

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการของแนวคิดในการแบ่งแยกการอนุญาตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาตตุลาการต่างประเทศ

#### 2.1 แนวคิดในการแบ่งแยกการอนุญาตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาตตุลาการต่างประเทศในอดีต

การอนุญาตตุลาการเป็นวิธีหนึ่งของการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ซึ่งมีมานานแล้ว ถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการ มีแบบพิธีในการระงับข้อพิพาทน้อยกว่ากระบวนการทางศาลด้วยบรรยากาศแห่งความเป็นมิตรภาพระหว่างคู่กรณี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความสามัคคีของบุคคลในสังคมที่ต้องการอยู่ร่วมกัน นอกจากนี้กระบวนการอนุญาตตุลาการยังเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีขอบเขตเกินกว่ากรอบของการระงับข้อพิพาทโดยวิถีทางการทูต รูปแบบของการอนุญาตตุลาการสมัยใหม่นั้นได้ก่อตั้งขึ้นในสนธิสัญญาเจย์ (Jay Treaty) ปี 1794 เป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่เกี่ยวกับมิตรภาพ การค้า และการเดินเรือ ระหว่างสหราชอาณาจักร (Great Britain) กับสหรัฐอเมริกา (United States) โดยมีการตั้งคณะกรรมการผสมเพื่อระงับข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างรัฐภาคีอันเป็นรูปแบบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ถือได้ว่าเป็นการเริ่มพัฒนาการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่ภายหลังจากที่กระบวนการดังกล่าวได้ระงับสิ้นไปในยุคก่อนประมาณ 1 ศตวรรษหรือมากกว่านั้น<sup>1</sup>

สำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยอนุญาตตุลาการ ไม่ปรากฏหลักฐานว่ามีขึ้นครั้งแรกเมื่อใด แต่พบในสมัยกรีกและสมัยโรมันว่ามีการนำเอาการอนุญาตตุลาการมาใช้แล้ว โดยอริสโตเติลได้พยายามที่จะอธิบายถึงประโยชน์ของการประนีประนอมข้อพิพาทหรือไกล่เกลี่ย

---

<sup>1</sup> Malcolm N Shaw, International Law, 2nd edition (Cambridge, U.K. : Grotius Publications Limited, 1986), p. 513 ; J.L. Simpson and Hazel Fox, International Arbitration (Law and Practice) (London : Steven & Sons Limited, 1959), p. 1 ; J G Starke, Introduction to International Law, 10th edition (Singapore : Butterworth International Editions, 1989), p. 487.

ข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน<sup>2</sup> ในยุคนั้นยังไม่มี การแบ่งแยกระหว่างการประนอมข้อพิพาท และการอนุญาตตุลาการออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนปัจจุบัน ส่วนในสมัยโรมันมีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเรียกกฎหมายสิบสองโต๊ะ หรือสิบสองตาราง (Law of Twelve Tables) มาจากการนำเอาจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายโรมันในขณะนั้นมาบันทึกหรือจารึกลงบนแผ่นทองแดงรวม 12 แผ่น แล้วตั้งไว้กลางตลาดในที่สาธารณะกลางเมืองเพื่อให้ประชาชนทุกคนได้รู้ ซึ่งมีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ เป็นการรวบรวมกฎหมายขึ้นครั้งแรกและเป็นการเริ่มต้นของวิชานิติศาสตร์<sup>3</sup> (บางตำรากล่าวว่าเป็นการจัดทำโดยส่งคณะกรรมกรไปกรีซเพื่อรวบรวมกฎหมายสิบสองโต๊ะ หรือสิบสองตาราง และประกาศใช้ประมาณปี 450 ก่อนคริสตศักราช)<sup>4</sup>

สำหรับกฎหมายสิบสองโต๊ะนั้น กล่าวถึงการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อพิพาทในโต๊ะที่ 7 บทที่ 5<sup>5</sup> ว่าให้ตั้งคนกลางอย่างน้อย 3 คน เพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในเรื่องเขตที่ดินข้างเคียงกัน ซึ่งเป็นเรื่องคู่กรณีตกลงตั้งคนกลางกันเอง และเป็นเรื่องที่ดินเท่านั้น แต่ในโต๊ะที่ 9 บทที่ 3<sup>6</sup> อันเป็นโต๊ะที่ว่าด้วยกฎหมายมหาชน ได้กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเช่นกันแต่เป็นกรณีอนุญาตตุลาการที่ศาลแต่งตั้ง

นอกจากนี้ในสมัยแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American) พบว่าพ่อค้าเป็นผู้ระงับข้อพิพาททางการค้า และในยุค Tudor มีสภาองคมนตรีนเป็นที่ประชุมเพื่อระงับข้อพิพาททางการค้า

<sup>2</sup> Rhetoric ( Circa 320 B.C. ) bk. III, C. II, cited in Earl S. Wolaver, The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 UPLR 132, 132 (1934) อ้างถึงในอนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 2.

<sup>3</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 107-108.

<sup>4</sup> ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 14.

<sup>5</sup> หลวงสุทธิวาททณพุฒิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 34 และหน้า 73.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 37 และหน้า 98-99.

โดยใช้อนุญาโตตุลาการที่มาจากพ่อค้าและมีคณะลูกขุนมาจากพ่อค้าในศาล Common Law<sup>7</sup> เพื่อตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการค้า

อย่างไรก็ดีในสมัยกรุงโรมโบราณนั้นไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะภายในประเทศออกจากการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะต่างประเทศ หากแต่มีการแบ่งแยกความแตกต่างของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป<sup>8</sup> โดยนักกฎหมายโรมันได้แยกกฎเกณฑ์ของกฎหมายออกเป็น 2 กฎเกณฑ์ ได้แก่ Jus Civile ซึ่งใช้ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างชาวโรมันด้วยกันเอง กับ Jus Gentium ซึ่งใช้กับเรื่องอื่น ๆ ที่มีความเป็นอิสระและมีความทันสมัยกว่า มิใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับ Jus Civile นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับกันอีกว่ากฎหมายฮินดูและกฎหมายอิสลามนั้นไม่สามารถนำมาใช้ได้เต็มที่กับบุคคลที่มีเชื้อที่นับถือศาสนาฮินดูหรือผู้ที่มิได้นับถือศาสนาอิสลาม หรือในหลาย ๆ ประเทศที่ยอมรับแนวความคิดของระบบกฎหมายคู่ (Duality) ว่ากฎหมายประเพณี (Traditional Law) และกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) ต้องแบ่งแยกออกจากกันเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายอันจะนำมาซึ่งความถูกต้องชอบธรรมของสมาชิกในสังคม<sup>9</sup>

การแบ่งแยกลักษณะของการอนุญาโตตุลาการในสมัยอดีตจึงยังมิได้มีการแบ่งกันไว้อย่างชัดเจนว่าลักษณะใดถือเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และลักษณะใดถือเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏให้เห็นชัดเจนนั้นมาเริ่มเมื่อมีการทำความตกลงระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาระหว่างประเทศ ตั้งแต่การจัดทำพิธีสารว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol on Arbitration Clause, 1923) ของสันนิบาตชาติ (League of Nations) จนถึงกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ที่มีหลายประเทศนำไปใช้เป็นแบบอย่างในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของตน ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดของวิวัฒนาการดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

<sup>7</sup> Anan Chantara-opakorn., "Recognition and Enforcement of Commercial Arbitration Awards in Private International Law" (Doctoral dissertation, Faculty of Law, Yale University, 1986), pp. 28-29.

<sup>8</sup> Rene David, Arbitration in International Trade (Deventer / Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p. 71.

<sup>9</sup> Ibid.

## 2.2 แนวคิดในการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในปัจจุบัน

นับตั้งแต่การดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศเปลี่ยนแปลงไป การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเจริญเติบโตและพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทำให้การระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีในศาลไม่อาจตอบสนองต่อจำนวนข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากตามระดับของการค้าการลงทุนระหว่างประเทศได้ การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างหนึ่งที่มีประสิทธิภาพและได้รับความนิยมมากกว่าการนำคดีขึ้นสู่ศาล เพราะสามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างประหยัดจึงทำให้คู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการน้อยกว่าการนำข้อพิพาทขึ้นฟ้องเป็นคดีความในศาลและมีความรวดเร็ว เนื่องจากมีกระบวนการพิจารณาที่สามารถยืดหยุ่นได้ซึ่งแตกต่างจากศาลที่ต้องเข้มงวดกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ในยุคของสันนิบาตชาติ (League of Nations) โดยความริเริ่มและสนับสนุนของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce / ICC) สันนิบาตชาติหรือ League of Nations จึงได้ดำเนินการจัดทำพิธีสารว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1923 ( Geneva Protocol on Arbitration Clause, 1923 ) ขึ้น<sup>10</sup> อันเป็นความตกลงพหุภาคีเพื่อให้รัฐภาคียอมรับบังคับสัญญาหรือข้อตกลงที่ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ และยังได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ปี ค.ศ. 1927 (Geneva Convention on Execution of Foreign Awards, 1927)<sup>11</sup> ซึ่งเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อเสริมพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งจัดทำขึ้นตามข้อตกลงให้ทำการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับของพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และยังมีป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีตามข้อตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตามพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 ปฏิเสธการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมาอีกด้วย

แม้จะมีการก่อตั้งขึ้นมาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในศตวรรษนี้ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการยังคงต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละ

<sup>10</sup> League of Nations, Treaty Series, Vol. XXVII, p.158, No.678 (1924).

<sup>11</sup> League of Nations, Treaty Series, Vol.XCII, p.302 (1929-1930).

ประเทศซึ่งศาลของประเทศต่าง ๆ ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอำนาจตุลาการถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายตรงกันข้ามที่จำกัดอำนาจของศาล<sup>12</sup> จนส่งผลให้เกิดพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 และอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ในเวลาต่อมา นั้นในทางปฏิบัติยังมีปัญหาการใช้สนธิสัญญาฉบับนครเจนีวาทั้งสองฉบับเนื่องจากมีข้อจำกัด<sup>13</sup> ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติคือคู่กรณีจะต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และการชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น หรือปัญหาในเรื่องเงื่อนไขที่ค่อนข้างเข้มงวดในอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 สำหรับการดำเนินกระบวนการเพื่อบังคับคดีในศาลที่เข้าข้อ หรือที่เรียกว่า Double - Exequatur ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดแล้วตามกฎหมายของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด ซึ่งศาลของหลายประเทศต่างตีความว่าต้องมีคำบังคับจากศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาด และเมื่อนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในดินแดนของประเทศใด ก็จะต้องขอให้ศาลของประเทศที่มีการบังคับคดีออกคำบังคับหรือหมายบังคับคดีอีก ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีต้องขอคำบังคับคดีหรือหมายบังคับคดีจากศาลของทั้ง 2 ประเทศ

นอกจากนี้ อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ยังกำหนดให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วคือกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดี และยังมีข้อจำกัดในเรื่องจำนวนของประเทศภาคีที่มีน้อยไม่เหมาะสมกับแนวความคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ทำให้เกิดอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 หรือ New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (New York Convention 1958)<sup>14</sup> โดยคณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ หรือ The Economic and Social Council (ECOSOC) เป็นผู้จัดทำร่างอนุสัญญา ซึ่งแตกต่างจากร่างที่หอการค้านานาชาติ หรือ International Chamber of Commerce (ICC) เป็นผู้เสนอในตอนแรกโดยมุ่งประสงค์ให้มีการอนุญาโตตุลาการที่กระบวนการพิจารณาคดีไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใด ๆ อันเป็นแนวคิดที่

<sup>12</sup> 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), p. 6.

<sup>13</sup> *ibid.*, pp. 7-8.

<sup>14</sup> United Nations, Treaty Series, Vol.330, p.38, No. 4739 (1959).



จะให้มีการอนุญาโตตุลาการในลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่

ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ผ่านมา การพัฒนาเศรษฐกิจของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา มีการลงทุนจากต่างชาติหรือมีการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อช่วยให้ประเทศเหล่านั้นมีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและทรัพยากรมนุษย์ของตนให้เกิดประสิทธิภาพ เป็นต้นว่าการนำเข้ามาซึ่งเงินทุนของนักลงทุน หรือการนำเข้ามาซึ่งเทคโนโลยีสมัยใหม่ของประเทศพัฒนาแล้ว หรือการก่อให้เกิดการสร้างงานและพัฒนาแรงงานท้องถิ่น แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างประเทศที่มีการลงทุนกับนักลงทุน ข้อพิพาทก็จะขยายไปเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐเนื่องจากประเทศของนักลงทุนมักอ้างความคุ้มครองทางทูต (diplomatic protection) ให้กับนักลงทุนของตน จนบางครั้งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงวิธีกางของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐในประเทศโลกที่สามกับรัฐของผู้ลงทุนกลายเป็นข้อพิพาททางการเมืองที่มีมากขึ้นจนนำไปสู่การใช้กำลังอาวุธต่อประเทศโลกที่สาม โดยเฉพาะประเทศแถบลาตินอเมริกาซึ่งส่วนใหญ่ถูกยึดครองโดยรัฐบาลของประเทศนักลงทุนที่มักจะอ้างเอกราชและความคุ้มครองทางทูต ทำให้ประเทศเหล่านี้พยายามคิดค้นโครงสร้างของกฎหมายที่จะบังคับให้นักลงทุนต่างชาติติดต่อกับเขตอำนาจศาลของตน<sup>15</sup> เช่น ทฤษฎี The Drago Doctrine ที่มีวัตถุประสงค์ในการห้ามใช้กำลังบังคับชำระหนี้สินสาธารณะที่มีต่อประเทศลาตินอเมริกา และทฤษฎี The Calvo Doctrine ที่ปฏิเสธสิทธิพิเศษของนักลงทุนต่างชาติที่มีมากกว่าคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน และต่อต้านการใช้เอกราชและความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐของนักลงทุน แต่อนุญาตให้ฟ้องคดีต่อศาลท้องถิ่นได้ภายใต้บังคับกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน และให้มีการระงับข้อพิพาทโดยศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องได้ หากประเทศผู้รับการลงทุนตกลงยินยอม

หลักต่าง ๆ ภายใต้ Calvo Doctrine ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของประเทศลาตินอเมริกา รวมทั้งสนธิสัญญาต่าง ๆ ระหว่างประเทศเหล่านี้ และต่อมายังปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติเรื่องสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจแห่งรัฐ ค.ศ. 1974 ซึ่งเสนอโดยประเทศเม็กซิโกอีกด้วย แต่เมื่อกระแสการลงทุนเปลี่ยนแปลงไปมิใช่มีแต่การลงทุนเฉพาะแถบประเทศลาตินอเมริกา ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา

<sup>15</sup> Ibrahim F.L. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Role of ICSID and MIGA," Foreign Investment Law Journal 1 (1986) : 2.

(International Bank for Reconstruction and Development) หรือธนาคารโลก (World Bank)<sup>16</sup> เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีกลไกในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้เกิดการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา จึงริเริ่มและสนับสนุนให้เกิดศูนย์กลางระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หรือ The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) หรืออนุสัญญา ICSID (ICSID Convention 1965)<sup>17</sup>

นอกจากนี้ องค์การสหประชาชาติได้เล็งเห็นถึงการอนุญาโตตุลาการที่เป็นเรื่องของกระบวนการระงับข้อพิพาทและเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาล ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอย่างมากในเรื่องของการใช้และการตีความ อนุสัญญาพหุภาคีที่เกี่ยวข้องและยากจะบรรลุถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องวิธีสบัญญัติของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ องค์การสหประชาชาติ ภายใต้การทำงานของคณะกรรมการ (commission) โดยคำแนะนำของ special rapporteur<sup>18</sup> จึงได้เสนอรูปแบบของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ (arbitration rules) ที่บัญญัติถึงกระบวนการที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายแม่แบบ (model law) ที่มีความทันสมัยและเป็นไปตามความต้องการของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ขึ้นมา กฎหมายแม่แบบยังช่วยลดความแตกต่างที่เป็นผลมาจากการตีความอนุสัญญากรุงนิวยอร์กของแต่ละประเทศ และยังช่วยลดการขัดกันที่อาจเกิดขึ้นได้ระหว่างกฎหมายของรัฐกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นประโยชน์สำหรับประเทศที่สนใจเพื่อที่จะเลือกรับเอาไปเป็นตัวอย่างในการบัญญัติหรือปรับปรุงกฎหมายภายในของตนได้โดยอิสระ<sup>19</sup> ซึ่งแต่ละประเทศนั้นอาจรับเอากฎหมายแม่แบบมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตน

<sup>16</sup> Phijaisakdi Horayangkura, " The International Centre for Investment Disputes, " Paper presented at the 7th Lawasia Conference, Bangkok, Thailand, 8-12 August 1981 : 1.

<sup>17</sup> United Nations, Treaty Series, Vol. 575, p.159. อ้างถึงใน อนันต์ จันทโรภากร, "อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ ปี 17 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530) : 156.

<sup>18</sup> United Nations, UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) (United Nations Publication, n.d.), p. 27.

<sup>19</sup> Ibid., p. 30.

ขึ้นใหม่ หรืออาจแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้เป็นไปตามกฎหมายแม่แบบก็ได้<sup>20</sup> เช่น ประเทศแคนาดา ที่รับเอากฎหมายแม่แบบมาโดยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากกฎหมายแม่แบบบ้างเพียงเล็กน้อย เป็นผลให้ประเทศแคนาดามีระบบกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นแบบเดียวกัน ซึ่งกฎหมายแม่แบบนี้ยังมีผลไปถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration Law) ของแคนาดาด้วย<sup>21</sup>

สำหรับการจัดทำกฎหมายแม่แบบนี้ คณะกรรมาธิการ (Commission) ได้ขอให้เลขาธิการเตรียมร่างเบื้องต้นของกฎหมายแม่แบบในเรื่องอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และมอบหมายการเตรียมร่างกฎหมายแม่แบบนี้ให้กับคณะทำงานเกี่ยวกับทางปฏิบัติของสัญญาระหว่างประเทศ (Working Group on International Contract Practices) ต่อไป คณะทำงานฯ หรือ Working Group ได้เตรียมร่างฯ เสร็จสมบูรณ์ และต่อมาคณะกรรมาธิการได้รับเอากฎหมายแม่แบบในปี ค.ศ. 1985 โดยมีคำแนะนำจากสมัชชาใหญ่ (The General Assembly)<sup>22</sup> ว่าให้รัฐทุกรัฐมีข้อพิจารณาที่ถูกต้องต่อกฎหมายแม่แบบในแง่ของความปรารถนาที่จะให้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และความจำเป็นเฉพาะเกี่ยวกับทางปฏิบัติต่อการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในที่สุดองค์การสหประชาชาติจึงได้ประกาศกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) หรือ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ไว้ในบันทึกการประชุมครั้งที่ 40 ภาคผนวกที่ 17 วรรคที่ 332 (Official Records of the General Assembly, Fourty Session, Supplement No.17 (A/40/17), para.332)<sup>23</sup>

อาจกล่าวได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว แต่ยังมีได้มีการกำหนดลักษณะของความเป็นภายในประเทศกับต่างประเทศไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากการค้าการลงทุนยังไม่เจริญเติบโตเท่าที่ควร จึงยังไม่มีผลให้เกิดอนุสัญญาระหว่างประเทศขึ้นมาในระยะนี้ ต่อมาเมื่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศแพร่ขยายไปทั่วโลกข้อพิพาท

<sup>20</sup> Johan Steyn, "England's Response to the UNCITRAL Model Law of Arbitration," Arbitration International Vol.10, No.1 (1994) : 1.

<sup>21</sup> ธารทิพย์ จงจักรพันธ์, "กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ (The Model Law of Arbitration)," ตุลพาท เล่ม 3 ปีที่ 43 (กรกฎาคม-กันยายน 2539) : 34.

<sup>22</sup> United Nations., UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law), p. 30.

<sup>23</sup> ibid.



ที่เกิดขึ้นระหว่างคนต่างสัญชาติกันก็เริ่มมีมากขึ้นทำให้เกิดความต้องการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ และเพื่อให้ข้อพิพาทเกิดความชัดเจนโดยมีความแตกต่างกันในเรื่องของสัญชาติ จึงได้กำหนดการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศขึ้นตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาาระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยมีหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่แตกต่างกันตามแนวความคิดและวัตถุประสงค์ในการนำบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านั้นมาใช้ และสำหรับประเทศไทยได้มีการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้ในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งจะกล่าวถึงวิวัฒนาการของแนวความคิดในการกำหนดลักษณะดังกล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

### 2.3 แนวคิดในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

สำหรับประเทศไทย การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการหนึ่งที่มีมานานเข้ามาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว แต่ไม่ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในกฎหมายฉบับใด ๆ หากกลับพบว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีแม้เป็นเจ้าของนครซึ่งมีฐานะเป็นกษัตริย์นิยมเลือกใช้กันในทางปฏิบัติ ดังตัวอย่างกรณีที่ขาดข้อพิพาทระหว่างพระร่วงกับพระยาเงี้ยวเมืองโดยให้พระยามังรายเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท กรณีพระร่วงลักลอบเข้าหานางอ้วเชียงแสน ซึ่งเป็นพญาเทวีของพระยาเงี้ยวเมืองในตอนพระร่วงเสด็จจากกรุงสุโขทัยไปเยี่ยมพระยาเงี้ยวเมืองที่เมืองพะเยา โดยถูกนำมากล่าวถึงในหนังสือประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 61 หน้าที่ 29-31 พิมพ์ครั้งที่ 3 ที่โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ เมื่อปี พ.ศ. 2516 การทำอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับคู่กรณีตกลงกันเลือกบุคคลที่ตนเคารพนับถือมาชี้ขาดข้อพิพาทของตน<sup>24</sup>

นอกจากนี้มีการพบหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายพระไอยการลักษณะตระลาการที่บัญญัติถึงการอนุญาโตตุลาการในสมัยกรุงศรีอยุธยา<sup>25</sup> และได้ใช้เรื่อยมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น<sup>26</sup> ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชมีการคัดลอกพระไอยการลักษณะตระลาการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นประมวล

<sup>24</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 84.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>26</sup> หลวงสุทิวาหนฤพนธ์, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 147.

กฎหมาย จุลศักราช 1166 ว่าเป็นลักษณะหนึ่งของตุลาการ เรียก “อนุญาตตุลาการ” ไม่ใช่ “อนุญาตตุลาการ” เหมือนที่มีการเรียกกันในปัจจุบัน<sup>27</sup> หมายถึงตุลาการที่คู่ความทั้งสองฝ่าย แต่งตั้งกันเอง จะตัดสินอย่างไรก็ไม่มิโทษ และคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการย่อมเป็นที่สุด เหตุเพราะคู่ความทั้งสองฝ่ายยอมให้บังคับเอง ดังนั้น คู่ความจึงไม่สามารถอุทธรณ์ได้หากไม่ เห็นด้วยกับคำตัดสิน ซึ่งแตกต่างจากตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง<sup>28</sup>

เวลาต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีการปฏิรูปกฎหมาย ให้มีความทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการเป็นกฎหมายหนึ่ง ที่ต้องมีการปรับปรุงโดยมีพระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 มาใช้แทน กฎหมายตราสามดวงเดิม<sup>29</sup> อันเป็นการระงับข้อพิพาทที่เป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้นและศาล สามารถเข้าไปแทรกแซงกระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการได้มากขึ้น จนกระทั่ง ร.ศ. 127 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127<sup>30</sup> โดยมีได้ประกาศยกเลิก พระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 แต่เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมจากเดิมใน เรื่องการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลซึ่งอนุญาตให้คู่กรณีอุทธรณ์ได้ กรณีผู้ชี้ขาดหรืออนุญาตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดมิได้เป็นไปโดยสุจริตนอกเหนือจากเหตุผลที่ว่าคำพิพากษาของศาล ไม่ถูกต้องตรงกับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

พระราชบัญญัติกระบวนพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 และพระราชบัญญัติวิธี พิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ใช้ควบคู่กันเรื่อยมาจนถูกยกเลิกไปในภายหลังนับแต่มีการ ประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477<sup>31</sup> ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องอนุญาตตุลาการไว้ ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 แต่มีเพียงมาตรา 221 มาตราเดียวที่บัญญัติเกี่ยวกับการ อนุญาตตุลาการนอกศาล อันเป็นเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนอกศาล โดยมีได้ระบุนายละเอียดยุติ ๑ ที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการนอกศาลไว้ซึ่งแตกต่างจากการ อนุญาตตุลาการในศาลที่มีการบัญญัติรายละเอียดต่าง ๆ ไว้ในมาตรา 210-220 และมาตรา 222

<sup>27</sup> ร. แลงการ์ด, กฎหมายตราสามดวง (เล่ม 2), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : องค์การ คำครุสภา, 2537), หน้า 128-130.

<sup>28</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, จรัส ภักดีชนากุล, กรองเกียรติ คมสัน, “ความรู้เกี่ยวกับ อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ,” นิตยสารคดี เล่ม 46 ตอน 2 (มิถุนายน 2533) : 24.

<sup>29</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, “สัญญาอนุญาตตุลาการ,” หน้า 85-86.

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 88ก.

ได้บัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลซึ่งใช้กับกระบวนการอนุญาตอุตสาหกรรมทั้งในศาลและนอกศาล ดังนี้ จึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อต้องการใช้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตอุตสาหกรรมนอกศาล เนื่องจากมาตรา 221 เพียงมาตราเดียวยังไม่ชัดเจนและรัดกุมพอ โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตอุตสาหกรรมต่างประเทศ และเพื่ออนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับเกี่ยวกับการอนุญาตอุตสาหกรรมที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคี จึงตราพระราชบัญญัติอนุญาตอุตสาหกรรม พ.ศ. 2530 ขึ้นมา<sup>32</sup> และยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตอุตสาหกรรมนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 221) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2530<sup>33</sup>

สำหรับแนวความคิดในเรื่องการแบ่งแยกการอนุญาตอุตสาหกรรมภายในประเทศและการอนุญาตอุตสาหกรรมต่างประเทศของประเทศไทยนั้นเป็นแนวความคิดที่เริ่มมีในพระราชบัญญัติอนุญาตอุตสาหกรรม พ.ศ. 2530 เพื่อรองรับความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีตัวอย่างเช่น พิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 และเพื่อรองรับการแพร่ขยายของธุรกิจการค้าการลงทุนในประเทศไทยให้การอนุญาตอุตสาหกรรมในประเทศไทยเป็นที่นิยมของนักลงทุนต่างชาติ

การอนุญาตอุตสาหกรรมต่างประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาตอุตสาหกรรม พ.ศ. 2530<sup>34</sup> หมายถึงอนุญาตอุตสาหกรรมที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ นอกราชอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย กล่าวได้ว่าประเทศไทยใช้หลักดินแดนและหลักสัญชาติของคู่กรณีมากำหนดลักษณะของการอนุญาตอุตสาหกรรมต่างประเทศ

จากประวัติศาสตร์กฎหมายอนุญาตอุตสาหกรรมของไทย แสดงให้เห็นถึงว่าในระยะเริ่มแรกที่สังคมยังไม่ค่อยจะมีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศ วิวัฒนาการของการอนุญาตอุตสาหกรรมเป็นไปในลักษณะของการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่มีสัญชาติไทยด้วยกันและกระทำกันภายในอาณาเขตของประเทศไทย จนกระทั่งมีการเข้ามาของนักลงทุนต่างชาติ การลงทุนเริ่มมี

<sup>32</sup> ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 ลงวันที่ 12 สิงหาคม 2530, หน้า 1-17.

<sup>33</sup> ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 104 ตอนที่ 156 ลงวันที่ 12 สิงหาคม 2530, หน้า 18-20

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติอนุญาตอุตสาหกรรม พ.ศ. 2530, มาตรา 28.

มากขึ้นและเริ่มมีการค้าขายระหว่างประเทศจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง กฎหมายอนุญาโตตุลาการจึงมีวิวัฒนาการไปตามสภาพของเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้กฎหมายทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคมเศรษฐกิจและมีความทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของประเทศไทยภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกด้วย

ปัจจุบัน จึงมีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... (ฉบับแก้ไขจนถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2540) ของกระทรวงยุติธรรม ร่างโดยคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นวิวัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย เพื่อรองรับการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ สำหรับร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับใหม่จึงมีการนำเอากฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับการยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางของนักกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็น ต้นแบบในการยกร่าง<sup>35</sup>

จากการศึกษาวิวัฒนาการการแบ่งแยกลักษณะระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศดังที่กล่าวมาพบว่า แนวความคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีส่วนสำคัญในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศในการกำหนดหรือการให้ความหมายคำว่า "การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ" และ "การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ" ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

<sup>35</sup> กระทรวงยุติธรรม, บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... (ฉบับแก้ไขจนถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2540).

## 2.4 ความหมายของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมไปทั่วโลก และมีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการข้ามเขตอำนาจของรัฐหนึ่งไปสู่เขตอำนาจของรัฐหนึ่ง ทำให้ต้องมีการกำหนดลักษณะหรือกำหนดสัจฐาติของการอนุญาโตตุลาการเหล่านั้น เพื่อความสะดวกในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และการเข้าช่วยเหลือหรือแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการโดยศาล นอกจากนี้ยังมี ความสำคัญต่อการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเวลาที่จะต้องนำคำชี้ขาดไปขอให้ศาลของรัฐใดรัฐหนึ่งบังคับให้ และหากมิได้มีการกำหนดคำนิยาม "ระหว่างประเทศ" ที่มีลักษณะสากลเพื่อใช้กับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ ดังกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในฝรั่งเศสเพราะเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศ แต่เป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศอังกฤษ เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนอังกฤษ

นักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านจึงได้พยายามอธิบายความหมายและกำหนดลักษณะความแตกต่างของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration) กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (international arbitration) ซึ่งในที่นี้หมายถึงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (international commercial arbitration) ขึ้นมา โดยมีข้อสังเกตว่า คำจำกัดความ "การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign arbitration)" นั้น วัตถุประสงค์จริง ๆ แล้ว เป็นไปเพื่อการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่เป็นผลมาจาก "การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ" นั้นเอง ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแท้ ๆ เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาททางด้านเขตแดน (boundary disputes) และข้อพิพาททางการเมืองอื่น ๆ (political issues) ที่เป็นคดีเมือง ตัวอย่างความหมายที่มีการอธิบาย เช่น

David <sup>36</sup> ความแตกต่างของการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นเพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีองค์ประกอบเกี่ยวกับต่างประเทศมากขึ้นในโลกสมัยใหม่ ความแตกต่างคือ

1. การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เป็นเรื่องของการอนุญาโตตุลาการที่กระทำลงยังต่างประเทศ ตามกฎหมายต่างประเทศ เพื่อการระงับข้อพิพาทในต่างประเทศ ซึ่งอำนาจของ

<sup>36</sup> Rene David, Arbitration in International Trade, pp. 69-71.



รัฐได้ถูกร้องขอให้เข้าช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการนั้น เช่น การระงับคดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาท หรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการออกหมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร หรือ การบังคับ หรือยกเลิกคำชี้ขาดที่ได้กระทำขึ้น

สัญชาติของคู่กรณีหรือของอนุญาโตตุลาการ หรือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท อาจนำมาพิจารณาได้ว่าอย่างไรจะถือเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (national arbitration) หรือการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign arbitration) แต่อย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่นำมาใช้ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศยังไม่ชัดเจนและมีความเคลือบคลุมอยู่ในหลาย ๆ ประเทศ ประกอบกับฝ่ายนิติบัญญัติหรือศาลยังปฏิบัติไม่ชัดเจน และนักกฎหมายหลายท่านยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่

2. การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ที่มีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ จึงเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์พิเศษเพราะเกี่ยวกับองค์ประกอบระหว่างประเทศ

ปัญหาที่เกิดขึ้นกับกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้แก่

(1) สถานการณ์เช่นนั้นจะเกิดขึ้นได้อย่างไร และจะนำไปสู่การใช้กฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่มิได้มีการใช้ในกฎหมายภายในประเทศได้อย่างไร และจะนำกฎเกณฑ์ในกฎหมายภายในมาใช้ได้โดยปราศจากการแก้ไขได้อย่างไร เพราะกฎเกณฑ์เหล่านั้นมีขึ้นเพื่อความสัมพันธ์ภายในประเทศ

(2) มีกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับความแตกต่างหรือไม่ กฎเกณฑ์แรกใช้กับความสัมพันธ์ภายในประเทศ อีกกฎเกณฑ์หนึ่งใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งกรณีมีกฎหมายอื่นที่เป็นกฎหมายภายในประเทศ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศจะพิจารณาเฉพาะปัญหาของกฎหมายภายในที่จะนำมาใช้ในแต่ละกรณี

(3) เป็นเรื่องของกฎหมายขัดกันว่าจะนำกฎหมายภายในของประเทศใดมาปรับใช้

(4) จริงหรือไม่ที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายภายในที่จะนำมาบังคับใช้ โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่เป็นสารบัญญัติ (Sachnormen) ในคดีพิเศษเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

Lew<sup>37</sup> ได้ให้คำนิยามของลักษณะดังกล่าวว่าเป็นเรื่อง "สัญชาติของอนุญาโตตุลาการ (Nationality of Arbitration)" การอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีสัญชาติที่หลากหลายแตกต่างกันตามองค์ประกอบของเขตอำนาจ (jurisdiction) ที่มีมากกว่าหนึ่ง หากองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องมีความขัดกันมากขึ้นในการกำหนดสัญชาติก็จะมีมากขึ้นตามลำดับ

การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เป็นกระบวนการซึ่งมีสัญชาติเดียวกันกับศาลที่บังคับคำชี้ขาดให้และบังคับได้ง่ายกว่ากรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งอาจพิจารณาจากเนื้อหาของข้อพิพาท สัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่กรณี กฎหมายที่ใช้บังคับ และสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ว่ามีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ในรัฐเดียวกันหรือไม่ เป็นต้น

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น เป็นเรื่องระหว่างประเทศจริง ๆ ไม่ใช่เรื่องที่ยื่นอยู่กับชาติใดชาติหนึ่ง (non-national) แต่เป็นเรื่องของชาติหลาย ๆ ชาติที่เป็น multinational และไม่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของรัฐใด ๆ ซึ่งอาจพิจารณาลักษณะระหว่างประเทศจาก

(1) ตัวองค์กร เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุน (ศูนย์ ICSID) หรือจาก

(2) โครงสร้างหรือวิธีพิจารณา กรณีการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่กระทำขึ้นโดยไม่มีติดต่อกับระบบกฎหมายของรัฐและเป็นอิสระจากรัฐซึ่งตนมีความเกี่ยวพันอยู่ กระบวนพิจารณาจะบังคับตามกฎหมายข้อบังคับระหว่างประเทศหรืออย่างน้อยที่สุดตามกฎหมายข้อบังคับที่ไม่เป็นของรัฐใด และการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจอยู่ภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการถาวรหรือชั่วคราวก็ได้ ตามประมวลการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศโดยคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการ เช่น หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce / ICC) ซึ่งใช้กฎเกณฑ์ของสถาบัน มิใช่กฎเกณฑ์ของสถานที่ดำเนินกระบวนพิจารณา หรือคู่กรณีอาจเลือกทำการอนุญาโตตุลาการแบบชั่วคราว (ad hoc arbitration) ภายใต้ประมวลการอนุญาโตตุลาการที่มีการพัฒนาแล้วในระดับระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาทวิปยุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1961 (European Convention on International Commercial Arbitration 1961) หรือกฎข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่คณะกรรมการเศรษฐกิจสำหรับทวีปยุโรปแห่งสหประชาชาติ (UN Economic Commissions for Europe (UNECE)) และสำหรับทวีปเอเชียและตะวันออกไกล (for Asia and the Far East (UNECAFE)) ได้พัฒนาขึ้นในปี ค.ศ. 1966 หรือกฎหมายแม่แบบของคณะ

<sup>37</sup> Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, pp. 13-19.

กรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) เป็นต้น หรือจาก

(3) ข้อเท็จจริง คือการอนุญาโตตุลาการที่มีเขตอำนาจรัฐเกี่ยวพันกันมากกว่าหนึ่ง และสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถเป็นผลให้มีการทำอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยกำหนดให้ทำการอนุญาโตตุลาการยังประเทศอื่น และการอนุญาโตตุลาการอาจเป็นระหว่างประเทศได้แม้จะมีสัญชาติและเกี่ยวข้องกับกฎหมายของรัฐอธิปไตยบางรัฐ ซึ่งเป็นเรื่ององค์ประกอบด้านภูมิประเทศหรือด้านเศรษฐกิจของการอนุญาโตตุลาการมากกว่าสัญชาติหรือกฎหมายที่ใช้บังคับ

Redfern และ Hunter<sup>38</sup> ได้แยกว่าการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitration) เป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในตามกฎหมายของรัฐ อันเป็นเรื่องของพลเมืองที่อยู่ในรัฐเดียวกัน เช่น สัญญาก่อสร้างบ้านที่ผิดแบบหรือเครื่องจักรหรือเครื่องอำนวยความสะดวกทำงานไม่ดีพอ เป็นต้น ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (international arbitration) เป็นเรื่องนอกพรมแดนหรือเขตแดนของรัฐ แต่กระทำขึ้นในดินแดนของรัฐเนื่องมาจากความสะดวกทางภูมิศาสตร์ (geographical convenience)

ทั้งนี้ การแยกความแตกต่างเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากรัฐซึ่งมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่พัฒนาแล้วจะยอมรับเสรีภาพ (freedom) ของคู่กรณีในระบบการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมากกว่าที่มีในระบบการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ สำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้แยกความแตกต่างอาจพิจารณาจากหลักเรื่องลักษณะของข้อพิพาท (the nature of the dispute) หรือสัญชาติและภูมิลำเนาของคู่กรณี (the nationality or the habitual place of residence of the parties) มากำหนดความแตกต่าง

นอกจากนี้ Jessup<sup>39</sup> ได้อธิบายการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าเป็นไปเพื่อพิจารณากฎเกณฑ์ของกฎหมายว่าจะใช้กฎหมายท้องถิ่น กฎหมายของรัฐ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ มาบังคับกับความสัมพันธ์หรือธุรกรรมที่มีขอบเขตไขว้กันอยู่กรณี cross border

<sup>38</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd edition (London : Sweet & Maxwell, 1991), pp. 14-15.

<sup>39</sup> Ibid., p. 14.

relations and transactions โดยให้คำจำกัดความว่าเป็น “การอนุญาโตตุลาการข้ามประเทศ” หรือ transnational arbitration

การกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ เพื่อแบ่งแยกให้ชัดเจนว่าเป็นเรื่องภายในประเทศหรือต่างประเทศนั้น เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจเพื่อจะได้นำไปใช้ให้ถูกต้องตามลักษณะของการอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นและเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีโดยแท้จริง การอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะระหว่างประเทศถือได้ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจากที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้ต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกลักษณะของการอนุญาโตตุลาการว่ามีหลักเกณฑ์อะไรบ้างที่นำมากำหนด และหลักเกณฑ์ใดที่ประเทศต่าง ๆ หรือความตกลงระหว่างประเทศทั้งที่ประเทศไทยเป็นภาคีและที่ไม่ได้เป็นภาคีนำมาใช้ เพื่อนำผลการวิจัยที่ได้มาตรวจสอบความเหมาะสม และเสนอแนะแนวทางที่น่าจะเป็นไปได้ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการและร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... (ฉบับแก้ไขจนถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2540) ว่าควรจะใช้หลักเกณฑ์ใดมากำหนดความแตกต่างของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งได้วิจัยในบทที่ 3 ต่อไป



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย