันในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ จนกระทั่งขั้นตอนของการบังคับตามคำชี้ขาด โดยในบทถัดไป ข้าพเจ้าจะกล่าวถึงบทบังคับในขั้นตอนการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ว่ามีบทบัญญัติใดในกฎหมายทั้งสองฉบับนี้บ้างที่มีลักษณะเป็นบทบังคับ ( Mandatory Provisions ) ในบทต่อไป

## 2.4 ผลของบทบังคับที่มีต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

หลักสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ คือ “หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาท ( Party Autonomy )” ว่าคู่กรณีย่อมมีอิสระอย่างเต็มที่ในการตกลงกำหนดขั้นตอนการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ตราบเท่าที่การกำหนดนั้นไม่ทำให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเสียความเป็นธรรม และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กล่าวคือ ความตกลงกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่กรณีสามารถตกลงกันถึงกฎหมายที่จะใช้ในการดำเนินการพิจารณา สถานที่ดำเนินการพิจารณา จำนวนอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการดำเนินการพิจารณา แต่อย่างไรก็ตาม มีบางเรื่องที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ เนื่องจากประเด็นดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น ข้อพิพาทที่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเด็นที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ เรียกว่า “บทบังคับ” ( Mandatory Provisions )

ดังนั้น ในการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีมีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงบทบังคับซึ่งเข้ามามีส่วนสำคัญต่อการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หากคู่กรณีได้ตกลงกันในเรื่องที่มีลักษณะเป็นบทบังคับอาจมีผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเสียไป หรือไม่สมบูรณ์ และไม่สามรถบังคับคู่กรณีอีกฝ่ายให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ย่อมทำให้ความประสงค์ของคู่กรณีที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นเสียไป นอกจากนี้ ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นการพาณิชย์ภายในประเทศ และการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นวิธีที่แพร่หลายมาก เนื่องจากมีความสะดวก รวดเร็ว และที่สำคัญคือกรณีเกิดข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติแตกต่างกัน คู่กรณีนั้นสามารถบังคับตามคำชี้ขาดกับคู่กรณีอีกฝ่ายได้ เพียงนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปขอให้ศาลซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ โดยไม่ต้อง

ทำการยื่นฟ้องใหม่ต่อศาลของประเทศคู่กรณี ดังนั้น ทุกประเทศจึงได้ทำการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศตนให้มีความเป็นสากล ซึ่งนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985) มาเป็นต้นแบบในการแก้ไขกฎหมายภายใน

อย่างไรก็ตาม การที่บางประเทศมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับจำนวนมาก อันเป็นการจำกัดอิสระคู่กรณีในการตกลงกันนั้น โดยการที่คู่กรณีตกลงกันในประเด็นที่มีลักษณะเป็นบทบังคับทำให้ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ย่อมส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการลงทุนของประเทศด้วย เนื่องจากการประกอบธุรกิจและการลงทุนไม่ว่าภายในประเทศ หรือในต่างประเทศก็ตาม มุ่งเน้นผลประโยชน์สูงสุด ดังนั้น หากการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยวิธีอนุญาโตตุลาการนั้นแล้ว คู่กรณีไม่ทราบถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทบังคับจะทำให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมีความล่าช้า หรือไม่ สามารถบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน และผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น และยังส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศด้วย