

## บทที่ 4

### วิเคราะห์หลักเกณฑ์ และปัญหาการตีความตามกฎหมายของ ประเทศไทย

ปัจจุบันการแข่งขันทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งสำหรับประเทศต่าง ๆ ทุกประเทศจึงพยายามที่จะส่งเสริมและให้การสนับสนุนกิจกรรมและวิธีการอันนำไปสู่ความสำเร็จในการพัฒนาศักยภาพที่เกี่ยวข้องกับการประกอบการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ อันจะทำให้เกิดความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศในที่สุด อย่างไรก็ตาม ความสำเร็จในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนจะต้องมีความรวดเร็ว ชัดเจนแน่นอน เป็นธรรม และเชื่อถือได้ เพื่อขจัดอุปสรรคทางการค้าและเกื้อหนุนให้เกิดการลงทุนดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องได้รับความเชื่อถือจากประเทศต่าง ๆ และประการสำคัญที่สุดคือการที่ประเทศต่าง ๆ อาจต้องการยอมรับและบังคับเพียงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศที่แต่ละประเทศเป็นภาคี โดยมีข้อสังเกตว่าหากเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ย่อมอาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลจะมีน้อยกว่ากรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาขอให้ศาลไทยบังคับให้ ในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (domestic arbitral award) หรือเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign arbitral award) อันเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณากันว่าจะนำเกณฑ์ใดมาเป็นตัวกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและต่างประเทศ หรือจะนำสิ่งใดมาเป็นเกณฑ์กำหนดว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทำอยู่นั้นเป็นการอนุญาโตตุลาการของประเทศใด ในประเด็นปัญหานี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการของประเทศไทย การพิจารณาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกลักษณะของการอนุญาโตตุลาการจึงมีความสำคัญยิ่ง

#### 4.1 หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศไทย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมสำหรับรองรับการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่ง

โดยอนุญาโตตุลาการนอกศาลซึ่งเป็นวิธีที่สามารถแก้ไขข้อขัดแย้งได้โดยสะดวกรวดเร็ว ไม่สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่าย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะประนีประนอมและเป็นไปตาม พันชกรณีย์ที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหลายฉบับ เนื้อหาของพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาท การพิจารณา การทำคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ แต่การบังคับใช้ที่มีเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันเป็นเวลาสิบกว่าปีนั้นมีปัญหามาก โดยเฉพาะการกำหนดหลักเกณฑ์หรือการกำหนดสัญชาติ (nationality) ของการอนุญาโตตุลาการอันเป็นประเด็นสำคัญของงานวิจัยนี้

#### 4.1.1 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่า "อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของกรรชาอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย"

องค์ประกอบที่จะถือว่าเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจึงมี 2 ประการคือ องค์ประกอบเกี่ยวกับดินแดน และองค์ประกอบที่เกี่ยวกับสัญชาติ

ประการแรก เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่ทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่ต้องกระทำขึ้นทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของกรรชาอาณาจักรไทย และ

ประการที่สอง เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญชาติของคู่กรณีซึ่งกำหนดว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องไม่มีสัญชาติไทย

องค์ประกอบแรกพิจารณาจากสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (seat or place of arbitration) เป็นเกณฑ์ หากอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ในราชอาณาจักรไทยอาจถือเป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ แม้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะไม่มีสัญชาติไทย ดังนี้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นจึงเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (local award) ถือได้ว่าเป็นการใช้หลักดินแดนหรือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (territorialist theory) มากำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้ในพิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ตามที่ประเทศไทยเป็นภาคี<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Silvan Hutter, "International Commercial Arbitration in Thailand," *Botbundid* 48, 4 (December 1992) : 46.

นอกจากนี้ มีนักวิชาการบางท่านตั้งข้อสังเกตว่ากรณีการพิจารณาเพียงแค่สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของคู่กรณีและข้อพิพาทที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศเลย เช่น หากอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทในประเทศไทยถือเป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ อาจหมายความว่าประเทศไทยใช้หลักดินแดนโดยเคร่งครัดในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ<sup>2</sup>

องค์ประกอบที่สองเป็นเรื่องสัญชาติของคู่กรณีที่ต้องไม่มีสัญชาติไทยมาข้องเกี่ยวเลย หรือหากมีก็เพียงแค่ฝ่ายเดียวเท่านั้นในกรณีของการอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นนอกราชอาณาจักร เพราะฉะนั้นจึงต้องพิจารณาทั้งการไปทำอนุญาโตตุลาการยังต่างประเทศกับสัญชาติของคู่กรณีประกอบกันเนื่องจากการพิจารณาที่คู่กรณีเป็นคนต่างชาติอย่างเดียวนั้นยังไม่อาจถือว่าเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ ตามความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย (นายเชียร เจริญวัฒนา)<sup>3</sup> และเมื่อพิจารณาจากคำว่า "คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย" นั้น จะเห็นได้ว่ายังไม่ชัดเจนเพียงพอจึงมีปัญหาในการบังคับใช้ เนื่องจากนักกฎหมายยังตีความถ้อยคำในความหมายที่แตกต่างกันอยู่

ถ้อยคำที่กล่าวว่า "คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย" อาจหมายความว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่ใช่คนไทยเลย ดังนั้นแม้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นคนไทยแต่ไปทำอนุญาโตตุลาการยังต่างประเทศก็จะถือว่าเป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศซึ่งเป็นเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายของกรรมการร่างกฎหมาย (นายประพนธ์ ศาคะมาน) ที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีทุกฝ่ายเป็นคนไทยเป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่กรณีที่เกี่ยวข้องกับคนไทยทั้งหมดเป็นพิเศษ<sup>4</sup> อย่างไรก็ตาม อาจมีความหมายได้ทั้ง 2 นัย กล่าวคือทั้งที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นคนไทยและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ หรือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนต่างชาติก็ได้ แต่จะมีสัญชาติไทยทั้งสองฝ่ายไม่ได้เพราะกฎหมายบัญญัติว่า "คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย" และเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับคู่กรณีซึ่งไม่มี

<sup>2</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, "อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530) : 165.

<sup>3</sup> กระทรวงยุติธรรม, "บันทึกการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 5/2526 (การประชุมครั้งที่ 10)," 2 มีนาคม 2526.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน.

สัญชาติไทยแต่อาจมีทรัพย์สินในประเทศไทยเพื่อประโยชน์ในการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ<sup>5</sup>

นอกจากนี้ อาจหมายความถึงคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวก็พอที่ต้องไม่มีสัญชาติไทย ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายจะมีสัญชาติใดก็ได้ ถือเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศแล้ว ซึ่งมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันแต่ความหมายเหมือนกัน เป็นต้นว่า

- "any party thereto is not of Thai national"<sup>6</sup> หรือ
- "at least one party thereto is not a Thai national"<sup>7</sup> หรือ
- "wherein one of the parties involved in the dispute is not a person of Thai nationality"<sup>8</sup> หรือ
- "one of the parties is not of Thai nationality"<sup>9</sup> หรือ
- "คู่กรณีแม้เพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย"<sup>10</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่า

---

<sup>5</sup> ประจิดต์ โรจนพฤกษ์, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ," ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (เล่ม 1), พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เพอเพ็คท์ กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 153.

<sup>6</sup> Jayavadh Bunnag, "Arbitration Law in Thailand," in Case and Materials on Arbitration (Vol. 1), ed. Arbitration Office Thailand (Bangkok : Perfect Graphic Group, 1992), p. 234.

<sup>7</sup> Silvan Hutter, "International Commercial Arbitration in Thailand," Botbundid : 46.

<sup>8</sup> Suwit Suwan, "Arbitration in Thailand," in Case and Materials on Arbitration (Vol. 1), ed. Arbitration Office Thailand (Bangkok : Perfect Graphic Group, 1992), p. 243.

<sup>9</sup> Vichai Ariyanuntaka, "Problems respecting Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards : a Thai perspective," Botbundid 52, 3 (September 1996) : 54.

<sup>10</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2533), หน้า 47.

- ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นคนสัญชาติไทยและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ ก็ถือว่าเป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทยและเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศแล้ว<sup>11</sup>

พิจารณาได้ว่าองค์ประกอบที่สองนี้ใช้หลักสัญชาติของคู่กรณี (nationality of the parties) เป็นเงื่อนไขในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยพิจารณาจากคำในกฎหมายว่า "คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย" ตามมาตรา 28 แห่งพ.ร.บ.ฯ พ.ศ. 2530

ฉะนั้น การอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทระหว่างคนไทยกับคนไทยทำในประเทศอังกฤษจะถือเป็นการอนุญาโตตุลาการของไทย เนื่องจากเป็นเรื่องระหว่างคนสัญชาติไทยจึงขาดคุณสมบัติในเรื่องสัญชาติของคู่กรณี ซึ่งการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้มีเหตุผลมาจากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่ต้องการให้คนไทยด้วยกันไปทำอนุญาโตตุลาการยังต่างประเทศเพราะไม่เชื่อถือนระบบอนุญาโตตุลาการไทย<sup>12</sup>

สรุปได้ว่า มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นำหลักดินแดนและหลักสัญชาติของคู่กรณี ประกอบกันเป็นเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยมีได้กำหนดค่านิยมของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไว้ จึงมีความหมายว่าการอนุญาโตตุลาการใดก็ตามที่มีไซการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะถือเป็นการอนุญาโตตุลาการในประเทศ<sup>13</sup> ซึ่งเป็นปัญหาว่าจะตีความอย่างไรจึงจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีโดยต้องทำการอนุวัติกฎหมายภายในมิให้ขัดหรือแย้ง อันจะนำไปซึ่งความเชื่อถือ ความถูกต้อง ความชัดเจนและแน่นอนของประเทศต่าง ๆ ในการยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยที่นำมาบังคับใช้อยู่นั่นเอง

<sup>11</sup> อนันต์ จันทโรภากร, "อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ : 168.

<sup>12</sup> วิชัย อริยะนันทกะ, "การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ," ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (เล่ม 2), แก้ไขปรับปรุงใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2. สำนักงานอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรม, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 326.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน.



แต่อย่างไรก็ดี มีตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลฎีกาไทยยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศให้ กรณีเข้าองค์ประกอบหลักดินแดนคือมีการทำอนุญาโตตุลาการยังต่างประเทศ ประกอบกับหลักสัญชาติคือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวมิได้มีสัญชาติไทยที่ถือเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 698/2521<sup>14</sup> จำเลยทำสัญญาขายพริกแก่โจทก์ในประเทศไทย ข้อสัญญากำหนดให้ชำระข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในกรุงนิวยอร์กตามกฎหมายของสมาคมการค้าอเมริกันสามารถใช้บังคับได้ ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้จำเลยรับผิดชอบ บังคับในศาลไทยได้โดยไม่ต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าจำเลยผิดสัญญาแต่อย่างใด (โจทก์เป็นบริษัทศรีสุวรรณ จำกัด สัญชาติไทย จำเลยเป็นบริษัทฮีสโมโค อเมริกัน คอมปะนี อิงค์ ซึ่งมีภูมิลำเนาในสหรัฐอเมริกา ทำการอนุญาโตตุลาการกันในประเทศสหรัฐอเมริกา)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5513/2540<sup>15</sup> โจทก์ฟ้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับนครนิวยอร์ก ลงวันที่ 10 มิถุนายน 2501 (ค.ศ. 1958) ซึ่งศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ ต่อเมื่อจำเลยซึ่งจะถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีกรณีตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (1) ถึง (6) ของมาตรา 34 แห่งพ.ร.บ.ฯ พ.ศ. 2530 กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือมีกรณีตามที่ระบุไว้ในมาตรา 35 แห่งพ.ร.บ.ฯ ดังกล่าวเท่านั้น เมื่อจำเลยมิได้นำสืบพิสูจน์ให้เห็นว่ามีเหตุที่ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวตามมาตรา 34 แต่อย่างใด ทั้งไม่ปรากฏด้วยว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายไทย หรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศ ศาลจึงไม่มีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นโดย เหตุใดเหตุหนึ่งดังกล่าว (โจทก์เป็นบริษัทโคทิมพอร์ท เอส. เอ. จำกัด สัญชาติต่างดาว จำเลยเป็นบริษัทเทพารักษ์สิงทอ จำกัด สัญชาติไทย ทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ)

<sup>14</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2521 ตอน 3 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2521), หน้า 447-450.

<sup>15</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2540 (เล่มที่ 8) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540), หน้า 227-235.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7128/2540<sup>16</sup> โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยทั้งสองปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงต้องใช้พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 34 และมาตรา 35 มาปรับแก้คดี จำเลยทั้งสองให้การสรุปว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้องเพราะไม่ได้เหตุผลในการชี้ขาด จึงเป็นคำให้การที่ได้อ้างเหตุผลต่าง ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 และมาตรา 35 เลย ดังนั้น ศาลจึงไม่มีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ (โจทก์เป็นบริษัทอะมิลกาเมตเต็ค เมทัล คอร์ปอเรชั่น พีแอลซี จำกัด สัญชาติต่างดาว จำเลยเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดปริยาไมนิ่ง กับพวก สัญชาติไทย ทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ)

นอกจากนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา กรณีเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ศาลฎีกาไม่ยอมรับและบังคับให้ โดยอ้างเหตุแห่งการไม่บังคับคำชี้ขาดให้แตกต่างกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 520/2520<sup>17</sup> โจทก์จำเลยติดต่อซื้อขาย โดยมีหนังสือยืนยันตกลงจำนวนและราคาแล้ว แต่ตามพฤติการณ์ที่เคยปฏิบัติแสดงว่าโจทก์จำเลยต้องทำสัญญาเป็นหนังสือก่อน เมื่อจำเลยผู้ขายไม่ยอมลงลายมือชื่อในหนังสือสัญญาซื้อขายที่โจทก์ส่งมา ก็ไม่ถือว่ามีสัญญาซื้อขายแล้ว ข้อตกลงเรื่องอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้นก็ไม่มีผลบังคับ แม้จำเลยจะตั้งตัวแทนแก้ข้อกล่าวหาของโจทก์ต่ออนุญาโตตุลาการที่กรุงลอนดอน ก็ไม่ถือว่าจำเลยยอมให้คำชี้ขาดผูกพันจำเลย (โจทก์เป็นบริษัท เค.ซี.ซี. เทีย (1949) จำกัด สัญชาติต่างดาว จำเลยเป็นท.จ.ก. ทวีพืชผล กับพวก จำกัด สัญชาติไทย ทำการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศอังกฤษ)

หมายเหตุ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในคดีนี้ มีขึ้นก่อนการใช้บังคับพ.ร.บ.ฯ พ.ศ. 2530 จึงเป็นไปตามมาตรา 211 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กรณีอนุญาโตตุลาการนอกศาล)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 377/2531<sup>18</sup> ข้อความตามสัญญาเช่าช่วงที่ระบุว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามสัญญาเช่า ให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ชี้ขาดนั้น เป็นข้อตกลงระหว่างผู้เช่ากับจำเลยซึ่งเป็นผู้เช่าช่วง ไม่เกี่ยวกับโจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิม ผู้เช่า

<sup>16</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2540 (เล่มที่ 12) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540), หน้า 102-107.

<sup>17</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ประจําพุทธศักราช 2520 ตอน 3 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2520), หน้า 317-320.

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2531 (เล่มที่ 3) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2531), หน้า 102-106.

และโจทก์ผู้ให้เช่าเดิมจะทำการโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่กันไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากจำเลยโดยชัดแจ้ง และการโอนจะต้องทำเป็นหนังสือตามป.พ.พ. มาตรา 306 การตั้งตัวแทนเพื่อการโอนดังกล่าวจึงต้องทำเป็นหนังสือด้วย เมื่อไม่ได้ความว่าผู้เช่าได้โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าช่วงแก่โจทก์ผู้ให้เช่าเดิม การที่โจทก์เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาเช่าช่วงต่ออนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์จึงเป็นการไม่ชอบ จะนำคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาบังคับจำเลยให้ปฏิบัติตามมิได้ (โจทก์เป็นบริษัทคอมเบเนี่ย เพกกี จำกัดฯ สัญชาติต่างดาว จำเลยเป็นบริษัทข้าวไชยพร จำกัด สัญชาติไทย ทำการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศอังกฤษ)

ในทางกลับกัน เมื่อคู่กรณีคนไทยทั้งสองฝ่ายทำการอนุญาโตตุลาการกันในประเทศไทย การอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ ถือเป็นเรื่องภายในประเทศ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้เป็นกรณีขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ซึ่งศาลไม่ยอมรับบังคับให้โดยอาศัยเหตุต่างกัน

การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ตามมาตรา 221 ป.วิ.แพ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 427/2522<sup>19</sup> การกำหนดค่าทดแทนแก่เจ้าของตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2497 มาตรา 14 กำหนดตามความเป็นธรรมในวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาเวนคืน ต้องถือตามประกาศราคาปานกลางของที่ดิน เพื่อเก็บภาษีบำรุงท้องที่กับสภาพและทำเลของทรัพย์สินมาประกอบกัน ราคาที่ดินใกล้เคียงทำสัญญาสูงกว่าราคาจริงโดยสมยอมเพื่อต่อรองเมื่อมีการเวนคืน อนุญาโตตุลาการนำมาอาศัยกำหนดราคาเวนคืนจึงขัดต่อกฎหมาย ศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 502/2522<sup>20</sup> ผู้ร้องและผู้คัดค้านตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดกำหนดค่าทดแทนการเวนคืนที่ดิน เป็นกรณีเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาลตามป.วิ.พ. ม. 221 ไม่ใช่ ม. 220 แม้อันต่อมาผู้ร้องจะร้องขอให้ศาลชั้นต้นตั้ง อ. เป็นประธานชี้ขาดคำชี้ขาดซึ่งมีเสียงเท่ากัน และศาลมีคำสั่งแต่งตั้ง อ. ให้แล้วก็ตาม ก็ยังต้องบังคับตามม. 221

<sup>19</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2522 ตอน 4 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2522), หน้า 425-432.

<sup>20</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2522 ตอน 4 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2522), หน้า 494-497.



เมื่อไม่ปรากฏว่าคูกรณีฝ่ายใดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ อ. อ. ไม่ใช่คูกรณี ไม่มีอำนาจยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำพิพากษาคตามคำชี้ขาดของ อ.

การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2259/2538<sup>21</sup> โจทก์ร้องขอต่อศาลให้บังคับคดีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งอันเป็นที่สุดของ คชก.ตำบล หรือ คชก.จังหวัด เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์ทั้งสองมิได้ใช้สิทธิชื้อนภายในกำหนดเวลา 3 ปี นับแต่จำเลยที่ 1 โอนขายนาพิพาทให้แก่จำเลยที่ 2 คำวินิจฉัยของ คชก.ตำบล ที่ชี้ขาดให้โจทก์ทั้งสองมีสิทธิชื้อนนาพิพาทจากจำเลยที่ 2 จึงไม่ชอบตามมาตรา 56 วรรคแรก พ.ร.บ. การเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ศาลก็ต้องปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของ คชก.ตำบล และเป็นเรื่องอำนาจฟ้องซึ่งเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามมาตรา 24 วรรคแรก พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9935/2539<sup>22</sup> เมื่อ ข. กรรมการ คชก.ตำบลลำโพเป็นบุตรของโจทก์ทั้งสอง ข.จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทรายนี้ คำชี้ขาดของ คชก.ตำบลลำโพจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพ.ร.บ.การเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำวินิจฉัยได้ตามมาตรา 58 วรรคหนึ่ง ประกอบป.วิ.พ. มาตรา 221 และพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 3 และมาตรา 24 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3185/2541<sup>23</sup> สัญญาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งโจทก์และจำเลยได้ร่วมลงนามด้วยนั้น มิได้กำหนดเวลาการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการไว้ จึงนำบทบัญญัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาปรับแก้คดีนี้ไม่ได้ คู่สัญญาจึงต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการภายในกำหนดอายุความตามกฎหมาย เมื่อปรากฏว่า ขณะโจทก์ยื่นฟ้องคดีนี้ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการยังอยู่ในกำหนดเวลาที่โจทก์จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2538 (เล่มที่ 7) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538), หน้า 133-136.

<sup>22</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2539 (เล่มที่ 12) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2539), หน้า 395-396.

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2541 (เล่มที่ 6) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2541), หน้า 131-134.

แต่โจทก์ก็มิได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา ก่อน จำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ ถูกฟ้องจึงชอบที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโต ตุลาการก่อนได้ตามพ.ร.บ.ฯ มาตรา 10 เมื่อสัญญาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ข้อ 10 ระบุว่า "คู่สัญญาตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้ อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด" การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนใน การใช้สิทธิฟ้องร้อง เมื่อโจทก์ฟ้องคดีโดยมิได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการก่อน จึงเป็น การมิได้ปฏิบัติตามสัญญาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกา กรณีเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศที่ ศาลยอมรับและบังคับให้

คำพิพากษาฎีกา 1985/2541<sup>24</sup> คู่สัญญาตกลงใช้วิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโต ตุลาการหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจ้างเหมาเกิดขึ้น ซึ่งการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมี พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 22 บังคับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้ เป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี ศาลพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใน ประเทศนั้น กรณีของผู้คัดค้านจะอุทธรณ์ได้หรือไม่จึงต้องเป็นไปตามมาตรา 26 (1)-(5) เท่านั้น การที่อนุญาโตตุลาการจะหยิบยกพยานหลักฐานใดขึ้นวินิจฉัยภายในขอบเขตของกฎหมายและ สัญญาพิพาทกัน ย่อมเป็นสิทธิที่จะกระทำได้โดยชอบ เมื่อสัญญาก่อสร้างคลองฝั่งซ้ายก็ระงับให้ เสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการ การที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ผู้ คัดค้านรับผิดชอบตามข้อเรียกร้องที่ 13 ค่างานเพิ่มเติม และข้อ 18 ค่าแรงรัตงาน จึงเป็นการวินิจฉัย ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาแล้ว หากใช้การวินิจฉัยนอกเหนือสัญญาไม่ ส่วนข้อที่อนุญาโตตุลาการ ได้วินิจฉัยให้ผู้คัดค้านรับผิดชอบยกเบียดตั้งแต่วันที่ 9 ตุลาคม 2535 แต่ผู้คัดค้านอ้างว่ายังฟังไม่ได้ ว่าผู้คัดค้านผิดนัด และวันที่ดังกล่าวมิใช่วันอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกระประมาณราคานั้น ก็เป็น การได้เพียงในข้อเท็จจริงว่าจะฟังว่าจำเลยผิดนัดแล้วหรือไม่เท่านั้น จึงมิใช่ปัญหาเกี่ยวกับความ สงบเรียบร้อย อุทธรณ์ของผู้คัดค้านไม่ต้องตามหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นของบทบัญญัติมาตรา 26 ดังกล่าว ผู้คัดค้านจึงไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น (ผู้ร้องเป็นบริษัท ไอ.พี.ลิมไมปิลีอี ปาร์เตชิปาซิโอนี เอส.พี.เอ. จำกัด กับพวก ผู้คัดค้านเป็นกรมชลประทาน ทำการอนุญาโต ตุลาการในประเทศไทย จึงไม่เป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 28 ของพ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530)

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2541 (เล่มที่ 4) (กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโต ตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2541), หน้า 174-179.

หมายเหตุ ประเด็นเรื่องการอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจนั้น หากเป็นกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ตามมาตรา 24 จะอุทธรณ์ฎีกาต่อไปไม่ได้ เว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 26 แต่หากเป็นกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตามมาตรา 34 ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกา ผู้ร้องย่อมอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้

#### 4.1.2 ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับแก้ไขจนถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2540) ของกระทรวงยุติธรรม

ปัจจุบันคณะกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการกระทรวงยุติธรรมได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... (ฉบับแก้ไขวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2540) ขึ้นมาโดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับการยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางของนักกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นต้นแบบในการยกร่าง เพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายมากยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาล และยังทำให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ต่อไปอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้มีการบังคับใช้มาเป็นเวลานานพอสมควร และมีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับสภาวะเศรษฐกิจสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ<sup>25</sup>

สาระสำคัญของร่างพ.ร.บ.ฯ เป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ให้มีลักษณะสากลที่ใช้ได้กับการอนุญาโตตุลาการทุกประเภทในฉบับเดียว โดยไม่แยกความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะภายในประเทศออกจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมกับคนสัญชาติไทยและชาวต่างชาติ ให้ได้รับสิทธิและความคุ้มครองโดยเท่าเทียม

<sup>25</sup> กระทรวงยุติธรรม, บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... (ฉบับแก้ไขจนถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2540).

กัน แต่อย่างไรก็ดี มีความเห็นของอีกฝ่ายว่าน่าจะมีการแยกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ออกเป็น 2 ฉบับ ฉบับแรกใช้กับอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและฉบับที่สองใช้กับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อความสะดวกในการบริหารงานยุติธรรมภายในประเทศและเพื่ออำนวยความสะดวกในการทำอนุญาโตตุลาการให้กับชาวต่างประเทศในไทยทั้งยังเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและมั่นใจให้กับระบบอนุญาโตตุลาการไทยอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาการบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในหมวด 8 มาตรา 39 วรรคแรก<sup>26</sup> จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดให้ทุก ๆ คำชี้ขาด ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด และให้คำชี้ขาดมีผลผูกพันคู่พิพาทอันเป็นการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับระหว่างประเทศ การกำหนดคำนิยามของ “การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” จึงมิได้มีในร่างพ.ร.บ.ฯ ฉบับนี้

#### 4.2 หลักพันธกรณีตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ

สนธิสัญญา หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ (International Convention) เป็นบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ (Source of International Law) ซึ่งมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในข้อ 38 (1) (a) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The Statute of the International Court of Justice)<sup>27</sup> ว่าให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้อุสัญญา

ความเห็นของอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการที่สนับสนุน ได้แก่ ศ.สรรเสริญ ไกรจิตติ นายกนก อินทร์พรหม นายจรล ภักดีชนากุล และนายอภิก อัครวานันท์.

ความเห็นของอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการที่สนับสนุน ได้แก่ ศ.เสาวนีย์ อัครโรจน์ รศ.พิชัยศักดิ์ หรยางกูร รศ.ดร.อนันต์ จันทรโอภากร นายวรวิมล ทวาทดิน และผู้แทนของสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายสากล.

<sup>26</sup> ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ....

มาตรา 39 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นที่ประเทศใด ให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจยอมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น ทั้งนี้ ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มาตรา 40 และมาตรา 41.

<sup>27</sup> The Statute of the International Court of Justice

ประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะ ซึ่งก่อตั้งกฎเกณฑ์ที่คู่กรณีได้รับรองไว้ชัดเจนมาเป็นบ่อเกิดเบื้องต้นในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างประเทศ

อนุสัญญาระหว่างประเทศจึงหมายถึง สนธิสัญญาหรือความตกลงที่รัฐหรือตัวทำการอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น องค์การระหว่างประเทศ ทำขึ้นระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเรียกชื่อความตกลงนั้นว่าอะไรก็ตาม หรือไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีหรือทวิภาคี ย่อมมีผลเป็นการสมควรใจสร้างพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างภาคีตามหลักของความตกลงต้องได้รับการปฏิบัติตามหรือสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)<sup>28</sup>

นอกจากนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านยังเห็นว่าสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นเพียงบ่อเกิดแห่งพันธกรณี (source of obligations) ระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศมากกว่าที่จะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย (source of law) ทำนองเดียวกับที่สัญญาเป็นเพียงบ่อเกิดแห่งหนี้ระหว่างคู่สัญญาตามกฎหมายภายใน โดยยอมรับว่าสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเป็นเพียงหลักฐานที่แสดงหรือสะท้อนให้เห็นถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่เท่านั้น และตัวพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย แต่เกิดมาจากหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ในกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาใช้บังคับแก่สนธิสัญญาในลักษณะที่ว่า พันธกรณีตามสนธิสัญญาต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม<sup>29</sup>

#### Article 38

(1) The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply :

(a) international convention, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states ;.

<sup>28</sup> คำรณ ชรรมาวัณ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (Introduction to International Law) (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 26-27.

<sup>29</sup> Fitzmaurice, Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, *Symbolae Verziji* (1958) 153, 157-159 อ้างถึงใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law) (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 56-57.



สำหรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศนั้นเป็นกรณีการเคารพ (observance) สนธิสัญญา ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่ารัฐภาคีแห่งสนธิสัญญามีหน้าที่จะต้องให้ความเคารพแก่สนธิสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) และจะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วยความสุจริต (good faith) ในกรณีเดียวกันกับกฎหมายภายในของรัฐที่บุคคลจะต้องเคารพต่อสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาดด้วยความสุจริตเช่นกัน<sup>30</sup> หลัก pacta sunt servanda ยังถูกอธิบายไว้ในส่วนของการสิ้นสุดและการระงับไปซึ่งสนธิสัญญา (Termination and Suspension of Treaties) โดยนักกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>31</sup> ว่าเป็นหลักกฎหมายเบื้องต้นในการตั้งข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความมีผลบังคับได้และการบังคับใช้หลักสนธิสัญญาต่อไป

บทบัญญัติมาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969<sup>32</sup> และมาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันค.ศ.1986<sup>33</sup> ในส่วนของการเคารพและปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้กล่าวถึงหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหรือ pacta sunt servanda โดยมีใจความที่คล้ายคลึงกันว่า “สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับทุกฉบับย่อมผูกพันภาคีแห่งสนธิสัญญาและภาคีนั้นจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นด้วยความสุจริต (Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith)” พิจารณาบทบัญญัติได้ว่าเป็นการอาศัยหลักสุจริตในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยวิธีการที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติหรือตนเองดำเนินการปฏิบัติใด ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญา หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและหลักสุจริตในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังกล่าวจึงเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายสนธิสัญญา<sup>34</sup> ทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 2 อนุ 2<sup>35</sup> แห่งกฎบัตร

<sup>30</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law), หน้า 538.

<sup>31</sup> Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 3rd edition, (New York : Oxford University Press, 1979), p. 613.

<sup>32</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969), Article 26.

<sup>33</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (21 March 1986), Article 26.

<sup>34</sup> ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (สนธิสัญญา), พิมพ์ครั้งที่ 2 (แก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 141.

สหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ที่กำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎบัตรฉบับปัจจุบันโดยสุจริต เพื่อความปรองดองถึงสิทธิและผลประโยชน์ที่รัฐสมาชิกมี จึงพิจารณาได้ว่าทั้งหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและหลักสุจริตนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันไม่อาจแยกออกจากกันได้โดยรัฐจะต้องเคารพต่อหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริต เช่นเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) <sup>36</sup> ดังนี้ รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา รัฐจะอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนในการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้ตามบทบัญญัติมาตรา 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 <sup>37</sup>

อย่างไรก็ดี หากปรากฏโดยชัดแจ้งในขณะทำสนธิสัญญาว่ามีบทบัญญัติสำคัญอันเป็นพื้นฐานที่ทำให้การให้ความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐตกเป็นอันสิ้นผลไป รัฐก็สามารถอ้างเพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาได้ตามมาตรา 46 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาข้างต้น <sup>38</sup> ตัวอย่างเช่น การอ้างถึงกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่อง

<sup>35</sup> Charter of the United Nations

Article 2

2. All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

<sup>36</sup> Y.B.I.L.C. Vol. II (1996) at p. 211 อ้างถึงใน จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law), หน้า 538.

<sup>37</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Article 27 A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

<sup>38</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Article 46

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

ความสามารถของผู้แทนรัฐในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งกฎหมายภายในนั้นเป็นกฎหมายภายในที่มีความสำคัญยิ่งและการฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนที่ชัดแจ้ง<sup>39</sup> ในทางกลับกันการเปลี่ยนรัฐบาลชุดใหม่มิใช่เหตุที่รัฐจะอ้างเพื่อปฏิเสธการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาที่รัฐบาลชุดก่อนทำไว้ได้ และรัฐก็ไม่สามารถอ้างกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธความผูกพันตามพันธกรณีที่มีได้ การตีความการใช้ข้อยกเว้นตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าวจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัด

ด้วยเหตุนี้ พันธกรณีแห่งสนธิสัญญาจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยความสุจริตภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหรือหลัก *pacta sunt servanda* ดังกรณีที่ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับกรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ซึ่งบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นภายใต้พิธีสารว่าด้วยการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดฉบับกรุงเจนีวา ค.ศ. 1923 และเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ทั้งนี้ตามมาตรา 7 อนุ 2<sup>40</sup> ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯดังกล่าวได้กำหนดให้ผลของอนุสัญญากรุงเจนีวาเป็นอันสิ้นไปหากรัฐภาคีอนุสัญญากรุงเจนีวาได้เข้าผูกพันเป็นพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ ลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงต้องสอดคล้องกับคำนิยาม “อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ตามมาตรา 1 อนุ 1 แห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ (บทบัญญัติดังกล่าวไปรตดูหัวข้อ 3.2.1.3 ของบทที่ 3) เพื่อการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมีกำหนดในบทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 35 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยอันเป็นบทอนุวัติการอนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ

<sup>39</sup> จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law), หน้า 538-539.

<sup>40</sup> New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958

Article VII

.....

(2) The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

#### 4.3 ปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบัน

คำนิยาม "อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ" ที่ใช้หลักดินแดนตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และเป็นไปตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นั้นยังมีปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการว่าอนุญาโตตุลาการต้องทำการพิจารณาชี้ขาดไปมากน้อยเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยส่วนใหญ่ที่กระทำขึ้นนอกราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดจำนวนครั้งของกระบวนการพิจารณาว่าเป็นกระบวนการพิจารณาส่วนใหญ่ (mainly) ที่เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกประเทศไทย กรณีที่มีการทำคำชี้ขาดเพียงบางส่วนในประเทศไทย หรือกรณีการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ "โดยส่วนใหญ่" นอกราชอาณาจักรไทยในเรื่องเกี่ยวกับการนับจำนวนครั้งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาว่าจะนับอย่างไร จำเป็นหรือไม่ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องบันทึกเวลาในช่วงที่ฟังพยานทุกครั้ง และจะนับสถานที่และเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาประกอบทั้งเวลาที่ร่างคำชี้ขาด หรือคำสั่ง หรือคำขอ หรือมาตรการเริ่มต้นรวมด้วยหรือไม่ จึงจะถือว่าเป็นการทำอนุญาโตตุลาการโดยส่วนใหญ่ภายนอกประเทศไทย ซึ่งน่าจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะภายในประเทศกับต่างประเทศให้ชัดเจนแน่นอนเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมาย<sup>41</sup>

กรณีการตีความว่าพ.ร.บ.ฯ พ.ศ. 2530 ใช้หลักดินแดนโดยเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรของมาตรา 28 ที่ถือว่าการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทในประเทศไทย เป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศโดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของคู่กรณีและลักษณะของข้อพิพาทที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจการค้าระหว่างประเทศ ในทางปฏิบัติอาจมีผลให้ชาวต่างชาติไม่ประสงค์จะมาทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย แม้จะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ขัดกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น พิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็ตาม<sup>42</sup> นอกจากนี้ การอนุญาโตตุลาการที่มีการตกลงกันในเรื่องสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรุงเทพมหานครอาจจะย้ายไปกระทำกันยังต่างประเทศแทน เพื่อหลีกเลี่ยงเขตอำนาจของศาลไทยในการแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเป็นเรื่องภายในประเทศ

<sup>41</sup> Silvan Hutter, "International Commercial Arbitration in Thailand," Botbundid : 25.

<sup>42</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, "อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ : 165.

อันมิใช่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้อนุญาตตุลาการระหว่างคู่กรณีชาวต่างชาติที่ตกลงในประเทศ เป็นเรื่องที่ "ไม่ใช่ภายในประเทศ" (non-domestic) ตามบทบัญญัติมาตรา 1 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก<sup>43</sup> ดังนั้นแล้ว กรณีจึงน่าจะเป็นเรื่องความไม่ชัดเจนของกฎหมายบัญญัติและอาจเป็นกรณีการตีความที่ทำให้กฎหมายมีผลรุนแรงขึ้น (a fortiori) เกินไปกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย<sup>44</sup>

สำหรับหลักสัญชาติของคู่กรณีที่น่ามากำหนดคำนิยาม "อนุญาตตุลาการต่างประเทศ" โดยคำว่า "คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีสัญชาติไทย" นั้น เป็นปัญหาที่ต้องมีการตีความกันว่า หมายถึงคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นคนต่างชาติ หรืออย่างน้อยที่สุดคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวที่ต้องไม่มีสัญชาติไทย ที่เป็นเช่นนี้อาจเนื่องมาจากการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรานี้ยังไม่ชัดเจนเนื่องจากการตีความความหมายแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการบังคับตามคำชี้ขาดได้ กล่าวคือถ้าตีความได้ว่า "คู่กรณีในข้อพิพาททุกฝ่ายจะต้องเป็นคนต่างชาติ" ในกรณีอนุญาตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดนอกราชอาณาจักรไทย ถือเป็นอนุญาตตุลาการต่างประเทศแล้ว การอนุญาตตุลาการที่กระทำขึ้นในประเทศสิงคโปร์ระหว่างคนไทยกับคนอังกฤษจะถือว่าเป็นอนุญาตตุลาการภายในประเทศ จำต้องนำกฎหมายไทยมาบังคับเนื่องจากมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นคนไทย ดังนั้นจึงเป็นการใช้กฎหมายในลักษณะ "extraterritoriality" และขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีเพราะเป็นการจำกัดขอบเขตการบังคับใช้พิธีสารฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1923 อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 และอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ใช้หลักดินแดนมากำหนดสัญชาติของอนุญาตตุลาการ<sup>45</sup>

หรืออีกนัยหนึ่งถ้าตีความได้ว่า "อย่างน้อยที่สุดคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นคนต่างชาติ" การอนุญาตตุลาการที่กระทำขึ้นนอกราชอาณาจักรไทยระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นคนสัญชาติไทยถือว่าไม่เข้าองค์ประกอบเป็นอนุญาตตุลาการต่างประเทศ และหากตีความโดยใช้หลักดินแดนอย่างเคร่งครัด กรณีดังกล่าวก็ถือเป็นอนุญาตตุลาการต่างประเทศได้ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ กรณีน่าจะถือได้ว่า

<sup>43</sup> Silvan Hutter, "International Commercial Arbitration in Thailand," Botbundid : 46-47.

<sup>44</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมกฎหมายลาติน-ไทย พร้อมดัชนีเพื่อความสะดวกในการค้น (กรุงเทพฯ : ม.ป.ท., 2537), หน้า 43.

<sup>45</sup> อนันต์ จันทรโอภากร, "อะไรคืออนุญาตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ : 166.



หากอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาและชี้ขาดในต่างประเทศโดยมีคู่กรณีแม้เพียงฝ่ายเดียวเป็นคนต่างชาติและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนสัญชาติไทยเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ อันไม่ก่อให้เกิดการตีความกฎหมายที่มีผลร้ายแรงขึ้นกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย

อีกประเด็นปัญหาหนึ่งคือ เรื่องสัญชาติของนิติบุคคลนั้น กฎหมายมิได้มีการบัญญัติไว้โดยตรง จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายเฉพาะอื่นที่กำหนดหลักเกณฑ์แตกต่างกันในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (การควบคุมธุรกิจของคนต่างด้าว) หรือปว. 281 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน และประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งพิจารณาจากผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ (the shareholders majority) หรือจำนวนหุ้นที่ถือ (the number of share held) มิใช่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะทั่วไปว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นนิติบุคคลต่างชาติ นอกจากนี้ กรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลจะพิจารณาจากมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่กำหนดสัญชาตินิติบุคคลตามสถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ (principal office) ตามหลัก Siege Social และในทางปฏิบัติศาลไทยถือว่าสัญชาติของนิติบุคคลเป็นไปตามสำนักงานที่จดทะเบียน (registered office) ของนิติบุคคลตามประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งโดยปกติแล้วนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยจะมีสำนักงานที่จดทะเบียนในประเทศไทยด้วย<sup>46</sup>

แต่อย่างไรก็ดี ตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 พิจารณานิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยโดยมีชาวต่างชาติถือหุ้นทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย (Thai company)<sup>47</sup>

มีข้อสังเกตต่อไปอีกว่าการใช้หลักสัญชาติเป็นเกณฑ์กำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอาจขัดต่ออนุสัญญากรุงนิวยอร์กฯ เนื่องจากถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนไทยพิพาทกันเกี่ยวกับการประกอบการค้าที่กระทำในต่างประเทศและตกลงให้ทำอนุญาโตตุลาการยังต่างประเทศถือเป็นอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ซึ่งต้องนำกฎหมายไทยไปบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ ทำให้เกิดความลำบากกับคู่กรณีที่เป็นคนไทย เนื่องจากกฎหมายของประเทศนั้นอาจกำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในดินแดนของตนใช้กฎหมายภายในของตนมาบังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวก็ได้

<sup>46</sup> Jayavadh Bunnag, "Arbitration Law in Thailand," in Case and Materials on Arbitration (Vol. 1), pp. 234-235.

<sup>47</sup> Ibid.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1 อนุ 1 แห่งอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก<sup>48</sup> ได้กำหนดความหมายของคำว่า "อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ" ว่าหมายถึงอนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะเป็นภาคีของอนุสัญญาหรือไม่ และคู่กรณีจะมีสัญชาติของรัฐภาคีหรือไม่ก็ตาม กล่าวคืออนุสัญญากรุงนิวยอร์กใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องดินแดนมากำหนดสัญชาติของอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อความตอนท้ายที่ว่า "ให้ใช้กับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศด้วย" นั้นมาจากการเสนอของผู้แทนประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ทั้งนี้ เพราะกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมันยินยอมให้คู่กรณีตกลงกันใช้กฎหมายของประเทศอื่นซึ่งมิใช่ประเทศที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทมาบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในประเทศตนได้<sup>49</sup> เช่น ถ้าคู่กรณีตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศเยอรมันโดยนำกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมาบังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ศาลเยอรมันจะถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แต่ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศฝรั่งเศส น่าจะกล่าวได้ว่าบทบัญญัติตอนท้ายนี้เป็นผลมาจากการประนีประนอมระหว่างประเทศที่ยึดหลักดินแดนกับประเทศที่ยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณี (party autonomy) ซึ่งจะช่วยให้ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญากรุงนิวยอร์กกว้างขึ้น

กรณีนี้ ถ้าตีความตามลายลักษณ์อักษรของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก มาตรา 1 แม้อนุสัญญาจะใช้หลักดินแดนโดยมิได้ใช้หลักสัญชาติแต่อนุสัญญาดังกล่าวก็ได้บัญญัติห้ามใช้หลักนี้ จึงมีบางประเทศนำหลักสัญชาติไปใช้ในกฎหมายอนุวัติการด้วย ซึ่งก็ไม่น่าจะขัดแย้งกับอนุสัญญาฯ ดังนี้จึงไม่น่าจะขัดกับหลักพันธกรณีหรือไม่น่าที่จะมีข้อห้ามว่าบทบัญญัติมาตรา 28 จะบัญญัติเช่นนี้ไม่ได้<sup>50</sup> เนื่องจากการที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติในกฎหมายที่ไม่ถือว่าอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีสัญชาติไทยทั้งสองฝ่ายที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนอกราชอาณาจักรไทยเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผู้มีสัญชาติไทย

<sup>48</sup> New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958, Article I (1).

<sup>49</sup> อนันต์ จันทโรภากร, "อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ : 168-169.

<sup>50</sup> เรื่องเดียวกัน : 168.

โดยเฉพาะ ไม่เกี่ยวกับต่างประเทศ<sup>51</sup> แต่หากตีความตามเจตนารมณ์จากประวัติการร่างอนุสัญญาฉบับนี้โดยที่ผู้แทนหลายประเทศได้เสนอให้เพิ่มองค์ประกอบอื่น ๆ เข้าไป รวมทั้งหลักสัญชาติมาเป็นเกณฑ์ด้วย และในที่สุดที่ประชุมได้ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาเป็นคำนิยาม การเพิ่มหลักสัญชาติในมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 จึงทำให้ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญาฉบับนี้แคบลงไปกว่าเจตนารมณ์เดิมในขณะทำการร่างอนุสัญญาดังกล่าวเนื่องจากอนุญาตรุงนวิยอร์คพยายามที่จะแก้ไขข้อบกพร่องของสนธิสัญญากรุงเจนีวาทั้งสองฉบับที่จำกัดเฉพาะคู่กรณีต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีและการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทต้องกระทำในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น<sup>52</sup>

กรณีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... นั้นเป็นการยกร่างขึ้นมาเพื่อใช้กับอนุญาโตตุลาการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศโดยมิได้มีการแบ่งแยกกัน และได้ยกเลิกคำนิยาม "อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ" ในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ให้สอดคล้องต้องกันกับหลักการของร่างพ.ร.บ.ฯ ที่สามารถบังคับคำชี้ขาดได้ทุกที่โดยไม่ต้องพิจารณาว่าจะเป็นการชี้ขาดที่แท้จริง ณ สถานที่แห่งใด<sup>53</sup>

อนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการบางท่าน<sup>54</sup> เห็นว่า หลักการของร่างพ.ร.บ.ฯ ที่มีได้มีการแบ่งแยกการใช้กับอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะต่างกันั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากสภาพของการอนุญาโตตุลาการภายในกับระหว่างประเทศมีความแตกต่างกัน ทั้งที่เป็นเรื่องของเจตนารมณ์ของกฎหมายในการนำมาใช้และการดำเนินการกระบวนการวิธีพิจารณา เรื่องที่เกี่ยวกับภายในประเทศจึงเป็นเรื่องที่ต้องมีการควบคุมแต่ถ้าเป็นเรื่องระหว่างประเทศแล้วจะเป็นเรื่องของความจำเป็นทางการค้าระหว่างประเทศมากกว่า จึงต้องอำนวยความสะดวกให้ทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นความสะดวกในการบริหารงานยุติธรรมภายในประเทศและความสะดวกในการทำอนุญาโตตุลาการของชาวต่างชาติในประเทศไทย เพื่อสนับสนุนให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางของการทำอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคที่

<sup>51</sup> ประจิตต์ โรจนพฤกษ์, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ," ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (เล่ม 1), หน้า 153.

<sup>52</sup> อนันต์ จันทโรภากร, "อะไรคืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศ : วิเคราะห์มาตรา 28 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530," วารสารนิติศาสตร์ : 168-169.

<sup>53</sup> ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... , มาตรา 39.

<sup>54</sup> กระทรวงยุติธรรม, "รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 1-2/2539," 27 มีนาคม 2539 และ 22 พฤษภาคม 2539.

มีกฎหมายให้ชาวต่างชาติสามารถเข้าใจได้ง่าย ไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งยังอำนวยความสะดวกและให้ความมั่นใจได้ว่าเมื่อมาทำอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย แล้วจะได้รับความเห็นทางกฎหมายหรือมีวิธีปฏิบัติที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

การนำร่างพ.ร.บ. ๔ ดังกล่าวมาใช้กับทั้งอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะภายในประเทศ และระหว่างประเทศจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย หากเป็นกรณีที่มีผลกระทบกับเรื่องระหว่างประเทศหรือเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกันไม่สามารถแบ่งแยกความเป็นภายในออกจากเรื่องระหว่างประเทศได้ และหากจำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายก็อาจทำได้โดยยาก เนื่องจากต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศอันจะส่งผลถึงความล่าช้าในการบริหารงานยุติธรรมภายในประเทศ นอกจากนี้เนื้อหาของกฎหมายแม่แบบ หรือ Model Law เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นหลัก จึงไม่ครอบคลุมถึงเรื่องภายในประเทศ<sup>55</sup>

ดังกรณีตัวอย่าง ปัญหาในเรื่องลูกหนี้ร่วมซึ่งลูกหนี้คนหนึ่งเป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อีกคนหนึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประการใด กรณีนี้หากเป็นเรื่องของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศจะสามารถแก้ปัญหาได้โดยให้อำนาจแก่ศาลไม่ส่งเรื่องพิพาทให้กับอนุญาโตตุลาการพิจารณาและชี้ขาด ซึ่งเป็นการเพิ่มประเด็นที่จะก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่การบังคับใช้กฎหมายกับกรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>56</sup> และเป็นเหตุผลที่ตรงกันกับข้อเสนอแนะในร่างพ.ร.บ. ๔ ฉบับนี้ที่ Dr. Gerold Herrmann ได้ให้ไว้ต่อคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนา ระบบอนุญาโตตุลาการว่า “การใช้กฎหมายฉบับเดียวบังคับกับทั้งอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศนั้น ควรจะใช้วิธีการนี้ต่อเมื่อสามารถบัญญัติกฎหมายโดยไม่ต้องบรรจุเรื่องหรือข้อกำหนดที่จำเป็นแต่เฉพาะในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และไม่เป็นที่ยอมรับในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ”<sup>57</sup> และข้อเสนอแนะตามมาตรา 11-13 ว่า “มาตรา 11 มาตรา 12 และมาตรา 13 น่าจะเป็นบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะอนุญาโตตุลาการที่กฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ (governing law) เท่านั้น ข้อกำหนดในสามมาตรานี้อาจจะจำเป็นต้องมีในกรณีของก อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ แต่ไม่ควยจะสอดคล้องกับหลักการของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยเฉพาะมาตรา 13 นอกจากจะเกี่ยวข้องกับ

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>56</sup> กระทรวงยุติธรรม, “รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนา ระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 2/2539,” 22 พฤษภาคม 2539.

<sup>57</sup> กระทรวงยุติธรรม, “เอกสารประกอบการประชุมของคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนา ระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 8/2539,” 16 ตุลาคม 2539.

เรื่องภายในประเทศโดยเฉพาะแล้ว ยังเป็นการแสดงถึงการที่กฎหมายไม่ให้ความสำคัญกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่ควรเพราะยอมให้คู่กรณีบิดพลิ้วจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการและไปดำเนินการในศาลแทนได้”<sup>58</sup>

อย่างไรก็ดี อนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการบางท่าน<sup>59</sup> เห็นว่าเป็นการเหมาะสมแล้วที่มีการรวมกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะภายในประเทศและระหว่างประเทศไว้ในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... เป็นฉบับเดียวกัน เพราะหากพยายามแยกพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ฉบับ จะยิ่งทำให้ภาพพจน์ของอนุญาโตตุลาการไทยดูไม่ดีมากยิ่งขึ้นจากที่เคยเกิดปัญหาในการใช้อนุญาโตตุลาการไทยในระยะเริ่มแรก และจะทำให้นักลงทุนทั่วไปพยายามที่จะทำให้อตัวเองอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วยเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้ความยุติธรรมหรือความน่าเชื่อถือมากกว่า การใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการภายในประเทศแยกออกจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอาจทำให้เกิดความลักลั่นในทางปฏิบัติ นอกจากนี้อาจก่อให้เกิดความสับสนในการใช้กฎหมายหลายฉบับได้ กล่าวคือ

- อนุญาโตตุลาการในศาล ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- อนุญาโตตุลาการนอกศาลในส่วนของข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ใช้ ICSID Convention ซึ่งเป็นอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น
- อนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ในประเทศ ใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ
- อนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ที่เกี่ยวกับต่างประเทศ ใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ดังนั้นหากมีการรวมกฎหมายอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไว้ในฉบับเดียวก็จะทำให้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพียง 3 ฉบับซึ่งจะไม่ก่อให้เกิดการยุ่งยากในการนำมาใช้ และการที่กฎหมายของต่างประเทศมีการแยกใช้นั้นก็เนื่องจากว่าโครงสร้างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการมีการพัฒนาและยอมรับกันมาตลอด จึงไม่จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากของไทยที่มีปัญหาในการใช้พ.ร.บ.ฯ พ.ศ. 2530 ทำให้ผู้ใช้ขาดความ

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>59</sup> กระทรวงยุติธรรม, “รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ, ครั้งที่ 1-2/2539”.



เชื่อก็คือ ปัญหาของเรื่องจริง ๆ จึงน่าจะเป็นเรื่องของภาษาที่ใช้ซึ่งเราใช้ภาษาไทยเป็นหลักต่างจากการอนุญาตตุลาการโดยทั่วไปที่ใช้ภาษาอังกฤษเพราะสัญญาต่าง ๆ เป็นภาษาอังกฤษ ฉะนั้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายที่ไม่ตรงกัน จึงจำเป็นต้องร่างกฎหมายให้เป็นภาษาอังกฤษซึ่งน่าจะเป็นทางออกสำหรับสนับสนุนให้ชาวต่างชาติมาใช้กฎหมายอนุญาตตุลาการของไทย

จากความเห็นของอนุกรรมการทั้งสองฝ่าย ปัญหาของร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. .... จำเป็นต้องพิจารณาว่าเมื่อกฎหมายอนุญาตตุลาการฉบับเดียวใช้กับทั้งสองเรื่องที่มีลักษณะต่างกันระหว่างเรื่องที่มีลักษณะเกี่ยวกับกิจการค้าระหว่างประเทศกับเรื่องเกี่ยวกับกิจการภายในประเทศ ผู้ใช้อาจเกิดความสับสนและขาดความเชื่อถือในกฎหมายอนุญาตตุลาการของไทยทำให้ไม่ประสงค์จะดำเนินการอนุญาตตุลาการในไทยและเลือกประเทศอื่นที่ตนมั่นใจในระบบอนุญาตตุลาการเป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่นกันกับการเลือกใช้กฎหมายของประเทศอื่นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนที่จะใช้กฎหมายอนุญาตตุลาการของไทย เหตุการณ์เช่นนี้คงไม่สมประโยชน์และไม่เป็นไปตามหลักการและเหตุผลของการร่างกฎหมายอนุญาตตุลาการขึ้นมาใหม่โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติมาเป็นต้นแบบในการยกร่าง เพื่อพัฒนาระบบอนุญาตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศและส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายมากยิ่งขึ้นอันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลยุติธรรมภายในประเทศเป็นแน่แท้

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย