

วิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณา  
ในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ



นางสาวจันทนา สมพงษ์ชัยกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2543

ISBN 974-13-0774-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DEVELOPMENT OF CERTAIN CONCEPTS OF PROCEDURAL LAW  
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION



Jantana Sompongchaiyakul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws

Department of Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2000

ISBN 974-13-0774-8



จันทนา สมพงษ์ชัยกุล : วัฒนนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธี  
พิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (DEVELOPMENT  
OF PROCEDURAL LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION)  
อาจารย์ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 314 หน้า.  
ISBN 974-13-0774-8.

วิธีพิจารณาความของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความสำคัญอย่างมาก  
ประการหนึ่งเนื่องจากสามารถหยิบยกขึ้นเป็นเหตุในการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลา  
การได้ จึงได้มีการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในส่วนของ  
กฎหมายวิธีสบัญญัติเรื่อยมานับตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันจนได้มีการจัดทำกฎหมายแม่  
แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการ  
ค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติขึ้น

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงพัฒนาการของแนวความคิดบางประการของกฎหมายวิธี  
พิจารณาของการอนุญาโตตุลาการทั้งในอดีตและปัจจุบัน เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและเหตุผล  
ของการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งได้ศึกษาถึงแนวความคิดและปัญหาบาง  
เรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ การแยกข้อตกลง  
อนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลัก แบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจของ  
อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง การเลือกกฎหมายวิธีพิจารณามาใช้  
บังคับกับกรณี และการพิจารณาโดยขาดนัด

ผลจากการวิจัยพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายในบางเรื่องที่ยังไม่เหมาะสม  
เนื่องจากยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเพราะไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจน จึงน่าจะนำแนวความคิดของ  
กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ  
UNCITRAL และกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาและได้หยิบยกบางเรื่องที่เหมาะสม  
สำหรับการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และกฎหมายอื่นที่  
เกี่ยวข้องขึ้นพิจารณา ทั้งนี้เพื่อให้ระบบอนุญาโตตุลาการและกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโต  
ตุลาการของไทยได้รับการปรับปรุงจนเป็นที่ยอมรับเพราะได้มาตรฐานในระดับสากล

ภาควิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....  
สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....  
ปีการศึกษา.....2543..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

# # 4086065134 : MAJOR LAW

KEY WORD : INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

JANTANA SOMPONGCHAIYAKUL : DEVELOPMENT OF PROCEDURAL  
LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. THESIS ADVISOR:  
ASSO. PROF. PHIJAISAKDI HORAYANGKURA, 314 pp.  
ISBN 974-13-0774-8.

International commercial arbitral procedure is important because the undue proceeding could be asserted by parties to protest an arbitration's decision. Thus, there is the regular development of the international commercial arbitration law, notably, in the part of procedure. This resulted in creating the Model Law on International Commercial Arbitration by the United Nations Commissions on International Trade Law.

The objective of this thesis is to study the conceiving progress of both past and present arbitral procedure laws. This is to understand the concept and reason of the legislation's amendment. The research also investigates the International Commercial Arbitration's concepts and problems, namely, autonomy of arbitration clause, form of arbitration agreement, competence de la competence, applicable procedure law, and ex-parte procedure

The study found that the law still has problems in practice because of ambiguity and the lack of rules. Therefore, the concept of the Model Law on International Commercial Arbitration and the foreign laws in this study should be used for amending the Arbitration Act B.E. 2530 and other related law. Hence, Thai arbitration system and law will acquire the international standard and be thereby widely accepted.

Department.....LAW..... Student's signature.....  
Filed of study....LAW..... Advisor's signature.....  
Academic year....2000..... Co-advisor's signature.....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความช่วยเหลืออย่างดียิ่งของ รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่าง ๆ ในการวิจัยมาด้วยดีตลอด และกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านซึ่งประกอบไปด้วย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริดิพันธ์ เชื้อบุญชัย ศาสตราจารย์เสาวนีย์ อัครโรจน์ และอาจารย์วิชัย อริยะนันท์กะ ที่ได้กรุณาเสียสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ขอขอบคุณบุคคลอีกหลายท่านที่ได้อนุเคราะห์เอกสารตลอดจนคำแนะนำสำหรับการศึกษาวิจัยครั้งนี้ คือ คุณอนันต์ ฤทธิธูตม์ คุณเกรียงศักดิ์ อรุพงษ์พิศาล คุณณัฐวัฒน์ ไบบัว คุณดุจดลยธรรม ธรรมวงศ์ เจ้าหน้าที่ห้องสมุด UN-ESCAP ตลอดจนเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยอีกหลายท่านที่ได้กล่าวนามในที่นี้

ท้ายสุดนี้ ผู้วิจัยใคร่ขอกราบขอบพระคุณ บิดา-มารดา พี่และน้องของผู้วิจัยทุกท่านซึ่งสนับสนุนในด้านการเงินและให้กำลังใจแก่ผู้วิจัยเสมอมาจนสำเร็จการศึกษา

# สารบัญ

หน้า

|                         |   |
|-------------------------|---|
| บทคัดย่อภาษาไทย.....    | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ.....    | ฉ |
| สารบัญ.....             | ช |

## บทที่ 1 บทนำ

|   |    |
|---|----|
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1  |
| 1.2 สมมติฐาน.....                       | 15 |
| 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....        | 16 |
| 1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....              | 16 |
| 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....      | 17 |
| 1.6 วิธีการศึกษาวิจัย.....              | 17 |

## บทที่ 2 ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตไต่สวนการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

|   |    |
|---|----|
| 2.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอนุญาตไต่สวนการ<br>พาณิชย์ระหว่างประเทศ..... | 19 |
| 2.2 หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา.....                                       | 23 |
| 2.3 หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา.....  | 24 |
| 2.4 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....   | 27 |
| 2.5 ประวัติความเป็นมาของอนุญาตไต่สวนการพาณิชย์ระหว่างประเทศ.....                          | 27 |
| 2.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตไต่สวนการพาณิชย์ระหว่างประเทศ.....                     | 32 |
| 2.6.1 พิธีสารว่าด้วยข้อตกลงอนุญาตไต่สวนการ ค.ศ.1923.....                                  | 32 |

|                |  |           |
|----------------|--|-----------|
| 2.6.2          | อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<br>ระหว่างประเทศ.....   | 35        |
| 2.6.3          | อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับ และการบังคับตามคำชี้ขาดของ<br>อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ.....                                       | 37        |
| 2.6.4          | ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976.....   | 43        |
| 2.6.5          | กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ<br>ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ<br>แห่งสหประชาชาติ..... | 45        |
| 2.6.6          | อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ<br>ในทางการค้าระหว่างประเทศ.....   | 47        |
| 2.6.7          | อนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965.....  | 49        |
| 2.7            | กิจกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากหน่วยงานอื่นที่มีส่วนหนึ่งขององค์การสันนิบาตชาติ... 57   |           |
| 2.7.1          | สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน.....   | 58        |
| 2.7.2          | หอการค้านานาชาติ.....  | 58        |
| 2.7.3          | คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ.....   | 60        |
| 2.7.4          | สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำให้กฎหมายมีเอกภาพ.....  | 61        |
| 2.7.5          | คณะกรรมการการเศรษฐกิจของเอเชียตะวันออก.....  | 63        |
| <b>บทที่ 3</b> | <b>ปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ.....</b>   | <b>71</b> |
| 3.1            | พัฒนาการของความคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อ<br>ขึ้นหลัก (Doctrine of Separability).....           | 78        |
| 3.1.1          | พัฒนาการของความคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจาก<br>สัญญาที่ก่อขึ้นหลักในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985.....                | 81        |
| 3.1.1.1        | ร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการ<br>กฎหมายระหว่างประเทศ.....  | 81        |
| 3.1.1.2        | อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก.....  | 83        |



|                |  |     |
|----------------|--|-----|
| 3.1.1.3        | อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ.....   | 86  |
| 3.1.1.4        | อนุสัญญาอชิงตัน.....   | 87  |
| 3.1.1.5        | The UNCITRAL Rules and Model Law.....  | 88  |
| 3.1.2          | พัฒนาการของความคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อขึ้นหลักในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985.....                              | 90  |
| 3.2            | พัฒนาการของความคิดเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Form of arbitration clause or arbitration agreement) |     |
| 3.2.1          | พัฒนาการของความคิดเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985.....                             | 109 |
| 3.2.2          | พัฒนาการของความคิดเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985.....                            | 118 |
|                | 1) กรณีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย.....   | 127 |
|                | 2) กรณีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว.....  | 131 |
|                | 3) กรณีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจา.....   | 135 |
|                | 4) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์.....   | 138 |
| <b>บทที่ 4</b> | <b>ปัญหาที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ</b>  |     |
| 4.1            | พัฒนาการของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (Competence de la Competence).....                                 | 152 |
| 4.1.1          | พัฒนาการของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985.....   | 156 |

|                |  |            |
|----------------|--|------------|
| 4.1.2          | พัฒนาการของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจ<br>ของตนเองในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985..... | 170        |
| 4.1.3          | ประเทศที่ยอมรับหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาด<br>อำนาจของตนเอง                    |            |
| 4.1.3.1        | ประเทศอังกฤษ.....  | 177        |
| 4.1.3.2        | ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.....   | 179        |
| 4.2            | การเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับกับกรณี.....  | 187        |
| 4.2.1          | พัฒนาการของแนวคิดเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับกับกรณีในช่วง<br>ก่อนปี ค.ศ.1985.....        | 189        |
| 4.2.1.1        | โปรโตคอลเจนีวา.....  | 189        |
| 4.2.1.2        | อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1927.....  | 191        |
| 4.2.1.3        | อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก.....  | 192        |
| 4.2.1.4        | อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่าง<br>ประเทศ.....                           | 196        |
| 4.2.1.5        | อนุสัญญาอชิงตัน ค.ศ. 1965.....   | 198        |
| 4.2.1.6        | ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ.....   | 200        |
| 4.2.2          | พัฒนาการของแนวคิดเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับกับกรณีในช่วง<br>หลังปีค.ศ. 1985.....        | 202        |
| 4.3            | การพิจารณาโดยขาดนัด (ex-parte procedure).....  | 208        |
| 4.3.1          | พัฒนาการของแนวคิดเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดในช่วงก่อนปี<br>ค.ศ. 1985.....                         | 209        |
| 4.3.2          | พัฒนาการของแนวคิดเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดในช่วงหลังปี<br>ค.ศ. 1985.....                         | 214        |
| <b>บทที่ 5</b> | <b>บทสรุปและเสนอแนะ.....</b>   | <b>219</b> |

|                    |     |
|--------------------|-----|
| รายการอ้างอิง..... | 243 |
|--------------------|-----|

#### ภาคผนวก

|  |     |
|--|-----|
| ก. รายชื่อภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก.....   | 254 |
| ข. รายชื่อภาคีสมาชิกของอนุสัญญาวอชิงตัน.....   | 259 |
| ค. The Rules of Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce<br>ค.ศ. 1998 (ICC Rules Court of Arbitration, 1998)..... | 264 |
| ง. ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.....  | 294 |

#### ประวัติผู้เขียน

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การอนุญาตใตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นถือได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่ง ซึ่งได้ถูกรับการนำมาใช้อย่างแพร่หลายเพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าที่เกิดขึ้น หรืออาจจะเกิดขึ้น หากได้ศึกษาประวัติของการอนุญาตใตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>1</sup> จะพบได้ว่าการ อนุญาตใตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายนับแต่หลังสงครามโลก ครั้งที่ 2 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในช่วง ระยะเวลาหลังมีลักษณะของข้อเท็จจริงแห่งคดีที่ซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะเรื่องแตกต่างกันไปแล้วแต่ กรณี ประกอบกับการระงับข้อพิพาททางศาลของประเทศต่าง ๆ ถูกพิจารณาว่าไม่สามารถที่จะตัด สิ้นคดีให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ เนื่องจากไม่สามารถเข้าใจและติดตามให้ทัน กับสภาพเศรษฐกิจของสังคม จึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยบุคคลที่มีความชำนาญและความ สามารถเฉพาะด้านมาทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาชี้ขาด ประกอบกับการอนุญาตใตตุลาการพาณิชย์ ระหว่างประเทศนั้นอาศัยปัจจัยคาบเกี่ยวกันระหว่างประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป ซึ่งประเทศแต่ละ ประเทศที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในทางการค้าระหว่างประเทศอาจมีพื้นฐานความคิดทางด้าน เศรษฐกิจ สังคม หรือตลอดจนแนวความคิดทางด้านกฎหมายที่แตกต่างกันไป อีกทั้งหากใช้วิธีการ ทางศาลเพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นอาจจะไม่ได้รับความร่วมมือจากรัฐ ของอีกประเทศหนึ่ง เนื่องจากแต่ละประเทศต่างยึดถืออำนาจอธิปไตยของรัฐตนอันเป็นสาเหตุใหญ่ที่ ทำให้แต่ละรัฐไม่สามารถที่จะยอมรับคำตัดสินชี้ขาดภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐอื่น แต่การ อนุญาตใตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทซึ่งออกมาในรูปหน่วยงานของเอกชนมากกว่าที่จะเป็นการ ใช้อำนาจของรัฐโดยตรง เมื่อมีการนำคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นไปใช้บังคับในรัฐอื่น ย่อมที่จะก่อให้เกิด ความสับสนและความคล่องตัวในการนำคำพิพากษาของศาลต่างรัฐไปบังคับ จากเหตุผลดังกล่าว

---

<sup>1</sup> ดูประวัติวิธีการอนุญาตใตตุลาการได้ที่เสาวนีย์ อิศวโรจน์, "สัญญาอนุญาตใตตุลาการ" (วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 8-11. และดู อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตใตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2532), หน้า 1-9.

ข้างต้นเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ทั้งยังมีเหตุผลอื่น ๆ อีกหลายประการ อาทิ เรื่องที่คู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ล่วงหน้า หรือเรื่องที่คู่สัญญาสามารถที่จะเป็นผู้กำหนดบุคคลที่จะมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทของตนได้ เป็นต้น

จากที่กล่าวไปแล้วเหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การระงับข้อพิพาททางการค้าโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายนับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมาจนถึงในปัจจุบัน เมื่อมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศขึ้นอย่างกว้างขวาง จึงจำเป็นต้องมีกฎระเบียบที่จำเป็นต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นทั้งในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ ตลอดจนมาตรการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบการดำเนินธุรกิจในแต่ละช่วงสมัย ซึ่งจะสังเกตเห็นได้ว่าการจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศในภูมิภาคเดียวกัน อนุสัญญาระหว่างประเทศในกลุ่มระบบเศรษฐกิจเดียวกัน หรือไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเกิดขึ้นโดยความร่วมมือของหน่วยงานหรือองค์การระหว่างประเทศ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้ล้วนส่งผลกระทบต่อรูปแบบของกฎหมาย,หลักเกณฑ์ข้อบังคับ ตลอดจนมาตรการต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ สิ่งหนึ่งที่สามารถสังเกตเห็นได้อย่างชัดเจนจากการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ เหล่านี้ คือ ความพยายามในการสร้างความเป็นเอกภาพของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ หรือส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ เพื่อก่อให้เกิดความคล่องตัวของการบังคับใช้ของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนกระทั่งถึงปัจจุบัน แต่ยังไม่เคยปรากฏคำนิยามที่แน่ชัดของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้ที่ใดเลย ซึ่งหากมองย้อนไปในอดีตจะพบว่าไม่เคยมีการบัญญัติความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใดเช่นกัน จากการศึกษาค้นคว้าวิจัยในเบื้องต้น “การอนุญาโตตุลาการ” มีความหมาย ดังนี้

- ตามพจนานุกรมภาษาอังกฤษของออกฟอร์ดได้ให้ความหมายของคำ

ว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า เป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงแต่งตั้งขึ้นเพื่อให้พิจารณาตัดสินข้อเรียกร้องของคู่สัญญา เพื่อที่จะได้รับคำตัดสินที่ยุติธรรม<sup>2</sup>

-ความหมายที่ให้ไว้โดย *American Arbitration Association* ได้ให้คำนิยามของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้ว่า คือ การระงับข้อพิพาทโดยการตัดสินของบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางไม่ว่าจะเป็นคนเดียว หรือมากกว่าหนึ่งคนซึ่งคำตัดสินของบุคคลดังกล่าว นั้นถือเป็นที่สุด และผูกพันบุคคลที่เป็นคู่สัญญานั้น<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ทั้ง 2 ดังกล่าวข้างต้นยังเป็นคำนิยามที่ไม่สมบูรณ์นัก เนื่องจากยังไม่มีกรกล่าวถึงลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนความผูกพันทางด้านการใช้อำนาจทางกฎหมายของตัวผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการเองไว้ จึงอาจพิจารณาได้ว่าคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” และคำว่า “วิธีการอนุญาโตตุลาการ” ยังคงมีความหมายไม่สมบูรณ์ครบถ้วนนัก อีกทั้งนักกฎหมายบางท่านก็กล่าวว่า “อนุญาโตตุลาการ” เป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งขึ้นและยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้น แทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และเพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากในการฟ้องร้องคดีตามปกติ<sup>4</sup> หรือ แม้แต่ใน *Black’s Law Dictionary (5<sup>th</sup> ed.)* ซึ่งได้อธิบายความหมายศัพท์คำนี้ไว้ว่า หมายถึง การเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลาง และได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้นซึ่งได้ทำขึ้น

<sup>2</sup> 3<sup>rd</sup> ed, 1944, Revised 1956. Cf. Definition in Webster’s New International Dictionary cited in Lew, D.M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration , (New York, 1948.), p.11.

<sup>3</sup> American Arbitration Association, A Businessman’s Guide to Commercial Arbitration, p. 3. Cited in Ibid.

<sup>4</sup> คำนิยามนี้เป็นคำนิยามของผู้พิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาในคดี *Wauregan Mills Inc. v. Textile Workers Union of America, A. F. L. C. I. O.*, 21 Conn. Supp. 134, 14 A. 2d. 592, 595 อ้างถึงใน อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 10.

เมื่อได้มีการพิจารณาคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน<sup>5</sup> ส่วนท่านศาสตราจารย์ Rene David ได้เสนอคำนิยามไว้ว่า อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจของรัฐ และจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น<sup>6</sup>

อาจกล่าวโดยสรุปว่า คำนิยามของ “การอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้งเพื่อเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาด (Award) ของอนุญาโตตุลาการนั้นผูกพันคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล<sup>7</sup> ซึ่งในการระงับข้อพิพาทอาจเป็นการระงับข้อพิพาททั้งในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง หรือการระงับข้อพิพาทในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายก็ได้ หรืออาจจะเป็นข้อพิพาทที่เป็นข้อเท็จจริงผสมข้อกฎหมายก็ได้ เช่นกัน

ดังนั้น หากพิจารณาจากคำนิยามของคำว่าอนุญาโตตุลาการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น สามารถแยกแยะลักษณะสำคัญของการอนุญาโตตุลาการออกได้เป็น 8 ลักษณะด้วยกัน<sup>8</sup> คือ

1. การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่ใช้เพื่อการระงับข้อพิพาท
2. การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สาม หรือโดยคนกลาง หรือโดยบุคคลที่คู่สัญญาเป็นผู้เลือก
3. อนุญาโตตุลาการนั้นมีอำนาจโดยการแต่งตั้งของคู่สัญญาเพื่อที่จะมาทำการอนุญาโตตุลาการ
4. อนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องทำการระงับข้อพิพาทในแนวทางตามที่ได้

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>6</sup> David, R., Arbitration in International Trade (1985) อ้างถึงใน อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 10.

<sup>7</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายากูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี, (พิมพ์ครั้งที่ 2 : สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2538) , หน้า 20.

<sup>8</sup> Lew, D.M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p.12.

บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งมีได้หมายความว่า จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัด แต่หมายถึง จะต้องให้ความยุติธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการที่จะนำเสนอคดีของทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นทั้ง ในด้านของการสืบพยานเพื่อที่จะสนับสนุนข้อเรียกร้องของทั้งสองฝ่าย เพื่อใช้ในการชั่งน้ำหนักค่า พยาน

5. การอนุญาตโตตุลาการเป็นการตัดสินชี้ขาดทางกฎหมายในระบบของ เอกชนเป็นเรื่องของคู่สัญญาเองที่จะเป็นผู้ควบคุมอำนาจและหน้าที่ของตัวอนุญาตโตตุลาการ มิใช่ เรื่องของรัฐ

6. คำตัดสิน หรือคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการถือเป็นที่สุด

7. คำตัดสินของอนุญาตโตตุลาการผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยคู่ สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงใจที่จะปฏิบัติตามและผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการนับตั้งแต่ตก ลงที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการของการอนุญาตโตตุลาการ

8. กระบวนพิจารณาในการอนุญาตโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดนั้นเป็น อิสระจากอำนาจของรัฐ ศาลของแต่ละมลรัฐจะเข้าแทรกแซงได้ก็แต่เพียงขอบเขตอำนาจที่จำกัดไว้ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศไทยที่ทำการอนุญาตโตตุลาการเท่านั้น ทั้งนี้ช่วยให้เป็นไปตามข้อตกลง ของการอนุญาตโตตุลาการ กฎเกณฑ์ของการดำเนินกระบวนพิจารณาของการอนุญาตโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว

ส่วนคำว่า “ข้อพิพาททางการค้า” หรือ *Commercial Arbitration* นั้น หมายถึง การอนุญาตโตตุลาการที่ใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในการค้าหรือการพาณิชย์ ทั้งนี้ คำว่าการค้าหรือการพาณิชย์มีความหมายกว้างคือให้รวมไปถึงกิจการอื่นที่ไม่ใช่การค้าขาย โดยตรง เช่น การก่อสร้างและการขนส่ง ซึ่งเป็นการค้าบริการ<sup>9</sup>

ส่วนคำว่า “ข้อพิพาทในการลงทุน” นั้นเป็นข้อพิพาทในทางพาณิชย์ ประเภทหนึ่ง แต่โดยเหตุที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ ซึ่งอาจอ้างเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของ รัฐจึงเกิดความคิดที่จะสร้างระบบการอนุญาตโตตุลาการขึ้นใหม่ เพื่อกำหนดให้รัฐต้องยอม รับการอนุญาตโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในการลงทุนที่เอกชนต่างชาติเข้ามาลงทุนใน ประเทศ<sup>10</sup>

<sup>9</sup> พิชัยศักดิ์ ทรียงกูร, พจนานุกรมการอนุญาตโตตุลาการ พร้อมดัชนี, หน้า 42.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.



ในระยะหลังนับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ได้มีการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น เป็นเหตุให้นับแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมาคำว่า “*การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ*” (*International Commercial Arbitration*) จึงมีการใช้กันอย่างแพร่หลายอันเป็นผลมาจากการเพิ่มขึ้นของกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ อีกทั้งมีการเพิ่มขึ้นของระบบเทคโนโลยีที่ทันสมัยซึ่งเอื้ออำนวยต่อการผลิตและการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ

การอนุญาโตตุลาการที่นำไปใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ หรือเรียกว่า *International Arbitration* สามารถนำไปใช้กับข้อพิพาททางกฎหมาย หรือข้อพิพาททางการเมืองก็ได้และเนื่องจากข้อพิพาทนี้เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ กฎหมายที่นำมาใช้ทั้งในทางวิธีพิจารณาและในทางสาระบัญญัติจึงได้แก่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งต่างกับกรณีของการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าซึ่งไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม มีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายภายในกับการอนุญาโตตุลาการทั้งในเรื่องวิธีพิจารณาและเรื่องสาระบัญญัติ จุดที่การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐ (*International Arbitration*) จะเข้ามาเกี่ยวข้องใกล้เคียงกับการอนุญาโตตุลาการในทางการค้า คือ ข้อพิพาทนั้นเคยเป็นข้อพิพาทที่ไม่ใช่เรื่องระหว่างรัฐมาก่อน แต่โดยเหตุที่รัฐได้เข้าสวมสิทธิของเอกชนรัฐจึงเป็นคู่สัญญา เนื่องจากเอกชนได้พยายามแสวงหาทางแก้ไขทางกฎหมายภายในจนถึงที่สุดแล้ว แต่ก็ยังไม่ได้รับการเยียวยา (*Exhaustion of Local Remedy*) เป็นเหตุให้มีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทในลักษณะนี้ ซึ่งเราอาจสังเกตได้ว่ามีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศไปใช้กับการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีได้เกิดจากเอกชนกับเอกชน เช่น การให้สัมปทานเหมืองแร่ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ

อนึ่ง ก่อนที่จะมีการกล่าวถึงเรื่องอื่นใดในส่วนของวิธีการระงับข้อพิพาทในการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งส่วนมากมักจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างประเทศซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ ผู้เขียนใคร่ขอกล่าวถึงปัญหาที่มักเกิดขึ้นสำหรับการระงับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าว ซึ่งปัญหาดังกล่าวก็คือ ลักษณะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในลักษณะนี้จะขัดกับหลักเกณฑ์ในเรื่อง *อำนาจอธิปไตยของรัฐ* (*State Sovereignty*) หรือไม่ ซึ่งแนวทางในการแก้ไขปัญหา คือ การพิจารณาหาความแตกต่างในเรื่องของลักษณะของกิจการซึ่งรัฐได้กระทำขึ้น โดยพิจารณาว่าหากลักษณะของกิจการนั้นมีลักษณะที่เป็นเรื่องของนโยบายทางการเมือง หรือเป็นการ

ตัดสินใจโดยรัฐ กล่าวคือเป็นการที่รัฐได้กระทำการหรือก่อให้เกิดกิจกรรมดังกล่าวใน “ฐานะของรัฐ” (*acta jure imperii*) หรือเป็นลักษณะของการกระทำซึ่งรัฐได้ก่อให้เกิดกิจกรรมดังกล่าวใน “สถานะเช่นเดียวกับเอกชนคนหนึ่ง” (*acta jure gestionis*) เนื่องจากว่า หากรัฐได้กระทำการนั้นใน ฐานะของรัฐแล้ว รัฐย่อมที่จะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องจากศาลของต่างประเทศ (State Immunity) แต่หากเป็นกิจการที่รัฐได้กระทำลงในลักษณะสถานะเช่นเดียวกับเอกชนแล้วรัฐย่อมไม่มี สิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งแนวความคิดในลักษณะดังกล่าวนี้ได้เริ่มมีขึ้นนับ ตั้งแต่มีการลงนามในเอกสารจำกัดสิทธิจากความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล ซึ่งเอกสารดังกล่าวนี้ได้รับการลงนามจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก<sup>11</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ว่าแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นนี้ถือเสมือนว่าการ อนุญาตไต่สวนการระหว่างประเทศกรณีที่คุณสัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเอกชน ต่างชาตินั้นน่าที่จะมีความหมายแบบเดียวกันกับการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างการดำเนิน ธุรกิจระหว่างประเทศของเอกชนกับเอกชนเริ่มที่จะเป็นที่ยอมรับโดยประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกก็ตาม แต่ก็ปรากฏว่ายังมีบางประเทศที่มีได้ยอมรับแนวความคิดดังกล่าวอันเป็นเหตุให้ในบางครั้งมีการโต้เถียงกันอยู่เป็นประจำว่าเอกชนที่เข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับรัฐต่างชาตินั้น บางครั้งยังจำเป็นที่จะต้องยอมสละสิทธิความคุ้มกันจากรัฐของตน รวมถึงต้องยอมสละสิทธิในเรื่องเขตอำนาจศาลของตน ซึ่งมักจะพบเห็นได้บ่อยในลักษณะของ Calvo-doctrine ลักษณะของข้อความดังกล่าวนี้ยังคงพบเห็นได้บ่อยอยู่ในกลุ่มประเทศละตินอเมริกา

อีกทั้ง หากพิจารณาโดยทั่วไปในทางปฏิบัติจะพบได้ว่าการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศกับเอกชนต่างชาตินั้นมักจะเป็นการดำเนินธุรกิจโดยรัฐวิสาหกิจ (State Enterprise) มากกว่าที่จะเป็นการดำเนินธุรกิจโดยตัวของรัฐเองโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศซึ่งมีนโยบายทางเศรษฐกิจที่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยรัฐบาลอย่างเคร่งครัด เช่น ประเทศในกลุ่มสังคมนิยม หรือกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ นั้น กล่าวคือกิจการที่รัฐวิสาหกิจในกลุ่มประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จะเข้าผูกพันตามสัญญากับเอกชนของต่างชาตินั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐของประเทศต่าง ๆ เหล่านั้นก่อน กล่าวได้ว่ารัฐวิสาหกิจนั้นเป็นรูปแบบขององค์การเอกชนที่ถูกควบคุมโดยรัฐ แม้ว่าโดยรูปแบบตามกฎหมายนั้นรัฐวิสาหกิจดังกล่าวจะมีสภาพแยกต่างหากออกสถานะของรัฐก็ตาม

<sup>11</sup> L.J. Bouchez, “The Prospects for international arbitration disputes between States and Private enterprises” in A.H.A. Soons (ed.), *International Arbitration : Past and Prospects*, (Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands : 1990), pp. 112-113.

หรือกล่าวโดยรวมได้ว่ารูปแบบของรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นองค์กรที่มีได้มีสภาพทางกฎหมายโดยลำพัง แยกต่างหากออกจากรัฐ จึงสันนิษฐานได้ว่าการเข้าดำเนินธุรกิจระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชนต่างชาตินั้นเป็นการเข้าผูกพันตามสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั่นเอง

ดังนั้น อาศัยเหตุผลตามที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐนั้นมีสถานะได้

2 สถานะ กล่าวคือ

1. สถานะที่เป็นอธิปไตยแห่งรัฐ (Sovereign)
2. สถานะที่เป็นพ่อค้า (Trader)

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว โดยปกติทั่วไปเมื่อเอกชนต่างชาติต้องการที่จะเข้าผูกพันทางสัญญากับรัฐ และประสงค์ที่จะให้ข้อพิพาทอันอาจจะมีขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาตินั้นได้รับการระงับโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว คู่กรณีต่างชาติมักที่จะให้รัฐทำข้อสัญญายกเว้นการอ้างความเป็นรัฐภูมิคุ้มกันเพื่อป้องกันการอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลของประเทศนั้น (Waiver of Sovereign Immunity) เมื่อเป็นเช่นนี้ศาลก็จะต้องแยกแยะระหว่างบทบาทของรัฐที่เข้ามาในสัญญาว่าเข้ามาในเชิงพาณิชย์เสมือนเป็นเอกชน (jure gestionis) โดยการเข้ามาในลักษณะเช่นนี้รัฐจะมิได้รับความคุ้มครองเป็นที่แน่นอนเช่นเดียวกับการเข้าทำสัญญาในฐานะเป็นรัฐภูมิคุ้มกัน (jure imperii) แต่หากเป็นการเข้ามาในสัญญาในลักษณะฐานะเป็นรัฐภูมิคุ้มกัน รัฐย่อมที่จะอ้างความคุ้มครองดังกล่าวได้

จากความเห็นดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า "สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศถือได้ว่าเป็นความผูกพันตามสัญญาที่มีอยู่ระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง อันก่อให้เกิดสิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ (exclusive right in personam) ระหว่างคู่สัญญา"<sup>12</sup> ซึ่งหากวิเคราะห์โดยใช้ข้อความคิดของกฎหมายแพ่งทั่วไปแล้วย่อมหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันอาจเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อกันและกันได้ ความคิดเห็นดังกล่าวนี้มองว่าสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างประเทศไม่แตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งโดยมีการต่างตอบแทนตามสัญญา มีคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในหลายคดีที่ได้สนับสนุนแนวความคิดนี้ ตัวอย่างเช่น ในคำตัดสินคดี Sapphire International Petroleums Ltd. V. The National Iranian Oil Co. ได้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า "การปฏิบัติตามสัญญาเป็นมูลฐานของความสัมพันธ์ที่มีลักษณะทางสัญญาและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมือนกันในทุกระบบกฎหมายสัญญาที่จะต้องมีการต่างตอบแทนกัน"

<sup>12</sup> D.P.O' Connell, International Law Vol. 2 (London : Stevens & Sons, 1970), p. 992.

(synallagmatic contract)<sup>13</sup> นอกจากนั้นแล้วในกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนต่างประเทศการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญา รัฐสามารถกระทำได้ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังปรากฏในการวินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการในคดี Saudi Arabian American Oil Co. (ARAMCO) โดยอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า

"โดยเหตุผลจากการเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยสูงสุดเหนือดินแดนของรัฐ รัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะอนุมัติสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีข้อจำกัดว่ารัฐจะไม่เพิกถอนสิทธิต่าง ๆ ที่รัฐได้ให้ไว้ในสัญญาสัมปทานก่อนที่สัญญาดังกล่าวจะหมดอายุ รัฐได้ทำความตกลงอนุมัติสิทธิต่าง ๆ ในสัญญา โดยรัฐจะไม่ใช้อำนาจเพิกถอนสิทธิดังกล่าวเช่นนี้ ไม่มีหลักกฎหมายประการใดที่จะบัญญัติห้ามไม่ให้รัฐทำความตกลงที่ไม่อาจเพิกถอนได้เกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญาเช่นนี้ได้"<sup>14</sup> ซึ่งเป็นกรณีวินิจฉัยในทำนองเดียวกับที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีพิพาทจากสัมปทานระหว่าง Sapphire v. National Iranian Oil Company ซึ่งก็ได้วินิจฉัยรับรองว่ารัฐมีอำนาจที่จะทำข้อตกลงจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในสัญญาได้"

ในเวลาต่อมา อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนต่างดาว (ICSID) ได้มีคำชี้ขาดในปี ค.ศ. 1984 ในคดี AMCO Asia v. The Government of Indonesia ได้ยืนยันความเห็นนี้โดยตัดสินว่า "อันที่จริงแล้วไม่ว่ารัฐและเอกชนต่างก็เป็นคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ต้องทำการต่างตอบแทนกัน และการเลิกสัญญาก็เช่นเดียวกันกับในสัญญาทั่ว ๆ ไปที่ให้ผู้สัญญามีสิทธิในการเลิกสัญญา ซึ่งลักษณะเช่นนี้พบได้ในทุกระบบกฎหมาย"<sup>15</sup>

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นก็มิได้ยอมรับเป็นแนวทางเดียวกันจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ดังนั้นบ่อยครั้งที่จะเกิดปัญหาในการอ้างความคุ้มกันของรัฐจาก

<sup>13</sup> Ibid., pp. 983-984.

<sup>14</sup> Ibid., p. 984.

<sup>15</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes Arbitral Tribunal : Excerpts of the Award on the Merits in Arbitration Tribunal Between AMCO. Asia Corporation et Al. And Indonesia, November 21, 1984., International Legal Materials 24 (1985) : 1022-1039. p. 1030. Para. 188.

คู่สัญญาฝ่ายรัฐในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน เป็นเหตุให้เกิดการจัดตั้งศูนย์กลางระงับข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการลงทุนขึ้น (หรือที่รู้จักโดยทั่วไปในชื่อว่า *International Center for the Settlement of Investment Disputes, "ICSID"*) พร้อมทั้งมีการจัดทำอนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ขึ้น ซึ่งบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าวได้มีการวางหลักเกณฑ์ที่เพิ่มความมั่นใจให้แก่อนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างมาก กล่าวคืออนุสัญญาดังกล่าวพยายามที่จะกำจัดปัญหาในเรื่องของความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) ซึ่งบางประเทศยังคงถือหลักการคุ้มกันโดยสมบูรณ์ (Absolute Immunity) ในขณะที่บางประเทศกลับถือหลักการให้ความคุ้มกันโดยจำกัด (Restrictive Immunity) กล่าวคือ จะให้ความคุ้มกันแก่รัฐเฉพาะกรณีที่เป็นกรกระทำในฐานะรัฐเท่านั้น (jure imperri) แต่จะไม่ให้ความคุ้มกันแก่กรณีที่รัฐเข้ามาในสัญญาในเชิงพาณิชย์เสมือนเป็นเอกชน (jure gestionis) ดังนั้น อนุสัญญาวอชิงตันจึงได้มีการกำหนดแนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดไว้ว่าเมื่อมีการตกลงกันว่าให้ใช้การอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID แล้วรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทจะยกเรื่องความคุ้มกันขึ้นอ้างไม่ได้ **แต่อย่างไรก็ตาม การสละความคุ้มกันของรัฐในกรณีดังกล่าวนี้ก็จำกัดไว้เฉพาะในเรื่องของความคุ้มกันจากเขตอำนาจในการชำระคดี (Immunity from Jurisdiction) เท่านั้น ไม่ได้เกี่ยวกับเรื่องของความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from Execution) ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ยังถือหลักความคุ้มกันจากการบังคับคดีโดยสมบูรณ์อยู่**

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าในความหมายทั่วไปนั้น ได้หมายรวมถึงปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนระหว่างประเทศด้วย แม้ทั้งที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐผู้ให้สัมปทานก็ตาม ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายปกครองแล้วจะพบว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้จะเป็นสัญญาในทางปกครอง (Administrative Contact)<sup>16</sup> ก็ตาม

จากการศึกษาวิวัฒนาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศ ทำให้พบว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาควบคู่ไปกับความเจริญทางการค้า เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องทำการติดต่อค้าขายระหว่างกัน แต่ความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้เป็นสาเหตุหรืออุปสรรคขัดขวางการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศดังกล่าว ทำให้ประเทศต่าง ๆ พยายามที่จะร่วมมือกัน โดยพยายามจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้นไม่ว่าจะเป็น

<sup>16</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี, ความรู้เบื้องต้น รวมข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, (สำนักงานอนุญาโตตุลาการ : พิมพ์ครั้งที่ 1, 2535), หน้า 4-5.

ในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคี หรือสนธิสัญญาพหุภาคี เพื่อให้ข้อตกลงเสนอข้อพิพาทให้ออนุญาโตตุลาการที่ขาด และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับ และการบังคับตามคำชี้ขาดอย่างกว้างขวางและรวดเร็วขึ้น<sup>17</sup>

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า **วิธีการอนุญาโตตุลาการ** คือ **วิธีการระงับข้อพิพาทโดยคู่กรณีตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทของตนไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีอยู่ในศาล หรือข้อพิพาทซึ่งยังมีได้เป็นคดีในศาลต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดโดยคู่กรณียอมรับที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น** จากคำนิยามข้างต้นสามารถแบ่งหลักเกณฑ์สำคัญของวิธีการอนุญาโตตุลาการ ได้ดังต่อไปนี้

1. **สัญญาอนุญาโตตุลาการ** การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นโดยมากจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีตกลงกันด้วยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนให้ชี้ขาดตัดสิน ซึ่งการตกลงกันนี้อาจจะตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือตกลงกันไว้ก่อนในสัญญาหลักว่า ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาอันหนึ่งอันใดซึ่งตนได้ทำไว้จะให้เสนอข้อพิพาทนั้น ๆ แก่อนุญาโตตุลาการก็ได้

2. **อนุญาโตตุลาการ** อนุญาโตตุลาการถือเป็นส่วนสำคัญของวิธีการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากการระงับข้อพิพาทจะเป็นไปได้ด้วยความยุติธรรม รวดเร็วและประหยัดหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถของอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก ดังนั้นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง โดยต้องคำนึงถึงคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ โดยจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้น ๆ

3. **วิธีพิจารณาหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ** การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มต้นจากอนุญาโตตุลาการนัดให้มีการพิจารณา เรื่อยไปจนถึงการทำคำชี้ขาด ตลอดจนถึงการอุทธรณ์ การคัดค้านคำชี้ขาด จนถึงการส่งสำเนาคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณีทั้ง

<sup>17</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, “ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1985 กับกฎหมายภายในและสนธิสัญญาฉบับอื่น ๆ” *ว.นิติศาสตร์* 19, 3 (ก.ย. 2532) : 2.

สองฝ่ายด้วย ซึ่งหลักสำคัญของการพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ ก็คือ ต้องให้คู่ความทุกฝ่ายได้รับ **ความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)** กล่าวคือ ต้องให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้มีโอกาสที่จะเสนอคดีของตน กล่าวคือต้องฟังความทั้งสองฝ่าย แต่เราอาจไม่จำเป็นต้องใช้เวลาแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายในการเสนอคดีในเวลาเท่า ๆ กัน เนื่องจากคู่ความแต่ละฝ่ายอาจมีจำนวนพยานที่จะนำเสนอต่ออนุญาโตตุลาการที่ไม่เท่าเทียมกัน แต่จุดสำคัญอยู่ที่ว่าต้องเปิดโอกาสให้แก่คู่ความในการนำเสนอคดีของเขาอย่างเท่ากัน และตัวอนุญาโตตุลาการจะต้อง **ไม่เอนเอียงและไม่มีความอคติ (bias)** จึงอาจกล่าวได้ว่า วิธีพิจารณาความที่เป็นธรรมเป็นหัวใจของความยุติธรรมอันเป็นหัวใจของกฎหมาย ซึ่งวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นรวมตลอดถึงการทำคำชี้ขาด รวมตลอดถึงการอุทธรณ์ การคัดค้านคำชี้ขาด จนกระทั่งถึงการส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วย

**4. การบังคับตามคำชี้ขาด** เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดและแจ้งให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะยอมที่จะมีสิทธิเรียกให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ต่อไป

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าวิธีพิจารณา หรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการ โดยจะพบได้ว่านับแต่ในสมัยอดีตจนถึงปัจจุบัน ลักษณะ รูปแบบ ตลอดจนกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก ซึ่งส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงมีผลมาจากการเปลี่ยนแปลงของกระบวนการพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการในแต่ละสมัยนั่นเอง

เนื่องจากปัจจุบันโลกเราได้มีการพัฒนาไม่ว่าจะเป็นทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ ตลอดจนการติดต่อสื่อสารต่าง ๆ ไปอย่างกว้างขวาง ส่งผลให้ข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่นำขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในระยะหลัง ๆ เกิดจากคู่กรณีที่มาจกลักษณะพื้นฐานความคิดทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป อาทิเช่น บางรายอาจมาจากพื้นฐานความคิดทางกฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือบางรายอาจมาจากพื้นฐานความคิดทางกฎหมายของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยในแต่ละพื้นฐานความคิดทางกฎหมายต่างก็มีแนวทางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการนำเสนอพยาน การดำเนินกระบวนการพิจารณา การทำคำชี้ขาด และการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ตลอดจนบางรัฐมองว่าบทบัญญัติในเรื่องของวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการเป็นบทบัญญัติอันเกี่ยวเนื่องกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของรัฐ ซึ่งพื้นฐานความคิดที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความยุ่งยากในระบบการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก บ่อยครั้งที่มักเกิดคำถามขึ้นอยู่เสมอในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยคำถามเหล่านั้นมักเกี่ยวกับประเด็นว่าควรจะใช้กฎหมายของประเทศใดกับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรืออาจเป็นประเด็นว่าในกรณีที่คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายของต่างประเทศในการ

อนุญาโตตุลาการดังกล่าว ศาลของประเทศใดควรที่จะเข้ามามีอำนาจควบคุมเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ซึ่งคำถามเหล่านี้มักพบได้อยู่เสมอในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ได้มีการพยายามปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะใช้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศขึ้นอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าจะโดยหน่วยงานระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานระดับภูมิภาค ฯลฯ โดยจะเห็นได้จากในสมัยเริ่มแรกของการอนุญาโตตุลาการโดยมากแล้วจะใช้หลักในเรื่องของกฎหมายของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (*lex fori*)<sup>18</sup> แต่ต่อมาได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยในปัจจุบันได้มีการยินยอมให้คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงระหว่างกันเพื่อทำการกำหนดกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการของตนได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น บ่อยครั้งที่สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และสถานที่ที่จะไปขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นคนละประเทศกัน จึงก่อให้เกิดประเด็นโต้เถียงต่อมาว่าควรที่จะใช้กฎหมายของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (*the so-called "Seat" of the Arbitration*) หรือควรที่จะใช้กฎหมายของประเทศที่จะไปทำการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งแนวความคิดในกรณีหลังนั้นได้รับอิทธิพลจากหลักแนวความคิดในเรื่องของ *the Concept of International Public Policy* นั้นเอง

อีกทั้ง กระบวนวิธีพิจารณาความของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีความสำคัญอย่างมากประการหนึ่ง เนื่องจากการนำเรื่องของวิธีพิจารณาความของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาบัญญัติไว้เป็นเหตุหนึ่งแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดของ

---

<sup>18</sup> กฎหมายแห่งที่ตั้งของศาล ซึ่งก็คือ กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศที่ศาลตั้ง ซึ่งในที่นี้ก็คือใช้ในความหมายว่า กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศที่ได้มีการทำการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ นั้นเอง



อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ ดังนั้นจึงได้มีการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเรื่อยมานับตั้งแต่มีการจัดทำอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1958<sup>19</sup> เรื่อยมาจนถึงการจัดทำอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในช่วงหลังปี ค.ศ. 1958<sup>20</sup> จนถึงในยุคปัจจุบันซึ่งได้มีการพัฒนาจนเกิดการจัดทำ **กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติขึ้น (United Nation Commission on Trade Law [UNCITRAL] Model Law on International Commercial Arbitration หรือที่เรียกกันเป็นการทั่วไปว่า UNCITRAL Model Law)** โดยอาจถือได้ว่านับจากช่วงหลังปี ค.ศ. 1958 เป็นต้นมานั้นรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการเริ่มจะปรากฏออกมาในลักษณะของรูปแบบการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์รูปแบบใหม่ (*Modern International Commercial Arbitration*)

**กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL Model Law** มิใช่เพียงแต่ถูกนำไปใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดสินข้อพิพาทเท่านั้น แต่ยังมีผลต่อการยกเว้นแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการในหลาย ๆ ประเทศ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของเยอรมันในปัจจุบัน หรือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ (English Arbitration Act 1996) เป็นต้น ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการภายในประเทศเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ได้รับอิทธิพลจาก**กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL Model Law** แทบทั้งสิ้น

<sup>19</sup> อาทิ เช่น Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, Protocol on Arbitration Clauses 1923, Convention on the Execution of Foreign Arbitration Act 1927, Uniform Arbitration Act 1955, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958. ในที่นี้ผู้เขียนใคร่ขอยกอนุสัญญาระหว่างประเทศบางฉบับดังกล่าวข้างต้นซึ่งค่อนข้างที่จะมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาเสนอโดยมิได้กล่าวถึงอนุสัญญาระดับภูมิภาค.

<sup>20</sup> อาทิ เช่น European Convention on International Commercial Arbitration หรือ Geneva Convention 1961, UNCITRAL Arbitration Rules, UNCITRAL Model Law in International Commercial Arbitration.

### สาเหตุที่ทำให้ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์

ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ *UNCITRAL Model Law* เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ก็เนื่องจากหลักเกณฑ์ใหญ่ ๆ 2 ประการของ *UNCITRAL Model Law* ซึ่งก็คือ ได้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ให้ความอิสระแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการที่จะกำหนดวิธีในการอนุญาโตตุลาการของตนเองได้ประการหนึ่ง อีกทั้งยังได้มีการจำกัดการแทรกแซงของศาลในการอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างมากอีกประการหนึ่ง

#### อนึ่ง ด้วยเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายวิธีพิจารณาในการ

อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศตามที่กล่าวมาข้างต้น หากได้ทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการว่ามีรูปแบบของการพัฒนาต่อเนื่องกันมาในลักษณะใดในแต่ละสมัยนับจากอดีตจนถึงปัจจุบันซึ่งถือได้ว่าเป็นยุคที่มีการจัดตั้งองค์กร หรือสถาบันต่าง ๆ ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นทั้งองค์กร หรือสถาบันในระดับภูมิภาค หรือองค์กรระดับระหว่างประเทศก็ตาม ตลอดจนทำการศึกษาว่าการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อการพัฒนา ลักษณะ รูปแบบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือไม่เพียงใด ตลอดจนกระทั่งมองหาแนวโน้มในอนาคตของลักษณะ ตลอดจนรูปแบบวิธีการพิจารณาความของการอนุญาโตตุลาการว่าควรจะเป็นไปในรูปแบบใด ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้จะมุ่งเน้นศึกษาแต่เฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้น เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการในส่วนข้อพิพาทในการลงทุนนั้นถือได้ว่าเป็นข้อพิพาทในทางพาณิชย์ประเภทหนึ่ง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนก็ตาม ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนใคร่ขอปรับลักษณะของการอนุญาโตตุลาการในส่วนข้อพิพาทในการลงทุนเสมือนหนึ่งว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชนกับเอกชน เพื่อช่วยในการศึกษาในส่วนของพัฒนาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศต่อไป

## 1.2 สมมติฐาน

การศึกษาถึงประวัติความเป็นมาตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาความซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละสมัยควบคู่ไปกับมูลเหตุแห่งการเปลี่ยนแปลงแล้ว จะทำให้ทราบถึงแนวทางอันแท้จริงของหลักการในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้ และสามารถนำมาเป็นแนวทางในการวางรูปแบบของกฎหมายวิธี

บัญญัติในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของแต่ละประเทศ ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเป็นเอกภาพขึ้นในระบบกฎหมายอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

### 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน
2. เพื่อให้ทราบถึงความสำคัญของกฎหมาย ตลอดจน แนวทางในการออกกฎหมายในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติว่ามีความสำคัญต่อระบบการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศอย่างไร
3. เพื่อศึกษาถึงพัฒนาการทางกฎหมายอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยการนำแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ มาช่วยสนับสนุนมาตรการทางกฎหมายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น
4. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ของกฎหมายวิธีสบัญญัติในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ เพื่อให้มีความเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ และสังคมตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน

### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ มีขอบเขตของเนื้อหาครอบคลุมเฉพาะการศึกษา

1. เกี่ยวกับวิวัฒนาการของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนพิจารณาถึงเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ตลอดจนแนวความคิดของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว นั้น ๆ โดยมุ่งเน้นในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ
2. เกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ อันเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในการดำเนินการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศตามอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาตตุลาการต่าง ๆ เพื่อศึกษาถึงปัญหา อุปสรรค ข้อขัดข้องไม่ว่าจะเป็นทั้งในด้านของทางกฎหมายเอง หรือไม่ว่าจะเป็นในด้านทางปฏิบัติ เพื่อให้ทราบถึงปัญหา และอุปสรรคต่าง ๆ ของกฎหมายวิธีสบัญญัติในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยทำการศึกษาถึงความจำ

เป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ เพื่อให้มีความเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ และสังคมตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทำให้มีความรู้ความเข้าใจในระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในเรื่องแนวคิดและกฎหมาย
2. ทำให้เข้าใจพัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ
3. รวบรวมปัญหา อุปสรรค ข้อขัดข้องในทางปฏิบัติในการดำเนินการของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ข้อบกพร่องของกฎหมายต่าง ๆ ตลอดจนมาตรการบังคับใช้กฎหมาย อันจะเป็นแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายหรือเพื่อนำไปใช้เป็นแนวทางในการปฏิรูปกฎหมาย

### 1.6 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

การดำเนินการวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการดำเนินการวิจัยโดยใช้เอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยจะเป็นการวิจัยในลักษณะของการพรรณนาควบคู่ไปกับการวิเคราะห์ โดยจะทำการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำรา วารสาร บทความ กฎหมาย รายงานการวิจัย รายงานการสัมมนา บันทึกการประชุม และเอกสารสิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งที่เป็นของไทยและต่างประเทศเพื่อจะได้ทราบถึงแนวทางตลอดจนแนวความคิดในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายวิธีพิจารณาความในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในแต่ละยุคแต่ละสมัย เพื่อที่จะได้นำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ต่อไป

ทั้งนี้ โดยผู้วิจัยจะได้ทำการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้มาจากเอกสารต่าง ๆ เหล่านี้แล้วเรียบเรียง และอ้างอิงประกอบเนื้อหาของการวิจัยในแต่ละบทต่อไป

## บทที่ 2

### ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันนั้นมีมากจนมีคนกล่าวไว้ว่า “เป็นไปได้ที่จะนึกถึงเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันโดยปราศจากการคิดถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ”<sup>1</sup> ทั้งนี้เนื่องจากศาลใช้อำนาจอันเกิดจากข้อบัญญัติของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้น ส่วนอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเอกชนที่ใช้อำนาจเอกชนโดยพัฒนาขึ้นจากเรื่องภายในประเทศเป็นระหว่างประเทศ อันเป็นผลมาจากการที่ไม่มีการบังคับคำพิพากษาข้ามชาติได้ ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ<sup>2</sup> อีกทั้งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างของทัศนะทางทฤษฎีกฎหมาย นโยบายทางการเมือง และเศรษฐกิจ ดังนั้น การศึกษาวิวัฒนาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติทำให้พบว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการนั้นพัฒนาควบคู่ไปกับความเจริญทางการค้า ความจำเป็นที่จะต้องมีการติดต่อค้าขายระหว่างกัน และความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนี้เองเป็นมูลเหตุให้ประเทศต่าง ๆ ได้พยายามร่วมมือกันโดยความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคี หรือสนธิสัญญาพหุภาคี เพื่อให้ข้อตกลงเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับ และบังคับใช้อย่างกว้างขวางและรวดเร็ว

เป็นที่ทราบกันดีว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากการตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตของตนเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ อาจกล่าวได้ว่า การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นหลักกฎหมายตลอดจนทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

---

<sup>1</sup> Klein, Considerations, 10 cited in Rene David, Arbitration in International Trade, (Deventer/Netherlands : Kluwer and Taxation Publisher, 1985) p. 31.

<sup>2</sup> Schlosser, Peter, "The Competence of Arbitrator and Courts" in Arbitration International (Vol. 8. No. 2, 1992 : 189)

กับเรื่อง การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงหนีไม่พ้นจากหลักเกณฑ์ในเรื่องของ "สัญญา" นั่นเอง

กล่าวโดยทั่วไป "สัญญา" เกิดขึ้นจากข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ต่างฝ่ายต่างกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากหลักที่ว่า "เจตนา" เป็นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางสัญญา<sup>3</sup> โดยในการเข้าทำสัญญาแต่เดิมนั้นเรามักยึดถือกันว่าคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญากันประการใดก็ได้ กล่าวคือ ถือกันว่าสัญญาเป็นการกระทำโดยผู้ใจสมัครซึ่งผู้กระทำมีอิสระที่จะตกลงกันได้ตามอำเภอใจ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจเสรี ดังนั้นในเรื่องการทำสัญญาจึงมีหลักหรือทฤษฎีอยู่ 2 ประการคือ ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และทฤษฎีทางสังคมในการทำสัญญา<sup>4</sup> ที่จะต้องพิจารณาถึงแนวคิดและรากฐานที่มาของทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญ และมีอิทธิพลต่อการทำสัญญา โดยจะพิจารณาในรายละเอียดเป็นลำดับดังนี้

## 2.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>5</sup>

### 1. ทฤษฎีเขตอำนาจ ( Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของแนวความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ

<sup>3</sup> ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) มี 2 ทฤษฎี คือ (1) ทฤษฎีเจตนา (Will Theory) ซึ่งจะถือเอาเจตนาภายใน กล่าวคือ การก่อให้เกิดและผลของสัญญาขึ้นอยู่กับเจตนาที่คู่สัญญามีอยู่โดยแท้จริงภายใน มิใช่เจตนาที่เพียงแสดงออกมาภายนอกเท่านั้น ตามทฤษฎีนี้จะยอมรับหลักเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนา ในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์ถึงเจตนาที่แท้จริงได้เท่านั้น (2) ทฤษฎีการแสดงเจตนา (Declaration Theory) ซึ่งจะถือเอาเจตนาที่แสดงออกมาภายนอก โดยสัญญาถูกพิจารณาว่าเป็นข้อเท็จจริงทางสังคมจะต้องให้ความมั่นคงที่ดีที่สุดแก่บุคคลที่รู้หรือเห็นได้เฉพาะที่แสดงออกมาเท่านั้น.

<sup>4</sup> สุชาติ สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ 1, (กรุงเทพมหานคร : แผนวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 1.

<sup>5</sup> Lew, D.M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration, (New York : Oceana Publication. Inc, 1978), pp. 53-58.

เอกชนไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการตัดสินข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้น โดยถือว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และ คู่กรณีไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ก็จะต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่กระบวนการของศาล โดยแนวความคิดนี้ถือว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น แม้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาก็ตาม แต่ ทฤษฎีนี้ก็ยังคงถือว่าสภาพบังคับของสัญญา อนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดแล้วแต่ต้องอาศัย อำนาจบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐทั้งสิ้น ซึ่งตามแนวความคิดนี้ถือว่าคู่สัญญาสามารถที่จะตกลง ทำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ก็แต่เฉพาะในรัฐซึ่งกฎหมายแห่งรัฐนั้นยินยอมให้มีการ อนุญาโตตุลาการเท่านั้น โดยมองว่าอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากกฎหมายภายในของรัฐ และ ถือว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีสภาพเหมือนกับผู้พิพากษาแต่จะต่างกันก็แค่ตรงที่วิธีการแต่งตั้ง กล่าว คือ ผู้พิพากษาเกิดขึ้นจากการแต่งตั้งของรัฐโดยตรง แต่อนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการแต่งตั้งโดย ความตกลงของคู่กรณี ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะกึ่งศาล (QUASI-JUDICIAL) แม้จะเกิดจากความตกลงของคู่กรณี แต่อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้อำนาจในการดำเนินการ ตามกฎหมายท้องถิ่นของรัฐนั้น ๆ

แนวความคิดของทฤษฎีนี้จะไม่ให้ความสำคัญเป็นอิสระแก่อนุญาโตตุลาการในการเลือกใช้กฎหมายสารบัญญัติเหมือนอย่างศาลมี อนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดภายใต้ บทบัญญัติของกฎหมายของรัฐนั้น ๆ และมองว่าคำพิพากษาแต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยตัวของ มันเองนั้นไม่มีประโยชน์อะไร คำชี้ขาดดังกล่าวจะมีค่าหรือไม่ขึ้นอยู่กับการใช้อำนาจศาลของรัฐ นั้น ๆ บังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้นแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของ รัฐ รัฐมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการเพื่อก่อให้เกิดความเป็น ธรรมได้ จึงเป็นแนวความคิดที่ให้อำนาจศาลที่จะเข้าไปมีบทบาท ในการอนุญาโตตุลาการเป็น อย่างมาก แนวความคิดตามทฤษฎีนี้จะพบได้บ่อยในกลุ่มประเทศสังคมนิยม โดยสถาบัน อนุญาโตตุลาการในประเทศเหล่านี้จะขึ้นกับสภาหอการค้าของประเทศนั้น ๆ และค่อนข้างที่จะผูก ติดอยู่กับรัฐ

## 2. ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

แนวความคิดของทฤษฎีนี้ถือว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่สัญญา กล่าวคือ ถือว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่ สัญญาได้ตกลงทำขึ้น โดยคู่สัญญาจะเป็นผู้กำหนดระบบของการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการ อนุญาโตตุลาการโดยสถาบันซึ่งคู่สัญญามีอำนาจที่จะเลือกสถาบันเอง หรือจะเป็นการ

อนุญาโตตุลาการแบบคนเดียวก็นำมา ตลอดจนคู่สัญญาจะเป็นผู้กำหนดสถานที่ เวลา ของการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการเอง อีกทั้งคู่สัญญายังเป็นผู้มีอำนาจในการ กำหนดวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการของตน และแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ถือ ว่าคำชี้ขาดนั้นย่อมถูกบังคับระหว่างคู่สัญญาในฐานะเสมือนเป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยคู่ สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดตามทฤษฎีนี้เกิดขึ้นตามความคิดของ *Natural Law* ที่มองว่าการทำสัญญาจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (*Freedom of Contract*) ของคู่สัญญา ซึ่งทฤษฎีนี้ปฏิเสธหลักใน เรื่องการต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่การอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้น (*lex-fori*) โดยให้อิสระแก่คู่ สัญญาอย่างเต็มที่ในการกำหนดเลือกกฎหมายที่จะมาใช้ผูกพันระหว่างคู่สัญญา

ทฤษฎีนี้ปฏิเสธการแทรกแซงของอำนาจรัฐในการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากมองว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจาก เจตนาและความยินยอมของคู่สัญญา โดยคู่ สัญญาสมัครใจที่จะผูกพันตามสัญญา สมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาของเขาสู่การ อนุญาโตตุลาการ และสมัครใจหรือตกลงยินยอมที่จะยอมรับและผูกพันตามคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นของ อนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจากข้อตกลงตามสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ ทำขึ้น ดังนั้นคู่สัญญาจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าว (*pacta sunt servanda*) ดังนั้นตามทฤษฎีนี้ศาลจะต้องบังคับตามคำชี้ขาดในฐานะของข้อสัญญา แต่ทั้งนี้ศาลอาจปฏิเสธที่ จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ได้หากพบว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งโดยแนวความคิดนี้ถือว่ารัฐจะมีอิทธิพลต่อการ อนุญาโตตุลาการน้อยมาก กล่าวคือศาลจะเข้ามามีบทบาทก็แต่เฉพาะกรณีที่จำเป็นเท่านั้น

### 3. ทฤษฎีผสม (Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้เกิดจากการผสมระหว่างแนวความคิดตามทฤษฎีเขตอำนาจและ แนวความคิดตามทฤษฎีสัญญา โดยแนวความคิดนี้มองว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ รูปแบบของการ อนุญาโตตุลาการ และหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ ภายใต้อำนาจของคู่สัญญา กล่าวคือเป็นการมองตามแนวความคิดของทฤษฎีสัญญา แต่มองว่าผล ของการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นขึ้นอยู่กับ การบังคับภาย ใต้กฎหมายภายในของรัฐซึ่งก็เป็นการยอมรับแนวความคิดตามทฤษฎีเขตอำนาจ แนวความคิดตาม ทฤษฎีนี้ได้รับการพัฒนาโดยศาสตราจารย์ *Sauser-Hall* โดยปรากฏในรายงานที่ได้ทำเสนอต่อ *Institut de Droit International* ในปี ค.ศ. 1952 ตามรายงานนั้นมองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็น การผสมระหว่างกฎหมายของเอกชน และกฎหมายของรัฐ โดยมองว่าข้อตกลงในการ



อนุญาตตุลาการตามสัญญาเป็นเรื่องราวของสัญญาที่เกิดขึ้นตามเจตนาและข้อตกลงของคู่กรณี แต่กระบวนการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะต้องอาศัยกฎหมายของแต่ละรัฐ โดยมองว่ากฎหมายอันเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในการอนุญาตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายของสถานที่ที่ดำเนินการอนุญาตตุลาการ กล่าวคือทฤษฎีนี้ถือว่าคู่สัญญาอาจตกลงกันเกี่ยวกับการกำหนดกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการได้แต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายของรัฐที่ดำเนินการพิจารณาอนุญาตตุลาการกำหนดและยอมรับได้

#### 4. ทฤษฎีเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดมาจากว่า การอนุญาตตุลาการนั้นได้รับการพัฒนาสืบเนื่องมาจากนักธุรกิจ โดยต่างมองว่าการอนุญาตตุลาการเป็นกระบวนการที่เหมาะสมและสะดวกรวดเร็วเหมาะแก่การนำมาใช้ในการแก้ปัญหาข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้น กล่าวคือมองว่าการอนุญาตตุลาการนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นในทางปฏิบัติ แต่กฎหมายเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในภายหลัง กล่าวคือ การอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นและลักษณะทางธรรมชาติที่ต้องการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยอนุญาตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งยอมรับสิทธิและเสรีภาพของคู่สัญญาในการที่จะกำหนดข้อตกลงในสัญญาอนุญาตตุลาการ ซึ่งเป้าหมายของแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ ก็คือ ต้องการที่จะให้สถาบันอนุญาตตุลาการมีสภาพแยกออกมาจากการควบคุมของกฎหมายภายในของรัฐ ให้ความอิสระแก่คู่สัญญาในการตกลงกันไม่ว่าจะเป็นเรื่องใด ๆ อาทิ เช่น ข้อบังคับที่จะนำมาใช้กับการอนุญาตตุลาการ วิธีการในการดำเนินกระบวนการพิจารณา สถานที่ทำการพิจารณา โดยคู่สัญญาอาจตกลงที่จะใช้กฎหมายภายในของรัฐ หรือกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ประเพณีปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวาณิช (*lex mercatoria*) หรือแม้แต่ใช้หลักความยุติธรรม (*Natural Justice*) มาใช้แก่การอนุญาตตุลาการก็ได้ โดยอนุญาตตุลาการสามารถนำหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมมาใช้ปรับแก้ข้อพิพาทได้ตามความเหมาะสม ซึ่งผลของแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ทำให้มีการยอมรับว่าการอนุญาตตุลาการการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ซึ่งเรียกว่า *Non-National* หรือ *Denationalised* เนื่องจากว่าเป็นคำชี้ขาดซึ่งเป็นผลมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญญัติกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่ขึ้นอยู่กับข้อตกลงเป็นพิเศษของคู่สัญญา<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Ibid., pp. 59-61.

## 2.2 หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of The Will)

ทฤษฎีว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีที่นักปรัชญากฎหมายในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ให้ความสำคัญสนับสนุนและทฤษฎีนี้ได้พัฒนาไปพร้อมกับเสรีภาพทางเศรษฐกิจที่เริ่มมีมากขึ้นในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 นักปรัชญากฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้บุคคลมีเสรีภาพหลุดพ้นจากข้อบังคับทางสังคม รวมทั้งข้อบังคับต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยต้องการที่จะให้กฎข้อบังคับเป็นเรื่องของข้อยกเว้นเท่านั้น กล่าวคือ โดยหลักแล้วบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางเรื่องที่เราเห็นสมควร จึงจะมีการวางข้อบังคับจำกัดเสรีภาพนั้นไว้ และยังคงมีความเห็นต่อไปว่าเสรีภาพของบุคคลนี้จะถูกจำกัดลงได้ก็แต่โดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น ทั้งนี้เพราะเห็นกันว่ากฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้นคงไม่มีอะไรจะดีไปกว่ากฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาที่มีความทัดเทียมกันเป็นผู้ตกลงกันเอาไว้โดยถือว่า กฎเกณฑ์ที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นกฎหมายอันหนึ่งที่คู่สัญญาเจตนาจะให้ใช้บังคับแก่กรณีของตนโดยเฉพาะ จึงน่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่จะก่อความยุติธรรมให้แก่เอกชนได้อย่างมาก จากแนวความคิดนี้จึงนำไปสู่ **"หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา"** กล่าวคือให้คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชนโดยปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนตามลำพัง กฎหมายจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีที่เราเห็นสมควรเป็นพิเศษเท่านั้น นอกจากนั้นการที่เราพูดถึง "ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" ย่อมหมายความว่าเจตนาเอกชนมีค่าเหนือกว่าสังคม หรืออีกนัยหนึ่งการแสดงเจตนาของเอกชนเป็นตัวก่อให้เกิดหนี้ขึ้น หนี้นี้ได้เกิดจากอำนาจภายนอกอื่นใด (อำนาจทางสังคม)<sup>7</sup>

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญาโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นมาในสังคมปัจจุบัน นอกจากนี้ยังมีเหตุผลอีกว่าควรปล่อยให้เอกชนมีความคิดริเริ่มในการกำหนดและบังคับตามสิทธิของพวกเขา หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็น **"ทฤษฎี"** ที่พบอยู่ในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในระบบจารีตประเพณี ระบบประมวลกฎหมายยอมรับทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญาดังจะเห็นได้ จากภาษิตกฎหมายที่ว่า **"สัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อม"**

<sup>7</sup> อรรถชัช อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535) หน้า 7.

**มีผลบังคับ" หรือ "สัญญาต้องเป็นสัญญา" (pacta sunt servanda) ความเห็นนี้ตรงกับหลักที่ว่า "สัญญาจะก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี และกฎหมายก็มีหน้าที่ในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี"<sup>8</sup> กล่าวโดยสรุปหลักดังกล่าวข้างต้นมีหลักเกณฑ์ว่า "บุคคลต้องมีอิสระในการทำสัญญาตามที่เขาต้องการโดยปราศจากการแทรกแซง"<sup>9</sup>**

### 2.3 หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า "หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" เป็นหลักกฎหมายซึ่งให้ความเป็นอิสระแก่บุคคลในการที่จะทำสัญญาตามที่เขาต้องการ ส่วนหลักเกณฑ์เรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นเพียงนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของกิจการ ซึ่งเขาประสงค์จะตกลงกัน และขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงเข้าทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด<sup>10</sup>

ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Constitution, Art. I, S. 10) ต่อมาภายหลังปรากฏขึ้นในประเทศฝรั่งเศสช่วงหลังการปฏิวัติ โดยบัญญัติไว้ใน Napoleonic Decree of March 2-17, 1791 (1791), 2., Collection des Decrets, 147, มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการจัดการธุรกิจใด ๆ ได้ตามที่ตนเห็นสมควร" อย่างไรก็ตามไม่มีบทบัญญัติทั่วไปด้วยเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่อ้าง

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

<sup>9</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 81-82.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

จึงได้ว่ามีหลักอยู่ในมาตรา 6, มาตรา 1131 และมาตรา 1133 ที่บัญญัติว่า "การตกลงร่วมกันของผู้สัญญาคือกฎหมาย"<sup>11</sup>

ความคิดในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญานี้เกิดจากหลักทฤษฎีอรรถประโยชน์ของเบนธัม (Bentham) และมิล (Mill) นักปรัชญาเสรีนิยมสำนักอรรถประโยชน์ (Utilitarian School) สำนักความคิดนี้มีความเชื่อว่ารากฐานของกฎหมายหรือศีลธรรมคือการสร้างประโยชน์สูงสุดแก่บุคคลจำนวนมากที่สุด (greatest happiness of the greatest number) จึงได้มีการประยุกต์หลักอรรถประโยชน์ ในสาขากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถือว่า "เสรีภาพทางสัญญาพาณิชย์เป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่จะทำให้เกิดความสุขมากที่สุดแก่เอกชน ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องให้หลักประกันแก่เสรีภาพในการทำสัญญา"<sup>12</sup> นอกจากนี้หลักเสรีภาพในการทำสัญญายังเกิดจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่ถือว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์<sup>13</sup> และเมื่อผสมผสานกับแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่เน้นถึงความสำคัญของการแข่งขันระหว่างเอกชนโดยเสรี (Free competition) เสรีภาพในการประกอบกิจการค้าและการทำสัญญาทางการค้า (Laissez-faire)<sup>14</sup> ทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กลายเป็นหลักทฤษฎีซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป โดยมีความเชื่อกันว่าหากศาลหรือรัฐไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการค้าของเอกชนและไม่

<sup>11</sup> Nicholas S. Wilson, "Freedom of Contract and Adhesion Contract" International and Comparative Law Quarterly, : (January 1965), pp. 172-173. อ้างถึงในอรนุช อาชาทองสุข "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", หน้า 42.

<sup>12</sup> รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), หน้า 102 และอรนุช อาชาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", หน้า 9.

<sup>13</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, "เอกสารคำสอนนิชารากฐานกฎหมายแพ่งและพาณิชย์", บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531. (อัดสำเนา) หน้า 5.

<sup>14</sup> อדם สมิท (Adam Smith) ได้รับการยกย่องว่าเป็นเจ้าสำนักความคิดเศรษฐกิจเสรีนิยมซึ่งแนวความคิดของสำนักเศรษฐกิจเสรีนิยมนี้เห็นด้วยกับทฤษฎี Laissez-fair ที่ปล่อยให้ความต้องการและความสามารถในการผลิต (Demand-Supply) เป็นตัวกำหนดราคาของสินค้าและบริการ โดยรัฐจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวน้อยที่สุดในกลไกตลาดนี้

เข้าไปเกี่ยวข้องกับแทรกแซงการทำสัญญาของผู้สัญญาแล้วจะนำมาซึ่งความเจริญรุ่งเรืองของสังคม และนำมาซึ่งความพึงพอใจของผู้สัญญา<sup>15</sup>

ด้วยเหตุผลนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญานั้นถือ  
ว่า **"บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีจัดการสัญญาและวางข้อกำหนดอย่างไรก็ได้"**<sup>16</sup> อย่าง  
อิสระและสมัครใจตรงเท่าที่ไม่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน  
กล่าวคือ เป็นเสรีภาพในความหมายที่ว่า<sup>17</sup>

1. ไม่มีใครจะผูกพันเข้าทำสัญญาถ้าเขาไม่เลือกที่จะเข้าทำสัญญานั้น  
(Nobody was bound to enter into any contracts at all if he did not choose to do so)
2. ในสังคมที่มีการแข่งขัน ทุก ๆ คนมีสิทธิเลือกบุคคลที่เขาจะทำ  
สัญญาด้วย (In a competitive society everyone had a choice of person with whom he could  
contract)
3. **บุคคลสามารถทำสัญญาประเภทใดก็ได้ โดยมีข้อความที่เขา  
เลือก** (People could make virtually any kind of contract on any terms they choose)

ทฤษฎีที่ว่าด้วย "เสรีภาพในการทำสัญญา" จึงถือหลักว่า "ตัวที่ก่อให้เกิด  
หนี้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาก็คือ "ความสมัครใจ" หรือ "เจตนา" ดังที่ Fouillee ได้กล่าวเอาไว้ว่า "ความ  
ยุติธรรมทั้งหลาย คือสัญญา ใครกล่าวถึงสัญญาก็เท่ากับกล่าวถึงความยุติธรรม" ตรงกันข้ามถ้าตัวที่  
ก่อให้เกิดหนี้มิใช่สัญญาแต่เป็นอำนาจภายนอก ก็เป็นเรื่องของความไม่ยุติธรรม และความไม่เหมาะสม  
เพราะเป็นเรื่องของการจำกัดเสรีภาพของบุคคล<sup>18</sup>

<sup>15</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, "สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ", วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (15 มีนาคม 2528) : หน้า 21.

<sup>16</sup> K. Zweigert and H. Kotz T.R. From the German by Tony Weir, An Introduction to  
Comparative Law,. (Amsterdam ซ North Holland Publish, 1977), p.8.

<sup>17</sup> P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract , (London : Clarendon  
Press, 1982), p.6.

<sup>18</sup> สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1 , หน้า 2-3.

## 2.4 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>19</sup>

แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาจเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการได้ 3 ชั้นด้วยกัน คือชั้นข้อพิพาท ชั้นพิจารณา และชั้นคำชี้ขาด

1) ในชั้นข้อพิพาทหรือชั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ (Arbitrability) การทำการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของวิธีพิจารณาการความแฟ่งปกติ จึงต้องอยู่ใต้การพิจารณาในแง่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะเป็นการแบ่งใช้อำนาจอรัฐส่วนหนึ่ง

2) ในชั้นวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการต้องไม่เอนเอียง และต้องไม่มีอคติ ใช้วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นหัวใจของความยุติธรรมและยังเป็นหัวใจของกฎหมาย นอกจากการให้ความเป็นธรรมในการรับฟังการนำเสนอคดีแล้ว ยังต้องมีมาตรการในการทำให้เกิดความเป็นธรรมดังกล่าว คือ การให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ทำนองเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษา

3) ในชั้นชี้ขาดตัดสินคดีอนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เช่น ยอมให้การให้สินบนเป็นความถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดการเรียกสินบน ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

## 2.5 ประวัติความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการแก้แค้นวิธีหนึ่งที่น่ามาใช้สำหรับการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายภายใน โดยมีความสำคัญอย่างมากในการระงับข้อพิพาทระหว่างเมืองต่าง ๆ ที่มีการปกครองเป็นของตนเองในประเทศกรีซสมัยโบราณ

ระบบอนุญาโตตุลาการเริ่มมีความสำคัญในโลกยุคปัจจุบัน โดยจุดเริ่มต้น

<sup>19</sup> สถาพร มีสอาด, "การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 59-60.

ของการอนุญาโตตุลาการยุคใหม่ (Modern Arbitration) นั้นเกิดขึ้นนับแต่การเกิดสนธิสัญญาเจย์<sup>20</sup> (Jay Treaty of 1794) ในปี ค.ศ. 1794 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่เกี่ยวกับมิตรภาพ การค้า และการเดินเรือระหว่างสหราชอาณาจักร (Great Britain) กับสหรัฐอเมริกา (United States) โดยมีการตั้งคณะกรรมการผสม (Mixed Commission) ขึ้นสามคณะเพื่อทำหน้าที่ระงับปัญหาข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างรัฐภาคีอื่นเป็นรูปแบบของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐในช่วงปี ค.ศ. 1798 จนถึง ค.ศ. 1850 หลายกรณีด้วยกัน<sup>21</sup> ถือได้ว่าเป็นการเริ่มพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่ภายหลังจากที่กระบวนการดังกล่าวได้ระงับสิ้นไปในยุคก่อนประมาณ 1 ศตวรรษหรือมากกว่านั้น<sup>22</sup> อย่างไรก็ดี การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการเริ่มมีบทบาท และได้รับความนิยมนานาประเทศมากขึ้นหลังจากคดี The Alabama<sup>23</sup> ใน ค.ศ. 1872 ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรตามสนธิสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1871 (Treaty of Washington, 1871) นอกจากนั้นแล้วยังอาจถือได้ว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มมีขึ้นอย่างเป็น

---

<sup>20</sup> เป็นสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสหราชอาณาจักร (Great Britain) กับประเทศสหรัฐอเมริกา (United States) ซึ่งกำหนดให้ปัญหา และข้อพิพาทใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิวัติเมื่อปี ค.ศ. 1776 ต้องส่งไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยเนื้อหาของสนธิสัญญาเจย์นั้นเป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับมิตรภาพ การค้า และการเดินเรือระหว่างทั้งสองประเทศ แต่มีผลในทางกระตุ้นการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมาก จึงอาจถือได้ว่าสนธิสัญญาเจย์นี้เป็นจุดเริ่มต้นของการอนุญาโตตุลาการยุคใหม่นั้นเอง

ดูพิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2538), หน้า 112.

<sup>21</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศ, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 200.

<sup>22</sup> Malcolm N Shaw, International Law, 2<sup>nd</sup> 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, 10<sup>th</sup> edition (Singapore : Butterworth International Editions, 1989), p.487. และดูวิชิตฐา เต็มกฤษณา, “แนวความคิดในการแบ่งแยกอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 9.

<sup>23</sup> ดูเนื้อหาคดีได้ที่ จุมพต สายสุนทร, “กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3”, (พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543 : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด), หน้า 258-267.

ทางการนับแต่การเกิด Montevideo Treaty<sup>24</sup> ในปี ค.ศ. 1889 ซึ่งถือเป็นอนุสัญญาฉบับแรกซึ่งมีการกล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการในระดับภาคพื้นทวีป อนุสัญญาฉบับนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา<sup>25</sup> อีกทั้งอนุสัญญาฉบับนี้ถือเป็นอนุสัญญาภาคพื้นทวีปที่ประสบผลสำเร็จ<sup>26</sup> หลังจากนั้นไม่นานในปี ค.ศ. 1885 ได้มีการบัญญัติข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 12 ของกรมสารสุดท้ายของการประชุมที่จัดขึ้นที่กรุงเบอร์ลิน ต่อมานับแต่ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเริ่มจะพัฒนาไปในรูปแบบของสถาบันระหว่างประเทศ เริ่มจากการประชุมเพื่อสันติภาพที่ได้จัดขึ้นที่กรุงเฮก ในปี ค.ศ. 1899<sup>27</sup> และต่อมาในปี ค.ศ. 1907 ได้มีการจัดการประชุมเพื่อสันติภาพครั้งที่ 2 ขึ้นที่กรุงเฮก การประชุมครั้งนี้ได้มีการจัด

<sup>24</sup> เป็นสนธิสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาในในกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา ซึ่งได้มีการลงนาม ณ เมืองมอนเตวิดีโอ เมื่อวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1889 โดยถือว่าเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้ถูกนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการในระหว่างประเทศในภูมิภาคเดียวกัน และดู Redfern A., Hunter M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup>.ed., (London : Sweet & Maxwell, 1991), p. 61.

<sup>25</sup> Montevideo Treaty มาตรา 5 , มาตรา 6 และ มาตรา 7

<sup>26</sup> Montevideo Treaty นั้นมีผลบังคับใช้ในประเทศอาร์เจนตินา ประเทศโบลิเวีย ประเทศโคลัมเบีย ประเทศปารากวัย ประเทศเปรู และประเทศชิลี

<sup>27</sup> ในปี ค.ศ. 1899 เป็นยุคที่ระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความสำเร็จเป็นอย่างมาก เนื่องจากที่ประชุมได้ตกลงให้จัดตั้งศาลประจำอนุญาโตตุลาการขึ้น (the Permanent Court of Arbitration) โดยในการประชุมสันติภาพครั้งแรกที่กรุงเฮก เมื่อ ค.ศ. 1899 ได้มีความคิดที่ว่า การก่อตั้งศาลอนุญาโตตุลาการขึ้นไว้ล่วงหน้าเพื่อให้มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตน่าจะเป็นประโยชน์ ทั้งนี้โดยไม่ได้ทำลายหลักการว่าด้วยเสรีภาพของบรรดารัฐต่าง ๆ และไม่มีผลกระทบที่จะบังคับให้รัฐต่าง ๆ และไม่มีผลกระทบที่จะบังคับให้รัฐต่าง ๆ ต้องนำข้อพิพาทมาให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา เพียงแต่ว่ารัฐที่ต้องการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา เพียงแต่ว่ารัฐที่ต้องการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาจะมีความสะดวกขึ้นเพราะได้มีศาลที่มีลักษณะถาวรตั้งอยู่แล้ว และศาลอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้จะทำหน้าที่เพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีสมาชิกของอนุสัญญา



ทำหลักเกณฑ์พื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 39<sup>28</sup> ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยสันติวิธี ซึ่งได้ทำขึ้นที่กรุงเฮกในปี ค.ศ. 1898-1907 (*Hague Convention on the Pacific Settlement of International Disputes*) อนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีสมาชิก โดยการให้รัฐสมาชิกเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ ผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทตามอนุสัญญานี้ได้แก่บุคคลซึ่งคู่สัญญาเป็นผู้เลือก และใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในการตัดสินชี้ขาดคดีโดยกำหนดให้รัฐภาคีสมาชิกของอนุสัญญานี้ อาจทำข้อตกลงเสนอข้อพิพาทอันเกิดขึ้นหรืออันอาจจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีสมาชิกเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ในการประชุมครั้งนั้นได้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธีขึ้น (*Convention on Peaceful Settlement of International Disputes*)

สืบเนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี (*Convention on Peaceful Settlement of International Disputes*) และอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยสันติวิธี ซึ่งได้ทำขึ้นที่กรุงเฮกในปี ค.ศ. 1898 - 1907<sup>29</sup> (*Hague*

<sup>28</sup> มาตรา 37 แห่งอนุสัญญากรุงเฮก เมื่อวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1907 ได้ให้บทนิยามว่า “อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ โดยอนุญาโตตุลาการซึ่งรัฐคู่กรณีเป็นผู้เลือก และตั้งอยู่บนรากฐานแห่งความเคารพกฎหมาย”

<sup>29</sup> อนุสัญญากรุงเฮกเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ ค.ศ. 1899 (*Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 1899*) ได้กำหนดให้มีการจัดทำรายชื่อบุคคลซึ่งจะได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงในคดีพิพาทคดีใดคดีหนึ่งซึ่งจะมีคณะกรรมการได้ห้าคน โดยให้คู่พิพาทมีสิทธิเลือกกรรมการได้ฝ่ายละสองคนโดยคนหนึ่งนั้นในสองคนนั้นให้คู่พิพาทเลือกจากรายชื่อของบุคคลซึ่งตนแต่งตั้งไป กรรมการคนที่ห้าให้คัดเลือกโดยคณะกรรมการทั้งสี่คนที่คู่พิพาทแต่งตั้ง ทั้งนี้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวจำกัดอยู่เพียงการสอบสวนข้อเท็จจริงเท่านั้น และจัดทำรายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อเสนอต่อคู่พิพาทโดยรายงานเช่นนั้นไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ประการใด เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงร่วมกันว่าจะยอมรับรายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงเช่นนั้นว่าเป็นยุติ อีกทั้งรายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงเช่นนั้นจะไม่มีผลเสนอแนะเพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทแต่ประการใด

อนุสัญญากรุงเฮกเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ (*Hague Convention for the Pacific Settlement Disputes, 1907*) ได้เพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของ

*Convention on the Pacific Settlement of International Disputes*) ได้ก่อให้เกิดมีการจัดตั้งศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นที่กรุงเฮก ซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีหน้าที่ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีสมาชิกของอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว

ในราวคริสต์ศตวรรษที่ 19 และ 20 นั้น โดยผลของข้อตกลงสนธิสัญญาหลายฝ่ายที่มีอยู่ในขณะนั้นก่อให้เกิดการจัดตั้ง **ศาลอนุญาโตตุลาการเฉพาะการขึ้น**<sup>30</sup> (*ad hoc Court of Arbitration*) เพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำสนธิสัญญาแวร์ซายส์ *Versailles ค.ศ. 1919* (*Treaty of Versailles, 1919*) ขึ้น และโดยผลของสนธิสัญญานี้ก่อให้เกิดการจัดตั้งองค์การสันนิบาตชาติ (*League of Nations*) ขึ้น โดยองค์การดังกล่าวนี้ถูกจัดตั้งขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อการขยายกิจกรรมในกรณีพิเศษขึ้นในแง่ของความสัมพันธระหว่างประเทศของเอกชน องค์การสันนิบาตชาติมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐด้วยกันเอง โดยวัตถุประสงค์นั้นมีได้เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของวิสาหกิจของเอกชนเลย และเพื่อจะพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในแง่มุมนี้ จึงได้มีการตั้งองค์การสันนิบาตชาติขึ้น ถึงแม้ว่าการค้าระหว่างประเทศในยุคสมัยนั้นจะเริ่มมีหน่วยงานใหม่ ๆ เริ่มเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมแนวความคิดของกฎหมายแบบ *jus gentium* ซึ่งโดยสาระสำคัญอุปกับได้รับการผลักดันจากองค์การสันนิบาตชาติก่อให้เกิดแนวความคิดใหม่ ๆ ขึ้นในส่วนของการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีการพุ่งประเด็นความสำคัญไปยังหลักเกณฑ์ใน 2 ประเด็นต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง มีการให้ความสำคัญในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการ

คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ ค.ศ. 1899 เช่น สถานที่ประชุม ภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา การแต่งตั้งกรรมการเพื่อแทนที่ตำแหน่งที่ว่างลง อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถแต่งตั้งตัวแทนเพื่อเป็นคนกลางติดต่อระหว่างคู่พิพาทฝ่ายที่ตั้งตัวแทนและคณะกรรมการได้และยังเปิดโอกาสให้มีการเรียกพยานและสืบพยานทั้งโดยคู่พิพาทและโดยคณะกรรมการได้อีกด้วย ดูได้จากมาตรา 9-36 ของอนุสัญญากรุงเฮกเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ

ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 248-251.

<sup>30</sup> Edmund Jan Osmańczyk, Encyclopedia of the UNITED NATIONS and international agreements, 2<sup>nd</sup>.ed., (Taylor and Francis, 1990), p. 55.

อนุญาโตตุลาการ

และประเด็นที่สอง มีการให้ความสำคัญในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับ  
 ตราสารเปลี่ยนมือ ไม่ว่าจะเป็นตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน และเช็ค

หลังจากนั้นไม่นาน ได้เกิดสนธิสัญญาซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นสนธิสัญญาการ  
 อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่แท้จริงขึ้นเป็นครั้งแรก สนธิสัญญานับดังกล่าว คือ **โปรโตคอล  
 เจนีวาว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ค.ศ. 1923 ลงนาม ณ กรุงเจนีวา  
 (Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923)** ซึ่งถือเป็นสนธิสัญญาความตกลงระหว่าง  
 ประเทศในรูปของพหุภาคี โดยสนธิสัญญานับนี้เกิดขึ้นจากความอนุเคราะห์ของสภาหอการค้า  
 นานาชาติ (*International Chamber of Commerce, หรือ ICC*) และภายใต้แนวทางการผลักดัน  
 ขององค์การสันนิบาตชาติ<sup>31</sup> (*The League of Nations*) วัตถุประสงค์หลักของสนธิสัญญานับนี้ก็  
 เพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคของการยอมรับ และการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตลอดจน  
 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว  
 ของระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ มีการพยายามผลักดันให้เกิดการยอมรับ  
 และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ขึ้นอย่างกว้างขวาง อันเป็นเหตุให้  
 มีการจัดทำ **อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ  
 ฉบับนครเจนีวา ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1927** ขึ้น (*Geneva Convention on the Execution  
 of Foreign Awards of 1927*) ซึ่งผู้เขียนใคร่นำเสนอสนธิสัญญาตลอดจนกฎหมายต่าง ๆ ที่สำคัญต่อ  
 การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในหัวข้อต่อไป

## 2.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากการผลักดันขององค์การสันนิบาตชาติในส่วนที่เกี่ยวกับการ  
 คำระหว่างประเทศในยุคนั้นเป็นเหตุให้องค์การสันนิบาตชาติมีการดำเนินการในเรื่องของการ  
 อนุญาโตตุลาการขึ้น มีการจัดทำอนุสัญญาที่สำคัญ ๆ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการขึ้นสองฉบับ คือ

### 2.6.1 พิธีสารว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1923<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Redfern A., Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 61.

<sup>32</sup> League of Nations, Treaty Series, Vol.XXVII, p. 158, No. 678 (1924)

(Geneva Protocol on Arbitration Clauses, League of Nations, Geneva 1923) โดยต่อไปนี้จะเรียกว่า "โปรโตคอลเจนีวา"

โปรโตคอลเจนีวามีการลงนามที่กรุงเจนีวา เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 1923 มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อกำหนดขอบเขตของสัญญาในส่วนของการค้าระหว่างประเทศกำหนดข้อสัญญาที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือข้อพิพาทอันอาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการเสนอข้อพิพาทอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการขจัดข้อโต้เถียงอันอาจจะเกิดขึ้นในกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญานี้ อาจกล่าวได้ว่าโปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดลงนาม ณ. เจนีวา วันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 1923 ได้กำหนดให้รัฐภาคีแห่งโปรโตคอลแต่ละฝ่ายยอมรับนับถือว่า กรณีสัญญาทางการค้าหรือการอื่นใดอันสามารถระงับได้โดยอนุญาโตตุลาการ หากคู่สัญญาทำความตกลงกันว่าจะมอบให้อนุญาโตตุลาการซึ่งขาดข้อพิพาททั้งหมด หรือบางส่วนซึ่งอาจเกิดขึ้นจากสัญญานั้น ๆ แม้ว่าการซึ่งขาดของอนุญาโตตุลาการจะตกอยู่ในประเทศที่ไม่มีอำนาจศาลบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ตาม และไม่ว่าความตกลงดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในปัจจุบัน หรือข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตย่อมเป็นอันสมบูรณ์ใช้ได้ระหว่างคู่พิพาทซึ่งต่างอยู่ในบังคับอำนาจศาลของรัฐภาคีแห่งโปรโตคอลเจนีวาต่างกันคนละประเทศ อย่างไรก็ตามรัฐภาคีแห่งโปรโตคอลแต่ละฝ่ายต่างสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะจำกัดความผูกมัดข้างต้นให้ครอบคลุมเพียงบรรดาสัญญา ซึ่งเป็นสัญญาทางการค้าตามกฎหมายภายในของตน โดยรัฐภาคีใดจะใช้ประโยชน์แห่งข้อสงวนนี้จะต้องแจ้งให้เลขาธิการสันนิบาตชาติทราบเพื่อจะได้แจ้งให้รัฐภาคีอื่น ๆ ทราบด้วย

วิธีพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการและการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) จะต้องเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญาและตามกฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐภาคีจะอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุโลมตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ รัฐภาคีแห่งโปรโตคอลแต่ละฝ่ายจะจัดให้มีการบังคับตามกฎหมายภายในของตนตามคำซึ่งขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อศาลยุติธรรมของบรรดารัฐภาคีแห่งโปรโตคอลได้รับคำร้องให้พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในบังคับ ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือข้อพิพาทอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต อีกทั้งข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่สมบูรณ์และสามารถ

ปฏิบัติตามได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีการร้องขอให้อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว ศาลยุติธรรมจะต้องมีคำสั่งให้คู่สัญญาไปดำเนินการให้อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ๆ และคำสั่งดังกล่าวไม่อาจลบล้างอำนาจศาลยุติธรรมในกรณีที่ข้อตกลง หรือคำชี้ขาดไม่อาจดำเนินการต่อไปได้หรือปรากฏว่าใช้ไม่ได้<sup>33</sup>

ดังนั้น โปรโตคอลเจนีวาจึงได้ทำขึ้นโดยอาศัยความเชื่อในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศภายใต้แนวความคิดแบบคลาสสิก กล่าวคือ ยังคงให้รัฐภาคีสมาชิกของโปรโตคอลเจนีวามีหน้าที่ต้องบังคับตามข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการอันเกิดจากการพิพาทระหว่างรัฐคู่สัญญานั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าโปรโตคอลเจนีวาฉบับนี้มีได้เป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศเพียงแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงหลักเกณฑ์ในส่วนของผลประโยชน์ให้แก่รัฐคู่สัญญาที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้เท่านั้น ซึ่งพอที่จะอนุมานได้ว่าโปรโตคอลเจนีวามีวัตถุประสงค์หลักดังต่อไปนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง เพื่อเพิ่มความมั่นใจให้แก่ประเทศภาคีสมาชิกว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นจะมีผลบังคับใช้ได้ ในระหว่างประเทศภาคีสมาชิกด้วยกัน (*Enforceability of Arbitration Agreement*) เพื่อเป็นการส่งเสริมให้คู่สัญญานำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมากกว่าที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางศาล

ประการที่สอง เพื่อเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่ประเทศภาคีสมาชิกว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีขึ้นจะสามารถนำไปบังคับใช้ในกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้ได้ (*Enforceability of Arbitration Award*)

อนึ่ง วัตถุประสงค์ทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น (*Enforceability of Arbitration Agreement and Awards*) ยังคงปรากฏต่อมาใน **อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958** (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) หรือ ที่เป็นที่รู้จักกันในชื่อ **New York Convention 1958** นั้นเอง

<sup>33</sup> วีรวรรณ เจริญนาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 28.

โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 นี้ได้รับการให้สัตยาบัน และมีรัฐที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้จำนวน 24 ประเทศจากกลุ่มประเทศยุโรป และประเทศนอกกลุ่มประเทศยุโรปบางประเทศ อาทิเช่น ประเทศบราซิล ประเทศอินเดีย ประเทศญี่ปุ่น ประเทศไทย ประเทศอิสราเอล และประเทศนิวซีแลนด์

2.6.2 อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1927<sup>34</sup> (Convention on the Execution of Foreign Arbitration Awards 1927) หรือเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปในชื่อว่า อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา (Geneva Convention)

อนุสัญญาฉบับนี้ได้จัดทำขึ้นภายใต้การดำเนินงานขององค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) ประกอบกับเป็นอนุสัญญาที่ได้จัดทำขึ้นภายใต้ข้อตกลงของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามความในโปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด (Geneva Protocol of 1923) วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฉบับนี้ก็เพื่อเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญานี้เกิดขึ้นเนื่องจากองค์การสันนิบาตชาติมีความประสงค์ที่จะปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ให้มีความสมบูรณ์เพิ่มมากขึ้นเพื่อต้องการเน้นถึงบทบัญญัติในส่วนของการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้มีการจัดทำขึ้นภายใต้อาณาเขตของรัฐภาคีสมาชิกของอนุสัญญานี้ ทั้งยังเป็นการวางหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้

<sup>34</sup> สนธิสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ เริ่มมีผลบังคับใช้ นับตั้งแต่วันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1929 ซึ่งประเทศที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับนี้ คือ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม ประเทศเซอร์เบีย ประเทศเดนมาร์ก ประเทศเอสโตเนีย ประเทศฟินแลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศกรีซ ประเทศอินเดีย ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศอิสราเอล ประเทศอิตาลี ประเทศญี่ปุ่น ประเทศลักส์แซมเบิร์ก ประเทศมอลต้า ประเทศมอริซัส ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศโปรตุเกส ประเทศโรมาเนีย ประเทศสเปน ประเทศสวีเดน ประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศยูโกสลาเวีย

กลุ่มประเทศที่ลงนามในสนธิสัญญาฉบับนี้แต่ไม่ได้ทำการให้สัตยาบันได้แก่ ประเทศโบลีเวีย ประเทศนิการากัว ประเทศเปรู ประเทศเกาหลี ประเทศอุกันดา

และดู League of Nations, Treaty Series, Vol.XCII, p.302 (1929-1930)

รัฐภาคีสมาชิกของอนุสัญญา โดยเริ่มมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่วันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1929 เป็นต้นมา

โปรโตคอลเจนีวาและอนุสัญญาฉบับนครเจนีวาล้วนแล้วแต่มีสาระสำคัญให้ประเทศภาคีสมาชิกยอมรับนับถือสัญญาอนุญาโตตุลาการว่ามีผลผูกพันและต้องยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่สืบเนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในบังคับของโปรโตคอลเจนีวา อาจกล่าวได้ว่าทั้งโปรโตคอลเจนีวา และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวานั้นเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ว่าโปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด (Geneva Protocol of 1923) และอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Convention on the Execution of Foreign Arbitration Awards 1927) จะมีผลต่อการพัฒนาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศให้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางขึ้นก็ตามแต่ผลที่ได้รับจากอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวกลับยังไม่เป็นที่พอใจ เนื่องจากทั้งโปรโตคอลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด และอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นประสบผลสำเร็จแต่เพียงขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น กล่าวคือ ในทางปฏิบัติยังมีปัญหาการใช้สนธิสัญญาฉบับนครเจนีวาทั้งสองฉบับเนื่องจากมีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติ คือคู่กรณีจะต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และการชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น หรือปัญหาในเรื่องเงื่อนไขที่ค่อนข้างเข้มงวดในอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 สำหรับการดำเนินการสอบสวนพิจารณาเพื่อบังคับคดีในศาลที่ซ้ำซ้อน หรือที่เรียกว่า “Double-Exequatur” ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดแล้วตามกฎหมายของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด ซึ่งศาลของหลายประเทศต่างตีความว่าต้องมีคำบังคับจากศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดและเมื่อนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในดินแดนของประเทศใดก็จะต้องขอให้ศาลของประเทศที่มีการบังคับคดีออกคำบังคับหรือหมายบังคับคดีอีก ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีต้องขอคำบังคับคดี หรือหมายบังคับคดีจากศาลของทั้งสองประเทศ<sup>35</sup> นอกจากนี้อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 ยังกำหนดให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินการสอบสวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการซึ่งส่วนใหญ่แล้วคือกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดี และยังมีข้อจำกัดในเรื่องจำนวนของประเทศภาคีที่มีน้อยไม่เหมาะสมกับแนวความคิดที่จะให้มีการ

<sup>35</sup> Albert J. Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Toward a Univorm Judicial Interpretation (Deventer/Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981), p.6.

อนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริง<sup>36</sup> อันเป็นเหตุให้อนุสัญญาทั้งสองฉบับไม่เป็นที่นิยมใช้อย่างแพร่หลายนักส่งผลให้มีการจัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นอีกหลายฉบับเรื่อยมาจนถึงในปัจจุบันประกอบกับอนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้มีการยอมรับและให้สัตยาบันจากประเทศนอกทวีปยุโรปอยู่เพียงไม่กี่ประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาในเรื่องของการยอมรับและให้สัตยาบันในอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวของกลุ่มประเทศที่เพิ่งได้รับอิสรภาพจากการเป็นรัฐอาณานิคม ยังผลให้อนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้ประสบผลสำเร็จเพียงขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น เนื่องจากเนื้อหาของอนุสัญญาทั้งสองฉบับยังมิได้ครอบคลุมประเด็นของการค้าระหว่างประเทศทั้งหมด<sup>37</sup> ด้วยเหตุนี้หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองได้มีการเปลี่ยนแปลงในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกิดขึ้น ซึ่งมีผลมาจากแนวความคิดสองประการดังนี้

แนวความคิดแรก เริ่มมีการตระหนักถึงประเด็นที่ว่าความไม่เป็นรูปแบบในส่วนของโลกธุรกิจ อาจจะนำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยได้

แนวความคิดที่สอง เริ่มมีการตระหนักถึงความสำคัญ และความแพร่หลายในการนำการอนุญาโตตุลาการมาเป็นวิธีการในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

จากแนวความคิดทั้งสองเป็นจุดเริ่มต้นของการปรับปรุง และพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในต่อมา

2.6.3 อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958<sup>38</sup> (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.)

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา วิธีการระงับข้อพิพาทโดย

<sup>36</sup> ชนิษฐา เตมิตกฤษณา, “แนวความคิดในการแบ่งแยกอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 13.

<sup>37</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, (Deventer/Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p. 185.

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



อนุญาโตตุลาการเริ่มที่จะได้รับความนิยมน้อยลงหลาย มีการนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้เพื่อ  
 ระบุข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างมากมาย ในปี ค.ศ. 1953 ภายใต้การริเริ่มของสภาหอการค้าระหว่าง  
 ประเทศ (*International Chamber of Commerce, ICC*) ได้มีการจัดทำร่างอนุสัญญาขึ้นฉบับหนึ่ง  
 ซึ่งร่างอนุสัญญาของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (*ICC*) ฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการเกิด  
 อนุสัญญานิวยอร์ค ต่อมาองค์การสหประชาชาติโดยการริเริ่มขององค์การสันนิบาตชาติซึ่งเป็น  
 หน่วยงานที่ดูแลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้พยายามสานต่อแนวนโยบายในส่วนนี้ของสภาหอ  
 การค้าระหว่างประเทศ (*ICC*) โดยได้มีการจัดการประชุมเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์  
 ระหว่างประเทศขึ้นในเดือนเมษายน ค.ศ. 1954 โดยคณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคมแห่งสห  
 ประชาชาติ (*The Economic and Social Council*) [*ECOSOC*] ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งขององค์การ  
 สันนิบาตชาติ ในการประชุมครั้งนั้นมีตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมจาก 8 ประเทศ วัตถุประสงค์หลักของ  
 การจัดการประชุมก็เพื่อทำการศึกษาถึงปัญหาอันเกิดขึ้นจากการบังคับใช้ของโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ.  
 1923 และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา จากการประชุมดังกล่าวส่งผลให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้น  
 1 ชุด เพื่อทำการศึกษาเกี่ยวกับร่างอนุสัญญาของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (*ICC*) โดยคณะ  
 กรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 8 ท่าน<sup>39</sup> ต่อมาคณะกรรมการชุดดังกล่าวนี้ได้จัดทำ  
 รายงานขึ้นในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1955 โดยทำการเสนอร่างอนุสัญญาฉบับใหม่ซึ่งได้จัดทำขึ้น  
 ภายใต้ความร่วมมือของคณะกรรมการชุดดังกล่าวโดยยึดหลักจากร่างเดิมของร่างอนุสัญญาที่จัดทำ  
 โดยสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (*ICC*) แต่ได้มีการปรับปรุงแก้ไข และดัดแปลงในบางส่วนเพื่อให้  
 เหมาะสมขึ้นเนื่องจากร่างอนุสัญญาของ *ICC* ฉบับนั้นมีแนวความคิดที่แตกต่างไปจากโปรโตคอลเจ  
 นีวา 1923 และอนุสัญญาเจนีวา 1927 โดยร่างอนุสัญญาของ *ICC* นั้นมองว่า “ควรที่จะกำหนดหลัก  
 เกณฑ์ที่แน่นอนเพื่อเป็นการช่วยเหลือและส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการค้าของเอกชนภายในเขต  
 อำนาจอศาลของประเทศภาคีสมาชิก”<sup>40</sup> ด้วยเหตุนี้ในร่างอนุสัญญาของ *ICC* จึงได้ระบุไว้ว่าจะอะไรที่จะ  
 ถือเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่มุมมองในส่วนนี้ของ *ICC* มิได้มีการนำมาบัญญัติ  
 ไว้ในอนุสัญญานิวยอร์ค เนื่องจากอนุสัญญานิวยอร์คนั้นได้อาศัยร่างของทางสภาเศรษฐกิจและ  
 สังคม (*ECOSOC*) ซึ่งจะกล่าวถึงแต่เฉพาะในส่วนของ “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่าง  
 ประเทศ” เท่านั้น โดยทาง *ECOSOC* ให้เหตุผลว่า<sup>41</sup> ในการพิจารณาคำว่า “คำชี้ขาดของ  
 อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” เหมาะที่จะนำมาใช้ก็แต่ในกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศใน

<sup>39</sup> สมาชิกของคณะกรรมการชุดนี้มาจากประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม ประเทศอียิปต์ ประเทศเอกวาดอร์ ประเทศอินเดีย สหราชอาณาจักร ประเทศสวีเดน และสาธารณรัฐไซปรัส

<sup>40</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 145.

<sup>41</sup> General Assembly UR.

ส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเท่านั้น (international public law) ซึ่งจะเป็นกรณีของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ นอกจากนั้นแล้วในร่างของทาง ICC ยังได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องที่ว่าให้การอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเท่านั้น และไม่ขึ้นตรงต่อกฎหมายใด ๆ ซึ่งเจตนาโดยรวมของผู้ร่างก็คือต้องการจะกล่าวว่าจริง ๆ แล้วในส่วนของการอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นตัวอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศควรจะอยู่ภายใต้บังคับตามที่คู่กรณีเป็นผู้กำหนดเท่านั้น และไม่ควรถูกขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศใดเป็นหลัก นั่นก็คือต้องการที่จะแสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วกฎหมายที่จะถูกนำมาบังคับใช้กับการอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศควรเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งนั่นเอง อาจกล่าวได้ว่าในช่วงของการร่างอนุสัญญาของทาง ICC เป็นการกลับมาอีกครั้งของแนวความคิดแบบ jus gentium<sup>42</sup> ซึ่งต้องการความเป็นอิสระจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม ความเห็นในส่วนนี้ได้เกิดขึ้นในเวลาทีเร็วจนเกินไป เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวนั้นทั้งทนายความ ตลอดจนตัวแทนของประเทศต่าง ๆ ยังไม่มีการเตรียมการที่จะยอมรับความเห็นในลักษณะเช่นนี้ เนื่องจากในยุคนั้นต่างมองว่าในการที่จะระงับข้อพิพาทใด ๆ ก็ตามยังมีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้มาตรการซึ่งระบุไว้ในกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังนั้น แนวความคิดในเรื่องของการอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศจึงยุติลงคงเหลือแต่แนวความคิดในส่วนของคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการภายในประเทศ และคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการต่างประเทศ” (national and foreign awards) อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในเรื่องของ “ความเป็นอิสระของกฎหมายระหว่างประเทศ” นั้นก็ได้สูญไปโดยสิ้นเชิง เนื่องจากยังมีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าให้นำข้อกำหนดดังกล่าวมาใช้บังคับในประเทศภาคีสมาชิกทั้งหมด แม้ว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นจะถูกทำขึ้นในรัฐอื่นก็ตาม นอกจากนั้นแล้วร่างของอนุสัญญาของหอการค้านานาชาติ (the draft of the I.C.C.) ยังไม่มีข้อกำหนดใด ๆ ว่าคู่สัญญาจะต้องเป็นบุคคลสัญชาติต่างกัน หรือไม่กระทั่งแม้แต่กำหนดว่าคำชี้ขาดจะต้องทำขึ้นในประเทศภาคีสมาชิกอื่น ดังนั้น จึงไม่

<sup>42</sup> กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ทุกชนชาติใช้ในสมัยโรมัน เกิดจากการรวบรวมหลักความเป็นธรรมตามจารีตของชนเผ่าในอิตาลี ซึ่งนำมาใช้เมื่อไม่ใช้กฎหมายของเมืองหรือกฎหมายแพ่ง คือ ใช้เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นคนที่ไม่ใช่คนโรมัน ดูพิซซัคคีต์ หรยางกูร, รวมศัพท์และภาษีศุลกากรกฎหมายลาติน-ไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2544) หน้า 476.

มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องระบุว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนี้เป็นคำชี้ขาดของประเทศใด<sup>43</sup> ซึ่งข้อกำหนดเหล่านี้ทำให้เราเข้าใจถึงแนวความคิดของคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากทาง I.C.C. ถือเป็นก้าวเข้าสู่ถึงแนวความคิดในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแนวใหม่ ดังจะเห็นได้จากข้อกำหนดที่กล่าวมาข้างต้น แต่แนวความคิดในเรื่องดังกล่าวก็ยังถูกปฏิเสธจากรัฐภาคีสมาชิก เนื่องจากภายหลังจากที่อนุสัญญาเวียนอร์คได้มีการประกาศใช้รัฐภาคีสมาชิกต่างก็ยังคงตั้งข้อสงวนในส่วนนี้อยู่ เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนอร์คเปิดช่องให้รัฐภาคีสมาชิกสามารถตั้งข้อสงวนได้สองเรื่องตามมาตรา 1(13)<sup>44</sup> ข้อสงวนแรก (first reservation) เป็นเรื่องหลักต่างตอบแทน (reciprocity reservation) เป็นกรณีรัฐจะยอมรับและบังคับคำชี้ขาดเฉพาะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีอื่นเท่านั้น หรือรัฐภาคีอาจตั้งข้อสงวนที่สอง (second reservation) ในเรื่องข้อพิพาททางพาณิชย์ (commercial reservation) ว่ารัฐจะบังคับใช้อนุสัญญาเฉพาะข้อพิพาทในทางพาณิชย์ที่เกิดขึ้นจากนิติสัมพันธ์ ไม่ว่าจะเกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่<sup>45</sup> นอกจากนี้การบังคับใช้อนุสัญญากรุงเวียนอร์คยังไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบระหว่างประเทศที่เป็น “international transaction” คำชี้ขาดต่างประเทศที่เกี่ยวกับ “domestic transaction” ก็สามารถนำมาขอบังคับได้ แต่ในกรณีที่เป็นการขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (country of origin) จะไม่สามารถนำมา

<sup>43</sup> Minoli (E.), “Il problema teorico fondamentale dell’ arbitrato commercial internazionale”, Studi in memoria di Carlo Futno (1973), 627-636 Cited in Rene David, Arbitration in International Trade, p. 147.

<sup>44</sup> New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 :

Article I

.....

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

<sup>45</sup> Albert J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, pp. 51-54.

ขอบังคับได้เนื่องจากเป็นเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ มิใช่เรื่องต่างประเทศ<sup>46</sup>

ต่อมาสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ (*The General Council of the U.N.*) หลังจากที่ได้รับทราบเห็นชอบจากทางสภาเศรษฐกิจและสังคม (*ECOSOC*) ได้เสนอร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการชุดดังกล่าวนี้ต่อทางรัฐบาล และหน่วยงานองค์กรต่าง ๆ หลังจากที่ได้มีการตรวจสอบร่างอนุสัญญาดังกล่าวจากทั้งทางรัฐบาลของ 18 ประเทศและหน่วยงานอีก 4 องค์กร จึงได้มีการจัดการประชุมขึ้นอีกครั้งที่กรุงนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1958 ในการประชุมครั้งที่สองมีตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมจากประเทศทั้งหมด 48 ประเทศ (ผู้เข้าร่วมประชุม 3 ท่านใน 48 ท่านเข้าร่วมประชุมในฐานะผู้สังเกตการณ์เท่านั้น) และจากอีก 13 องค์กร ผลของการประชุมในครั้งนี้ได้มีมติให้คณะผู้เชี่ยวชาญทางด้านการอนุญาโตตุลาการทำการปรับปรุงแก้ไขร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการชุดดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง เป็นเหตุให้ต่อมาจึงได้มีการประกาศอนุสัญญาเกี่ยวกับการยอมรับ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับใหม่ขึ้น ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าว คือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.*) โดยต่อไปนี้จะเรียกว่า "อนุสัญญานิวยอร์ก" อนุสัญญาดังกล่าวนี้ได้รับการลงนามในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ณ กรุงเจนีวา โดยมีสมาชิกจำนวน 10 ประเทศ โดยมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่วันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1959<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Ibid., pp. 12-22.

<sup>47</sup> อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (New York Convention) นี้มีผลบังคับใช้นับตั้งแต่วันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1959 ประเทศที่ให้สัตยาบันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศบอสวาน่า ประเทศบังกาเรีย สาธารณรัฐโบเอลโลร์เซีย สาธารณรัฐแอฟริกา ประเทศศรีลังกา ประเทศเซคโกสโลวาเนีย ประเทศเอกวาดอร์ ประเทศอียิปต์ ประเทศฟินแลนด์ FRG ประเทศฝรั่งเศส ประเทศกาน่า ประเทศกรีซ ประเทศฮังการี ประเทศอินเดีย ประเทศอิสราเอล ประเทศนอร์เวย์ ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศโปแลนด์ ประเทศโรมาเนีย ประเทศสวีเดน ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศไซเรีย ประเทศแทนซาเนีย สาธารณรัฐอุเรนเนีย สหภาพโซเวียต ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศไทย ประเทศทรินนิแดด ประเทศโทแบกโก ประเทศตรินิแดด

และในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1996 ได้มีจำนวนประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฉบับนี้จำนวนทั้งสิ้นไม่น้อยกว่า 112 รัฐ<sup>48</sup> จนปัจจุบันนี้มีประเทศภาคีสมาชิกกว่า 126 รัฐ<sup>49</sup>

นับจากปี ค.ศ. 1958 เป็นต้นมานั้น รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างที่จะปรากฏในรูปลักษณะของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์รูปแบบใหม่ (*Modern International Commercial Arbitration*) โดยการเริ่มต้นของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ (*UNCITRAL*) ในปี ค.ศ. 1966 เลขานุการขององค์การสหประชาชาติได้ทำการสอบถามไปยังประเทศที่ยังมิได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ค ในเวลานั้นอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญานิวยอร์คถือได้ว่าเป็นประสบความสำเร็จในส่วนของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในระดับหนึ่งแล้ว แต่ก็ยังไม่ถือว่าเป็นที่สุด เนื่องจากยังมีประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข เมื่อสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ได้ตระหนักว่าความแตกต่างของกฎหมายภายในอันเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศของแต่ละประเทศได้กลายเป็นอุปสรรคในการติดต่อธุรกิจระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1958 ประเทศสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์คต่างพยายามที่จะร่วมมือกันเพื่อทำการปรับปรุงแก้ไขหลักกฎหมายในส่วนของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังนั้นในปี ค.ศ. 1966<sup>50</sup> จึงได้มีการจัดตั้ง*คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติขึ้น*<sup>51</sup> (*The United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL]*) และได้มีการระบุนงานเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้

ประเทศที่ลงนามในอนุสัญญาแต่มิได้ให้สัตยาบัน ได้แก่ ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศเบลเยียม ประเทศคอสตาริกา ประเทศเอลซาวดอร์ ประเทศจอร์แดน ประเทศลักซ์เซมเบิร์ก ประเทศโมนาโค ประเทศปากีสถาน

<sup>48</sup> ดู Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1, (พิมพ์ครั้งที่ 2, พ.ศ. 2537) หน้า 236-240.

<sup>49</sup> ดูรายชื่อประเทศที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์คได้ในภาคผนวก ก. หรือที่ <http://www.un.org>.

<sup>50</sup> Resolution 2205 (XXI) เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1966.

<sup>51</sup> คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL]) มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อจะทำการศึกษาหาหนทางที่จะผสมผสานความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และเพื่อจะหารูปแบบตลอดจนแนวทางในการจัดทำกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่เป็นเอกภาพขึ้น

เป็นส่วนหนึ่งของแผนงาน ในส่วนของ UNCITRAL นั้นมิได้มีเจตนารมย์ที่จะจัดทำร่างอนุสัญญาฉบับใหม่ขึ้น หรือมีเจตนารมย์ที่จะทำการแก้ไขบททวนอนุสัญญานิวยอร์คแต่อย่างใด แต่คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมให้การสนับสนุนรัฐต่าง ๆ ในการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ค และทำการส่งเสริม ผลักดันให้การอนุญาโตตุลาการเป็นที่รู้จักแพร่หลายในกลุ่มประเทศที่ยังไม่ค่อยนิยมการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการจัดร่างข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (*Arbitration Rule*) (ต่อมาได้มีการปรับปรุงเพิ่มโดย Complementary Rules ในปี ค.ศ. 1980) ซึ่งต่อมาในภายหลังร่างข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้รับความเห็นชอบจากทางองค์การสหประชาชาติ<sup>52</sup> นอกจากนี้ยังมีการออกข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาท (*Conciliation Rules ในปี ค.ศ. 1980*) ซึ่งจุดนี้ถือได้ว่าเป็นจุดที่ก่อให้เกิดการจัดทำร่างกฎหมายแม่แบบของการอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยแนวความคิดดังกล่าวได้รับการพิจารณาในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1984 ในการประชุม Interim Meeting ของสภาหอการค้านานาชาติ (International Council for Commercial Arbitration) ที่จัดขึ้นที่มลรัฐหลุยเซียน่า โดยในส่วนของกฎหมายแม่แบบจะกล่าวถึงแต่เฉพาะในส่วนของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น หากประเทศใดที่ยอมรับกฎหมายแม่แบบย่อมหมายความว่าในประเทศนั้นจะมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 2 ประเภท ซึ่งก็คือ การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยในกฎหมายแม่แบบได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะอะไรที่จะถือว่าเป็น “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” และนอกจากนั้นยังได้ให้นิยามของคำว่า “ทางพาณิชย์” ไว้ค่อนข้างกว้างและไม่มีการนำมาอ้างอิงเปรียบเทียบกับความหมายซึ่งอาจจะจำกัดแนวความคิดเช่นนี้ไม่ว่าจะโดยความหมายนั่นเอง หรือไม่ว่าจะโดยกฎหมายภายในใด ๆ ก็ตาม

#### 2.6.4 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976 (UNCITRAL Arbitration Rules)

นับจากปี ค.ศ. 1966 ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีการจัดตั้งคณะ

<sup>52</sup> The UNCITRAL Arbitration Rule were published in Yearbook II (1977), 161 with a commentary by P. Sanders (172-219);Fouchard (Ph.), ‘Les travaux de la CNUDCI Le reglement d’ arbitrage’, Clunet 1979, 816-845. Resort to the UNCITRAL Arbitration Rule has been recommended by a Resolution 31/98 of the General Assembly of UNO. (Dec. 5, 1976) Cited in Rene David, *Arbitration in International Trade*, pp.154-155.

กรรมวิธีการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติขึ้น (UNCITRAL) โดยคณะกรรมการชุดนี้ถือเป็นหน่วยงานด้านกฎหมายในส่วนของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้ทำการแต่งตั้งกลุ่มทำงานต่าง ๆ ขึ้นเพื่อทำการศึกษาถึงเนื้อหาของกฎหมายในแต่ละหัวข้อ โดยในแต่ละกลุ่มทำงานจะประกอบไปด้วยตัวแทนจากรัฐสมาชิกของคณะกรรมการ ซึ่งหนึ่งในกลุ่มทำงานดังกล่าวนี้มีหน้าที่รับผิดชอบในด้านของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (*International Commercial Arbitration*) และ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ.1976 (*UNCITRAL Arbitration Rules*) เป็นหนึ่งในผลงานของกลุ่มทำงานดังกล่าว โดยเป็นการวางหลักเกณฑ์ซึ่งจะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL 1976 (*UNCITRAL Arbitration Rule*) เป็นข้อบังคับซึ่งได้ถูกยกย่องขึ้นโดยการนำหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมจากอนุสัญญาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์จาก อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศแห่งยุโรป (*European Convention on International Commercial Arbitration or Geneva Convention 1961*), *The Arbitration Rules of The UNECE 1966*, *The UNECAFE Rule for International Arbitration 1966* มาเป็นแนวทางในการบัญญัติหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้ ข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับในปี ค.ศ. 1976 โดยอาจถือได้ว่าข้อบังคับ UNCITRAL 1976 เป็นการวางรูปแบบ หรือหลักเกณฑ์ในเรื่องของวิธีพิจารณาความในการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้าง ๆ มีการวางหลักเกณฑ์ให้รูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่สัญญา เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตามข้อบังคับดังกล่าวจะพบได้ว่าหลักข้อบังคับนี้มักจะถูกนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะการ<sup>53</sup> (*ad hoc arbitrations*) ซึ่งข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976 ค่อนข้างที่จะประสบความสำเร็จเป็นอย่างมาก จะเห็นได้จากข้อสัญญาระหว่าง (A.A.A.) และ (the U.S.S.R. Chamber of Commerce) ที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถระบุในคำร้องขอในการอนุญาโตตุลาการว่าจะเลือกใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL แทนที่จะใช้ข้อบังคับของ A.A.A. หรือใช้ข้อบังคับของหอการค้า U.S.S.R. แต่เนื่องจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL 1976 มีขอบเขตในการบังคับใช้ระหว่างเอกชนเท่านั้น ไม่สามารถที่จะนำไปใช้บังคับในประเทศที่ไม่ยอมรับคำชี้ขาดนี้ได้ กล่าวคือ ไม่ผูกพันรัฐในการที่จะต้องบังคับตามคำชี้ขาดนี้

<sup>53</sup> ad hoc arbitration ก็คือ การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้สถาบัน

2.6.5 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (*United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] Model Law on International Commercial Arbitration*)

เนื่องจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976 ประสบปัญหาในเรื่องของการไม่สามารถที่จะผูกพันให้รัฐทำการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ตาม *UNCITRAL Arbitration Rule* ได้ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติจึงได้จัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า *UNCITRAL Model Law* ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะช่วยให้รัฐแต่ละรัฐสามารถที่จะนำกฎหมายแม่แบบฉบับนี้ไปใช้เป็นพื้นฐาน หรือนำไปเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการปฏิรูป หรือใช้เพื่อวางรูปแบบของกฎหมายภายในในส่วนที่ว่าด้วยกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของแต่ละรัฐ ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ใช้เวลาประชุมต่อเนื่องกันเป็นเวลาหลายปีมีผู้แทนจาก 32 ประเทศเข้าร่วมประชุม ผู้สังเกตการณ์จาก 20 ประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ 14 แห่ง ในการประชุมมีการถกเถียงกันอย่างมาก และต้องมีการประนีประนอมระหว่างทัศนคติของประเทศจากระบบคอมมอนลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) เพื่อให้แต่ละฝ่ายคิดคำนึงถึงประเพณี หรือวัฒนธรรมทางกฎหมายของอีกระบบหนึ่งที่แตกต่างไปจากตน อาจกล่าวได้ว่ายังไม่มีบทบัญญัติระหว่างประเทศใดที่ทำความพอใจให้แก่ทุกคน แต่กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการถือได้ว่าเป็นผลงานที่ประสบความสำเร็จที่สุดของ UNCITRAL<sup>54</sup> โดยกฎหมายแม่แบบมีสาระสำคัญอยู่ที่การวางหลักเกณฑ์ที่สำคัญ และที่จำเป็นสำหรับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้เท่านั้น เนื่องจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากความคิดว่าประเทศต่าง ๆ ที่ดำเนินธุรกิจการค้าจะได้รับประโยชน์จากการมีบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นรากฐานที่มาของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งนี้โดยแต่ละประเทศอาจปรับเอากฎหมายแม่แบบมาเป็นตัวอย่างในการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนขึ้นใหม่ หรืออาจแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้เป็นไปตามกฎหมาย

<sup>54</sup> Steyn, Johan. "Wengland's Response to the UNCITRAL Model Law of Arbitration" in *Arbitration International*, Vol. 10 (1994), No. 1, p. 1.



แม่แบบก็ได้<sup>55</sup> เทคนิคของ “กฎหมายแม่แบบ” หรือกฎหมายตัวอย่างนี้ถูกนำมาใช้แทนที่รูปแบบสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ เนื่องจากเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของกระบวนการระดับข้อพิพาทรวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาล ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอย่างมากและยากที่จะบรรลุถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องวิธีสบัญญัติ ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงได้เสนอรูปแบบของกฎหมายแม่แบบขึ้นมาแทน เพื่อให้ประเทศที่สนใจเลือกรับเอาไปเป็นตัวอย่างในการบัญญัติหรือปรับปรุงกฎหมายภายในของตนได้โดยอิสระ<sup>56</sup> กฎหมายแม่แบบได้รับการประกาศโดยองค์การสหประชาชาติเมื่อปี ค.ศ. 1985 (พ.ศ. 2528) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาตินี้ [UNCITRAL Model Law] ได้รับการบัญญัติยอมรับเข้าเป็นกฎหมายภายในโดยประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทั้งประเทศที่มาจากกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติประสบความสำเร็จในเรื่องของการวางรูปแบบเพื่อผสมผสานความแตกต่างของกฎหมายภายในเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของแต่ละประเทศ เนื่องจากประเทศต่าง ๆ ที่ต้องการจะรับกฎหมายแม่แบบเข้าไปเป็นกฎหมายภายในของรัฐบาลสามารถที่จะเลือกรับกฎหมายแม่แบบแต่เพียงบางส่วน หรืออาจที่จะรับกฎหมายแม่แบบทั้งฉบับเข้าเป็นกฎหมายภายในของตนก็ได้ ซึ่งกฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งหมด 36 มาตรา จัดเรียงเป็นหมวดหมู่ ใช้ภาษาที่ง่ายต่อความเข้าใจ โดยบทบัญญัติมาตรา 1-6 เป็นบททั่วไป (General Provision) ซึ่งจะกล่าวถึงขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย นิยามคำศัพท์ต่าง ๆ และระบุถึงการช่วยเหลือและแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศาล เป็นต้น มาตรา 7-9 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreements) กล่าวคือ รูปแบบและผลของข้อตกลงที่มีผลผูกพันบังคับระหว่างคู่พิพาท มาตรา 10-15 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) โดยจะกล่าวถึงจำนวน วิธีการแต่งตั้ง การคัดค้านและถอดถอนอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16-17 กำหนดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจของตนเองและออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว มาตรา 18-27 จะกล่าวถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Conduct of Arbitral Proceedings) เช่นว่า อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน การพิจารณาโดยขาดนัด การกำหนดสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการและ

<sup>55</sup> Ibid, p. 1 อ้างถึงใน ธารทิพย์ จงจักรพันธ์ กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ ดุลพาห ปีที่ 43 เล่ม 3 (ก.ค. – ก.ย. 39) : 34.

<sup>56</sup> เรื่องเดียวกัน.

ภาษาที่ใช้ เป็นต้น มาตรา 28-33 เป็นเรื่องการทำคำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา (Making of Award and Termination of Proceedings) มาตรา 34 เป็นเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยศาลและเหตุผลที่จะเพิกถอน และมาตรา 35-36 กล่าวถึงการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการรวมทั้งเหตุผลที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด<sup>57</sup>

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายแม่แบบ สำหรับใช้ในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL ได้เป็นแบบอย่างให้ประเทศต่าง ๆ นำไปร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตนเพื่อให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศทั่วโลกมีลักษณะกลมกลืนหรือคล้ายคลึงกันมากที่สุด อันเป็นประโยชน์ต่อนักธุรกิจที่ใช้การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>58</sup> นั่นเอง

หนึ่งในช่วงหลังปี ค.ศ. 1958 นอกจากจะมีข้อบังคับและกฎหมายแม่แบบที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ยังมีอนุสัญญาระหว่างประเทศอีกสองฉบับที่ค่อนข้างมีบทบาทสำคัญต่อวงการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศค่อนข้างมาก ซึ่งผู้เขียนใคร่ขอแนะนำเสนอในที่นี้

#### 2.6.6 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ (European Convention on International Commercial Arbitration or Geneva Convention 1961.)

อนุสัญญาฉบับนี้นับเป็นอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีบทบาทพอสมควรในวงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นอนุสัญญาที่มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์อันมีผลต่อการพัฒนาแนวความคิดในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แม้ว่าอนุสัญญาฉบับดังกล่าวจะเป็นเพียงแค่อนุสัญญาการอนุญาโตตุลาการในระดับภาคพื้นทวีปก็ตาม แต่ผู้เขียนใคร่ขอกล่าวถึงความเป็นมาของอนุสัญญาดังกล่าวไว้พอสังเขปเพื่อง่ายแก่การศึกษาในบทต่อไปเมื่อมีการกล่าวอ้างถึงอนุสัญญาฉบับนี้

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

<sup>58</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, "บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ" ในรวมบทความและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์เพอร์เฟคกราฟฟิคกรุ๊ป, 2535) หน้า 69-70.

ในปี ค.ศ. 1955 ได้มีการจัดตั้งกลุ่มคณะทำงานกลุ่มหนึ่งขึ้นที่กรุงเจนีวา โดยคณะทำงานกลุ่มนี้จะทำงานภายใต้การควบคุมดูแลของคณะกรรมการเศรษฐกิจของยุโรปมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการพัฒนากฎหมายอันเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนส่งเสริมความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างกลุ่มประเทศสังคมนิยมและประเทศนอกกลุ่มสังคมนิยม กล่าวคือ เป็นอนุสัญญาที่ถูกร่างขึ้นเพื่อส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญาจากกลุ่มประเทศทางประเทศยุโรปตะวันตกและกลุ่มประเทศทางยุโรปตะวันออก<sup>59</sup> จากการทำงานของคณะทำงานกลุ่มดังกล่าวก่อให้เกิดการจัดทำอนุสัญญาฉบับหนึ่งขึ้นซึ่งก็คืออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญาฉบับนี้มีเนื้อหาครอบคลุมถึงเรื่องการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งมีการวางบทบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องของการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นไว้เป็นครั้งแรก อนุสัญญาฉบับนี้ได้มีการลงนามในวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1961 ขอบเขตของอนุสัญญาได้เน้นในเรื่องของการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยในระยะเริ่มแรกของการจัดทำอนุสัญญามีความประสงค์เพื่อที่จะนำอนุสัญญามาใช้กับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญามาจากต่างรัฐกัน ไม่ว่าจะเป็นประเทศในกลุ่มทวีปยุโรปหรือไม่ก็ตาม<sup>60</sup> แต่เนื่องด้วยอนุสัญญาฉบับนี้เกิดขึ้นจากการคณะกรรมการเศรษฐกิจยุโรปซึ่งเป็นหน่วยงานระดับภูมิภาคเท่านั้น เป็นเหตุให้วัตถุประสงค์ของอนุสัญญามีขอบเขตไม่ครอบคลุมถึงระดับระหว่างประเทศในกลุ่มทวีปอื่น ๆ อันเนื่องจากว่าผู้ร่างอนุสัญญาดังกล่าวนี้ได้พิจารณาถึงแต่เฉพาะการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นระหว่างภาคีสมาชิกของอนุสัญญาเท่านั้น โดย European Convention

<sup>59</sup> ดูประวัติของการเกิดอนุสัญญาได้ที่ Benjamin, "The European Convention on International Commercial Arbitration", 37 *Br. Y'Book Int'l L.* 478 (1961) ; Klein, "La Convention Europeene sur l' arbitrage commercial international", 51 *Rev. Crit.* 621 (1962).

<sup>60</sup> อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ได้มีการลงนามในวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 1961, *United Nations Treaty Series (1963-1974)*, Vol.484, p. 364, No. 7041. สำหรับในส่วนของความเป็นมาตลอดจนวัตถุประสงค์ของการร่างอนุสัญญาให้ดู Benjamin, "The European Convention on International Commercial Arbitration" (1961) B.Y.I.L. 478. Nineteen countries have ratified or acceded to the European Convention. สำหรับความเห็นเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาฉบับนี้ให้ดู Hascher (1990) *XV Yearbook Commercial Arbitration*, p. 624. และ ดู Redfern A., Hunter M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, p. 63.

เป็นการนำกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของประเทศภาคีสมาชิกทำให้เกิดความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อนุสัญญาฉบับนี้ได้มีประเทศลงนามเข้าเป็นภาคีสมาชิกจำนวน 19 ประเทศ

อนึ่ง สิ่งที่เราตระหนักได้จากอนุสัญญายุโรป ก็คือ

(1) ไม่มีข้อแตกต่างระหว่างข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่ยังไม่ได้เกิดขึ้น กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (โดยในอนุสัญญายุโรปได้ใช้คำว่า "ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ" สำหรับทั้งสองกรณี)

(2) คู่สัญญามีอิสระในการที่จะเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการของตน และมีอิสระในการเลือกสถานที่ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้คู่สัญญาจะต้องตระหนักถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานในส่วนของวิธีพิจารณาว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรม (the principle of audiatur et altera pars, etc.)

(3) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง ตลอดจนความเป็นโมฆะของสัญญาหลักมิได้เป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นจะเป็นโมฆะตามไปด้วย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อจะเป็นการส่งเสริมการติดต่อค้าขายกันระหว่างประเทศในกลุ่มทวีปยุโรป (เพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างกลุ่มประเทศยุโรปตะวันตกกับกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออก) โดยพยายามที่จะขจัดปัญหาอันเกิดจากความแตกต่างไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกฎหมาย หรือในเรื่องของวิधिปฏิบัติอันเกิดขึ้นระหว่างประเทศในกลุ่มยุโรปด้วยกันนั่นเอง

2.6.7 อนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ( *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other states. หรือ Washington Convention 1965* )<sup>61</sup>

<sup>61</sup> ดู Broches (A.), 'the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of the other States', Hague Academy, vol. 136(1972.II), 331-410. และดู Seminars were held on the Convention at Dijom and at Rome (Rass.arb; 1982, 3-133, completed by a Bibliography compiled by Rodino.

โดยต่อไปจะเรียกว่า “อนุสัญญาอชิงตัน” อนุสัญญานี้ได้ถูกยก  
 ร่างขึ้นเพื่อเพิ่มความมั่นใจให้นักลงทุนต่างชาติที่ต้องการจะเข้าไปลงทุนในกลุ่มประเทศที่สาม  
 เนื่องจากในสมัยนั้นนักลงทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในกลุ่มประเทศที่สาม มักมีความคิดว่าตนเอง  
 จะไม่ได้รับความยุติธรรมในการตัดสินชี้ขาดหากนำข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากการลงทุนดังกล่าวเข้าสู่  
 กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลของประเทศซึ่งตนไปลงทุน กอปรกับมองว่ากฎหมายภายในของ  
 แต่ละรัฐย่อมที่จะเอื้อประโยชน์ให้แก่คนของแต่ละรัฐ อีกประการหนึ่งก็คือเนื่องจากคู่กรณีในการลง  
 ทุนระหว่างประเทศมีสถานภาพที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน เมื่อเกิด  
 ข้อพิพาทขึ้นจึงมักเกิดปัญหา เพราะไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทอย่างแท้จริง หากจะใช้  
 ศาลของรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนก็ไม่เกิดความมั่นใจ ในขณะที่เดียวกันรัฐผู้รับการลงทุนก็ไม่ยอม  
 ใช้ศาลของนักลงทุน ดังนั้น การระงับข้อพิพาทโดยศาลท้องถิ่นจึงไม่ใช่ทางออกที่ดีสำหรับทั้งสอง  
 ฝ่าย<sup>62</sup> และการใช้ศาลของประเทศที่สามในการระงับข้อพิพาทก็ขัดกับหลักอธิปไตยของรัฐด้วย<sup>63</sup>  
 นอกจากนี้ยังไม่อาจเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ เพราะนักลงทุนต่างชาติไม่  
 ว่าจะเป็นนิติบุคคล หรือเป็นบุคคลธรรมดาแล้วแต่เป็นเอกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ  
 ไม่มีสิทธิในการขึ้นศาล (Locus Standi) ที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งถ้า  
 ไม่มีข้อตกลงกันไว้ระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุนเป็นอย่างอื่นแล้ว กฎหมายที่จะใช้  
 ในการระงับข้อพิพาทคือกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน และนักลงทุนต่างชาติต้องใช้การระงับข้อ  
 พิพาทตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมท้องถิ่นของรัฐนั้น ๆ เสียก่อน หากไม่ได้รับการเยียวยา  
 หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการเยียวยา (exhaustion of Local Remedy) จึงสามารถร้องขอ  
 ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐของตน หรือร้องขอให้รัฐของตนเสนอข้อ  
 พิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ (และในบางประเทศซึ่งมักจะเป็นประเทศในกลุ่มละติน  
 อเมริกา อาจกำหนดเป็นเงื่อนไขก่อนการลงทุนให้นักลงทุนต่างชาติต้องสละสิทธิในการขอความคุ้ม  
 กันทางการทูต ข้อกำหนดนี้รู้จักกันดีในนามของ Calvo Clause)<sup>64</sup> ดังนั้น จึงต้องการให้มีหน่วย

<sup>62</sup> ความเห็นของผู้แทนชาวเอธิโอเปียในการประชุมหารือผู้เชี่ยวชาญกฎหมายที่ Addis Ababa เมื่อวันที่ 16-20 ธันวาคม 1963; History, Vol. II, Pt. II, Doc. 23 : 243 อ้างถึงใน พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์, "การระงับข้อพิพาทของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคน ชาติของรัฐอื่น" ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษา ศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, หน้า 263.

<sup>63</sup> Chukwumrije, O, ICSID Arbitration and Sovereign Immunity. Anglo -American Law Review 19 (1990), p. 166 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 263.

<sup>64</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 263-264.

งานใดหน่วยงานหนึ่งซึ่งมีหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนดังกล่าวขึ้น โดยแนวความคิดในลักษณะนี้ได้เคยเกิดขึ้นครั้งหนึ่งแล้วใน The Havana Charter of 1948 ในครั้งนั้นได้มีการพิจารณาในประเด็นปัญหานี้แต่ไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร แม้ว่าต่อมาจะได้มีการจัดทำร่างอนุสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของคนต่างชาติ (*Convention on the protection of foreign property.*) ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้ถูกยกวางขึ้นโดยองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (*The Organization for Economic-Co-operation and Development (O.E.C.D.)*<sup>65</sup>) สาเหตุหนึ่งที่ทำให้อนุสัญญานี้ไม่ประสบผลสำเร็จเนื่องจากว่ารัฐต่าง ๆ ไม่เต็มใจที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจอธิปไตยของตนเอง โดยผ่านทางกรับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งประเทศที่ยากจนดูเหมือนหนึ่งว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ประเทศที่มั่งคั่งนำมาบังคับใช้กับตน<sup>66</sup>

อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลของประเทศผู้รับการลงทุนไม่เป็นที่ยอมรับโดยนักลงทุนต่างชาติดอกปรกักรัฐของประเทศผู้รับการลงทุนก็ไม่ปรารถนาที่จะเสนอข้อพิพาทดังกล่าวไปยังศาลของประเทศนักลงทุน ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพยายามจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้น<sup>67</sup> แต่เวทีระงับข้อพิพาทดังกล่าว (ศาลระหว่างประเทศ) ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ในกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างประเทศเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน

ต่อมา ได้มีการเกิดร่างอนุสัญญาว่าด้วยการลงทุนฉบับแอบซอว์ครอส [Abs-Shawcross Draft Convention on Investment (1959) ] โดยร่างอนุสัญญานี้เกิดขึ้นจากร่างอนุสัญญา 2 ฉบับ คือ ร่างอนุสัญญาของ Dr. Abs และร่างอนุสัญญาของ Lord Shawcross ซึ่งมีความมุ่งประสงค์จะส่งเสริมการลงทุนด้วยการค้าประกันระหว่างประเทศ ในตัวอนุสัญญาระบุให้

<sup>65</sup> องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจได้จัดตั้งขึ้นภายใต้องค์การพลังงานสากล ซึ่งองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจดังกล่าวนี้ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1980 เพื่อเป็นศูนย์กลางในการระงับข้อพิพาท ซึ่งหลักเกณฑ์ตลอดจนข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์การดังกล่าวนี้ได้ถูกพิมพ์ไว้ใน Yearbook VII (1980), 219 และ VIII (1983), 209 อ้างไว้ใน Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 159.

<sup>66</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 270.

<sup>67</sup> ในปี ค.ศ. 1939 คณะกรรมการพิเศษขององค์การสันนิบาตชาติ (League of Nation) ได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นเพื่อใช้เป็นเวทีในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการกักเงินระหว่างรัฐ โปรดดู Cf. UNIDROIT, *L'unification du droit I*, 41(1948) และดู Rene David, *Arbitration in International Trade*, p.159.

ใช้การอนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท แม้ว่าจะต้องทำด้วยการสมัครใจเลือก ซึ่งองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) ได้พยายามที่จะผลักดันให้ร่างนี้มีการใช้จริง ต่อมาหลักเกณฑ์ส่วนหนึ่งของร่างมาปรากฏในอนุสัญญาเพื่อการระงับข้อพิพาทในการลงทุนกรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965<sup>68</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1963 ธนาคารโลกได้จัดการประชุมขึ้นเพื่อที่จะสร้างระบบของความร่วมมือในส่วนของ การอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศโดยความร่วมมือกับทางธนาคารโลก<sup>69</sup> วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาก็เพื่อที่จะสนับสนุนและส่งเสริมการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจในประเทศยากจน โดยทางธนาคารพยายามจะวางกฎเกณฑ์ในส่วนของ การลงทุนของเอกชนโดยการส่งเสริมให้มีการลงทุนทางตรงของชาวต่างชาติในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา

ดังนั้น ศูนย์กลางอนุญาตุลาการที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างระบบการอนุญาตตุลาการขึ้นภายใต้ความช่วยเหลือของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าธนาคารโลก หรือ World Bank ซึ่งมีหน้าที่ประการหนึ่งคือ ส่งเสริมการลงทุน<sup>70</sup>) สำหรับระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐของประเทศเจ้าบ้านที่ได้รับการลงทุน ซึ่งการวางระบบการอนุญาตตุลาการนี้ก็เพื่อที่จะสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนชาวต่างชาติ และเป็น การส่งเสริมให้นักลงทุนชาวต่างชาติเข้ามาทำการลงทุนในประเทศ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการช่วยมิให้เกิดการเวนคืนของรัฐผู้ได้รับการลงทุน แนวความคิดหลักที่สำคัญของ ICSID ก็คือ การพยายามส่งเสริมให้กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นประเทศผู้ได้รับการลงทุนตกลงที่จะส่งมอบข้อพิพาทใด ๆ

<sup>68</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 3.

<sup>69</sup> ดู generally, 2 Convention on the SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES (documents concerning the original and foundation of the Convention)

<sup>70</sup> ธนาคารโลกนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความช่วยเหลือประเทศสมาชิกหลายประการรวมทั้ง การสนับสนุนการลงทุนในภาคเอกชนในต่างประเทศโดยให้ประกัน หรือให้กู้ หากว่ามี การขาดแคลนเงินทุนในภาคเอกชน ธนาคารโลกอาจมีมาตรการช่วยสนับสนุนการเงินที่จำเป็น ฯลฯ กรุณา ดู ชุมพร ปัจจุบันนท์, สถาบันระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ, (หน่วยที่ 8) ในเอกสารการสอนชุดวิชา สถาบันระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1-17 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528), หน้า 417.

อันเกิดจากการลงทุนให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา โดยวิธีการนี้จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนจากชาวต่างชาติ ในขณะที่เดียวกันรัฐของนักลงทุนชาวต่างชาติก็ตกลงที่จะไม่ใช้วิธีการคุ้มครองทางการทูตแก่นักลงทุนชาวต่างชาติอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน

นอกจากนั้นแล้วผู้ร่างอนุสัญญาของธนาคารโลกยังมองว่าในส่วนของ การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศควรที่จะมีการจัดตั้งศูนย์กลางในการระงับข้อพิพาทที่เป็น กลางขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงศาลของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งนักลงทุนชาวต่างชาติอาจจะรู้สึกว่าได้ รับความยุติธรรมอย่างเพียงพอ หรือศาลของเอกชนชาวต่างชาติซึ่งทางฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนก็อาจรู้สึก ไม่ได้รับความเป็นธรรมเช่นกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้เกิดการจัดตั้งศูนย์กลางระงับข้อ พิพาทอันสืบเนื่องจากการลงทุนขึ้น (*International Center for the Settlement of Investment Disputes* หรือที่รู้จักโดยทั่วไปในชื่อว่า “ICSID”) โดยศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนนี้ไม่ได้ทำ หน้าที่ระงับข้อพิพาทเองแต่จะทำหน้าที่คอยจัดหาหรืออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทโดย การอนุญาโตตุลาการสำหรับผู้ลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และรัฐผู้รับการลงทุน พร้อมทั้งได้มีการ จัดทำอนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ขึ้น ในอนุสัญญาวอชิงตันได้มีการระบุวัตถุประสงค์ไว้ใน อารัมภบทว่าเกิดจากการต้องการแก้ปัญหาและขจัดอุปสรรคในการลงทุนซึ่งทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติ ขาดความมั่นใจและความไว้วางใจในการที่จะไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาอันส่งผลกระทบต่อ การเคลื่อนย้ายทุนไปสู่ประเทศกำลังพัฒนามาก ดังนั้น เพื่อส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนข้ามชาติ ธนาคารโลกจึงต้องสร้างกลไกในการระงับข้อพิพาทที่เป็นกลาง เพื่อความยุติธรรมระหว่างคู่กรณีที่เป็น รัฐผู้รับการลงทุน และเอกชนคนชาติของรัฐอื่นโดยมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้<sup>71</sup>

- (1) จะเกิดการเคลื่อนย้ายทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วไปสู่ประเทศที่กำลัง พัฒนา เพื่อกระตุ้นและเร่งให้มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจในประเทศที่ยากจน เนื่องจากลำพังแต่เพียง กองทุนของธนาคารโลกเองมีไม่เพียงพอที่จะให้ประเทศยากจนกู้ยืม
- (2) เพื่อให้ผู้ลงทุนมีความไว้วางใจและมั่นใจในกลไกการระงับข้อพิพาทที่

<sup>71</sup> Christopher M. Koa, The International Bank for Reconstruction and Development and Dispute Resolution : Conciliating and Arbitrating with China through the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 24(1) New York University Journal of International Law and Politics, 439, 446 (1991) อ้างถึงในเสาวนีย์ อัครวโรจน์, เอกสารประกอบการสอนวิชาการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ และอนุญาโตตุลาการ ระดับชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 189-190.



เป็นกลางและสามารถให้ความยุติธรรมแก่ผู้ลงทุนได้ ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การโอนกิจการหรือเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างชาติเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติวิตกกังวลและขาดความเชื่อมั่นในการเข้าไปลงทุนในประเทศที่ยากจน และทำให้เกิดความสมดุระหว่างผลประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติ ทั้งยังช่วยลดปัญหาความตึงเครียดทางการเมืองด้วย

นอกจากนั้นแล้วบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่ตัวอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างมาก กล่าวคือ ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดที่ไม่อนุญาติให้ศาลของคู่สัญญาเข้ามาทำการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งยังได้มีการวางบทบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยสภาพบังคับใช้ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับใช้ได้ในตัวของคำชี้ขาดเองภายใต้รัฐภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ประกอบกับทั้งในมาตรา 44<sup>72</sup> ของอนุสัญญาได้วางบทบัญญัติให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการกำหนดเลือกกระบวนการพิจารณาความที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการได้ตามความประสงค์ของคู่สัญญา หรือตัวอนุญาโตตุลาการเอง หรือตามกฎหมายของ ICSID ก็ได้ และจะใช้กฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาได้ก็ต่อเมื่อมีการกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

นอกจากอนุสัญญาวอชิงตันที่เป็นกฎหมายหลักในการอนุญาโตตุลาการ (และการประนอมข้อพิพาท) แล้ว ในการระงับข้อพิพาทยังมีระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับว่าด้วยวิธีการจัดตั้งกระบวนการพิจารณาในการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ ลงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1968 ข้อบังคับว่าด้วยวิธีการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ) ลงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1968 ข้อบังคับว่าด้วยการพิจารณาโดยการประนอมข้อพิพาท (ข้อบังคับการประนอมข้อพิพาท) ลงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1968 ข้อบังคับว่าด้วยวิธีการจัดตั้งกระบวนการพิจารณาในการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับการจัดตั้ง) ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1984 ข้อบังคับว่าด้วยวิธีสำหรับการพิจารณาในการประนอมข้อ

<sup>72</sup> Article 44 of Washington Convention 1965 :

"Any arbitration proceeding shall be conduct in accordance with the provision of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question."

พิพาท (ข้อบังคับในการประนอมข้อพิพาท) ลงวันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 1984 และข้อบังคับว่าด้วยวิธีการสำหรับการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ) ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1984<sup>73</sup>

สำหรับข้อบังคับที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการอนุญาโตตุลาการได้ระบุเรื่องต่าง ๆ ที่จำเป็นในการอนุญาโตตุลาการอันเป็นรายละเอียดเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของอนุสัญญา ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยมีทั้งหมด 56 ข้อ แบ่งเป็น 8 หมวด

นอกจากนั้น ทางศูนย์ยังได้จัดทำข้อตกลงที่เป็นแบบอย่างในการเสนอข้อพิพาทที่จะให้ระงับข้อพิพาทที่ศูนย์และใช้วิธีพิจารณาของศูนย์ เมื่อกรกฎาคม ค.ศ. 1981 เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีที่ประสงค์จะใช้บริการการประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ เนื่องจากการเขียนข้อตกลงเองอาจเกิดความยุ่งยากและไม่ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาได้ เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับคู่กรณี ลักษณะของข้อพิพาท ความยินยอมของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นคู่กรณีพิพาท และของผู้ลงทุน (ต่างชาติที่มีสัญชาติของรัฐภาคีรัฐอื่น) ที่เป็นคู่กรณีพิพาท ที่ยอมรับอำนาจศูนย์ ทั้งนี้ผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการของศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนจะต้องเป็นคู่กรณีพิพาทซึ่งได้แก่รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญาวอชิงตัน และเอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศซึ่งเป็นคนชาติของรัฐภาคีอนุสัญญาวอชิงตันอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งคำว่า "รัฐ" นั้นก็มีลักษณะตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คือ มีจำนวนประชากร และมีอาณาเขตที่แน่นอน ต้องมีรัฐบาล และต้องมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายถึงการมีความสามารถที่จะติดต่อและมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับรัฐอื่นได้โดยอิสระ นอกจากนี้ยังต้องเป็นรัฐภาคีของศูนย์ กล่าวคือ ต้องเป็นสมาชิกธนาคารโลกและลงนามในอนุสัญญาวอชิงตัน หรือต้องเป็นรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกธนาคารโลกแต่เป็นภาคีธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และได้รับเชิญให้ลงนามในอนุสัญญาวอชิงตันจากสภาพบริหารของศูนย์ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิก<sup>74</sup>

คดีแรกที่นำขึ้นสู่การพิจารณาของศูนย์กลางระงับข้อพิพาทอันสืบเนื่องจากการลงทุน (*International Center for the Settlement of Investment Disputes* หรือที่รู้จักโดยทั่วไป

<sup>73</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 185.

<sup>74</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

ในชื่อว่า “ICSID”) ได้เกิดขึ้นในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1970 ระหว่าง Holiday Inns S.A. and others v. Morocco<sup>75</sup> และจนถึงปัจจุบัน ณ วันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000) มีคดีที่อยู่ในความดูแลของ ICSID ทั้งหมด 75 คดี ซึ่งใน 75 คดีนี้มีการทำคำชี้ขาดไปแล้ว 41 คดี ส่วนอีก 34 คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของ ICSID<sup>76</sup>

ต่อมาอนุสัญญาวอชิงตัน 1965 ได้เป็นรูปแบบของการร่างอนุสัญญาอื่น ๆ ที่ได้จัดทำขึ้นระหว่างมลรัฐของประเทศอาหรับในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1974<sup>77</sup> โดยอนุสัญญาฉบับนี้เกิดขึ้นภายใต้ความช่วยเหลือของ Arab Council of Economic Unity ในส่วนที่เกี่ยวข้องข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอาหรับอื่น ๆ ในเรื่องของการลงทุน โดยเริ่มมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 หลังจากที่ได้มีการให้สัตยาบันโดยประเทศอียิปต์ ประเทศจอร์แดน ประเทศคูเวต ประเทศไซปรัส ประเทศลิเบีย และประเทศในอ่าวอิมิเรสต์<sup>78</sup>

อนุสัญญาวอชิงตันได้รับการลงนามให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีสมาชิกจากประเทศ 84 ประเทศ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญานี้กลับไม่ได้รับการให้สัตยาบันจากกลุ่มประเทศสังคมนิยม (ยกเว้นประเทศโรมาเนีย) และกลุ่มประเทศลาตินอเมริกา (ยกเว้นประเทศปารากวัย และประเทศคออสตาริกา) เลย แต่ต่อมาภายหลังกลุ่มประเทศสังคมนิยม และกลุ่มประเทศลาตินอเมริกาได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว<sup>79</sup>

อย่างไรก็ตาม เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันโดยมากแล้วมักจะเกิดขึ้นจากความช่วยเหลือหรือการดูแลของสถาบันการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ดังนั้นบ่อยครั้งที่การพัฒนาของสถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นจะส่งผลต่อการพัฒนาของทิศทางหรือรูป

<sup>75</sup> Case No. ARB/72/1.

<sup>76</sup> ฐั อ มู ล ท า ง อี น เ ต อ ร์ เนี ท เมี อ ว่ น ที่ 2 ก ร ก ฎ า ค ม 2543 ดู ได้ ที่ <http://www.worldbank.org/icsid/cases>.

<sup>77</sup> Irak (sic) and North Yeman are also signatories. French text, and commentary by Ryex (J.F.) in Rev.arb. 1981, 259-280 cited in Rene David, Arbitration in International Trade, p.161.

<sup>78</sup> Ibid., p.161-162.

<sup>79</sup> โปรดดูรายชื่อของภาคีสมาชิกของอนุสัญญาวอชิงตันได้ที่ภาคผนวก ข. หรือที่ <http://www.worldbank.org/icsid/>

แบบของการอนุญาโตตุลาการใหม่ ๆ ด้วยเหตุดังกล่าวในการศึกษาเรื่องการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ เนื่องจากมีส่วนในการวางหลักเกณฑ์พื้นฐานของระบบการอนุญาโตตุลาการ

## 2.7 กิจกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากหน่วยงานอื่นที่มีส่วนหนึ่งขององค์การ สันนิบาตชาติ

นอกจากองค์การสันนิบาตชาติ และสหประชาชาติแล้วยังมีหน่วยงานทั้งจากของรัฐ และเอกชนหลายองค์การ และจากหลายสถาบันที่ดำเนินการเกี่ยวกับการร่างหลักเกณฑ์ทั้งภายในประเทศ และระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA or American Arbitration Association) หอการค้านานาชาติในปารีส (the International Chamber of Commerce in Paris) ศาลอนุญาโตตุลาการในลอนดอน (the London Court of Arbitration), สภาหอการค้ามอสโก (the Union Chamber of Moscow), สำนักงานอนุญาโตตุลาการของหอการค้าแมนเชสเตอร์ (the Court of Arbitration of the Manchester Chamber of Commerce), สมาคมอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ของตลาดหลักทรัพย์กรุงปารีส (the Arbitral Chamber of the Paris Bourse de Commerce), สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำให้กฎหมายเอกชนมีเอกภาพ (the International Institute for the Unification of Private Law in Rome), คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission) และหน่วยงานอื่น ๆ ซึ่ง Frederic-Edouard Klien ได้ให้แนวคิดไว้ว่าเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างเวลานี้ได้มีส่วนเกี่ยวเนื่องกับการพัฒนาของระบบการอนุญาโตตุลาการผ่านทางอนุสัญญาต่าง ๆ ซึ่งมักจะเป็นไปในรูปของภูมิภาค ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาเรื่อยมาในส่วนของภาคพื้นทวีป และได้พัฒนาต่อมาเป็นรูปแบบของสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศในปัจจุบัน<sup>80</sup> ในที่นี้ผู้เขียนใคร่ขอเสนอกิจกรรมซึ่งเกิดจากหน่วยงานในระดับภูมิภาค พอเป็นสังเขปดังนี้

<sup>80</sup> Federic-Edouard Klien, Considerations sur l'arbitrage en droit international prive, Based, 1955, p. 31. Further information on this problem attributed to the same author elsewhere in this report will also be taken from this source. Cited in Problems concerning the application and interpretation of existing multilateral conventions on International commercial arbitration and related matters : report by Mr. Ion Nestor, Special Rapporteur (A/CN.9/64) in Yearbook V.III, 1972, New York, 1973, p. 197.

### 2.7.1 สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA American Arbitration Association ซึ่งต่อไปจะขอเรียกว่า “AAA”)

สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA American Arbitration Association) ได้ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1926 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในประเทศสหรัฐอเมริกา และภายนอกประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>81</sup> ถือเป็นหน่วยงานที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนาและความเป็นเอกภาพของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา ตลอดจนถึงถือว่าเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์รวมในการอนุญาโตตุลาการในแถบซีกโลกด้านตะวันตก

ภายใต้หลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการของ AAA สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างที่จะมีความสำคัญน้อยลง และคู่สัญญาที่มีอิสระที่จะเลือกสถานที่ใด ๆ นอกจากกรุงนิวยอร์กเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการก็ได้ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แตกต่างไปจากสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศอื่น ๆ อาทิเช่น ศาลอนุญาโตตุลาการในลอนดอน (the London Court of Arbitration) หรือสมาคมอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของตลาดหลักทรัพย์กรุงปารีส (the Arbitral Chamber of the Paris Bourse de Commerce) ซึ่งสถาบันต่าง ๆ เหล่านี้มีหลักเกณฑ์ที่ระบุว่าจะต้องทำการอนุญาโตตุลาการภายในสถานที่เดียวกับสถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านั้น

### 2.7.2 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce ซึ่งต่อไปจะขอเรียกว่า “ICC”)

หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งกลุ่มนักธุรกิจในโลกตะวันตกได้ร่วมกันก่อตั้งหอการค้านานาชาติขึ้นที่กรุงปารีสโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อทำการจัดระบบการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นผลให้เกิดการก่อตั้งสำนักอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติขึ้น (the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ซึ่งศาลดังกล่าวจะมีหน้าที่ในการดำเนินงานด้านธุรการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคนชาติของแต่ละประเทศ

<sup>81</sup> AAA ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดย merger of the Arbitration Society of America (established in 1992) and the Arbitration Foundation, established in 1926, under the sponsorship of the New York Chamber of Commerce.

โดยมีตัวแทนจากประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นคณะกรรมการของหอการค้านานาชาติทั้งที่มาในรูปแบบส่วนตัวหรือมาในรูปแบบของกลุ่มสมาชิก

หอการค้านานาชาติได้เข้าทำสัญญากับ AAA และ the Inter-American Commercial Arbitration Commission โดยสัญญาดังกล่าวทำให้เกิดความร่วมมือกันในกลุ่มองค์กรเหล่านี้ ภายใต้ข้อตกลงในสัญญาหากการอนุญาโตตุลาการได้เกิดมีขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกาหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นหลักเกณฑ์ของหอการค้านานาชาติ (หรือเป็นข้อบังคับของ the Inter-American Commercial Arbitration Commission แต่หากการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้เกิดขึ้นที่ประเทศลาตินอเมริกา เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะให้นำข้อบังคับของ AAA มาใช้บังคับกับกรณี แต่หากการอนุญาโตตุลาการได้เกิดมีขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาให้นำข้อบังคับของ AAA มาใช้บังคับกับกรณี เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าให้นำข้อบังคับของหอการค้านานาชาติมาใช้บังคับกับกรณี เป็นต้น ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ระบุสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไว้ และคู่สัญญาไม่สามารถที่จะตกลงในเรื่องดังกล่าวได้ให้คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการผสมซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากทั้งสองฝ่ายเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินในประเด็นดังกล่าว

ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองแม้ว่าองค์การสันนิบาตชาติจะได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการขึ้นสองฉบับคือ โปรโตคอลเจนีวา และอนุสัญญากรุงเจนีวา แต่สนธิสัญญาทั้งสองฉบับก็ไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้นในส่วนของการอนุญาโตตุลาการได้ โดยมีผู้ให้ความเห็นไว้ว่าผลที่ได้รับจากสนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวยังไม่สมบูรณ์ และเห็นว่า "สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนั้นเพียงแต่สามารถที่จะทำการพิจารณาได้แต่เพียงในระดับต้นเท่านั้น ยังจะต้องมีการพยายามที่จะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นเอกภาพขึ้นต่อไป"<sup>82</sup> ในระหว่างนั้นเององค์การระหว่างประเทศสององค์กร อันประกอบไปด้วยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, ILC) ซึ่งเป็นหน่วยงานเอกชน และ

---

<sup>82</sup> Problems concerning the application and interpretation of existing multilateral conventions on international commercial arbitration and related matters : report by Mr. Ion Nestor, Special Rapporteur (A/CN.9/64) in Yearbook V.III, 1972, New York, 1973, p. 199.

Rome International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)<sup>83</sup> ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐได้มีความพยายามที่จะทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการเป็นเอกภาพขึ้น

### 2.7.3 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ILC”)<sup>84</sup>

คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1873 ถือเป็นหน่วยงานที่ทำการปรับปรุง และออกกฎหมายของแต่ละประเทศ ทำการร่างและผ่านหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้เพื่อบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ<sup>85</sup> ข้อบังคับของกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ<sup>86</sup> และสนธิสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ<sup>87</sup> (The Model Treaty for Execution of Foreign Judgements)

ในหลาย ๆ ครั้งของการประชุมของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีความพยายามที่จะผ่านมติเพื่อที่จะทำการสนับสนุนหรือการค้ำนานาชาติในส่วนของกรยอมรับมติเพื่อผ่านและให้การสนับสนุนกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการของ ICC<sup>88</sup> และการวางมาตรฐานของกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในการประชุมครั้งที่

<sup>83</sup> UNIDROIT เป็นชื่อภาษาฝรั่งเศสใช้เรียกองค์การเอกชนระหว่างประเทศนี้ซึ่งมีความมุ่งหมายในการทำให้กฎหมายเป็นเอกภาพมีสถานที่ทำการอยู่ที่กรุงโรมคือ International Institute of the Unification of Private law.

<sup>84</sup> เป็นองค์กรของสหประชาชาติ ซึ่งทำหน้าที่ส่งเสริมการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศโดยรวดเร็วและการทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นประมวล งานสำคัญของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการอนุญาโตตุลาการก็คือ ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ ดูพิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ พร้อมดัชนี, หน้า 109.

<sup>85</sup> Eleven Conference, Milan, 1883.

<sup>86</sup> Seventeenth Conference, Brussels, 1885.

<sup>87</sup> Twenty-first Conference, Antwerp II, 1899.

<sup>88</sup> ดู the proposal by R.S. Fraser, Thirty-first Conference of ILC, Buenos Aires, 1922, p. 189.

40 ที่ได้ถูกจัดขึ้นที่กรุงอัมสเตอร์ดัมในปี ค.ศ. 1938 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการพูดคุยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการโดยได้มีการเสนอรายงานโดย F.S. Fraser และ John Colombos โดยในรายงานดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงความเห็นในส่วนของการทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้เป็นเอกภาพโดยหอการค้านานาชาติ, Inter-American Association และ UNIDROIT และมีวัตถุประสงค์เพื่อทำการร่างต้นแบบข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และร่างข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการอัมสเตอร์ดัม 1938, Amsterdam Arbitral Rules, 1938)

สืบเนื่องจากการประชุมในครั้งนั้น คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการเกี่ยวกับประเด็นที่สำคัญที่สุดของกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาในเรื่องของการแต่งตั้งตัวอนุญาโตตุลาการ) ซึ่งแตกต่างไปจากร่างของสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำกฎหมายเอกชนมีเอกภาพ (UNIDROIT) เนื่องจากในร่างของ UNIDROIT มีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าร่างของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC)

**2.7.4 สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำกฎหมายเอกชนมีเอกภาพหรือเรียกสั้น ๆ ว่า ยูนิดรอว์ด์ (International Institute for the Unification of Private Law ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “UNIDROIT”)**

สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำกฎหมายเอกชนมีเอกภาพนี้เป็นองค์การระหว่างประเทศที่ตั้งขึ้นเพื่อศึกษาวิธีการในการทำกฎหมายเอกชนมีเอกภาพหรือเข้ากันได้ และตระเตรียมกฎหมายเอกภาพเพื่อให้รัฐรับเอาไปใช้ งานสำคัญที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการคือร่างกฎหมายเอกภาพว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งร่างโดยศาสตราจารย์ Rene David ซึ่งมีบทบัญญัติกว้างไกล กล่าวคือ เมื่อรัฐภาคีของอนุสัญญากฎหมายเอกภาพได้มีคำพิพากษาชี้ขาดว่าคำชี้ขาดนั้นใช้บังคับได้แล้วรัฐภาคีอื่นต้องบังคับตามเสมอไป ต่อมาหลังจากที่ได้มีการแก้ไขร่างดังกล่าวแล้วได้กลายมาเป็นกฎหมายเอกภาพว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของมนตรีแห่งยุโรป ค.ศ. 1966<sup>89</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ผลน้อยมากเพราะมีสมาชิกเพียงหนึ่งประเทศที่ยอมรับไปใช้

องค์การนี้ได้มีการกำหนดคำถามเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ในรอบ

<sup>89</sup> ดู พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 108.



การประชุมในปี ค.ศ. 1928 ซึ่งเป็นปีที่ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานนี้ขึ้น หลังจากที่ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับรายงานต่าง ๆ แล้วได้มีการจัดทำรายงานเกี่ยวกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการขึ้น และในปี ค.ศ. 1933 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อทำการจัดเตรียมร่างกฎหมายเอกภาพของการอนุญาโตตุลาการ (uniform law on arbitration) ภายใต้การควบคุมของ Mr. d' Amelio ซึ่งเป็นประธานของศาลสูงสุดของอิตาลี โดยในครั้งนั้น Mr. d' Amelio ได้เป็นประธานในการประชุมโดยได้รับความร่วมมือจากนักกฎหมายจากประเทศต่าง ๆ ในครั้งนั้นได้มีการจัดทำร่างกฎหมายฉบับแรกขึ้นก่อน โดยอาศัยพื้นฐานจากแนวความคิดที่ว่าทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นเอกภาพจำเป็นที่จะต้องมีการอนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกภาพก่อนเพราะว่าความแตกต่างของกฎหมายจะนำมาซึ่งปัญหาสำคัญในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและเป็นที่ยอมรับกันดีว่าทั้งโปรโตคอลเจนีวา และอนุสัญญาเจนีวาซึ่งได้เกิดขึ้นภายใต้ความร่วมมือขององค์การสันนิบาตชาติได้มีแนวความคิดที่จะดำเนินการในลักษณะดังกล่าวนี้เช่นกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าว UNIDROIT จึงได้มีความพยายามที่จะจัดทำร่างกฎหมายการอนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกภาพขึ้นเท่าที่จะทำได้ ร่างดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วยบทบัญญัติจำนวน 40 มาตรา โดยใน 6 มาตราแรกนั้นจะกล่าวถึง "ขอบเขตของกฎหมาย" (the scope of the law), มาตรา 7-มาตรา 14 ได้กล่าวถึง "คณะอนุญาโตตุลาการ" (คำว่า "คณะอนุญาโตตุลาการ" นี้ให้หมายรวมถึงองค์กรต่าง ๆ ซึ่งได้กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย) มาตรา 15-21 ได้กล่าวถึง "กระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ", มาตรา 22-มาตรา 24 ได้กล่าวถึง "คำชี้ขาด", มาตรา 25-มาตรา 28 ได้กล่าวถึง "การบังคับตามคำชี้ขาด", มาตรา 29-มาตรา 34 ได้กล่าวถึง "การเพิกถอนคำชี้ขาด", มาตรา 35 ได้กล่าวถึง "ราคา, ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียม" และมาตรา 36 และมาตรา 37 ได้กล่าวถึงเรื่องของ "อำนาจพิจารณาของศาล" (the competent court) ในขณะที่มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 40 ได้กล่าวถึง "บทบัญญัติเพิ่มเติม" (supplementary provision)<sup>90</sup>

ต่อมาเมื่อศาสตราจารย์ Rene David ได้เสนอร่างกฎหมายเอกภาพของการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ โดยได้อธิบายถึงเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับทางเศรษฐกิจในส่วนของการร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ ตลอดจนเหตุผลว่าทำไมคณะกรรมการจึงควรที่จะผ่านร่างมติดัง

<sup>90</sup> Problems concerning the application and interpretation of existing multilateral conventions on international commercial arbitration and related matters : report by Mr. Ion Nestor, Special Rapporteur (A/CN.9/64) in Yearbook V.III, 1972, New York, 1973, p. 200.

กล่าวนี้<sup>91</sup> นอกจากนั้นแล้วในบทที่มีการกล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีการระบุไว้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับการระงับข้อพิพาทอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นจะสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้มีการกล่าวถึงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>92</sup>

### 2.7.5 คณะกรรมการเศรษฐกิจของเอเชียตะวันออก

ในส่วนของคณะกรรมการเศรษฐกิจของแต่ละภาคพื้นทวีปขององค์การสหประชาชาติคณะกรรมการเศรษฐกิจของเอเชียตะวันออกได้ให้ความสำคัญกับกิจกรรมในส่วนของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน เช่นในปี ค.ศ. 1958 เลขานุการของ ECAFE และ the United Nations Office of Legal Affairs ก็ได้ทำการศึกษาในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ และความเป็นไปได้ในการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการในกลุ่มประเทศแถบภูมิภาคเอเชียตะวันออกและได้มีการจัดตั้งศูนย์ของเลขานุการ ECAFE ขึ้นที่กรุงเทพมหานครในปี ค.ศ. 1962 ซึ่งศูนย์ดังกล่าวจะคอยประสานงานกับ the Office of Legal Affairs และ the Trade Experts และกลุ่มบุคคลต่าง ๆ ที่ได้รับมอบหมายจากประเทศสมาชิกต่าง ๆ เพื่อที่จะทำการส่งเสริมและสนับสนุนตลอดจนผลักดันให้เกิดการจัดตั้งศูนย์อนุญาโตตุลาการขึ้นในภูมิภาคเอเชียตะวันออก

หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของ ECAFE ค่อนข้างที่จะมีส่วนที่คล้ายคลึงกับ the 1966 Geneva ECE Arbitration Rules เนื่องจากร่างหลักเกณฑ์ข้อบังคับของ ECAFE ค่อนข้างที่จะมีการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ข้อบังคับกระบวนวิธีพิจารณาของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าร่างข้อบังคับของ ECAFE นั้นพยายามที่จะจัดทำวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการที่สามารถผสมผสานหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาของประเทศต่าง ๆ ที่มีอยู่ก่อนแล้วนั่นเอง

ในส่วนข้อบังคับของวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อบังคับของ ECAFE ได้บัญญัติไว้ว่าวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการที่จะนำมาปรับใช้จะต้อง

<sup>91</sup> Pieter Sanders, *International Encyclopedia of Comparative law*, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12, Arbitration, 1996, p. 29.

<sup>92</sup> It may also be proved by the report of the arbitrators of the arbitral award, if these documents show that the parties explicitly acknowledged the existence of the agreement.

เป็นวิธีพิจารณาที่เหมาะสมกับกรณี และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันในการพิจารณา (มาตรา VI, 1 and 2)

เมื่อมีการนำข้อบังคับของ ECAFE มาใช้บังคับกับกรณี แล้วอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะทำการตัดสินถึงความเป็นอยู่ และควมมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจในการพิจารณาอำนาจของตนเอง รวมตลอดถึงจะต้องกำหนดระยะเวลาให้คู่สัญญาดำเนินการตามกระบวนการวิธีพิจารณาด้วย

แต่กฎของ ECAFE ล้มเหลวเพราะกำหนดให้โจทก์ต้องฟ้อง ณ ภูมิลำเนาของจำเลยเพื่อเป็นการลดค่าใช้จ่ายของประเทศด้อยพัฒนาในภูมิภาคซึ่งเป็นฝ่ายที่ถูกฟ้องร้องเป็นส่วนใหญ่ แต่ผลคือประเทศตะวันตกไม่ยอมใช้<sup>93</sup>

จากการศึกษาถึงพัฒนาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวมาข้างต้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าความพยายามในการรวมกฎหมายอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศให้เป็นเอกภาพนั้นได้เริ่มมีขึ้นนับตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1930 เป็นต้นมา โดยใน

<sup>93</sup> ความเห็นอาจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูรได้รับจากเจ้าของความเห็นเมื่อส่งร่างวิทยานิพนธ์

ECAFE Centre for Commercial Arbitration หรือศูนย์อนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ของคณะกรรมการเศรษฐกิจแห่งเอเชียและตะวันออกไกล (หรือองค์การอีคาเฟ) เป็นคณะกรรมการเศรษฐกิจแห่งเอเชียและตะวันออกไกล ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ขึ้นต่อคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ มีสำนักงานอยู่ที่ศาลาสันติธรรมกรุงเทพมหานคร ในช่วงกลางทศวรรษ 1960 อีคาเฟได้ตั้งศูนย์อนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ทำการบริหารการอนุญาโตตุลาการ แต่มุ่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการอนุญาโตตุลาการ ศูนย์ดังกล่าวได้ออกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าเมื่อ ค.ศ. 1966 แต่กิจการของศูนย์ฯ ขบเซาไปในระยะทศวรรษ 1970 เป็นต้นมา

หลักเกณฑ์สำคัญของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของอีคาเฟ คือ ให้โจทก์ไปฟ้อง ณ ภูมิลำเนาของจำเลย เพื่อบรรเทาภาระในทางการเงินในการดำเนินคดีของฝ่ายจำเลย ซึ่งมักได้แก่ประเทศด้อยพัฒนา และหลักดังกล่าวเป็นเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศตะวันตกไม่ยอมรับการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของอีคาเฟ (ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ของอีคาเฟ , ECAFE Rules.)

ดูพิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 68.

ปี ค.ศ. 1932 ศาสตราจารย์ Rene David ได้เขียนรายงานเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในนามของสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำให้กฎหมายเอกชนมีเอกภาพ หรือเรียกว่า "ยูนิตรัวด์" [UNIDROIT] (a report on Arbitrage Conventionnel en droit prive on behalf of the International Institute for the Unification of Private Law in Rome, UNIDROIT.)<sup>94</sup> สืบเนื่องจากรายงานฉบับนี้เป็นเหตุให้ต่อมาได้มีการออกร่างฉบับแรกของกฎหมายเอกภาพในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Preliminary draft of a Uniform Law on Arbitration in respect of International Relation ในปี ค.ศ. 1937) นอกจากนั้นในช่วงปี ค.ศ.1946 ได้มีการจัดการประชุมครั้งที่ 41 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, ILC) ซึ่งถือเป็นการประชุมครั้งแรกที่ได้จัดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 การประชุมนี้ได้จัดขึ้นที่เมืองเคมบริดจ์ ในปี ค.ศ. 1946 ซึ่งเป็นการประชุมที่มีการพูดถึงเกี่ยวกับเรื่องอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งในครั้งนั้น Sir Lynden Macassey ประธานสถาบันอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอนได้จัดทำรายงานขึ้น โดยในรายงานดังกล่าวได้มีการกล่าวถึง "ระบบของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ" ซึ่งมีรายละเอียดที่เกี่ยวกับสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้

(1) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่ยังมิได้เกิดขึ้น (ในกรณีที่คุณสัญญาได้มีการกำหนดที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีไว้แล้วในสัญญา)

(2) ข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการ (โดยมีการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าข้อบังคับอัมสเตอร์ดัม ค.ศ. 1938 มิใช่ข้อบังคับที่ได้ยอมรับกันอย่างกว้างขวางนัก เนื่องจากว่าในข้อบังคับดังกล่าวนั้นมิได้มีการระบุถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการตัดสินโดยไม่ต้องใช้กฎหมายไว้ (amiable composition) และยังเป็นข้อบังคับที่ค่อนข้างที่จะอิงกฎหมายมากเกินไป

(3) หน่วยงานซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายภายในประเทศต่าง ๆ ซึ่งอาจจะเป็นในรูปของสำนักงาน, คณะอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

(4) ข้อบังคับเอกภาพในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศต่าง ๆ จะยอมรับเอากฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นเอกภาพนี้เข้าเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศนั่นเอง

(5) หน่วยงานให้คำปรึกษาระหว่างประเทศ ซึ่งจะดำเนินงานภายในขอบงานขององค์การสหประชาชาติ

<sup>94</sup> See UNIDROIT, Etudes III, S.d.N. 1932 Cited in Pieter Sanders, International Encyclopedia of Commercial, p. 29.

โดยก่อนหน้าที่จะมีการประชุมในครั้งนี้นั้น ในปี ค.ศ. 1946 ได้มีการประชุม ซึ่งได้จัดขึ้นโดยหอการค้านานาชาติ (ICC) ซึ่งมีผู้เข้าร่วมประชุมจากสมาคมที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการจากประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศรัสเซีย และจากสถาบันอื่น ๆ อาทิเช่น จากสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำให้กฎหมายเอกชนมีเอกภาพหรือเรียกสั้น ๆ ว่า ยูนิดรอิต (UNIDROIT) คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) เพื่อที่จะทำการศึกษาร่วมกันถึงปัญหาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยการมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลต่าง ๆ ของแต่ละฝ่ายที่ได้เข้าร่วมประชุมในครั้งนั้น นอกจากนี้หอการค้านานาชาติ (ICC) ยังได้รับคำแนะนำให้จัดพิมพ์ข้อมูลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศแต่ละประเทศ (individual countries) ซึ่งเนื้อหาต่าง ๆ เหล่านี้ได้รับการอนุมัติจากกรรมการของประเทศต่าง ๆ และได้มีการกล่าวถึงประเด็นปัญหาที่จะต้องมีการพิจารณากันในระหว่างคณะกรรมการว่าควรมีประเด็นที่จะต้องกล่าวถึงในเรื่องเหล่านี้<sup>95</sup>

- (1) ความร่วมมือกันระหว่างสมาคมอนุญาโตตุลาการจาก 4 หน่วยงานหลักคือ the British Empire, the Western hemisphere, the USSR และ ICC
- (2) การทำกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการให้เป็นเอกภาพโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
- (3) การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐบาลและหน่วยงานของเอกชน
- (4) การศึกษาในส่วนของอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ต่อมาได้มีการจัดการประชุมขึ้นที่ Sienna<sup>96</sup> โดยสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law) ได้มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับรายงานที่เสนอโดยศาสตราจารย์ Sausser-Hall ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยทำการเปรียบเทียบและพิจารณาปัญหาต่าง ๆ จากคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) และโดยสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการทำให้กฎหมายเอกชนมีเอกภาพซึ่งมีสำนัก

<sup>95</sup> Problems Concerning the Application and Interpretation of Existence Multilateral Conventions on International Commercial Arbitration and Related Matters : report by Mr. Ion Nestor, Special Rapporteur (A/CN.9/64) in Yearbook V. III, 1972, New York, 1973, p. 215.

<sup>96</sup> See Professor Sausser-Hall's report on arbitration in private international law, in Annuaire de l' Institut de droit international, Basel, 1952, I, Vol. 44, pp. 469-614.

งานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงโรม (UNIDROIT) โดยงานของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศนั้นถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดที่ว่าการศึกษาที่จะพยายามทำกฎหมายให้เป็นเอกภาพนั้นต้องใช้เวลาในการทำความเข้าใจเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และไม่มีใครที่จะสามารถบอกได้ว่าเมื่อไหร่ถึงจะสำเร็จ นอกจากนั้นแล้วหากว่าสามารถที่จะทำกฎหมายให้เป็นเอกภาพได้ก็ตามก็เป็นไปไม่ได้ที่จะไม่มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องของกฎหมายขัดกัน และท้ายที่สุดก็ไม่อาจคาดเดาได้ว่าประเทศต่าง ๆ จะยอมเข้าเป็นภาคีสมาชิกของกฎหมายเอกภาพนี้หรือไม่ ดังนั้นโดยมากจึงมักที่จะใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายขัดกันมาใช้ในการแก้ไขข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นจากรัฐที่ต่างกัน<sup>97</sup> และมีการพิจารณาว่าการอนุญาตตุลาการระหว่างเอกชนควรจะเป็นส่วนของเรื่อง sui generis<sup>98</sup> กล่าวคือในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะดำเนินการภายใต้บทบัญญัติกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเพียงอย่างเดียว แม้ว่าความสัมพันธ์เช่นนั้นจะเกิดขึ้นมาจากเจตนาในการทำข้อตกลงของคู่สัญญาที่ปรากฏออกมาในลักษณะของสัญญาอนุญาตตุลาการ เพราะโดยแท้จริงแล้วตามธรรมชาติของกฎหมายในส่วนของอนุญาตตุลาการก็ยังคงเกี่ยวพันกับการนำหลักเกณฑ์ข้อบังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความอยู่นั้นเอง<sup>99</sup> ซึ่งทั้งรายงานและร่างของตัวกฎหมายต่างยอมรับนิยามในการแก้ไขปัญหาเรื่องกฎหมายขัดกันที่ได้เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นทั้งในส่วนของสัญญาอนุญาตตุลาการหลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับการอนุญาตตุลาการ ความหมายของคำชี้ขาด และหลักเกณฑ์ในการคัดค้านคำชี้ขาดและการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอื่นซึ่งมิใช่ในประเทศที่ได้ทำคำชี้ขาดนั้นขึ้น แนวความคิดนี้ถือว่าแตกต่างจากแนวความคิดของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute of International Law), UNIDROIT ซึ่งมองว่าการทำกฎหมายอนุญาตตุลาการให้เป็นเอกภาพมีความเป็นไปได้ และกฎหมายอนุญาตตุลาการที่เป็นเอกภาพนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อวงการธุรกิจเป็นอย่างมาก

ลักษณะพัฒนาการของกฎหมายอนุญาตตุลาการสมัยใหม่ได้มีการแบ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการออกเป็นการอนุญาตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นไปในเรื่องของการอนุญาตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ (international commercial arbitration) เพื่อมุ่งหวังให้กฎหมายที่จะนำมาใช้กับ

<sup>97</sup> Ibid., p. 515.

<sup>98</sup> Sui generis หมายถึง เป็นจำพวกของมันเอง ดูพิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, รวมศัพท์และภาษีศุลกากรมาติน-ไทย, หน้า 853.

<sup>99</sup> See Professor Sauser-Hall's report on arbitration in private international law, in *Annuaire de l' Institut de droit international*, Basel, 1952, I, Vol. 44, p. 471.

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนี้แตกต่างไปจากการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ กล่าวคือ กฎหมายที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องมีลักษณะเสรี และกว้างกว่ากฎหมายภายใน นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับว่าองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการนั้นประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ

1) ในส่วนของความยินยอมในการมอบข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้ปรากฏโดยแจ้งชัดในข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause or arbitration agreement)

2) ในส่วนของการพิจารณาตัดสิน ซึ่งปรากฏเมื่อมีการกระทำการตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และหมายรวมถึงการตรวจสอบการดำเนินการโดยองค์การตุลาการ (Judicial Review)<sup>100</sup> ด้วย

นับตั้งแต่การยกวางอนุสัญญากรุงนิวออร์คเนื่องจากในสมัยนั้นอนุสัญญากรุงนิวออร์คได้ถูกยกวางขึ้นโดยอาศัยพื้นฐานจากรูปแบบของการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ ตลอดจนเทคโนโลยีที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารในขณะนั้น ซึ่งต่อมาการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาเทคนิคและรูปแบบการติดต่อดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศให้รวดเร็ว และทันสมัยขึ้นจนปัจจุบันพัฒนามาจนกระทั่งมีรูปแบบการติดต่อดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้แล้วนับจากช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นต้นมาดูเหมือนว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นที่ยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลายขึ้น แต่สิ่งที่ต้องพึงระลึกลูกอยู่เสมอก็คือในการประชุมเพื่อเตรียมประกาศใช้อนุสัญญากรุงนิวออร์คนั้น (the Conference of Plenipotentiaries) ในที่ประชุมดังกล่าวได้ตระหนักดีว่า "ความเป็นเอกภาพของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น จะเป็นสิ่งที่ช่วยให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาททางการค้ามีประสิทธิภาพมากขึ้น..."<sup>101</sup> ด้วยเหตุนี้ มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า "การเพิ่มประสิทธิภาพตลอดจนการสนับสนุนให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นจำเป็นต้องตีความบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวออร์คให้สอดคล้องกับการ

<sup>100</sup> Schmitthoff, M, Clive, "The Jurisdiction of the arbitrator", in The Art of Arbitration edited by Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg. ( The Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publisher, 1982), p. 285.

<sup>101</sup> A/CN.WG.II/WP.110, p. 18.

เปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจตลอดจนแนวทางในการดำเนินธุรกิจ<sup>102</sup>

ด้วยเหตุดังกล่าว ส่งผลให้กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งได้ถูกยกร่างขึ้นมาในภายหลังไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) หรือกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model on Electric Commerce) นั้นสะท้อนให้เห็นแนวทางของคณะกรรมการ และวัตถุประสงค์ในระดับระหว่างประเทศว่ากฎหมายเกี่ยวกับการค้าและการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องรับหรือเหมาะสมกับรูปแบบของกระบวนการในการติดต่อสื่อสารและแนวทางในการดำเนินธุรกิจเป็นเหตุให้การแปลความ (การตีความหมายของคำว่า "สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หรือหลักฐานเป็นหนังสือ") ให้มีลักษณะเดียวกันนั้นมีความจำเป็นเป็นอย่างมาก เนื่องจากจะช่วยให้คู่สัญญาสามารถคาดเดาเหตุการณ์ไว้ก่อนได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างมากสำหรับการดำเนินธุรกิจพาณิชย์ระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ในการอนุญาโตตุลาการนั้นมิได้มีการถูกยกร่างขึ้นแต่โดยศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่หน่วยงานต่าง ๆ อาทิเช่น คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติได้มีการร่างหลักเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาที่มีต้องการให้หน่วยงานทางการค้าใด ๆ เข้าไปมีส่วนสอดแทรกในการระงับข้อพิพาทของตน<sup>103</sup>

ในส่วนของกฎหมายที่จะนำมาใช้กับการค้าระหว่างประเทศนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องมั่นใจได้ว่าหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันนี้จะถูกนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาโดยศาลก็ตาม ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ทำให้เกิดการสร้างกฎหมายที่เป็นเอกภาพขึ้นสำหรับในส่วนของกฎหมายขัดกัน หรือในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ

<sup>102</sup> ดู Final Act of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration. ปี ค.ศ. 1998.

<sup>103</sup> Some Arbitration Centres have also manifested their willingness to administer arbitration in accordance with these Arbitration Rules (notably the UNCITRAL Rules), and have adopted their own rules to this occurrence. See in particular the new provision made by the A.A.A. and by the Federal Economic Chamber, Belgrade, in Yearbook VII (1982), 191, 201 cited in Rene David, Arbitration in International Trade, p. 48.



ของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งได้มีความพยายามในการจัดทำกฎหมายเอกภาพดังกล่าวขึ้นหลายครั้งหลายหน แต่ยังไม่เคยประสบความสำเร็จอย่างเต็มที่ และเป็นที่ตระหนักดีว่าอุปสรรคในการขัดขวางการจัดทำกฎหมายเอกภาพในทุก ๆ ครั้งนั้นมักจะเป็นสาเหตุที่ทุกคนได้ตระหนักถึงอยู่เสมอ<sup>104</sup>

หลักเกณฑ์ข้อบังคับเกี่ยวกับการอนุญาตไต่ตุลาการในประเทศต่าง ๆ นั้น ควรที่จะเป็นหลักเกณฑ์ในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งต่อไปในอนาคตแล้วการอนุญาตไต่ตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศควรจะมีความเป็นอิสระ และควรที่จะมีการพัฒนาผ่านทางสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั่นเอง<sup>105</sup>

จากการศึกษาในบทนี้จะเห็นได้ว่าการอนุญาตไต่ตุลาการได้พัฒนาต่อเนื่องมานับจากอดีตจนถึงปัจจุบันผ่านทางอนุสัญญาตลอดจนกฎหมายต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งในบทต่อไปผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอพัฒนาการของแนวความคิดบางประการเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความของการอนุญาตไต่ตุลาการของการอนุญาตไต่ตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ



## สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

<sup>104</sup> David Rene, "The international unification of private law" in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II, Ch. V, (1971)

<sup>105</sup> Rene David, Arbitration in International Trade, p. 138.

## ปัญหาที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

พัฒนาการและแนวคิดในเรื่องการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศมีเรื่องสำคัญที่ควรศึกษาตั้งแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นเอกเทศหรือความเป็นอิสระของสัญญา (Separability or Severability Doctrine) โดยในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ยอมรับหลักนี้ว่าถ้าหากสัญญาหลักเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการใดก็ตาม ไม่อาจกระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญานั้น ตลอดจนเรื่องแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ทั้งนี้เพราะการที่คู่สัญญาทำสัญญาเพื่อตัดอำนาจศาลมิให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างตนนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญ

สัญญาอนุญาโตตุลาการถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เพราะการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดย **สัญญาอนุญาโตตุลาการ**<sup>1</sup> กล่าวคือจะต้องมี**สัญญา**ระหว่างคู่กรณี ซึ่งโดยหลักทั่วไปของสัญญาก็คือ การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ และเจตนาที่แสดงออกนั้นต้องตรงกันที่จะผูกพันตามสัญญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับในหลายประเทศว่า เจตนาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ใช่โดยปริยาย<sup>2</sup> นอกจากนั้นแล้วสัญญาอนุญาโตตุลาการยังถือว่าเป็นที่มาของอำนาจและธรรมเนียมแห่งอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องเคารพและปฏิบัติตาม ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำขึ้นพร้อม ๆ กับสัญญาหลัก (เช่นสัญญาซื้อขาย) โดยทำเป็นข้อตกลงรวมไว้ในสัญญาหลักหรือจะทำเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้ แต่การทำเป็นข้อตกลงรวมไว้ในสัญญาหลักนั้นเป็นที่นิยมแพร่หลายในการทำสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศเพราะง่าย สะดวก และประหยัดเวลา อย่างไรก็ตาม

---

<sup>1</sup> Isak Dore, Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules : A Textual Analysis, (1986), p. 44. และดู Harbour Assurance Co. v. Kansa Gen. Int'l Ins. Co. [1992] 1 Lloyd's Rep. 81, 86 (Q.B.)

<sup>2</sup> Martin, Domke, "Domke on Commercial Arbitration" 5:01 (Rev.ed. Wilner 1985) และดู Russel on Arbitration ch. 5, (20<sup>th</sup>.ed. Walton & Victoria 1982)

ตามไม่ว่าจะเกิดขึ้นในรูปแบบใดสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะดังกล่าวเช่นนี้ถือเป็นการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาในการที่จะระงับข้อพิพาทซึ่งจะมีขึ้นในอนาคตโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สัญญาอนุญาโตตุลาการอีกประเภทหนึ่ง ก็คือ สัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทซึ่งได้เกิดขึ้นแล้ว

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ไว้ใกล้เคียงกัน เช่น มาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการของไทย ได้บัญญัติไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการที่ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม” หรือในมาตรา 7 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ได้บัญญัติไว้ว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ คือสัญญาซึ่งคู่สัญญาตกลงที่จะมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออันอาจจะมีขึ้นในอนาคตระหว่างคู่สัญญาให้อนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะข้อพิพาทดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากสัญญาหรือไม่ก็ตาม โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำขึ้นในรูปแบบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาหลัก หรือจะทำขึ้นเป็นสัญญาอีกฉบับแยกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้” เป็นต้น

จากคำจำกัดความของสัญญาอนุญาโตตุลาการในบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ ความตกลงกันระหว่างคู่สัญญาในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะข้อพิพาทนั้นจะได้เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตก็ตามคู่สัญญาอาจทำความตกลงกันไว้ในสัญญาฉบับเดียวกับสัญญาหลัก หรืออาจจะทำแยกออกต่างหากจากสัญญาหลักก็ได้<sup>3</sup> ซึ่งพอที่จะแบ่งรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้เป็น 2 แบบ กล่าวคือ

แบบที่หนึ่ง กรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาหลัก

<sup>3</sup> ธวัชชัย สุวรรณพานิช, “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 226.

แบบที่สอง กรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกทำขึ้นเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ซึ่งในกรณีเช่นนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะทำได้ขึ้นหลังจากที่สัญญาหลักเริ่มมีผลใช้บังคับแล้ว

โดยทั่วไปแล้วสัญญาอนุญาโตตุลาการก็คือสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญา ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องความสามารถในการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญา หรือจะเป็นในเรื่องเจตนาของคู่สัญญา แต่ลักษณะสำคัญที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการแตกต่างไปจากสัญญาประเภทอื่น ๆ ก็คือเรื่องของวัตถุประสงค์ในการทำสัญญา เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นค่อนข้างมีลักษณะพิเศษคือเป็นการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสารบัญญัติ แต่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเรื่องของวิธีบัญญัติ ด้วยวัตถุประสงค์ดังกล่าวทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ<sup>4</sup>

ประการแรก สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่ตัดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่าห้ามศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเสียทั้งหมด แต่กลับกัน ประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งยังต้องการความช่วยเหลือจากศาล ทั้งนี้ เพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยเอกชน จึงขาดสภาพบังคับตามกฎหมายกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่น การเรียกพยานจากบุคคลภายนอก ดังนั้นความร่วมมือจากศาลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงมีความจำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ตามมีข้อจำกัดบางประการซึ่งทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจตัดอำนาจศาลได้ กล่าวคือ ศาลยังมีอำนาจเหนือข้อพิพาทซึ่งได้ตกลงให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดกรณีต่อไปนี้

(ก) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการ**ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ** ทั้งนี้เพราะการที่คู่สัญญาทำสัญญาเพื่อตัดอำนาจศาลมิให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างตนนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญ ดังนั้น สัญญาระหว่างคู่สัญญาจึงต้องทำเป็นหลักฐานเพื่อแสดงให้เห็นเป็นที่แน่นอนว่าคู่สัญญา

<sup>4</sup> ธวัชชัย สุวรรณพานิช, “อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง” รวมบทความ ความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พ.ศ. 2540, หน้า 52-55.

ต้องการอย่างนั้นจริง ๆ ลำพังเพียงการกล่าวอ้างด้วยวาจาว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของตนเพียงเพราะว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างตนนั้นประเทศส่วนใหญ่ไม่ยอมรับฟังการกล่าวอ้างในลักษณะเช่นนี้<sup>5</sup> ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วสิ่งที่แตกต่างกันในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือในแต่ละยุคสมัยก็คือความแตกต่างในแง่ของขอบเขตของความหมายว่าครอบคลุมเพียงใด โดยผู้เขียนเห็นว่าแนวความคิดที่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำเป็นหนังสือนั้นบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนข้อบังคับที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศทุก ๆ ฉบับยังคงให้ความสำคัญกับประเด็นในเรื่องนี้ เช่นในบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบก็ยังคงยึดหลักที่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือเพียงแต่วิธีทำตามที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบนั้นได้หย่อนลงเพราะมีการยอมรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Method) ว่าเป็นการติดต่อสื่อสารที่มีขึ้นในรูปแบบที่เป็นหนังสือ เป็นต้น

(ข) ข้อพิพาทบางประการถูกสงวนไว้เป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ<sup>6</sup> และข้อพิพาทประเภทนี้คู่กรณีจะตกลงตัดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาไม่ได้ ข้อพิพาทประเภทนี้เป็นข้อพิพาทในเรื่องสิทธิบัตรซึ่งเป็นปัญหาที่อาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อย ดังนั้น บางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ห้ามนำเสนอข้อพิพาทดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาด<sup>7</sup> เว้นแต่จะเป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

(ค) ความสามารถของคู่สัญญาบางครั้งก็เป็นปัญหาในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดอำนาจศาล เช่น รัฐบาลฝรั่งเศส<sup>8</sup> จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการไม่ได้ ข้อพิพาทต่าง ๆ สงวนไว้เป็นอำนาจศาลเท่านั้นที่จะพิจารณาพิพากษา เว้นแต่เป็นเรื่องของสัญญาการค้าระหว่างประเทศซึ่งรัฐบาลฝรั่งเศสเป็นคู่สัญญา

<sup>5</sup> ดู The New York Convention, Article II (1) ; พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530, มาตรา 6 ; The English Arbitration Act of 1996, Section 6 (2).

<sup>6</sup> ดู Boeckstigel, "Public Policy and Arbitrability" in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (Sanders, P. ed.), pp. 182-183.

<sup>7</sup> ดูประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2060

<sup>8</sup> ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1004

(ง) ข้อความในสัญญาเองบางครั้งทำให้ศาลอาจแปลความได้ว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาตัดอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีของคู่สัญญา เช่น ข้อความในสัญญาว่า “อนุญาโตตุลาการชั้นที่มิตรที่เมืองแฮมเบิร์ก” ศาลฎีกาแปลความว่า ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้บังคับว่า จะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการก่อนจึงจะฟ้องร้องได้ ข้อความในสัญญาแปลได้แต่เพียงว่า ถ้าประสงค์จะตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทชั้นที่มิตรก็ต้องกระทำที่เมืองแฮมเบิร์กเท่านั้น<sup>9</sup> ซึ่งเท่ากับศาลแปลว่าไม่ได้ตัดอำนาจศาลที่จะพิจารณาคดีดังกล่าว แต่ศาลอังกฤษเคยแปลข้อตกลง “English Law-Arbitration, if any, London According ICC Rules” ว่าใช้ได้ โดยหมายถึง อนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน โดยกฎของ ICC Rules และกฎหมายอังกฤษบังคับแก่สัญญา<sup>10</sup> ยิ่งไปกว่านั้นเพียงข้อตกลงว่า “Arbitration in New York” ศาลมลรัฐ New York ก็ถือว่าใช้ได้ ถือว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นการตัดอำนาจศาลในการพิจารณาคดีแล้ว<sup>11</sup>

ประการที่สอง สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบ่อเกิดที่ทำให้บุคคลที่สามคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำชี้ขาดข้อพิพาท และคำชี้ขาดดังกล่าวจะมีผลผูกพันคู่กรณีตามกฎหมาย ด้วยเหตุเพราะอนุญาโตตุลาการได้อำนาจมาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้เองทำให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติ 2 ประการ คือ

2.1 กรณีสัญญาหลักสิ้นสุดไม่ว่าเพราะคู่กรณีปฏิบัติการชำระหนี้กันแล้วก็ดี หรือเพราะสัญญาหลักสิ้นสุดผลก่อนกำหนดเพราะเหตุสุดวิสัยก็ดี เช่นนี้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดตามสัญญาหลักหรือไม่

2.2 ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นบ่อยครั้งในทางปฏิบัติ คือ การกล่าวอ้างว่าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์มาแต่แรก (ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุโมฆะหรือโมฆียะแต่บอกล้างแล้ว)

ข้อแตกต่างระหว่างปัญหาข้อ 2.2 กับ 2.1 คือในปัญหาข้อ 2.1 นั้นสัญญาหลักสมบูรณ์ทุกประการ แต่ปัญหาในข้อ 2.2 สัญญาหลักไม่สมบูรณ์ตั้งแต่เริ่มต้น ดังนั้นจะถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะไม่สมบูรณ์เช่นเดียวกับสัญญาหลักหรือไม่ จะเห็นได้ว่าปัญหาทั้งสองข้อนี้เกิดจากเหตุที่ต่างกันแต่ผลเหมือนกัน กล่าวคือ เป็นการคัดค้านว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้

<sup>9</sup> ฎีกา 49/2502.

<sup>10</sup> Arab African Energy Corp. Ltd. V. Oileprodukten Nederland B.V. (1983) 2 Lloyd's Rep. 419.

<sup>11</sup> Bauer Int'l. Corp. V. Etablissements Soules & Cie., 25 N.Y. 2d 871, 250 N.E. 2d 876, 303 N.Y.S. 2d 884 (1969)

ขาดข้อพิพาท ความจริงแล้วการคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุว่าสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์หรือสิ้นสุดแล้วนั้นเป็นเรื่องธรรมดาในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในเรื่องของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งนับวันก็จะยุ่งยากและซับซ้อนขึ้นเรื่อย แต่ที่เป็นปัญหาก็คือ **คู่กรณีที่ไม่สุจริตอาจจะอาศัยเหตุดังกล่าวคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการเพียงเพื่อประวิงคดี หรือถ้าเป็นไปได้ก็ทำลายกระบวนการอนุญาโตตุลาการ** ซึ่งตนอาจจะมีข้อเสียเปรียบบางประการ นั่นก็หมายความว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะหมดความหมาย ทั้ง ๆ ที่มีข้อตกลงในเรื่องอนุญาโตตุลาการกันอยู่<sup>12</sup>

ในทางปฏิบัตินั้นบ่อยครั้งเมื่อข้อพิพาทถูกนำขึ้นเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ มักจะมีการหยิบยกประเด็นปัญหาในเรื่องความมีผลบังคับของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ว่า **"ความเป็นโมฆะหรือการสิ้นผลของสัญญาหลักนั้นส่งผลกระทบต่อข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการหรือไม่"** กล่าวคือ **สัญญาหลักซึ่งมีบทบัญญัติในส่วนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ด้วยนั้นสามารถบังคับใช้ได้หรือไม่** ซึ่งประเด็นปัญหาในลักษณะนี้มักจะก่อให้เกิดคำถามอยู่เสมอ ๆ ว่า **ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับได้หรือไม่** ซึ่งคำถามในลักษณะนี้ก็คือคำถามว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการแยก**ออก**จากสัญญาหลักหรือไม่นั่นเอง (*Independence of Arbitration Clause*) ประเด็นในเรื่องนี้นำมาซึ่งปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันสำหรับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ

ปัญหาแรก เป็นประเด็นปัญหาในส่วนของตัวสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นเอกเทศหรือความเป็นอิสระของสัญญา (*separability or severability doctrine*) กล่าวคือ เมื่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาหลัก ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาก่อสร้าง หากว่าสัญญาหลักดังกล่าวนั้นตกเป็นโมฆะหรือไม่สามารถบังคับใช้ได้ เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้แล้วข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะสามารถมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันยอมรับหลักนี้ว่าหากสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเหตุประการใด ๆ ก็ตามไม่อาจกระทบกระเทือนถึงผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในสัญญาหลักนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ หลายประเทศได้นำหลัก *Separability Doctrine* ไปใช้ จนในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักซึ่งได้รับ

<sup>12</sup> Julian D. M. Lew, *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration* (1986), p. 76.

การยอมรับกันเป็นสากล ประเทศที่นำหลักนี้ไปใช้ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>13</sup> ประเทศเยอรมันนี<sup>14</sup> ประเทศอิตาลี<sup>15</sup> ประเทศเบลเยียม<sup>16</sup> ประเทศฝรั่งเศส<sup>17</sup> ประเทศญี่ปุ่น<sup>18</sup> และประเทศเนเธอร์แลนด์<sup>19</sup>

ปัญหาที่สอง เป็นประเด็นปัญหาในเรื่องอำนาจในการพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการ (Jurisdiction) โดยปัญหาในเรื่องนี้ได้เริ่มก่อตัวขึ้นเมื่อไม่นานมานี้

จากประเด็นปัญหาทั้งสองประการ จะพบว่าปัญหาแรกเป็นเรื่องการตัดสินความสมบูรณ์ของสัญญาหลักเมื่อมีกรณีกล่าวหาว่าสัญญาเป็นโมฆะซึ่งนำไปสู่หลักข้อตกลงแยกจากสัญญาที่ก่อนนั้นอันเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาท (separability or severability doctrine) แต่ปัญหาประการที่สองเป็นเรื่องของการวางแนวความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยในอำนาจของตนเองได้หรือไม่ (competence de la competence)<sup>20</sup> อันเป็นที่น่าสนใจที่ว่าทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นเป็นทฤษฎีที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกัน จนอาจกล่าวได้ว่า **ทฤษฎี competence de la competence เป็นผลที่ตามมาของทฤษฎี separability นั้นเอง**<sup>21</sup>

<sup>13</sup> Prima Paint Co.v.Flood & Cenklin Mfg.Co 388 U.S. 395, 07 S.Ct. 1801. 18h. Ed. 2d 1270 (1967)

<sup>14</sup> BGH February 27, 1969, S.P.A. Massolombarda v. Fruchtruck BmbH,Revue de l'Arbitrage 1971,25, Drobning, American-German Private International Law (2 ed. 1972), p. 365 และดู Schwebel, "The Legal Foundations and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S. and Germany", in International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke (1967) 31, pp. 306-307.

<sup>15</sup> Cas. It. (inbanc) May 12, 1969, Assicurazioni General v. Agenzia Maritime Tirreno, Riv.Dir.Int.Priv.e Proc. 1970, 349.

<sup>16</sup> Judicial Code, Article 1697.

<sup>17</sup> Derains, "France" 7 Yb.Comm.Arb.3 (1967).

<sup>18</sup> Doi, "Japan" 4 Yb Comm. Arb. 121 (1979).

<sup>19</sup> Sanders, "The Netherlands", 6 yb. Comm. Arb. 60 (1981).

<sup>20</sup> วิวรรธน์ เจริญนาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 231 และดู Rene David, Arbitration in International Trade (Kluwer : 1985 ), p. 192.

<sup>21</sup> ดู Jean Robert & Thomas E. Carbonneau, The French Law of Arbitration Pt. II, Ch. 2, (1983), pp. 26-27.



ดังนั้น จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในการศึกษาถึงพัฒนาการของแนวความคิดของกฎหมายในหลักเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (doctrine of separability or severability) จำเป็นที่จะต้องศึกษาควบคู่ไปกับหลักในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (doctrine of competence de la competence) ในบทนี้ผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอพัฒนาการของแนวความคิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเสียก่อน โดยจะแบ่งเป็นหัวข้อในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำหนด หรือหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา และในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.1 พัฒนาการของความคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำหนดหรือหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Doctrine of Severability or Separability)<sup>22</sup>

ปัญหาในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำหนดหลัก (Doctrine of Severability (or Independence) of the Arbitration Clause) เป็นปัญหาที่พิจารณาถึงความมีผลบังคับใช้ของสัญญาว่าจะมีผลผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ และเป็นการพิจารณาถึงว่าอนุญาโตตุลาการจะยังคงมีอำนาจในการพิจารณาถึงความมีอยู่หรือความมีผลบังคับใช้ของสัญญาหรือไม่นั่นเอง ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่าหลักการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำหนดหลัก (Severability) หรือในประเทศฝรั่งเศสและประเทศสาธารณรัฐเยอรมันได้เรียกหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ว่าหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Autonomy of the Arbitration Clause) กล่าวคือ เป็นหลักเกณฑ์ที่ถือว่าความเป็นอิสระของสัญญาหลักไม่ถือเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการจะตกเป็นโมฆะ

<sup>22</sup> ความคิดที่เห็นว่าเรื่องการอนุญาโตตุลาการกับเรื่องอื่นในสัญญาหลักเป็นสองเรื่องที่แยกกัน คือ เป็นสัญญาสองฉบับ ความสมบูรณ์หรือการตกไปของสัญญาทั้งสองจึงแยกกันได้ ความคิดนี้มีขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดการตกไปของสัญญาหลักทำลายอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดขึ้นโดยสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จำเลยจึงไม่อาจใช้เรื่องความบกพร่องของสัญญาที่ก่อกำหนดหลักเพื่อระงับการอนุญาโตตุลาการ ดูพิชัยศักดิ์ ทรัพย์กูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 65.

ในทางปฏิบัติบางคดีมีปัญหากรณีที่คู่สัญญาอ้างว่า สัญญาหลักไม่มีอยู่ เนื่องจากมีการบอกเลิกสัญญาไปแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายจะใช้การอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อีกฝ่ายหนึ่งอ้างว่าเมื่อไม่มีสัญญาหลักแล้ว สัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นข้อสัญญาหรือข้อกำหนดในสัญญาหลักจึงไม่มีอยู่ด้วย ดังนั้นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากการบอกเลิกสัญญาจำต้องไปฟ้องร้องบังคับทางศาล เป็นต้น

ประเด็นปัญหาในเรื่องข้อตกลงอนุญาตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาตตุลาการมีความเป็นเอกภาพหรือเป็นอิสระแยกออกจากสัญญาหลักได้หรือไม่ ปัญหานี้ในทางปฏิบัติและกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้แบ่งเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่า ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการมีลักษณะเป็นเอกเทศแยกออกจากสัญญาหลักได้ เนื่องจาก**ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไม่ใช่เนื้อหาหรือส่วนที่เป็นสาระของสัญญาหลัก** แต่เป็นเรื่องของการเยียวยาหรือเป็นหนทางที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา **ดังนั้นจึงสามารถแยกข้อสัญญาอนุญาตตุลาการออกจากสัญญาหลักได้**<sup>23</sup> ประเทศที่ยึดตามความเห็นนี้มีหลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา เยอรมัน ญี่ปุ่น เป็นต้น ฝ่ายที่สองเห็นว่า **ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีความเป็นเอกเทศ ไม่อาจแยกจากสัญญาหลักได้** ถ้าสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีผลใช้บังคับเพราะข้อบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อสัญญาอนุญาตตุลาการย่อมไม่มีผลใช้บังคับไปด้วย ประเทศที่ยึดถือความเห็นนี้โดยส่วนใหญ่เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (common law) เช่น ประเทศออสเตรเลีย อินเดีย อาฟริกาใต้<sup>24</sup> ซึ่งในประเทศที่ยอมรับแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะกล่าวอ้างว่าข้อตกลงในสัญญาหลักนั้นตกเป็นโมฆะ ย่อมส่งผลให้ข้อตกลงการอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาหลักย่อมตกเป็นโมฆะมาเป็นเหตุในการปฏิเสธการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตตุลาการไม่ได้

ในทางปฏิบัติการทำสัญญาอนุญาตตุลาการโดยมากมักจะทำเป็นข้อตกลงซึ่งบรรจุไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก (principle contract) เป็นต้นว่าในสัญญาซื้อขายสินค้าอาจจะระบุไว้เป็นข้อความตอนหนึ่งว่าหากมีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้สัญญาซื้อขายถือเป็นสัญญาหลัก (principle

<sup>23</sup> เสาวนีย์ อัครวโรจน์, "สัญญาอนุญาตตุลาการ", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 109-110.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

contract) ส่วนข้อตกลงว่าให้ชำระข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าเมื่อนำสัญญาอนุญาโตตุลาการไปบรรจุเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาหลักแล้วการพิจารณาความสมบูรณ์หรือการมีผลใช้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะสามารถแยกออกจากความสมบูรณ์หรือการมีผลใช้บังคับได้ของสัญญาหลักหรือไม่ ซึ่งโดยมากแล้วเมื่อเกิดปัญหาในลักษณะเช่นนี้ขึ้นข้อต่อสู้ของผู้ซึ่งมักตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาหลักนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก เมื่อสัญญาหลักไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้ไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ ก็ตามสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้นย่อมไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้ด้วยเช่นกัน ความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้ ซึ่งประเด็นปัญหาในเรื่องนี้มักเกิดขึ้นในกรณีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกบรรจุไว้เป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก กรณีเช่นนี้จะต่างกับกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นแยกต่างหากจากสัญญาหลักเป็นอีกฉบับหนึ่งอย่างเห็นได้ชัดเจน เนื่องจากว่าในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นแยกต่างหากจากสัญญาหลักเป็นอีกฉบับหนึ่งจะมีความชัดเจนอยู่ในตัวอยู่แล้วว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกเป็นอิสระจากสัญญาหลัก และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาแม้ว่าสัญญาหลักจะไม่สามารถบังคับได้ก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถูกบรรจุไว้เป็นข้อกำหนดหนึ่งในสัญญาหลักนั้น หากว่าสัญญาหลักตกเป็นโมฆะ เช่นนี้แล้วข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเงื่อนไขข้อหนึ่งของสัญญาหลักย่อมตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้เช่นกันด้วยหรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น อนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาเพราะว่าอนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจมาจากข้อตกลงในสัญญาหลัก ซึ่งเรื่องนี้ Lord Macmillan ได้เคยตัดสินไว้ในคดี *Heyman v. Darwins Ltd.*

ทฤษฎีเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนหน้าหลัก (doctrine of separability) มีผู้ให้คำจำกัดความไว้ว่าเป็นทฤษฎีที่กล่าวถึงความเป็นอิสระของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (autonomy of arbitration clause) ซึ่งส่งผลให้อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทใด ๆ ได้ตามที่บัญญัติไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะมีการยับยั้งประเด็นในเรื่องความไม่มีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการมาได้เพียงก็ตาม<sup>25</sup>

ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าแนวความคิดในเรื่องของการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักนั้นเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายในการ

<sup>25</sup> Stephen M. Schwebel, *International Arbitration : Three Salient Problems*, (Grotius : 1987), pp. 2-3.

อนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนเห็นสมควรที่จะเสนอถึงการพัฒนาของแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวนี้

แนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ ก่อหนี้หลัก หรือหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Doctrine of Severability or Separability) เริ่มที่จะได้รับการพิจารณาจากนักกฎหมายตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องในแวดวงอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ ระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอเป็นช่วงเวลาตามลำดับดังนี้

**3.1.1 พัฒนาการของแนวคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญา ที่ก่อหนี้หลัก หรือหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Doctrine of Severability or Separability) ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985.**

**3.1.1.1 ร่างอนุสัญญาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, หรือต่อไปจะเรียกว่า “ILC”<sup>26</sup>) (The ILC Draft Convention and Model Rules.)**

โครงสร้างของร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาของการ อนุญาโตตุลาการของ ILC ปี ค.ศ. 1953 ขององค์การสหประชาชาติได้มีการกล่าวถึงในเรื่องหลัก เกณฑ์ในเรื่องของการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลักไว้โดยตรง แต่ใน มาตรา 11 ของร่างฉบับดังกล่าวได้มีการพูดถึงหรือมีการรับรองหลักความคิดในเรื่องอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence) ไว้ว่า

"คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง ตลอดจนมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ"<sup>27</sup>

<sup>26</sup> คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, ILC) เป็น องค์การของสหประชาชาติ ซึ่งทำหน้าที่ส่งเสริมการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศโดยรวดเร็วและ การทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นประมวล งานสำคัญของคณะกรรมการกฎหมายระหว่าง ประเทศในเรื่องการอนุญาโตตุลาการก็คือ ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ

<sup>27</sup> Wetter, Vol. V, p. 299.

ต่อมาใน the Model Rules on Arbitral Procedure ซึ่งได้รับการรับรองจากทาง ILC ในปี ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 ว่า

"คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง นั้นมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดในเรื่องข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ และเอกสารอื่นใดอันเป็นที่มาของอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้น"<sup>28</sup>

นอกจากนั้นแล้วในมาตรา 35 ของข้อบังคับนี้ก็ค่อนข้างที่จะเกี่ยวข้องกับหลักเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลักโดยตรง กล่าวคือ ในมาตรา 35 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการคัดค้านคำชี้ขาดไว้ (validity) 4 ประการ ซึ่งหนึ่งในหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ข้อ ก็คือ "ในกรณีที่ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะ"<sup>29</sup> แต่ว่ามีได้มีการวางหลักเกณฑ์ในกรณีที่หากสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ตกเป็นโมฆะ จะนำมาเป็นเหตุในการคัดค้านคำชี้ขาดได้ ดังนั้นจึงอาจพอที่จะอนุมานจากบทบัญญัติดังกล่าวได้ว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาชี้ขาดในประเด็นของความมีผลบังคับของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากได้มีการวางเป็นบรรทัดฐานในการขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>30</sup>

ในขณะที่อนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักไว้โดยตรง แต่สิ่งหนึ่งที่ปรากฏให้เห็นในระยะหลัง ๆ ซึ่งพอที่จะนำมาสนับสนุนแนวความคิดเห็นในเรื่องนี้ก็คือการวางหลักเกณฑ์ทฤษฎีในแนวความคิดเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการ

<sup>28</sup> Wetter, Vol. V, p. 237.

<sup>29</sup> Wetter, Vol. V, p. 241.

<sup>30</sup> The inclusion of the provision permitting challenge of the validity of an award on the ground "that the understanding to arbitrate or the compromise is a nullity" was controversial, and it almost failed of adoption on the ground of being liable to abuse by a State acting in bad faith. The records of the commission do not treat the inference about severability which is made in this discussion. See Yearbook of the ILC, 1958, Vol. I, pp. 77-78, 231-238 and Wetter, Vol. II, p. 11.

พิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง ซึ่งนับได้ว่าเป็นแนวความคิดที่สนับสนุนแนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลัก

### 3.1.1.2 อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก (New York Convention)

ในอนุสัญญานี้มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องของความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง<sup>31</sup> แต่เป็นที่ยอมรับกันว่าในอนุสัญญานี้ก็ยอมรับแนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก เนื่องจากว่าในมาตรา V (1)(a) ได้วางหลักเกณฑ์กฎหมายขัดกัน (Conflict Rules) ในเรื่องของกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยหลักเกณฑ์ในมาตรานี้ได้ส่งผลให้กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายคนละฉบับกับที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักนั่นเอง จึงอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้ยอมรับหลักในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการโดยปริยายนั่นเอง<sup>32</sup> ซึ่งคำกล่าวอ้างในลักษณะเช่นนี้ก็ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป แม้ว่าบางครั้งอาจจะดูเหมือนเรื่องแปลกที่ว่าสัญญาฉบับหนึ่งจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหลายฉบับ ตัวอย่างเช่น กฎหมายฉบับหนึ่งถูกนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาและกฎหมายอีกฉบับนำมาใช้บังคับกับการปฏิบัติตามสัญญา<sup>33</sup> เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามศาลก็ยังไม่เคยมีโอกาสที่จะให้ความเห็นเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลักในคดีซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญานี้ เป็นที่สันนิษฐานได้ว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์กก็มีได้มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากอนุสัญญาอื่น ๆ ในเรื่องของแนวคิดเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลง

<sup>31</sup> เมื่อทำการเปรียบเทียบกับตัวอย่างบทบัญญัติในมาตรา 18(2) ของกฎหมายเอกภาพว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของมนตรีแห่งยุโรป ค.ศ. 1966 และดู Benjamin, The European Convention on International Commercial Arbitration, p. 47.

"A ruling that the contract is invalid shall not entail *ipso jure* the nullity of the arbitration agreement contained in it."

<sup>32</sup> P. Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit (Tubingen 1975) no. 316 cited in Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1981) p. 146. และดู Stephen M. Schwebel, International Arbitration : Three salient problems, p. 22.

<sup>33</sup> ดู G. Delaume, Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (Dobbs Ferry, 1978-1980) Sect. 1.03.

อนุญาโตตุลาการ นั่นคือ ต้องพิจารณาไปที่กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ว่ากฎหมายภายในของประเทศใดบ้างที่ยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มันเป็นเรื่องที่ยากในการพิจารณาว่าจะนำกฎหมายภายในของประเทศใดมาพิจารณาถึงความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้ยอมรับแนวคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำเนิด (Separability Doctrine<sup>34</sup>) เป็นเหตุให้ปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ไม่ค่อยเกิดขึ้นมากนัก โดยมีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า “ในเรื่องนี้จะต้องมีกฎหมายที่สามารถนำมาพิจารณาได้ถึง 3 ประเภท คือ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาที่ก่อกำเนิด กฎหมายที่ใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายของเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจก่อนที่จะเกิดปัญหาในเรื่องนี้” โดยกฎหมายที่สามารถนำมาใช้พิจารณาในประเด็นปัญหานี้อาจจะมีได้หลายฉบับ ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับก็มีข้อดีและข้อเสียในตัวของมันเอง แต่สิ่งที่ดูเหมือนจะเป็นที่นิยมที่สุดในทางปฏิบัติและดูจะเป็นหนทางที่น่าจะดีที่สุดก็คือการนำกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาใช้พิจารณาในประเด็นปัญหานี้<sup>35</sup> แต่อย่างไรก็ตามพอที่จะอนุมานข้อความในมาตรา 5 ให้ปรับใช้กับกรณีนี้ได้ซึ่งในมาตรา 5 ของอนุสัญญาดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เหตุพื้นฐาน 5 ประการที่ศาลของประเทศภาคีสมาชิกสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยจะเห็นได้ว่ามิได้มีการวางหลักในเรื่องที่ว่าหากสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายจะเป็นเหตุให้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้นจึงอาจพอที่จะอนุมานได้ว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์กก็ได้สนับสนุนหลักเกณฑ์ในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำเนิด (severability) อยู่ก่อกำเนิด<sup>36</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม Albert Jan van den Berg ซึ่งเป็นบุคคลที่มีได้มีความเห็นเช่นเดียวกับบทสรุปข้างต้นในส่วนของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนี้ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

<sup>34</sup> Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation, p. 146.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> เนื้อหาของอนุสัญญานี้ได้มีการตีพิมพ์ไว้ใน Wetter, Vol. V, pp. 308-312, และรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1 (แก้ไขปรับปรุงใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม : 2540), หน้า 227-241.

"ก่อนที่จะมีการตรวจดูเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญากรุงนิวยอร์คนี้ ควรที่จะมีการพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ (the autonomous status of the arbitral clause vis-à-vis the contract in which the clause is included) ในปัจจุบันนี้มีประเทศต่าง ๆ ที่ยอมรับแนวความคิดที่ว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระแยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อให้เกิด ซึ่งทฤษฎีที่ว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาที่ก่อให้เกิด (separability of the arbitral clause) หรือในสหรัฐอเมริกาเป็นที่รู้จักกันในชื่อว่า "severability" หรือในบางประเทศนั้นถือว่าเป็นหลักที่ว่าความเป็นโมฆะของสัญญาหลักไม่กระทบต่อความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ โดยถือว่าหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับใช้ได้ เนื่องจากสัญญาหลักไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายของประเทศที่ยอมรับแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ (the separability of the arbitral clause) นำที่จะมีข้อยกเว้นของแนวความคิดในกรณีที่ยังไม่เคยเกิดมีสัญญาขึ้นเลย ในกรณีเช่นนี้ก็ควรที่จะถือว่าไม่เคยเกิดมีข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน"

หลัก Separability นี้ยอมรับว่าความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลักไม่กระทบกระเทือนความสมบูรณ์ของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในสัญญานั้น โดยหลักนี้จะต่างจากหลักที่ว่าสัญญาหรือข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับเพราะเป็นสัญญาหรือข้อตกลงที่แยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อให้เกิด ซึ่งข้อแตกต่างของทั้งสองเรื่องนี้จะพิจารณาถึงระยะเวลาซึ่งสัญญาอันก่อให้เกิดนั้นเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ ถ้าหากสัญญาอันก่อให้เกิดนั้นเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์มาตั้งแต่ขณะทำสัญญา ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจมีผลบังคับได้ แต่ถ้าสัญญาอันก่อให้เกิดนี้มีผลสมบูรณ์ในขณะทำสัญญาแต่เกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้นในภายหลัง ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุอยู่ในสัญญานั้นยังคงมีผลบังคับได้

เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องนี้ **แม้สนธิสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ. 1958 จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าความสมบูรณ์หรือการมีผลใช้บังคับได้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะสามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้ แต่มาตรา 2 วรรค 2 ของสนธิสัญญาดังกล่าวก็บัญญัติว่ารัฐภาคีจะต้องยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และการทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นหมายความรวมถึงข้อตกลงที่ปรากฏอยู่ในจดหมายหรือโทรเลขได้ตอบด้วย** จะเห็นได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการได้กำหนดเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์หรือการมีผลใช้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การพิจารณาความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตามกฎหมาย



อนุญาโตตุลาการ ส่วนการพิจารณาความสมบูรณ์หรือการมีผลใช้บังคับได้ของสัญญาหลักก็ ต้องเป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญาประเภทนั้น ๆ ซึ่งหมายความว่าความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นแยกออกเป็นเอกเทศจากสัญญาหลัก ซึ่งหลักในเรื่องนี้เรียกกันเป็นการทั่วไปว่า “separability หรือ separability doctrine”

หลักในเรื่อง Separability นั้นดูจะเป็นที่รู้จักกันดีในคดี JOC OIL Case ซึ่งถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ของเบอร์มิวด้า โดยในการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าสัญญาที่ก่อนนี้หลักตกเป็นโมฆะ โดยอนุญาโตตุลาการเป็นนักกฎหมายชาวรัสเซีย ต่อมา JOG OIL Ltd. ได้ยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าสัญญาที่ก่อนนี้หลักตกเป็นโมฆะ ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ของเบอร์มิวด้าได้ยกคำร้องดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า “ศาลได้นำกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (กรุงมอสโค) มาใช้บังคับกับกรณี และหลักในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่ยอมรับในกฎหมายรัสเซีย แต่อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ของเบอร์มิวด้าก็ยังได้ให้ความเห็นของข้อแตกต่างระหว่างสัญญาหลักที่ไม่มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่เริ่มต้นโดยสัญญาหลักนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักไว้ว่า ”หากสัญญาหลักดังกล่าวนั้นยังไม่เริ่มมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่เริ่มต้น สัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีผลบังคับใช้ด้วยเช่นกัน<sup>37</sup> (“If no contract ever came into existence, no arbitration agreement could have come into existence.”)

ทฤษฎีในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลักตามที่ปรากฏข้างต้นนี้อาจถือเป็นจุดเริ่มต้นในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อที่จะทำให้เกิดความแน่ชัดว่าความไม่มีผลบังคับของสัญญาที่ก่อนนี้หลักมิได้เป็นสาเหตุในการที่จะปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการสำหรับประเทศที่ยอมรับแนวคิดในทฤษฎี นับจากนั้นเมื่อหลักในเรื่อง separability เริ่มเป็นที่ยอมรับและรู้จักกันอย่างแพร่หลายขึ้น เป็นผลให้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมาได้เริ่มปรากฏหลักในเรื่อง separability นี้

### 3.1.1.3 European Convention on International Commercial Arbitration of 1961

<sup>37</sup> Pieter Sander, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure, (Martinus Nihoff Publishers, 1996), p. 62.

ในขณะที่มีการร่างอนุสัญญากรุงเจนีวา 1961 นั้นประเด็นปัญหาในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลักดูจะยังไม่ได้รับการพิจารณามากมายนัก<sup>38</sup> โดยในขณะนั้นได้มีการโต้เถียงกันว่าหลักในเรื่อง separability นั้นให้เป็นไปตามกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดในเรื่อง separability นั้นยังคงปรากฏอยู่ใน the European Convention 1961 ซึ่งถือเป็นอนุสัญญาภาคพื้นทวีปที่มีบทบาทต่อการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง ประเด็นที่น่าพิจารณาถึงในขณะนั้นก็คือลักษณะของบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาฉบับนี้ก็ได้มีลักษณะที่เด่นชัดในส่วนของแนวคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก แต่ก็เป็นที่ยอมรับและมีการนำหลักทฤษฎี separability มาใช้เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 5 ย่อหน้าที่ 3 ได้วางหลักไว้ว่า

"3. การอนุญาโตตุลาการใด ๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดในประเด็นเรื่องอำนาจของตนเอง และมีอำนาจในการพิจารณาในเรื่องของความมีอยู่ และความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในเรื่องของความมีอยู่ และผลบังคับใช้ของสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ในสัญญาดังกล่าวนั้น"

#### 3.1.1.4 อนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 (The Washington Convention)

ในส่วนของอนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นโดยอนุสัญญาเองแล้วมิได้มีการกล่าวถึงหลักในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลักไว้ แต่ได้มีการกล่าวถึงหลักในเรื่องนี้ไว้ใน the ICSID Arbitration (Additional Facilities) Rules ในมาตรา 46 ดังรายละเอียดที่จะนำเสนอ ดังนี้

ในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 41 ว่า

<sup>38</sup> Commentary by Hascger no. 46 at 730. cited in Pieter Sander, International Encyclopedia of Comparative Law, p. 61.

“The Tribunal shall be the judge of its own competence”<sup>39</sup>

นอกจากนั้นแล้วในข้อ 25 ยังได้บัญญัติไว้ว่าเขตอำนาจของศูนย์การระงับข้อพิพาทพึงครอบคลุมถึงข้อพิพาททางกฎหมายใดที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคีหรือส่วนราชการ หรือหน่วยงานใดของรัฐภาคีซึ่งได้มีการแจ้งข้อไว้ต่อศูนย์นั้น และคนชาติของรัฐภาคีหนึ่งซึ่งคู่กรณีในข้อพิพาทนั้นได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์<sup>40</sup> และยังได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมโดยลำพังไม่ได้”<sup>41</sup>

นอกจากนั้นแล้วใน The Arbitration (Additional Facility) Rules of ICSID ยังได้บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 46 ย่อหน้าที่ 1 ว่า

“Objections to Competence

(1) The Tribunal shall have the power to rule on its competence. For the purposes of this Article, an agreement providing for arbitration under the Additional Facility shall be separable from the other terms of the contract in which it may have been included.”<sup>42</sup>

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า The ICSID Additional Facility Rules นั้นได้ทำให้อำนาจในเรื่องของ Severability นั้นเป็นรูปเป็นร่างขึ้น

### 3.1.1.5 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976 (THE UNCITRAL ARBITRATION RULES, 1976)

ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

<sup>39</sup> Wetter, Vol. IV, p.445.

<sup>40</sup> Wetter, Vol. IV, p. 446.

<sup>41</sup> Wetter, Vol. IV, p. 439.

<sup>42</sup> Wetter, Vol. V, pp. 38-39.

การองค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1976 (The United Nations Commission on International Trade Law) ได้มีการกล่าวถึงเรื่องนี้ไว้โดยตรง<sup>43</sup> ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศฉบับดังกล่าวได้มีการให้ความเห็นโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในมติที่ประชุมว่าลักษณะที่เด่นของกฎหมายแม่แบบฉบับนี้ก็คือ "การที่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีระบบสังคมเศรษฐกิจ และกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปยอมรับกฎหมายฉบับนี้" และสิ่งที่พึงตระหนักถึงก็คือ "กฎหมายแม่แบบฉบับนี้ได้ถูกจัดทำขึ้นหลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารือกันระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ และศูนย์การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศต่าง ๆ" ซึ่งในมาตรา 21 ย่อหน้าที่ 1 และ 2 ได้บัญญัติไว้ว่า

"1. The arbitral tribunal shall have the power to rule on objection that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.

2. The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause."<sup>44</sup>

จะสังเกตได้ว่าในย่อหน้าที่ 1 นั้นได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976 มีอำนาจที่จะตัดสินขอรับอำนาจของตนเองในส่วนที่เกี่ยวข้องถึงความมีอยู่หรือความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลง หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>45</sup> ดังนั้นจึงเป็นการแสดงออกให้เห็นว่าในกรณีเช่นนี้ศาลย่อมไม่มี

<sup>43</sup> Stephen M. Schwble, International Arbitration : Three salient problems, (Cambridge : Grotius Publications Limited, 1987), pp. 16-19. และดู Article 21 ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1976 เพื่อนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ที่สมประโยชน์ของประเทศด้อยพัฒนา (UNCITRAL ARBITRATION RULES 1976)

<sup>44</sup> Wetter, Vol. IV, Pp. 4122-423 cited in Schwebel, pp. 16-17.

<sup>45</sup> Stephen M. Schwebel, International Arbitration : Three salient problems, p. 17.

อำนาจที่จะพิจารณาประเด็นปัญหานี้ก่อน ศาลจะต้องมีคำสั่งให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการของการอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการชี้ขาดปัญหาข้างต้น<sup>46</sup>

ส่วนในย่อหน้าที่ 2 นั้นไม่เพียงแต่อธิบายว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจ “วินิจฉัยชี้ขาดความมีอยู่ หรือการมีผลบังคับใช้ของสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่” ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับทฤษฎี Severability แต่ยังแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกบรรจุไว้เป็นส่วนหนึ่งในสัญญา “จะได้รับการพิจารณาเสมือนว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นแยกเป็นอิสระจากเงื่อนไขข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญานั้น” นอกจากนี้แล้วยังได้มีการบัญญัติไว้ด้วยว่าคำตัดสินที่ว่าสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะหรือไม่สามารถบังคับได้ไม่ถือเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะตกเป็นโมฆะหรือไม่สามารถบังคับได้เช่นกัน”

อาจกล่าวได้ว่าเป็นการยากที่จะทำความเข้าใจถึงความแน่ชัดหรือเป็นการยืนยันถึงทฤษฎี และรายละเอียดของหลักเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลักจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ (A code of arbitral procedure)

**3.1.2 พัฒนาการของแนวคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลัก หรือหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Doctrine of Severability or Separability) ในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985**

นับจากมีการประกาศใช้กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1985 เป็นต้นมาอันได้เกิดแนวความคิดที่ชัดเจนในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลัก เนื่องจากในมาตรา 7<sup>47</sup> ย่อหน้าที่ 1 ของ

<sup>46</sup> แต่ Pro. Sanders ชี้ให้เห็นว่าคำอธิบายของร่างฉบับเก่าของ UNCITRAL Rules ทำให้ดูชัดว่าคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้อยู่ใต้การควบคุมของศาล ดูความเห็นของเขาใน II yearbook Commercial Arbitration (1977), pp. 198-199.

<sup>47</sup> Article 7 of The UNCITRAL Model Law

"Arbitration Agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration, whether or not administered by a permanent arbitral institution, all or certain

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการ" ไว้โดยได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก โดยในกฎหมายแม่แบบนั้นมิได้เพียงบัญญัติแต่เรื่องของสัญญาอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว (Compromis) แต่ยังได้กล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับข้อพิพาทที่ยังมิได้เกิดขึ้น (อันอาจจะเกิดขึ้น) (Clause compromissoire) ซึ่งข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในลักษณะนี้มีความจำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจในระดับระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ยังได้มีความพยายามที่จะทำให้เกิดการยอมรับข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในลักษณะเช่นนี้ เนื่องจากกฎหมายภายในเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในบางประเทศนั้นยังไม่ยอมรับข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวนี้เท่าใดนัก

ในร่างของกฎหมายแม่แบบนั้นได้สนับสนุนแนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลักไว้อย่างชัดเจน โดยให้ถือว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลักเป็นเสมือนสัญญาที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากเงื่อนไขอื่น ๆ ในสัญญาหลัก และแยกเป็นอิสระออกจากตัวสัญญาหลักเองด้วยเช่นกัน ซึ่งแนวความคิดในเรื่องนี้เป็นที่รู้จักกันในทฤษฎี Principle of autonomy หรือ Separability of the arbitration clause โดยในกฎหมายแม่แบบนั้นได้อาศัยแบบมาจากมาตรา 21 ย่อหน้า 2 ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 1976 (UNCITRAL Arbitration Rules) โดยในมาตรา 16 ย่อหน้า 1 ของกฎหมายแม่แบบได้บัญญัติไว้ว่า

---

disputes which have arisen or which may arise between in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement

The arbitration agreement shall be in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract."

"คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง รวมตลอดถึงคำคัดค้านในเรื่องความมีอยู่ หรือความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุอยู่ในสัญญาหลักให้ถือเป็นสัญญาที่แยกต่างหากจากข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญา คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักตกเป็นโมฆะ และไม่สามารถบังคับได้นั้นไม่ถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้"

วัตถุประสงค์หลักของแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (the Autonomy of the arbitration clause) มีขึ้นเพื่อเป็นพื้นฐานในการที่จะให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง แม้ว่าสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่จะตกเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ก็ตาม หรือในกรณีที่มีการหยิบยกประเด็นในเรื่องความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็นประเด็นเองก็ตาม ซึ่งประโยชน์หลักที่ได้รับ ก็คือ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการจะปฏิเสธการอนุญาโตตุลาการหยิบยกประเด็นปัญหาเรื่องความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลมาเป็นเทคนิคในการถ่วงเวลาของกระบวนการวิธีพิจารณา เป็นต้น

แนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นแนวความคิดที่ค่อนข้างจะใหม่ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าระยะเวลาในการเกิดตลอดจนการยอมรับแนวความคิดในเรื่องนี้คงไม่เกินกว่าสี่สิบปี โดยในอดีตนั้นบทบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ต่างยึดติดกับแนวความคิดที่ว่าความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับความมีผลบังคับใช้ของสัญญาหลักที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่<sup>48</sup> แต่ในปัจจุบันแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างที่จะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปจากกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังนั้น ร่างของกฎหมายแม่แบบจึงได้วางหลักเกณฑ์ในแนวความคิดดังกล่าวนี้ให้ เป็นรูปเป็นร่างขึ้น และพยายามให้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในระดับความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งแน่นอนว่าการที่กฎหมายแม่แบบพยายามที่จะวางหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้าง

<sup>48</sup> ดู Ernest Mezger : "Competence-competence des arbitrage et independance de la convention arbitrale dans la Convention Dile Europeenne sur L' Arbitrage Commercial International de 1961" in Commercial Arbitration - Essays in memoriam Eugenio Minoli, 1974, p. 325. Cited on UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, International Council of Commercial Arbitration, p. 76.

ชัดเจนในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนหน้านั้นดูจะไม่ใช่ว่าสิ่งที่จะ  
ความต้องการแต่อย่างใด

ทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาและ the European Convention 1961 มิได้มี  
บทบัญญัติในเรื่องของความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรง แต่ก็พอที่จะ  
อนุมานได้ว่าการยอมรับหลักในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อน  
หน้า หลัก อื่นทั้งแนวความคิดในเรื่องนี้ก็มิได้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายของบางประเทศ ตัวอย่างเช่น มี  
บางประเทศเท่านั้นที่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ยอมรับอย่างชัดเจนในแนวความคิดเรื่องความเป็น  
อิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ<sup>49</sup> แต่ในบางประเทศหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ก็มิได้ถูกสร้างขึ้น  
โดยศาล<sup>50</sup> หรือโดยแนวคิดทางกฎหมาย (Legal doctrine)<sup>51</sup>

แต่ในกฎหมายแม่แบบได้พิจารณาสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยไม่คำนึงถึง  
ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะเป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาหลักหรือจะเป็นสัญญาอีก  
ฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ดังนั้นกฎหมายภายในของประเทศใดที่มีบทบัญญัติข้อ  
กำหนดที่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นเอกสารแยกต่างหากจำเป็นอย่างไรที่จะต้องยกเลิก  
ข้อกำหนดในลักษณะเช่นนี้ ซึ่งโดยหลักแล้วข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาลักษณ์นั้นโดย  
มากจะใช้กับกรณีของข้อพิพาทอันอาจจะเกิดขึ้น ในขณะที่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในรูป  
สัญญาแยกต่างหากจากสัญญาลักษณ์นั้นเหมาะสมทั้งกับกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว และข้อพิพาทอัน  
อาจจะเกิดขึ้นก็ได้<sup>52</sup>

<sup>49</sup> ตัวอย่างเช่นใน Belgium. Art. 1697 para 23 of the C.C.P. as modified by the law  
of July 4<sup>th</sup>, 1972 ดู Lambert Matray, "National Report Belgium" - Yearbook Commercial  
Arbitration, Vol. V - 1980, p. 6.

<sup>50</sup> เช่น Norway - ดู E.F. Eckhoff, "National Report", in Yearbook Commercial  
Arbitration, Vol. V - 1980, p. 140.

<sup>51</sup> เช่นในคดีต่าง ๆ ดู Austria ดู "National Report" โดย Werner Melis, Yearbook  
Commercial Arbitration, Vol. VI - 1979, p. 27.

<sup>52</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial  
arbitration: report of the Secretary-General, p. 113. A/CN.9/264)



กฎหมายแม่แบบนี้ั้นตระหนักว่าในกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรืออันอาจเกิดขึ้นนั้นเกี่ยวเนื่องกับ "การตีความความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากสัญญาหรือไม่ก็ตาม" (defined legal relationship, whether contractual or not) เป็นที่ยอมรับว่าการแสดงออกถึงการตีความความสัมพันธ์ทางกฎหมายดังกล่าวนั้นควรที่จะมีการตีความที่ค่อนข้างกว้างเพื่อที่จะครอบคลุมถึงกรณีข้อพิพาททางพาณิชย์ทั้งหมดไม่ว่าจะเกิดขึ้นตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม เช่น กรณีที่บุคคลภายนอกแทรกเข้ามาในความสัมพันธ์อันเกิดขึ้นจากสัญญา หรือการฝ่าฝืนเครื่องหมายการค้า หรือในกรณีข้อพิพาทอันเกิดจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น

ข้อกำหนดในกฎหมายแม่แบบในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตตุลาการมิได้เข้าตามองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (1) ของอนุสัญญากรุงนิวออร์คที่กำหนดว่า "ขึ้นอยู่กับว่าเรื่องดังกล่าวสามารถระงับได้โดยการอนุญาตตุลาการหรือไม่" อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าในกฎหมายแม่แบบจะบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการโดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นเรื่องที่สามารถนำเข้าสู่การอนุญาตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งกลุ่มคณะทำงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวนี้ได้ตระหนักดีถึงความสำคัญของการกำหนดลักษณะข้อพิพาทที่สามารถนำเข้าสู่การอนุญาตตุลาการได้ แต่เห็นว่าการไม่จำเป็นต้องบัญญัติข้อกำหนดไว้อย่างชัดเจน<sup>53</sup> ตัวอย่างเช่นสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งกำหนดที่จะนำการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมาใช้กับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาตตุลาการได้ ในเรื่องนี้โดยมากแล้วสัญญาอนุญาตตุลาการลักษณะเช่นนี้จะตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้ซึ่งเนื้อหาในส่วนของข้อพิพาทใดที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาตตุลาการได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 34 และมาตรา 36 แล้ว นอกจากนี้ในเรื่องนี้เป็นที่พึงสังเกตได้ว่าคณะทำงานได้พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ควรจะนำมาเกี่ยวพันกับความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาตตุลาการ และไม่พยายามที่จะวางรูปแบบที่เป็นเอกภาพ หรือบทบัญญัติที่ตายตัวในส่วนของข้อพิพาทใดที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาตตุลาการ โดยปล่อยให้ส่วนประเด็นเรื่องข้อพิพาทใดที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาตตุลาการเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบหรือขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศที่จะได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ต่างหาก

<sup>53</sup> A/CN.9/246, para. 23; similarly, A/CN.9/245, para. 187; cf. Also A/CN.9/232, para.

คณะกรรมการมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Commissions on International Trade Law : UNCITRAL)<sup>54</sup> ยังได้มีมติผ่านมาตรา 16 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) โดยมี การบัญญัติ ใน เรื่อง ของ อำนาจ ของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองไว้ในมาตรา 16 ย่อหน้า 1 ว่า

“The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of the contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.”<sup>55</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่แต่เพียงกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) จะได้มีการระบุเกี่ยวกับเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนหน้าหลักไว้ แต่ยังสามารถ

---

<sup>54</sup> คณะกรรมการมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ตั้งขึ้นโดยมติสมัชชาใหญ่ที่ 2205 ในสมัยประชุมสามัญที่ 21 เมื่อ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1966 ตามญัตติที่เสนอโดยผู้แทนของประเทศฮังการี

ความมุ่งหมายของคณะกรรมการ คือ ปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ โดยมุ่งหมายให้กฎหมายเหล่านั้นเป็นเอกภาพ และคำนึงถึงการแก้ไขเพื่อไม่ให้ประเทศด้อยพัฒนาต้องเสียเปรียบดังที่เคยเป็นอยู่ หนึ่งในงานของคณะกรรมการคือการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการจนเป็นเหตุให้มีการสร้างข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ เมื่อ ค.ศ. 1976 และสร้างกฎหมายต้นแบบเมื่อ ค.ศ. 1985 ดูพิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 201.

<sup>55</sup> XI Yearbook Commercial Arbitration (1986), p. 385.

บัญญัติถึงเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับแนวคิดเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่  
ก่อนนี้หลัก<sup>56</sup>

การยอมรับแนวคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจาก  
สัญญาที่ก่อนนี้หลักของสถาบันการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศส่งผลให้มีการพัฒนา  
ของข้อบังคับและทางปฏิบัติในส่วนของอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ประกอบกับ  
กฎหมายของหลาย ๆ ประเทศเปลี่ยนแปลงไปในทางสนับสนุนผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดย  
ยอมรับทฤษฎีการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้หลัก (Doctrine of  
seperability) และหลายประเทศได้นำหลักนี้ไปใช้โดยคำวินิจฉัยของศาล<sup>57</sup>

แนวคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนนี้  
หลักนี้ได้รับการยอมรับในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ อาทิเช่น ในข้อ 8  
ย่อหน้าที่ 3 และย่อหน้าที่ 4 ของ ICC Rules Court of Arbitration (The Rule of Court of  
Arbitration of the International Chamber of Commerce) ได้ระบุว่า<sup>58</sup>

“3. ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกประเด็นเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความ  
สมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และถ้าศาลได้สอบแล้วปรากฏมีมูลในความมีอยู่ของข้อตกลง  
ลงเช่นนั้น ศาลอาจยอมรับและตัดสินใจให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไป กรณีที่มีการตัดสิน  
อย่างใดอย่างหนึ่งในเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการด้วย  
ตนเอง

4. เว้นแต่จะมีการตกลงไว้เป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการไม่สิ้นสุด  
อำนาจพิจารณาเพียงเพราะเหตุที่มีการอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอันก่อให้เกิดเห็นว่าข้อตกลง  
อนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถรักษาไว้ซึ่งความมีผลของข้อตกลง

<sup>56</sup> Stephen M. Schwebel, *International Arbitration : Three salient problems*, p. 18.

<sup>57</sup> ดู Art. 8 Concordat, French Code of Civil Procedure, Art. 1466 คดี Gosset (Cass  
Civ, May 7, 1963) และคดี Prima Paint *v.* Flood & Conklin (388 US 395, 1967).

<sup>58</sup> วิวรรธน์ เจริญนาถ, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์  
ระหว่างประเทศ", หน้า 181-182 และดู Wetter, Vol. V, p. 94.

ลงอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจพิจารณาต่อไปในสิทธิของคู่กรณีและวินิจฉัยตามข้อเรียกร้องและข้อโต้แย้ง แม้ว่าสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้จะไม่มีอยู่หรือเป็นโมฆะ”<sup>59</sup>

ต่อมาใน ICC Rules Court of Arbitration (The Rules of Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ค.ศ. 1998 ได้ยืนยันหลักเกณฑ์ในเรื่อง Severability ไว้อีกในข้อ 6 ย่อหน้า 4 โดยบัญญัติไว้ว่า

...“4.

Unless otherwise agreed, the Arbitral Tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that it is non-existent provided that the Arbitral Tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The Arbitral Tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the respective rights of the parties and to adjudicate their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void.”<sup>60</sup>

นอกจากนั้นแล้วในมาตรา 16 ของ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ได้ระบุไว้ว่า

“(1) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยในขอบอำนาจของตนรวมถึงการคัดค้านความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้รับการปฏิบัติเช่นข้อตกลงหนึ่งเป็นอิสระจากส่วนอื่น ๆ ของสัญญา คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่า สัญญาเป็นโมฆะไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ”

หลัก Separability ยอมรับว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจได้ส่วนอำนาจของตนซึ่งเป็นอำนาจที่มาจาก การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเป็นอำนาจที่จำเป็นต้องมี อนุญาโตตุลาการต้องสามารถพิจารณาสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขและข้อ

<sup>59</sup> Wetter, Vol. V, p. 94

<sup>60</sup> ดู ICC Rules Court of Arbitration (The Rule of Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ค.ศ. 1998 ได้ที่ภาคผนวก ค.

กำหนดของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อจะสามารถตัดสินข้อเรียกร้อง รวมทั้งข้อเรียกร้องปลีกย่อยที่ตามมาภายในอำนาจของตน แม้ต่อมาจะถูกตรวจสอบและทบทวน โดยศาลที่มีอำนาจ<sup>61</sup>

จากการศึกษาถึงพัฒนาการของแนวคิดในเรื่อง Severability of the Arbitration Agreement จะพบได้ว่าหลักเกณฑ์พื้นฐานของเหตุผลในทฤษฎีเรื่อง Severability of the Arbitration Agreement นั้นมีอยู่ 4 ประการด้วยกัน<sup>62</sup>

(1) เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงเข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการหรือในกรณีที่คู่สัญญาเข้าทำข้อตกลงในลักษณะที่ครอบคลุมว่า “ไม่ว่าข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากสัญญาหรืออันเนื่องมาจากสัญญา” คู่สัญญาทั้งสองประสงค์ที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทนั้น ๆ ตลอดจนประสงค์ที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นเกี่ยวกับความมีผลใช้บังคับของสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเมื่อเกิดข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้แล้วมักจะเกิดคำถามขึ้นอยู่เสมอว่าในลักษณะเช่นนี้หมายความว่า “ข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรืออันเนื่องมาจากสัญญา จะต้องถูกส่งให้แก่อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทนั้น ๆ แต่ไม่รวมถึงข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวกับความมีผลใช้บังคับของสัญญา” ซึ่งแน่นอนว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องตอบว่าพวกเขามีได้หมายความว่า จะไม่รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับความมีผลของสัญญาดังกล่าว<sup>63</sup> นั้นหมายความว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญาควรได้รับการพิจารณาให้เกิดผลได้ (*The will of the parties should be given effect.*)

<sup>61</sup> วิวรรธน์ เจริญนาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", หน้า 231.

<sup>62</sup> Stephen M. Schewble, International Arbitration : Three Salient Problems, pp. 3-6.

<sup>63</sup> See, in support of this construction of the intentions of the parties to an arbitration agreement, Pieter Sanders, “L'autonomie de la clause compromissoire,” in ICC, *Homage a Frederic Eisemann, Liber Amicorum* (1978), p. 33. However, there is some national authority holding that an arbitral clause may be more narrowly construed. In *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967). the U.S. Supreme Court held that a claim of fraud in the inducement of the contract generally – as opposed to the arbitration clause itself – is for the arbitrators and not for the courts. In *Michele Amorosie Figli v. Fisheries Development Corporation*, 499 S. Supp. 1074 (1980), the court

(2) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการของ คู่สัญญาอีกฝ่ายโดยกล่าวอ้างว่าสัญญาดังกล่าวนั้นไม่มีผลบังคับใช้แล้ว หรือไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น ซึ่ง หากเราปล่อยให้ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวนี้มีผลต่อการตัดสินคดีหรือตัดสินอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เช่นนี้ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ประสงค์จะเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการยกข้ออ้าง นั้นมากล่าวอ้างโดยอ้างว่าตนไม่มีภาระที่จะต้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการเนื่องจากสัญญาเป็น โฆษะ ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้เกิดขึ้นอยู่เสมอ ๆ ไม่ว่าจะเป็นในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ภายใน ประเทศต่าง ๆ หรือไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นกรณีของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้วยิ่งประสบปัญหาเป็นอย่างมาก เนื่องจากว่าโดยทั่วไปแล้วไม่มีศาลระหว่างประเทศใด ๆ ที่มีเขตอำนาจศาลเชิงบังคับที่จะเป็นผู้ กำหนดหรือบังคับถึงควมมีผลของสัญญาระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ในส่วนของสัญญาพาณิชย์ ระหว่างประเทศซึ่งตามวิธีพิจารณาของคู่สัญญาแล้วจะต้องให้ศาลภายในของประเทศเป็นผู้บังคับก็ ตาม

(3) โดยความเป็นจริงแล้ว คู่สัญญาที่ตกลงเข้าผูกพันในสัญญาที่มีข้อตกลง การอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วยนั้น มิได้เป็นการเข้าผูกพันในสัญญาเพียงสัญญาเดียวแต่เป็นการเข้า ผูกพันในสองสัญญา กล่าวคือ

3.1 สัญญาฉบับแรกเป็นการที่คู่สัญญาเข้าผูกพันในสัญญาหลัก (substantive or principal agreement) ซึ่งจะเป็นสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติชำระหนี้ซึ่งคู่ สัญญามีต่อกัน

---

accordingly held that the claim of fraud insofar as it addresses the arbitration clause itself is for the court's determination. It also observed that, in *Prima Paint*, the arbitration provision encompassed any controversy or claim "arising out of or relating to this agreement", whereas in *Michhele Amoroso* the clause was limited to differences or disputes "arising out of this Agreement"; "notably, it omits reference to disputes relating to the agreements. The omission is significant..." (At p. 1080) The court held that an arbitration clause so drawn did not encompass a dispute over the contract's fraudulent inducement and hence was to be resolved by the court. See further Georges R. Delaume, Translation Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes (1985), XIII, Section 13.08, pp. 59-61.

3.2 สัญญาอีกฉบับหนึ่งเป็นส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นมา ซึ่งก็คือสัญญา ซึ่งมีสภาพเป็นอิสระแยกต่างหากจากสัญญาหลัก โดยสัญญานี้จะเป็นในเรื่องที่คู่กรณีจะเลือกเอาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้กับกรณีข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากสัญญาหลัก

ด้วยเหตุผลนี้แม้จะกล่าวอ้างว่าสัญญาหลักนั้นไม่สามารถบังคับได้ หรือตกเป็นโมฆะ หรือจะอ้างว่าสัญญาหลักได้ถูกทำให้เป็นโมฆะ หรือบอกเลิก หรือถูกยกเลิกชั่วคราว แต่สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งถือเป็นสัญญาที่แยกต่างหากจากสัญญาหลักยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ อันเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจที่จะพิจารณาตัดสินว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ หรือตลอดจนพิจารณาประเด็นปัญหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป

(4) มีการพิจารณาในประเด็นที่ว่าควรที่จะมีการยืนยันหลักเกณฑ์ในเรื่องของความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเนื่องจากมีเช่นนั้นแล้วศาลย่อมมีอำนาจในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทซึ่งได้มีการทำความตกลงให้นำขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้

ในทางปฏิบัตินั้น เนื่องจากความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Autonomy of the Arbitral Clause) เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาหลักและข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่ยังมิได้เกิดขึ้น หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ในเอกสารที่แยกต่างหากจากสัญญาหลักแต่่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับตัวสัญญาหลัก ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในส่วนของว่า "ความเป็นอิสระของสัญญาหลักจะส่งผลต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ยังมิได้เกิดขึ้น หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่" ตัวอย่างเช่น เมื่อได้มีการยื่นคำร้องขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอังกฤษในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีการคัดค้านว่า "สัญญาซื้อขายของคู่สัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกเป็นโมฆะ ดังนั้นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ ย่อมไม่สามารถบังคับได้" ซึ่งแนวความคิดในทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศส (French judicial practice) นั้นไม่ยอมรับแนวความคิดในลักษณะดังกล่าวนี้ เนื่องจากว่าหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในเรื่องนี้ไว้ว่า "ไม่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะได้กระทำขึ้นโดยแยกออกต่างหรือรวมอยู่ในเอกสารทางกฎหมายใดก็ตาม ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะถูกสงวนโดยข้อยกเว้นบางประการที่จะไม่นำเข้ามาเกี่ยวข้องกับเอกสารทางกฎหมายดังกล่าวนั้น และจะไม่ได้รับผลกระทบจากความเป็นโมฆะของเอกสารทาง

กฎหมายดังกล่าวนั้น<sup>64</sup> แม้ว่าในกรณีที่สัญญาหลักจะเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายเนื่องด้วยเหตุผลทางความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ก็ให้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มาบังคับใช้ และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ และในการสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวนี้ยังได้มีการกล่าวอ้างไว้อีกว่า

"แม้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวจะเกิดขึ้นหลังจากที่สัญญาหลักตกเป็นโมฆะแล้ว ด้วยเหตุผลขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย (public policy) แต่หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นผู้มีสิทธิที่จะเข้าทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอันเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลใช้บังคับอยู่"<sup>65</sup>

ในส่วนประเด็นของการโต้เถียงอื่นนั้น ได้มีการให้ความเห็นไว้ในลักษณะเดียวกันว่า "ในการที่จะตัดสินความมีผลใช้บังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ... ผู้พิพากษาที่เป็นผู้พิจารณาคดีดังกล่าวนี้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความมีผลใช้บังคับ หรือความเป็นโมฆะของสัญญาซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้เกี่ยวพันด้วย เนื่องจากว่า การพิจารณาตัดสินในประเด็นดังกล่าวนี้ไม่มีผลกระทบต่อความมีผลใช้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด เนื่องจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด ดังนั้นการมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการควรที่จะต้องถูกกำหนดให้เป็นอิสระจากข้อพิจารณาที่อนุญาโตตุลาการใช้ตัดสิน"<sup>66</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับแต่เฉพาะสำหรับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเท่านั้น กล่าวคือ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จะไม่นำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ<sup>67</sup> โดย

<sup>64</sup> See Orlean Appeals Court, 15 February 1966, *Revue de l'arbitrage*, No. 4/1966, p. 109. Cited in Stephen M. Schewble, *International Arbitration : Three Salient Problems*, p. 16.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Paris Appeals Court, 9 January 1962, in *Revue de l'arbitrage*, No. 1/1962, p. 12.

<sup>67</sup> ในปี ค.ศ. 1963 ศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสินไว้ในคดี "the Gosset" ว่าในการอนุญาโตตุลาการสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นอิสระแยกต่างหากจากสัญญาหลัก (Yves Derains, "National Report France" in *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VII-1982, p. 7) - The Decree of 12 May 1981, incorporated in New Code of Civil Procedure (Article



กฎหมายอนุญาโตตุลาการของฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>68</sup> (Code of Civil Procedure) โดยแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1981 โดยทำการยกเลิกกฎหมายอนุญาโตตุลาการเดิม (มาตรา 1005-1028) และใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ มาตรา 1442-1507<sup>69</sup>

นอกจากนั้นเมื่อปี ค.ศ.1963 ศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการในคดี Gosset ว่า "ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระจากสัญญาหลักในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ" ซึ่งข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่าบริษัทฝรั่งเศสชื่อ "Gosset" ติดต่อซื้อเมล็ดธัญพืชจากบริษัทอิตาลีชื่อ "Carapelli" โดยที่การนำเมล็ดธัญพืชเข้าฝรั่งเศสต้องได้รับอนุญาตเป็นพิเศษจากทางราชการก่อนจึงจะผ่านด่านศุลกากรได้ และบริษัท Gosset ทราบแล้วแต่ไม่สามารถขอคำอนุญาตพิเศษได้ แต่ก็แจ้งไปยังบริษัท Carapelli ให้ส่งเมล็ดธัญพืชให้โดยมีการระบุข้อตกลงเพิ่มเติมว่าบริษัท Gosset จะชำระค่าเมล็ดธัญพืชให้ต่อเมื่อได้ผ่านด่านศุลกากรเข้าประเทศฝรั่งเศสแล้ว ปรากฏว่าเมล็ดธัญพืชทั้งหมดไม่สามารถผ่านด่านศุลกากรเข้าประเทศฝรั่งเศสได้ บริษัท Carapelli จึงนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้ เนื่องจากบริษัท Gosset ปฏิเสธที่จะชำระราคา เพื่อเรียกร้องให้บริษัท Gosset ชดใช้ค่าเสียหายในการที่สินค้าไม่อาจนำผ่านด่านศุลกากรรวมทั้งค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอนุญาโตตุลาการอิตาลีวินิจฉัยชี้ขาดให้บริษัท Gosset ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท Carapelli ดังนั้นบริษัท Carapelli จึงนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นยื่นต่อศาลแพ่งฝรั่งเศสขอให้มีคำสั่งบังคับคดีให้ และประธานศาลแพ่งฝรั่งเศสได้ออกคำสั่งให้ตามที่บริษัท Carapelli ร้องขอ ต่อมาคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของฝรั่งเศสในปัญหาข้อกฎหมายว่าการที่บริษัท Gosset อ้างในชั้นอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดว่า สัญญาที่ทำไปนั้นใช้บังคับไม่ได้ ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการใช้บังคับไม่ได้ด้วย ซึ่งศาลสูงสุดฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ข้อตกลงตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะแยกข้อตกลงนั้นออกต่างหากจากสัญญาหลักหรือรวมอยู่ในสัญญาหลักก็ตามถือว่ามีควม

---

1473) has not altered this position. Cited in International Council of Commercial Arbitration, UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 77.

<sup>68</sup> Derains, Yves, "France" in International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 1, 1992, pp. 8-9.

<sup>69</sup> ดู 1980 Decree, Yearbook. Vol. VI (1981), pp. 1-23 และ Journal Official, May 14, 1981, p. 1380.

เป็นเอกเทศอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมาย ดังนั้นข้อตกลงในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงไม่เสียไปแม้ว่าสัญญาหลักจะเสียไปหรือใช้บังคับไม่ได้<sup>70</sup> การวางหลักแนวความคิดในลักษณะเช่นนี้มีให้เห็นต่อมาเป็นระยะ แต่สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศนั้นกลับไม่ปรากฏการยอมรับโดยแจ้งชัดในหลักแนวความคิดเรื่องความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการถึงแม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1466 ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาอำนาจของตน คือ ตัดสินในความสมบูรณ์หรือขอบเขตในหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงกำหนดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการยังคงเป็นไปตามสัญญาหลักเพราะบางครั้งมีการแปลความหมายจากฝ่ายตุลาการว่าควรมีความเสมอภาคต่อกรณีระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ<sup>71</sup>

ในทางตรงกันข้ามแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่ยอมรับกันในประเทศอังกฤษ และในกลุ่มประเทศคอมมอนเวลธ์อื่น ๆ<sup>72</sup> หลักในความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายของประเทศอังกฤษเดิมก็มิได้ระบุหลักนี้ไว้ แต่กฎหมายปัจจุบัน คือ Arbitration Act 1996 ได้บัญญัติไว้ว่าเว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นอันสมบูรณ์แม้ว่าสัญญาหลักนั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่ได้อยู่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากเป็นอิสระจากสัญญาหลัก<sup>73</sup> จึงถือว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้อง

<sup>70</sup> สุธาบดี สัตตบุศย์, "อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในทางการค้า," วารสารกฎหมาย 4, 3(กันยายน-ธันวาคม 2521) : 18-19 ดู Motulsky Revere Critique de Droit International Prive 1963. 623 และ BRUNO OPPETIT "Droit du Commerce International" 1977 P.U.F., p. 463 และดู วิจิตรวรรณ เจริญนาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", หน้า 59-60.

<sup>71</sup> ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VI (1981) France, 11.4 อ้างถึงใน วิจิตรวรรณ เจริญนาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", หน้า 60.

<sup>72</sup> ดู Johan Steyn, "National Report England", in Yearbook Commercial Arbitration, Vol. V-1980, p. 119; N. Krishnamurthi, "National Report India, in Yearbook Commercial Arbitration, Vol. II-1977, pp. 34-35. ; Maurice Schaeffer, "National Report South Africa", in Yearbook Commercial Arbitration, Vol. II-1977, pp. 78-79. Etc. Cited in International Council of Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 77.

<sup>73</sup> ดู Arbitration Act 1996, Sec. 7.

ดำเนินการให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษดำเนินไปตามแนวทางของธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศสมัยใหม่ซึ่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ค.ศ. 1996 (The Arbitration Act 1996) ได้แสดงแนวทางที่จะวางหลักเกณฑ์ให้เป็นไปตามแนวทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศสมัยใหม่นั้นเอง

โดยแนวความคิดดั้งเดิมของกฎหมายอังกฤษในประเด็นเรื่องความมีอยู่หรือความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตลอดจนแนวความคิดเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาหลักไม่กระทบถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญานั้น เป็นเหตุให้ศาลของประเทศอังกฤษค่อนข้างที่จะมีความโน้มเอียงไปในการตัดสินว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการในสัญญานั้นถือว่าเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักในกรณีดังต่อไปนี้ ตัวอย่างเช่น หากสัญญาหลักเป็นอันเลิกกัน ไม่ว่าจะด้วยการผิดสัญญา ผิดเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้หรือจะด้วยประการใดก็ตาม ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงมีผลบังคับใช้

แนวความคิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้ถือว่า "ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระจากสัญญาหลัก ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสัญญาซื้อขายขนสัตว์ ซึ่งผู้ซื้อได้ถูกหลอกให้เข้าทำสัญญาซื้อขาย แต่ในสัญญาซื้อขายดังกล่าวได้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งได้กำหนดขึ้นโดยความสมัครใจว่าข้อพิพาทใด ๆ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับเงื่อนไขหรือคุณภาพของสินค้าให้เสนอเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (the American Arbitration Association) ซึ่งศาลชั้นต้นได้ยกคำร้องขอให้ไปดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และพิพากษาให้รอการพิจารณาไปจนกว่าประเด็นในเรื่องของการซื้อโง่งจะได้รับการตัดสิน ซึ่งศาลอุทธรณ์ก็ได้เพิกถอนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นซึ่งได้พิพากษาไว้ว่า "ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นแยกต่างหากจากข้อกำหนดอื่น ๆ ของสัญญาไม่ตกเป็นโมฆะ และถ้อยคำในสัญญาดังกล่าวได้ครอบคลุมถึงคดีข้อโง่งนี้ด้วย"<sup>74</sup>

ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าหลักในเรื่องข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการแยกออกจากสัญญาหลักได้พัฒนาขึ้นเป็นหลักที่ยอมรับกันในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว<sup>75</sup> เนื่องจากในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการหลักในเรื่องความเป็นอิสระของข้อ

<sup>74</sup> Revue de l'arbitrage, No. 4/1959, pp. 128-130.

<sup>75</sup> ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดในคดี Lena Goldfields Co. -v- Union of Socialist Soviet Republics, Annual Digest of International Law Cases Vol. 25 (1929-1930), No. 258 โดยได้ตัดสินไว้ว่า "เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ... ให้ถือว่าสัญญา

ตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่สำคัญมาก กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการควรจะได้รับการพิจารณาให้เป็นสัญญาที่แยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อนหน้าหลัก (เป็นอิสระจากสัญญาที่ก่อนหน้าหลัก) โดยถือว่าแนวความคิดเช่นนี้สอดคล้องกับเจตนาของคู่สัญญาเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและเมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินว่าสัญญาเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับใช้ได้เสียแต่เริ่มต้น หรือถูกยกเลิกในภายหลังเช่นนี้ หลักในเรื่อง Separability จะทำให้ประเด็นปัญหาเหล่านี้สามารถแก้ไขได้ และทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมส่งผลให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาตัดสินชี้ขาดในเรื่องความเป็นโมฆะของสัญญาหลัก หรือความไม่มีผลบังคับใช้ของสัญญาหลักได้ อีกทั้งการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักก็เพื่อให้แน่ใจว่าแม้สัญญาหลักสิ้นสุดลงเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญา (ในเรื่องนี้อาจารย์จำปี ไสตติพันธ์ เคยให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า "การระงับสิ้นไปของสัญญานี้จะต้องไม่เข้าใจสับสนกับการระงับไปแห่งหนึ่งในกรณีของสัญญาสัญญาจะระงับได้นั้นจะต้องเกิดสัญญาขึ้นแล้ว และเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ก่อนนิติสัมพันธ์และก่อนสิ้นแล้ว ถ้ามีการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ถูกต้องตามสัญญา หนี้ตามสัญญาก็จะระงับไปไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระกันอีกต่อไป แต่ตัวสัญญาจะต้องคงอยู่ในฐานะที่รองรับ หรือเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่ได้ปฏิบัติชำระกันไปแล้ว หรือแม้จะสิ้นสุดลงก่อนกำหนดโดยเหตุพ้นวิสัยหรือขัดต่อกฎหมายเป็นกรณีไม่มีการปฏิบัติชำระหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องของการผิดสัญญา ซึ่งโดยลำพังแล้วการผิดสัญญาไม่ทำให้สัญญาจะระงับไปตัวเอง แต่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการผิดสัญญาดังกล่าวนั้นส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ หากคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีสิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิก็ต้องใช้สิทธิของตนโดยชอบแล้ว "สัญญา" จึงระงับสิ้นไป กล่าวคือ โดยการมีสิทธิบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาได้ทำลายนิติสัมพันธ์ที่เคยก่อให้เกิดขึ้นให้เสมือนกับว่านิติสัมพันธ์นั้นไม่เคยมีอยู่ เมื่อสัญญาไม่มี ผลที่จะเกิดจากสัญญานั้นก็ย่อมไม่มีไปด้วย การบอกเลิกสัญญาจึงเป็นการทำลาย "บ่อเกิดแห่งหนี้" เสียทีเดียว มิได้ทำลายแต่เฉพาะ "หนี้" เท่านั้น<sup>76)</sup> ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงใช้บังคับได้อยู่ เพราะข้อเรียกร้องส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นเมื่อสัญญาสิ้นสุดลง คู่กรณีจึงต้องการอนุญาโตตุลาการมากที่สุดในช่วงเวลานี้เพื่อ

---

อนุญาโตตุลาการนั้นแยกต่างหากจาก the legal relationship to which it refers" นอกจากนั้นแล้ว คำตัดสิน Ad hoc award of January 14, 1982 ในคดี Elf Aquitaine Iran -v- National Iranian Oil Company, YCA 1984, at 97, 102. Et seq. ก็ได้เคยตัดสินไว้ในทำนองเดียวกัน

<sup>76)</sup> จำปี ไสตติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมและสัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543) หน้า 271-273.

พิจารณาและวินิจฉัยข้อเรียกร้องของคู่กรณี ดังนั้นแม้จะมีการยกข้อต่อสู้ว่าสัญญาเป็นโมฆะหรือไร้ผลก็ตาม และข้อเท็จจริงที่ว่าสัญญาจะเป็นโมฆะหรือไร้ผลหรือไม่นั้นอนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีอำนาจพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการมีขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวหากพิจารณาดูในปัจจุบันแล้วอาจกล่าวได้ว่าหลักในเรื่อง Doctrine of Separability เป็นประโยชน์อย่างมากต่อการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเป็นหลักที่สามารถช่วยป้องกันในเรื่องของการประวิงคดีของคู่กรณีที่จะไม่ใช้การอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุผลความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ (สัญญาหลัก) ทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ไปด้วย

อย่างไรก็ตาม นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันหลักในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนหน้าหลักมีประเด็นที่น่าพิจารณาอยู่ 2 ประเด็นคือ

1) กรณีใช้หลัก Separability เพื่อพิจารณาถึงความมีผลใช้บังคับของสัญญาหลัก คำชี้ขาดในลักษณะเช่นนี้เป็นคำชี้ขาดบนพื้นฐานของเนื้อหาซึ่งเป็นการตัดสินที่ไม่เกี่ยวกับอำนาจการควบคุมของศาล เว้นแต่สัญญาดังกล่าวนั้นจะขัดกับหลักความสงบเรียบร้อย และในอีกกรณีก็คือ

2) กรณีใช้หลัก Separability มาเพื่อพิจารณาตัดสินชี้ขาดในเรื่องการเกิดของสัญญาหลัก (ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่) ในกรณีเช่นนี้คำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมขึ้นอยู่กับการควบคุมของศาล ในกรณีที่เกิดปัญหาว่าข้อพิพาทดังกล่าวสามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการหรือไม่

จากประเด็นพิจารณาดังกล่าวข้างต้น อาจกล่าวได้ว่านอกเสียจากประเด็นที่สองแล้วหลักในเรื่อง Separability ดูจะเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวนี้ได้รับการสนับสนุนเพิ่มเติมจากประเทศต่าง ๆ ที่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบเข้าเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศตน

สำหรับประเทศไทยนั้น ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ยังไม่มีการบัญญัติถึงหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ กล่าวคือ ยังมีได้มีการระบุว่าหากสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ สัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักจะสมบูรณ์หรือใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นอยู่เสมอ ๆ เนื่องจากในบางคดีก็มีปัญหากรณีที่คู่สัญญาอ้างว่าสัญญาหลักไม่มีอยู่เนื่องจากมีการบอกเลิกสัญญาไปแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายจะใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อีกฝ่ายอ้างว่าเมื่อไม่มีสัญญาหลักแล้ว

สัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นข้อสัญญาหรือข้อกำหนดในสัญญาหลักจึงไม่มีอยู่ด้วย ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากการบอกเลิกสัญญาจำต้องไปฟ้องร้องบังคับทางศาล เป็นต้น

### 3.2 พัฒนาการของความคิดเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Form of Arbitration Clause or Arbitration Agreement)

โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมักจะบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร จุดประสงค์หลักเพื่อเป็นการยืนยันถึงการรับรู้ในการตกลงเข้าทำการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง แต่ในระบบกฎหมายบางระบบนั้นไม่ต้องการรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในการดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศบางครั้งอาจจะพบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้จากการติดต่อสื่อสารแลกเปลี่ยนทางโทรพิมพ์ (telexes) ระหว่างคู่สัญญา

ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศรูปแบบใหม่บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมักกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้น "เป็นลายลักษณ์อักษร" ซึ่งโดยมากในทางปฏิบัติแล้วสัญญาอนุญาโตตุลาการก็มักจะทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกันเนื่องจากการง่ายแก่การพิสูจน์ และการขอบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

ในส่วนของอนุสัญญาระหว่างประเทศได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับข้อกำหนดของรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรมีกล่าวไว้แต่เพียงในมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กเท่านั้น ซึ่งในงานเตรียมการร่างกฎหมายของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก (travaux preparatoires) ได้ระบุไว้ว่า ผู้ร่างอนุสัญญาต้องการ (พยายาม) ที่จะบัญญัติให้มีการยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นโดยวาจา หรือการยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบของเอกสารอื่นใด

ในส่วนของการมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการในมาตรา V.1 (a) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้บัญญัติไว้ว่าคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธได้หากว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับใช้ได้ (เป็นโมฆะ) นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายแม่แบบได้บัญญัติไว้ว่าความเป็นโมฆะของสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเหตุหนึ่งที่สามารถทำให้คำชี้ขาดดังกล่าว

ถูกเพิกถอนได้ หรืออาจเป็นเหตุให้ปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ (Art. 34(2)(a)(i) และ 36(1)(a)(i) ซึ่งก่อให้เกิดคำถามว่าความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นจะพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (“กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับกรณี”) หรือจะพิจารณาจากกฎหมายของสถานที่ที่คำชี้ขาด (“the law of the country where the award was made “in the New York Convention or “the law of this state” in the Model law”)

ดังนั้น ความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงถือเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างมากประการหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการ ปัจจัยที่สำคัญอันมีผลต่อความมีผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการก็คือ

1. รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ
2. กฎหมายที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการ

โดยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงมีอาจปฏิเสธได้ว่าในส่วนของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากสำหรับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันมีมากจนมีคนกล่าวไว้ว่า “เป็นไปได้ไม่ได้ที่จะนึกถึงเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันโดยปราศจากการคิดถึงวิธีการอนุญาโตตุลาการ”<sup>77</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทอันอาจจะมีขึ้นในอนาคต ซึ่งโดยมากแล้วไม่ว่าจะเป็นข้อบังคับ สนธิสัญญา หรืออนุสัญญาที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศมักจะบัญญัติให้ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) หรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องสามารถทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรได้ ซึ่งจะส่งผลให้ศาลไม่มีอำนาจในการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดในเรื่องของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจึงเป็นสิ่งที่สำคัญในการแสดงออกถึงข้อตกลงเช่นว่านี้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศ ข้อบังคับ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นคงจะต้องพิจารณาในประเด็นที่ว่า “เป็นลายลักษณ์อักษร” (in writing) นั้นควรจะมีความหมายกว้างขนาดไหน

<sup>77</sup> Klein, Considerations, 10 Cited in Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 31.

### 3.2.1 แนวความคิดเรื่องข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985

ในส่วนของอนุสัญญาระหว่างประเทศนับตั้งแต่ในสมัยแรกของการเกิดกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นโปรโตคอลเจนีวา หรืออนุสัญญาเจนีวาไม่ได้มีบทบัญญัติใด ๆ เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เลย และด้วยเหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุให้ในหลาย ๆ ประเทศเกิดข้อโต้แย้งกันถึงความมีผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการเนื่องจากบทบัญญัติในโปรโตคอลเจนีวา และบทบัญญัติในอนุสัญญาเจนีวานั้นไม่ชัดเจนในประเด็นนี้

ในโปรโตคอลเจนีวามีได้มีบทบัญญัติใด ๆ ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>78</sup> กล่าวคือ มิได้วางบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ว่าจะต้องทำขึ้นในลักษณะใดจึงจะมีผลบังคับใช้ได้ เนื่องจากในขณะนั้นได้มีการยอมรับแนวความคิดที่ยอมให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถทำขึ้นโดยวาจา หรือในรูปแบบอื่นใด แต่ต่อมาเมื่อเริ่มมีการพัฒนา และยอมรับแนวความคิดที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการถือเป็นสัญญาชนิดหนึ่งจึงจำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญา เป็นเหตุให้จำเป็นต้องมีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น ตลอดจนในขณะนั้นมักเกิดปัญหาขึ้นเสมอ ๆ ในเรื่องของการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยคู่สัญญามักจะปฏิเสธการเข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยมักหยิบยกประเด็นในเรื่องแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็นประเด็นในการโต้แย้ง กอปรกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกของโปรโตคอลเจนีวา และประเทศอื่น ๆ อันเนื่องมาจากการตีความบทบัญญัติในโปรโตคอลเจนีวาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และความมีผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนั้นในอนุสัญญาว่าด้วยวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฏหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission, ILC) ในปี ค.ศ. 1952 ได้บัญญัติไว้ใน Article 1 ว่า

<sup>78</sup> H. Smit, V. Pechota, *International Arbitration Treaties*, (Sweet&Maxwell : 1998), p. 1.



"1. An undertaking to have recourse to arbitration may apply to existing disputes or to disputes arising in the future. Whatever the instrument or agreement from which it results, the understanding constitutes a legal obligation, which ought to be carried out in good faith.

2. The understanding shall result from a written document."<sup>79</sup>

โดย Mr. H. Lauterpacht ได้ให้ความเห็นในการประชุมครั้งนั้นว่า "ในขณะนี้เขาไม่เห็นเหตุผลใด ๆ ที่ว่าทำไมสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ" เนื่องจากขณะนั้นเองโดยข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ<sup>80</sup> (ICJ, International Court of Justice) เองแล้วนั้น ประเทศภาคีสมาชิกสามารถที่จะมีความผูกพันกันได้มากกว่าสนธิสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในเรื่องนี้เป็นเหตุผลสำหรับข้อจำกัดในเรื่องของกระบวนการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ แต่ Mr. Georges Scelle ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า "หากว่าเสียงส่วนมากของคณะกรรมการเห็นด้วยกับความเห็นของ Mr. J. M. Yepes ที่ว่าข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสำคัญที่จะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ นอกจากนั้นแล้วการพิจารณาร่างอนุสัญญาดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่คณะกรรมการได้ยกร่างเนื้อหาแยกต่างหากจากกฎหมายสนธิสัญญา ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงจำเป็นที่จะต้องบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ นอกจากนั้นแล้วยังได้กล่าวต่อไปอีกว่าตามความเห็นของคณะกรรมการแล้วเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจทำขึ้นในรูปแบบของเอกสารใด ๆ หรือทำขึ้นเป็นสัญญาอื่น ๆ นอกเหนือไปจากรูปแบบทั่วไปของสนธิสัญญา และอีกประการหนึ่งก็คือในขณะนั้นแล้วข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติประเทศต่าง ๆ ไม่เคยทำสัญญาดังกล่าวขึ้นโดยวาจาเลย<sup>81</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ต่อมาเมื่อ ECOSOC ได้ยกร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการขึ้นในปี ค.ศ. 1955 จึงได้บัญญัติถึงรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรของ

<sup>79</sup> คุรายนงานการประชุมครั้งที่ 138 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1952 (A/CN.4/18)

<sup>80</sup> ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นศาลที่สืบเนื่องมาจากศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ทำหน้าที่ตัดสินคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศที่คู่พิพาทเป็นรัฐ คูพิชย์ศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 95.

<sup>81</sup> คุรายนงานการประชุมครั้งที่ 138 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1952 (A/CN.4/18)

สัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในร่างของอนุสัญญาดังกล่าวโดยได้ระบุไว้ว่า "เพื่อที่จะให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้รับการบังคับตาม คู่สัญญาซึ่งต้องการจะบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องพิสูจน์ได้ว่าพวกเขาได้มีการตกลงกัน "เป็นลายลักษณ์อักษร" ที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ"<sup>82</sup> ซึ่งต่อมาเมื่อมีการนำร่างของ ECOSOC มาปรับปรุง และมีการร่างอนุสัญญารุงนวยอร์คขึ้นในปี ค.ศ. 1958 ปรากฏว่าแนวความคิดในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเริ่มที่จะเป็นรูปร่างขึ้นมาก โดยในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 1 ของอนุสัญญารุงนวยอร์คได้บัญญัติไว้ว่า

*'Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.'*

นอกจากนั้น คำจำกัดความของคำว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร" ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 2<sup>83</sup> ว่า

"สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หมายความว่าถึง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในสัญญาหลัก หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นแยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อนหน้านี้ได้รับการลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในจดหมายโต้ตอบ (an exchange of letters) หรือที่ปรากฏอยู่ในโทรเลข (telegrams)"

ซึ่งข้อกำหนดนี้ทั้ง Pieter Sanders และ Albert Jan van Den Berg ได้ให้ความเห็นไว้ว่าเป็นข้อกำหนดที่เป็นตัววางหลักเกณฑ์รูปแบบที่เป็นเอกภาพในเรื่องของรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (uniform) แทนบทบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในส่วน

<sup>82</sup> Art. III (a) UN COC E/2704 และ Corr. 1 ข้อกำหนดในลักษณะเดียวกันนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ใน Art. III (a) ของร่างอนุสัญญาของ ICC ในปี ค.ศ. 1953, ดู UN DOC E/C.2/373.

<sup>83</sup> *'The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.'*

ที่เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (the form of the arbitration agreement) ในกรณีนี้ที่สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้นอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก<sup>84</sup>

นอกจากนี้แล้วในย่อหน้าที่ 3 ของมาตรา 2 ซึ่งได้วางบทบัญญัติข้อกำหนดในส่วนของการยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ว่า

*'The Court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless, it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.'*

กล่าวคือ บทบัญญัติในเรื่องนี้ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลต้องให้คู่สัญญาไปทำการอนุญาโตตุลาการ หากว่าคู่สัญญาได้มีการตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันไว้และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปรารถนาที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งกรณีเช่นนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 2 ประการคือ

- 1) สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ความหมายของ “มาตรานี้” ตามที่บัญญัติไว้ในย่อหน้าที่ 1 และ 2 และ
- 2) สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นโมฆะ หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ไม่สามารถบังคับได้

เนื่องจากว่าในมาตรา 5 ย่อหน้าที่ 1(a) ของอนุสัญญานี้ได้บัญญัติถึงการปฏิเสธการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาด หากว่าคู่กรณีฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

*'The parties to the agreement referred to in Article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid*

---

<sup>84</sup> "Commentary", in Yearbook Commercial Arbitration Vol. VI (1981), pp. 202-206.

*under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.'*

อาจกล่าวได้ว่ามาตรา 5 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนี้มีใช้เป็นแต่เพียงบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิเสธคำชี้ขาดเท่านั้น แต่อาจกล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่สามารถนำไปปรับใช้ในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 3<sup>85</sup>

ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้วเรื่องของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องถูกทำขึ้น "เป็นลายลักษณ์อักษร" ตามบทบัญญัติในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก<sup>86</sup>

ประเด็นปัญหาต่อไปที่พึงพิจารณาในขณะนั้น ก็คือ คำจำกัดความของ รูปแบบ "เป็นลายลักษณ์อักษร" มีความหมายครอบคลุมเพียงใด อาทิเช่น จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องอยู่เฉพาะในรูปแบบของสัญญาซึ่งต้องได้รับการลงลายมือชื่อจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เนื่องจากในช่วงเวลานั้นได้มีการดำเนินธุรกิจในรูปแบบใหม่ ๆ เช่น การติดต่อสื่อสารทางโทรพิมพ์, โทรสาร, เทเล็กซ์ ซึ่งข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในการติดต่อสื่อสารรูปแบบดังกล่าวนี้จะมีผลบังคับใช้ได้ตามความในมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กหรือไม่ ในเรื่องนี้ได้เคยมีคดีพิพาทระหว่างบริษัทนายหน้าสองบริษัท<sup>87</sup> ซึ่งได้ทำการติดต่อสื่อสารกันทางเทเล็กซ์ โดยเป็นคดีที่เกิดขึ้นในกรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีข้อความปรากฏอยู่ในเทเล็กซ์ว่า "English Law – arbitration, if any, London according ICC Rules" ในคดีดังกล่าวนี้ได้รับการพิจารณาตัดสินว่าข้อความในลักษณะเช่นนี้ถือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สามารถบังคับใช้ได้ โดยถือว่าเป็นการให้มีการ

<sup>85</sup> "Commentary", in Yearbook Commercial Arbitration Vol. VI (1981), p. 211.

<sup>86</sup> Albert Jan van den Berg, "Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958?" , The Art of Arbitration : Essay on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sander 12 September 1912-1982 edited by Jan C. Schultsz and Albert Jan van den Berg. (Kluwer Law : Netherlands), p. 49.

<sup>87</sup> Arab African Energy Corp. Ltd. –v- Oileprodukten Nederland B.V. [1983 ] 2 Lloyd's Rep. 419; in practice however, so terse a form is not to be recommended.

อนุญาโตตุลาการขึ้นที่กรุงลอนดอน ภายใต้หลักเกณฑ์ของ ICC และให้ใช้กฎหมายอังกฤษมาใช้บังคับกับสัญญา<sup>88</sup>

ข้อกำหนดในมาตรา II (2) ของอนุสัญญาเวียนอร์คซึ่งมีข้อกำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะมีผลต่อการมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้มีการถกเถียงกันเป็นประเด็นในเรื่องความหมายของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" ว่าจะมีความหมายครอบคลุมเพียงใด ตัวอย่างเช่น ในศาลที่กรุงเจนีวาได้ปฏิเสธที่จะบังคับในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนอร์ค โดยปฏิเสธที่จะบังคับคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยอาศัยเหตุพื้นฐานของคำว่า "และจดหมายโต้ตอบแลกเปลี่ยน" ในมาตรา II (2) ของอนุสัญญากรุงเวียนอร์ค ได้มีการกำหนดไว้หรือไม่ว่าข้อตกลงที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยแจ้งชัด และไม่หมายรวมถึงกรณีของการขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต<sup>89</sup> (letter of credit)

ในประเทศฝรั่งเศสแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายใต้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญากรุงเวียนอร์ค 1958 ศาลของประเทศฝรั่งเศสได้เคยตัดสินไว้ว่า "เมื่อเป็นที่ปรากฏโดยแน่ชัดในการติดต่อธุรกิจว่าผู้ขายชาวฝรั่งเศสมิได้แสดงการปฏิเสธใด ๆ เกี่ยวกับข้อความที่ระบุไว้ว่า "ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทใด ๆ ขึ้นคู่สัญญาจะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมถือโดยนัยได้ว่าผู้ขายได้ตกลงยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไว้ และจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น แม้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้ระบุว่าอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้นจะต้องกระทำขึ้นในต่างประเทศ (ประเทศของผู้ซื้อซึ่งเป็นชาวอังกฤษ) แม้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้จะได้ถูกพิมพ์ขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซึ่งผู้ซื้อได้ดำเนินการส่งคืนให้แก่ผู้ขายชาวฝรั่งเศส เพื่อยืนยันบทสรุปของการดำเนินธุรกิจซึ่งได้เจรจาโดยวาจากันไว้ก็ตาม"<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice on International Commercial Arbitration, (2<sup>nd</sup>.ed., London : Sweet & Maxwell, 1991), p. 4.

<sup>89</sup> For the text of the dicission of 8 June 1967 in the Walsum v. Chenaliers case .See *Revue de l'arbitrage*, No. 4/1959, p. 56.

<sup>90</sup> French Court of Cassation, Civil-Commercial Chamber, 17 October 1961, in *Revue critique de droit international prive*, No. 1/1962, pp. 129-130.

ดังนั้น เป็นที่ตระหนักดีว่าในปัจจุบันได้มีแนวโน้มในการบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น มีการพิจารณาตัดสินว่าในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการดำเนินการติดต่อทางธุรกิจ โดยในการตอบกลับคำสั่งซื้อได้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ให้ถือว่าข้อตกลงดังกล่าว นั้นเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้น "เป็นลายลักษณ์อักษร"<sup>91</sup>

แนวความคิดที่คล้ายกันนี้ได้รับการยอมรับในประเทศอิตาลี ตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งซึ่งได้มีการทำคำร้องขอที่ประเทศอิตาลีเพื่อขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นที่กรุงนิวยอร์กตามที่ได้มีการตกลงไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้บรรจุไว้ในสัญญาเช่าเรือซึ่งได้ทำขึ้นที่กรุงนิวยอร์กระหว่างผู้ขนส่งชาวอเมริกันและผู้เช่าเรือชาวอิตาลี ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นได้กำหนดไว้ว่าให้ทำการอนุญาโตตุลาการที่กรุงนิวยอร์ก ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมิได้มีการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1341 ของ Italian Court Code โดยศาลของประเทศอิตาลีถือว่าข้อกำหนดที่ว่าให้ทำ "เป็นลายลักษณ์อักษร" นั้นเป็นเรื่องของ "รูปแบบ" ให้อยู่ภายใต้กฎหมายของศาลของประเทศที่จะนำคำชี้ขาดไปบังคับ ซึ่งในมลรัฐนิวยอร์กนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีการยืนยันถึงข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงสามารถบังคับได้ อีกทั้งบทบัญญัติตามมาตรา 1341 ของ Italian Civil Code ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่บัญญัติถึงกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศ มิได้นำไปใช้บังคับในระดับระหว่างประเทศซึ่งจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงเรื่องความสงบเรียบร้อย<sup>92</sup>

นอกจากนั้นศาลอิตาลียังได้เคยมีแนวทางการตัดสินในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ไว้แล้วโดยในครั้งนั้นได้มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งได้ทำขึ้นที่ประเทศเซคโกสโลวาเกียตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งในประเทศเซคโกสโลวาเกียนั้นกำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นไม่

<sup>91</sup> Paris Appeals Court Fifth Chamber, Decision of 14 February 1970, Ballais versus (1) Dobois and Co. (2) Nataf, Revue de l'arbitrage, 1970, No. 3, p.178.

<sup>92</sup> Italian Court of Cassation, 2 May 1960, in Journal de droit international (Clunet), No. 3/1961, p. 860.

จำต้องได้รับการยืนยันเป็นหนังสือซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติประมวลกฎหมายการ  
อนุญาโตตุลาการของประเทศเชโกสโลวัก<sup>93</sup>

นอกจากนี้ ยังได้เคยมีคดีที่ได้มีการกล่าวอ้างถึงอนุสัญญานิวยอร์ค ค.ศ.  
1958 ไว้ว่า "บทบัญญัติตามมาตรา II ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์คที่ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ  
สำหรับข้อพิพาทที่ยังมิได้เกิดขึ้น หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร  
นั้น ให้หมายความว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้นจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือและมีลายมือชื่อ  
ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปรากฏในเอกสารนั้นจึงจะมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญา" โดยกล่าวอ้าง  
ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้มิได้บรรจุอยู่ในสัญญาที่คู่สัญญาลงลายมือชื่อ แต่ปรากฏอยู่ใน  
เงื่อนไขทั่วไปในการนำส่งสินค้า ซึ่งจำเลยมิได้รับรู้ในส่วนนี้ ตลอดจนคู่สัญญาก็มิได้ลงลายมือชื่อ  
ไว้ ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ยกคำกล่าวอ้างของจำเลยโดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากคู่สัญญาทั้ง  
สองฝ่ายได้รับทราบดีอยู่แล้วว่าสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ลงนามนั้นครอบคลุมถึงเงื่อนไขทั่วไปของการ  
ซื้อขายและการส่งมอบประกอบกับเงื่อนไขดังกล่าวนั้นมีสำเนาแนบติดกับสัญญาอย่างมิดชิดได้ว่าเงื่อนไข  
ดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและย่อมมีผลผูกมัดคู่สัญญา ดังนั้นข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่า  
จำเลยได้ลงลายมือชื่อโดยมิได้ตั้งข้อสงวนใด ๆ ไว้ในสัญญาเกี่ยวกับเรื่องการอนุญาโตตุลาการ  
ย่อมถือได้ว่าสัญญาดังกล่าวหมายรวมถึงเงื่อนไขทั่วไปนั้นด้วย ประกอบกับทั้งในเงื่อนไขดังกล่าวได้  
มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย<sup>94</sup>

จากการศึกษาอนุสัญญากรุงนิวยอร์คจะพบว่าเนื่องจากอนุสัญญานี้  
ได้ร่างขึ้นโดยอาศัยพื้นฐานจากรูปแบบของการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ ตลอดจนเทคโนโลยีที่ใช้  
ในการติดต่อสื่อสารในขณะนั้น ซึ่งในเวลาต่อมาในส่วนของ การติดต่อค้าขายระหว่างประเทศได้มีการ  
พัฒนาในรูปแบบเทคโนโลยีที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารให้ทันสมัยขึ้น เพื่อช่วยให้การดำเนินธุรกิจ  
ระหว่างประเทศต่าง ๆ ใช้ระยะเวลาในการติดต่อสื่อสารที่สั้นลง จนปัจจุบันระบบการติดต่อสื่อสาร  
ได้พัฒนาจนกระทั่งมีรูปแบบการติดต่อดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบของพาณิชย์  
อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic commerce) นอกจากนั้นแล้วนับจากช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นต้นมา

<sup>93</sup> Trieste Appeals Court, 13 July 1956, in journal de droit international (Clunet), No. 3/1961, p. 864. Cited in Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1972, Vol. III, p. 223.

<sup>94</sup> Arbitration Commission of the Chamber of Commerce of Romania, interlocutory award of 30 November 1971, Case 621/1970.

เหมือนว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นที่ยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลายขึ้น  
 สิ่งหนึ่งที่พึงพิจารณาอีกคือในการประชุมเพื่อเตรียมประกาศใช้อนุสัญญากรุงนิววยอร์กนั้น (the  
 Conference of Plenipotentiaries) ในที่ประชุมได้ตระหนักดีว่า "ความเป็นเอกภาพของกฎหมาย  
 ภายในของแต่ละประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศจะเป็นสิ่งที่  
 ช่วยให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาททางพาณิชย์มีประสิทธิภาพมากขึ้น  
 ..."<sup>95</sup>

ด้วยเหตุนี้ได้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า "การเพิ่มประสิทธิภาพตลอดจนการ  
 สนับสนุนให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์  
 ระหว่างประเทศนั้นจำเป็นที่จะต้องตีความบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิววยอร์กให้สอดคล้องกับการ  
 เปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจ ตลอดจนรูปแบบในการติดต่อดำเนินธุรกิจ"<sup>96</sup>

แนวความคิดในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่ปรากฏใน  
 อนุสัญญากรุงนิววยอร์กยังคงได้รับการถือปฏิบัติตาม ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติใน European  
 Convention 1961 ซึ่งได้บัญญัติจำกัดความของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" ไว้ในมาตรา 1.2  
 (a) โดยข้อความในมาตราดังกล่าวนี้อธิบายความที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก  
 มาตรา 2 ย่อหน้า 2 แต่ประเด็นที่แตกต่างจากอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ก็คือใน European  
 Convention 1961 ได้ขยายความครอบคลุมรูปแบบของการติดต่อสื่อสารที่มากขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้  
 ในอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก กล่าวคือ ในอนุสัญญากรุงนิววยอร์กได้กล่าวถึงรูปแบบของการติดต่อสื่อ  
 สารในลักษณะของจดหมายโต้ตอบ (an exchange of letter) หรือรูปแบบของโทรเลข (telegrams)  
 แต่ใน European Convention 1961 ได้ขยายความรวมถึงการติดต่อสื่อสารในรูปแบบของเครื่อง  
 โทรพิมพ์สำหรับรับหรือส่งข้อความในรูปสัญญาไฟฟ้า (teleprinter) ซึ่งมาจากเหตุผลที่ว่าในขณะที่มี  
 การร่างบทบัญญัติใน European Convention 1961 รูปแบบของการติดต่อสื่อสารในทางการ  
 พาณิชย์ระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปจากในสมัยที่ร่างอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก

นอกจากนั้นกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่าง  
 ประเทศซึ่งได้ถูกยกกว้างขึ้นมาในภายหลังไม่ว่าจะเป็น UNCITRAL Model Law on International

<sup>95</sup> A/CN/WG.II/WP.110, p. 18.

<sup>96</sup> ดู Final Act of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration ปี ค.ศ. 1998.



Commercial Arbitration หรือ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce นั้นได้สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดในเรื่องของการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศว่ากฎหมายเกี่ยวกับการค้า และการอนุญาตตุลาการนั้นจะต้องคำนึงถึงรูปแบบกระบวนการในการติดต่อสื่อสาร และแนวทางในการดำเนินธุรกิจ เป็นเหตุให้การให้คำจำกัดความ (การตีความ) ของคำว่า "สัญญาได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร" (in writing) ให้มีลักษณะเดียวกันนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากจะช่วยให้คู่สัญญาสามารถคาดเดาเหตุการณ์อันจะเกิดขึ้นไว้ได้ก่อน ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างมากสำหรับการดำเนินธุรกิจโดยเฉพาะในกรณีที่คู่สัญญามาจากระบบกฎหมายหรือระบบเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน

### 3.2.2 แนวความคิดเรื่องข้อตกลงอนุญาตตุลาการไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985

ต่อมาเมื่อได้มีการร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ คณะผู้ร่างมิได้มีการวางบทบัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน the European Convention 1961 กล่าวคือ มิได้มีการวางหลักเกณฑ์ในกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการมิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีได้หมายความว่าคณะผู้ร่างมิได้มีการคำนึงถึงเรื่องเหล่านี้<sup>97</sup>

ในกฎหมายแม่แบบได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในลักษณะเช่นเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก<sup>98</sup> กล่าวคือ ต้องการให้สัญญาอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แม้ว่าโดยทั่วไปในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศในบางประเทศอาจจะยอมรับสัญญาที่ได้ทำขึ้นโดยวากิตตาม อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบก็ดูจะสมบูรณกว่าบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กในประเด็นที่ไม่ยินยอมหรือไม่สนับสนุนแนวความคิดที่ว่าให้นำกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ (ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ) มาใช้บังคับ ซึ่งในเรื่องนี้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก มาตรา 7 (1) สามารถกระทำได้หากว่าคู่สัญญาตกลงเช่นว่านั้น ในส่วนของกฎหมายแม่แบบ (Model Law) ต้องการที่จะครอบคลุมสัญญาอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศทั้งหมด และตามที่เป็นบัญญัติไว้ในมาตรา 7(2) ที่บัญญัติไว้

<sup>97</sup> International Council of Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 58.

<sup>98</sup> A/CN.9/207, p. 81.

ว่า "สัญญาอนุญาตโตตุลาการต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร"<sup>99</sup> อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของรูปแบบของข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการดังกล่าวก็ยังมีข้อยกเว้นในชั้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ไม่มีกรณียุติคำร้องขอตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 (2)

คำจำกัดความของคำว่า "แบบเป็นลายลักษณ์อักษร" นั้นเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11(2) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก แต่ว่ามีส่วนเพิ่มเติมขึ้นมาสองประเด็นเพื่อเพิ่มความกระจ่างชัดในขอบเขตของความหมายของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" โดยการเพิ่มคำว่า "เทเล็กซ์ หรือการติดต่อในทางอื่นใดซึ่งสามารถที่จะถือได้ว่าเป็นการบันทึกข้อตกลงไว้" ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้เพิ่มเติมขึ้นมาเพื่อที่จะครอบคลุมถึงรูปแบบของการติดต่อทางธุรกิจแบบใหม่ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

เนื่องจากในกฎหมายแม่แบบคณะทำงานมิได้วางบทบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า "หลักเกณฑ์ที่ว่าสัญญาอนุญาตโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะเป็นหลักเกณฑ์อันนำมาซึ่งความเป็นโมฆะของสัญญาอนุญาตโตตุลาการนั้นหรือไม่" โดยเป็นที่ตระหนักดีว่าในทางปฏิบัติของบางประเทศ หรือในธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของบางแห่งได้ยอมรับในเรื่องสัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจา ด้วยเหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุให้คณะผู้ร่างกฎหมายแม่แบบตระหนักดีว่ากฎหมายแม่แบบควรที่จะครอบคลุมถึงสัญญาอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศในทุกประเภท ดังนั้นการที่กฎหมายแม่แบบมิได้มีการกล่าวถึงสัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจาก็เพื่อที่จะเปิดประเด็นในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ และเพื่อให้ขึ้นอยู่กับการพิจารณาภายใต้กฎหมายอื่นซึ่งมีใช้เจตนาของคณะทำงาน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ทางคณะทำงานจึงได้ตัดสินใจที่จะจัดทำบทบัญญัติซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ได้กับกรณีทั่ว ๆ ไป (ข้อยกเว้น) ไว้ในร่างของกฎหมายแม่แบบเพื่อให้คู่สัญญาที่ทำสัญญาอนุญาตโตตุลาการโดยวาจา นั้นสามารถที่จะทำให้สัญญาอนุญาตโตตุลาการของตนมีผลใช้บังคับได้ แม้ว่าจะมิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ทำให้คู่สัญญาดังกล่าวนั้นสามารถดำเนินกระบวนการอนุญาตโตตุลาการต่อไปได้<sup>100</sup> ซึ่งข้อยกเว้นในลักษณะเช่นนี้คณะทำงานได้เคยวางหลักเกณฑ์และได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 ของ the UNCITRAL Arbitration Rules โดยบัญญัติว่า

<sup>99</sup> A/CN.9/233, para. 66 ; A/CN.9/232, para. 46.

<sup>100</sup> ดู Doc.A/CN9/233, point. 66

*"A party who knows that any provision of, or requirement under, this law has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance promptly or if a time-limit is provided therefore in this law, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object."*<sup>101</sup>

เป็นอันเข้าใจกันดีว่าสืบเนื่องจากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นถึงเจตนาของคณะกรรมการในการที่จะอนุญาตให้คู่สัญญาซึ่งได้ตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวาจาไว้สามารถที่จะเริ่มกระบวนการวิธีพิจารณาตามที่ได้ตกลงกันไว้ได้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ยกข้อต่อสู้ (ข้อคัดค้าน) "ในทันที" หรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องต่อสู้คัดค้านประเด็นดังกล่าวนี้ไว้ในคำให้การ หากไม่ปรากฏข้อคัดค้านดังกล่าวให้ถือว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นได้สละสิทธิในการคัดค้านเรื่องของรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการในประเด็นที่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์ และให้ถือว่าการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้นสามารถบังคับได้

อย่างไรก็ตาม ท้ายสุดแล้วเจตนารมณ์เริ่มแรกของคณะกรรมการร่างกฎหมายแม่แบบก็ได้เป็นไปตามที่ตั้งไว้แต่แรก เนื่องจากบทบัญญัติยกเว้นดังกล่าวนี้มีได้เป็นบทบังคับเด็ดขาด ในขณะที่บทบัญญัติในมาตรา 7 ย่อหน้าที่ 2 นั้นเป็นบทบังคับเด็ดขาด ซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์ในเรื่องของการสละสิทธิดังกล่าวนี้แต่อย่างใด

ในขณะที่บทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ขณะเดียวกันร่างของกฎหมายแม่แบบได้พยายามที่จะให้คำจำกัดความของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" ให้แจ้งชัดขึ้นกว่าเดิมเพื่อแก้ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นจากการตีความคำจำกัดความของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" ที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั่นเอง

<sup>101</sup> จากการประชุมในเดือนกันยายน ค.ศ. 1983 คณะทำงานได้ตัดสินใจที่จะจำกัดข้อยกเว้นไม่อนุญาตในส่วนของการข้อกำหนดที่มีข้อบังคับเด็ดขาด และใช้คำว่า "without delay" แทนคำว่า "promptly" เนื่องจากจะทำให้บทบัญญัตินั้นค่อนข้างที่จะมีความยืดหยุ่นกว่าเดิม

เนื่องจากตามความในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ถือว่าได้ทำ "เป็นลายลักษณ์อักษร" หมายถึง "สัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือได้ปรากฏข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในจดหมายโต้ตอบ หรือในโทรเลข" โดยที่**มิได้มีการกล่าวถึง**การติดต่อสื่อสารในรูปแบบใหม่ ๆ อาทิเช่น การติดต่อสื่อสารทางการค้าในรูปแบบของเทเล็กซ์ หรือในรูปแบบของการติดต่อสื่อสารอื่น ๆ ที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในกลุ่มพ่อค้าในยุคถัดมา ตลอดจนการกล่าวอ้างถึงเอกสารอื่นใดที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ในเอกสารนั้น และเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์ที่ได้กระทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นรูปแบบที่นิยมกันในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในยุคสมัยนั้น<sup>102</sup> เหตุผลหนึ่งในขณะนั้นที่อนุสัญญากรุงนิวยอร์กมิได้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงการติดต่อในลักษณะของเทคโนโลยีสมัยใหม่เหล่านี้ก็เนื่องจากว่าในขณะที่มีการจัดทำอนุสัญญากรุงนิวยอร์กลักษณะของการติดต่อสื่อสารในรูปแบบของเทคโนโลยีใหม่ ๆ ดังกล่าวยังมีได้เกิดขึ้น เป็นเหตุให้ต่อมาภายหลังเมื่อมีการพัฒนาของเทคโนโลยีการสื่อสารใหม่ ๆ ขึ้นส่งผลให้บทบัญญัติซึ่งมีอยู่ไม่สามารถครอบคลุมลักษณะของการติดต่อเหล่านี้จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้รองรับกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเหล่านี้

ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมายแม่แบบได้ขยายขอบเขตความหมายของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" (in writing) ไว้ค่อนข้างกว้างกว่าในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก โดยในกฎหมายแม่แบบได้เพิ่มเติมความหมายให้ครอบคลุมไปถึง "เทเล็กซ์ หรือการติดต่อสื่อสารในความหมายอื่นใดซึ่งสามารถที่จะแสดงให้เห็นข้อตกลงของการอนุญาโตตุลาการ" ดังนั้นความหมายตามกฎหมายแม่แบบจึงค่อนข้างที่จะครอบคลุมไปถึงแนวทางในการติดต่อสื่อสารในแวดวงธุรกิจสมัยใหม่แทบทั้งหมด ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องและรับกับการพัฒนาของรูปแบบเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารในสมัยใหม่ อันสามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นได้นั่นเอง

นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายแม่แบบยังได้มีการพิจารณาถึงกรณีที่เกี่ยวข้องตกลงการอนุญาโตตุลาการได้บรรจุไว้ใน**เอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์นั้น** (the reference document) อาทิเช่น มีการบรรจุเงื่อนไขในเรื่องการอนุญาโตตุลาการไว้ในเงื่อนไขทั่วไปของการขนส่ง, การส่งมอบ, การซื้อ, การก่อสร้าง เป็นต้น ซึ่งเอกสารดังกล่าวได้ถูกทำขึ้นและส่ง

<sup>102</sup> International Council of Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 60.

จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือจากบุคคลอื่นใดไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย การติดต่อสื่อสารในลักษณะเช่นนี้มักปรากฏขึ้นอยู่เสมอในการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นทั้งในการดำเนินธุรกิจภายในประเทศ หรือในระดับระหว่างประเทศก็ตามมักพบเห็นได้อยู่เสมอ และเนื่องจากเอกสารในลักษณะเช่นนี้มักจะมีข้อตกลงการอนุญาตตุลาการระงับไว้ซึ่งต่อมาได้มีการทำสัญญาโดยอาศัยเหตุสืบเนื่องมาจากเอกสารดังกล่าวโดยที่บางครั้งคู่สัญญาอาจจะมีได้ลงลายมือชื่อไว้ในเอกสารประเภทนี้เลย จึงเป็นเหตุให้เกิดประเด็นคำถามที่สำคัญขึ้น นั่นคือเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจะถือได้ว่าข้อตกลงการอนุญาตตุลาการที่บรรจุอยู่ในเอกสารเช่นว่านั้น (มีการกล่าวอ้างถึงเอกสารเช่นว่านั้นในสัญญา แต่เอกสารดังกล่าวนั้นมีได้ลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญา) ได้ถูกทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่"

เนื่องจากในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กมิได้มีการระบุประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ไว้ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาดูจากบทบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ หรือดูจาก jurisdiction<sup>103</sup>

เมื่อลองพิจารณาดูจากกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ แล้วจะเห็นได้ว่าในบางประเทศมีแนวคิดว่าสัญญาอนุญาตตุลาการที่มีได้ลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถบังคับใช้ได้ถือเป็นโมฆะ แต่ในบางประเทศก็กำหนดให้ข้อตกลงการอนุญาตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นเอกสารแยกต่างหาก และจะต้องมีการกล่าวอ้างไว้ในสัญญาอย่างชัดแจ้ง<sup>104</sup> หรือแม้แต่

<sup>103</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากประเทศภาคีสมาชิกโดยส่วนใหญ่ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กปรากฏโดยทั่วไปว่า ความเข้าใจในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณี แต่ให้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 2 ย่อหน้าที่ 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ดู Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VIII, 1983, p. 343.

<sup>104</sup> ตัวอย่างเช่นในบางประเทศอิตาลีบัญญัติให้ข้อตกลงการอนุญาตตุลาการจะต้องกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขทั่วไป หรือในสัญญามาตรฐานโดยจะต้องได้รับการอนุมัติเป็นพิเศษเป็นลายลักษณ์อักษร มิเช่นนั้นแล้วให้ถือว่าข้อตกลงการอนุญาตตุลาการดังกล่าวตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้

อย่างไรก็ตามศาลสูงของประเทศอิตาลีได้ตัดสินไว้ว่า รูปแบบดังกล่าวข้างต้น (Art. 1341 & 1342 ของ Civil Code) มิให้นำมาใช้บังคับกับกรณีสัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวนี้ทำขึ้นในต่างประเทศและเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายต่างประเทศ ดูรายละเอียดใน "Consolidated Commentary, Vol. III และ IV" by Pieter Sanders in Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979, p. 240 ; also article by Prof. Giuseppe Mirabelli in the same volume, pp. 362-372.

ในบางประเทศก็มีการกำหนดเงื่อนไขเป็นพิเศษสำหรับการบังคับตามข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไว้

จากการศึกษากฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และได้พบเห็นความแตกต่างในแนวความคิดในเรื่องเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศแล้ว คณะทำงานจึงได้ทำการปรึกษาหารือและทำการพิจารณาศึกษาบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านั้นเพื่อที่จะหาทางออกที่ดีที่สุดสำหรับปัญหาในเรื่องนี้ ทำยสุดจึงได้มีการวางบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 7 ย่อหน้าที่ 2 ซึ่งบัญญัติว่า

*"The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provide that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause a part of the contract"*<sup>105</sup>

ถือได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 7 ย่อหน้าที่ 2 เป็นบทบัญญัติที่ครอบคลุมแนวทางการปฏิบัติในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเป็นบทบัญญัติซึ่งถือว่าเอกสารในลักษณะเช่นนี้เป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สามารถบังคับใช้ได้ โดยมีจำต้องนำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ไปบรรจุไว้ในเอกสารทางกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง ในทางตรงกันข้ามในขณะที่ถือว่า "ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุอยู่ในเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องในสัญญาพาณิชย์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา" นับได้ว่าเป็นการวางหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดสำหรับความมีผลบังคับใช้ของเอกสารเช่นว่านั้น เป็นที่ตระหนักดีว่าในทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศแล้วคู่สัญญาในสัญญาทางพาณิชย์มักที่จะมีการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุอยู่ในเอกสารประเภทดังกล่าวนี้ (โดยมากมักจะกำหนดไว้เป็น "เงื่อนไขทั่วไป") มากกว่าที่จะมีการบัญญัติเป็นข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการในเอกสารทางกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง<sup>106</sup> และเป็นเหตุผลหนึ่งในการหลีกเลี่ยงในเรื่องของการอ้างซ้ำซ้อน (double reference) เนื่องจากการอ้างอิงถึง "เงื่อนไขทั่วไป" นั้นเป็นสิ่งแรกที่สำคัญสำหรับการค้า

<sup>105</sup> International Council of Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 61.

<sup>106</sup> ตัวอย่างเช่น รูปแบบของสัญญามาตรฐานในการค้าขายต่างประเทศของประเทศโปแลนด์ได้มีการอ้างไปถึงเงื่อนไขทั่วไปในของการซื้อขาย ซึ่งข้อกำหนดหนึ่งในเงื่อนไขทั่วไปได้กล่าวไว้ว่า "ให้รวมถึงข้อกำหนดในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ"

ในอีกด้านหนึ่งนั้น เนื่องจากมิได้มีการมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่าจะต้องมีการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้โดยชัดแจ้ง จึงเป็นเหตุให้มีการตีความที่แตกต่างกันออกไปในเรื่องของการกล่าวอ้างถึงเอกสารอื่นซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ว่าเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขในสัญญาหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าในกฎหมายแม่แบบมิได้มีการพิจารณาถึงปัญหาในเรื่องของสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่สัญญาเกิดจากรูปแบบของการยื่นคำเสนอ การตอบกลับคำเสนอ และการยืนยันคำเสนอซึ่งเป็นเอกสารโต้ตอบระหว่างคู่สัญญา ทั้งในเอกสารดังกล่าวได้มีการกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขข้อตกลงทางการค้า และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยในส่วนของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้มักใช้คำที่แตกต่างออกไปจากเดิม ซึ่งมักเรียกว่า "battle of form" ในทางปฏิบัติแล้วลักษณะเช่นนี้มักเกิดขึ้นบ่อยในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ<sup>107</sup> ตัวอย่างซึ่งมักพบเห็นเป็นกรณีทั่วไปก็คือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ส่งคำเสนอของตนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยใช้รูปแบบมาตรฐานของคำเสนอ ซึ่งในคำเสนอดังกล่าวได้มีข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ด้วย และคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับคำเสนอตกลงยอมรับคำเสนอดังกล่าวนั้นทุกประการ พร้อมทั้งได้ทำการตอบรับกลับมาโดยใช้แบบฟอร์มมาตรฐานของตนเพื่อเป็นการยืนยันการตอบรับข้อเสนอ โดยในบางครั้งอาจมีการพิมพ์ข้อความเกี่ยวกับข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่ผิดแผกไปจากเดิม ต่อมาหลังจากที่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ทำคำเสนอได้รับคำตอบรับดังกล่าวจึงได้ดำเนินการตามข้อตกลงในสัญญาต่อไปโดยมิได้มีการทำคำคัดค้านเป็นลายลักษณ์อักษรในประเด็นของเนื้อหาของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เปลี่ยนไปอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายที่ตอบรับคำเสนอได้ส่งกลับมาให้

นอกจากนั้น บ่อยครั้งที่ปรากฏว่าคู่สัญญาซึ่งทำการเจรจาซื้อขายโดยอาศัยรูปแบบมาตรฐานมักจะทำการเจรจาต่อรองกันแต่เฉพาะในเรื่องของราคา คุณภาพและปริมาณของสินค้า ตลอดจนเรื่องระยะเวลาในการส่งมอบเท่านั้น โดยมิได้มีการพูดคุยหรือเจรจากันเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่สัญญาจะเลือกใช้ไว้ในสัญญา แต่มักจะนำเรื่องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไปบรรจุไว้ใน "เงื่อนไขทั่วไป" ซึ่งมักอยู่ในเอกสารฉบับอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาพาณิชย์ เช่น ในใบสั่งซื้อ, ใบยืนยันการสั่งซื้อ เป็นต้น เช่นนี้แล้วเอกสาร

<sup>107</sup> International Council of Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 62.

ฉบับใดกันแน่ที่คู่สัญญาตัดสินใจเลือกใช้ ในกรณีเช่นนี้มักก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมาย และปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นอย่างน้อย 2 ประเด็น คือ

1. ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจากรูปแบบมาตรฐานใดที่ถือเป็นสัญญา อนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้นไม่ผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลย

2. เจตนาของคู่สัญญาในการตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการ อนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะที่แตกต่างไปจากรูปแบบมาตรฐาน ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป เป็นผลให้บทสรุปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นส่งผล ให้ข้อพิพาทดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลตามปกติ และพิจารณาว่าควรจะนำกฎหมายใดมา ใช้บังคับกับสัญญาเช่นว่านั้นหรือไม่

ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบมิได้บัญญัติไว้ว่าต้องนำ กฎหมายภายในของแต่ละประเทศและเขตอำนาจศาล (jurisdiction) มาปรับใช้กับกรณี ย่อมก่อให้เกิด ความขัดแย้งในแนวคิดของแต่ละประเทศ เนื่องจากกฎหมายบางประเทศก็ได้บัญญัติถึงความ จำเป็นที่คู่สัญญาจะต้องลงลายมือชื่อในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพียงแต่มีข้อความในสัญญาที่ สามารถแปลได้ใจความว่าคู่สัญญาทั้งสองตกลงที่จะเข้าทำการอนุญาโตตุลาการก็ถือว่าเป็นสัญญา อนุญาโตตุลาการแล้วโดยตัวของมันเอง<sup>108</sup> แต่ในบางประเทศนั้นยอมรับว่าจำเป็นที่จะต้องมีการระบุแบบ ข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ<sup>109</sup>

ดังนั้น กฎหมายแม่แบบไม่ควรที่จะมองข้ามประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ ซึ่ง บ่อยครั้งมักจะเกิดปัญหาในเชิงปฏิบัติขึ้น จึงควรที่จะสร้างหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้ในการ ตีความประเด็นปัญหาดังกล่าว อีกทั้งหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมนั้นไม่ควรที่จะมองข้ามข้อเท็จจริงที่ ว่าในกรณีที่เป็นเรื่องของสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาโดย *facta concludentia* ได้มีการกล่าวถึงรูปแบบมาตรฐานของเงื่อนไขทางการค้าของคู่สัญญาทั้งสอง ฝ่ายไว้ ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการรวมไว้ด้วย แม้ว่าจะมีถ้อยคำของข้อตกลง อนุญาโตตุลาการที่แตกต่างไปบ้าง แต่ก็สามารถแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจ เจตนาและความยิน

<sup>108</sup> International Council of Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL' Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 63.

<sup>109</sup> Ibid, p. 63.



ยอมของคู่สัญญาที่จะระงับข้อพิพาทอันอาจจะมีขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการ และไม่ต้องการที่จะเสนอข้อพิพาทดังกล่าวนั้นขึ้นสู่ศาลภายในประเทศของประเทศใดไว้โดยชัดแจ้งและเป็นลายลักษณ์อักษร

ความเห็นในเรื่องนี้ได้ถูกนำไปเป็นแนวทางในการร่างหลักเกณฑ์กฎหมายแม่แบบโดยบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบได้บัญญัติไว้ว่า

"the situation in question leads to the conclusion of an arbitration agreement, within the scope consistent with both arbitration clause involved, however, as to the principle only, i.e., to the exclusion of the jurisdiction of ordinary courts and with the understanding that all procedural and other questions and with the understanding that all procedural and other questions unless specifically agreed upon by the parties, shall be governed by the Model Law."<sup>110</sup>

จะสังเกตได้ว่าส่วนหนึ่งเพิ่มเติมเข้ามาในกฎหมายแม่แบบก็คือ ข้อความประโยคสุดท้าย เนื่องจากต้องการที่จะแก้ไขปัญหาที่มักเกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติในอนุสัญญารุงนวยอร์คอันเป็นเหตุให้เกิดปัญหาและแนวทางคำพิพากษาของศาลที่แตกต่างกันออกไปในคดีที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ ในกรณีนี้คู่สัญญาแทนที่จะทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาของพวกเขา แต่กลับทำข้อตกลงไว้ในเอกสารอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (ตัวอย่างเช่นนำไปบรรจุไว้ในส่วนของเงื่อนไขทั่ว ๆ ไปหรือในสัญญาฉบับอื่น) เช่นนี้แล้วย่อมถือว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางพาณิชย์ ซึ่งแน่นอนว่าเมื่อเป็นเช่นนี้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวถือได้ว่าเข้าตามบทบัญญัติมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 7 (2) นั้นกล่าวไว้แต่เพียงว่าสิ่งที่มีกรกล่าวอ้างตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ก็คือเพียงแต่ต้องกระทำขึ้นในรูปของเอกสาร ซึ่งมีได้มีการกำหนดไว้ว่าจะต้องมีการกล่าวอ้างไว้อย่างชัดเจนถึงเอกสารที่ได้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Ibid, p. 63.

<sup>111</sup> Cf. A/Cn. 9/246, para. 19.

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ นับจากอดีตจนถึงปัจจุบันจะพบได้ว่าพอที่จะแบ่งรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้เป็น

1) **กรณีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย**  
(Both parties have agreed in writing)

ทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการใหม่ ๆ และจากมาตรา II Sec. 2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาต่างยอมรับว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้ หากว่าได้ระบุไว้ในสัญญาใด ๆ ก็ตามซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ลงลายมือชื่อ หรือในจดหมายโต้ตอบ, โทรเลข หรือโทรสารโดยไม่ต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือในกรณีที่มีการอ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการ หลังจากนั้นต่อมาคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาได้เกิดช่องว่างในประเด็นเรื่องของสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยมีการกล่าวอ้างไปถึงการดำเนินการติดต่อในรูปแบบใหม่ ๆ อาทิเช่น teletex การติดต่อสื่อสารทางด้านอิเล็กทรอนิกส์ การติดต่อสื่อสารโดยระบบไร้สายและความหมายอื่นใดของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) ซึ่งในปัจจุบันนี้ก็ยังไม่เป็นที่รู้จักกันดีนัก

รูปแบบของการติดต่อสื่อสารที่เปลี่ยนแปลงไปเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ส่งผลต่อสภาพความมีผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเป็นเรื่องของแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในการติดต่อสื่อสารรูปแบบใหม่เหล่านี้จะถือเป็นสัญญาสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และสามารถทำให้คู่สัญญาได้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาตกลงที่จะไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกระบวนการพิจารณาคดีของศาลภายในประเทศนั้น ๆ หรือไม่ อย่างไรก็ตามความหมายของการติดต่อสื่อสารในลักษณะเช่นนี้ให้หมายรวมถึงแต่กรณีที่สัญญาดังกล่าวเหล่านั้นปรากฏอยู่บนหน้าจอคอมพิวเตอร์ และได้มีการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้ในความจำของ computer terminal<sup>112</sup> ซึ่ง

<sup>112</sup> สำหรับกฎหมายแม่แบบ ฉบับที่ก๊อปปี้ของตัวแทนจากประเทศสหรัฐอเมริกาในการปรึกษาหารือขององค์การสหประชาชาติใน UN.Doc/A/CN.9/263, para 4 : (...คำจำกัดความนี้มีความจำเป็นที่จะต้องมีความ flexibility เพื่อที่จะให้มีความหมายที่กว้างและสามารถครอบคลุมถึงวิธีการในการดำเนินธุรกิจประเภทต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น และครอบคลุมถึงความหมายของรูปแบบการติดต่อสื่อสารแบบใหม่ที่มีทั้งในปัจจุบันและอาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต โดยตัวแทนจาก

ได้แก่กรณีที่ข้อความที่ปรากฏอยู่ในสัญญาอนุญาตโตตุลาการและเงื่อนไขตามที่ตกลงกันไว้เป็นที่  
 ประจักษ์แจ้งแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ณ. เวลาที่เข้าทำการตกลง และสัญญาอนุญาตโตตุลาการนี้  
 สามารถที่จะดำเนินการจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรได้ในเวลาต่อมา ดังนั้นสัญญา  
 อนุญาตโตตุลาการจะต้องสามารถจัดทำขึ้น "ให้เป็นรูปแบบที่ถาวรและสามารถมองเห็นได้"<sup>113</sup> กล่าว  
 คือ การยอมรับการติดต่อสื่อสารทาง EDI นั้นคู่สัญญาควรจะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

- คู่สัญญาที่ดำเนินการติดต่อสื่อสารจะต้องมีการตกลงยอมรับว่าการรับ  
 ข้อความทาง EDI ต้องมีผลบังคับใช้เสมือนแบบเดียวกับการติดต่อโดยการแลกเปลี่ยนเอกสาร และ  
 ให้ถือเสมือนว่าเป็นการติดต่อที่มีลักษณะ "เป็นลายลักษณ์อักษร"

- ในการรับรู้ ยอมรับ และการยืนยันการแลกเปลี่ยนเอกสารทาง  
 อิเลคทรอนิกส์ดังกล่าวนั้นอาจทำได้โดยการโทรศัพท์ยืนยันและ/หรือ test-keys (identification of  
 the transmitting machine) การแสดงออกทางอิเลคทรอนิกส์โดยใช้เครื่องหมาย รหัส ลายมือทาง  
 อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่ได้รับการลงนามหรือบรรจุรวมไว้ในเอกสารแต่ละฉบับที่ได้ถูกนำ  
 ส่งโดยคู่สัญญา และคู่สัญญาฝ่ายที่นำส่งนั้นได้รับทราบและยืนยันว่าเอกสารดังกล่าวนั้นได้ถูกนำส่ง  
 โดยฝ่ายตนจริง

- คู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารดังกล่าวจำเป็นต้อง  
 ต้องเก็บบันทึก หรือ "log" of the EDI messages หมายความว่าวิธีการที่คู่สัญญาใช้ในการบันทึก  
 ข้อความทั้งที่ได้ส่งไปและข้อความที่ได้รับในรูปแบบของตนเอง จะต้องมีการบันทึกข้อความเหล่านั้น

---

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตีความข้อความที่ว่า "other means of telecommunications" ให้หมายรวม  
 ถึงรูปแบบทั้งหมดของเทคนิคทางคอมพิวเตอร์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถแสดงออกมาเป็นบันทึกลาย  
 ลักษณ์อักษรได้" อ้างไว้ใน Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9  
 (Kluwer Law & Taxation Publishers : 1993), p. 137.

<sup>113</sup> UN Doc.A/CN.9/WG.II/WP.37 สำหรับกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้น A.  
 Brocher ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า "บทบัญญัติที่ว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" นั้นมิได้หมายความว่า  
 เพียงว่าสัญญาอนุญาตโตตุลาการจะต้องทำขึ้นในรูปแบบที่แน่นอน (substantive form) เพียงแค่  
 สัญญาดังกล่าวนั้นอยู่ในรูปแบบของการติดต่อสื่อสารส่งข้อมูล ซึ่งสามารถที่จะดำเนินการจัดทำขึ้น  
 เป็นลายลักษณ์อักษรได้ในภายหลัง และเป็นการสื่อสารที่สามารถยืนยันความต้องการของคู่สัญญา  
 แต่ละฝ่าย" อ้างไว้ใน Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p.  
 138.

ตามลำดับเหตุการณ์และเป็นที่น่าพอใจได้ว่าการบันทึกข้อความ EDI messages นั้นเป็นรูปแบบที่สามารถอ่านได้ ตัวอย่างเช่น สามารถที่จะทำการจัดพิมพ์ผ่านทางเครื่องปริ้นเตอร์ได้<sup>114</sup>

ดังนั้น อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าการติดต่อสื่อสารในทางธุรกิจระหว่างประเทศโดยการใช้ EDI นั้นคงจะเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย และในอนาคตอันใกล้ก็คงจะได้มีการพัฒนาและปรับปรุงเทคโนโลยีของระบบการติดต่อสื่อสาร EDI ให้มีประสิทธิภาพเสมือนเป็นการติดต่อทางเครือข่ายที่ใกล้กัน โดยพัฒนาให้เป็นระบบที่สมบูรณ์มากขึ้น ซึ่งสามารถทำให้การติดต่อของเครือข่าย EDI แสดงออกมาในรูปของสัญญาได้ ท้ายสุดแล้วรูปแบบของการติดต่อสื่อสารในลักษณะเช่นนี้ย่อมครอบคลุมถึงการตีความโดยกว้างของมาตรา 2 sec. 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก เพราะเนื้อความในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั้นสามารถปรับให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีได้ โดยเนื้อความในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้กล่าวถึงไว้แต่เพียงในเรื่อง "telegrams" เนื่องจากในช่วงปี ค.ศ. 1950-1959 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก การติดต่อสื่อสารในลักษณะเช่นนี้เป็นรูปแบบสำหรับการติดต่อสื่อสารของคู่สัญญาซึ่งอยู่ห่างกันด้วยระยะทางที่ทันสมัยที่สุดในขณะนั้น ประกอบกับบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กมิได้เป็นบทบัญญัติที่ห้ามศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ในการที่จะยอมรับการตีความอนุสัญญากรุงนิวยอร์กในลักษณะที่กว้าง<sup>115</sup> ลักษณะของการวางบทบัญญัติในลักษณะนี้ช่วยให้สามารถนำไปสู่หลักปฏิบัติในการตีความอนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่ "สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง" (reality-oriented interpretation) ของการติดต่อสื่อสารซึ่งห่างด้วยระยะทางที่อาจเกิดขึ้นได้<sup>116</sup> ลักษณะรูปแบบของการติดต่อสื่อสารเหล่านี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาโดยมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการติดต่อสื่อสารเพื่อให้ทันสมัยและรวดเร็วขึ้น ในการปรับปรุงแก้ไขครั้งหลังสุดในเรื่อง

<sup>114</sup> UN Doc.A/CN.9/350, at 18 โดยใน UNCITRAL นั้นได้สังเกตเห็นว่าร่างสัญญาการติดต่อในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นจะต้องมีการพิจารณาถึงความร่วมมือกันในการวางหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องของ EDI เพื่อเป็นการสนับสนุน EDI ในการติดต่อทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ปัจจุบันบัญญัติถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการอนุญาตให้ตุลาการที่ทำการขึ้นเป็นเอกสารและต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญา ดู UN Doc.A/CN.9/350, at 29.

<sup>115</sup> Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 134, see also the Swiss decision BGE 111 Ib, at 255; Cour d' Appeal Paris, Boman Oil NV v. ETAP, YCA 1988, at 466 (Telex).

<sup>116</sup> Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 139.

INCOTERM ได้มีการยอมรับข้อสมมุติฐานที่ว่า การติดต่อทางเอกสารอาจดำเนินการโดยการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ได้<sup>117</sup> โดยใน the new ICC Uniform Rules for Demand Gurantees ยังได้ยอมรับไว้ว่า "ลักษณะของ "writing" and "written" นั้นจะต้องรวมถึง an authenticated teletransmission or tested electronic data interchange ("EDI") message equivalent thereto"<sup>118</sup> จะพบได้ว่าเทคโนโลยีในแขนงนี้มีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว

ในปัจจุบัน แนวคิดที่จะยอมรับแต่เพียงเอกสารที่ได้จัดทำขึ้นเป็นแผ่นกระดาษนั้นดูเหมือนว่าจะล้าสมัยไปแล้วภายในระยะเวลาสั้น ๆ นี้<sup>119</sup> เนื่องจากเอกสารที่จะมีการระบุข้อตกลงการอนุญาตใตตุลาการไว้ในกระดาษอย่างแน่ชัดนั้นจะพบได้แต่ในรูปแบบของเงื่อนไขสัญญามาตรฐาน ดังนั้นการตีความบทบัญญัติมาตรา 2 ย่อหน้า 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กในลักษณะอย่างกว้างจะเหมาะสมกับการพัฒนาของแนวทางปฏิบัติในการติดต่อค้าขายระหว่างประเทศ<sup>120</sup> ประกอบกับแนวทางความเป็นเอกภาพในการตีความบทบัญญัติในเรื่องของแบบของสัญญาอนุญาตใตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายใหม่ ๆ นั้นล้วนแล้วแต่ได้รับการพิจารณาในลักษณะที่กว้างยอมนำมาซึ่งแนวทางในการตีความบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กอย่างกว้างเช่นกัน<sup>121</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงถือได้ว่าคำว่า "เอกสารได้ตอบ" ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั้นมีความหมายครอบคลุมไปถึงการติดต่อสื่อสารทางคอมพิวเตอร์ การติดต่อสื่อสารโดยเทคโนโลยีระบบไร้สาย และการจัดเก็บข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์แล้ว<sup>122</sup>

<sup>117</sup> Cf., the revised version of the CIF Clause (No. A8), INCOTERMS in the version in effect as of July 1, 1990, ICC Publ. No. 460, at 56 Cited in Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 140.

<sup>118</sup> Article 2 d of ICC Uniform Rules for Demand Gurantees, ICC Publ. No. 458.

<sup>119</sup> ICC Annual Report 1989, at 14. Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 140.

<sup>120</sup> Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 140.

<sup>121</sup> Cf. UN Doc./A/40/17, para 87 ซึ่งกล่าวไว้ว่า มันมีความสัมพันธ์กันระหว่าง ความกว้างของขอบเขตของข้อกำหนดรูปแบบที่ใช้บังคับได้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบ และการตีความของอนุสัญญา (the widening of the Scope of the ML' formal validity requirements and the interpretation of the Convention)

<sup>122</sup> ดู Van den Berg, New York Convention, p. 192 who requires the actual exchange of documents.

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของเอกสารที่มีได้ใช้ในการติดต่อสื่อสารอย่างเป็นทางการของคู่สัญญาแต่ได้รับการลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น "บันทึกภายในสำนักงาน" เกี่ยวกับบทสรุปของการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์<sup>123</sup> ซึ่งในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กไม่ถือว่าเอกสารดังกล่าวเป็นสัญญาอนุญาติตตุลาการ แต่ในแนวความคิดของกฎหมายอนุญาติตตุลาการฉบับใหม่ของประเทศเนเธอร์แลนด์ และกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์กลับถือว่าเอกสารดังกล่าวสามารถถือได้ว่ามีสัญญาอนุญาติตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เนื่องจากกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ไม่จำเป็นที่จะต้อง "มีการแลกเปลี่ยนเอกสารต่อกันระหว่างคู่สัญญา" ซึ่งโดยมากของกรณีเช่นนี้ปัญหาของการระงับข้อพิพาทได้มีการกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ทำให้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขทั่วไปในสัญญาซึ่งได้มีการรวมไว้ในสัญญาโดยการกล่าวอ้างถึง ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีเพื่อช่วยทำให้สัญญาดังกล่าวนั้นมีความสมบูรณ์ขึ้น<sup>124</sup>

## 2) กรณีข้อตกลงอนุญาติตตุลาการได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว (Only one Party had agreed in writing)

แนวทางปฏิบัติในทางการค้าระหว่างประเทศบ่อยครั้งที่พบว่ามีการทำกรายืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้โดยวาจา โดยการทำเป็น "จดหมาย" หรือ "broker's note" และถือเป็นการยอมรับโดยปริยายจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นนี้แล้วในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กมิได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงลักษณะกรณีเช่นนี้ไว้<sup>125</sup> หรือแม้แต่ในมาตรา 7 sec 2

<sup>123</sup> ดู the significance of keeping written memoranda of oral negotiations as reflected in the experience of the Iran-US Claims Tribunal, Holtzmann, Private Investors Abroad, (1987), p. 16-11.

<sup>124</sup> Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 140.

<sup>125</sup> โดยคำจำกัดความตามมาตรา 2 Sec 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กค่อนข้างที่จะบัญญัติไว้โดยละเอียด และไม่อนุญาตให้ตีความมากเกินไปกว่าที่ระบุไว้ ดู Van den Berg, New York Convention, p. 178 หรือเคยมีกล่าวไว้ใน Van den Berg, YCA 1989, p. 550 ว่าสัญญาอนุญาติตตุลาการที่อยู่ในข้อความยืนยันการซื้อหรือการขายนี้จะถือว่าเป็น formal validity requirement ของมาตรา 2 sec. 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กก็ต่อเมื่อข้อความยืนยันดังกล่าวนั้นได้ลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือเมื่อสำเนาเอกสารได้มีการถูกนำเสนอขึ้นไม่ว่าสำเนานั้นจะได้ลงลายมือชื่อหรือไม่ก็ตาม หรือเมื่อการยืนยันดังกล่าวนั้นได้รับการยอมรับจากคู่สัญญาซึ่งได้รับการยืนยันดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะด้วยวิธีการติดต่อสื่อสารในรูปแบบ

ของกฎหมายแม่แบบ<sup>126</sup> ซึ่งเป็นมาตราที่ยึดแบบอย่างมาจากเนื้อความในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กก็มีได้บัญญัติครอบคลุมถึงประเด็นในเรื่องนี้ไว้ ลักษณะเช่นนี้มักจะเกิดขึ้นบ่อยในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ทำข้อเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับข้อเสนอกลับทำการตอบรับข้อเสนอโดยวาจาซึ่งมักพบได้บ่อยในการดำเนินธุรกิจซื้อขายสินค้า และในธุรกิจการประกันภัยรูปแบบใหม่ หรือในธุรกิจซื้อขายใบรับฝากของในคลังสินค้า (the negotiable warehouse receipt) ("Warrants") ซึ่งมักจะลงลายมือชื่อของผู้ออก warrant เพียงฝ่ายเดียว<sup>127</sup> หรือในใบตราส่งซึ่งมักจะลงลายมือชื่อของฝ่ายผู้รับขน หรือจากตัวแทนของผู้รับขนเพียงฝ่ายเดียว โดยผู้รับหรือลูกคามีได้ลงลายมือชื่อไว้ ในกรณีเช่นนี้จะมีการกล่าวอ้างถึงเงื่อนไขที่ไว้ได้ในสัญญาโดยในสัญญาดังกล่าวได้มีการบรรจุข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไว้ ในทางตรงกันข้ามในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นไปในลักษณะที่เคร่งครัด แต่การดำเนินธุรกิจจะหว่างประเทศค่อนข้างที่จะเน้นในเรื่องของความไม่สลับซับซ้อนและรูปแบบของสัญญาที่มีประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้จึงมีการยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแสดงออกว่ายอมรับโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว<sup>128</sup> โดยลักษณะของการติดต่อสื่อสารทางธุรกิจในลักษณะเช่นนี้อยู่นอกเหนือบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก แต่แนวคิดในลักษณะนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศ

---

ใดก็ตามส่งไปยังคู่สัญญาที่เป็นผู้ส่งคำยืนยันนั้น Cited in Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 142.

<sup>126</sup> UN Doc.A/40/17, para. 84.

<sup>127</sup> Cf. NOFOTA (ed.), Trading Rules 1990/1991, p. 85 et seq., form Contract for International Oil trade.

<sup>128</sup> โดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ของประเทศเนเธอร์แลนด์นั้นยอมรับถึงความจำเป็นของการร่างสัญญาระหว่างประเทศในลักษณะนี้ และตระหนักดีถึงการยอมรับความหมายอย่างกว้างของสัญญาประเภทนี้ ดู Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 143, cf. See also the decision of the Rechtbank Rotterdam of June 26, 1970, YCA 1976, p. 195 ซึ่งเป็นการกล่าวถึงมาตรา 2 Sec.2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก โดยในคดีดังกล่าวนี้ผู้ซื้อได้ส่งใบสั่งซื้อเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังผู้ขาย โดยในการตอบกลับนั้นทางผู้ซื้อได้รับสัญญาซื้อขาย โดยมีสำเนาซึ่งลงลายมือชื่อของผู้ซื้อแต่ไม่ได้ดำเนินการส่งคืนไปให้แก่ผู้ขาย แต่ในสัญญาได้มีข้อความเกี่ยวกับข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการไว้โดยชัดเจน ศาลจึงได้ตัดสินโดยตีความหมายมาตรา 2 Sec. 2 ให้อย่างกว้าง และให้เหตุผลไว้ว่าสืบเนื่องจากเอกสารได้ตอบที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นแสดงให้เห็นโดยปราศจากข้อสงสัยว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างได้รับทราบถึงการเกิดของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สวีตเซอร์แลนด์ซึ่งมิได้บัญญัติถึงความจำเป็นในรูปแบบของการแลกเปลี่ยนเอกสารในทางปฏิบัติ เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาจะพบว่ารูปแบบของการดำเนินการทางธุรกิจในระดับขณะนี้เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายในทางการค้าในยุคปัจจุบัน และมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการดำเนินธุรกิจในสมัยนี้ เป็นเหตุให้จำเป็นต้องมีการวางรูปแบบของบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ไว้

ด้วยเหตุนี้ กลุ่มคณะทำงานของประเทศเยอรมันจึงได้มีการเพิ่มบทบัญญัติใหม่ใน Section 3 ลงไปขยายความมาตรา 7 ของกฎหมายแม่แบบ โดยบทบัญญัติใน Section 3 นี้ ได้ยึดแบบมาจากมาตรา 17 sec.1 ของ the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Civil and Commercial Judgements ซึ่งได้มีการทบทวนอีกครั้งในปี ค.ศ. 1978<sup>129</sup> ในบทบัญญัติใหม่ของประเทศเยอรมันนั้นนอกจากจะอนุญาตให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถทำขึ้นโดยวาทาซึ่งได้มีการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาต่อมา กล่าวคือ มีการทำสัญญาโดยวาทากันก่อนระหว่างคู่สัญญาในการเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามในแนวทางปฏิบัติทางการติดต่อซื้อขาย หรือทางการค้าแล้วยังมีรูปแบบอื่น ๆ ของการติดต่อซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างได้รู้ หรือควรที่จะรู้ถึงข้อตกลงดังกล่าว<sup>130</sup> ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะนี้ยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งได้จัดทำขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในเอกสารยืนยันการสั่งซื้อเป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งถือว่าการดำเนินธุรกิจดังกล่าวเป็นการยอมรับโดยปริยายจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยให้ถือว่าสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นโดยวาทาก่อนหน้าของคู่สัญญานั้นไม่มีความจำเป็น หากว่าได้เป็นไปตามข้อกำหนดในบทบัญญัติของกฎหมาย ให้ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับแม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีได้ทำการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters of September 27, 1968 as amended by the Convention on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland of October 9, 1978, ILM 1979, at 21, 26; the amendment was induced by the Segoura/Banakdarian decision of the European Court of Justice, ECJ 1976, at 1851, Cited in Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p. 144.

<sup>130</sup> Cf. The proposal of the Italian delegate in UN Doc.A/CN.9/SR.311, para. 25.

<sup>131</sup> หลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน the 1978 amendment of the CE Convention เป็นผลตามมาของ the Segoura/Bonakdasian decision of the European Court of Justice ซึ่งศาลต้องการ



นอกจากนั้นการนิ่งเฉยโดยมิได้ทำการโต้แย้งใด ๆ เกี่ยวกับคำยืนยันการสั่งซื้อในใบเสนอขายซึ่งได้มีข้อตกลงการอนุญาตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ให้ถือว่าพอเพียงแล้วที่จะถือว่าได้เข้าตามข้อกำหนดของกฎหมายเยอรมันในเรื่องของรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการที่สามารถมีผลบังคับใช้ได้ ซึ่งข้อบังคับของเยอรมันนั้นได้ยอมรับเอากฎหมายแม่แบบขององค์การสหประชาชาติ (Model Law) เข้ามาเป็นแบบในการร่างกฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศตน<sup>132</sup> ในเรื่องนี้มีตัวแทนจากบางประเทศได้กล่าวอ้างว่าบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ดูเหมือนว่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นภายใต้การตีความอนุสัญญากรุงนิวยอร์กในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการ<sup>133</sup> ซึ่งดูเหมือนว่าแนวคิดตามข้อเสนอของคณะทำงานชาวเยอรมันในประเด็นดังกล่าวจะมีเหตุผล และความสมบูรณ์ เนื่องจากได้มีการพิจารณาไปถึงรูปแบบที่จำเป็นตามกฎหมายซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตได้

การยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรใหม่ หากว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เป็นผู้เสนอวิธีแนวทางในการแก้ไขข้อโต้แย้งโดยระบุไว้เป็นข้อตกลงในการยืนยันคำสั่งซื้อเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งดูจะเป็นข้อกำหนดที่เข้มงวดจนเกินไปสำหรับการค้าขายระหว่างประเทศเสมือนกับว่าความมั่นคงของการเปลี่ยนแปลงของราคาตลาดนั้นก็เพื่อจะทำให้คู่สัญญาที่มีความมั่นใจ และสามารถเข้าทำสัญญาของเขาได้โดยมีราคาตลาดที่แจ่มชัดไม่จำเป็นต้องมีการเจรจาใหม่ในส่วนหนึ่งของแนวทางในการเลือกวิธีในการระงับข้อพิพาทแต่ก็ยังคงเกี่ยวข้องกับสภาพของราคาใหม่ที่ปรากฏอยู่ในตลาดนั้น ๆ

<sup>132</sup> ดูคำตัดสินของ the District Court (Landgericht) Essen of December 12, 1990, RIW 1992, at 227; โดยคำพิพากษานี้เป็นคำพิพากษาแรกของศาลยุโรปที่เกี่ยวข้องกับประเพณีทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาบรัสเซล (the Brussels Convention) ซึ่งได้มีการแก้ไขเมื่อปี ค.ศ. 1978; โดยในคดีนี้เกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตตุลาการซึ่งอยู่ในคำยืนยันคำสั่งซื้อโดยอ้างถึงรูปแบบของเงื่อนไขของสัญญามาตรฐาน ; see generally Schmidt, RIW 1992, at 173, 178 et.seq. who maintains that Art. 17 Sec. 1 ( c ) as amended by the Lugano Convention does not necessarily impose stricter requirements than its predecessor, thus confirming the view that the new version merely serves to clarify the true significance and scope of the commercial usage requirement. Cited in Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 145.

<sup>133</sup> เทียบ The statement ของตัวแทนของ IBA, ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย ดู UN Doc.A/CN.9/311, paras 20, 22, 23.

แนวความคิดของกฎหมายเยอรมันยังครอบคลุมไปถึงความสำคัญของใบตราส่ง (bill of lading) ซึ่งแม้ว่าจะออกโดยผู้ขนส่งและได้รับการลงลายมือชื่อโดยผู้ขนส่งแต่เพียงฝ่ายเดียวก็ตาม ก็ถือเป็นรูปแบบของสัญญาอนุญาตต่อตุลาการที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายระหว่างผู้รับขนและผู้ส่ง เนื่องด้วยวิธีการเหล่านี้ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าในธุรกิจขนส่งสิ่งของทางทะเล (shipping) ซึ่งคู่สัญญาจะต้องรู้ หรือควรจะรู้ โดย Mr. Kropholler เคยให้ความเห็นไว้ว่า "สัญญาอนุญาตต่อตุลาการจะมีผลผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา (ผู้รับขน และผู้ขน) ในกรณีที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ยอมรับเงื่อนไขทั่วไปในสัญญาขนส่ง ซึ่งโดยปกติมักจะมีการพิมพ์ไว้ด้านหลังของแบบฟอร์มเอกสารใบตราส่ง"<sup>134</sup>

ในปัจจุบันมีคดีมากมายที่ยอมรับว่าการยืนยันคำสั่งซื้อที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรให้หมายรวมถึงการอ้างถึงเงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ในสัญญาทั่วไปซึ่งมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตต่อตุลาการด้วย<sup>135</sup>

### 3) กรณีข้อตกลงอนุญาตต่อตุลาการ หรือสัญญาอนุญาตต่อตุลาการได้ทำขึ้นโดยวาจา (Oral Arbitration Agreement)

ในเรื่องของสัญญาอนุญาตต่อตุลาการที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็มีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาอนุญาตต่อตุลาการที่ลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ มีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่งสำหรับการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ<sup>136</sup> ซึ่งเรื่องนี้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนใน the UN Sales Convention<sup>140</sup> แต่สิ่งหนึ่งที่เป็นจุดที่พึงตระหนักถึงก็คือประเด็นในเรื่องของการยอมรับข้อตกลงอนุญาตต่อตุลาการ หรือสัญญาอนุญาตต่อตุลาการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจา (Oral arbitration agreement) ซึ่งหากพิจารณาทั้งจากในส่วนของกฎหมายอนุญาตต่อตุลาการภายในของประเทศต่าง ๆ อนุญาตสัญญาว่าด้วยการอนุญาตต่อตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศต่าง ๆ, ข้อบังคับของ

<sup>134</sup> Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p. 146.

<sup>135</sup> Ibid. p. 146.

<sup>136</sup> Ibid., p. 147.

<sup>140</sup> Art. 11 UN Sales Convention, ILM 1980, at 671, 673 : 'A Contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses' ('informality principle'); see Honnald, *Uniform Law for International Sales*, p. 153.

การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ<sup>141</sup> จะพบได้ว่าไม่เคยมีการกล่าวอ้างถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวาทะไว้ อาจจะเนื่องจากว่าเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าสิ่งที่สำคัญอันจะเป็นการแสดงถึงการรับรู้ในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผลให้คู่สัญญาไม่ต้องนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลภายในของแต่ละประเทศ "อย่างน้อยที่สุดก็ควรจะมีการยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง"<sup>142</sup>

ในความเป็นจริงแล้วเป็นที่ทราบกันดีว่าบ่อยครั้งที่ความสัมพันธ์ทางการค้าเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางธุรกิจเป็นเวลายาวนานของคู่สัญญา ประกอบกับสัญญาทางการค้ามักมีรูปแบบข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่คล้ายคลึง หรือเหมือนกัน หรือในบางครั้งอาจมีการกล่าวอ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปในสัญญาที่เหมือน ๆ กัน แม้ว่าสัญญาใดสัญญาหนึ่งในสัญญาเหล่านั้นจะได้มีการทำข้อตกลงกันไว้โดยวาทะเท่านั้นก็ตาม<sup>143</sup> ในบางกรณีสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจมีผลบังคับใช้แม้ว่าในกลุ่มสัญญาที่ได้มีการทำติดต่อกันมาตามลำดับนั้นจะมีสัญญาใดสัญญาหนึ่งซึ่งมิได้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ก็ตาม<sup>144</sup>

นอกจากนั้นในปัจจุบันคู่สัญญาอาจจะมีข้อตกลงให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการโดยการบัญญัติไว้ในการดำเนินธุรกิจในลักษณะที่เรียกว่า "umbrella

<sup>141</sup> Cf. UN Doc.A/CN.9/232, para. 46 ได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายแม่แบบมีความพยายามที่จะครอบคลุมสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทุก ๆ สัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ทิ้งช่องว่างใด ๆ สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นโดยวาทะไว้ (leaving no room for oral arbitration agreements)

<sup>142</sup> Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p. 147.

<sup>143</sup> Ibid., p. 147.

<sup>144</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 205; 'การอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่มีข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ' สามารถพบได้ในการค้าขายพวกผลิตภัณฑ์เกษตร (commodity trade) ตัวอย่างเช่น Art. 1, sec. 2 Arbitration Rules of the 'Vereniging De Nederlandse Huiden-en Legerbeursen' ซึ่งได้ระบุไว้ว่า ข้อโต้แย้งซึ่งถูกนำมาพิจารณาโดยกระบวนการวิธีพิจารณาภายใต้หลักเกณฑ์ข้อบังคับนี้ แม้ว่าจะไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ตาม หากว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นสมาชิกของสมาคมการค้านี้

arbitration agreement"<sup>145</sup> ซึ่งตัวอย่างของข้อตกลงในลักษณะนี้ได้ปรากฏในคำตัดสินของศาล Paris Cour d' Appel ในคดี re Societe Sorvia v. Heinsteint International Disc. Corp.<sup>146</sup> คดีนี้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันทั้งหมด 28 ฉบับ โดยมีข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการใน 3 ปีก่อนหน้าของสัญญาที่พิพาทซึ่งไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้

แต่ศาลยังคงตัดสินว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ใช้ได้จริง ๆ<sup>147</sup> แม้ว่าจะมีแต่เพียงคำสั่งยืนยันของโจทก์ (ผู้ขาย) ซึ่งมีการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและคำสั่งยืนยันอื่นอีกสองฉบับซึ่งได้มีการแลกเปลี่ยนกันระหว่างคู่สัญญา โดยในช่วงนั้นได้มีการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการเลือกสถานที่ในการระงับข้อพิพาท (a forum-selection clause) แทนที่สัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าคำร้องนี้เกิดตามการอนุญาโตตุลาการแบบฝรั่งเศส<sup>148</sup> มิได้ขึ้นกับอนุสัญญากฎนิวยอร์ก และยอมรับว่าอย่างน้อยที่สุดก็ได้มีการกล่าวถึงไว้ในคำสั่งยืนยันที่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คำตัดสินดังกล่าวนี้นำมาซึ่งแนวความคิดที่ว่าในกรณีลักษณะเช่นนี้แล้วสามารถถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับได้ แม้ว่าจะมิได้มีการกล่าวถึงข้อตกลงดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยในกฎหมายใหม่ของประเทศเยอรมันที่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการได้เน้นให้ครอบคลุมถึงประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ด้วยเช่นกัน โดยใน

<sup>145</sup> ความคิดในเรื่องของ an umbrella agreement นั้นสามารถพบได้ใน the Segoura/Bonakdarian ซึ่งเป็นคำตัดสินของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ซึ่งศาลได้ตัดสินไว้ว่า a form selection clause might be held valid even though the written confirmation of order had not been accepted in writing by the other party if the legal relationship between the parties has been made subject 'in its entirety' to the general contract conditions including the forum selection clause in a formally valid manner.

<sup>146</sup> RdA 1984, p. 363, 365 Cited on Berger, Klaus Peter, "International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 148.

<sup>147</sup> โดยศาลได้กล่าวไว้ว่า "พอที่จะเป็นการอนุমানได้ว่าบริษัทที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของวิธปฏิบัติทางธุรกิจโดยปกติ และได้รวมไว้โดยปริยายในสัญญาที่มีการพิพาทกัน

<sup>148</sup> ศาลได้ใช้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการฉบับเก่าของประเทศฝรั่งเศส เพราะว่าคำชี้ขาดนี้ได้ถูกทำขึ้นก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1981.

attached Article 7 section 32<sup>nd</sup> alternative since the present law (§1027 Sec. 2 of the Code of Civil Procedure) ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้ครอบคลุมถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยวาจาซึ่งทำขึ้นระหว่างพ่อค้าด้วยกันไว้

#### 4) ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์ (Arbitration Agreement by Reference)

การกล่าวอ้างนี้ หมายถึง การอ้างถึงเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาทั่ว ๆ ไป หรือจากเอกสารอื่นใด<sup>149</sup> ที่ได้มีการกำหนดข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ ลักษณะของการดำเนินธุรกิจในรูปแบบนี้ดูจะเป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขายผลิตภัณฑ์เกษตรระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นรูปแบบการดำเนินธุรกิจที่สามารถประหยัดทั้งในเรื่องของเวลา และค่าใช้จ่ายระหว่างคู่สัญญา

ผู้ร่างกฎหมายแนวใหม่ได้มีการหยิบยกประเด็นปัญหานี้มาพิจารณาในทางปฏิบัติ โดยใน article 7 sec.2 sentence 3 ของกฎหมายแม่แบบ และมาตรา 1021 ของกฎหมายใหม่ของประเทศเนเธอร์แลนด์ ตลอดจนกฎหมายใหม่ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้มีการกล่าวอ้างถึงกรณีเช่นนี้ไว้ว่าให้หมายรวมถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพาณิชย์ด้วย<sup>150</sup> อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายใหม่นั้นควรที่จะกำหนดขอบเขตของประเภทการอ้างอิงไว้ให้ชัดเจนกว่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

ในกฎหมายแม่แบบเอกสารที่ปรากฏข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้กล่าวอ้างถึงนั้นจะต้องได้รับการลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือมีการกล่าวอ้างไว้ในจดหมายโต้ตอบ telegrams telex หรือการติดต่อสื่อสารในความหมายอื่นใดของการติดต่อสื่อสารในรูปแบบใหม่ (other means of modern telecommunication) ในขณะที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเนเธอร์แลนด์ได้บัญญัติไว้ว่า เอกสารอื่นใดที่ได้ทำขึ้นเป็น

<sup>149</sup> ตัวอย่างสัญญาที่มีลักษณะเดียวกันก็คือสัญญาซึ่งมีการกล่าวอ้างถึงเงื่อนไขของสัญญาอีกฉบับหนึ่ง และในสัญญาอีกฉบับหนึ่งนั้นมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่ UN Doc.A/CN.9/263/ADD.1, para. 5.

<sup>150</sup> Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p. 149.

ลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้กล่าวอ้างถึงบรรจุอยู่ จะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้แสดงออกโดยแจ้งชัดถึงข้อตกลงดังกล่าวนั้น หรือมีการยอมรับโดยนัยจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ด้วยเหตุนี้โดยทั่วไปแล้วนั้นคู่สัญญาจึงไม่ได้ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้อีกต่างหาก เนื่องจากคู่สัญญาต่างมั่นใจหรือเข้าใจว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ระบุไว้ในเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางพาณิชย์นั้นเป็นการตกลงว่าคู่สัญญาตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และเป็นข้อตกลงที่ยินยอมจะไม่ใช่สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลของศาลภายในประเทศ จากบทบัญญัติในมาตรา II sec. 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กข้อตกลงดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม<sup>151</sup> ลักษณะข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่รวมอยู่ในสัญญานี้มักพบอยู่เสมอในทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศ จะเห็นได้จากตัวอย่างในเงื่อนไขทางการค้าของ NOFOTA<sup>152</sup> แต่ปัญหาที่มักพบเห็นได้จากการขอให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้บทบังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กก็คือความยากลำบากในการที่จะเข้าดำเนินกระบวนการภายใต้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก โดยคู่สัญญามักจะได้รับคำแนะนำให้รวมการอ้างถึงในลักษณะที่ชัดเจนไว้ใ้ในสัญญาของพวกเขา หรือในรูปแบบของคำเสนอ<sup>153</sup>

ดังนั้น การศึกษาพิจารณาว่าหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องดังกล่าวนี้จะสามารถพัฒนาปรับเปลี่ยนให้ขยายความไปถึงการกล่าวอ้างในกรณีทั่ว ๆ ไปที่มักปรากฏข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในเงื่อนไขทั่วไปในเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพาณิชย์นั้นจะถือว่าเป็นรูปแบบ

<sup>151</sup> Van den Berg, YCA 1989, p. 551 Cited in Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 151.

<sup>152</sup> 'All the terms, conditions and rules, including the Arbitration Clause contained in the current edition of the Trading Rules of the [NOFOTA] and the Rules for Arbitration (of which the parties admit that they have knowledge and notice) shall,...., be deemed to be incorporated in and to form part of this contract. The parties hereby expressly agree to submit all disputes arising out of or in connection with this contract to arbitration in Rotterdam...in accordance with the above mentioned Rules for Arbitration' (emphasis added). See NOFOTA (ed.), Trading Rules 1990/1991, at 79 Cited in Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., pp. 150-151.

<sup>153</sup> Ibid., p. 152.

หนึ่งของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สามารถใช้บังคับได้หรือไม่จะเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งควรที่จะมีการขยายความไว้ให้ชัดเจนกว่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

การศึกษาวิเคราะห์จะต้องเริ่มจากข้อเท็จจริงที่ว่าปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการได้กลายเป็นวิธีการที่นิยมใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ และต้องตระหนักถึงว่าการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศในความหมายที่ได้กล่าวไว้ในกฎหมาย หรืออนุสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ได้หมายรวมถึง หรือครอบคลุมถึงรูปแบบของการติดต่อธุรกิจระหว่างประเทศทุกประเภทที่เกิดขึ้นในการดำเนินธุรกิจในยุคปัจจุบันแล้วหรือยัง

ในเรื่องนี้ได้เคยมีการกล่าวไว้แล้วนับตั้งแต่กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ฉบับเก่า<sup>154</sup> และในกฎหมายใหม่ก็ไม่ต้องการที่จะจำกัดมาตรฐานทางกฎหมายของกฎหมายเดิม

ส่วนบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 Sec. 2 ประโยคที่ 3 มักก่อให้เกิดความเข้าใจที่ผิดพลาดว่าบทบัญญัตินี้ต้องการให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีการกล่าวอ้างถึงนั้นจะต้อง "เป็นส่วนหนึ่ง" ของสัญญา อย่างไรก็ตามสิ่งนี้ได้หมายความว่ากฎหมายต้นแบบต้องการข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มีการกล่าวอ้างถึงนี้ได้บรรจุอยู่ในเอกสารอื่นใดแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งความเห็นในลักษณะเช่นนี้มิได้เข้ากับแนวทางในการดำเนินธุรกิจในยุคปัจจุบัน เนื่องจากในปัจจุบันโดยมากคู่สัญญาในสัญญาธุรกิจมักจะกล่าวอ้างถึงเนื้อหาของข้อกฎหมายอื่นใดมากกว่าที่จะมีการกล่าวถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการกล่าวอ้างถึงไว้แล้ว เพื่อที่จะเป็นการประหยัดเวลา และหลีกเลี่ยงการกล่าวอ้างถึงสิ่งใดซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น (unnecessary double references) รูปแบบที่ได้กล่าวไว้ในกฎหมายแม่แบบดูเหมือนว่าจะมีมุมมองที่ขัดกับหลักเกณฑ์รูปแบบที่เหมาะสมของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สามารถบังคับได้ใน

<sup>154</sup> ดู Award of the Zurich Chamber of Commerce, ASA Bull. 1988, at 208 โดยในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธความมีผลใช้บังคับของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่รับรู้ว่าเป็นโดยทั่วไปแล้วทฤษฎีทางกฎหมายของสวิต (Swiss legal doctrine) ได้ยอมรับความมีผลใช้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งได้มีการกล่าวอ้างโดยทั่วไปไว้ (denied the validity of the arbitration clause but acknowledge that Swiss legal doctrine generally accepts the validity of arbitration agreement concluded by general reference) Cited in Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 157.

ประเด็นที่ว่า การอ้างถึงเอกสารที่มีข้อความอนุญาตต่อตุลาการบรรจจะอยู่จะต้องเป็นการอ้างที่สามารถรับรองได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาทั้งสองตกลงที่จะไม่นำคดีขึ้นศาล หรือสละสิทธิที่จะนำคดีขึ้นศาลของประเทศตน<sup>155</sup>

เพื่อให้เป็นไปตามบทกำหนดที่กล่าวไว้ว่าแนวความคิดของกฎหมายระหว่างประเทศโดยส่วนมากแล้วต่างยอมรับว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ได้รับเงื่อนไขของสัญญาจะต้องอยู่ในสถานะที่สามารถตรวจสอบข้อกล่าวอ้างเช่นนั้นได้ ตัวอย่างเช่น เมื่อเงื่อนไขดังกล่าวได้ถูกเขียนไว้ด้านหลังของสัญญา หรือเอกสารแนบท้ายสัญญา หรือในลักษณะอื่นใดก็ตามที่ทำให้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตต่อตุลาการนั้นเป็นแนวทางที่ใช้เป็นปกติในการดำเนินธุรกิจนั้น ๆ<sup>156</sup>

ในคดีอื่น ๆ นั้นดูเหมือนว่าข้อตกลงอนุญาตต่อตุลาการที่ถูกกล่าวอ้างไว้ในเงื่อนไขของสัญญาในเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพาณิชย์ จะไม่เป็นรูปแบบของสัญญาอนุญาตต่อตุลาการที่ได้รับการยอมรับนัก โดย Jagenburg ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า

"โดยมากแล้ว บริษัทที่เคยมีประสบการณ์ในเรื่องนี้นั้นมักจะไม่วินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าพวกเขาได้ตกลงในเรื่องของการอนุญาตต่อตุลาการที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขหนึ่งในสัญญา หรือข้อตกลงการอนุญาตต่อตุลาการที่ได้มีการซ่อนไว้ (มีการเขียนไว้ในลักษณะตัวพิมพ์ขนาดเล็ก ๆ) ซึ่งโดยมากคู่สัญญาจะได้รับทราบข้อตกลงดังกล่าวเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้นำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลภายในของประเทศ และฝ่ายจำเลยจะได้หยิบยกประเด็นของข้อตกลงอนุญาตต่อตุลาการเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สัญญานำคดีไปดำเนินกระบวนการอนุญาตต่อตุลาการเสียก่อน ซึ่งข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ไม่เป็นที่ยอมรับ และไม่สมควรที่จะปฏิบัติเป็นอย่างยิ่ง"<sup>157</sup>

นอกจากนั้นแล้ว van den Berg ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า "เป็นแนวความคิดทั่วไปของกฎหมายในมุมมองเชิงธุรกิจว่าอำนาจในการพิจารณาของศาลนั้นเป็นหลักเกณฑ์ข้อบังคับ และอำนาจในการพิจารณาของอนุญาตต่อตุลาการนั้นเป็นข้อยกเว้นสำหรับการระงับ

<sup>155</sup> UN Doc.A/CN.9/246, par. 19.

<sup>156</sup> Van den Berg, *New York Convention*, p. 216, *Cour de Cassation, Societe Bomar Oil NV v. E - T.A.P., RdA 1990*, p. 134 Cited in Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p. 153.

<sup>157</sup> Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Vol. 9., p. 153.



ข้อพิพาทดังกล่าวนั้น ซึ่งจากการสังเกตเป็นที่แน่นอนว่าในส่วนของ การพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น คำตัดสินนั้นมักจะถูกตัดสินมาในลักษณะที่กลับกัน แต่คำตัดสินดังกล่าวก็มิได้รับการนำมาบัญญัติไว้ในระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ<sup>158</sup>

เป็นที่ตระหนักดีว่าวิธีการเช่นนี้เป็นวิธีการที่ค่อนข้างเคร่งครัดจนเกินไป และดูไม่เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ โดยในความเป็นจริงมากกว่า 90 เปอร์เซ็นต์ของสัญญาทางธุรกิจข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และข้อตกลงในทางธุรกิจได้เกิดขึ้นพร้อม ๆ กัน<sup>159</sup> หากว่าสัญญาของคู่สัญญามีได้มีการระบุเกี่ยวกับข้อตกลงการระงับข้อพิพาทไว้ในตัวสัญญาพาณิชย์ (a forum selection clause) แต่ว่ามีปรากฏไว้ในเอกสารอ้างอิงซึ่งเป็นเอกสารของสัญญาที่ได้ทำขึ้นไว้ในเวลาเดียวกันโดยแยกไว้ต่างหาก ถือว่าคู่สัญญาซึ่งยอมรับข้อเสนอดังกล่าวนั้นได้ยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้เป็นเงื่อนไขหนึ่งในสัญญาพาณิชย์

ในคดีของ ICSID นั้นได้เคยมีการตัดสินไว้ในคดี SOABI v. La Republique du Senegal ในปี ค.ศ. 1991 โดยได้ตัดสินไว้ว่า "ความยินยอมที่แท้จริงของคู่สัญญาในการสละสิทธิในการเสนอข้อพิพาทต่อศาลภายในของประเทศตนนั้นไม่สามารถที่จะสันนิษฐานได้"<sup>160</sup> จากการศึกษาเรื่องดังกล่าวนี้จะพบได้ว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากการอ้างอิงข้อความในเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก จนกว่าแนวทางนี้จะได้มีการพัฒนาและยอมรับอย่างเป็นทางการ<sup>161</sup>

เหตุที่บทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแม่แบบมีลักษณะเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก มาตรา 2 ย่อหน้าที่ 1 ที่กำหนดไว้ว่าข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นสืบเนื่องจากว่าจากการสำรวจกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะพบว่าโดยมากบทบัญญัติของกฎหมายภายในในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการมักจะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้น "เป็นลายลักษณ์อักษร"

<sup>158</sup> Van den Berg, The Art of Arbitration, Liber Amicorum Peter Sanders, p. 42.

<sup>159</sup> Berger, Klaus Peter, International Economic Arbitration, Vol. 9., p. 154.

<sup>160</sup> Ibid., p. 155.

<sup>161</sup> Ibid, p. 155.

ส่วนในกลุ่มประเทศที่มีได้มีบทบัญญัติให้สัญญาอนุญาตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นเนื่องจากว่ากลุ่มประเทศเหล่านี้มีความเห็นว่า "ในทางปฏิบัติแล้วไม่ว่าสัญญาจะได้กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำขึ้นโดยวากยาก็ยังจะต้องมีการพิสูจน์สัญญาดังกล่าวนั้นอยู่เสมอ

ในกลุ่มประเทศละตินอเมริกานั้นมองว่า "รูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร" นั้นจะนำมาใช้บังคับแต่เฉพาะกรณีของสัญญาอนุญาตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่ยังมิได้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นแนวทางที่ไม่ค่อยจะเป็นที่นิยมในทางปฏิบัติมากนัก เนื่องจากโดยมากแล้วรูปแบบของข้อตกลงอนุญาตตุลาการโดยมากมักจะเป็นในกรณีเมื่อข้อพิพาทได้เกิดขึ้นแล้วแต่สำหรับในกฎหมายแม่แบบนั้นเป็นที่ตระหนักกันดีว่าไม่ควรที่จะมีบทบัญญัติที่มีความแตกต่างกันระหว่างข้อตกลงการอนุญาตตุลาการอันเนื่องมาจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว (compromis) และข้อตกลงการอนุญาตตุลาการสำหรับข้อพิพาทอันจะเกิดขึ้นในอนาคต (clause compromissoire)

ดังนั้น หากแนวความคิดที่ว่า "สัญญาอนุญาตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร" ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายแม่แบบแล้ว ประเด็นที่น่าพิจารณาคือคำจำกัดความของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" นั้นจะมีเนื้อหาครอบคลุมเพียงใด เนื่องจากคำจำกัดความที่แน่ชัดของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" นี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งไม่แต่เฉพาะสำหรับกฎหมายแม่แบบเองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการตีความบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ตลอดจนกฎหมายอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ คำจำกัดความของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" ในกฎหมายแม่แบบนั้นควรที่จะครอบคลุมและให้รายละเอียดไว้มากพอสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องเป็นบทบัญญัติที่สามารถรองรับการติดต่อสื่อสารในรูปแบบใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นได้ และครอบคลุมถึงแนวทางในการดำเนินธุรกิจ หรือครอบคลุมไปถึงการใช้รูปแบบมาตรฐานต่าง ๆ หรือการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาตตุลาการไว้เป็นเงื่อนไขทั่วไปในสัญญา

อย่างไรก็ตามไม่ว่าหลังจากได้มีการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศขึ้นแล้วจะไม่มีปัญหาใด ๆ ในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาตตุลาการขึ้นอีกเลย กล่าวคือในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบได้กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คำนิยามในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบก็ยังคงไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการติดต่อสื่อสารทางธุรกิจที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นในส่วนขอใบตราส่ง (Bill of lading) ซึ่งยังไม่มีมีการลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสอง

ฝ่าย กรณีของ broker's notes หรือสัญญาขนส่งทางเรือ (Salvage contracts) ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่โดยมากมักจัดทำขึ้นโดยวาจาผ่านทางวิทยุโทรศัพท์ หรือโทรศัพท์ที่ถ่ายทอดโดยคลื่นวิทยุ (radio telephone) หรือผ่านทางกรติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบอื่น ๆ โดยในเรื่องนี้ประเทศสิงคโปร์ได้ตระหนักดีถึงปัญหาที่เกิดจากกรณีของใบตราส่ง จะสังเกตได้จากบทบัญญัติในมาตรา 2 (1) ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Act) ได้บัญญัติไว้ว่า

"Arbitration Agreement' means an agreement in writing referred to in article 7 of the Model Law and includes an arbitration clause contained or incorporated by reference in a bill of lading."<sup>162</sup>

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในกฎหมายสิงคโปร์ก็เป็นแต่เพียงการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบเพียงเล็กน้อย และมีใช้การแก้ไขปัญหาที่แท้จริง<sup>163</sup>

ในส่วนของประเทศฮ่องกงนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจนปรากฏขึ้นในคดี H. Smal Limited v. Goldroyee Garment Limited.<sup>164</sup> คดีนี้ผู้ซื้อได้สั่งซื้อยีนส์โดยส่งแบบฟอร์มใบสั่งซื้อไปยังผู้ผลิต ในใบสั่งซื้อดังกล่าวได้มีเนื้อความที่ครอบคลุมถึงสิ่งต่าง ๆ โดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นใน

<sup>162</sup> Section 2(1) of the Singapore International Arbitration Act [Chapter 143A] Act No. 23 of 1994.

<sup>163</sup> สำหรับรายละเอียดของการวิเคราะห์ข้อกำหนดรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กดูได้จาก Kaplan Neil, Sixth Goff Lecture under the auspices of Freshfields and the City University of Hong Kong - Arbitration International Vol. 12 No. 1 [1996].

<sup>164</sup> H. Smal Limited -v- Goldroyee Garment Limited, [1994] HKC 526, see also William and Co. -v- Chu Kong Agency Co.,Ltd. [1993] 2HKLR 249 In Jiangxi Provincial Metal etc. -v- Sulanser Co.,Ltd. [1995] 2 HKC 373 นั้นเป็นกรณีที่จำเลยได้มีคำร้องไปยังศาล Wuhan โดยกล่าวอ้างว่าถึงควมมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และยับยั้งประเด็นดังกล่าวเพื่อให้หยุดการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลได้มีคำตัดสินว่าสืบเนื่องจากสัญญาซึ่งมิได้รับการลงลายมือชื่อประกอบกับเจตนาของจำเลยนั้นก็พอเพียงที่จะถือเป็นหนังสือโต้ตอบตามความในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก และนอกจากนั้นแล้วจำเลยในคดีนี้ยังถูกสั่งห้ามมิให้ดำเนินการกล่าวอ้างในชั้นบังคับคดีถึงความไม่มีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เรื่องปริมาณ, ขนาด, วันส่งมอบ, สี, ราคา เป็นต้น นอกจากนั้นแล้วในใบสั่งซื้อยังมีข้อตกลง อนุญาตให้ตุลาการบรรจอยู่ด้วย ในการนำส่งใบสั่งซื้อนี้ไปยังผู้ผลิตก็เพื่อให้ผู้ผลิตลงนามในเอกสารดังกล่าวและส่งคืนให้แก่ผู้ซื้อ ในคดีนี้ผู้ผลิตมิได้ลงลายมือชื่อในสัญญา และผู้ผลิตก็มิได้ส่งเอกสารใด ๆ ให้แก่ผู้ซื้อ อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตได้ทำการผลิตสินค้าตามรายละเอียดที่ปรากฏในสัญญา (ใบสั่งซื้อ) และได้ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ ต่อมาผู้ผลิตได้รับการชำระเงินจากผู้ซื้อตามเงื่อนไขที่ปรากฏในสัญญา ต่อมาได้เกิดปัญหาโต้เถียงระหว่างคู่สัญญาในเรื่องจำนวนของสินค้าขึ้น และผู้ผลิตต้องการที่จะเรียกค่าเสียหายจากผู้ซื้อซึ่งผู้ซื้อปฏิเสธที่จะชำระเงินดังกล่าวนี้ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้ซื้อจึงได้อ้างถึงข้อตกลงอนุญาตให้ตุลาการ แต่ผู้ผลิตอ้างว่ายังไม่มีความสมบูรณ์เกิดขึ้นตามบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบ อนึ่ง แม้ว่าคดีนี้จะป็นคดีอันเนื่องมาจากการอนุญาตให้ตุลาการภายในประเทศ แต่เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องของการอนุญาตให้ตุลาการของประเทศฮ่องกงนั้นให้นำคำจำกัดความตามมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้ตุลาการภายในประเทศด้วย ในคดีนี้ศาลของประเทศฮ่องกงจะไม่ต้องการที่จะสนับสนุนคำร้องของผู้ผลิตเท่าใดนัก เนื่องจากลักษณะของการติดต่อระหว่างผู้ผลิตและผู้ซื้อนั้นมีลักษณะและความหมายใกล้เคียงกับคำจำกัดความตามมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบเนื่องจากสัญญาบางส่วนได้ถูกทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และบางส่วนก็ได้รับการปฏิบัติตาม ทั้งนี้ผู้ผลิตก็มีโอกาสที่จะปฏิเสธข้อตกลงอนุญาตให้ตุลาการหากว่าผู้ผลิตต้องการที่จะปฏิเสธ แต่ในคดีนี้ผู้ผลิตก็ได้ทำการปฏิเสธข้อตกลงอนุญาตให้ตุลาการที่ปรากฏในใบสั่งซื้อของผู้ซื้อแต่อย่างใด จากตัวอย่างในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงผลของคดีที่ดูจะไม่เป็นที่น่าพอใจนัก กล่าวคือ เป็นการนำมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบมาใช้อย่างไม่ถูกต้องนักนั่นเอง

จากข้อเท็จจริงที่ว่าบทบัญญัติในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบนั้น ไม่ค่อยรับกับสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ เป็นเหตุให้พระราชบัญญัติอนุญาตให้ตุลาการของประเทศอังกฤษ ค.ศ. 1996 (English Arbitration Act 1996) และ Hongkong Arbitration Act (Amendment) Ordinance 1996<sup>165</sup> มีคำจำกัดความของคำว่า "สัญญาอนุญาตให้ตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร" ไว้ค่อนข้างกว้าง โดยบทบัญญัติของประเทศอังกฤษ และประเทศฮ่องกงนั้นมีลักษณะที่เหมือนกันแทบทุกประการ กล่าวคือเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบ ในที่นี้ผู้เขียนใคร่ขอยกตัวอย่างจาก Section 2 AC of Arbitration (Amendment) Ordinance 1996<sup>166</sup>

<sup>165</sup> Hongkong Arbitration Act (Amendment) Ordinance 1996 นั้นเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 1997.

<sup>166</sup> Section 2 AC of Arbitration (Amendment) Ordinance 1996.

---

"1. An agreement is not an arbitration agreement for the purposes of this Ordinance unless it is in writing.

2. An agreement is in writing for the purpose of subsection (1) if -

- a) the agreement is in a document, whether signed by the parties or not; or
- b) the agreement is made by an exchange of written communications; or
- c) although the agreement is not itself in writing, there is evidence in writing of the agreement; or
- d) the parties to the agreement agree otherwise in writing by referring to terms that are in writing; or
- e) the agreement, although made otherwise done in writing, is recorded by one of the parties to the agreement, or by third-party, with the authority of the party's to the agreement; or
- f) there is an exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise done in writing is alleged by one party against another party and is not denied by the other party in response to the allegation.

3. A reference in an agreement-

- a) to a written form of arbitration clause; or
- b) to a document containing an arbitration clause, constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of that agreement.

4. In this section writing includes any means by which information can be recorded.

5. This section applies to all agreement that would, if they were arbitration agreements, the domestic arbitration agreements or international arbitration agreements and applies to those agreements to the exclusion of Article 7.2 of the UNCITRAL Model Law."

นอกจากนั้นแล้วในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของเยอรมันฉบับใหม่ (New German Arbitration Act)<sup>167</sup> ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้แตกต่างกับในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบบางส่วน เนื่องจากผู้ร่างมองเห็นว่ามาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบนั้นไม่เหมาะสมโดยสิ้นเชิง

ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศต่าง ๆ จะพิจารณารับเอากฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศตน หรือจะทำการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยแบบจากกฎหมายแม่แบบนั้น ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้สมควรที่จะพิจารณาด้วยความรอบคอบในส่วนของรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนที่จะรับเอา

---

<sup>167</sup> โดยใน Section 1031 ของ German Arbitration Act บัญญัติไว้ว่า

"1. The arbitration agreement shall be contained either in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telefaxes, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement.

2. The form requirement of subsection 1 shall be deemed to have been complied with if the arbitration agreement is contained in a document transmitted from one party to the other party or by a third party to both parties and - if no objection was raised in good time - the contents of such document are considered to be part of the contract in accordance with common usage.

3. The reference in a contract complying with the form requirements of subsection 1 or 2 to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

4. An arbitration agreement is also concluded by the issuance of a bill of lading, if the latter contains an express reference to an arbitration clause in a charter party.

6. Arbitration agreements to which a consumer is a party must be contained in a document which has been personally signed by the parties. No agreements other than those referring to the arbitral proceedings may be contained in such a document; this shall not apply in the case of a notarial certification. A consumer is a natural person who, in respect of the transmission in dispute, is acting for a purpose which can be regarded as being outside his trade or self-employed profession (".....")

7. Any non-compliance with the form, requirements is cured by entering into argument on the substance of the dispute in the arbitral proceeding"

บทบัญญัติในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบมาโดยไม่มีเปลี่ยนแปลงแก้ไข เนื่องจากต่อไปในอนาคตเรื่องความจำเป็นในการใช้เอกสารเป็นแบบ (writing) จะหมดไป แต่บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเหล่านี้เป็นกฎหมาย หรือข้อบังคับที่ร่างขึ้นในยุคของระบบกระดาษ (Paper) ซึ่งไม่มีความสอดคล้องกับเทคโนโลยีซึ่งปรับเปลี่ยนไปเป็นระบบไร้กระดาษ (Paperless) แล้ว โดยความเห็นของผู้เขียนมองว่าบทบัญญัติในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วบทบัญญัติของประเทศอังกฤษ และประเทศฮ่องกงจะเป็นบทบัญญัติที่เหมาะสมและเข้ากับสภาพการณ์เศรษฐกิจในปัจจุบัน เนื่องจากดูจะมีความหมายครอบคลุมถึงรูปแบบของการติดต่อสื่อสารที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันมากที่สุด

นอกจากนั้น ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ารูปแบบของการตีความของคำว่า "เป็นหนังสือ" (in writing) ที่เป็นเอกภาพนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับการดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากปัญหาในเรื่องของแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการมักถูกหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นพิจารณาอยู่บ่อยครั้ง ประกอบกับมีผู้ให้ความเห็นว่ารูปแบบของการติดต่อสื่อสารในขณะที่มีการร่างอนุสัญญากฎหมายธุรกิจมีแต่เพียงในรูปของโทรพิมพ์เท่านั้น อีกทั้งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบแล้วจะพบว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่สามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบการค้าดำเนินธุรกิจที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้

โดยเหตุดังกล่าวข้างต้นประเด็นในเรื่องแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงได้ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ โดยในการประชุมรอบที่ 31 ของคณะกรรมการชุดดังกล่าวซึ่งได้จัดขึ้นเป็นพิเศษในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1998 เนื่องในโอกาสครบรอบสี่สิบปีของการประกาศใช้อนุสัญญากฎหมายธุรกิจ จึงได้มีการนำประเด็นในเรื่องแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็นประเด็นพิจารณาประเด็นหนึ่ง เนื่องจากคณะทำงานเล็งเห็นว่าปัญหาใหญ่ของการค้าระหว่างประเทศที่พบเห็นอยู่เป็นประจำในปัจจุบันคือความไม่เป็นเอกภาพของคำจำกัดความคำว่า "เป็นหนังสือ" (in writing) ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุดังกล่าวประเด็นเรื่องแบบเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าระหว่างประเทศตลอดจนรูปแบบการค้าดำเนินธุรกิจพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน นอกจากนี้ยังเป็นที่ตระหนักดีว่าการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันก็แตกต่างไปจากในขณะที่ได้มีการประกาศใช้อนุสัญญากฎหมายธุรกิจ<sup>137</sup> อันเนื่องมาจากการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจ และเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสาร

<sup>137</sup> ดู Document A/CN.9/468, para. 88.

ในการนี้คณะทำงานจึงได้มีมติว่าการจะสร้างความเป็นเอกภาพในส่วนของการให้คำจำกัดความในเรื่องแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการให้รับกับสภาพความเป็นจริงในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศควรที่จะได้มีการพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบเพื่อแก้ไขช่องว่างที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบในปัจจุบัน<sup>138</sup> อีกทั้งคณะทำงานยังได้พิจารณาไปถึงการแปลความหมายอย่างกว้างของมาตรา 2 (2) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั้นจะครอบคลุมไปถึงรูปแบบการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL หรือไม่ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)

โดยเหตุข้างต้น คณะทำงานจึงมีมติให้เลขาธิการองค์การสหประชาชาติจัดเตรียมร่างบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับแบบเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยเลขาธิการได้จัดทำร่างแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบ<sup>139</sup> โดยในการพิจารณาร่างบทบัญญัติแก้ไขมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบนี้เป็นที่เสนอแนะว่าควรที่จะมีการพิจารณาไปถึงเนื้อหาตลอดจนบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL ด้วย โดยบทบัญญัติแก้ไขมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบที่ได้รับการเสนอพิจารณา มีรายละเอียดดังนี้

#### Article 7. Definition and form of arbitration agreement

*[Unchanged paragraph (1) of the Model Law]*

...

#### Draft paragraph (2) of article 7:

(2) The arbitration agreement shall be in writing. For the purposes of the Law, "in writing" includes any form *[alternative 1:]* provided that the [text] [content] of the arbitration agreement is accessible so as to be usable for subsequent reference,

<sup>138</sup> ดู Document A/CN.9/468, para. 99.

<sup>139</sup> บทบัญญัติกฎหมายภายในเรื่องแบบเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ที่นำมาเป็นแนวทางในการอ้างอิงเพื่อทำการร่างแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบได้ใน Document A/CN.9/WG.II.WP.108/Add.1. para. 24-32.



whether or not it is signed by the parties [*alternative 2:*] which [provided] [preserves] a record of the agreement,<sup>140</sup> whether or not it is signed by the parties.

(3) An arbitration agreement meets the requirement is paragraph

(2) if:

- (a) it is contained in a document established jointly by the parties;
- (b) it is made by an exchanged of written communications;
- (c) it is contained in one party's written offer or counter-offer, provided that the contract has been [validity] concluded by acceptance, or an act constituting acceptance such as performance or a failure to object, by the other party;
- (d) it is contained in a contract confirmation, provided that the terms of the contract confirmation have been [validity] accepted by the other party, either [expressly] [by express reference to the confirmation or its terms] or, to the extent provided by law or usage , by a failure to object;
- (e) it is contained in a written communication by a third party to both parties and the content of the communication is considered to be part of the contract;
- (f) it is contained in an exchange of statements [of claim and defence] [on the substance of the dispute] in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other;
- (g) [it is contained in a text to which reference is made in a contract concluded orally, provided that such conclusion

---

<sup>140</sup> Alternative 1 นั้นได้อาศัยพื้นฐานจากมาตรา 6 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL ในขณะที่ Alternative 2 นั้นได้เอาแบบมาจากมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ.

of the contract is customary, [that arbitration agreements in such contracts are customary] and that the reference is such as to make that clause part of the contract.]

(4) The reference in a contract to a text containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

นอกจากนี้แล้วทางคณะผู้ร่างยังได้จัดทำร่างเนื้อหาของบทบัญญัติแก้ไข มาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบทั้งในแบบสั้น (Short Version) แบบกลาง (Middle Version) และแบบยาว (Long Version)<sup>141</sup> ในส่วนของบทบัญญัติในย่อหน้าที่ 2 และ 3 ของมาตรา 7 ของกฎหมายแม่แบบเพื่อเป็นส่วนขยายความในการแก้ไขมาตรา 7 ของกฎหมายแม่แบบ

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาร่างแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบนั้นวัตถุประสงค์หลักในการแก้ไขบทบัญญัตินี้ก็เพื่อที่จะให้เกิดความชัดเจนในเรื่องแบบเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และเพื่อให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นเป็นปกติในธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าซึ่งอยู่นอกเหนือความครอบคลุมของบทบัญญัติในมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก หรือมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบหากได้ทำขึ้นตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้วย่อมถือเสมือนว่าได้ทำขึ้นเป็นหนังสือแล้วเช่นกัน ซึ่งในเรื่องนี้คงจะต้องพิจารณาต่อไปว่ารูปแบบร่างแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 7 (2) ของกฎหมายแม่แบบจะมีลักษณะเป็นเช่นไร

ในบทต่อไปผู้เขียนจะศึกษาเกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง, กฎหมายวิธีพิจารณาที่เข้าบังคับกับกรณี หรือการพิจารณาคดีโดยขาดนัด

<sup>141</sup> รายละเอียดของเนื้อหาของบทบัญญัติดูได้ที่ Document A/CN.9/485 para52.

## ปัญหาที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Problems concerning the arbitration procedure.)

นอกจากประเด็นปัญหาในเรื่องของรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (form of arbitration clause) ตลอดจนในส่วนของแนวความคิดที่ต้องการจะแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก (doctrine of separability) ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ในส่วนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นยังมีปัญหาที่มักมีการกล่าวถึงอยู่เสมอ ๆ ซึ่งผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอปัญหา ตลอดจนพัฒนาการของแนวความคิดในประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 4.1 พัฒนาการของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง (Competence de la Competence)

ปัญหาอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ พาดพิงระหว่างประเทศคือปัญหาในเรื่องขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (jurisdiction of arbitrator) เนื่องจากบ่อยครั้งที่มีคำถามในเรื่องของอนุญาโตตุลาการว่ามีอำนาจในการพิจารณาอำนาจของตนเองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีคนกล่าวอ้างว่าอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดี ดังนั้นในส่วนนี้จะศึกษาถึงปัญหาในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (the power of the arbitrator to determine his own jurisdiction)

อำนาจในการพิจารณาอำนาจของตนเอง (Competence de la Competence) เป็นความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยประเด็นปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทนั้น ๆ หรือไม่<sup>1</sup> เพราะการดำเนินการทาง

---

<sup>1</sup> ดูพิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, (พิมพ์ครั้งที่ 2 : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 31 และดูวีรวรรณ เจริญนาถ, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่อง

อนุญาตตุลาการบ่อยครั้งที่คู่กรณีมักจะเปลี่ยนใจไม่ประสงค์ที่จะใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการอีก จึงมักที่จะยกข้อต่อสู้ว่าอนุญาตตุลาการดังกล่าวไม่มีอำนาจพิจารณาด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ซึ่งในเรื่องนี้ต่อมาภายหลังนักทฤษฎีเห็นว่าตัวอนุญาตตุลาการเองมีอำนาจที่จะวินิจฉัยเรื่องอำนาจพิจารณาของตนว่ามีอยู่หรือไม่<sup>2</sup> ประเด็นปัญหาในเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการมักปรากฏอยู่เสมอในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ว่ากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ มักจะให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการที่จะตัดสินว่าตนมีอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้นหรือไม่ (competence de la competence) หรือที่ในประเทศเยอรมันเรียกว่า Kompetenz. Kompetenz<sup>3</sup>

ในบางประเทศอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจในการที่จะพิจารณาอำนาจของตนเอง เช่น การพิจารณาว่าลายมือชื่อในข้อตกลงอนุญาตตุลาการได้ลงไว้โดยผู้ที่ไม่อำนาจหรือองค์กรที่ไม่มีอำนาจหรือไม่ ซึ่งการคัดค้านอำนาจอนุญาตตุลาการในประเทศที่ไม่ได้ให้อำนาจแก่อนุญาตตุลาการที่จะพิจารณาอำนาจของตนเองนี้ คู่กรณีจะต้องเสนอข้อพิพาทต่อศาลซึ่งในบางประเทศกำหนดให้เสนอต่อศาลก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ แต่บางประเทศอาจเสนอได้ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการ<sup>4</sup>

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าหลักในเรื่องอนุญาตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเป็นอำนาจที่มาจากการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ และเป็นอำนาจที่จำเป็นต้องมี โดยปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เนื่องจากประเด็นในเรื่องอำนาจของ

---

ในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 171.

<sup>2</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทย์พัฒนา, มิถุนายน 2540), หน้า 53.

<sup>3</sup> Redfern, A and Hunter, M, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 276.

<sup>4</sup> Mustill, M. J. and Boyd, S.C., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England. (London : Butterworths, 1982), pp. 462-467. และดูคำอธิบายหลักเรื่องการแยกข้อตกลงการอนุญาตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกำเนิด หรือหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

อนุญาโตตุลาการมักถูกหยิบยกขึ้นเป็นปัญหาอยู่เสมอๆ ในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นโดยเหตุที่แท้จริงหรือไม่ก็ตาม เพื่อที่จะถ่วงเวลาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในทางกลับกันหากเป็นการดำเนินคดีในศาลหากคู่กรณีกล่าวอ้างหรือยกข้อต่อสู้ว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีที่ฟ้องร้องกัน ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นอำนาจของศาลนั่นเองที่จะวินิจฉัยว่าศาลนั้นมีอำนาจพิจารณาดังกล่าวหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาเหนือคดีดังกล่าว ศาลก็จะมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีนำคดีไปฟ้องร้องยังศาลอื่นที่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าวนั้นต่อไป แต่หากศาลวินิจฉัยแล้วเห็นว่าคดีอยู่ภายใต้อำนาจของตน ศาลก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นต่อไป

ส่วนอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีจะต้องอาศัยเจตนาที่แสดงออกมาในรูปของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่กรณีเป็นพื้นฐานในเบื้องต้น ต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์และผูกพันคู่กรณีแล้วกฎหมายจึงอาจเข้ามามีบทบาทเสริมเพิ่มเติมขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการนั้นมีประสิทธิภาพและเป็นผลมากยิ่งขึ้น<sup>5</sup> กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องสามารถพิจารณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขและข้อกำหนดของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เพื่อจะสามารถตัดสินข้อเรียกร้องรวมทั้งข้อเรียกร้องปลีกย่อยซึ่งเกิดขึ้นตามมาภายในอำนาจของตน แม้ต่อมาในภายหลังจะถูกตรวจสอบและทบทวนโดยศาลที่มีอำนาจก็ตาม<sup>6</sup> อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายบางระบบก็อาจมีข้อบังคับในการห้ามอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการต่อไปเมื่อมีการคัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการ<sup>7</sup> คือ

(1) อนุญาโตตุลาการอาจหรือต้องสงสัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์และความมีอยู่ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและประเด็นที่ครอบคลุมข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องถึงตัวอนุญาโตตุลาการ

<sup>5</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, หน้า 100-101.

<sup>6</sup> Redfern and Hunter, Law and Practice on International Commercial Arbitration, pp. 275-276.

<sup>7</sup> Schlosser, Peter, The Competence of Arbitrators and of Courts in Arbitration International Vol. 8. No. 2, 1992, p. 200.

ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการและสัญญาที่มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ หากสัญญาดังกล่าวไม่สมบูรณ์และมีการดำเนินการในชั้นอนุญาตตุลาการจนกระทั่งอนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดย่อมไม่สมบูรณ์และไม่มีผลบังคับกับคู่สัญญา สำหรับปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้ตัดสินว่าสัญญาอนุญาตตุลาการหรือสัญญาที่มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการอยู่ด้วยสมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากสัญญาว่าระบุให้อนุญาตตุลาการหรือศาลเป็นผู้มีอำนาจตีความ ถ้าระบุไว้ชัดเจนก็เป็นไปตามสัญญานั้น แต่ถ้ามิได้ระบุไว้ประกอบกับไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องนี้ไว้ รวมทั้งไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ด้วย จึงต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ เช่นในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ฯลฯ ส่วนฝ่ายที่เห็นว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการ เช่นในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสวีเดน ฯลฯ<sup>8</sup>

ปัญหาเรื่องนี้ฝ่ายที่เห็นว่าควรให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจตัดสินถึงความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตตุลาการเพราะศาลเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา ส่วนอนุญาตตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ควรมีอำนาจตัดสินปัญหาที่ตนมีส่วนได้เสียซึ่งอาจก่อให้เกิดความลำเอียงทำให้การตัดสินไม่ยุติธรรม นอกจากนั้นหากให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเรื่องนี้ หากอนุญาตตุลาการตัดสินว่าสัญญาอนุญาตตุลาการสมบูรณ์ และมีการดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อมาจนมีคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินปัญหานี้ของอนุญาตตุลาการแล้วนำปัญหานั้นสู่การพิจารณาของศาล หากศาลตัดสินว่าสัญญาอนุญาตตุลาการไม่สมบูรณ์ก็จะทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการต้องเสียไป<sup>9</sup>

(2) อนุญาตตุลาการอาจหรือต้องสั่งในประเด็นเรื่องอนุญาตตุลาการได้รับการตั้งขึ้นโดยถูกต้อง (correctly established) ซึ่งประเด็นนี้กลายเป็นประเด็นสำคัญและทวีความสำคัญในการอนุญาตตุลาการหลายฝ่าย มีปรากฏกรณีคัดค้านปฏิเสธว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการหลายฝ่ายโดยโต้แย้งว่า ภายใต้สัญญาอนุญาตตุลาการ ผู้คัดค้านต้องใช้การอนุญาตตุลาการแยกจากกันในแต่ละผู้เรียกร้องหรือปราศจากผู้คัดค้านอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนั้นอนุญาตตุลาการอาจให้การสนับสนุนให้สถาบันที่จัดการด้านอนุญาตตุลาการในการตั้ง

<sup>8</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์, "สัญญาอนุญาตตุลาการ" (วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 112.

<sup>9</sup> วิวรรธน์ เหยียญาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", หน้า 55.

อนุญาโตตุลาการ ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการอาจตัดสินความถูกต้องของการตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีคู่กรณีหลายฝ่ายโดยการกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการแต่งตั้งและอำนาจของตนเหนือคู่กรณีหลายฝ่ายนั้น (jurisdiction over multiple parties)<sup>10</sup>

#### 4.1.1 พัฒนาการของแนวความคิดเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence) ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985

แนวความคิดในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence) ได้เริ่มปรากฏขึ้นในคำชี้ขาดของคดี The Alabama Arbitration (1872) ซึ่งถือได้ว่าในคำชี้ขาดของคดีดังกล่าวนี้ได้วางหลักเกณฑ์ในการสนับสนุนแนวความคิดในเรื่อง competence ไว้หรืออาจถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มแรกในการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาขอบอำนาจของตนเองนั่นเอง แต่ก่อนหน้านั้นก็ได้มีการบันทึกเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมาก่อนแล้ว<sup>11</sup> แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าก่อนที่จะได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองในคำชี้ขาดของคดี Alabama ได้มีคดีระหว่างประเทศต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมายที่มีประเด็นโต้แย้งกันในเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตนเอง<sup>12</sup>

คดี Alabama<sup>13</sup> ในปี ค.ศ. 1872 เป็นคดีหนึ่ง que แสดงให้เห็นการวางหลักแนวความคิดในเรื่อง competence โดยเป็นคดีที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ<sup>14</sup> ในช่วงสงครามกลางเมืองของสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงปรากฏต่อมาอีกว่าเรือ Alabama และเรือรบอื่น ๆ ของฝ่ายสมาพันธรัฐนั้นได้ใช้ท่าเรือในอาณานิคมของอังกฤษเป็นแหล่งหลบซ่อนและเติมเชื้อเพลิง และนับแต่เรือ Alabama เข้ารับภารกิจในการลาดตระเวนและยึดทรัพย์สินของเรือสินค้า

<sup>10</sup> Schlosser, Peter, *The Competence of Arbitrators and of Courts*, p. 200.

<sup>11</sup> Ibrahim F.I. Shihata, *The Power of the International Court to determine its own jurisdiction*. (Martinus Nijhoff, The Hague, 1965), pp. 12-17.

<sup>12</sup> Ibid., p. 14-17.

<sup>13</sup> Ibid., pp. 17-18. และดูรายละเอียดของคดีได้ที่จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3*, (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน : กรุงเทพมหานคร, 2543), หน้า 258-262.

<sup>14</sup> เป็นคดีที่นำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษซึ่งได้มีการลงนามเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1871 ที่กรุงวอชิงตัน

ค้าของฝ้ายสหภาพนั้น ปรากฏว่าในเวลาไม่ถึง 2 ปีเรือ Alabama ภายใต้การบัญชาการของกัปตัน Raphael Semmer ได้จมเรือเผาเรือ หรือเรียกค่าไถ่เรือสินค้าของฝ้ายสหภาพถึง 70 ลำ แต่ในที่สุดเรือ Alabama ก็ถูกเรือรบ Kearsarge ของฝ้ายสหภาพจมเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1864 นอกชายฝั่ง Cherbourg แต่ปรากฏว่ากัปตัน Raphael Semmer และลูกเรือได้รับการช่วยเหลือจากเรือของอังกฤษและนำไปขึ้นฝั่งที่ประเทศอังกฤษ และสหภาพได้ประท้วงต่อประเทศอังกฤษในฐานะที่ประเทศอังกฤษรับรองสถานะการเป็นรัฐคู่สงคราม (belligerent) ของฝ้ายสหภาพโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การประท้วงของสหภาพต่อรัฐบาลอังกฤษได้ก่อให้เกิดความตึงเครียดระหว่างสหภาพและประเทศอังกฤษ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1869 ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการผสมอังกฤษ-อเมริกัน (Mixed British – American Commission) ขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่มีต่อประเทศอังกฤษในส่วนที่เกี่ยวกับการส่งกำลังบำรุงและการให้การสนับสนุนเรือของฝ้ายสหภาพโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศอังกฤษ และต่อมาสหรัฐอเมริกาและอังกฤษก็ได้เจรจากันจนกระทั่งบรรลุความตกลงโดยทำสนธิสัญญากรุงวอชิงตันลงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1871 ซึ่งกำหนดว่าข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเกี่ยวกับเรือ Alabama นั้นควรจะได้รับพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 5 คน ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการจะไม่พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการรับรองสถานะของฝ้ายสหภาพว่าเป็นรัฐคู่สงคราม (belligerent) โดยรัฐบาลอังกฤษ หลังการเจรจาคู่กรณีอนุญาโตตุลาการตัดสินประเด็นที่ว่า "ข้อความในสัญญาใช้บังคับไม่ได้ เว้นแต่ทั้งสองรัฐจะยินยอม (ซึ่งเรื่องนี้เป็นส่วนหนึ่งของคำแนะนำจากตัวแทนของอังกฤษ และต่อมาก็ได้รับการยอมรับโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยในคดีดังกล่าวได้มีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการว่า

"...มิได้เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับกรณีคำชี้ขาดที่มีเหตุผลที่ดี ที่ให้ค่าสินไหมทดแทน หรือการคำนวณค่าเสียหายระหว่างรัฐ แต่ตามหลักนั้นควรแยกเด็ดขาดจากการพิจารณาขององค์คณะ แม้จะไม่มีความเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่างสองรัฐอันเป็นเหตุให้องค์คณะมีอำนาจตัดสิน"<sup>15</sup>

ในกรณีนี้คู่สัญญาได้แสดงความยินยอมในคำแถลงว่าคู่กรณียอมให้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไป ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่ายอมรับให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดในลักษณะเช่นนี้ดูไม่ถูกนักเนื่องจากว่าหลักในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้นเป็นอำนาจซึ่งเกิดจาก

<sup>15</sup> Declaration of June 19, 1872.



อำนาจของคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ตัดสินใจให้อนุญาตโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง เพื่อที่จะให้กระบวนการพิจารณาของการอนุญาตโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้ มิใช่เกิดจากตัวอนุญาตโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามการตัดสินในลักษณะเช่นนี้ก็ไม่สามารถผูกพันคู่สัญญาได้ เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้ยินยอม

อย่างไรก็ตามคดี Alabama ถือได้ว่าเป็นคดีที่สร้างหลักเกณฑ์ในเรื่อง *competence de la competence* ให้เป็นรูปเป็นร่างขึ้นมา แต่ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่าอำนาจของอนุญาตโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้น (*competence de la competence*) เป็นหลักเกณฑ์ที่จำเป็นเพื่อช่วยให้กระบวนการในการชี้ขาดข้อพิพาทสามารถดำเนินต่อไปได้แม้ว่าคู่สัญญาปฏิเสธที่จะยอมเข้าร่วมในกระบวนการก็ตาม ซึ่งพอที่จะทำการศึกษาได้จากหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในคำชี้ขาดของการอนุญาตโตตุลาการในแต่ละคดี แต่องค์ประกอบที่สำคัญในการให้อำนาจอนุญาตโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นก็คือ "ความยินยอมของคู่สัญญา" ในการกำหนดขอบอำนาจดังกล่าวนั่นเอง<sup>16</sup>

หลังจากคดี Alabama ประมาณ 2 ปี the Institute de Droit International ได้จัดเตรียมร่างข้อบังคับในการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยของอนุญาตโตตุลาการ (*rules of procedure of arbitral tribunals*) ขึ้น ในครั้งนั้นนาย Goldschmidt ได้เสนอร่างครั้งแรกต่อคณะกรรมการ โดยในมาตรา 18 ของร่างดังกล่าวนี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่อง *competence* ไว้อย่างชัดเจน โดยได้บัญญัติให้อนุญาตโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง<sup>17</sup> ซึ่งร่างสุดท้ายของข้อบังคับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการที่ได้รับการรับรองจากทาง

<sup>16</sup> Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, pp. 18-19.

<sup>17</sup> "Le Tribunal arbitral est juge de sa competence..." Goldschmidt, "Projet de Reglement pour Tribunaux Arbitraux Internationaux," Art. 18, 6 Rev. Dr. Int'l & Leg. Comp., 421, 440 (1874) Cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 19.

An earlier doctrinal statement of the principle is found in a provision introduced in the second edition of Bluntschli, *Le Droit International Codifie*, Art. 492 bis., at 288 (2e ed. Trad. Par Lardy 1874). The author cited the Alabama Arbitration which has obviously caused this addition.

สถาบันในปี ค.ศ. 1875 ได้มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์เรื่องนี้ไว้ในรายละเอียดอีกครั้งหนึ่ง กล่าวคือนอกจากจะได้มีการระบุว่า "อนุญาโตตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง" ไว้ในมาตรา 18 ของร่างครั้งแรกแล้ว ยังได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 14 ของร่างสุดท้าย โดยได้เพิ่มเติมบทบัญญัติไว้ว่า

"If the doubt concerning the jurisdiction depends on the interpretation of a clause in the compromise, the parties are presumed to have given the arbitrators power to settle the question, unless otherwise stipulated"<sup>18</sup>

อาจถือได้ว่ามาตรา 14 ของร่างสุดท้ายนี้เป็นบทบัญญัติที่เป็นการยอมรับหลัก qua lex lata<sup>19</sup> นั่นเอง

แม้ว่ามาตราดังกล่าวข้างต้นจะยอมรับหลัก qua lex lata แต่แน่นอนว่าอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการวางบทบัญญัติที่ค่อนข้างชัดเจนไว้ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการจะต้องมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องอำนาจของตนเอง และเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตีความข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ช่วยให้ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการสามารถวางหลักเกณฑ์ในเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้เด่นชัดขึ้น มาตรา 14 ของร่างสุดท้ายนี้มีพื้นฐานแนวคิดเดียวกันกับบทบัญญัติของอนุสัญญาอื่น ๆ คือโดยหลักแล้วยอมรับว่า "อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง" เว้นแต่จะมีบทบัญญัติในลักษณะอื่นใด กล่าวคือ มีการใช้ "clauses contraires" โดยระบุไว้ในสนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะสงวนอำนาจของคู่สัญญาในการกำหนดขอบเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญา<sup>20</sup>

<sup>18</sup> *Projet de Reglement pour la Procedure Arbitrale Internationale,* Art. 14, 1 *Annuaire*, 126, 129-30 (1877) Cited in Ibrahim F.I. Shihata, *The Power of the International Court to determine its own jurisdiction*, p. 19.

<sup>19</sup> qua lex lata เป็นหลักที่ยอมรับหลักกฎหมายที่เป็นอยู่

<sup>20</sup> Ibrahim F.I. Shihata, *The Power of the International Court to determine its own jurisdiction*, p. 19.

นอกจากนั้นแล้วในปี ค.ศ. 1892 ประเทศชิลีได้เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาคดี Didier ในประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence)<sup>21</sup> ต่อมาแนวความคิดในหลักเรื่อง competence ได้ปรากฏขึ้นอีกครั้งในสนธิสัญญาของ Permanent Arbitration ซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ โดยสนธิสัญญาดังกล่าวได้รับการลงนามเมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 1897 แต่ไม่มีการให้สัตยาบันแต่อย่างใด ในมาตรา 7 ของร่างสนธิสัญญาดังกล่าวมองว่าคณะอนุญาโตตุลาการควรที่จะมีอำนาจพิจารณาข้อเรียกร้อง “รวมตลอดถึงการตัดสินปัญหาข้อโต้แย้งในส่วนของสาระสำคัญของสิทธิเอกชนในฐานะตัวแทนระหว่างประเทศ...” การให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการก็เพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดลักษณะของข้อโต้แย้ง และความสัมพันธ์ของรัฐในประเด็นข้อโต้แย้งดังกล่าวได้ ในขณะที่นั้นคณะกรรมการยกย่องสนธิสัญญามองว่าควรที่จะมีการบัญญัติอำนาจในลักษณะเช่นนี้ไว้ให้มากขึ้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1897 เป็นที่เด่นชัดว่าแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นกลายเป็นประเด็นที่มีการโต้เถียงกันมากที่สุด แต่ในยุคสมัยนั้นแนวความคิดในหลัก competence ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นเป็นเหตุให้ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้เริ่มที่จะถูกนำมาเป็นประเด็นในการถกเถียงกันอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกนับตั้งแต่การประชุมเพื่อสันติภาพที่จัดขึ้นที่กรุงเฮกเมื่อปี ค.ศ. 1899 โดยในการประชุมดังกล่าวนี้ถือเป็นการประชุมระหว่างประเทศในระดับชาติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะทำการออกกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยในครั้งนั้นตัวแทนจากประเทศรัสเซียซึ่งเข้าร่วมการประชุมดังกล่าวนี้ได้เสนอร่างหลักเกณฑ์ที่จะให้อนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง<sup>22</sup> แม้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นได้พยายามที่จะแก้ไขจุดบกพร่องที่ปรากฏขึ้นในร่างกฎหมายฉบับก่อน ๆ นี้ โดยในการจัดทำร่างอนุสัญญาในครั้งนี้ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อย

<sup>21</sup> Ibid, p. 20.

<sup>22</sup> ดู Russian Draft of Arbitral Code, Art. 18 [Scott] The Proceeding of the Hague Peace Conferences. The Conference of 1899. Translation of the Official Texts 801, 803 (1920) Cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, pp. 20. โดยตัวแทนของประเทศรัสเซียได้เสนอสำเนาของกฎเกณฑ์ของกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอังกฤษและประเทศเวเนซุเอลา (1897) มาตรา 14 ของร่างหลักเกณฑ์นี้ได้มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้

คำต่าง ๆ จะเห็นได้จากการยกร่างบทบัญญัติในมาตรา 48 ของอนุสัญญา Pacific Settlement of International Disputes<sup>23</sup>

ในครั้งนั้นถือเป็นครั้งแรกที่หลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองได้ปรากฏขึ้นในอนุสัญญาพหุภาคีและอาจถือได้ว่าเป็นการประกาศยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวขึ้น นับจากนั้นมาแนวความคิดในเรื่อง competence de la competence เริ่มได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แนวความคิดในเรื่อง competence ได้รับการสนับสนุนอีกครั้งในสนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ถูกจัดทำขึ้นระหว่างสาธารณรัฐอาร์เจนตินา โบลิเวียและประเทศอื่น ๆ โดยสนธิสัญญาดังกล่าวนี้ได้รับการลงนามเมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1902<sup>24</sup>

อนึ่ง พัฒนาการของแนวความคิดในเรื่อง competence ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นค่อนข้างจะเป็นในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Public International Arbitration) มากกว่าที่จะเป็นการพัฒนาในส่วนของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commerce Arbitration)

ต่อมาแนวความคิดในเรื่องของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองได้ถูกนำมาใช้ในการตัดสินคดีของศาลอนุญาโตตุลาการ

---

<sup>23</sup> มาตรา 48 The Tribunal is authorized to declare its competence in interpretation the compromise as well as the other treaties which may be invoked in the case, and on the validity and interpretation of the reference to itself.”

The Hague Conventions, and a large number of other arbitral instruments, are conveniently brought together in Dr. Wetter's five distinguished volumes, "The International Arbitral Process, Public and Private (1979). The citations of various instruments which follow are to be republished in parallel columns in Vol. V; see p. 218.

<sup>24</sup> Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 21.

(Permanent Court of Arbitration) ในคดี Pious Fund case (1902)<sup>25</sup> และในคดีของ Preferential Treatment of Claims at Blockading Powers –V- Venezuela (1904)<sup>26</sup>

หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1904 ได้มีการจัดทำสนธิสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศอิตาลีและประเทศสวิตเซอร์แลนด์ขึ้น โดยมีข้อตกลงให้ข้อพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการตีความตลอดจนข้อโต้แย้งใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับข้อโต้แย้งที่ได้เกิดขึ้นจะต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการตามความประสงค์ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>27</sup> ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการตีความสนธิสัญญา ตลอดจนมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง<sup>28</sup>

ต่อมาหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองได้รับการสนับสนุนอย่างเป็นทางการอีกครั้งในสนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งได้จัดทำขึ้นในการประชุมเพื่อสันติภาพครั้งที่สองที่กรุงเฮก ในปี ค.ศ. 1907 สืบเนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 48 ของ Hague Convention 1899 นั้นเป็นบทบัญญัติเดียวกันกับที่ปรากฏในมาตรา 73 โดยใน the Hague Convention 1907 ได้บัญญัติไว้ว่า

“The Tribunal is authorized to declare its competence in interpreting the compromis, as well as the other papers and documents which may be invoked, and in applying the principles of Law”<sup>29</sup>

<sup>25</sup> 9 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 1, 12-13 ; Scott, Hague Court Reports, 5(Perm. Ct. Arb. 1902) Cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 21.

<sup>26</sup> 9 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 99, 108 ; Scott, Hague Court Reports, 58-59 (Perm. Ct. Arb. 1904) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการอีกคณะหนึ่งในศาลเดียวกันนี้ก็ได้พิจารณาอำนาจดังกล่าวนี้โดยการเพิกถอนคำสั่งเบื้องต้นในส่วนของดอกเบี้ยจากค่าเสียหายในคดี Russia v. Turkey. Cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 21.

<sup>27</sup> Ibid., p. 22.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Wetter, Vol. V, p. 218.

หากพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแล้วจะพบว่า มีแต่เพียงการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนของผู้คำเพียงเล็กน้อย<sup>30</sup> โดยวัตถุประสงค์หลักในการเปลี่ยนแปลงก็เพียงเพื่อจะขยายขอบเขตของอำนาจที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติเท่านั้น ช่วงระยะเวลา นั้นได้มีคดีที่แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการยอมรับหลักเกณฑ์ในเรื่อง competence ไว้ คือ คดี "Walfish Bay Boundary" ในปี ค.ศ. 1911 โดยได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า "มันเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนของกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาชี้ขาดในประเด็นเรื่องอำนาจของตนเองได้ โดยการตีความสัญญา และพิจารณาถึงขอบเขตของสัญญา"<sup>31</sup>

ในส่วนของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศดูเหมือนว่าแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (Competence de la competence) เริ่มปรากฏขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในร่างข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฏหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ในปี ค.ศ. 1952 ซึ่งในร่างฉบับดังกล่าวได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองอยู่ 2 มาตรา กล่าวคือ ในมาตรา 2 ของร่างข้อบังคับดังกล่าวได้ให้ "อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง" และยังให้ "อำนาจอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างในการพิจารณาตีความข้อตกลงให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่อการอนุญาโตตุลาการ" ในมาตรา 2 นั้นได้กล่าวอ้างไปถึงช่วงเวลาก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยบัญญัติไว้ว่า

"if the parties disagree as to "the existence of a dispute, or as to

<sup>30</sup> The change introduced in the old article involved the omission of the word "international" and the substitution of the words "papers and documents" for the word "treaties" ดูเนื้อตัวบทกฎหมายของมาตรา 73 ใน The Proceedings of the Hague Peace Conferences. The Conference of the Official Textst 611 (1920) Cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 22.

<sup>31</sup> Award of Prada, arbitrator in the matter of Southernmost Boundary of the Territory of Walfish Bay (Germany v. Great Britain), 9 U.N. Rep. Int'l Arb. Award, 263, 294 (19) 11. Cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 22.

whether an existing dispute is within the scope of the obligation to have recourse to arbitration." Such a question may, unless otherwise stipulated by the parties, be "brought before the International Court of Justice."<sup>32</sup>

จากการสังเกตจะพบเห็นได้โดยชัดเจนว่าบทบัญญัติในมาตรา 2 นี้ได้กำหนดลักษณะของข้อพิพาทและเสนอแนวทางในการปฏิบัติ โดยคณะกรรมการถาวรเห็นเห็นว่า **"เป็นแนวทางใหม่ที่มีความสำคัญ"** แม้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะได้เคยมีการกล่าวถึงมาก่อนหน้านี้แล้วบ้างก็ตาม<sup>33</sup> แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวทางที่ได้นำเสนอได้ถูกจำกัดโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่เฉพาะในกรณีที่มีปัญหาวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องที่สามารถนำขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) จะต้องเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาประเด็นปัญหานี้หลังจากได้รับการแต่งตั้งแล้ว ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าร่างของคณะกรรมการได้รับการสนับสนุนจากแนวทางการปฏิบัติมากกว่าที่จะได้รับการสนับสนุนโดยแนวความคิดที่แตกต่างกันของแต่ละมลรัฐในส่วนของการพิจารณาในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ค่อนข้างที่จะแจ่มชัดขึ้นโดยปรากฏให้เห็นในมาตรา 1 ของร่างสุดท้ายที่ได้ถูกนำเสนอต่อคณะกรรมการในปี ค.ศ. 1958 ในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า "หากได้มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ข้อพิพาทใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องด้วยปัญหาที่ว่าเรื่องใดที่อนุญาโตให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน ให้เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้"

เนื่องจากแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง (competence) ที่ปรากฏอยู่ในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในช่วงเวลานั้นมีพื้นฐานแนวคิดมาจากความคิดที่ว่า "อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจตนเองนั้น **มิใช่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา**" ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ปรากฏให้เห็นในการอนุญาโตตุลาการช่วงก่อนปี ค.ศ. 1950 ซึ่งในขณะนั้นมองว่าการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจ

<sup>32</sup> ดู Report of the International Law Commission covering the work of its Fourth session, U.N. Gen. Ass. Off. Rec., 7 th Sess., Supp. No. 9 at 4, 7 (Doc. No. A/2163) (1952)

<sup>33</sup> ดู Report of the International Law Commission covering the Work of its Tenth Session, U.N. Gen. Ass. Off. Rec., 13 th Sess. Supp. 9 at 6 (Doc. No. A/3859) ; (A/CN.4/117) (1958) cited in Ibrahim F.I. Shihata, The Power of the International Court to determine its own jurisdiction, p. 29.

พิจารณาตรวจสอบอำนาจของตนเองเนื่องจากอนุญาโตตุลาการได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาซึ่งเป็นส่วนที่ติดมากับสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเป็นอำนาจที่จำเป็นในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการให้สมบูรณ์ โดยถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเมื่อคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วย่อมแสดงว่าได้มอบหมายอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจตนได้ มิฉะนั้น อนุญาโตตุลาการก็อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนไม่ได้ ซึ่งอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอาจจะมากหรือน้อย หรืออาจจะจำกัดขอบเขตของระดับดุลพินิจที่มีในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ แต่ก็มีไม่น้อยที่ปรากฏว่ามีทัศนคติในการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้างขวางในข้อพิพาทระหว่างประเทศ<sup>34</sup>

สำหรับอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องดำเนินการคือการตรวจสอบข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขหรือข้อกำหนดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมถึงเอกสารต่าง ๆ เพื่อวิเคราะห์ข้อเรียกร้อง ข้อเรียกร้องแย้งซึ่งได้ยื่นต่อตนว่าอยู่ภายในขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือไม่นั้น ตามความเห็นในแนวนี้ได้เกิดมีข้อโต้แย้งขึ้นว่าการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจตนเองนั้นจะขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) หรือไม่ เนื่องจากตามแนวคิดของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นห้ามมิให้บุคคลตัดสินคดีที่ตนมีส่วนได้เสีย (Judge not to be his own judge) ซึ่ง Professor Schmitthoff ได้อธิบายความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า "หลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้น ห้ามบุคคลทำการตัดสินคดีซึ่งตนอาจจะลำเอียงโดยเหตุเพราะตนมีส่วนได้เสีย"<sup>35</sup> แต่กรณีของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกรณีที่อำนาจของตนมิได้เกี่ยวข้องกับคดีอันจะเป็นเหตุให้เกิดความลำเอียงได้ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงควรมีอำนาจที่ขาดอำนาจของตนเองได้<sup>36</sup> แต่กลับมองว่าอำนาจดังกล่าว **เป็นอำนาจที่มีอยู่ตามธรรมชาติ** ของบุคคล

<sup>34</sup> Craig, Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*. (New York. 1984.) No. 61.0.1.

<sup>35</sup> Schmitthopff, Clive, "International Commercial Arbitration", cited in Triantafyllides, *Prima Facie Agreement to Arbitrate – Examination by the ICC Court of Arbitration*, 42-43 *Revue Hellénique de Droit International* 255 (1989-1990)

<sup>36</sup> ธวัชชัย สุวรรณพานิช, "อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจตนเอง (Competence-Competence)", ใน *รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ*. (เล่ม 2) พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ บี เจ เพลท โปรเซสเซอร์ 2540), หน้า 59.



ที่ทำหน้าที่เช่นอนุญาโตตุลาการและเป็นอำนาจสำคัญในการทำหน้าที่<sup>37</sup> กล่าวคือ ในระยะเวลาที่เริ่มมองว่าแนวความคิดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาจากแนวความคิดที่ว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่อนุญาโตตุลาการมีอยู่ในตนเอง (an inherent power) ซึ่งอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีเพื่อช่วยให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไป ซึ่งในเรื่องนี้นั้น M.S. Dockray ยังได้เคยกล่าวสนับสนุนแนวความคิดนี้ไว้ว่า "อำนาจที่มีอยู่ในตนเอง" เป็นอำนาจซึ่งศาลจำเป็นต้องมีเพื่อคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของศาล หรือเพื่อความจำเป็นในกรณีพิเศษอื่นใด ซึ่งโดยความหมายในลักษณะเช่นนี้ย่อมหมายความว่า "อำนาจที่มีอยู่ในตนเอง" เป็นอำนาจที่มีมาโดยธรรมชาติของกลุ่มคณะทำงานซึ่งทำหน้าที่เป็นศาล หรือเสมือนศาล ตลอดทั้งเป็นอำนาจที่มีความจำเป็นสำหรับการดำเนินงานของศาล<sup>38</sup> แนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในแวดวงวิชาการด้านอนุญาโตตุลาการซึ่งปรากฏให้เห็นอยู่เสมอ ๆ ในทางปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสถาบันระหว่างประเทศ<sup>39</sup> หรือไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนโดยอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น The European Convention 1961 Art. 5.3, the Washington Convention 1965 Art. 41, the Rules of ICC Court of Arbitration Art. 8.4, UNCITRAL Arbitration Rules Art. 21.

นอกจากนั้นแล้ว Klaus P. Berger ยังได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า "คู่กรณีไม่สามารถกัน หรือสงสัยในอำนาจดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการได้"<sup>40</sup>

แต่อย่างไรก็ตามการให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาขอบอำนาจของตนนั้นไม่ใช่ประสงค์ให้การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทผูกพันคู่กรณีและเป็นที่สุด เพราะอาจไม่บรรลุผลเช่นนั้นก็ได้หากเกิดกรณีที่เป็นเหตุให้มีการคัดค้านคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นในศาล บทบัญญัติในลักษณะเช่น

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

<sup>38</sup> M.S. Dockray, "The Inherent Jurisdiction", The Law Quarterly Review Vol. 113 January 1997, p. 122.

<sup>39</sup> Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 276.

<sup>40</sup> Klaus Peter Berger, International Economic Arbitration, p. 278.

นี้ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องโดยยินยอมให้มีการวินิจฉัยเบื้องต้นในประเด็นว่า ข้อพิพาทที่ยื่นต่อ  
อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่<sup>41</sup>

สิ่งหนึ่งที่เราสามารถสรุปได้ก็คือ ILC ได้มีความพยายามที่จะเสนอรูปแบบ  
ใหม่ในการที่จะพยายามหาข้อสรุปของลักษณะประเด็นปัญหาที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการ  
พิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองในทุกกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามหลัก  
เกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นเพียงการอนุญาตในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างตกลงตามนั้นเท่านั้น  
กล่าวคือ ไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดที่จะเสนอไปในแนวทางอื่น

เนื่องจากร่างกฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการของคณะ  
กรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นยังมีอาจถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่นำมาใช้กับ  
การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริง จึงอาจที่จะกล่าวได้ว่าแนวความคิดใน  
เรื่อง Competence ได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ  
เป็นครั้งแรกในอนุสัญญาอชิงตัน โดยในมาตรา 41 ของอนุสัญญาอชิงตันนั้นได้บัญญัติไว้ว่า

"(1) ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของ  
ตนเอง

(2) ข้อโต้แย้งใด ๆ ของคู่กรณีในข้อพิพาทว่าข้อพิพาทนั้นไม่ได้อยู่ภายใต้  
เขตอำนาจของศูนย์หรือโดยอาศัยเหตุผลอื่นใดว่าไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ  
ให้พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งจะต้องพิจารณาทำคำวินิจฉัยในฐานะที่เป็นปัญหาเบื้องต้น  
หรือจะรวมวินิจฉัยไปพร้อมกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาท"

นอกจากนั้นแล้วพึงสังเกตอีกว่าในมาตรา 42 (1) ของอนุสัญญาอชิงตันได้  
บัญญัติไว้ว่า "ให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันใน  
กรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อ  
พิพาท (รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจใช้  
บังคับได้"

<sup>41</sup> วิวรรณ เจริญนาถ, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์  
ระหว่างประเทศ", หน้า 183.

อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาที่ขาดอำนาจของตนเองนั้นเริ่มจะเป็นที่ตระหนักถึงในระดับระหว่างประเทศ โดยในมาตรา 5 ย่อหน้าที่ 3 ของ the European Convention 1961 ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ "ในการที่ขาดอำนาจของตนเอง และพิจารณาถึงความมีอยู่หรือความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือของสัญญาหลักที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการบรรจุอยู่" ในขณะที่มาตรา 41 (1) ของอนุสัญญาเวียนนาได้บัญญัติไว้ว่า "อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาที่ขาดอำนาจของตนเอง" ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ต่อมาได้มีการนำไปบัญญัติไว้ใน Article 16 ของ UNCITRAL Rules of Arbitration และใน Article 6 (2) ของ ICC Rules of Arbitration<sup>42</sup>

ดังนั้น ในกรณีที่คุณสัญญาเลือกใช้หลักเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับหลักในเรื่อง competence มาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ย่อมส่งผลให้อนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักในเรื่อง competence มาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการได้โดยอิสระ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าหลักในเรื่อง competence นี้จะเป็นที่ยอมรับในกฎหมายสาระบัญญัติหรือไม่ก็ตาม<sup>43</sup>

อนึ่ง เป็นเรื่องยากที่จะสามารถคาดการณ์ได้ว่าบทบัญญัติของหลักเกณฑ์ในการอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวกับการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาที่ขาดอำนาจของตนเองนั้นจะเป็นที่ยอมรับจากระบบกฎหมายภายในของประเทศที่มองว่าแนวความคิดดังกล่าวนี้ขัดต่อ international public policy ซึ่งส่งผลให้แนวความคิดในลักษณะเช่นนี้ไม่เป็นที่ยอมรับนั่นเอง<sup>44</sup>

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาหลักเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตนเอง (competence de la competence) มักเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับหลักความเป็นอิสระ หรือความเป็นเอกเทศของข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ<sup>45</sup> (the autonomy or separability

<sup>42</sup> Peter Sanders, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL'S PROJECT for a Model Law on International Commercial Arbitration, (Kluwer : 1984), p. 74.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid, p. 75.

<sup>45</sup> Mustiil, M.J. and Boyd, S.C., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England. (London : Butterworths, 1982), pp. 462-467.

of the arbitration clause) ทั้งนี้ เพราะข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการในสัญญามุ่งถึงข้อพิพาทในอนาคต แต่เมื่อขณะเกิดข้อพิพาทขึ้นจะมีเหตุการณ์ต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงสัญญาหลักไม่ว่าจะเป็นอำนาจที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งแนวโน้มในสมัยใหม่นั้นถือว่าข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการก่อตัวขึ้นเป็นสัญญาต่างหากและเป็นเอกเทศ ดังนั้น โดยทั่วไปการสิ้นผลของสัญญาหลักจึงไม่กระทบต่อข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ<sup>46</sup>

ในประเด็นเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องนี้อาจสืบเนื่องมาจากว่าในอดีตอาจมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการหรือศูนย์ระงับข้อพิพาทในกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาอซิงตันไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้น เช่นอ้างว่าข้อพิพาทไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย ข้อพิพาทมิได้เกิดจากการลงทุน คู่กรณีฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาอซิงตัน คู่กรณีฝ่ายผู้ลงทุนมีสัญชาติของรัฐบาลผู้รับการลงทุน และไม่เคยมีการตกลงกันให้ปฏิบัติต่อผู้รับการลงทุนในฐานะเป็นคนต่างชาติเพราะอยู่ภายใต้การควบคุมจากต่างชาติและคู่กรณีไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ซึ่งในเรื่องนี้นั้นได้มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 41 ของอนุสัญญาอซิงตันว่า

"(1) ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของตนเอง

(2) ข้อโต้แย้งใด ๆ ของคู่กรณีในข้อพิพาทว่าข้อพิพาทนั้นไม่ได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ฯ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดว่าไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้พิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะต้องพิจารณาทำคำวินิจฉัยในฐานะที่เป็นปัญหาเบื้องต้นหรือจะรวมวินิจฉัยไปพร้อมกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาท"

นอกจากนั้นแล้วข้อบังคับฯ ยังได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องเดียวกันเพิ่มเติมขึ้นในส่วนนี้ โดยมีการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินเรื่องเขตอำนาจของตนเองในช่วงเวลาใดของการพิจารณาก็ได้ โดยอาจให้หยุดการพิจารณาในเนื้อหาสาระไว้ได้ และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าศูนย์ฯ ไม่มีเขตอำนาจ หรือไม่อยู่ในขอบอำนาจของตน ก็สามารถทำคำชี้ขาดตามนั้นได้เลย (ข้อบังคับฯ ข้อที่ 41)<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Redfern and Hunter, Law and Practice on International Commercial Arbitration, p. 275.

<sup>47</sup> Moshe Hirsch, The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993),

อาจกล่าวได้ว่า ในอนุสัญญาอชิงตันนั้นค่อนข้างที่จะมีการวางหลักแนวความคิดในเรื่องการตัดสินชี้ขาดในเรื่องอำนาจของตนเองของคณะอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจนซึ่งจะมีลักษณะและแตกต่างจากหลักกฎหมายในอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอื่น ๆ เหตุที่อนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้วางหลักการในเรื่องการมีอำนาจตัดสินเขตอำนาจของตนเองไว้โดยไม่ต้องขอความช่วยเหลือจากศาลได้นั้น ก็เนื่องจากว่าศูนย์ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมจากรัฐใดและเพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและศูนย์เองก็มีระบบต่าง ๆ ที่สมบูรณ์อยู่ในตัวเองอยู่แล้ว ซึ่งเป็นสิ่งที่ดีและเหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องปลอดจากอิทธิพลของรัฐใด ๆ อย่างแท้จริง<sup>48</sup>

#### 4.1.2 พัฒนาการของแนวความคิดเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence) ในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985

ต่อมาแนวความคิดในการยอมรับหลักในเรื่อง competence ยังคงปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของร่างกฎหมายแม่แบบของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law) โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 16<sup>49</sup> ของร่างกฎหมายแม่แบบซึ่งได้จัดทำร่างขึ้นในเดือนกุมภาพันธ์

p.229. อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 220.

<sup>48</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>49</sup> Article 16 - Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

"1. The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

2. A plea that the tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised

ค.ศ.1983 ในร่างของกฎหมายแม่แบบได้มีความพยายามที่จะผสมผสานแนวความคิดของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศเข้ากับกฎหมายอนุสัญญาระหว่างประเทศในยุคสมัยเดียวกัน กล่าวคือ พยายามที่จะทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยในการพิจารณาประเด็นเรื่องของ competence ได้อาศัยพื้นฐานจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ค่อนข้างจะทันสมัยที่สุด กล่าวคือกฎหมายแม่แบบได้นำหลักที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ย่อหน้าที่ 1 ของ UNCITRAL Arbitration Rules มาเป็นต้นร่าง โดยบัญญัติไว้ว่า

"คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง รวมตลอดจนพิจารณาถึงคำคัดค้านในประเด็นเรื่องความมีอยู่ หรือความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ"

ส่วนในมาตรา 21 ย่อหน้า 1 ของ UNCITRAL Arbitration Rules นั้นได้บัญญัติไว้ว่า

"คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาถึงข้อคัดค้านในประเด็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ รวมตลอดถึงมีอำนาจในการพิจารณาคำคัดค้านในประเด็นที่เกี่ยวกับความมีผลบังคับใช้ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือของสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นแยกต่างหากจากสัญญาหลัก"

ความแตกต่างที่ปรากฏขึ้นระหว่างบทบัญญัติใน UNCITRAL Arbitration Rules และในร่างของกฎหมายแม่แบบ คือ เป้าหมายของผู้ร่างกฎหมายแม่แบบมีขึ้นเพื่อให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง มิใช่เพื่อมีอำนาจในการ

---

during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

3. The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 16 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award."

พิจารณาคำคัดค้านของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตัดสินใจของตนเองแก่อนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ใน UNCITRAL Arbitration Rules นั้นจำกัดขอบอำนาจดังกล่าวไว้แต่เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านประเด็นปัญหาเรื่องอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นเสียก่อนนั่นเอง<sup>50</sup>

ในมาตรา 16 ของ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ระบุไว้ว่า

“(1) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยในขอบอำนาจของตนรวมถึงการคัดค้านความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ โดยข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้รับการปฏิบัติเช่นข้อตกลงหนึ่งเป็นอิสระจากส่วนอื่น ๆ ของสัญญา คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่า สัญญาหลักเป็นโมฆะไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ”

จากบทบัญญัติใน (1) ของมาตรา 16 จะเห็นได้ว่ากฎหมายแม่แบบยอมรับในเรื่องต้นถึงหลักเกณฑ์ที่สำคัญว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองภายใต้การควบคุมของศาล (อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นอยู่ภายใต้ดุลพินิจควบคุมของอำนาจตุลาการ) หากว่าคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง และได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งทำคำชี้ขาด กรณีเช่นนี้หากว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านเพื่อขอเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวนั้น ศาลย่อมมีอำนาจที่จะเข้าตรวจสอบเรื่องดังกล่าวนี้ได้ ในเรื่องนี้โดยมติที่ยอมรับบทบัญญัติในมาตรา 16(3) นั้นเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลในการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง โดยการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ (แม้ว่าประเด็นในเรื่องนี้อาจจะยังไม่กระจ่างชัดนักในบทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบัน<sup>51</sup>)

<sup>50</sup> Peter Sanders, 2<sup>nd</sup> Congress UNCITRAL'S PROJECT for a Model Law on International Commercial Arbitration, p. 85.

<sup>51</sup> เหตุผลหนึ่งที่มีการกล่าวอ้างไว้ในมาตรา 16 (3) ก็เพียงเพื่อที่จะนำไปใช้ในการเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความมั่นใจแก่คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการว่าสามารถที่จะให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดในเรื่องดังกล่าวนี้ได้ อย่างไรก็ตามตามคณะกรรมการต้องการที่จะพิจารณาเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนในดำเนินการขอให้ยอมรับหรือบังคับตาม

เหตุผลหนึ่งของการวางบทบัญญัติในลักษณะนี้ไว้ก็เพื่อป้องกันเทคนิคในการถ่วงเวลา และการใช้สิทธิของคู่สัญญาในการหยิบยกประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ขึ้นใช้เพื่อชะลอคดีให้ล่าช้าลง และแนวความคิดในลักษณะนี้ได้รับการสนับสนุนโดยมีการดำเนินการตัดข้อความในร่างเก่าของมาตรา 17 ที่ซึ่ง โดยในร่างเก่าของมาตรา 17 นั้นได้บัญญัติถึงบทบาทของศาลในการควบคุมการดำเนินการในเรื่องนี้ไว้<sup>52</sup> ทางผู้สนับสนุนความคิดที่ว่าให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาได้เสนอความเห็นเกี่ยวกับผลเสียของแนวทางในลักษณะนี้ไว้ว่า "มันเป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมากอย่างยิ่งหากมีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการสืบพยาน เป็นต้น และต่อมาศาลได้มีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้นโดยเหตุว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นได้ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีอำนาจ"<sup>53</sup>

เป็นที่ยอมรับและได้มีการเสนอความแตกต่างตลอดจนมีการเปรียบเทียบแนวความคิดที่ขัดแย้งกันทั้งสองประการนี้ ไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องของเทคนิคในการถ่วงเวลา การสืบเปลือกค่าใช้จ่าย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องยอมรับอย่างหนึ่งว่าเป็นการยากอย่างยิ่งหากเราจะทำการศึกษาประเมินผลจากคดีทั่ว ๆ ไป ดังนั้นดูเหมือนว่าการประเมินผลนั้นคงจะเป็นการดียิ่งขึ้นหากได้ทำขึ้นด้วยความเคารพแนวความคิดของแต่ละคดี แม้อาจจะเป็นผลร้ายสำหรับแนวความคิดที่จะให้ความ

---

คำชี้ขาด แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้เริ่มดำเนินการดังกล่าวแล้ว ก็ยังให้โอกาสแก่คู่สัญญาในการที่จะยื่นคำร้องขอคัดค้านเพื่อขอเพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยอาศัยเหตุผลในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาเป็นมูลเหตุในการขอเพิกถอนคำชี้ขาด [ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 36(1) (a) (1)]

<sup>52</sup> ดู A/CN.9/246 [paras.52-56 เนื้อหาของมาตรา 17 นั้นมิได้ครอบคลุมแต่เฉพาะในกรณีของมาตรา 16(3) เท่านั้น ตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์ข้อบังคับที่ยืนยันอำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง มีดังนี้

"Article 17 Concurrent Court Control

(1) [Notwithstanding the provisions of article 16,] a party ,may [at any time] request the Court specified in article 6 to decide whether a valid arbitration agreement exists and [, if arbitral proceedings have commenced,] whether the arbitral tribunal has jurisdiction [with regard to the dispute referred to it.]

(2) While such issue is pending with the Court, the arbitral tribunal may continue the proceedings [unless the Court orders a stay of the arbitral proceedings]"

<sup>53</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 123 (A/CN.9/264)



เป็นอิสระแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาตัดสินโดยอาศัยพื้นฐานการประเมินผลที่มีอยู่ในขณะนั้น และต่อมาจะให้อำนาจศาล<sup>54</sup>ในการเข้าควบคุมตรวจสอบอำนาจดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นเหตุให้เกิดการขอเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ในการพิจารณาคำแนะนำดังกล่าวนี้สามารถที่จะช่วยให้เราหลีกเลี่ยงความไม่สอดคล้องกันระหว่างมาตรา 16(3) และมาตรา 13 (3) ได้แม้ว่าการยอมรับเอาส่วนสำคัญของมาตรา 13 (3) ก็เพื่อที่จะลดความเสี่ยงในการใช้เทคนิคให้เหลือน้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น กำหนดระยะเวลาที่จำกัดสำหรับศาลในการเข้าไปช่วยเหลือในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวนี้ และการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป<sup>55</sup>

เมื่อผู้ร่างกฎหมายแม่แบบมีแนวคิดที่ต้องการจะให้อิสระแก่อนุญาโตตุลาการในการพิจารณาประเด็นปัญหาในลักษณะเช่นนี้ ด้วยเหตุนี้ใน Section 16 paragraph (1) จึงได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองรวมตลอดถึงการพิจารณาคำคัดค้านใด ๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับความมีอยู่หรือความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยอำนาจดังกล่าวนี้มักจะเรียกกันว่า "competence de la competence" หรือที่นิยมเรียกกันในประเทศเยอรมันว่า "Kompetenz-Kompetenz" ซึ่งถือเป็นแนวความคิดที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสมัยใหม่ แต่ในปัจจุบันนี้นั้นแนวความคิดดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ<sup>56</sup>

จากบทบัญญัติในมาตรา 16 ของกฎหมายแม่แบบแสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดว่าแนวความคิดในเรื่องของการแยกข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อนหน้านี้หลักหรือความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ (the doctrine of separability or autonomy

<sup>54</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่าทางเลือกในมาตรา 16 (3) ในปัจจุบันมิได้ให้ the arbitral tribunal that opinion, irrespective of whether a ruling on jurisdiction would be classified as an "award", as to the desirability of including in the model law a definition of "award", ดู Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 136. (A/CN.9/264)

<sup>55</sup> Ibid., p. 123. (A/CN.9/264)

<sup>56</sup> Ibid., p. 121. (A/CN.9/264)

of the arbitration clause)<sup>57</sup> นั่นถือเป็นแนวทฤษฎีที่เป็นองค์ประกอบช่วยเสริมในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดอำนาจของตนเอง เนื่องจากแนวความคิดตามทฤษฎี severability สนับสนุนความเห็นที่ว่า ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาที่แยกเป็นอิสระจากข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาหลัก ดังนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินชี้ขาดว่าสัญญาหลักนั้นเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้ ย่อมไม่เป็นผลให้ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะด้วย<sup>58</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวอนุญาโตตุลาการจึงยังคงมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวกับความเป็นโมฆะของสัญญา (และประเด็นข้อโต้แย้งอื่น ๆ ที่จะได้มีการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการต่อไป) เว้นแต่เหตุแห่งความเป็นโมฆะของสัญญาหลักนั้นส่งผลต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยตัวของมันเอง ซึ่งเป็นที่ตระหนักดีว่าหลักในเรื่อง separability ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 (1) นั้นเป็นแนวความคิดที่ต่างไปจากแนวความคิดของกฎหมายภายในของบางประเทศ ซึ่งจะทำการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างจุดเริ่มของข้อบกพร่องและผลของความเป็นโมฆะ

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าในมาตรา 16 ของกฎหมายแม่แบบมิได้มีการระบุให้อนุญาโตตุลาการนำกฎหมายของประเทศใดมาเป็นกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาประเด็นในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เป็นที่ยอมรับกันว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีควรจะเป็นกฎหมายเดียวกับที่ศาลนำมาใช้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ซึ่งนำมาใช้ในการขอเพิกถอนกระบวนการพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 เนื่องจากว่ากระบวนการพิจารณาที่บัญญัติไว้ภายใต้มาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบนั้นเป็นการให้อำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 16 (3) ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้พิจารณาในเรื่องของความสามารถของคู่สัญญา ตลอดจนความมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 (2) (a) (1) และประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่สามารถนำขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการ และประเด็นปัญหาอื่น ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับความสงบเรียบร้อย และนโยบายของรัฐนั้นให้นำกฎหมายของ "รัฐ" มาใช้บังคับกับกรณีไป (ดูบทบัญญัติกฎหมายปัจจุบันของมาตรา 34 (2) (b) ) ต่อมาเนื้อหาในประเด็นดังกล่าวนี้ได้รวมถึง arbitrability, ซึ่งเป็นที่ยอมรับต่อมาว่าภายใต้บทบัญญัติมาตรา 34 (2) (b) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเสมือน

<sup>57</sup> ดูรายละเอียดของแนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อหนี้หลัก หรือความเป็นอิสระของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการได้ในบทที่ 3

<sup>58</sup> Ibid. (A/CN.9/264)

ศาลในการชี้ขาด ex officio ตัวอย่างเช่น แม้ว่าจะไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดทำการร้องขอตามที่ได้มีการกล่าวอ้างไว้ในมาตรา 16 (2)<sup>59</sup>)

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบมาตรา 16 จะพบได้ว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้นมิใช่เป็นอำนาจที่เด็ดขาดหรือเป็นที่สุด เนื่องจากยังคงถูกจำกัดโดยบทบัญญัติอื่น ๆ อาทิเช่น

ประการแรก คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวอาจถูกทบทวนโดยศาลได้ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 16(3)

ประการที่สอง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 34 ศาลที่ทบทวนกระบวนการพิจารณาดังกล่าวอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดได้

ประการที่สาม นอกจากนั้นแล้วภายใต้บทบัญญัติมาตรา 36 คำชี้ขาดดังกล่าวยังอาจถูกทบทวนได้หากได้มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

ประการที่สี่ ยังมีบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจศาลในการแทรกแซงได้อีก ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 8 ของกฎหมายแม่แบบ แต่อย่างไรก็ดีอย่างน้อยที่สุดการที่อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะตัดสินปัญหาพื้นฐานที่ว่าตนมีอำนาจหรือไม่แม้จะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลก็ตามเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่ช่วยหลีกเลี่ยงการสูญเสียในเรื่องของค่าใช้จ่ายและเวลา

จากการศึกษาพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่อง competence นับตั้งแต่เริ่มมีการยอมรับแนวความคิดในเรื่องนี้กับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศจะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจในเรื่องขอบอำนาจกว้างเพียงใดก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่คู่กรณีไม่ได้มอบอำนาจให้แก่ตนได้ และแม้จะมีข้อตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ องค์คณะอนุญาโตตุลาการก็จะใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยตัดสินเกินกว่าที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ไม่ได้ (award made in excess of jurisdiction ; extra petita) หรือ จะเป็นกรณีตัดสินไม่ครบประเด็นตามที่คู่กรณีมอบอำนาจให้ (infra petita)<sup>60</sup> ไม่ได้

<sup>59</sup> ในขณะนั้นหากว่าคณะกรรมการยอมรับการตีความในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อที่จะพิจารณาถึงเนื้อหาในมาตรา 16 ว่าสามารถที่จะนำมาใช้ร่วมกับผลของข้อบังคับอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกำหนดระยะเวลาในการยื่น หรือในเรื่องของข้อยกเว้น หรือในเรื่องของเงื่อนไขการเสนอ เป็นต้น

<sup>60</sup> วิรวรรณ เจริญนาถ, “พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 275.

#### 4.1.3 ประเทศที่ยอมรับหลักอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง

นับจากมีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence) ไว้ในกฎหมายแม่แบบ ต่อมาได้เริ่มปรากฏแนวความคิดในหลักเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองในกฎหมายอนุญาโตตุลาการสำหรับประเทศต่าง ๆ ที่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบเข้าเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศตน หรือแม้กระทั่งประเทศที่ได้ยอมรับเอากฎหมายแม่แบบเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการสำหรับประเทศของตน อาทิเช่น

##### 4.1.3.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายของประเทศอังกฤษเดิม (Arbitration Act 1950 และ Arbitration Act 1979) บัญญัติว่า ในกรณีที่ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเสียก่อนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่<sup>61</sup> แสดงให้เห็นว่าในประเทศอังกฤษแต่เดิมไม่มีบทบัญญัติระบุเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence) ไว้โดยตรง กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วระบบกฎหมายส่วนใหญ่มักจะพิจารณาว่าปัญหาเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินโดยศาล เพราะเป็นเรื่องสำคัญ<sup>62</sup> ตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษขณะที่ใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเดิมได้ให้คู่กรณีที่ได้แย้งในเรื่องขอบอำนาจนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาล<sup>63</sup> เหตุผลหนึ่งซึ่งทำให้แนวความคิดในเรื่องนี้ไม่ค่อยจะเป็นที่นิยมนักในประเทศอังกฤษอาจจะมาจากแนวความคิดที่ศาลในประเทศอังกฤษในช่วงยุคต้น ๆ มองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่ลดรอนสิทธิของศาล จึงเป็นเหตุให้แนวความคิดที่จะให้อำนาจอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจของตนเองไม่เป็นที่แพร่หลายมากนักในประเทศอังกฤษ นอกจากนั้น Peter Gross ได้เคยให้ความเห็นไว้ในบทความ "Competence of Competence : An English View" ว่าไม่ได้สนับสนุนอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงของศาลอย่างเต็มที่ ซึ่งก็เป็นปัจจัยมาจากแนวความคิดที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่เริ่มการวิวัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ ในขณะนั้นไม่เพียงแต่เหล่าผู้พิพากษาจะ

<sup>61</sup> International Handbook on Commercial Arbitration, p. 23.

<sup>62</sup> Lew, D. M. Julian, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, p. 76.

<sup>63</sup> ดู Arbitration Act 1950 และดู Arbitration Act 1979.

เกิดความไม่พอใจที่เกิดกระบวนการอนุญาโตตุลาการขึ้นแล้ว ยังถือได้ว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นความพยายามในการกำจัดเขตอำนาจของศาลด้วย<sup>64</sup> ด้วยเหตุดังกล่าว Peter Gross จึงเรียกอำนาจอนุญาโตตุลาการดังกล่าวว่า "provisional jurisdiction" หรือที่ Schlosser เรียกว่า "provision Kompetenz-Kompetenz" ซึ่งหมายถึงอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตน และศาลก็สามารถที่จะดำเนินการวินิจฉัยได้เช่นกันหากได้รับการร้องขอจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแม้ว่าศาลจะได้รับการร้องขอให้วินิจฉัยประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการก่อนก็สามารถกระทำได้เช่นกัน

นอกจากนั้น ในเรื่องนี้ Prof. Schmitthoff ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่าในขณะที่ข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการในสมัยใหม่ต่างยอมรับแนวคิดที่ว่าให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง โดย Prof. Schmitthoff ได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ว่า "การตั้งข้อสันนิษฐานในส่วนของสถานะของอนุญาโตตุลาการโดยการเปรียบเทียบกับสถานะของผู้พิพากษาจะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากในส่วนของผู้พิพากษาอาจจะมีการอุทธรณ์ประเด็นในเรื่องดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะแตกต่างกับการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการในลักษณะเช่นนี้อยู่นอกเหนือจากการควบคุมของศาลภายในประเทศของแต่ละประเทศ" ดังนั้น อนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองได้โดยมิต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากสิ่งใด แต่อย่างน้อยที่สุดบทบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษได้บัญญัติไว้ว่า "คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นยังไม่ถือเป็นที่สุด และศาลมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดดังกล่าวนี้ได้" แต่ Prof. Schmitthoff ได้ให้ความเห็นไว้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979 ของประเทศอังกฤษควรที่จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติโดยยินยอมให้คู่สัญญาสามารถทำความตกลงมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองได้<sup>65</sup>

จากเหตุดังกล่าวข้างต้น จะพบได้ว่าแนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองเป็นเพียงเรื่องเฉพาะกาลเท่านั้น เนื่องจากศาลยังคงมีบทบาทในการควบคุมดูแลการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งการวินิจฉัยของศาลนั้นยังถือว่าเป็น

<sup>64</sup> คดี Willcock v. Pickfords (1979)

<sup>65</sup> Clive M. Schmitt5hoff, "The Jurisdiction of the Arbitrator", in J.C. Schultsz and A.J. van den Berg, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders (1982), pp. 285, 292.

ที่สุด ด้วยเหตุนี้ในเรื่องของอำนาจของอนุญาโตตุลาการและศาลในประเทศอังกฤษ จึงเรียกได้ว่าเป็นอำนาจควบคู่ (Concurrent Control) ซึ่งแตกต่างจากแนวปฏิบัติของประเทศอื่น

ต่อมาหลังจากที่ประเทศอังกฤษได้รับเอากฎหมายแม่แบบเข้ามาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนเอง (พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 หรือ Arbitration Act 1996) ปรากฏว่าแนวความคิดในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 จากบทบัญญัติในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่นำมาจาก UNCITRAL Model Law, Art. 16 (1)<sup>66</sup> โดยในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น อนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยอำนาจของตนในเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ และเรื่องอื่น ๆ ที่มีการเสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ...” ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง โดยบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการไว้อย่างมาก โดยไม่คำนึงว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม หรืออนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้นจะได้รับการแต่งตั้งอย่างถูกต้องหรือไม่ หรือไม่ว่าประเด็นข้อพิพาทที่เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการจะเป็นประเด็นตามสัญญาหรือไม่ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น อีกทั้งในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>67</sup>ไว้ว่า “เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจไว้ ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับได้โดยถือเป็นการพักกระบวนการพิจารณาในศาล อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในเรื่องอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนเองอาจถูกคัดค้านหรือทบทวนได้ในภายหลัง

#### 4.1.3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

<sup>66</sup> วิรวรรณ เจริญนาถ, “พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 185.

<sup>67</sup> Okeziw Chukwumerije, "Judicial Supervision of Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1996", *Arbitration International*, Vol. 15 No. 2, pp. 178.

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1987 ของประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ให้อำนาจคู่กรณีในการที่จะกำหนดวิธีการอนุญาตไต่สวนการได้อย่างกว้างขวางตามใจชอบ สืบเนื่องจากตามกฎหมายเยอรมันนั้นมีแนวคิดทางกฎหมายว่า "การอนุญาตไต่สวนการมีลักษณะที่สำคัญ คือ มีสภาพเป็นสัญญา คู่กรณีจึงมีอิสระที่จะกำหนดวิธีการอนุญาตไต่สวนการตามใจชอบได้" แต่เรื่องใดที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้และคู่กรณีก็ได้ตกลงกันได้ อนุญาตไต่สวนการมีอำนาจที่จะทำการใด ๆ ตามความเหมาะสม และได้บัญญัติให้ศาลมีส่วนสำคัญในการเข้าไปช่วยเหลือ และควบคุมกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไต่สวนการ แต่ไม่ให้เข้าแทรกแซงในการชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการ ด้วยเหตุดังกล่าววิธีการอนุญาตไต่สวนการจึงเป็นที่นิยมใช้กันมาก โดยเฉพาะในการระงับข้อพิพาททางการค้า<sup>68</sup>

ในกรณี เช่นนี้ เมื่อเกิดปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา อนุญาตไต่สวนการขึ้นในประเทศเยอรมัน บุคคลผู้มีอำนาจในการชี้ขาดอำนาจของอนุญาตไต่สวนการจะเป็นศาลหรืออนุญาตไต่สวนการย่อมขึ้นอยู่กับตัวสัญญาอนุญาตไต่สวนการดังกล่าวจะได้กำหนดไว้ อย่างไร หรือในกรณีที่เป็นการอนุญาตไต่สวนการของสมาคมอนุญาตไต่สวนการย่อมขึ้นอยู่กับกฎข้อบังคับของสมาคมอนุญาตไต่สวนการดังกล่าวจะได้บัญญัติไว้หรือไม่ด้วยเช่นกัน แต่ถ้าสัญญา อนุญาตไต่สวนการ หรือกฎข้อบังคับของสมาคมอนุญาตไต่สวนการมิได้กำหนดไว้ กรณีเช่นนี้ศาลเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดประเด็นปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา<sup>69</sup> นอกจากนั้นแล้วคู่กรณีอาจทำสัญญาไม่ให้ศาลเข้าไปแทรกแซงหรือควบคุมอนุญาตไต่สวนการในการพิจารณาก็ย่อมทำได้ ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่คู่กรณี จะเห็นได้ว่าลักษณะของกฎหมายการ อนุญาตไต่สวนการในประเทศเยอรมันเกือบตรงกันข้ามกับกฎหมายการอนุญาตไต่สวนการของประเทศ อังกฤษ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการรวมประเทศเยอรมันทั้งสองประเทศให้เป็น ประเทศเดียวกัน และมีการยกเลิกระบบการอนุญาตไต่สวนการภายใต้อาณัติของรัฐ โดยเริ่มใช้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 10 (ZPO) ครอบคลุมทั่วประเทศ ซึ่งกฎหมาย อนุญาตไต่สวนการฉบับใหม่นี้ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยในการร่างกฎหมายใหม่นั้นผู้ร่างได้ นำเนื้อหาตามโครงสร้าง เนื้อหา และถ้อยคำของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาตไต่สวนการทางการ

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51-52.

<sup>69</sup> Dr. Ottoarndt Glossner, Federal Republic of Germany, pp. 65-66 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

คำระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ รวมถึงในส่วนที่ว่าด้วยอำนาจวินิจฉัยของ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองมาเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความแพ่งของเยอรมันในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เช่น มีการนำหลักที่วางไว้ใน Article 16 Section 2 ของกฎหมายแม่แบบที่ว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะมีความสมบูรณ์ ถ้าคู่ กรณีนี้อาจยกข้อต่อสู้ขึ้นได้ภายในเวลาที่กำหนดเข้ามาบัญญัติไว้ใน Article 1027 Section 2 ของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน โดยบัญญัติไว้ว่าการเพิกเฉยไม่ยกข้อโต้แย้ง ในเวลาอันควรเป็นเหตุให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ไม่สมบูรณ์นั้นมีสภาพสมบูรณ์ได้

อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดในเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองในประเทศเยอรมันได้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ยอมรับว่า อำนาจ ของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดขอบเขตอำนาจของตนเองนั้นถือเป็นที่สุด หรืออาจกล่าว ได้ว่าเป็นประเทศที่ยอมรับแนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจ ของตนเองอย่างแท้จริง (pure Kompetenz-Kompetenz) เนื่องจากตามกฎหมายของรัฐบาลกลาง เยอรมันแล้วคู่กรณีอาจให้อำนาจอย่างกว้างขวางในการกำหนดแนวทางที่ผูกพันกับประเด็นของ อำนาจของตนแก่อนุญาโตตุลาการ และผู้ที่จะเป็นผู้ตัดสินคนสุดท้าย (last word) ในประเด็นดัง กล่าวนี้ก็ควรจะเป็นอนุญาโตตุลาการ<sup>70</sup> อีกทั้งเป็นไปได้ว่าเหตุผลที่แนวความคิดในเรื่องอำนาจ อนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในประเทศ เยอรมันก็เนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่มักปรากฏให้เห็นอยู่เสมอว่าคำคัดค้านในประเด็นเรื่องอำนาจ พิจารณาของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ถูกนำเสนอต่อศาลนั้นโดยมากมักเนื่องมาจากกรณีที่คู่กรณีมุ่ง หมายที่จะถ่วงเวลาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเสียเป็นส่วนมาก

อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ จะได้ยอมรับแนวความคิดใน เรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (Power of the arbitral tribunal to rule on its jurisdiction) ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในชื่อ ว่า Competence-Competence (Kompetenz-Kompetenz ในประเทศเยอรมัน หรือ Competence de la competence ในประเทศ ฝรั่งเศส) ก็ตาม แต่ก็ยังมีประเด็นที่พอจะนำมาพิจารณาในเรื่อง “ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ” (The Competence of Arbitrators) ดังนี้

<sup>70</sup> Peter Schlosser, "Arbitration International", Vol. 8, Nr.2, 1992, p.199. cited in Judge Bola Ajibola, p. 22.



1.) ข้อจำกัดอำนาจอนุญาตตุลาการ (Limitation on jurisdiction)

แม้จะมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการ แต่ก็อาจมีประเด็นที่เป็นปัญหาในกรณีที่มีการหยิบยกเรื่องความสมบูรณ์หรือประสิทธิภาพของข้อตกลงอนุญาตตุลาการเพราะในบางเรื่องคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะหลีกเลี่ยงการอนุญาตตุลาการและประสงค์จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน<sup>71</sup>

การพิจารณาอำนาจของอนุญาตตุลาการมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการ<sup>72</sup> คือ

1.) อนุญาตตุลาการอาจ หรือต้องสั่งเกี่ยวกับความสมบูรณ์และความเป็นอยู่ของสัญญาอนุญาตตุลาการและประเด็นที่ครอบคลุมข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับตัวอนุญาตตุลาการ

2.) อนุญาตตุลาการอาจ หรือต้องสั่งในประเด็นเมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการตั้งขึ้นโดยถูกต้อง (correctly established) ซึ่งประเด็นนี้กลายเป็นประเด็นสำคัญและทวีความสำคัญมากขึ้นสำหรับการอนุญาตตุลาการหลายฝ่าย มีปรากฏกรณีคัดค้านโดยปฏิเสธว่าผู้คัดค้านไม่ได้เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการหลายฝ่ายโดยโต้แย้งว่าภายใต้สัญญาอนุญาตตุลาการ ผู้คัดค้านต้องใช้การอนุญาตตุลาการแยกจากกันในแต่ละผู้เรียกร้องหรือปราศจากผู้คัดค้านอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้อนุญาตตุลาการอาจให้การสนับสนุนโดยสถาบันที่จัดการเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการเข้ามาดำเนินการในเรื่องของการคัดค้านอนุญาตตุลาการในการตั้งอนุญาตตุลาการ สำหรับการอนุญาตตุลาการหลายฝ่ายนั้นในทางปฏิบัติอนุญาตตุลาการอาจตัดสินความถูกต้องของการตั้งอนุญาตตุลาการ โดยการกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการแต่งตั้งและอำนาจของตนเหนือคู่กรณีหลายฝ่ายนั้น (jurisdiction over multiple parties)<sup>73</sup>

ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการ UNCITRAL มีประโยชน์ในแง่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าคู่กรณีที่ตกลงใช้การอนุญาตตุลาการโดยใช้ข้อบังคับเหล่านั้น อนุญาตตุลาการย่อมมีอำนาจตามที่ได้รับจากข้อบังคับ อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจซึ่งข้อบังคับให้แก่อนุญาตตุลาการว่า “เป็นปกติที่สุดในการใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (international convention) และข้อบังคับการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหลายสนับสนุนความเป็นอิสระของข้อตกลง

<sup>71</sup> Lew, D. M. Julian, Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction, p. 74.

<sup>72</sup> Schlosser, Peter, The Competence of Arbitrators and of Courts, p. 200.

<sup>73</sup> Schlosser, Peter, The Competence of Arbitrators and of Court, p. 201.

อนุญาโตตุลาการ (autonomy of the arbitration agreement) และอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตน<sup>74</sup> และกล่าวต่อไปว่า “เป็นปกติที่การอนุญาโตตุลาการซึ่งดำเนินการภายใต้ข้อบังคับของอนุสัญญา หรือข้อบังคับใด ๆ ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา หรือข้อบังคับเหล่านั้นอาจมีโอกาที่จะขัดแย้งกับขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ”<sup>75</sup>

2) ประเด็นในเรื่องของ "อำนาจอนุญาโตตุลาการกับความสงบเรียบร้อยหรือนโยบายสาธารณะ" (arbitrators' jurisdiction and the public policy) ความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือนโยบายสาธารณะ” (public policy) ยังไม่อาจมีคำจำกัดความและแนวคิดที่แน่นอน เพราะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศผู้พิพากษาจะตัดสิน และสนับสนุนความสงบเรียบร้อยโดยถือว่าหลักและมาตรฐานในเรื่องนี้จะถูกทำลายไม่ได้<sup>76</sup> เป็นที่ยอมรับว่าในการใช้บรรทัดฐานความสงบเรียบร้อยผู้พิพากษาอาจปฏิเสธการยอมรับกฎหมายต่างประเทศ (foreign law) หรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ<sup>77</sup> ซึ่งเนื้อหาสาระที่มีลักษณะของความสงบเรียบร้อยอันจะเป็นเหตุให้ยกขึ้นคัดค้านขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีด้วยกัน 2 เรื่อง คือ ประเด็นในเรื่องใดที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน (Arbitrability) เช่น ในบางประเทศไม่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาในประเด็นเรื่องกฎหมายป้องกันการผูกขาด (anti-trust law) และประเด็นในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือสุจริต กระบวน<sup>78</sup> (Due Process) เช่น ในเรื่องของการให้สินบน ฯลฯ (bribery and corruption)<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Goldman, “The Complementary Rules of Judges and Arbitration in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective” in 60 Years of ICC Arbitration – A look at the Future (ICC 1984, pp. 255, 263)

<sup>75</sup> Ibid., pp. 263-264.

<sup>76</sup> Lew, D. M. Julian, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p.532.

<sup>77</sup> Jarvin, Sigvard, “The Sources and limits of the arbitrator's powers, “in contemporary problems in International Arbitration edited by Lew, (London, 1986), p. 66. และดูวิวรรณ เจริญนาถ, “พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 176.

<sup>78</sup> การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยพิทักษ์สิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่าย คือ ต้องรับฟังคดีของทั้งสองฝ่าย คือ ให้โอกาสคู่ความในการนำสืบคดีของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่จำเป็นต้องใช้เวลา

### 3) การคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะทำการพิจารณาจาก

#### 3.1) เหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

โดยมากแล้วข้อจำกัดของอำนาจของความสมบูรณ์ของสัญญา

อนุญาโตตุลาการมักจะมีการกล่าวอ้างถึงเหตุของการไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถ้าอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยปราศจากอำนาจเพราะไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดที่เกิดขึ้นย่อมไม่อาจบังคับได้<sup>80</sup> เช่นเดียวกับกรณีภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก คำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่คู่กรณีกำหนดหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น<sup>81</sup> นอกจากนี้การอ้างว่าสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับเพราะเป็นสัญญาหรือข้อตกลงที่รวมอยู่ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ซึ่งแตกต่างจากหลัก separability ที่ยอมรับว่า ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลักไม่กระทบกระเทือนความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจุอยู่ในสัญญาหลักนั้น อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการยังคงมีความสมบูรณ์หรือไม่ต้องพิจารณาถึงระยะเวลาซึ่งสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้เป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ ถ้าหากสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้เป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์มาตั้งแต่ขณะทำสัญญา ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการย่อมไม่อาจมีผลบังคับได้ แต่ถ้าสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้มีผลสมบูรณ์ในขณะทำสัญญาแต่เกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้นในภายหลัง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งบรรจุอยู่ในสัญญานั้นยังคงมีผลบังคับได้<sup>82</sup>

#### 3.2) การคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมักจะมีการกล่าวหยาบยกประเด็นในเรื่องของคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของความไม่เหมาะสมของตัวอนุญาโตตุลาการในประเด็นต่าง ๆ มากกล่าวอ้าง

เท่า ๆ กันในการนำสืบคดี เพราะความจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาอาจไม่เท่ากัน ข้อสำคัญต้องให้อีกโอกาสเพียงพอแก่คู่ความที่จะสืบคดีข้างของตน ในสหรัฐอเมริกาหลักนี้ใช้คุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากผลลัพธ์ของคดีด้วย ดูพิชัยศักดิ์ หรรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, หน้า 67.

<sup>79</sup> Lew, D. M. Julian, Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitation on that jurisdiction, p. 78.

<sup>80</sup> Redfern and Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 280.

<sup>81</sup> New York Convention, Art V.1 (a)

<sup>82</sup> วิวรรธน์ เจริญนาถ, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", หน้า 187.

จากการศึกษาพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence) เห็นได้ว่าแนวความคิดในเรื่องนี้ได้เริ่มที่จะเป็นที่ได้รับการพัฒนานับแต่ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา แต่ดูเหมือนว่าแนวความคิดดังกล่าวจะยังคงเป็นเรื่องยากที่จะได้รับการยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา (ฝ่ายเอกชน) จะสามารถมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง เนื่องจากในยุคสมัยนั้นมองว่าอำนาจในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ควรจะอยู่ที่ฝ่ายรัฐ หรือศาลซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายรัฐ แต่ในปัจจุบันแนวความคิดในเรื่องนี้ได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการดูจะเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางขึ้นในวงการธุรกิจระดับประเทศ ซึ่งหากศึกษาจากรายงานของศาสตราจารย์ F. E. Klein ซึ่งได้จัดทำขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1961 ในการประชุมการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศครั้งที่สอง (Second International Congress of Arbitration) ซึ่งศาสตราจารย์ F. E. Klein ได้ให้ความเห็นไว้ในรายงานฉบับดังกล่าวว่า "อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นเป็นที่ยอมรับในประเทศเยอรมัน ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศสวีเดน และเมืองซูริค<sup>83</sup> นอกจากนั้นแล้ว แนวความคิดดังกล่าวยังได้ปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศกรีซ ประเทศเบลเยียม และในประเทศฝรั่งเศส โดยในประเทศเหล่านี้เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องกล่าวหาว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการพิจารณา อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะพิจารณาคัดสินชี้ขาดอำนาจของตนเองได้เลยโดยไม่ต้องหยุดพักกระบวนการพิจารณาแต่อย่างใด นอกจากนั้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้วางบทบัญญัติไว้ในมาตรา 1446 ไว้ว่า

"If, before the arbitrator, one of the parties objects, in its principle or in its purport, to the jurisdictional power of the arbitrator, it is within the power of such arbitrator to make a decision on the validity or the limits of his jurisdiction."

อีกทั้ง ได้เคยมีนักกฎหมายในกลุ่มประเทศคอมมอนลธว์ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่าการวางหลักเกณฑ์ในการให้อำนาจศาลในการควบคุมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยให้ศาลมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้นั้นดูเสมือนกับว่าจะเป็นแนวทางที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองได้ในกรณีที่มีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหยิบยกประเด็นในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการขึ้นพิจารณา ซึ่งหลักใน

<sup>83</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 286.

เรื่องนี้เป็นที่ยอมรับและปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>84</sup> แต่ในประเทศอังกฤษแนวความคิดในลักษณะนี้กลับยังไม่เป็นที่แน่ชัดนัก เนื่องจากในประเทศอังกฤษความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่ค่อนข้างจะยาวนานกว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในประเทศอังกฤษหากได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยอ้างว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นเห็นว่าไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับประเด็นพิพาทนี้ ในทางปฏิบัติแล้วจะต้องนำคดีนี้ขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาชี้ขาดประเด็นปัญหาตามคำคัดค้านของคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิเสธการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการก่อน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้นหลักในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นยังไม่เป็นที่ยอมรับในประเทศอังกฤษขณะนั้น<sup>85</sup>

นอกจากนี้แนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence) นี้ยังไม่เป็นที่ยอมรับในประเทศที่มีแนวความคิดว่าลำพังข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตนเอง ดังนั้นในกรณีเช่นนี้จำเป็นที่จะต้องมีการร่างข้อตกลงในการมอบอำนาจในลักษณะเช่นนี้ไว้ หากว่าเกิดข้อพิพาทในเรื่องนี้ขึ้น มิเช่นนั้นแล้วศาลย่อมต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ในกรณีที่คู่สัญญามีได้มีการตกลงในเรื่องการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาขออำนาจของตนเองไว้

สรุปได้ว่า ในปัจจุบันนั้นเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดอำนาจของตนเองเพื่อคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ในสัญญาให้มีสภาพบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ตกลงกันไว้<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Bullard v. Morgan H. Grace Co. (1925) 240 N.Y. 388, 148 N.E. 559.

<sup>85</sup> Heyman v. Darwin (1942) 72 Lloyd's L. R. 65. อ้างใน Schmitthoff, in Liber amicorum Sanders, pp. 285-293.

<sup>86</sup> วิรวรรณ เจริญนาค, “พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ”, หน้า 183.

หลักในแนวความคิดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงที่จะเข้าสู่ข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ ย่อมถือได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายควรที่จะมีความไว้วางใจในตัวอนุญาโตตุลาการในการที่จะให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการให้อำนาจดังเช่นว่านี้สามารถที่จะทบทวนได้โดยศาล เนื่องจากว่าอนุญาโตตุลาการย่อมตระหนักดีว่าศาลสามารถที่จะทำการพิจารณาการให้อำนาจเช่นว่านี้ของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่พิจารณาชี้ขาดให้อำนาจแก่ตนเองในกรณีที่มีข้อสงสัยอย่างแน่นอน อีกทั้งการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นยังเป็นการช่วยให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว ประกอบกับโดยมากแล้ว การยื่นคำร้องของคู่สัญญาในการคัดค้านเรื่องประเด็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมักเกิดขึ้นจากความไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายที่ทำคำร้องนั้น ซึ่งโดยมากแล้วคู่สัญญาเหล่านั้นมักมีวัตถุประสงค์เพื่อเตะถ่วงเวลา (ขยายเวลา) ของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการออกไปเพื่อประโยชน์ของฝ่ายตน

## 4.2 การเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาใช้บังคับกับกรณี

แนวความคิดอีกเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอย่างมาก ก็คือ กฎหมายที่จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดชะตากรรมของข้อพิพาท ซึ่งมักจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอในการอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศจึงมักจะพบปัญหาในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับ กล่าวคือ กฎหมายภายใน และหรือกฎหมายระหว่างประเทศ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องของการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ แต่เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 เรื่อง คือกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในที่นี้ผู้เขียนใคร่ขอกล่าวถึงแต่ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติอันเกี่ยวกับหัวข้อในการศึกษา ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ขอบเขตในการกำหนดความเป็นอิสระของผู้สัญญาในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นสิ่งสำคัญเนื่องจากว่า อาจจะถูกหยิบยกมาเป็นประเด็นในการร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดหรือเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดก็ได้<sup>87</sup>

ในระบบกฎหมายส่วนมากแล้วหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลต่อกระบวนการพิจารณา เนื่องจากในระบบกฎหมายหลาย ๆ ระบบได้บัญญัติไว้ว่า "คำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนได้ หากว่าคำชี้ขาดดังกล่าวเกิดขึ้นจากกระบวนการพิจารณาที่ไม่ยุติธรรม" ซึ่งข้อบัญญัติในลักษณะนี้ได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก และใน UNCITRAL Model Law โดยได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานของกระบวนการพิจารณาที่อาจนำมาซึ่งการขอเพิกถอน และการปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

ในอดีตนั้นแนวความคิดในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีมักจะมีแนวความคิดให้นำกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ (lex fori) ตลอดจนมักจะมีการวางข้อจำกัดของความเป็นอิสระของผู้สัญญาภายใต้การควบคุมดูแลของศาล ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาด

ในส่วนของกฎหมายขัดกันได้อาจให้ความหมายของคำว่า "ทฤษฎีความเป็นอิสระของผู้สัญญา" (doctrine of autonomy) ไว้ว่าคือ "อำนาจของผู้สัญญาในการที่จะเป็นผู้กำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี" (the power of the parties to determine for themselves the applicable law)<sup>88</sup>

พื้นฐานของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นจาก "เจตนาของผู้สัญญา" (will of the parties) ตัวอนุญาโตตุลาการก็ถูกกำหนดให้ดำเนินการภายใต้ข้อเท็จจริงแห่ง "สัญญา" ซึ่งผู้สัญญาได้ตกลงกันได้<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Tano Aschehoug, *International Commercial Arbitration*, (Giudutta Cordero Moss, 1999) p. 204.

<sup>88</sup> Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, (Oceana Publications, Inc. 1978), p. 72.

<sup>89</sup> Ibid., p. 83.

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น หลักเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศได้มีการกล่าวอ้างถึงกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ และได้จัดทำหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการไว้ 2 แนวทาง คือ บางสถาบันต้องการที่จะยืนยันว่ากระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินไปตามกฎหมายภายใน ในขณะที่ข้อบังคับของบางสถาบันต้องการที่จะแยกความสัมพันธ์ระหว่างกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ<sup>90</sup> ซึ่งทัศนคติในลักษณะนี้ได้มีมาแต่ก่อนแล้วใน ข้อ บัง คับ ของ the London Court of International Arbitration (LCIA) และใน the UNCITRAL Rules และต่อมาในข้อบังคับของสมาคมหอการค้านานาชาติ (the International Chamber of Commerce Rule)<sup>91</sup>

แนวความคิดในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีนั้นเริ่มที่จะได้รับการพิจารณาจากนักกฎหมายตลอดจนผู้เกี่ยวข้องในแวดวงอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศอยู่เสมอ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนใคร่ขอเสนอเป็นช่วงเวลาตามลำดับดังนี้

#### 4.2.1 พัฒนาการของแนวคิดเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985

##### 4.2.1.1 โปรโตคอลเจนีวา (Protocol Geneva 1923)

<sup>90</sup> Tano Aschehoug, *International Commercial Arbitration*, p. 206.

<sup>91</sup> ในมุมมองทางปฏิบัตินั้นค่อนข้างที่จะมีความแตกต่างระหว่าง 2 แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นนี้ เนื่องจากว่าข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการโดยมากมักพยายามที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากการนำกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมาใช้ ความแตกต่างระหว่างสองแนวความคิดดังกล่าวนี้ ได้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ในเนื้อหาของข้อบังคับจึงได้พยายามที่จะลดปัญหาความแตกต่างของแนวคิดทั้งสองประการซึ่งมักเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ โดยการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาเลือกแนวทางซึ่งจะทำให้ได้คำชี้ขาดที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น อนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของ ICC (ซึ่งปฏิเสธหลักในเรื่อง lex-foi) จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex-foi) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาในเรื่องความเป็นโมฆะของคำชี้ขาดหรือการปฏิเสธการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาด)



ในทางตรงกันข้ามกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นค่อนข้างที่จะเป็นที่ยอมรับกันว่าให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ซึ่งจะเห็นได้ตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1923 โดยในโปรโตคอลเจนีวา นั้นได้มีการวางหลักในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาไว้โดยได้มีการรับรองหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานว่า กระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการรวมตลอดถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้นให้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาและเป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะนี้แสดงให้เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญาย่อมมาก่อนหลักเกณฑ์ข้อบังคับของประเทศที่การพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้น ย่อมหมายความว่าคู่สัญญาจะมีอิสระที่จะดัดแปลงข้อบังคับของกระบวนการวิธีพิจารณาได้แต่จะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ที่กฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการได้กำหนดไว้ ซึ่งในเรื่องนี้ Nussbaum Arther ได้เคยแปลความไว้ว่า “ข้อบังคับในลักษณะเช่นนี้ส่งผลให้คู่สัญญาสามารถกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการตลอดจนคำชี้ขาดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการให้แตกต่างไปจากข้อบังคับของสถานที่ที่ทำการพิจารณาคดีได้”<sup>92</sup>

ในโปรโตคอลเจนีวาได้บัญญัติไว้ในย่อหน้าที่ 2(1) ของโปรโตคอลเจนีวาว่า

“The arbitral procedure and the constitution of the arbitral tribunal were to be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration take place”<sup>93</sup>

ในขณะที่มีการใช้โปรโตคอลเจนีวาได้เกิดปัญหาในเรื่องของการตีความบทบัญญัติของโปรโตคอลขึ้นว่า **“เมื่อใดที่คู่สัญญาจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และเมื่อใดที่จำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายตามที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ในสัญญา”** ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้อีกก็เป็นที่กระจ่างชัดขึ้นนับจากมีการประชุมกันโดยการประชุมครั้งดังกล่าวได้ผลสรุปว่า **ให้ใช้กฎหมายที่คู่สัญญาได้เลือกไว้ในสัญญาก่อน** อย่างไรก็ตาม การตีความในลักษณะเช่นนี้ก็ได้รับการปฏิเสธจากนักกฎหมายจำนวนหนึ่ง โดยนักกฎหมาย

<sup>92</sup> Stephen M. Schwebel, International Arbitration : Three Silent Problems, (Grotius : 1987), p. 2.

<sup>93</sup> Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 251.

เหล่านี้มีความกังวลใจในปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับการพัฒนาของการอนุญาโตตุลาการ และนักกฎหมายเหล่านี้มีความประสงค์ที่จะผลักดันให้แนวความคิดในเรื่อง **"เจตนาของคู่สัญญา"** กลายเป็นแนวทางหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>94</sup>

โดยจะสังเกตได้ว่าข้อความที่ปรากฏในโปรโตคอลเจนีวาจะมีเนื้อหาของคำที่แตกต่างกันไปจากที่ปรากฏในมาตรา 5 ย่อหน้า 1 (d) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ซึ่งในอนุสัญญากรุงนิวยอร์คนั้นการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีให้เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้จะให้คำชี้ขาดนั้นสามารถบังคับได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากผู้ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์คต้องการที่จะวางแนวทางชี้ชัดลงไปว่า **"เจตนาของคู่สัญญา"** เป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด ซึ่งเป็นเหตุผลที่ว่าทำไมจึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขถ้อยคำในโปรโตคอลเจนีวา ซึ่งมักจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความขึ้นอยู่กับ **"หรือ"** ลงไปแทนที่คำว่า **"และ"** เพราะทำให้เป็นที่เข้าใจโดยแจ้งชัดว่ากฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้นจะนำมาบังคับใช้ในกรณีเมื่อคู่สัญญาได้มีการระบุเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ กล่าวคือ ความสำคัญของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้นเริ่มลดน้อยลง เพราะเป็นที่ตระหนักดีว่าคู่สัญญามักจะเลือกสถานที่ในการทำการอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องของความสะดวกสบายเสียเป็นส่วนใหญ่<sup>96</sup>

#### 4.2.1.2 อนุสัญญาเจนีวา (The Geneva Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927)

อนุสัญญาเจนีวาได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาไว้ในมาตรา 1(c) ว่าคำชี้ขาดที่จะได้รับการบังคับตามจะต้องแสดงได้ว่า "คำชี้ขาดดังกล่าวจะต้องกระทำโดยคณะอนุญาโตตุลาการโดยวิธีการตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ และโดยชอบด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาที่นำมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว" ซึ่งในเรื่องนี้หากพิจารณาจากบทบัญญัติในโปรโตคอลเจนีวา และจากอนุสัญญาเจนีวาจะพบได้ว่าประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วง

<sup>94</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 309.

<sup>95</sup> Ibid., p. 276.

<sup>96</sup> Ibid., p. 148.

ระยะเวลาดังกล่าวนั้นก็คือ ไม่สามารถที่จะระบุชัดเจนลงไปได้ว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นควรจะเป็นกฎหมายใด<sup>97</sup>

อย่างไรก็ดี ในช่วงปี ค.ศ. 1927 แนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) เริ่มที่จะเป็นที่ตระหนักถึง โดยในเรื่องนี้ Niboyet ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1927 ว่า

"เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญานั้นได้รวมถึงอำนาจของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญา"<sup>98</sup>

ภายใต้หลักทฤษฎีในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญา คู่สัญญาที่มีอิสระที่จะเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้กับความสัมพันธ์ของพวกเขา<sup>99</sup> หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดหรืออาจจะโดยตัวของอนุญาโตตุลาการเองก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงมักเกิดข้อโต้แย้งกันอยู่เสมอ ๆ เป็นผลให้ต่อมาเมื่อมีการจัดทำร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์กจึงได้มีการหยิบยกประเด็นในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีขึ้นพิจารณาในเวลาต่อมา ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอต่อไป

#### 4.2.1.3 อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก (New York Convention)

ก่อนที่จะมีการจัดทำร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์กประเด็นปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์กฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีมักจะเป็นประเด็นโต้แย้งอยู่เสมอ ๆ ว่าเมื่อใดที่จะนำกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับ และเมื่อใดถึงจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา เป็นต้น ในเรื่องนี้หากพิจารณาไปในขณะที่มีการจัดทำร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ผู้ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้ปฏิเสธที่จะรับร่างที่ร่างโดย ECOSOC โดยในร่างของ

<sup>97</sup> Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 251.

<sup>98</sup> Niboyet, "La theorie de l' autonomie de la volonte", 16 Rec. des Cours (1927-I), p. 5 Cited in Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 72.

<sup>99</sup> Ibid.

ECOSOC ได้กำหนด "ให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญาแต่ข้อตกลงดังกล่าวของคู่สัญญาจะต้องสามารถบังคับ (ชอบด้วยกฎหมาย) ในประเทศที่เป็นสถานที่ที่มีการอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งรูปแบบบทบัญญัติในร่างของ ECOSOC ได้ถูกปฏิเสธโดยผู้ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค โดยผู้ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์คได้ยอมรับและให้ความสำคัญกับแนวความคิดในเรื่อง "ความเป็นอิสระของคู่สัญญา" (Party Autonomy) แทน

นอกจากนั้น ยังได้มีการพิจารณาประเด็นปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นในเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค โดยมากบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเหล่านี้มักกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ต่อมาหลักเกณฑ์แนวความคิดในลักษณะดังกล่าวนี้เริ่มไม่เป็นที่ยอมรับเป็นเหตุให้แนวคิดในลักษณะเช่นนี้ไม่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค โดยในอนุสัญญากรุงนิวยอร์คกลับมองและให้ความสำคัญกับแนวความคิดในเรื่องของ "เจตนาของคู่สัญญา" อีกทั้ง ผู้ร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์คยังได้มองเห็นว่าในเรื่องของเจตนาของคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมีการสนับสนุนจากกฎหมายภายในแต่เป็นที่ได้รับการสนับสนุนในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์คซึ่งได้บัญญัติไว้ว่าการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถคัดค้านได้ หากว่าเป็นการแต่งตั้งตามข้อตกลงของคู่สัญญา ต่อเมื่อคู่กรณีได้มีการกำหนดข้อตกลงนี้ไว้ หรือข้อตกลงของคู่สัญญาไม่สามารถบังคับได้ในกฎหมายภายในของบางประเทศ เมื่อนั้นให้ใช้กฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับกับกรณี

บทสรุปสุดท้ายในเรื่องนี้ได้ปรากฏในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค โดยในร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์คได้มีเนื้อความที่ต่างกับร่างเบื้องต้นของ ECOSOC โดยที่ประชุมในการจัดทำอนุสัญญากรุงนิวยอร์คได้ยอมรับร่างที่เสนอโดยสภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) โดยบทบัญญัติในมาตรา 5 ย่อหน้า 1(d) ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์คได้กำหนดให้กระบวนการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตลอดจนหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้น "ให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญา หรือในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ทำข้อตกลงดังกล่าวไว้... ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น" ซึ่งความหมายของบทบัญญัตินี้ก็ยังไม่ค่อยชัดเจนมากนัก

ในมุมมองของนักทฤษฎีแล้วเห็นว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์คเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลง ส่วนมุมมองของนักปฏิบัตินั้นกลับมองว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย

ที่ได้เกิดขึ้น เนื่องจากว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั้นได้ให้อิสรระแก่คู่สัญญาในการเลือกสถานที่ที่จะทำการอนุญาตตุลาการไว้อยู่แล้ว นอกจากนั้นแล้วสิ่งหนึ่งที่ได้รับการพิจารณาอย่างต่อเนื่องว่ากฎหมายภายในก็ยังคงได้รับการพิจารณาอยู่ในส่วนนี้ เนื่องจากยังมีความจำเป็นที่จะต้องนำกฎหมายภายในมาบังคับใช้ในกรณีที่คู่สัญญามีได้มีการตกลงเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี ในกรณีเช่นนี้อนุญาตตุลาการจำเป็นต้องนำกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ มาใช้บังคับกับกรณี หรือในกรณีที่มีการปฏิเสธการอนุญาตตุลาการโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องของความสงบเรียบร้อยมาเป็นข้ออ้าง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม จุดประสงค์หลักของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้ถูกจัดทำขึ้นเพื่อนำมาใช้เกี่ยวกับการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเท่านั้น และมักถูกนำมาใช้บังคับแต่ในเวลาที่ได้มีการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการขึ้นแล้ว ในส่วนปัญหาเรื่องกฎหมายใดควรถูกนำมาปรับใช้กับกรณีเรื่องการแต่งตั้งคณะอนุญาตุลาการ หรือในเรื่องการคัดค้านตัวอนุญาตุลาการนั้นเริ่มที่จะถูกนำมาพิจารณาเมื่อไม่นานมานี้ ช่องว่างที่ยังคงมีเหลืออยู่ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ก็คือ ในกรณีที่ยังไม่มั่นใจว่าอนุญาตุลาการจะมีขึ้นที่ใดเช่นนี้แล้วอนุญาตุลาการจะต้องนำกฎหมายภายในเช่นว่านั้นมาใช้บังคับกับกรณีก่อน

ในมุมมองของนักกฎหมายบางคนมองว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 ย่อหน้า 1 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กเป็นการแสดงให้เห็นว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุด ซึ่งในกฎหมายภายในของบางประเทศก็เริ่มที่จะมีการหยิบยกประเด็นดังกล่าวนี้ขึ้นพิจารณา และในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กยังได้วางหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ว่า "คู่สัญญามีอิสรระในการที่จะเลือกกฎหมายภายในของประเทศใดก็ได้มาปรับใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาตตุลาการของตน โดยแนวความคิดดังกล่าวได้รับการตอบสนองและรับไปปฏิบัติโดย I.C.C. กล่าวคือ I.C.C. ได้รับเอาบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กไปใส่ไว้ในบทบัญญัติกฎหมายอนุญาตตุลาการของตน

ข้อกำหนดที่ปรากฏอยู่ในมาตรา V, 1(a) แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสรระของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับถึงความมีผลของสัญญาอนุญาตตุลาการว่าสัญญาอนุญาตตุลาการสามารถมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ภายใต้กฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้เลือกใช้ หรือในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ในสัญญาให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดมาบังคับใช้กับกรณี

นอกจากนั้น ในอนุสัญญานิวยอร์ก 1958 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา V (1) (d) ว่าคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธได้ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า

“The composition of the arbitral authority, or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.”<sup>100</sup>

บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กมาตรา V (1) ย่อหน้า (d) ได้แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้กับการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ โดยได้มีการกล่าวไว้ว่าคู่สัญญาสามารถกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งประเด็นในเรื่องของการระบอบการในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และตลอดจนหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ และหากมิได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการกฎหมายที่จะนำมาใช้กับทั้งสองเรื่องดังกล่าวให้นำกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้นมาใช้บังคับกับกรณีแทน ซึ่งการยอมรับว่าหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา V, 1(d) ทำให้ข้อโต้แย้งอันเกิดขึ้นนับตั้งแต่โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 และอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1927 ได้สิ้นสุดลงเนื่องจากในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับได้มีการกำหนดไว้ว่า "กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นให้ไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี **และ** เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ" แต่มิได้มีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่าเมื่อใดที่จะเลือกใช้กฎหมายประเภทใด หรือว่าจะต้องนำกฎหมายทั้งสองประเภทมาบังคับใช้กับกรณี

ดังนั้น เมื่ออนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ขึ้นส่งผลให้ไม่เกิดข้อโต้แย้งในประเด็นเรื่องนี้ขึ้นอีก เนื่องจากทั้งโปรโตคอลเจนีวา และอนุสัญญากรุงเจนีวายังมิได้มีความแน่ชัดในประเด็นดังกล่าวนี้ เมื่ออนุสัญญานิวยอร์กได้มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ออกมาย่อมเป็นการทำให้ประเด็นในเรื่องนี้มีความแน่ชัดขึ้นกว่าที่เคยบัญญัติไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับนั่นเอง

<sup>100</sup> Goldman, "Conflicts", 109 Rec. des Cours 347 (1963-II), at. P. 372 Cited in Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 251.

แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ก็คือ กฎหมายภายในของบางประเทศยังมี  
ได้บัญญัติสนับสนุนหลักในเรื่อง "เจตนาของคู่สัญญา" ซึ่งเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงในทางปฏิบัติการยอมรับหลักในเรื่อง "เจตนาของคู่สัญญา" ที่มี  
อยู่ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั้นดูเหมือนมิใช่สิ่งที่เป็นการยากลำบากที่จะยอมรับหลักนี้ เนื่องจากว่า  
อย่างน้อยหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องการพิจารณาคดีของการอนุญาโตตุลาการ ก็คือ ในเรื่องของการ  
ให้ออกาสคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการเสนอคดีของตน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ใน  
อนุสัญญากรุงนิวยอร์กด้วยเช่นกัน นอกจากนี้แล้วปัญหาที่พบอีกประการหนึ่งก็คือรัฐอาจปฏิเสธ  
การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาด หากว่าคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public  
policy) ของรัฐที่นำคำชี้ขาดดังกล่าวนั้นไปบังคับ

นอกจากนั้นเมื่อดูจากรายงานของเลขานุการพัฒนากฎหมายการค้า  
ระหว่างประเทศ<sup>101</sup> จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการเศรษฐกิจแห่งทวีปยุโรปได้เริ่มดำเนินการเกี่ยวกับ  
สัญญาระหว่างประเทศและส่วนของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้ว

#### 4.2.1.4 European Convention on International Convention Arbitration of 1961

สืบเนื่องจากการประชุมในวาระที่ 5 ของ Ad Hoc Working Group on  
Arbitration ซึ่งได้เริ่มดำเนินการในปี ค.ศ. 1955 โดยได้มอบหมายให้เลขาธิการคณะกรรมการ  
เศรษฐกิจแห่งทวีปยุโรปดำเนินการจัดทำร่างกฎหมายสองฉบับขึ้นเพื่อเสนอต่อรัฐของผู้เข้าร่วมการ  
ประชุมโดยร่าง 2 ฉบับดังกล่าว ประกอบไปด้วย

1. A Draft European Convention on International Commercial Arbitration.
2. Draft arbitration rules including a procedure for setting trade disputes, which parties would be obliged to apply if they had not agreed on some other procedures.

วัตถุประสงค์หลักในการออกอนุสัญญายุโรป ค.ศ. 1961 มีอยู่ 2 ประการ  
กล่าวคือ

<sup>101</sup> ดูได้ที่ document A/6396 of 23 September 1966, para 66.

1. เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้ตกลงกันได้

2. เพื่อพัฒนาและอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศที่คู่สัญญามีถิ่นที่อยู่

อย่างไรก็ตามใน Article I, 1 (a) ของอนุสัญญาได้บัญญัติไว้ว่า "อนุสัญญาฉบับนี้ให้นำมาใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นจากการพาณิชย์ระหว่างประเทศ"

ใน the European Convention 1961 ได้ยืนยันหลักแนวความคิดในเรื่องเจตนาของคู่สัญญาไว้อีกครั้ง โดยมองว่าสืบเนื่องจากบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กคู่สัญญาควรที่จะมีอำนาจอย่างเต็มที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ดูเหมือนว่าอนุสัญญายุโรป 1961 นั้นยืนยันหรือช่วยให้บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กมีความชัดเจนเพิ่มมากขึ้น โดยในมาตรา 9 ของอนุสัญญานี้ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเพิกถอนคำชี้ขาด โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ย่อหน้า 1 ว่า "กระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา โดยได้มีการตัดทอนบทบัญญัติที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กที่ว่า "ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ทำการตกลงในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้ให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ" ทั้งเสียโดยเหตุผลในการตัดเนื้อความในส่วนนี้ออกก็เพื่อเป็นการให้ข้อสรุปที่แน่ชัดในประเด็นที่ว่าคู่สัญญามีอิสระในการที่จะดำเนินการหรือเลือกวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับกรณีของตน และไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ที่ระบุว่าจะต้องเลือกเฉพาะกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมาใช้กับกระบวนการพิจารณา

เมื่อสังเกตบทบัญญัติในมาตรา IV (1) ของอนุสัญญายุโรป 1961 นั้นได้ให้อำนาจคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการมีอิสระในการ

(a) เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีนี้ให้นำข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้น

(b) เสนอข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้คู่สัญญาจะมีอิสระในการกำหนดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) หลักเกณฑ์ในการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือหลักเกณฑ์ที่จะนำ



มาใช้ในการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

(2) กำหนดสถานที่ในการทำการอนุญาโตตุลาการ

(3) กำหนดหลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนั้น

นอกจากนั้นแล้วในมาตรา V, VI ของอนุสัญญายุโรป ค.ศ. 1961 ได้มีการกล่าวถึงขอบเขตอำนาจในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการและผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในส่วนของคำร้องในเรื่องความไม่มีอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกับร่างกฎหมายเอกภาพของ UNIDROIT ซึ่งได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตนเอง

อาจกล่าวได้ว่าเนื่องจากอนุสัญญายุโรป 1961 ได้ยกกว้างขึ้นเพื่อช่วยแก้ไข ปัญหาที่ยังเกิดขึ้นจากการใช้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก โดยเหตุนี้ทำให้อนุสัญญายุโรป 1961 มีหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างจะแน่ชัดในเรื่องของการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ส่งผลให้อนุญาโตตุลาการสามารถทำคำชี้ขาดได้โดยไม่ต้องใช้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง แม้ว่าท้ายสุดอนุสัญญายุโรป ค.ศ. 1961 นี้จะไม่สามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้ทุกประการก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าอนุสัญญานี้มีผลในการช่วยผลักดันให้มีการพัฒนาของแนวความคิดในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

#### 4.2.1.5 อนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 (The ICSID Convention)

ในอนุสัญญาวอชิงตันนั้นแนวความคิดในเรื่องนี้จะก้าวไปไกลกว่าที่บัญญัติไว้ใน the European 1961 กล่าวคือ ในอนุสัญญาวอชิงตันได้บัญญัติให้ข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาภายใต้อนุสัญญาวอชิงตันเป็นอิสระจากระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยในมาตรา 44 ของอนุสัญญาวอชิงตันได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินเลือกวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีในกรณีที่มีปัญหาว่าจะนำกฎหมายวิธีพิจารณาที่คู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญามาใช้บังคับกับกรณี หรือว่าจะนำกฎหมายวิธีพิจารณาตามข้อบังคับของศูนย์ระงับข้อพิพาทมาใช้บังคับกับกรณี ซึ่งแน่นอนว่าคู่สัญญาอาจจะมีการกำหนดเลือกกฎหมายภายในของบางประเทศมาใช้บังคับกับวิธีพิจารณาของตน แต่การนำกฎหมายภายในดังกล่าวมาใช้บังคับกับกรณี

ในลักษณะเช่นนี้ก็เนื่องมาจากข้อตกลงของคู่สัญญา และมีได้เป็นการนำกฎหมายภายในมาใช้บังคับ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายขัดกันแต่อย่างใด<sup>102</sup>

ในเรื่องนี้อนุสัญญาออสเตรีย และข้อบังคับฯ ได้วางบทบัญญัติในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาไว้ในมาตรา 44 ว่า

"การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในส่วนนี้ และเว้นแต่คู่กรณีได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่มีผลในวันที่คู่กรณีได้ให้ความยินยอมต่อการอนุญาโตตุลาการ หากมีปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความเกิดขึ้น ซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติในส่วนนี้ หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่คู่กรณีตกลงกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหานั้น"

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยใช้บทบัญญัติของอนุสัญญาฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณามาใช้บังคับ ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอยู่ใน มาตรา 36-47 กล่าวคือ เรื่องการยื่นคำร้องขอใช้บริการการอนุญาโตตุลาการและอำนาจของเลขาธิการที่จะตรวจสอบว่าคู่กรณี มีเขตอำนาจหรือไม่ (มาตรา 36) อำนาจและหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 37-40) การดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดขาดนัด (มาตรา 45) อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นและข้อเรียกร้องแย้ง (มาตรา 46) มาตราการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา (มาตรา 47) การทำคำชี้ขาด (มาตรา 48-49) การแปลคำชี้ขาด การทบทวนและการยกเลิกคำชี้ขาด (มาตรา 56-58) ค่าใช้จ่ายของการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 59-61) และสถานที่ที่ใช้ในการพิจารณา (มาตรา 62-63)<sup>103</sup>

จากอนุสัญญาดังกล่าวนั้นนอกเสียจากพื้นฐานในเรื่องของวิธีการยื่นคำขอใช้บริการต่อคู่กรณีและการลงทะเบียนคำขอตามมาตรา 36 แล้วนั้น ในส่วนรายละเอียดของวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการคู่กรณีสามารถที่จะตกลงกำหนดได้ว่าจะให้ใช้วิธีพิจารณาเป็นแบบใดก็ได้ ซึ่งหลักการในข้อนี้เป็นหลักการที่สอดคล้องกับทางปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปของการ

<sup>102</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 310.

<sup>103</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 231.

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งมักให้ใช้หลักการตกลงกันของคู่กรณีในการที่จะใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศไทยใด ๆ ก็ได้ตามแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคู่กรณีมีสิทธิเลือกกฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการ แต่คู่กรณีก็ไม่สามารถที่จะเลือกกฎหมาย หรือข้อบังคับที่ขัดต่อบทบัญญัติของอนุสัญญา เพราะบทบัญญัติของอนุสัญญานั้นมีความเป็นธรรมและเป็นหลักประกันในการหาความจริงที่ดีต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอยู่แล้ว เว้นแต่บทบัญญัติของอนุสัญญาในเรื่องนั้น ๆ อนุญาตให้ทำได้ ซึ่งเรื่องที่ตกลงกันไม่ได้โดยมากมักจะเป็นในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>104</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันในเรื่องกฎหมายวิธีสบัญญัติ คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ในส่วนที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติของอนุสัญญา และในส่วนที่ไม่มีกฎหมายและข้อบังคับบัญญัติไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็มีดุลพินิจที่จะดำเนินกระบวนการตามที่ตนเห็นสมควรโดยอยู่ในหลักที่ว่าต้องให้อโอกาสและให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานของตน หรือในการเข้าร่วมพิจารณาในทุกขั้นตอน และถ้าจำเป็นต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาที่นอกเหนือจากบทบัญญัติของอนุสัญญา และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ แล้วคณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักการในการอนุญาโตตุลาการทั่วไปที่ยอมรับกัน คือ ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของรัฐที่เป็นถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ใช้กฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ<sup>105</sup>

เหตุผลหนึ่งในการวางบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ในอนุสัญญาวอชิงตัน เนื่องจาก ICSID ต้องการที่จะไม่ใช้กฎหมายภายในของประเทศใด จึงให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยไม่มีข้อจำกัด

#### 4.2.1.6 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (UNCITRAL Arbitration Rules)

<sup>104</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>105</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 231-232.

ในส่วนขอข้อบังคับ UNCITRAL Rules นั้นเป็นข้อบังคับซึ่งนำมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจซึ่งได้รับความเห็นชอบจาก General Assembly of the United Nations ในปี ค.ศ. 1976 โดยวัตถุประสงค์หลักของการจัดทำร่างข้อบังคับดังกล่าวขึ้นก็เพื่อที่จะพยายามให้เกิดความผสมผสานกันระหว่างเศรษฐกิจในระดับระหว่างประเทศ โดยได้มีการจัดทำข้อบังคับที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) ซึ่งได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มาจากกลุ่มกฎหมายที่ต่างกัน หรือมาจากระบบสังคมเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL นั้นเป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายจากคู่สัญญาที่จะนำข้อบังคับมาใช้ไม่แต่เพียงกับเรื่องของกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเท่านั้น แต่รวมตลอดจนถึงกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีขึ้นภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL นี้ได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงการนำข้อบังคับดังกล่าวนี้มาใช้ในกรณีใด ตลอดจนถึงข้อข้างที่จะมีความแน่ชัดในส่วนของกฎหมายการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศต่าง ๆ ด้วย โดยบัญญัติไว้ว่า "ข้อบังคับดังกล่าวนี้ให้นำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ข้อบังคับนี้จะขัดต่อข้อกำหนดทั่วไปของกฎหมายซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้"<sup>106</sup>

ในเรื่องของการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณามาใช้กับกรณี ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rule 1976) ได้กล่าวไว้ใน Article 15 para 1. ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดทั่วไปในเรื่องของวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการว่า

"1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provide that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case."

จากบทบัญญัติใน Article 15 จะเห็นได้ว่าในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL นั้นเป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างจะให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเต็มที่ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการในรูปแบบใดก็ได้ตามที่คู่กรณีตกลงกัน หรือตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพียงแต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการพิจารณา คือ คู่

<sup>106</sup> Article 1.2 ; see also article 32.7 regarding the requirement to file or register the award.

สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และมีโอกาสในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่

#### 4.2.2 พัฒนาการของแนวคิดเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาที่นำมาใช้บังคับกับกรณีในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985

นับจากปี ค.ศ. 1985 ซึ่งมีการประกาศใช้กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) เป็นต้นมาได้เกิดแนวความคิดที่ชัดเจนในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี โดยในบทบัญญัติมาตรา 19<sup>107</sup> ของกฎหมายแม่แบบเป็นมาตราที่ค่อนข้างจะมีความสำคัญที่สุดของกฎหมายแม่แบบ เนื่องจากการสร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระของผู้สัญญาในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตน กล่าวคือ ผู้สัญญามีอิสระที่จะเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีของตน (ย่อหน้าที่ 1) และในกรณีที่ผู้สัญญาไม่ได้กำหนดเลือกไว้ในสัญญาให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาเลือกหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับกับกรณี (ย่อหน้าที่ 2) โดยให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกวิธีพิจารณาจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์พื้นฐานของความเป็นธรรม (ย่อหน้าที่ 3) ตลอดจนการวางบทบัญญัติอื่น ๆ ในส่วนของกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการโดยพยายามวางบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องและเหมาะสมกับความต้องการและลักษณะของคดีระหว่างประเทศต่าง ๆ และเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดกับแนวทางปฏิบัติของ

<sup>107</sup> Article 19 Determination of rules of procedure.

(1) Subject to the provisions of this law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this law, conduct the arbitration in such matter as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

(3) In either case, the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

กฎหมายภายในของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ<sup>108</sup> ซึ่งในเรื่องนี้เลขานุการของ UNCITRAL ได้ให้ข้อสังเกตภายใต้หัวข้อ "Magna Charta of Arbitral Procedure" ไว้ว่า "มาตรา 19 นั้น ดูจะเป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุดของกฎหมายแม่แบบ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่สร้างหลักในเรื่องความเป็นอิสระของของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตน (procedure autonomy by recognizing the parties' freedom) ในการเลือกข้อบังคับกระบวนการวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี...โดยขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องความยุติธรรม (the fundamental principle of procedure)...(Article 18)"<sup>109</sup> โดยวางหลักไว้ว่า "คู่สัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่"

นอกจากนั้นแล้ว ในมาตรา 19 ย่อหน้าที่ 1 ยังเป็นการวางหลักแนวความคิดที่ว่าคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตนได้ (Freedom of parties to lay down procedural rules) ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ได้อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีได้ตามความต้องการและตามความเหมาะสม คู่สัญญาอาจดำเนินการได้โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาประสงค์จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตนไว้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 (d) โดยอาจอาศัยข้อความมาตรฐานของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรืออาจเป็นในกรณีของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจก็ได้ ดังนั้นคู่สัญญาจะได้รับประโยชน์สูงสุดจากการให้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือจากการอนุญาโตตุลาการของสมาคมหอการค้าต่าง ๆ โดยคู่สัญญาเหล่านั้นสามารถเลือกหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและที่คุ้นเคยกับตน ตลอดจนสามารถเลือกวิธีพิจารณาที่คิดว่าให้ความยุติธรรมแก่ทั้งสองฝ่ายมากที่สุดซึ่งถือเป็น **หลักที่สำคัญที่สุด**ของระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากว่าคู่สัญญาเลือกที่จะใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับกรณีไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของพยาน กฎหมายดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาด้วยมิใช่เพียงแต่เป็นที่บังคับได้ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศเท่านั้น

<sup>108</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 124. (A/CN.9/264)

<sup>109</sup> Seventh Secretariat Note, 25 March 1985) : Guide to Model Law, p. 559 for article 18 and p. 582 for article 19.

ความเป็นอิสระของคู่สัญญา<sup>110</sup> (l'autonomie des parties) มิใช่ว่าจะไม่มีขอบจำกัด เนื่องจากความเป็นอิสระเช่นว่านั้นของคู่สัญญายังถูกควบคุมโดยบทบัญญัติบังคับของกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ และโดยหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ได้เคยมีการกล่าวถึงไว้ในมาตรา 1 ย่อหน้าที่ 2 ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL ว่า

..."This Rules [agreed to by parties in writing] shall govern the arbitration except that where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate [the mandatory provisions], that provision shall prevail."

นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายแม่แบบยังได้วางหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องดังกล่าวไว้ ในย่อหน้าที่ 3 ของมาตรา 19<sup>110</sup> ซึ่งคู่สัญญาจำเป็นต้องคำนึงถึง อีกทั้งบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือการทำคำชี้ขาดนั้น มีปรากฏอยู่ใน

<sup>110</sup> **หลักพื้นฐานเบื้องต้นของความยุติธรรม (Fundamental requirement of fairness)**

ในมาตรา 19 ย่อหน้าที่ 3 ของกฎหมายแม่แบบนั้นเป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่ายอมรับหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของความยุติธรรมซึ่งถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสในการนำเสนอพยานของตนเองอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน

ตามที่ได้มีการกล่าวอ้างไว้อย่างชัดเจนในคำที่ว่า "ไม่ว่าในกรณีใด" ย่อมหมายความว่าหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องนี้จะต้องนำมาใช้ทั้งกับกรณีเมื่ออนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้บทบัญญัติในย่อหน้าที่ 3 และทั้งนำมาใช้กับกรณีที่คู่สัญญามีอิสระในการเลือกหลักเกณฑ์กระบวนการพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีด้วย (ย่อหน้าที่ 1) เป็นที่ยอมรับว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ในส่วนของพื้นฐานหลักเกณฑ์ความยุติธรรมตามธรรมชาติ (fundamental nature) นั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติตามในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมด ตัวอย่างเช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 13 และมาตรา 14

หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในย่อหน้าที่ 3 นั้นระบุว่าในการแปลความโดยทั่วไปของบทบัญญัติในมาตรา 24(3), (4) และมาตรา 26(2) ข้อกำหนดอื่น ๆ อาทิเช่นมาตรา 16(2), มาตรา 23 (2) และมาตรา 25 (c) ได้ระบุไว้เป็นการทั่วไปให้ปฏิบัติตาม และมีบทบัญญัติซึ่งกำหนดรูปแบบที่ชัดเจนไว้ในมาตรา 24 (3), (4) และในมาตรา 26 (3). ส่วนบทบัญญัติอื่น ๆ อาทิเช่นบท

มาตรา 23 (1), มาตรา 24 (2) - (4), มาตรา 27, มาตรา 30 (2), มาตรา 31 (1), (3), (4), มาตรา 32 และมาตรา 33 (1), (2), (4), (5)<sup>111</sup>

นอกจากนั้นแล้วหลักเกณฑ์ที่ดูเหมือนว่าจะขยายกว้างขึ้นออกไปอีก ก็คือ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดเลือกวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีไว้ เช่นนี้ให้อনুญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการเลือก หรือกำหนดวิธีพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมกับกรณี ซึ่งในเรื่องนี้ได้ปรากฏหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างชัดเจนในกฎหมายแม่แบบมาตรา 19 ย่อหน้าที่ 2 ซึ่งวางหลักไว้ว่า "ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ให้อনุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการเลือกบทบัญญัติกฎหมายที่เห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับกับกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้น"<sup>112</sup>

ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่เสมอ ๆ ในปัจจุบัน ก็คือ "ในกรณีที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาแล้ว คู่สัญญายังคงมีอำนาจในการที่จะเป็นผู้เลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะ

---

บัญญัติในมาตรา 16 (2), มาตรา 23 (2) และมาตรา 25 (c) ได้กำหนดรูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ค่อนข้างจะมีความแน่ชัด และมีขอบเขตที่จำกัดเพื่อที่จะได้มีความมั่นใจได้ว่าจะเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับข้อกำหนดอื่น ๆ ของกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือต่างมีความพยายามในการผสมผสานหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 19 (3) ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อทำให้เป็นที่กระจ่างชัดว่า "คู่สัญญาทุกฝ่ายได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่" โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายมิได้ถูกกีดขวางการดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นโดยทางกลยุทธในเรื่องความล่าช้าของเวลา ตัวอย่างเช่น การยื่นคำคัดค้าน, การเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือการนำเสนอพยานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาด เป็นต้น

<sup>111</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 124. (A/CN.9/264)

<sup>112</sup> Article 19, para 2

..."Failing such agreement [by parties], the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate."...



นำมาใช้กับกรณีได้หรือไม่" ในเรื่องนี้เมื่อมีการนำกฎหมายแม่แบบมาถกเถียงกันในกลุ่มของ UNCITRAL ปรากฏว่าประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ได้รับการพูดถึงมาก<sup>113</sup>

ในเรื่องนี้ในขั้นแรกเลขานุการได้เสนอสิทธิของคู่สัญญาในการที่จะเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีถือว่าสิ้นสุดลงนับแต่เมื่อได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการควรที่จะรู้เสียแต่แรกเริ่มว่าตนจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับกระบวนการวิธีพิจารณาใด แต่อย่างไรก็ตาม คณะทำงานได้ตีความในมาตรา 19 ย่อหน้า 1 ว่า ยังคงให้สิทธิแก่คู่สัญญาในการที่จะเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี โดยท้ายสุดคณะกรรมการจึงได้มีมติเห็นชอบตามการตีความของคณะทำงานดังกล่าว

แนวความคิดในเรื่องการปลดการอนุญาโตตุลาการออกจากระบบกฎหมายภายใน (Concept of delocalization) เริ่มที่จะได้รับการพิจารณาว่าเป็นหลักสำคัญสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนับตั้งแต่ในโปรโตคอลเจนีวา อีกทั้ง ยังได้มีการกล่าวถึงต่อมาในอนุสัญญากรุงนิวออร์ค โดยในโปรโตคอลเจนีวาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ซึ่งต่อมาในมาตรา 5 ย่อหน้า 1 (d) ของอนุสัญญากรุงนิวออร์คได้วางหลักพื้นฐานของการปฏิเสธการบังคับว่าหากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณา "ไม่เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาของคู่สัญญา หรือในกรณีที่มีได้มีการตกลงเช่นนั้นไว้ไม่เป็นไปตามกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ" อย่างไรก็ตาม หากว่าคู่สัญญาได้รับสิทธิจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่นำมาใช้บังคับกับกรณีให้มีอิสระในการกำหนดวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่คู่สัญญาต้องการ โดยอาจทำการเลือกจากข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ ซึ่งการเลือกวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวนี้จะต้องไม่ทำให้การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้แยกออกไปจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับอยู่ แนวความคิดดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากแนวความคิดในเรื่องของการแยกการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศออกจากกฎหมายภายใน<sup>114</sup>

อาจกล่าวได้ว่าประเด็นหนึ่งที่เริ่มเป็นที่พิจารณานับแต่การเกิดกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ก็คือ ในกรณีที่คู่สัญญามีได้กำหนด

<sup>113</sup> Summary of the decisions at UNCITRAL with reference to the position of the Secretarial, Working Group and Commission : Guide to Model Law, pp. 565-566.

<sup>114</sup> Pieter Sanders, International Encyclopedia of Comparative law, p. 104.

หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาของตนไว้ก่อนหรือในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>115</sup> กรณีเช่นนี้ในกฎหมายแม่แบบได้ให้อำนาจในการตัดสินใจเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการแก่ตัวอนุญาโตตุลาการด้วย โดยในกฎหมายแม่แบบได้บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามที่เหมาะสม (ตัวอย่างเช่น มาตรา 23 (2), 24 (1), (2) 25) และบางครั้งอาจจะมีการจำกัดอำนาจในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาโดยใช้ปัจจัยในเรื่องความยุติธรรม (ตัวอย่างเช่น มาตรา 19 (3), มาตรา 24 (3), (4), มาตรา 26 (2)) ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการนี้ รวมถึงอำนาจในการชี้ขาดว่าเรื่องใดที่สามารถทำการอนุญาโตตุลาการได้, ความสัมพันธ์ และการพิจารณาน้ำหนักของพยาน<sup>116</sup> รวมถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการยอมรับหลักเกณฑ์ของตนเองในเรื่องของพยาน แม้ว่าเรื่องดังกล่าวนี้จะมีได้บัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายแต่อย่างไร<sup>117</sup>

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้อิสระแก่คู่สัญญาในการเลือกหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาของตน เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบจะไม่จำกัดหลักเกณฑ์ในเรื่องของกระบวนการวิธีที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีไว้อย่างชัดเจน ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะช่วยให้อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะเลือกหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่สุดในแต่ละคดีมาปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ เหล่านั้นไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องของการจัดการอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน การพบปะพูดคุย หรือการกำหนดความสำคัญ เป็นต้น

<sup>115</sup> As was noted by the Working Group, the freedom of the parties under paragraph (1) to agree on the procedure is a continuing one throughout the arbitral proceedings and not limited, for example, to the time before the first arbitrator is required (A/CN.9/246, para. 63) It is submitted, however, that the parties themselves may in their original agreement limit their freedom in this way if they wish their arbitrators to know from the start under what procedural rules they are expected to act.

<sup>116</sup> มิได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 16 (หรือบทบัญญัติอื่น ๆ ของกฎหมายแม่แบบ เป็นประเด็นคำถามที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดมีหน้าที่ในการพิสูจน์ ตัวอย่างเช่น answer in article 24 (1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules as follows: "Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support his claim or defence"

<sup>117</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, pp. 124-125 (A/CN.9/264)

ในทางปฏิบัตินั้นอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะเลือกและใช้กฎหมายวิธีพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสม หรืออย่างน้อยที่สุดคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ยอมรับมาปรับใช้กับกรณีได้ ตัวอย่างเช่น เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำการกำหนดและรับรองในส่วนของขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดีมากกว่าในกรณีที่คู่สัญญามาจากกลุ่มประเทศซีวิลลอร์ เนื่องจากในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์มีรูปแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบไต่สวนมากกว่าที่จะเป็นการดำเนินกระบวนการแบบกล่าวหา หรือหากคู่สัญญามาจากกลุ่มประเทศที่ระบบกฎหมายต่างกัน อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะใช้ **"วิธีพิจารณาแบบผสม"** (mixed procedure) ซึ่งสามารถที่จะเลือกใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของแต่ละระบบกฎหมายที่เหมาะสมกับกรณีของตนเอง และสามารถที่จะนำเทคนิคที่เป็นที่นิยมใช้กันอยู่ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ให้อีกฝ่ายคู่สัญญาในการนำเสนอคดีของตนอย่างเต็มที่ ลักษณะของการปล่อยให้มีการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีอย่างอิสระในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งมักถูกจำกัดหรือบังคับให้ใช้ "กฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่ก่อให้เกิดผลดีแก่คู่สัญญาฝ่ายใดเลย<sup>118</sup>

แม้ว่า กฎหมายการอนุญาโตตุลาการนั้นพยายามที่จะให้อำนาจแก่คู่สัญญาในการเลือกหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกระบวนการวิธีพิจารณาของตน แต่บทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ก็ยังคงต้องคำนึงถึงการให้ความร่วมมือในส่วนของศาล ตลอดจนอำนาจการควบคุมของศาลประกอบด้วย

อาจกล่าวได้ว่า หลักในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญานั้นเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่มีขึ้นเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ปัญหาในเรื่องการขัดกันของกฎหมาย ดังนั้น ในทางทฤษฎีหลักในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาย่อมมีผลในลักษณะเดียวกันกับการนำกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาใช้กับกรณีนั่นเอง<sup>119</sup>

#### 4.3 การพิจารณาโดยขาดนัด (Ex-parte procedure)

<sup>118</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 125 (A/CN.9/264)

<sup>119</sup> Tano Aschehoug, *International Commercial Arbitration*, pp. 208-209.

ในเรื่องการพิจารณาโดยที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดนั้น ในทางปฏิบัติ เมื่อมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นมักจะมีปัญหาโต้เถียงกันอยู่เสมอว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจสั่งในเรื่องคู่กรณีขาดนัดแล้วดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งตัวอย่างของกรณีการพิจารณาโดยขาดนัด เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการโดยระบุไว้ว่าให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตน ซึ่งฝ่ายใดก็ได้ตั้งอนุญาโตตุลาการของตน แต่ฝ่ายจำเลยกลับไม่ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการของตนภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ในเรื่องนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับเก่าของประเทศอังกฤษอนุญาตให้โจทก์สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในฐาน a single arbitrator ได้<sup>120</sup>

อีกทั้ง บทบัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายของประเทศคอมมอนลว์อื่น ๆ อาทิเช่น ประเทศอินเดีย นิวเซาท์เวลส์ ประเทศแคนาดา (ในเขตของจังหวัด Alberta, New Brunswick, Nova Scotia, Newfoundland) ในส่วนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการฝ่ายเดียวในประเทศอิสราเอลอนุญาตให้ดำเนินการได้แต่เฉพาะเมื่อศาลอนุญาต ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ กลับบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ว่าให้สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับศาล ในขณะที่ประเทศสกอตแลนด์กลับไม่อนุญาตให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวในส่วนของการอนุญาโตตุลาการ และนอกจากนั้นแล้วบทบัญญัติกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ปฏิเสธหลักเกณฑ์ในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว (การพิจารณาคดีโดยขาดนัด) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว (การพิจารณาคดีโดยขาดนัด) ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในหลาย ๆ ประเทศเนื่องจากมุมมองและทัศนคติของแนวคิดในเรื่องนี้ยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันเสียทีเดียว ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนใคร่ขอเสนอพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัดผ่านทางบทบัญญัติการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 พัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว (Ex-parte procedure) ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1985

บทบัญญัติในเรื่องของการพิจารณาคดีโดยขาดนัด (ex-parte procedure) ได้ปรากฏขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศในอนุสัญญาอชิงตัน เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางการลงทุนของศูนย์กลางระงับข้อพิพาทอันสืบ

<sup>120</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, p. 232.

เนื่องจากการลงทุน (ICSID) นั้นอาจมีกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมการพิจารณา แต่ อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องพิจารณาคดีต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักเกิดจากคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ ยินยอมเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพราะเข้าใจว่าเมื่อตนไม่ยินยอมเข้าร่วม การพิจารณาเสียแต่ต้นแล้ว หากต่อมาแพ้คดีก็จะไม่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการเพราะว่าตนไม่ได้เข้าไปร่วมในการพิจารณาคดี นั้นเอง

ในเรื่องนี้อนุสัญญาอชิงตันได้มีบทบัญญัติในมาตรา 45 ว่า

"(1) การละเลยของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยการไม่ปรากฏตัวหรือไม่ เสนอพยานหลักฐานในคดีของตนไม่ถือว่าเป็นการยอมรับตามที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง

(2) ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งละเลยโดยการไม่ปรากฏตัวหรือไม่เสนอพยานหลักฐานในชั้นใดของกระบวนการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสิน ปัญหาที่เสนอและทำคำชี้ขาด แต่ก่อนที่จะทำคำชี้ขาด ให้คณะอนุญาโตตุลาการบอกกล่าวแก่คู่กรณี ฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมการพิจารณาว่าให้เข้าร่วมการพิจารณาโดยกำหนดระยะเวลาหนึ่งเพื่อให้มีโอกาสคู่ กรณียฝ่ายนั้นเข้าร่วมการพิจารณา เว้นแต่เป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นตั้งใจที่จะไม่เข้า ร่วมการพิจารณา"

บทบัญญัติในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยขาดนัดที่บัญญัติไว้ ในมาตรา 45 (2) นั้นได้เคยถูกบัญญัติไว้ในร่างเบื้องต้นของอนุสัญญาอชิงตัน (Preliminary Draft) Article IV Section 8 โดยในขณะนั้นได้บัญญัติไว้ว่า

"(1) Whenever one of the parties does not appear before the Tribunal, or fails to defend its case, the other party may call upon the Tribunal to decide in favour of its claim.

(2) In such case, the Tribunal may render an award if it is satisfied that it has jurisdiction and that the claim appears to be well-founded in fact and in law."<sup>121</sup>

<sup>121</sup> เนื้อความตามร่างนี้ใกล้เคียงกับเนื้อความตาม Article 53 of the Statue of the International Court of Justice ที่บัญญัติไว้ว่า

1.) Whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the other party may call upon the Court to decide in favor of its claim.

เหตุผลสำคัญที่จำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาโดยชาตินัดนั้นได้กล่าวไว้ในชั้นจัดทำร่างของอนุสัญญาอริจินัลว่า "เพื่อเป็นบทพิสูจน์ของการบังคับให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ"<sup>122</sup>

แต่ต่อมาได้มีการให้ความเห็นและข้อเสนอแนะจากตัวแทนของประเทศต่าง ๆ ที่ได้เข้าร่วมประชุมในการพิจารณาร่างอนุสัญญาอริจินัลโดยได้มีการหยิบยกประเด็นที่ว่าในร่างเบื้องต้น (Preliminary Draft) Article IV, Section 8 นั้นเป็นการกล่าวถึงการขาดนัดพิจารณาของฝ่ายจำเลยเท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงกรณีการขาดนัดพิจารณาโดยฝ่ายโจทก์ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงเห็นสมควรที่จะมีการแก้ไขร่างใหม่โดยการเพิ่มบทบัญญัติในกรณีของโจทก์มิได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของตน หรือแม้แต่ในกรณีที่โจทก์มิได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนใดก็ตาม<sup>123</sup> ประการถัดมาก็คือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียวจะต้องเป็นที่ปรากฏแก่ตัวอนุญาโตตุลาการว่าข้อเรียกร้องของโจทก์นั้นจะต้อง "มีเหตุผลเพียงพอ" ซึ่งใน section 8 ดูเหมือนว่าจะวางมาตรฐานของคำว่า "มีเหตุผลเพียงพอ" ให้น้อยกว่าที่เคยวางไว้ใน Article 53 ของ ICJ Statue และใน Article 29 ของร่างข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการของ ILC ในปี ค.ศ. 1952 (the Model Draft on Arbitral Procedure, 1952<sup>124</sup>) โดยบทบัญญัติของ

---

2.) The Court must, before doing so, satisfy itself, not only that it has jurisdiction in accordance with Article 36 and 37 [of the Statue], but also that the claim is well founded in fact and law.

<sup>122</sup> Article IV, Comment no. 4 Cf. Rosenne, *The International Court of Justice* 413 (Leyden 1957) : "The failure of one party to appear or to defend its case does not entail the consequence, that the Court is unable to act. Cited in Aron Broches, Selected Essays World Bank, ICSID, and Othert Subjects of Public and Private International Law, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), p.185.

<sup>123</sup> ซึ่งความเห็นในลักษณะเช่นนี้ได้เคยมีคนกล่าวไว้ใน Article 53 ของ the ICJ Statue.

<sup>124</sup> "(1) Whenever one of the parties has not appeared before the Tribunal or has failed to defend its case, the other party may call upon the Tribunal to decide in favor of its claim.

(2) The arbitral tribunal may grant the defaulting party a period of grace before rendering the award.

กฎหมายทั้งสองฉบับได้บัญญัติไว้เป็นเงื่อนไขว่าตัวอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นที่พอใจว่าคำเรียกร้องดังกล่าวนั้น "มีเหตุผลเพียงพอ" และประการสุดท้ายก็คือในร่างดังกล่าวนี้มีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ "การคัดค้านคำชี้ขาด" ในกรณีที่คำชี้ขาดดังกล่าวทำขึ้นจากกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด ซึ่งโดยความเป็นจริงแล้วควรที่จะมีมาตรการสำหรับคู่สัญญาที่มีได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดนั้น โดยในขณะนั้นผู้ร่างมองเห็นว่าปัญหาในลักษณะเช่นนี้ควรที่จะมีการวางแนวทางในการแก้ไขไว้โดยควรที่จะกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดในการยื่นคำร้อง เป็นต้น

ดังนั้น ด้วยปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการให้ความเห็นและข้อเสนอแนะต่าง ๆ เหล่านี้จึงได้มีการจัดทำร่างบทบัญญัติในส่วนนี้ขึ้นใหม่ในมาตรา 48 ของ "ร่างครั้งแรก" (First Draft) ซึ่งร่างนี้ได้มีการนำเสนอขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการทางกฎหมาย โดยในมาตรา 48 ได้บัญญัติไว้ว่า

"(1) Whenever one of the parties has not appeared before the Tribunal or has failed to present its case, the other party may call upon the Tribunal to accept its submissions and to render an award in its favor. Before doing so, the Tribunal shall satisfy itself that it has jurisdiction and that the submissions are well founded in fact and in law.

(2) The Tribunal shall grant to the party which has failed to appear a period of grace before rendering the award, unless it is satisfied that the party in default does not intend to appear."

แต่ในการปรึกษาหารือเกี่ยวกับบทบัญญัติ Article 48 ของ First Draft ของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายนอกเหนือไปจากการเปลี่ยนแปลงข้อความในบทบัญญัติแล้ว ยังถือได้ว่าทางคณะกรรมการยังได้ยอมรับข้อเสนอแนะหรือแนวทางในการให้ความสำคัญกับแนวคิดที่ว่า "การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้เข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ไม่น่าที่จะเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาดังกล่าวต้องหยุดลง และได้วางบทบัญญัติในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการขาดนัด

(3) On the expiry of this period of grace, the tribunal may render an award after it has satisfied itself that it has jurisdiction and that the claim is well-founded in fact and in law. Cited on II Yearbook of the International Law Commission 10(1958)."

พิจารณาของคู่สัญญา และหน้าที่ของคู่สัญญาที่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อไปโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่า "request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award" ลงไปแทนที่คำว่า "call upon the Tribunal to accept its submissions and to render an award in its favor."<sup>125</sup>

ท้ายสุด จึงได้ข้อสรุปตามบทบัญญัติในมาตรา 45 ของอนุสัญญาอชิงตัน ซึ่งแม้ว่าจะมีรูปแบบของการวางบทบัญญัติที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติใน the Statue of the Court and the Draft Model on Arbitral Procedure แต่อย่างไรก็ตามในความเห็นนักกฎหมายบางคนก็ยังคงมองว่ามิได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ใดที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่จำเป็นที่เคยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติก่อนหน้านี้แต่อย่างใด

เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดนัดพิจารณาที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 45 ของอนุสัญญาอชิงตันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นบนพื้นฐานของ "แนวความคิดในอดีต

---

<sup>125</sup> ซึ่งจะเห็นได้จากการเปรียบเทียบ Article 48 of First Draft กับ Article 45 ของอนุสัญญาอชิงตัน โดยเนื้อความที่ถูกตัดออกนั้นจะพิมพ์โดยใช้ตัวหนังสือหนา ส่วนเนื้อความที่ได้มีการเพิ่มเติมเข้าไปในร่างฉบับใหม่นั้นจะพิมพ์ด้วยตัวหนังสือเอน:

"Article 48 of First Draft

**(1) Whenever one of the parties has not appeared before the Tribunal or has failed to present its case, the other party may call upon the Tribunal to accept its submissions and to render an award in its favor, Before doing so, the Tribunal shall satisfy itself that it has jurisdiction and that the submissions are well founded in fact and in law.**

Article 45 of Washington Convention :

*"(1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions.*

*(2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant to the party which has failed to appear a period of grace before rendering the award to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that the that party in default does not intend to appear do so."*



ที่มีมาอย่างต่อเนื่อง"<sup>126</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นดูเหมือนว่าในปัจจุบันการหยิบยกประเด็นในเรื่องของการพิจารณาโดยขาดนัดค่อนข้างที่จะมีความเห็นส่วนใหญ่เป็นไปในลักษณะที่สอดคล้องกันว่า "ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ" นั้น คำว่า "การขาดนัด" ในภาษาที่ใช้กันในอนุสัญญา "ต้องไม่ถือว่ายอมรับตามข้อเรียกร้องของอีกฝ่าย" ซึ่งจากบทบัญญัติและความเข้าใจในลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นที่เข้าใจว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ขาดนัดจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับการเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนคดีของตน และให้อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานที่มีอยู่ในคดีนั้น

โดยในเรื่องนี้ Broches เคยให้ความเห็นไว้ว่ามาตรา 45 ของอนุสัญญาวอชิงตันเป็นการสร้างมาตรฐานในส่วนของคุณภาพรับผิดชอบที่มีรูปแบบที่เหมือนกัน (the same standard of responsibility) แก่อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดยอนุสัญญานี้<sup>127</sup>

บทบัญญัติในมาตรา 45 ของอนุสัญญาวอชิงตันค่อนข้างที่จะชัดเจนว่าหากมีปัญหาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ แม้ว่าจะมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม แต่ในกรณีดังกล่าวเช่นนี้มีให้ถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณายอมแพ้คดีแต่อย่างใด โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมการพิจารณา โดยจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังคู่กรณีฝ่ายที่มีได้เข้าร่วมว่าจะมีการพิจารณาอีกเมื่อใด

อาจกล่าวได้ว่า ในอนุสัญญาวอชิงตันนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์แนวคิดในเรื่องของการพิจารณาคดีโดยขาดนัดไว้ นั่นคือ อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมเข้าร่วมการพิจารณาก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแต่ฝ่ายเดียวได้

#### 4.3.2 พัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว (Ex-parte procedure) ในช่วงหลังปี ค.ศ. 1985

<sup>126</sup> จะเห็นตัวอย่างได้จาก the Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure, prepared by the UN Secretariat (new York 1955), pp. 78-80.

<sup>127</sup> Aron Broches, Selected Essays World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International laws, p. 187.

ในส่วนของกฎหมายแม่แบบนั้นได้มีการกล่าวถึงเรื่องของการพิจารณาโดยขาดนัดไว้ในมาตรา 25 โดยในวรรค ( c ) ได้บัญญัติไว้ว่า "หากคู่สัญญาฝ่ายใดก็ตามมิได้เข้าร่วมในการพิจารณาคดี หรือการเสนอพยานเอกสาร ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปฝ่ายเดียว และให้ทำคำชี้ขาดตามพยานเอกสารที่ได้มีมาก่อนหน้านี้แล้ว"

บทบัญญัติในมาตรา 25 นี้เป็นบทบัญญัติในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะฝ่ายจำเลยมิได้เข้าร่วมในการพิจารณาคดี บทบัญญัตินี้มีใช้บทบัญญัติตายตัวขึ้นอยู่กับผลที่ตามมาของการขาดนัดพิจารณาดังกล่าว และมีขึ้นเพื่อเป็นการเพิ่มความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และมีขึ้นเพื่อผสมผสานกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ เนื่องจากว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศไม่ยอมรับและบังคับตาม "คำชี้ขาดที่เกิดจากการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว" (ex parte awards) ซึ่งแน่นอนว่าไม่เพียงแต่ประเทศเหล่านี้จะปฏิเสธที่จะยอมรับคำชี้ขาดที่เกิดจากการพิจารณาคดีโดยขาดนัดนี้ แต่ยังไม่ยอมรับข้อกำหนดพื้นฐานที่ว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดได้รับแจ้งหรือได้รับการบอกกล่าวถึงการพิจารณาดังกล่าว แต่ก็ยังไม่เข้าร่วมในการพิจารณาในครั้งนั้นโดยไม่แสดงเหตุผลที่สมควรสำหรับการขาดนัดดังกล่าว ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นขาดนัดพิจารณา และให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาคดีโดยฝ่ายเดียวได้<sup>128</sup>

ดังนั้น รูปแบบแนวความคิดในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัด โดยเฉพาะในกรณีที่บัญญัติไว้ใน article 25(b) และ (c) เป็นรูปแบบของกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีความสำคัญกล่าวคือ โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรานี้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการต่อไป และสามารถทำคำชี้ขาดโดยอาศัยกระบวนการวิธีพิจารณาฝ่ายเดียวได้ อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์หลักของผู้ร่างกฎหมายแม่แบบนั้นต้องการให้บทบัญญัติในมาตรา 25 นี้ครอบคลุมถึงกรณีที่คู่สัญญาได้เริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการไปแล้ว แต่คู่สัญญามีได้ดำเนินการในส่วนขอคำฟ้อง (article 25(a)) ซึ่งในกรณีเช่นนี้อนุญาโตตุลาการจะต้องมีคำสั่งยกเลิกกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหา (จำเลยในการอนุญาโตตุลาการ) มิได้ยื่นคำให้การนั้น มาตรา 25(b) ได้วางหลักไว้ว่าอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาต่อไปได้

<sup>128</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 130. (A/CN.9/264)

"โดยไม่ถือว่าการขาดนัดยื่นคำให้การเช่นว่านี่ถือเสมือนเป็นการที่จำเลยยอมรับข้อกล่าวหาของโจทก์" ซึ่งหลักเกณฑ์ในลักษณะนี้เป็นบทบัญญัติซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการขาดนัดยื่นคำให้การของจำเลยในการดำเนินคดีทางศาล กล่าวคือ ในการดำเนินคดีทางศาลนั้นหากจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การแล้วให้ถือเสมือนว่าจำเลยยอมรับข้อกล่าวหาของโจทก์ อย่างไรก็ตามสิ่งนี้มีได้หมายความว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจในการทำคำชี้ขาดในส่วนของการขาดนัดยื่นคำให้การนี้ และจะต้องถือเสมือนว่าการขาดนัดเช่นว่านี่เป็นการปฏิเสธคำกล่าวหาของโจทก์ทั้งหมดเสมอไป ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป

ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการหรือในการนำสืบพยานเอกสารนั้น มาตรา 25 ( C ) ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาไปฝ่ายเดียว และทำคำชี้ขาดภายใต้พยานที่ได้นำเสนอมาก่อนหน้านั้น ในทางปฏิบัติอำนาจนี้ได้หมายรวมถึงอำนาจในการพิจารณาทำคำชี้ขาดโดยไม่ยอมรับหรือไม่พิจารณาถึงพยานเอกสารที่ได้มีการนำเสนอสู่ออนุญาโตตุลาการโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดภายหลังระยะเวลาตามที่กำหนดไว้สำหรับการนำเสนอพยานเอกสารเหล่านั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดมิได้นำเสนอพยานเอกสารดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีอำนาจในการทำคำชี้ขาดได้ภายใต้หลักเกณฑ์พื้นฐานของการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่กำหนดไว้ใน article 19(3)<sup>129</sup>

เมื่อกลับมามองถึงบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา (Federal Arbitration Act) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการไม่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของคู่กรณีหลังจากได้รับแจ้งโดยชอบ (due notice) แต่โดยหลักทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่า ถ้าคู่กรณีได้รับแจ้งเกี่ยวกับสถานที่และเวลาพิจารณาของอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ไม่มาร่วมในกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการพิจารณาไปฝ่ายเดียว ส่วนกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ระบุบทบัญญัติว่าด้วยการขาดนัด (default) ไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอกรูป (Uniform Arbitration Act) บัญญัติว่า

<sup>129</sup> Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary-General, p. 130. (A/CN.9/264)

อนุญาตให้ตุลาการอาจพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในประเด็นที่เสนอโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่ได้รับแจ้งโดยชอบเกี่ยวกับวันนัดพิจารณาแล้วไม่เข้าร่วมการพิจารณา (มาตรา 5)<sup>130</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการขาดนัดไว้ คู่กรณีที่ได้รับแจ้งโดยชอบแล้วไม่มาปรากฏตัวหรือไม่แสดงตนภายในเวลาที่กำหนด อนุญาตให้ตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาไปโดยไม่มีคู่กรณีฝ่ายนั้นและทำคำชี้ขาดไปได้ ซึ่งการแจ้งให้คู่กรณีมาเข้าร่วมการพิจารณาจะทำโดยจดหมายลงทะเบียน (registered letter) ส่วนการอนุญาตให้ตุลาการระหว่างประเทศก็ไม่ปรากฏข้อบังคับเป็นพิเศษในเรื่องการขาดนัดไว้ อนุญาตให้ตุลาการหรือคู่กรณีจะดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยใช้ข้อบังคับในประเทศที่มีบทบัญญัติเรื่องนี้หรือแม้จะไม่ปรากฏเรื่องนี้ก็ดำเนินการสอบสวนพิจารณาไปตามข้อบังคับที่ตกลงกันหรือหลักทั่วไปที่อนุญาตให้ตุลาการสามารถดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยการขาดนัดของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ เมื่อได้มีการแจ้งวันนัดโดยชอบแล้ว<sup>131</sup>

ข้อบังคับทั้งหลายที่อยู่ภายใต้การดำเนินการของ AAA ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้ตุลาการทางพาณิชย์ภายในหรือระหว่างประเทศระบุว่า อนุญาตให้ตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัด เมื่อคู่กรณีนั้นได้รับแจ้งโดยเหมาะสมแล้วไม่มาเข้าร่วมการพิจารณาหรือขอเลื่อนการพิจารณา (adjournment) อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับทางพาณิชย์ (AAA Commercial Rules) กำหนดว่า คำชี้ขาดต้องไม่ทำโดยฝ่ายเดียว (solely) ในกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งขาดนัด อนุญาตให้ตุลาการต้องให้คู่กรณีซึ่งมาร่วมพิจารณาเสนอพยานหลักฐานที่อนุญาตให้ตุลาการอาจใช้ในการทำคำชี้ขาด (ข้อ 30) โดยข้อบังคับอนุญาตให้ตุลาการระหว่างประเทศของ AAA และข้อบังคับ UNCITRAL มีบทบัญญัติที่นำไปสู่ผลที่คล้ายคลึงกัน<sup>132</sup> ซึ่งหมายถึงว่า แม้มีกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งขาดนัดแต่อนุญาตให้ตุลาการจะตัดสินชี้ขาดให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดแพ้คดีเพราะเหตุที่ขาดนัดเท่านั้นไม่ได้ จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปตามที่ปรากฏจากพยานหลักฐานในข้อพิพาทนั้น

<sup>130</sup> วิรวรรณ เจริญนาค, "พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาตให้ตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ", หน้า 100-101.

<sup>131</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

<sup>132</sup> Holtzmann, M. Howard, "United States," in International Handbook on commercial Arbitration (Kluwer Law and Taxation Publishers Vol. IV. Suppl 13. September 1992), U.S.A. -23 .

อย่างไรก็ตาม เราไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าแนวความคิดในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีฝ่ายเดียวเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นเป็นอย่างมากสำหรับการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากสามารถช่วยในการลดโอกาสที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการจะเตะถ่วงคดี หรือถ่วงเวลาในการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการให้ล่าช้าออกไปจะใช้โอกาสนี้มาเป็นเหตุในการยืดเวลาออกไปได้



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 5

### บทสรุปและเสนอแนะ

การอนุญาตตุลาการนั้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน หรือโดยเฉพาะข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน เหตุผลหลักที่ได้มีการนำการอนุญาตตุลาการมาใช้เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ เหล่านี้เนื่องมาจากการอนุญาตตุลาการนั้นเป็นวิธีการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะที่เป็นมิตรกัน ตลอดจนกระบวนการในการอนุญาตตุลาการต่าง ๆ มีลักษณะที่ไม่เคร่งครัดนัก จึงอาจกล่าวได้ว่าการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นมีบทบาทต่อความเจริญก้าวหน้าทางธุรกิจระหว่างประเทศ ประกอบกับปัจจุบันนี้ระบบธุรกิจและการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้มีการพัฒนา ขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวางมีการติดต่อกันในระดับระหว่างประเทศมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของบริษัทข้ามชาติ หรือลักษณะของการร่วมทุน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็จำเป็นต้องมีเครื่องมือที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาท ดังนั้น การอนุญาตตุลาการจึงเข้ามามีบทบาทเปรียบเสมือนเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทนั้น ๆ นอกจากนั้นแล้วเป็นที่น่าสังเกตว่า นับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมามีการอนุญาตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ เพราะการปลดปล่อยอาณานิคมทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเมืองขึ้นเดิมกับเมืองแม่กลายเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ประชากรที่เพิ่มมากขึ้นหลังสงคราม ประกอบกับเทคโนโลยีเปิดช่องให้มีการผลิตสินค้าได้มากขึ้น มีการติดต่อสื่อสารกันมากขึ้น ทำให้เกิดการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น จึงน่าเชื่อว่าการอนุญาตตุลาการมีแต่จะเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงได้มีการพัฒนาปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติที่จะใช้ในการดำเนินการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศขึ้นอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าจะโดยหน่วยงานระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานระดับภูมิภาค เป็นต้น จะเห็นได้จากในสมัยเริ่มแรกของการอนุญาตตุลาการนั้นมักใช้หลักในเรื่องกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาตตุลาการ (*lex-fori*) แต่ต่อมาได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยในปัจจุบันได้มีการยินยอมให้คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันเพื่อทำการกำหนดกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ข้อบังคับที่จะนำมาใช้กับการอนุญาตตุลาการของตนได้

ดังนั้น เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศว่ามีรูปแบบของการพัฒนาต่อเนื่องกันมาในลักษณะใดนับตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันควบคู่ไปกับมูลเหตุของการเปลี่ยนแปลงแล้วทำให้ทราบหลักการในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศและนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณารูปแบบของกฎหมายวิธีสบัญญัติในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศไทยว่าควรที่จะมีการพิจารณาเพิ่มเติมในเนื้อหาใดบ้างเพื่อจะเป็นการส่งเสริมให้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยนั้นเอื้อต่อการอนุญาโตตุลาการ และส่งผลให้ระบบกฎหมายการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศไทยได้รับความนิยมนจากประเทศต่าง ๆ อันเป็นการส่งเสริมให้ประเทศไทยได้กลายเป็นผู้ให้บริการการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งจะก่อให้เกิดรายได้แก่ประเทศ

สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ของประเทศไทยได้ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ทั้งเนื้อหาในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่ได้เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่ขึ้นศาลอีกทางหนึ่ง ด้วยเหตุผลดังกล่าวปัจจุบันรัฐบาลกำลังเตรียมร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่เพื่อเสนอต่อรัฐสภา โดยร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับดังกล่าวนี้เป็นการเดินตามกฎหมายต้นแบบเป็นส่วนใหญ่

อนึ่ง ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการของแนวความคิดของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

- 1) แนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกั้นหลัก (Doctrine of separability)<sup>1</sup>
- 2) แนวความคิดในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Form of arbitration clause or arbitration agreement)<sup>2</sup>
- 3) แนวความคิดในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence)<sup>3</sup>
- 4) แนวความคิดในเรื่องการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะใช้บังคับกับกรณี<sup>4</sup>
- 5) แนวความคิดในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัด (ex-parte procedure)<sup>5</sup>

ในที่นี้ ผู้เขียนขอสรุปพิจารณาเรื่องที่กล่าวมาแล้วข้างต้นทีละข้อ ดังนี้

- 1) แนวความคิดในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อกั้นหลัก (Doctrine of separability)

ปัจจุบันหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหลักที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในระบบกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ หลักความเป็นเอกเทศของสัญญาได้ช่วยในการพิจารณาคำคัดค้านผลสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยการทำให้ขอบเขตของการวินิจฉัยแคบลง ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าจาก

<sup>1</sup> ดูรายละเอียดการพัฒนาของแนวความคิดดังกล่าวได้ที่บทที่ 3 หัวข้อที่ 3.1 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

<sup>2</sup> ดูรายละเอียดการพัฒนาของแนวความคิดดังกล่าวได้ที่บทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

<sup>3</sup> ดูรายละเอียดการพัฒนาของแนวความคิดดังกล่าวได้ที่บทที่ 4 หัวข้อที่ 4.1 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

<sup>4</sup> ดูรายละเอียดการพัฒนาของแนวความคิดดังกล่าวได้ที่บทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

<sup>5</sup> ดูรายละเอียดการพัฒนาของแนวความคิดดังกล่าวได้ที่บทที่ 4 หัวข้อที่ 4.3 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้



พัฒนาการของความคิดในเรื่องหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นเพียงพื้นฐานที่จะนำมาอธิบายได้แต่เพียงว่า “แนวความคิดดังกล่าวจะทำให้ข้อตกลงอนุญาตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักไม่สิ้นสุดไปพร้อมกับสัญญาหลักและข้อตกลงยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ ทำให้อนุญาตตุลาการสามารถวินิจฉัยอำนาจของตนในการพิจารณาข้อพิพาทได้ ตราบเท่าที่พื้นฐานของความเป็นโมฆะหรือไร้ผลของสัญญาหลักไม่กระทบต่อผลสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาตตุลาการนั่นเอง ซึ่งจะเป็นการช่วยให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการมีประสิทธิภาพมากขึ้น อีกทั้งการแยกข้อตกลงอนุญาตตุลาการออกจากสัญญาหลักก็เพื่อให้แน่ใจว่าแม้สัญญาหลักสิ้นสุดลงเนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญา ข้อตกลงอนุญาตตุลาการยังคงใช้บังคับได้อยู่ เพราะข้อเรียกร้องมักเกิดขึ้นเมื่อสัญญาสิ้นสุดลงซึ่งเป็นเวลาที่ต้องการอนุญาตตุลาการมากที่สุดเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยข้อเรียกร้องของคู่กรณี ดังนั้น แม้จะมีการยกข้อต่อสู้ว่าสัญญาเป็นโมฆะหรือไร้ผลก็ตาม และข้อเท็จจริงที่ว่าสัญญาจะเป็นโมฆะหรือไร้ผลหรือไม่นั้นอนุญาตตุลาการก็ยังคงมีอำนาจพิจารณาว่าอนุญาตตุลาการมีขอบอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นหรือไม่

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อมีการใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการเพิ่มมากขึ้นในการแก้ปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศ จึงมีการพัฒนาของข้อบังคับและทางปฏิบัติสำหรับการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ กฎหมายของหลาย ๆ ประเทศเปลี่ยนแปลงไปในทางสนับสนุนผลของสัญญาอนุญาตตุลาการโดยยอมรับหลักในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาตตุลาการ (doctrine of separability) โดยให้ข้อกำหนดอนุญาตตุลาการแยกเป็นอิสระจากสัญญาหลัก และหลายประเทศได้นำหลักนี้ไปใช้โดยคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งหลักในเรื่องนี้เป็นประโยชน์อย่างมากต่อวงการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากสามารถป้องกันการประวิงคดีของคู่กรณีที่จะไม่ใช้การอนุญาตตุลาการโดยการอ้างเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอันก่อให้เกิดหนี้ (สัญญาหลัก) ทำให้ข้อกำหนดอนุญาตตุลาการในสัญญาหลักไม่สมบูรณ์ไปด้วย

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ประเด็นเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ให้ความหมายของคำว่าสัญญาอนุญาตตุลาการ ไว้ว่าหมายถึง สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาตตุลาการชี้ขาดหรือไม่ก็ตาม คำนิยามที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

มาตรา 5 อาจวิเคราะห์ได้ว่าตามกฎหมายไทยสัญญาอนุญาโตตุลาการมีได้ทั้งกรณีที่คู่กรณีตกลงทำสัญญาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะแยกต่างหากจากสัญญาในทางธุรกิจการค้า และกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงระบุให้มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นข้อกำหนดหนึ่ง (clause) ของสัญญาทางธุรกิจการค้า โดยในกรณีหลังนั้นแม้ว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) จะเป็นเพียงเงื่อนไขข้อหนึ่งรวมอยู่ในเงื่อนไขหลาย ๆ ข้อของสัญญาธุรกิจ แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการตกลงกำหนดเงื่อนไขข้อนี้แตกต่างจากการทำสัญญาธุรกิจอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ สัญญาธุรกิจมีวัตถุประสงค์ในการผูกนิติสัมพันธ์ทางธุรกิจ เช่น สัญญาซื้อขายมีวัตถุประสงค์ที่จะซื้อขายส่งมอบสินค้าที่กำหนดและมีการชำระราคาตามที่ตกลงกัน สัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งผูกพันกันให้ผู้รับจ้างต้องทำงานก่อสร้างให้แล้วเสร็จส่งมอบแก่ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างต้องชำระสินจ้างเพื่อความแล้วเสร็จของงาน ส่วนข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมุ่งหมายให้คู่สัญญาต้องนำเสนอข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาธุรกิจ (ถ้าหากเกิดขึ้นในภายหลัง) ต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อทำการวินิจฉัยชี้ขาด มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่แยกออกต่างหากเป็นคนละเรื่องกับข้อตกลงอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาธุรกิจ ด้วยเหตุนี้จึงมีความเห็นในทางทฤษฎีว่าเมื่อถือเป็นสัญญาคนละสัญญาย่อมเป็นเอกเทศไม่ขึ้นแก่กัน ในกรณีที่สัญญาธุรกิจเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ แต่หากมีประเด็นข้อพิพาทที่จะเรียกร้องค่าเสียหายทางละเมิดอันเกี่ยวเนื่องจากการปฏิบัติที่ระบุในสัญญาธุรกิจซึ่งอยู่ในบังคับของข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ก็จะต้องนำเสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ เพราะสัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นโมฆะตามไปด้วย ซึ่งจากบทบัญญัติในมาตรา 5 ของ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ยอมรับหลักในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (doctrine of separability) ต่อมาความคิดในเรื่องหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาหลักก็ยังคงปรากฏอยู่ในมาตรา 24<sup>6</sup> ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ...

## 2) แนวความคิดในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Form of arbitration clause or arbitration agreement)

ในส่วนนี้สนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศส่วนมากมักบัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องทำขึ้น "เป็นลายลักษณ์อักษร"

<sup>6</sup> ดูเนื้อหามาตรา 24 ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ...ได้ที่ภาคผนวก ง.

(ดู New York Convention, article II, Geneva Convention 1961, article I, Washington Convention 1965, article 25) แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่า "เป็นลายลักษณ์อักษร" นี้ได้ถูกแปลความแตกต่างกันออกไปในแต่ละยุคแต่ละสมัย กล่าวคือ มีการกำหนดรูปแบบของลักษณะที่ถือว่ามี "เป็นลายลักษณ์อักษร" ไว้แตกต่างกันออกไป

จากการศึกษาถึงพัฒนาการของบทบัญญัติในเรื่องของรูปแบบของข้อตกลง การอนุญาตโตตุลาการจะพบได้ว่านับตั้งแต่เริ่มมีการบังคับใช้อนุสัญญากรุงนิวยอร์กเป็นต้นมามากจะเกิดปัญหาในเรื่องรูปแบบของข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการ กล่าวคือ แม้ว่าในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กเองจะมีได้มีบทบัญญัติไว้ว่า "สัญญาอนุญาตโตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร" แต่ก็ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของรูปแบบสัญญาอนุญาตโตตุลาการที่ถือได้ว่าเป็นการทำสัญญาขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ จึงพออนุมานได้ว่าบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้มีการกล่าวถึงเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาตโตตุลาการไว้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับรูปแบบที่ปรากฏอยู่ในโปรโตคอลเจนีวา อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในขณะนั้นอนุสัญญากรุงนิวยอร์กจะได้กล่าวถึงแต่เพียงในส่วนของ "telegram" ไว้เท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติแล้วอนุสัญญากรุงนิวยอร์กก็ยังคงแปลความโดยหมายรวมถึงการติดต่อสื่อสารในรูปแบบใหม่ทั้งหมด ทั้งนี้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กได้มีความพยายามที่จะรวบรวมปัญหาอันเกิดมีขึ้นจากการบังคับใช้ของทั้งโปรโตคอลเจนีวา และอนุสัญญากรุงเจนีวา และมีความพยายามที่จะหาบทบัญญัติซึ่งสามารถนำมาแก้ไขปัญหาอันเกิดมีขึ้น ตลอดจนทั้งพยายามที่จะหาแนวทางแก้ไขปัญหาอันเกิดจากการตีความในลักษณะที่แตกต่างกันของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งข้อกำหนดหนึ่งก็คือการพยายามวางข้อกำหนดในเรื่องของสัญญาอนุญาตโตตุลาการไว้ใน Article II, 1 และ 2 โดยวางหลักไว้ว่า "ข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการ (ข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่ยังไม่เกิดขึ้น หรือข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการ) จะต้องทำขึ้นเป็น **"ลายลักษณ์อักษร"** ซึ่งต่อมาในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1961 (อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1961, Europe Convention 1961) ได้มีการเพิ่มเติมรูปแบบของการติดต่อสื่อสารในลักษณะอื่นใดในรูปแบบของ teleprinter นอกเหนือไปจากในรูปแบบของจดหมายโต้ตอบ และ telegram ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กไว้ก่อนแล้ว

สำหรับบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) ในเรื่องของรูปแบบของข้อตกลงอนุญาตโตตุลาการนั้น หากดู

ประวัติของการจัดทำกฎหมายแม่แบบมาตรา 7 แล้วจะพบได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 7 นี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขในส่วนที่อนุสัญญากรุงนิวออร์คมิได้กล่าวไว้ คือ ไม่เพียงแต่พิจารณาเฉพาะในประเด็นที่ว่าสัญญาอนุญาติตตุลาการนั้นไม่ได้เพียงสามารถที่จะจัดทำขึ้นในรูปแบบของการติดต่อสื่อสารในรูปแบบใหม่ที่สามารถแสดงเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นบันทึกที่สามารถจัดทำขึ้นได้ในภายหลัง แต่ในมาตรา 7 ของกฎหมายแม่แบบยังได้หมายรวมไปถึงการกล่าวอ้างถึงข้อตกลงอนุญาติตตุลาการไปยังเอกสารฉบับอื่น ตัวอย่างเช่น กรณีของข้อตกลงในเงื่อนไขมาตราฐานทั่วไปซึ่งมีข้อตกลงอนุญาติตตุลาการรวมอยู่ด้วยการพัฒนาของคำนิยามของคำว่า "สัญญาอนุญาติตตุลาการจะต้องทำขึ้นเป็นหนังสือ" (เป็นลายลักษณ์อักษร) ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่แบบนั้น คุณจะเห็นได้ว่าสิ่งนี้สำคัญเป็นอย่างยิ่งสำหรับการแปลความมาตรา II ของอนุสัญญากรุงนิวออร์ค ซึ่งกฎหมายแม่แบบสำหรับใช้ในการอนุญาติตตุลาการทางพาณิชย์ของ UNCITRAL ได้เป็นแบบอย่างให้ประเทศต่างๆ นำไปร่างกฎหมายอนุญาติตตุลาการในประเทศของตน เพื่อให้กฎหมายอนุญาติตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศทั่วโลกมีลักษณะกลมกลืนหรือคล้ายคลึงกันมากที่สุด อันจะยังประโยชน์ต่อนักธุรกิจที่ใช้การอนุญาติตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศไทยนั้นในส่วนของรูปแบบสัญญาอนุญาติตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาติตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ว่า "สัญญาอนุญาติตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่กรณีได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีข้อสัญญาปรากฏอยู่ในเอกสารโต้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์หรือเอกสารอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน" ความหมายของสัญญาอนุญาติตตุลาการ และแบบของสัญญาที่ประชุมในขณะที่ทำกรายร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้พิจารณาแล้วเห็นควรกำหนดให้สัญญาอนุญาติตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ (agreement in writing) แต่หากพิจารณาเปรียบเทียบกับรูปแบบการติดต่อสื่อสารทางธุรกิจในปัจจุบันแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้จะไม่รับกับลักษณะของการติดต่อสื่อสารที่เป็นอยู่ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการติดต่อสื่อสารทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือการติดต่อทางธุรกิจในลักษณะอื่นใด อีกทั้งการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นับเป็นทางเลือกหนึ่งในการติดต่อสื่อสารยุคโลกาภิวัตน์ซึ่งเป็นรูปแบบการติดต่อสื่อสารที่อาศัยพัฒนาการทางเทคโนโลยีทำให้การติดต่อสื่อสารดังกล่าวมีความสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพที่เอื้ออำนวยในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน แต่เนื่องจากรูปแบบใหม่ในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการติดต่อสื่อสารในรูปแบบเดิม กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสื่อสารกันบนเครือข่ายโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ล้วนแล้วแต่ทำอยู่ในรูปแบบ

ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มิได้ทำลงบนกระดาษดังเช่นแต่เดิมอีกต่อไป อันส่งผลให้ต้องมีการรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้เสมือนกับหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือรับรองวิธีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ รวมตลอดทั้งการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ให้มีความน่าเชื่อถือ ส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยขจัดอุปสรรคอันเกิดจากความไม่แน่นอนของข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งก่อให้เกิดกฎหมาย ข้อบังคับ หรือระเบียบที่เป็นเอกรูป เพื่อให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นน่าเชื่อถือก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ สอดคล้องตามมาตราฐานที่นานาประเทศยอมรับ จึงเป็นเหตุให้ในปัจจุบันได้มีการยกร่างกฎหมายว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ขึ้นโดยวัตถุประสงค์ในการยกร่างมาตรา 7 และมาตรา 8 ของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวก็เพื่อที่จะรับรองเพิ่มเติมขึ้นมาว่าเอกสารหรือว่าหลักฐานที่สร้างขึ้นในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถที่จะเข้าข่ายเป็นหลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 เนื่องจากดูจะไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน เนื่องจากเมื่อรูปแบบของการติดต่อสื่อสารได้มีลักษณะที่เปลี่ยนไปก็จำเป็นที่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้น จะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 11<sup>7</sup> ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.....ของไทยเป็นรูปแบบที่แสดงให้เห็นว่าได้เริ่มยอมรับแนวความคิดเรื่อง "Functional-equivalent approach" มาใช้โดยคำนึงถึงว่าระบบการค้าที่อยู่บนพื้นฐานกระดาษจะถูกแทนที่ด้วยระบบของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดให้มีคุณค่าการทำหน้าที่เทียบเท่ากับการทำธุรกรรมฝ่ายกระดาษ โดยไม่กระทบต่อผลทางกฎหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีผลเช่นเดียวกันกับธุรกรรมที่ทำโดยเอกสารกระดาษ

### 3) แนวความคิดในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัย

#### ขีดอำนาจของตนเอง (competence de la competence)

ในส่วนของอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยขีดอำนาจของตนเอง (competence de la competence) นั้น ข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ก่อให้เกิดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินอำนาจตนเองเช่นที่ระบุไว้ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL มีประโยชน์ทำให้เกิดความชัดเจนว่าคู่กรณีที่ตกลงใช้การอนุญาโตตุลาการโดยใช้ข้อบังคับเหล่านั้น

<sup>7</sup> ดูเนื้อหามาตรา 11 ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... ได้ที่ภาคผนวก ง.

อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจตามที่ได้รับจากข้อบังคับนั้น อย่างไรก็ตาม Goldman ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจซึ่งข้อบังคับกำหนดให้แก่อนุญาโตตุลาการไว้ว่า “เป็นปกติที่สุดในการใช้อำนาจสัญญา ระหว่างประเทศ (international conventions) และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหลายสนับสนุนความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (autonomy of the arbitration agreement) และอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตน” และกล่าวต่อไปว่า “เมื่อการอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญาหรือข้อบังคับใด เป็นที่มาของเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งนิยามขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งมีโอกาสที่จะขัดแย้งในเรื่องกฎหมาย ณ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยอนุสัญญาหรือข้อบังคับเหล่านั้น”

นอกจากนี้ เมื่ออนุสัญญาและข้อบังคับที่ถูกอ้างใช้บังคับอาจนิยามขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (the jurisdiction of the arbitrators) ว่าขอบอำนาจนั้นโดยตัวเองได้มาจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมิใช่ได้มาจากมูลระหว่างประเทศ และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สามารถให้อำนาจที่ยอมรับได้ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและภายใต้กฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri)

โดยทั่วไปแล้วการพิจารณาหลักในเรื่องอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดอำนาจของตนเอง (competence de la competence) ย่อมเกี่ยวข้องกับหลักในเรื่องความเป็นอิสระหรือความเป็นเอกเทศของข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ (the autonomy or separability of the arbitration clause) ทั้งนี้ เพราะข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่เป็นข้อตกลงหนึ่งในสัญญาหลักนั้นมุ่งถึงการระงับข้อพิพาทอันอาจจะมีขึ้นในอนาคต แต่ในขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้นนั้นจะมีเหตุการณ์ใด ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องกับหรือแทรกแซงสัญญาหลักไม่ว่าจะเป็นอำนาจที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม อย่างไรก็ตาม แนวโน้มสมัยใหม่ถือว่าการข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการก่อตัวขึ้นเป็นสัญญาต่างหากและเป็นเอกเทศ ดังนั้น โดยทั่วไปการสิ้นผลของสัญญาหลักจึงไม่กระทบต่อข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ ด้วยปัญหาดังกล่าวประเทศต่าง ๆ ตลอดจนแนวความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ นั้นได้มีการพัฒนาทฤษฎีในเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อขึ้นหลัก (doctrine of separability) และทฤษฎีที่ว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง (doctrine of competence de la

competence) ขึ้น โดยทฤษฎีทั้งสองนี้แม้จะใช้บังคับต่างกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์กัน เนื่องจากความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นแนวทางให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาตัดสินอำนาจของตนเอง กล่าวคือ ทฤษฎีแรกเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับปัญหาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาหลักสามารถแยกออกจากสัญญาหลักนั้นได้หรือไม่ ซึ่งเป็นการแปลความในสัญญา ส่วนทฤษฎีหลังนั้นจะเป็นปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินชี้ขาดอำนาจของตนเองหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีทั้งสองมีความสัมพันธ์กันในแง่ที่ว่า **ทฤษฎีแรกเป็นหลักให้กับทฤษฎีหลัง ดังนั้นระบบกฎหมายใดที่ไม่ยอมรับหลักของทฤษฎีแรกก็จะปฏิเสธทฤษฎีหลังด้วยเช่นกัน**

นอกจากนั้น ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาอำนาจของตนซึ่งเป็นอำนาจที่มาจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเป็นอำนาจที่จำเป็นต้องมี เนื่องจากอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องสามารถพิจารณาข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เงื่อนไขและข้อกำหนดของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เพื่อจะสามารถตัดสินข้อเรียกร้อง รวมทั้งข้อเรียกร้องปลีกย่อยซึ่งตามมาภายในอำนาจของตน แม้ต่อมาจะถูกตรวจสอบและทบทวนโดยศาลที่มีอำนาจ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นจะสังเกตว่าสำหรับประเด็นว่าใครควรเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 แนวความคิด คือ แนวความคิดแรกเห็นว่าควรให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบอำนาจของตนเองเพราะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาติดมากับสัญญาแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นอำนาจที่จำเป็นในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการให้สมบูรณ์ โดยถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า "เมื่อคู่สัญญาทำข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการแสดงว่ามอบหมายอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดอำนาจตนได้ มิฉะนั้นอนุญาโตตุลาการก็อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนไม่ได้ ซึ่งอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอาจจะมากน้อย และจำกัดขอบเขตระดับของดุลพินิจที่มีในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และมีปรากฏมากมายที่มีทัศนคติให้อำนาจอย่างกว้างขวางในข้อพิพาทระหว่างประเทศ" แนวความคิดที่สองเห็นว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นมิใช่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาดังเช่นแนวความคิดแรก แต่กลับมองว่าเป็นอำนาจที่มีอยู่ตามธรรมชาติของบุคคลที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ และเป็นอำนาจสำคัญในการทำหน้าที่ แนวความคิดดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในแวดวงวิชาการด้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปรากฏในทางปฏิบัติภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสถาบันระหว่างประเทศ และแนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนโดยอนุสัญญาต่าง ๆ

เช่น ใน Article 5.3 ของ The European Convention 1961, มาตรา 41 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน 1965, Article 8.4 ของ The Rules of ICC Court of Arbitration, Article 2.1 ของ UNCITRAL Arbitration Rules

แต่ประเด็นที่น่าสนใจที่เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับการพัฒนาแนวความคิดในเรื่อง competence นี้ก็คือข้อโต้แย้งที่ว่า การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจของตนเองนั้นจะขัดกับหลัก "ความยุติธรรมตามธรรมชาติ" (Natural Justice) หรือไม่ ซึ่งหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้ห้ามบุคคลมิให้ตัดสินคดีที่ตนมีส่วนได้เสีย โดยมองว่าบุคคลที่ทำการตัดสินคดีที่ตนมีส่วนได้เสียนั้นอาจเกิดความลำเอียงได้ ซึ่งในเรื่องนี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า "กรณีของการอนุญาโตตุลาการนั้นอำนาจของตนไม่ได้เกี่ยวข้องกับอะไรในคดีอันจะเป็นเหตุให้เกิดความลำเอียงขึ้นได้ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงมีอำนาจที่ขาดอำนาจของตนเองได้"

แนวความคิดในการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง นี้ได้มีการตอบรับมากขึ้น ซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ความเห็นหนึ่งให้อำนาจอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในเรื่องอำนาจพิจารณาของตนก่อนที่คู่กรณีจะนำเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลได้ หรืออีกความเห็นหนึ่งก็ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอำนาจพิจารณาของตนในเบื้องต้นได้และดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปในขณะที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจจะเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาล ซึ่งความเห็นในประการหลังนี้ได้มีการตอบรับจากหลายประเทศที่ได้นำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายของตน ในความเห็นของผู้เขียนแล้วเห็นว่าในประเด็นเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมุ่งเน้นในประเด็นอำนาจที่ชัดเจน โดยควรที่จะกำหนดให้มีคำสั่งในขั้นต้นถ้าเป็นไปได้เพื่อป้องกันการเกิดความยุ่งยากในการพิจารณาขึ้นในภายหลัง และเป็นการช่วยให้คู่กรณีประหยัดเวลาและเงินถ้าปรากฏว่าข้อตกลงไร้ผล โดยปกติแล้วในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการที่รู้ว่าประเด็นอำนาจพิจารณาของตนกำลังถูกพิจารณาโดยศาลก็มักจะไม่ได้ดำเนินการระบวนพิจารณาต่อและจะคอยคำสั่งศาล แต่ถ้าเห็นว่าผู้ถูกร้องเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลเพื่อถ่วงเวลา อนุญาโตตุลาการก็จะใช้อำนาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปนั่นเอง ประกอบกับในปัจจุบันแนวความคิดเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเองนั้นค่อนข้างที่จะอยู่นอกเหนือการควบคุมโดยศาล ซึ่งอาจเป็นการควบคุมที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือภายหลังมีคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งชี้ขาด หรือเมื่อได้มีการ



การขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ประโยชน์ของการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวนี้ที่เห็นได้อย่างชัดเจนก็คือ

- 1) อนุญาโตตุลาการไม่ต้องหยุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านอำนาจพิจารณาของตน
- 2) ศาลอาจพักการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้จนกว่าจะมีคำชี้ขาด
- 3) อนุญาโตตุลาการอาจมีอำนาจวินิจฉัยอำนาจของตนได้โดยปราศจากการทบทวนของศาล

อีกทั้ง เมื่อแนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองได้เริ่มเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศก่อให้เกิดความศรัทธาของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ตามหลักสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตาม (pacta sunt servanda) ที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ในสัญญาให้มีสภาพบังคับตามเจตนาของคู่กรณี ในขณะที่มิได้ก้าวล่วงไปในอำนาจพิจารณาของศาล เพราะศาลภายในเป็นผู้ชี้ขาดเรื่องขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แต่ประเด็นที่ยังคงต้องพิจารณาต่อไปก็คือหากคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนมีอำนาจพิจารณา และดำเนินกระบวนการต่อไป ต่อมาเมื่อมีการนำประเด็นดังกล่าวนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล และศาลได้ทำการทบทวนแล้วพบว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องดังกล่าวนี้ด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม จะเป็นเหตุให้คู่ความต้องเสียเวลาและเงินทองไปโดยเปล่าประโยชน์ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการนำแนวความคิดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการมาใช้จึงมีความจำเป็นและสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะจะเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจระหว่างประเทศ แต่การวางบทบัญญัติดังกล่าวก็ควรที่จะพิจารณาถึงองค์ประกอบอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการขอทบทวนคำชี้ขาด เป็นต้น ซึ่งอาจเป็นผลที่ตามมาของการวางแนวความคิดในเรื่องดังกล่าว และคงจะต้องพิจารณาจากแนวทางที่เคยเกิดขึ้นในอดีตตามที่ผู้เขียนได้เสนอไว้แล้วในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.1 นั้นเอง แต่แนวทางหลักที่พอจะสรุปได้ ก็คืออำนาจและขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับองค์ประกอบ 2 ประการคือ อิสรภาพของคู่กรณีและกฎหมายเกี่ยวกับขอบอำนาจของแต่ละชาติที่ให้อำนาจเรื่องนี้ไว้โดยที่การอนุญาโตตุลาการเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับตัดสินในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งดำเนินไปโดยความตกลงของคู่กรณีที่พิพาทเป็นการล่วงหน้า คือสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในส่วนกฎหมายของแต่ละชาติที่เกี่ยวข้อง

ในเรื่องนี้มีอิทธิพลต่อประสิทธิภาพของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ถ้าข้อตกลงนั้นมีเนื้อหาสาระที่กฎหมายห้ามทำการตกลงโดยการอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่กรณีตกลงไว้ ข้อตกลงนั้นก็ไม่สามารถบังคับได้

อาจกล่าวโดยรวมได้ว่าจุดประสงค์หลักในการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาคัดข้อ โดยให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเบื้องต้นในประเด็นว่า "ข้อพิพาทที่ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการนั้นสามารถดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่" นั่นเอง เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่คู่กรณีมอบอำนาจไว้ในสัญญาให้มีสภาพบังคับตามเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 16 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่แบบนั้นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเองเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ที่มีการพิจารณาเรื่องนี้ต่างก็ยอมรับหลักที่ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง แต่ทั้งนี้การพิจารณาวินิจฉัยอำนาจของตนเองของอนุญาโตตุลาการอาจต้องตรวจสอบ และควบคุมโดยศาล ในกรณีที่มีการร้องขอจากคู่กรณี ดังเช่นที่ระบุไว้ในกฎหมายแม่แบบมาตรา 16 วรรคท้าย เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าใน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นั้นมิได้มีบทบัญญัติใด ๆ ที่รองรับแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองอันเป็นเหตุให้ปัญหาในเรื่องนี้มักถูกนำขึ้นเป็นประเด็นโต้เถียงอยู่เสมอ ๆ อีกทั้งในประเทศไทยเราก็ได้ยอมรับแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแล้ว เหตุใดจึงไม่มีการบัญญัติรับเอาแนวความคิดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง ในเมื่อโดยทั่วไปแล้วทฤษฎีแรกก็ได้เป็นหลักให้แก่ทฤษฎีหลังอยู่แล้ว นอกจากนั้นแล้วกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ต่างก็ได้ยอมรับหลักในเรื่องนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNCITRAL ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยควรมีบทบัญญัติที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นในการจัดทำร่าง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... จึงได้มีการบัญญัติหลักในเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และหลักในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองไว้ในมาตรา 24<sup>8</sup> ของร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าว โดยเป็นบทบัญญัติที่ยอมรับในหลักเรื่องความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และหลักในเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 24 ของร่าง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... เป็นบทบัญญัติที่คล้ายกับบทบัญญัติในมาตรา 16 ของกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือมีการกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ และแม้ว่าจะยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเอง แต่ก็ยังมีการวางหลักเกณฑ์ในกรณีที่คู่พิพาทไม่พอใจในคำวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นของอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องต่อศาลภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อขอให้ศาลทำการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวนี้ แต่ทั้งนี้ขณะที่คำร้องดังกล่าวอยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการก็ยังสามารถดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาดต่อไปได้ ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือหากมีการใช้ร่าง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... แล้วบทบัญญัติในมาตรา 24 ของร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวนี้จะช่วยให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินไปได้ด้วยความรวดเร็วขึ้นหรือไม่ เนื่องจากจะช่วยลดปัญหาในเรื่องของการถ่วงเวลาในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ต้องการที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ทั้งนี้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของตนเองนั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลอยู่นั่นเอง

#### 4) แนวความคิดในเรื่องการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะใช้บังคับกับ

##### กรณี

ในเรื่องการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณี (applicable procedural law) แต่เดิมนั้นแนวความคิดในเรื่องของการเลือกข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่จะนำมาใช้กับกรณีมักเป็นไปตามแนวความคิดในเรื่องของกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex fori) ปัญหาที่มักเกิดขึ้นจากการนำแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวมาใช้ที่ปรากฏให้เห็นอยู่เสมอ ๆ ก็คือในเรื่องของการเลือกสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยมุ่งพิจารณาแต่ประเด็นในเรื่องของกฎหมายของแต่ละสถานที่ว่าจะเอื้อประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายตนได้มากเพียงใด จึงเป็นเหตุ

<sup>8</sup> ดูเนื้อหามาตรา 24 ของร่าง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.... ได้ที่ภาคผนวก ง.

ให้เกิดปัญหาในเรื่องของการเลือกสถานที่ซึ่งถือเป็นปัญหาใหญ่ประการหนึ่งในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณา จึงได้มีการกล่าวถึงแนวความคิดในเรื่องการให้อิสระแก่คู่สัญญาในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตน โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้ปรากฏขึ้นในอนุสัญญาการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศมาตั้งแต่ในยุคแรก ๆ ซึ่งจะเห็นได้จากในโปรโตคอลเจนีวา ย่อหน้าที่ 2 (1) เพียงแต่ในขณะนั้นยังไม่มีคำแนะนำที่ว่าระหว่างกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex-fori) และกฎหมายที่คู่กรณีเลือกนั้น กฎหมายใดจะมีลำดับความสำคัญมากกว่ากัน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องนี้ขึ้นอยู่เสมอ ๆ ด้วยเหตุนี้ต่อมาเมื่อเกิดปัญหาในเรื่องของการเลือกสถานที่ขึ้นประกอบกับเหตุผลที่ว่า "สถานที่ในการทำอนุญาโตตุลาการนั้นควรจะเป็นสถานที่ที่อำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญามากที่สุด เช่น อาจจะเป็นสถานที่ที่ใกล้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย, สถานที่ที่พยานอาศัยอยู่ หรือยิ่งไปกว่านั้นในปัจจุบันดูเหมือนว่าความสำคัญของสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้นจะลดความสำคัญลง เนื่องจากในคดีหนึ่งนั้นคู่สัญญาอาจทำการอนุญาโตตุลาการได้ในหลาย ๆ สถานที่ก็ได้แล้วแต่ความตกลงของคู่สัญญา อีกทั้งแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญา (party autonomy) เริ่มมีบทบาทเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากนักกฎหมายต่าง ๆ เริ่มมองเห็นว่าลักษณะเด่นของการอนุญาโตตุลาการก็คือการให้อำนาจหรือสิทธิแก่คู่สัญญาในการที่จะเป็นผู้เลือกหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตน และเป็นสิ่งที่ควรได้รับการสนับสนุนและส่งเสริม จึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดที่ว่าให้คู่สัญญามีอิสระในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะมาใช้บังคับกับกรณีของตนได้ เป็นเหตุให้กฎหมายแม่แบบได้มีการวางหลักในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาในเรื่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้ อีกทั้งถือได้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขตอำนาจของศาลเพื่อที่จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความรวดเร็วและชัดเจนมากขึ้น โดยในกฎหมายแม่แบบนั้นได้วางหลักในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายหรือข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณามาใช้บังคับกับกรณีให้เป็นรูปร่างขึ้นโดยยึดหลักที่ว่า **"คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และมีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐาน และเสนอข้ออ้างหรือต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงนั้น"** ซึ่งดูจะเป็นหลักเกณฑ์ที่เคยปรากฏไว้ก่อนหน้านี้แล้วในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก และในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) โดยเหตุผลหลักที่พยายามวางหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะมาใช้บังคับกับกรณีเนื่องมาจากการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นคู่สัญญามักมาจากประเทศที่ต่างกัน ซึ่งมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างยิ่งหากว่าคู่สัญญา

มีอิสระที่จะทำการตกลงในเรื่องของหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นว่าเหมาะสมกับกรณีของตนมากที่สุด อีกทั้งในกฎหมายแม่แบบยังได้วางลักษณะที่พิเศษอีกประการหนึ่งอันเนื่องมาจากการพัฒนาของแนวความคิดในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวก็คือการจำกัดความสมดุลระหว่างความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการและบทบาทของศาล โดยในกฎหมายแม่แบบนี้ให้ถือว่าศาลมีบทบาทในการช่วยสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้ด้วยดี แต่ศาลจะไม่มีอำนาจในการเข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ

อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดในเรื่องการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณามาใช้บังคับกับกรณีสำหรับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นปัจจุบันได้พัฒนามาจนกระทั่งถึงระดับที่มีความพยายามในการผสมผสานความสมดุลระหว่างความเป็นอิสระของคู่สัญญากับอำนาจการควบคุมของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบ ในปัจจุบันเมื่อประเทศต่าง ๆ ได้มีการยอมรับเอากฎหมายแม่แบบเข้าเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศตน ทำให้เกิดแนวโน้มที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการค่อนข้างที่จะมีความแน่ชัดในการที่จะยอมรับเอาหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่สามารถเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับการอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี โดยไม่ต้องกังวลว่าคำชี้ขาดดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะเนื่องจากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบของวิธีพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ประโยชน์ที่จะได้รับจากการให้อิสระคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะใช้บังคับกับกรณี ก็คือคู่สัญญาจะรู้ว่าพวกเขาจะมีอิสระหรือมีสิทธิในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับวิธีพิจารณาโดยสามารถระบุไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของตน นอกจากนั้นแล้วคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังได้รับความมั่นใจได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้รับความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันและมั่นใจได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้รับโอกาสในการนำเสนอคดีของตนได้อย่างเต็มที่

อย่างไรก็ตาม ผลจากการศึกษาวิเคราะห์จะเห็นได้ว่า แนวทางในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นยังไม่มีรูปแบบที่เป็นเอกภาพในประเด็นเรื่องความเป็นอิสระของคู่สัญญา (party autonomy) และข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของกฎหมายของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex-fori) ซึ่งโดยมากแล้วมักถือกว่าวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีขึ้น (โดยแนวความคิดดัง

กล่าวนี้ตรงกันข้ามกับทฤษฎีในเรื่องการปลดการอนุญาตตุลาการจากข้อผูกพันของระบบกฎหมายภายใน (delocalization doctrine) เป็นความคิดของพวกนักอนุญาตตุลาการที่ต้องการปลดเปลื้องการอนุญาตตุลาการออกจากกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะเป็นในแง่วิธีพิจารณา การแก้ไขปัญหากฎหมายขัดกัน นับว่าเป็นความคิดในทางอุดมการณ์ แต่ไม่มีทางเกิดขึ้นจริง) ซึ่งทฤษฎีนี้ปฏิเสธความสัมพันธ์ระหว่างกระบวนการวิธีพิจารณาการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศกับกฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาตตุลาการ แต่ประเด็นที่ยังต้องพิจารณาต่อไปก็คือการอนุญาตตุลาการนั้นยังคงต้องอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ของศาลสองศาลอยู่ ซึ่งก็คือศาลของประเทศที่ได้ทำการอนุญาตตุลาการ และศาลของประเทศที่จะนำคำชี้ขาดไปบังคับ ด้วยเหตุนี้การพิจารณาในส่วนของข้อบังคับที่จะนำมาใช้ในส่วน of ความสัมพันธ์ระหว่างการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณา และศาลจะพบได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นแสดงให้เห็นได้ว่า "ความเป็นอิสระของคู่สัญญานั้นมิใช่เป็นความอิสระที่ไม่มีขอบเขตจำกัด" และแน่นอนว่าในบางครั้งความเป็นอิสระของคู่สัญญาอาจถูกจำกัดโดยข้อบังคับของสถานที่ที่ทำการอนุญาตตุลาการ หากเป็นเรื่องที่กฎหมายของสถานที่ที่ทำการอนุญาตตุลาการถือว่าขัดกับหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อย และความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกรณีของตนนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักพื้นฐานทั่วไปของความยุติธรรม (the fundamental fairness) ซึ่งข้อจำกัดเหล่านี้ถือเป็นข้อจำกัดพื้นฐานซึ่งจำเป็นจะต้องมีนั่นเอง

ในส่วนของประเทศไทยนั้นในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีแต่เดิมใน พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 ซึ่งถือเป็นมาตราที่ค่อนข้างจะให้อำนาจอนุญาตตุลาการไว้โดยกว้าง กล่าวคือ ในกรณีที่เห็นสมควรอนุญาตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการไปโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นหลัก จะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2602/33 โดยแนวทางการพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ แม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเป็นบุคคลสัญชาติไทย แต่เมื่อมีข้อตกลงระบุไว้ในสัญญาว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาให้ใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์มาบังคับกับกรณี และดำเนินกระบวนการทางอนุญาตตุลาการในประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ เมื่อการดำเนินกระบวนการและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไม่ปรากฏว่ามีข้อผิดพลาด ไม่ถูกต้องตามขั้นตอน ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการแห่งประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงผูกพันลูกหนี้ เจ้าหนี้นำมาฟ้องบังคับในศาลไทยได้โดยไม่ต้องให้ศาลไทยกลับไปวินิจฉัยอีกว่าลูกหนี้หรือเจ้าหนี้เป็นฝ่ายผิดสัญญา เจ้าหนี้จึงอาศัยคำชี้ขาดทางอนุญาตตุลาการดังกล่าวขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สิน

ของลูกหนี้ทั้งสองได้ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาของไทยได้ยอมรับแนวคิดในการให้อิสระแก่คู่สัญญาที่จะกำหนดหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีของตนได้ ด้วยเหตุดังกล่าวต่อมาเมื่อได้มีการยกร่าง พ.ร.บ. อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. ... หลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระของคู่กรณีในการเลือกข้อบังคับในส่วนของวิธีพิจารณามาใช้บังคับกับกรณีได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 25<sup>9</sup> ของร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่ให้อิสระอนุญาตโตตุลาการในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับกรณีของตน แต่ก็ยังให้ความสำคัญกับหลักสุจริตกระบวนการนั่นเอง [การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือสุจริตกระบวนการ (Due Process) หมายถึง การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยพิทักษ์สิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่าย คือ ต้องรับฟังคดีของทั้งสองฝ่าย คือ ให้อีกฝ่ายมีความสามารถในการนำสืบคดีของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่จำเป็นต้องให้เวลาเท่า ๆ กัน ในการนำสืบคดี เพราะความจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาอาจไม่เท่ากัน ข้อสำคัญต้องให้อีกฝ่ายเพียงพอแก่คู่ความที่จะสืบคดีข้างของตน ในสหรัฐอเมริกาหลักนี้ใช้คุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากผลลัพธ์ของคดีด้วย]

#### 5) แนวความคิดในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัด (ex-parte procedure)

ประเด็นในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัดนั้นเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาดูว่า "อนุญาตโตตุลาการนั้นมีอำนาจในการที่จะมีคำสั่งในลักษณะเช่นนี้หรือไม่" หากเป็นกรณีที่โจทก์เป็นผู้ขาดนัด อนุญาตโตตุลาการจะต้องยกคำฟ้อง แต่หากเป็นกรณีที่จำเลยขาดนัดอนุญาตโตตุลาการจะมีอำนาจหรือไม่อำนาจในการออกมาตรการเพื่อแก้ไขสิ่งเหล่านี้ ซึ่งจากการศึกษาถึงพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องนี้จะพบได้ว่าในกรณีเช่นนี้โดยทั่วไปหากจำเลยไม่ได้ยื่นคำให้การ หรือคำฟ้องแย้งภายในเวลาที่กำหนดไว้ อนุญาตโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการที่จะกำหนดวันนัดพิจารณา และแจ้งวันนัดดังกล่าวให้แก่จำเลยทราบ เมื่อถึงวันนัดดังกล่าวแล้วไม่ว่าจำเลยจะเข้าร่วมในวันนัดพิจารณาหรือไม่ก็ตาม อนุญาตโตตุลาการคงมีอำนาจในการดำเนินคดีต่อไป ซึ่งแนวทางการพัฒนาของแนวความคิดในเรื่องนี้อาจเทียบเคียงได้กับการพัฒนาของกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัด ประเด็นสำคัญที่พึงตระหนักถึงในเรื่องของการพิจารณาคดีโดยขาดนัด ก็คือ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้พัฒนาขึ้นเพื่อช่วยลดความล่าช้าอันเนื่องมาจากปัญหาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ต้องการให้มีการอนุญาตโตตุลาการอาจใช้เทคนิคในการถ่วงเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งหากไม่มีการวางบท

<sup>9</sup> ดูเนื้อหามาตรา 25 ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. ... ได้ที่ภาคผนวก ง.

บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ อาจเป็นเหตุให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพ และเป็นเหตุให้คู่สัญญาเกิดความไม่มั่นใจในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ มาใช้กับข้อพิพาทของตน ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตระหนักถึงปัญหาที่เกิดจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณา อย่างไรก็ดีตาม แม้อ้อมมาแนวความคิดในเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดจะเริ่มเป็นที่ยอมรับจากประเทศต่าง ๆ แต่สิ่งหนึ่งที่จะต้องตระหนักถึงอยู่ตลอดเวลาในเรื่องของการพิจารณาโดยขาดนัด ก็คือระยะเวลาในการบอกกล่าวแจ้งวันนัดพิจารณาล่วงหน้าไปยังคู่สัญญาจะต้องได้กระทำขึ้นในระยะเวลาอันสมควร อีกทั้งเหตุผลของการขาดนัดพิจารณาที่คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดพิจารณาอาจหยิบยกขึ้นอ้างในคำร้องของตนที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในปัจจุบันแม้กฎหมายจะบัญญัติรับแนวความคิดในเรื่องของการพิจารณาคดีโดยขาดนัดไว้ แต่ทั้งนี้การดำเนินกระบวนการดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ หรือสุจริตกระบวนการ (Due Process) นั่นคือ คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดยังคงมีสิทธิในการได้รับการพิจารณาพยานเอกสารของตนก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะทำคำชี้ขาด กล่าวคือเป็นหลักที่ยอมรับโดยทั่วไป "การขาดนัดพิจารณาของคู่สัญญามีได้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ขาดนัดยอมรับต่อข้อกล่าวอ้างทั้งปวง" นั่นเอง เพียงแต่เป็นมาตรการที่ออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาในการถ่วงเวลาของการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางในลักษณะเช่นนี้จะไม่เป็นที่พอใจนักเนื่องจากแม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการไปแต่ฝ่ายเดียวได้ก็ตาม แต่ปัญหาที่ยังคงเกิดขึ้นอยู่ ก็คือ หากต่อมาจำเลยที่ขาดนัดได้ยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อแจ้งเหตุแห่งการขาดนัดดังกล่าว ซึ่งโดยมากแล้วจะพบว่าคำร้องในลักษณะเช่นนี้ของจำเลยมักจะถูกหยิบยกขึ้นมากก็ตาม แต่จำเลยก็ยังมีโอกาสที่จะขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากการอนุญาโตตุลาการฝ่ายเดียวนี้ต่อศาลสูงได้ ซึ่งบทสรุปของลักษณะเช่นนี้ล้วนแล้วแต่นำมาซึ่งความล่าช้าและการสูญเสียเวลาเป็นอย่างมาก

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าพัฒนาการของความคิดในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยขาดนัดนั้นก็ยิ่งยึดหลักเกณฑ์ทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการว่าต้องให้ความสำคัญยุติธรรมแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย คือ ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย (audi alteram partem) หมายถึงต้องให้โอกาสแต่ละฝ่ายในการนำเสนอคดีของตน แต่แค่ไหนเพียงใดจึงจะพอเพียงในการรับฟังนั้น แท้จริงเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ไม่จำเป็นว่าจะต้องให้เวลาทั้งสองฝ่ายเท่า ๆ กัน เนื่องจากการรับฟังพยานโดยไม่มีข้อจำกัดจะทำให้ฝ่ายที่ต้องการเตะถ่วงทำให้กระบวนการพิจารณายาวเกินสมควร หลักต้องฟัง



ความทั้งสองฝ่ายนี้มีขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังนั้นในการนัดพิจารณาก็ต้องทำโดยชอบ คือให้ทุกฝ่ายได้รับรู้เพื่อที่เขาจะได้มาฟังการพิจารณา และซักค้านได้ถ้าจำเป็น ในอีกด้านหนึ่งเมื่อคู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องขาดนัด อนุญาตโตตุลาการจะด่วนตัดสินโดยฟังแต่คำฟ้องไม่ได้ ต้องฟังความข้างฝ่ายที่ฟ้องจนพอเชื่อได้ว่าคำฟ้องมีมูลจึงจะทำคำชี้ขาด ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ส่วนในกรณีที่ผู้ฟ้อง (ผู้ร้อง) ฟังฟ้องนั้นปกติอนุญาตโตตุลาการก็จะมีคำสั่งให้จำหน่ายคดี

สำหรับประเทศไทยเรานั้น กฎหมายวิธีพิจารณาคดีความแพ่งได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาโดยขาดนัด (การดำเนินกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียว) ไว้ทั้งในเรื่องของการขาดนัดยื่นคำให้การ และการขาดนัดพิจารณาซึ่งใช้สำหรับการดำเนินคดีในศาล แต่ในส่วนของกระบวนการพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการนั้นมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาคดีโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดนัดพิจารณาไว้ใน พ.ร.บ. อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น อนุญาตโตตุลาการจะมีอำนาจสั่งในเรื่องคู่กรณีขาดนัด แล้วให้ดำเนินกระบวนการไปฝ่ายเดียวได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งปรากฏว่าอนุญาตโตตุลาการได้เคยสั่งเรื่องการขาดนัดพิจารณาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแล้ว ดำเนินกระบวนการไปฝ่ายเดียวแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง (เป็นคดีของสำนักงานอนุญาตโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เมื่อปี พ.ศ. 2536 ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 3/2536 หมายเลขแดงที่ 7/2536 เรื่องสัญญาก่อสร้างซึ่งอนุญาตโตตุลาการใช้เวลาพิจารณาทำคำชี้ขาดเป็นเวลา 2 เดือนเศษ) ซึ่งในคดีดังกล่าวน่าจะเป็นการสั่งโดยเห็นว่า พ.ร.บ. อนุญาตโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 17 ได้ให้อำนาจอนุญาตโตตุลาการอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรมเป็นสำคัญโดยจะต้องแจ้งคู่กรณีทุกฝ่ายเกี่ยวกับวันนัดพิจารณาโดยชอบแล้ว นอกจากนั้นในปัจจุบันได้มีแนวคำพิพากษากฎีกาที่ 8151/2542 โดยในคดีดังกล่าวนี้โจทก์ได้นำข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาตโตตุลาการแห่งเมืองฮัมบูร์ก ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งในคดีนี้อนุญาตโตตุลาการได้แจ้งให้จำเลยไปสู้คดี แต่จำเลยมิได้ไปสู้คดีเพราะเห็นว่าค่าใช้จ่ายสูง โดยศาลฎีกาของไทยถือว่าพฤติการณ์ดังกล่าวฟังได้ว่าจำเลยตกลงให้นำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาตโตตุลาการ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยจึงใช้บังคับได้ การที่คู่กรณีได้นำข้อพิพาทเสนอให้อุญาตโตตุลาการวินิจฉัยโดยถูกต้องตามขั้นตอนและระเบียบของสมาคมสินค้าแห่งเมืองฮัมบูร์กและข้อความแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาตโตตุลาการต่างประเทศฉบับนครนิวยอร์ก คำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการดังกล่าวจึงฟ้องร้องบังคับกันได้ในประเทศไทย ซึ่งเป็นคำพิพากษากฎีกาที่แสดงออกโดยพฤติการณ์ถึงการยอมรับหลักแนวคิดในเรื่องของการพิจารณาคดีฝ่ายเดียว

ของการอนุญาตตุลาการ ในเรื่องนี้ต่อมาเมื่อมีการจัดทำร่าง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... ได้มีการบัญญัติเรื่องของการพิจารณาโดยขาดนัดไว้ในมาตรา 31<sup>10</sup> ของร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าว โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั้งในกรณีที่โจทก์ (ในที่นี้หมายถึงคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องในคดีอนุญาตตุลาการ) ไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ และในกรณีที่จำเลย (ในที่นี้หมายถึงคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในคดีอนุญาตตุลาการ) ขาดนัดยื่นคำคัดค้านตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ทั้งนี้การขาดนัดยื่นคำคัดค้านของคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนี้ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น อีกทั้งยังให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการดำเนินกระบวนการต่อไปฝ่ายเดียวได้หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมในวันนัดพิจารณา หรือในกรณีที่ไม่เสนอพยานหลักฐานใด ๆ ตลอดจนมีอำนาจในการทำคำชี้ขาดอันเกิดจากการดำเนินกระบวนการฝ่ายเดียวได้ แต่ทั้งนี้ก็ยังได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นของการขาดนัดพิจารณาดังกล่าวในกรณีที่คู่กรณีที่ขาดนัดมีเหตุผลอันสมควรในการขาดนัดดังกล่าว นั้นซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 31 ของร่าง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัดตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 25 ของกฎหมายแม่แบบนั่นเอง

### ข้อเสนอแนะ

แม้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาของการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ จะได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสมกับรูปแบบของการดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของการดำเนินธุรกิจในแต่ละช่วงสมัย นับตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันซึ่งมีการนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศมาเป็นต้นแบบในการจัดทำกฎหมายอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศต่าง ๆ ปัญหาหลาย ๆ ประเด็นได้รับการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวให้เหมาะสมขึ้น แต่บทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบก็ยังไม่สามารถถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่สมบูรณ์ที่สุด เนื่องจากปัจจัยหลักในการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องการอนุญาตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นควบคู่ไปกับการเปลี่ยนแปลงของการดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าวนับจากปี ค.ศ. 1985 จนถึงปัจจุบัน เราไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่ารูปแบบการติดต่อสื่อสารในการดำเนินธุรกิจ ตลอดจนขนบธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ

<sup>10</sup> ดูเนื้อหามาตรา 31 ของร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ... ได้ที่ภาคผนวก ง.

ทางการค้าต่าง ๆ มีรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นเหตุให้ในปัจจุบันบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบนั้นไม่สามารถครอบคลุมถึงประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของการอนุญาตไต่สวนการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ปัญหาในทางปฏิบัติที่มักพบอยู่เสมอในการอนุญาตไต่สวนการพาณิชย์ระหว่างประเทศในปัจจุบัน ก็คือ ปัญหาในเรื่องการยอมรับและการบังคับตามสัญญาอนุญาตไต่สวนการ กล่าวคือ แม้ว่าจะในกฎหมายแม่แบบได้มีความพยายามในการสร้างความเป็นอิสระแก่ข้อกำหนดในเรื่องแบบของสัญญาอนุญาตไต่สวนการ โดยพยายามที่จะให้มีการยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาตไต่สวนการซึ่งได้ทำขึ้นโดยวาจา แต่แนวความคิดดังกล่าวก็ยังคงได้รับการโต้แย้ง และปฏิเสธอยู่ เนื่องจากมองว่าสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นเป็นวาจานั้นอาจนำมาซึ่งความไม่แน่นอนและการฟ้องร้องได้ ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้เกิดปัญหาในเรื่องการปฏิเสธการยอมรับและการบังคับตามสัญญาอนุญาตไต่สวนการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจา อีกทั้งในกฎหมายแม่แบบยังมีได้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงการติดต่อสื่อสารในลักษณะของการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าจะถือเป็นสัญญาที่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือหรือไม่ (in writing) ซึ่งในเรื่องนี้เมื่อพิจารณาที่ร่าง พ.ร.บ. อนุญาตไต่สวนการ พ.ศ....ของไทยจะพบได้ว่าในมาตรา 11 ของร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวจะให้ความสำคัญกับคำนิยามของคำว่ามีหลักฐานเป็นหนังสือโดยมุ่งเน้นไปที่ต้องมีการโต้ตอบกันไม่ว่าจะเป็นทางจดหมาย โทรเลข โทรพิมพ์ไม่ว่าจะได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งยังได้บัญญัติรับรองแนวความคิดในเรื่องการยอมรับสัญญาอนุญาตไต่สวนการซึ่งเกิดขึ้นจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นสัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่ในส่วนของสัญญาอนุญาตไต่สวนการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจานั้นในร่าง พ.ร.บ. มิได้มีการกล่าวถึงไว้แต่อย่างใด ในความเห็นของผู้เขียนนั้นเห็นว่าน่าที่จะมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อเป็นการกำหนดถึงลักษณะหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ตามที่จะถือได้ว่าสัญญาอนุญาตไต่สวนการนั้นมีผลใช้บังคับได้ แม้ว่าจะไม่มีการแลกเปลี่ยนเอกสารก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการใช้ใบตราส่ง (bill of lading) หรือการตอบรับโดยวาจาหรือโดยปริยายในคำสั่งซื้อ หรือการยืนยันการสั่งซื้อซึ่งได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ สัญญาเหล่านี้ที่จะได้รับการรับรองให้มีผลเป็นสัญญาอนุญาตไต่สวนการที่สามารถบังคับใช้ได้

ในส่วนของ การดำเนินการกระบวนพิจารณาของการอนุญาตไต่สวนการนั้นในกฎหมายแม่แบบค่อนข้างที่จะให้อิสระแก่คู่สัญญาในการเลือกข้อบังคับที่จะนำมาใช้กับการอนุญาตไต่สวนการของตน ตลอดจนในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ กฎหมายแม่แบบยังให้อำนาจแก่

อนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดีตามที่เห็นสมควรต่อไปได้ ซึ่งใน ร่าง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ....ของไทยนั้นบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับในกฎหมายแม่แบบ แต่ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไป ก็คือ ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งสำหรับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้นก็คือการพิจารณาที่เป็นความลับ แต่ปรากฏว่าในปัจจุบันนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองในเรื่องความลับของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการไม่เคยมีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่าการคุ้มครองในเรื่องความลับของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการจะมีในเรื่องใดบ้าง และขอบเขตของความคุ้มครองดังกล่าวนั้นครอบคลุมขอบเขตในการบังคับใช้เพียงใดบ้าง ตัวอย่างเช่น ข้อมูลหรือเอกสารใดบ้างที่จะต้องได้รับการเก็บไว้เป็นความลับ และบุคคลใดบ้างที่จะต้องมีส่วนในการเก็บรักษาข้อมูลต่าง ๆ ไว้เป็นความลับ และมีข้อยกเว้นอะไรบ้างที่สามารถเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อสาธารณชนได้ กล่าวคือต้องมีการพิจารณาเปรียบเทียบหาจุดสมดุลระหว่างการเปิดเผยข้อมูลการอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมและปัญหาในเรื่องของการเก็บรักษาข้อมูลทางการค้าไว้ อีกประการหนึ่งก็คือในปัจจุบันนั้นการคุ้มครองความลับในการอนุญาโตตุลาการนั้นยังมีไม่พอเพียง

จากประเด็นปัญหาในเรื่องแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และเรื่องของวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการในเรื่องการคุ้มครองความลับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนใคร่ขอเสนอแนะแนวทางในการพิจารณา ดังนี้

1. ปรับปรุงและเพิ่มเติมบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ....มาตรา 11 ในเรื่องคำจำกัดความของคำว่า "เป็นหนังสือ" ของแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการให้มีความหมายกว้างขึ้นกว่าเดิม กล่าวคือ มิใช่กล่าวถึงแต่เพียงการยอมรับว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นสัญญาที่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ แต่ควรที่จะให้ครอบคลุมไปถึงลักษณะหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ตามที่จะถือได้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นโดยวาจานั้นสามารถมีผลใช้บังคับได้ แม้ว่าจะไม่มีการแลกเปลี่ยนเอกสารก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการใช้ใบตราส่ง (bill of lading) หรือการตอบรับโดยวาจาหรือโดยปริยายในคำสั่งซื้อ หรือการยืนยันคำสั่งซื้อที่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ สัญญาเหล่านี้น่าที่จะได้รับการรับรองให้มีผลเสมือนเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ เป็นต้น

2) ปรับปรุงและเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องของการให้ความคุ้มครองความลับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาตใตตุลาการให้มีลักษณะที่ชัดเจนขึ้น กล่าวคือควรจะมีการกำหนดถึงขอบเขตความคุ้มครองดังกล่าวว่าครอบคลุมเพียงใดบ้าง และบุคคลใดบ้างที่มีหน้าที่ในการเก็บรักษาความลับของการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว ตลอดจนมีการกำหนดข้อยกเว้นว่าเรื่องใดบ้างที่สามารถจะเปิดเผยการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวต่อสาธารณชนได้ แต่ทั้งนี้ต้องมีการวางหลักเกณฑ์ในการให้ความยินยอมดังกล่าวจากคู่สัญญาก่อนที่จะมีการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ซึ่งคงต้องพิจารณาหาความสมดุลระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับจากการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเทียบเคียงกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจของคู่สัญญา เพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุด



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

ชินะฐา เต็มกฤษณา. แนวความคิดในการแบ่งแยกอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

จิตติ ดิงศภักดิ์, จรัญ ภัคดีธนากุล, กรองเกียรติ คมสัน. ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. บทบัญญัติ 46 ตอน 2 (มิ.ย. 2533) : 23 - 45.

จรัญ ภัคดีธนากุล และวิชัย อริยนันท์. Aspects of Enforcement of Foreigns Judgements and Arbitral Awards. บทบัญญัติ 46, ตอน 2 (มิ.ย. 2533) : 103 - 112.

ฉัตรทิพย์ นาคสุภา. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจและสังคมยุโรปสมัยกลาง. พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

ดิเรก ชัยนาม. ประวัติความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.

ธวัชชัย สุวรรณพาณิชย์. กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ. The Intellectual Property and International Trade Law Forum : Special Issue 1999 Second Anniversary.

ธารทิพย์ จงจักรพันธ์. กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ. ดูเฉพาะ 43 เล่ม 3 (กค. - ก.ย. 39) : 33-43.

นิรันดร์ บุญจิต. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส. วารสารกฎหมาย เล่ม 5, 2529.

ประภากร รัตนมาลา. การยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

ผดุง ปัทมะสังข์. การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี. วารสารธรรมมย 10 ก.พ. 2502 : 158 - 159.

พรทิพย์ สุทธิอรุณศิลป์. การตีความ การแก้ไข และการยกเลิกคำชี้ขาดของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรับและคนชาติของรัฐอื่น (ICSID). วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

- พีรเดช พัฒนจันทร์. ขออำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาตไต่สวนการของศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น : พิจารณากรณีผลกระทบต่อประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- พันธ์ทิพย์ กาญจนจิตรา สายสุนทร. ทำไมจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นเอกภาพ. บทบัญญัติ จุฬฯ 46 (มี.ค. 2533) : 97-109.
- พิชัย นิลทองคำ. การค้ากับงานอนุญาตไต่สวนการ. วารสารทนายความ 1, 7 (ธ.ค. 2533) : 96 – 100.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาตไต่สวนการ พร้อมดัชนี. พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาตไต่สวนการในทางการค้าระหว่างประเทศ. นิติสยามปริทัศน์' 43 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม : 19-34.
- ฤทัย หงส์สิริ. การนำแนวความคิด และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 18, (เมษายน 2542) ตอน 1.
- มงคล กัลยกุล. สัญญาระหว่างรัฐ และเอกชนต่างประเทศในกฎหมายระหว่างประเทศ : ศึกษาสัญญาสำรวจและแสวงประโยชน์จากปิโตรเลียมในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2537.
- วรวิมล ทวาทสิน. อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการต่างประเทศ : ข้อสังเกตบางประการ. วารสารกฎหมาย 17, ๑. 1 (ม.ค. 240) : 127-147.
- จิรวรรณ เจริญนาค. พัฒนาการของความคิดบางเรื่องในการอนุญาตไต่สวนการพาณิชย์ระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- สถาพร มีสอาด. การอนุญาตไต่สวนการที่ไม่ใช้กฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- สรุปผลการสัมมนาเรื่องการพัฒนากระบวนการอนุญาตไต่สวนการ : ปัญหา อุปสรรค และแนวทางแก้ไข บทบัญญัติ เนติบัณฑิตยสภา 47, ตอน 1 (มี.ค. 2534) : 119 – 182.
- สำนักงานอนุญาตไต่สวนการ กระทรวงยุติธรรม. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตไต่สวนการ (2 เล่ม). 2535.
- สำนักงานอนุญาตไต่สวนการ กระทรวงยุติธรรม รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตไต่สวนการ (2 เล่ม). พิมพ์ครั้งที่ 2, 2540.

- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- หลวงสุทธิวาทนฤพุดิ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.
- อรนุช อาชาทองสุข. การควบคุมและแก้ไขปัญหาค้ำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักนิติธรรม, 2538.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญากรุงเวียนอร์ว่าด้วยการยอมรับและ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 กับกฎหมายภายในและสนธิ สัญญาฉบับอื่น ๆ. วารสารนิติศาสตร์ 19, 3 (ก.ย. 2532) : 2.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. กระทรวงยุติธรรม ดุลพาห 27, 2 (มี.ค. – เม.ษ. 2533) : 70 -126.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. ความรู้เบื้องต้นบางประการเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 22, ฉ. 2.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. ความหมายและความผูกพันของสัญญาอนุญาโตตุลาการ. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (มี.ค. 2533) : 27-45.
- อนันต์ จันทร์โอภากร. อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น. วารสารนิติศาสตร์ 27, ฉ. 1 (มี.ค. 2540) : 102-122.

#### ภาษาอังกฤษ

- A. H.A. Soons. International Arbitration : Past and Prospects. Martinus Nijhoff Publishers, Netherland : 1990.
- Alan Redfern. Symposium on International Commercial Arbitration : Article : Arbitration and the Courts : Interim Measures of Protection-Is the Tide About To Turn? Texas International Law Journal Winter, 1995.
- A. M. STUYT. Survey of International Arbitrations : 1794-1989.
- Bernardo M. Cremades. Modernization of National Arbitration Laws in AID for



- International Commercial Arbitration (Work paper : Madrid Conference on the Law of the world September 16-20, 1979).
- Cameron K. Wehringer. Arbitration : Precepts and Principle. Dobbs Ferry, New York : Oceana Publication Inc., 1969.
- CHIA-JUI CHENG. Basic Documents on International Trade Law. 2<sup>nd</sup> ed. : MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 1990.
- Chukwunerije Okezie. Special Section : English Arbitration Act 1996 : Reform and Consolidation of English Arbitration Law. The American Review of International Arbitration ,1997.
- Craig W. Lawrence. Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration. Texas International Law Journal Winter, 1995.
- David D. Caron. Symposium : THE HAGUE PEACE CONFERENCES : War and International Adjudication : Reflections on the 1899 Peace Conference. The American Journal International Law (January 2000).
- David R. Arbitration in International Trade. Kluwer Law and Taxation Publisher, 1985.
- David R. The International Unification of Private Law.
- Edmund Jan Osmanczyk. Encyclopedia of the UNITED NATIONS and international Agreements. 2<sup>nd</sup> ed., Taylor and Francis, 1990.
- Ernest J. Cohn, Martin Domke and Frederic Eisemann. Handbook of Institutional Arbitration in International Trade. North-Holland Publishing Company : 1977.
- Eugenio O Minoli. An Italian Approach to Uniform Arbitration Laws in International Trade Arbitration. ed. Martin Domke. Westport Connecticut : Greenwood Press Publisher, 1973.
- F. A. Mann. Notes and Comments on Cases in International Law Commercial Law and Arbitration. Oxford : Clarendon Press, 1992.
- Fraser Davidosn. The New Arbitration Act : A Model law. Journal of Business Law (March 1997) : 101-129.
- Fraser Davidosn. International Commercial Arbitration-The United Kingdom and

- UNCITRAL Model Law. The Journal of Business Law (November 1990)
- Gerhard von Glahn . Law Among Nations. London : the Macmillian Company, 1965.
- Giuditta Cordero Moss. International Commercial Arbitration : Party Autonomy and Mandatory Rules. (1999)
- H. Smith, V. Pechota. International Arbitration Treaties. Jurish Publication, Inc, Sweet&Maxwell, 1998.
- H. Smith, V. Pechota. A Chart Comparing International Commercial Arbitration Rules. Jurish Publication, Inc, Sweet&Maxwell, 1998.
- H. Smith, V. Pechota. Arbitration Rules Issued by International Institution. Jurish Publishing Inc and Parker School of Foreign and Comparative Law, 1997.
- Ibrahim F.I. Shihata. The power of International Court to determine its own jurisdiction. The Hague : Martinus Nijhoff, 1960.
- International Commercial Arbitration. Rapporteur General Pieter Sander Tome II/Volume II. Martinus Nijhoff, 1960.
- Jacqueline M. Nolan-Haley. Alternative Disputes Resolution in a Nutshell. 2<sup>nd</sup> ed., West Publishing Co., 1992.
- Jan C. Schultz and Albert Jan Van Der Berg. The Art of Arbitration : Essay on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sander 12 September 1912-1982. Kluwer : 1982.
- Jean-Louis DELVOLVE. Arbitration in France : The French Law on National and International Arbitration. Kluwer : 1982.
- J. Gillis Wetter. The International Arbitral Process : Public and Private, Vol. I-V. Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc, 1979.
- J. L. Simpson and Hazel Fox. International Arbitration Law and Practice. 1<sup>st</sup>.ed, London : STEVENS & SONS LIMITED, 1959.
- John P.H. Soper. A Treatise on the Law and Practice of Arbitrations and Awards. Sweet & Maxwell : 1913.

- Julian Bailey B. Com. The Jurisdiction of and arbitrator. Austrian Law Journal 73(2), (February, 1999)
- Karl-Heinz Bockstiegel. An Introduction to the New German Arbitration Act Based in the UNCITRAL Model Law. Arbitration International Vol. 14, No. 1, (1998)
- Klaus Peter Berger. International Economic Arbitration. Kluwer Law & Taxation Publishers, 1993.
- Lew, D. M. Julian. Applicable Law in International Commercial Arbitration. New York, 1948.
- L. Kos-Robcewicz-Zubkowski. East European Rules on the Validity of International Commercial Arbitration Agreement. Manchester University Press, Oceana Publication, Inc., 1970.
- Mark Saville. The Origin of the New English Arbitration Act 1996 : Reconciling Speed with Justice in the Decision-making Process. Arbitration International Vol. 13, No. 3, (1997)
- Martin Domke. The Law and Practice of Commercial Arbitration. USA: Callaghan & Company, 1968.
- Martin Domke. International Trade Arbitration a Road to World-Wide Cooperation. American Arbitration Association : New York, 1958.
- Martin Hunter. The Procedural Powers of Arbitrator Under the English 1996 Act. Arbitration International Vol. 13, No. 1, (1997)
- Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. The Law and Practice of Commercial Arbitration in England. London : Butterworth, 1982.
- Neil Kaplan Q.C. The UNCITRAL MODEL LAW—A WORTH WHILE MODEL (APEC Symposium 1998 : Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes, 27-28 April, Bangkok. The Arbitration Office, Ministry of Justice. Thailand, 1998)
- Nobert Horn and Clive M. Schmitthoff. Studies in Transactional Economic Law Vol. II : The transactional Law of International Commercial Transactions. Kluwer : 1982.
- Patrick Davidson. State Contracts, State Interests and International Commercial Arbitration : A Third World Perspective. Comparative and International Law Journal of Southern

Africa Vol. 30 No. 1, (March 1997)

Peter Sarcevic. Essays on International Commercial Arbitration. London : Graham & Trotman, 1989.

Pieter Sanders. International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke. Hague : Martinus Nijhoff, 1967.

Pieter Sanders. International Encyclopedia of Comparative Law Vol. XVI Civil Procedure. Martinus Nijhoff Publishers: 1996.

Pieter Sanders with the cooperation of the T.M.C. Asser Institute for International Law. International Handbook on Commercial Arbitration. Volume 1 and Volume 2. Kluwer Law and Taxation Publisher, Netherlands : 1984.

Pieter Sanders with the cooperation of the T.M.C. Asser Institute for International Law. International Council for Commercial Arbitration : Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. Kluwer, Netherlands.

Pieter Sanders with the cooperation of the T.M.C. Asser Institute for International Law. Second Congress, UNCITRAL'S PROJECT for a Model Law on International Commercial Arbitration. Kluwer : 1984.

Pieter Sanders. International Handbook on Commercial Arbitration. National Reports : Basic Legal Texts.

Pieter Sanders. What May Still be Done in the World of Arbitrations. Arbitration : Journal of the Chartered Institute of Arbitrator : London, (November 1999)

Redfern A., Hunter M. Law and Practice on International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup>.ed., London : Sweet & Maxwell, 1991.

Reisman W. Michael. The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration. Duke Law Journal Vol. 1989, No. 4 : (September 1990)

Robert L. Blesoe, Boleslaw A. Boczek. The International Law Dictionary. 1987.

Ronald Bernstein. Handbook of Arbitration Practice. London : Sweet & Maxwell, 1987.

Rosenstock Robert. Current Development : The Forty-Seventy Session of the International Law Commission. The American Journal International Law (January 1996)

- Sinisa Triva. Arbitral Settlement of International Commercial Disputes. Croation Arbitration Yearbook (1994)
- Smith H., and Pechota. A Chart Comparing International Commercial Arbitration Rules. Sweet & Maxwell, Juris Publishing, 1998.
- United Nations. UNCITRAL The United Nations Commission on International Law UNITED NATION PUBLICATION.
- United Nations. Possible Uniform rules on certain issues concerning settlement commercial disputes : conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement. (Working Group on Arbitration, United Nations Commission on International Trade Law, Thirty-second session, Vienna, 20-31 march, 2000)
- United Nations. Yearbook of International Law Commission 1950, Vol. I Summary records of the second session 5 June - 29 July 1950, Arbitral Procedure : report by Mr. Scelle ; A/CN.4/18. New York :1950.
- United Nations. Yearbook of the International Law Commission 1952, Vol. II : Documents of the second session including the report of the Commission to the General Assembly. New York :1957.
- United Nations. Yearbook of the International Law Commission 1953, Vol. I : Summary records of the fifth session 1 June - 14 Aug 1953, Arbitral Procedure. A/2163, A/CN.4/68, Add.1 and A/CN.4/L.40. New York : 1959.
- United Nations. Yearbook of the International Law Commission 1953, Vol. II : Documents of The fifth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York : 1959.
- United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. I: 1968-1970 : Steps to be taken for promoting the harmonization and Unification of the law of international commercial arbitration : report of the Secretary-General. A/CN.9/21 and Corr. 1. New York : 1971.
- United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. III : 1972 : Problems concerning the application and interpretation of existing

multilateral convention on international commercial arbitration and related matters : report by Mr. Ion Nestor. A/CN.9/64. New York : 1973.

United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. IV : 1973 : summary of comments by member of the Commission on the proposal of the special Rapporteur on international commercial arbitration : report of the Secretary-General. A/CN.9/79. New York : 1974.

United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. VII : 1976 : revised draft set of arbitration rules for optional use in ad hoc arbitration relating to international trade (UNCITRAL Arbitration Rules) : report of the Secretary-General. A/CN.9/112 .New York : 1977.

United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. XII : 1981 : possible features of a model law on international commercial arbitration : report of the Secretary-General. A/CN.9/207. New York : 1983.

United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. XIII : 1982 : Report of the working Group on International Contract Practices on the work of its third session. New York. (16-26 February 1982) A/CN.9/216. New York : 1984.

United Nations. Yearbook of the UNITED NATIONS Commissions on International Trade Law, Vol. XIV : 1983 : Report of the working Group on International Contract Practices on the work of its fourth session. (Vienna, 4-15 October 1982). A/CN.9/232. New York : 1986.

United nations. Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second Session. (Vienna, 20-31 March 2000)

United nations. Progressive Development of the Law of the International Trade : Report of the Secretary-General of the United Nations. (1966)

William W. Park. Text and Context in International Dispute Resolution. Boston University International Law Journal (1997)

W. Lawrence Craig, William W. Park, Jan Paulson. International Commercial Arbitration.

Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc., 1984.

W. Lawrence Craig, William W. Park, Jan Paulson. International Commercial Arbitration.

Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc., 1990.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก



|                                       |                  |                     |                   |
|---------------------------------------|------------------|---------------------|-------------------|
| Bulgaria <u>1/ 3/</u>                 | 17 December 1958 | 10 October 1961     | 8 January 1962    |
| Burkina Faso                          |                  | 23 March 1987 a     | 21 June 1987      |
| Cambodia                              |                  | 5 January 1960 a    | 4 April 1960      |
| Cameroon                              |                  | 19 February 1988 a  | 19 May 1988       |
| Canada <u>4/</u>                      |                  | 12 May 1986 a       | 10 August 1986    |
| Central African Republic <u>1/ 2/</u> |                  | 15 October 1962 a   | 13 January 1963   |
| Chile                                 |                  | 4 September 1975 a  | 3 December 1975   |
| China <u>1/ 2/</u>                    |                  | 22 January 1987 a   | 22 April 1987     |
| Colombia                              |                  | 25 September 1979 a | 24 December 1979  |
| Costa Rica                            | 10 June 1958     | 26 October 1987     | 24 January 1988   |
| Côte d'Ivoire                         |                  | 1 February 1991 a   | 2 May 1991        |
| Croatia <u>1/ 2/ 6/ 10/</u>           |                  | 26 July 1993 d      | 8 October 1991    |
| Cuba <u>1/ 2/ 3/</u>                  |                  | 30 December 1974 a  | 30 March 1975     |
| Cyprus <u>1/ 2/</u>                   |                  | 29 December 1980 a  | 29 March 1981     |
| Czech Republic <u>a/ 10/</u>          |                  | 30 September 1993 d | 1 January 1993    |
| Denmark <u>1/ 2/</u>                  |                  | 22 December 1972 a  | 22 March 1973     |
| Djibouti <u>10/</u>                   |                  | 14 June 1983 d      | 27 June 1977      |
| Dominica                              |                  | 28 October 1988 a   | 26 January 1989   |
| Ecuador <u>1/ 2/</u>                  | 17 December 1958 | 3 January 1962      | 3 April 1962      |
| Egypt                                 |                  | 9 March 1959 a      | 7 June 1959       |
| El Salvador                           | 10 June 1958     | 26 February 1998    | 27 May 1998       |
| Estonia                               |                  | 30 August 1993 a    | 28 November 1993  |
| Finland                               | 29 December 1958 | 19 January 1962     | 19 April 1962     |
| France <u>1/</u>                      | 25 November 1958 | 26 June 1959        | 24 September 1959 |
| Georgia                               |                  | 2 June 1994 a       | 31 August 1994    |
| Germany <u>b/ 1/ 11/</u>              | 10 June 1958     | 30 June 1961        | 28 September 1961 |
| Ghana                                 |                  | 9 April 1968 a      | 8 July 1968       |
| Greece <u>1/ 2/</u>                   |                  | 16 July 1962 a      | 14 October 1962   |
| Guatemala <u>1/ 2/</u>                |                  | 21 March 1984 a     | 19 June 1984      |
| Guinea                                |                  | 23 January 1991 a   | 23 April 1991     |
| Haiti                                 |                  | 5 December 1983 a   | 4 March 1984      |
| Holy See <u>1/ 2/</u>                 |                  | 14 May 1975 a       | 12 August 1975    |
| Honduras                              |                  | 3 October 2000 a    | 1 January 2001    |
| Hungary <u>1/ 2/</u>                  |                  | 5 March 1962 a      | 3 June 1962       |
| India <u>1/ 2/</u>                    | 10 June 1958     | 13 July 1960        | 11 October 1960   |
| Indonesia <u>1/ 2/</u>                |                  | 7 October 1981 a    | 5 January 1982    |
| Ireland <u>1/</u>                     |                  | 12 May 1981 a       | 10 August 1981    |

## ภาคผนวก ก

## รายชื่อภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก

## Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)

| State                                      | Signature        | Ratification,<br>Accession (a),<br>Succession (d) | Entry into Force |
|--|------------------|---|------------------|
| Algeria <u>1/ 2/</u>                       |                  | 7 February 1989 a                                 | 8 May 1989       |
| Antigua and Barbuda <u>1/ 2/</u>           |                  | 2 February 1989 a                                 | 3 May 1989       |
| Argentina <u>1/ 2/ 7/</u>                  | 26 August 1958   | 14 March 1989                                     | 12 June 1989     |
| Armenia <u>1/ 2/</u>                       |                  | 29 December 1997 a                                | 29 March 1998    |
| Australia                                  |                  | 26 March 1975 a                                   | 24 June 1975     |
| Austria                                    |                  | 2 May 1961 a                                      | 31 July 1961     |
| Azerbaijan                                 |                  | 29 February 2000 (a)                              | 29 May 2000      |
| Bahrain <u>1/ 2/</u>                       |                  | 6 April 1988 a                                    | 5 July 1988      |
| Bangladesh                                 |                  | 6 May 1992 a                                      | 4 August 1992    |
| Barbados <u>2/</u>                         |                  | 16 March 1993 a                                   | 14 June 1993     |
| Belarus <u>1/ 3/</u>                       | 29 December 1958 | 15 November 1960                                  | 13 February 1961 |
| Belgium <u>1/</u>                          | 10 June 1958     | 18 August 1975                                    | 16 November 1975 |
| Benin                                      |                  | 16 May 1974 a                                     | 14 August 1974   |
| Bolivia                                    |                  | 28 April 1995 a                                   | 27 July 1995     |
| Bosnia and Herzegovina <u>1/ 2/ 6/ 10/</u> |                  | 1 September 1993 d                                | 6 March 1992     |
| Botswana <u>1/ 2/</u>                      |                  | 20 December 1971 a                                | 19 March 1972    |
| Brunei Darussalam <u>1/</u>                |                  | 25 July 1996 a                                    | 23 October 1996  |

|                                 |                  |                    |                   |
|---------------------------------|------------------|--------------------|-------------------|
| Israel                          | 10 June 1958     | 5 January 1959     | 7 June 1959       |
| Italy                           |                  | 31 January 1969 a  | 1 May 1969        |
| Japan <u>1/</u>                 |                  | 20 June 1961 a     | 18 September 1961 |
| Jordan                          | 10 June 1958     | 15 November 1979   | 13 February 1980  |
| Kazakstan                       |                  | 20 November 1995 a | 18 February 1996  |
| Kenya <u>1/</u>                 |                  | 10 February 1989 a | 11 May 1989       |
| Kuwait <u>1/</u>                |                  | 28 April 1978 a    | 27 July 1978      |
| Kyrgyzstan                      |                  | 18 December 1996 a | 18 March 1997     |
| Lao Peoples Democratic Republic |                  | 17 June 1998 a     | 15 September 1998 |
| Latvia                          |                  | 14 April 1992 a    | 13 July 1992      |
| Lebanon <u>1/</u>               |                  | 11 August 1998 a   | 9 November 1998   |
| Lesotho                         |                  | 13 June 1989 a     | 11 September 1989 |
| Lithuania <u>3/</u>             |                  | 14 March 1995 a    | 12 June 1995      |
| Luxembourg <u>1/</u>            | 11 November 1958 | 9 September 1983   | 8 December 1983   |
| Madagascar <u>1/ 2/</u>         |                  | 16 July 1962 a     | 14 October 1962   |
| Malaysia <u>1/ 2/</u>           |                  | 5 November 1985 a  | 3 February 1986   |
| Mali                            |                  | 8 September 1994 a | 7 December 1994   |
| Malta <u>1/ 12/</u>             |                  | 22 June 2000 a     | 20 September 2000 |
| Mauritania                      |                  | 30 January 1997 a  | 30 April 1997     |
| Mauritius <u>1/</u>             |                  | 19 June 1996 a     | 17 September 1996 |
| Mexico                          |                  | 14 April 1971 a    | 13 July 1971      |
| Moldova <u>1/</u>               |                  | 18 September 1998  | 17 December 1998  |
| Monaco <u>1/ 2/</u>             | 31 December 1958 | 2 June 1982        | 31 August 1982    |
| Mongolia <u>1/ 2/</u>           |                  | 24 October 1994 a  | 22 January 1995   |
| Morocco <u>1/</u>               |                  | 12 February 1959 a | 7 June 1959       |
| Mozambique <u>1/</u>            |                  | 11 June 1998 a     | 9 September 1998  |
| Nepal <u>1/ 2/</u>              |                  | 4 March 1998 a     | 2 June 1998       |
| Netherlands <u>1/</u>           | 10 June 1958     | 24 April 1964      | 23 July 1964      |
| New Zealand <u>1/</u>           |                  | 6 January 1983 a   | 6 April 1983      |
| Niger                           |                  | 14 October 1964 a  | 12 January 1965   |
| Nigeria <u>1/ 2/</u>            |                  | 17 March 1970 a    | 15 June 1970      |
| Norway <u>1/ 5/</u>             |                  | 14 March 1961 a    | 12 June 1961      |
| Oman                            |                  | 25 February 1999 a | 26 May 1999       |
| Pakistan                        | 30 December 1958 |                    |                   |
| Panama                          |                  | 10 October 1984 a  | 8 January 1985    |
| Paraguay                        |                  | 8 October 1997 a   | 6 January 1998    |
| Peru                            |                  | 7 July 1988 a      | 5 October 1988    |

|  |                  |                     |                   |
|--|------------------|---------------------|-------------------|
| Philippines <u>1/ 2/</u>                                       | 10 June 1958     | 6 July 1967         | 4 October 1967    |
| Poland <u>1/ 2/</u>  | 10 June 1958     | 3 October 1961      | 1 January 1962    |
| Portugal <u>c/ 1/</u>  |                  | 18 October 1994 a   | 16 January 1995   |
| Republic of Korea <u>1/ 2/</u>                                 |                  | 8 February 1973 a   | 9 May 1973        |
| Romania <u>1/ 2/ 3/</u>  |                  | 13 September 1961 a | 12 December 1961  |
| Russian Federation <u>d/ 1/ 3/</u>                             | 29 December 1958 | 24 August 1960      | 22 November 1960  |
| Saint Vincent and the Grenadines <u>1/ 2/</u>                  |                  | 12 September 2000 a | 11 December 2000  |
| San Marino   |                  | 17 May 1979 a       | 15 August 1979    |
| Saudi Arabia   |                  | 19 April 1994 a     | 18 July 1994      |
| Senegal  |                  | 17 October 1994 a   | 15 January 1995   |
| Singapore <u>1/</u>  |                  | 21 August 1986 a    | 19 November 1986  |
| Slovakia <u>a/ 10/</u>   |                  | 28 May 1993 d       | 1 January 1993    |
| Slovenia <u>1/ 2/ 6/ 10/</u>                                   |                  | 1 July 1992 d       | 25 June 1991      |
| South Africa   |                  | 3 May 1976 a        | 1 August 1976     |
| Spain  |                  | 12 May 1977 a       | 10 August 1977    |
| Sri Lanka  | 30 December 1958 | 9 April 1962        | 8 July 1962       |
| Sweden   | 23 December 1958 | 28 January 1972     | 27 April 1972     |
| Switzerland <u>g/</u>  | 29 December 1958 | 1 June 1965         | 30 August 1965    |
| Syrian Arab Republic   |                  | 9 March 1959 a      | 7 June 1959       |
| Thailand   |                  | 21 December 1959 a  | 20 March 1960     |
| The former Yugoslav Republic of Macedonia <u>1/ 2/ 6/ 10/</u>  |                  | 10 March 1994 d     | 17 September 1991 |
| Trinidad and Tobago <u>1/ 2/</u>                               |                  | 14 February 1966 a  | 15 May 1966       |
| Tunisia <u>1/ 2/</u>   |                  | 17 July 1967 a      | 15 October 1967   |
| Turkey <u>1/ 2/</u>  |                  | 2 July 1992 a       | 30 September 1992 |
| Uganda <u>1/</u>   |                  | 12 February 1992 a  | 12 May 1992       |
| Ukraine <u>1/ 3/</u>   | 29 December 1958 | 10 October 1960     | 8 January 1961    |
| United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland <u>1/</u> |                  | 24 September 1975 a | 23 December 1975  |
| United Republic of Tanzania <u>1/</u>                          |                  | 13 October 1964 a   | 12 January 1965   |
| United States of America <u>1/ 2/</u>                          |                  | 30 September 1970 a | 29 December 1970  |
| Uruguay  |                  | 30 March 1983 a     | 28 June 1983      |
| Uzbekistan   |                  | 7 February 1996 a   | 7 May 1996        |
| Venezuela <u>1/ 2/</u>   |                  | 8 February 1995 a   | 9 May 1995        |
| Viet Nam <u>1/ 2/ 3/ 9/</u>                                    |                  | 12 September 1995 a | 11 December 1995  |
| Yugoslavia <u>1/ 2/ 6/</u>                                     |                  | 26 February 1982 a  | 27 May 1982       |
| Zimbabwe   |                  | 29 September 1994 a | 28 December 1994  |

ratification was deposited on 10 July 1959. 1/ 3/ On 28 May 1993, Slovakia and, on 30 September 1993, the Czech Republic deposited instruments of succession.

b/ The Convention was acceded to by the former German Democratic Republic on 20 February 1975 with reservations 1/, 2/ and 3/.

c/ On 12 November 1999, Portugal presented a declaration of territorial application of the Convention in respect of Macau. The notification has taken effect for Macau on 10 February 2000, in accordance with article X(2).

d/ The Russian Federation continues, as from 24 December 1991, the membership of the former Union of Soviet Socialist Republics (USSR) in the United Nations and maintains, as from that date, full responsibility for all the rights and obligations of the USSR under the Charter of the United Nations and multilateral treaties deposited with the Secretary-General.

*Declarations and reservations*  
(Excludes territorial declarations and certain other reservations  
and declarations of a political nature)

1/ State will apply the Convention only to recognition and enforcement of awards made in the territory of another Contracting State.

2/ State will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships whether contractual or not which are considered as commercial under the national law.

3/ With regard to awards made in the territory of non-contracting States, State will apply the Convention only to the extent to which these States grant reciprocal treatment.

4/ Canada declared that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the laws of Canada, except in the case of the Province of Quebec where the law does not provide for such limitation.

5/ State will not apply the Convention to differences where the subject matter of the proceedings is immovable property situated in the State, or a right in or to such property.

6/ State will apply the Convention only to those arbitral awards which were adopted after the coming of the Convention into effect.

7/ Argentina declared that the present Convention should be construed in accordance with the principles and rules of the National Constitution in force or with those resulting from reforms mandated by the Constitution.

8/ On 23 April 1993, Switzerland notified the Secretary-General of its decision to withdraw the reciprocity declaration it had made upon ratification.

9/ Viet Nam declared that interpretation of the Convention before the Vietnamese Courts or competent Authorities should be made in accordance with the Constitution and the law of Viet Nam.

10/ The date of effect of the succession is as follows: for Bosnia and Herzegovina, 6 March 1992; for Croatia, 8 October 1991; for Czech Republic, 1 January 1993; for Djibouti, 27 June 1977; for Slovakia, 1 January 1993; for Slovenia, 25 June 1991; and for The former Yugoslav Republic of Macedonia, 17 September 1991.

11/ On 31 August 1998, Germany withdrew the reservation made upon ratification mentioned in footnote 1.

12/ The Convention only applies in regard to Malta with respect to arbitration agreements concluded after the date of Malta's accession to the Convention.



## ภาคผนวก ข

## รายชื่อภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าอั้งตัน

**List of Contracting States and other Signatories of the Convention**  
(as of September 21, 2000)

The 148 States listed below have signed the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States on the dates indicated. The names of the 133<sup>1</sup> States that have deposited their instruments of ratification are in bold, and the dates of such deposit and of the attainment of the status of Contracting State by the entry into force of the Convention for each of them are also indicated.

| State                         | Signature     | Deposit of Ratification | Entry into Force of Convention |
|-------------------------------|---------------|-------------------------|--------------------------------|
| <b>Afghanistan</b>            | Sep. 30, 1966 | June 25, 1968           | July 25, 1968                  |
| <b>Albania</b>                | Oct. 15, 1991 | Oct. 15, 1991           | Nov. 14, 1991                  |
| <b>Algeria</b>                | Apr. 17, 1995 | Feb. 21, 1996           | Mar. 22, 1996                  |
| <b>Argentina</b>              | May 21, 1991  | Oct. 19, 1994           | Nov. 18, 1994                  |
| <b>Armenia</b>                | Sep. 16, 1992 | Sep. 16, 1992           | Oct. 16, 1992                  |
| <b>Australia</b>              | Mar. 24, 1975 | May 2, 1991             | June 1, 1991                   |
| <b>Austria</b>                | May 17, 1966  | May 25, 1971            | June 24, 1971                  |
| <b>Azerbaijan</b>             | Sep. 18, 1992 | Sep. 18, 1992           | Oct. 18, 1992                  |
| <b>Bahamas</b>                | Oct. 19, 1995 | Oct. 19, 1995           | Nov. 18, 1995                  |
| <b>Bahrain</b>                | Sep. 22, 1995 | Feb. 14, 1996           | Mar. 15, 1996                  |
| <b>Bangladesh</b>             | Nov. 20, 1979 | Mar. 27, 1980           | Apr. 26, 1980                  |
| <b>Barbados</b>               | May 13, 1981  | Nov. 1, 1983            | Dec. 1, 1983                   |
| <b>Belarus</b>                | July 10, 1992 | July 10, 1992           | Aug. 9, 1992                   |
| <b>Belgium</b>                | Dec. 15, 1965 | Aug. 27, 1970           | Sep. 26, 1970                  |
| Belize                        | Dec. 19, 1986 |                         |                                |
| <b>Benin</b>                  | Sep. 10, 1965 | Sep. 6, 1966            | Oct. 14, 1966                  |
| <b>Bolivia</b>                | May 3, 1991   | June 23, 1995           | July 23, 1995                  |
| <b>Bosnia and Herzegovina</b> | Apr. 25, 1997 | May 14, 1997            | June 13, 1997                  |
| <b>Botswana</b>               | Jan. 15, 1970 | Jan. 15, 1970           | Feb. 14, 1970                  |

|                                  |               |               |               |
|----------------------------------|---------------|---------------|---------------|
| Bulgaria                         | Mar. 21, 2000 |               |               |
| <b>Burkina Faso</b>              | Sep. 16, 1965 | Aug. 29, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Burundi</b>                   | Feb. 17, 1967 | Nov. 5, 1969  | Dec. 5, 1969  |
| Cambodia                         | Nov. 5, 1993  |               |               |
| <b>Cameroon</b>                  | Sep. 23, 1965 | Jan. 3, 1967  | Feb. 2, 1967  |
| <b>Central African Republic</b>  | Aug. 26, 1965 | Feb. 23, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Chad</b>                      | May 12, 1966  | Aug. 29, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Chile</b>                     | Jan. 25, 1991 | Sep. 24, 1991 | Oct. 24, 1991 |
| <b>China</b>                     | Feb. 9, 1990  | Jan. 7, 1993  | Feb. 6, 1993  |
| <b>Colombia</b>                  | May 18, 1993  | July 15, 1997 | Aug. 14, 1997 |
| <b>Comoros</b>                   | Sep. 26, 1978 | Nov. 7, 1978  | Dec. 7, 1978  |
| <b>Congo</b>                     | Dec. 27, 1965 | June 23, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Congo, Democratic Rep. of</b> | Oct. 29, 1968 | Apr. 29, 1970 | May 29, 1970  |
| <b>Costa Rica</b>                | Sep. 29, 1981 | Apr. 27, 1993 | May 27, 1993  |
| <b>Côte d'Ivoire</b>             | June 30, 1965 | Feb. 16, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Croatia</b>                   | June 16, 1997 | Sep. 22, 1998 | Oct. 22, 1998 |
| <b>Cyprus</b>                    | Mar. 9, 1966  | Nov. 25, 1966 | Dec. 25, 1966 |
| <b>Czech Republic</b>            | Mar. 23, 1993 | Mar. 23, 1993 | Apr. 22, 1993 |
| Dominican Republic               | Mar. 20, 2000 |               |               |
| <b>Denmark</b>                   | Oct. 11, 1965 | Apr. 24, 1968 | May 24, 1968  |
| <b>Ecuador</b>                   | Jan. 15, 1986 | Jan. 15, 1986 | Feb. 14, 1986 |
| <b>Egypt, Arab Rep. of</b>       | Feb. 11, 1972 | May 3, 1972   | June 2, 1972  |
| <b>El Salvador</b>               | June 9, 1982  | Mar. 6, 1984  | Apr. 5, 1984  |
| <b>Estonia</b>                   | June 23, 1992 | June 23, 1992 | Jul. 23, 1992 |
| Ethiopia                         | Sep. 21, 1965 |               |               |
| <b>Fiji</b>                      | July 1, 1977  | Aug. 11, 1977 | Sep. 10, 1977 |
| <b>Finland</b>                   | July 14, 1967 | Jan. 9, 1969  | Feb. 8, 1969  |
| <b>France</b>                    | Dec. 22, 1965 | Aug. 21, 1967 | Sep. 20, 1967 |
| <b>Gabon</b>                     | Sep. 21, 1965 | Apr. 4, 1966  | Oct. 14, 1966 |
| <b>Gambia, The</b>               | Oct. 1, 1974  | Dec. 27, 1974 | Jan. 26, 1975 |
| <b>Georgia</b>                   | Aug. 7, 1992  | Aug. 7, 1992  | Sep. 6, 1992  |
| <b>Germany</b>                   | Jan. 27, 1966 | Apr. 18, 1969 | May 18, 1969  |
| <b>Ghana</b>                     | Nov. 26, 1965 | July 13, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Greece</b>                    | Mar. 16, 1966 | Apr. 21, 1969 | May 21, 1969  |
| <b>Grenada</b>                   | May 24, 1991  | May 24, 1991  | June 23, 1991 |
| Guatemala                        | Nov. 9, 1995  |               |               |
| <b>Guinea</b>                    | Aug. 27, 1968 | Nov. 4, 1968  | Dec. 4, 1968  |
| Guinea-Bissau                    | Sep. 4, 1991  |               |               |
| <b>Guyana</b>                    | July 3, 1969  | July 11, 1969 | Aug. 10, 1969 |
| Haiti                            | Jan. 30, 1985 |               |               |

|   |               |               |               |
|---|---------------|---------------|---------------|
| <b>Honduras</b>                           | May 28, 1986  | Feb. 14, 1989 | Mar. 16, 1989 |
| <b>Hungary</b>                            | Oct. 1, 1986  | Feb. 4, 1987  | Mar. 6, 1987  |
| <b>Iceland</b>                            | July 25, 1966 | July 25, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Indonesia</b>                          | Feb. 16, 1968 | Sep. 28, 1968 | Oct. 28, 1968 |
| <b>Ireland</b>                            | Aug. 30, 1966 | Apr. 7, 1981  | May 7, 1981   |
| <b>Israel</b>                             | June 16, 1980 | June 22, 1983 | July 22, 1983 |
| <b>Italy</b>                              | Nov. 18, 1965 | Mar. 29, 1971 | Apr. 28, 1971 |
| <b>Jamaica</b>                            | June 23, 1965 | Sep. 9, 1966  | Oct. 14, 1966 |
| <b>Japan</b>                              | Sep. 23, 1965 | Aug. 17, 1967 | Sep. 16, 1967 |
| <b>Jordan</b>                             | July 14, 1972 | Oct. 30, 1972 | Nov. 29, 1972 |
| <b>Kazakhstan</b>                         | July 23, 1992 | Sep. 21, 2000 | Oct. 21, 2000 |
| <b>Kenya</b>                              | May 24, 1966  | Jan. 3, 1967  | Feb. 2, 1967  |
| <b>Kyrgyz, Rep. of</b>                    | June 9, 1995  |               |               |
| <b>Korea, Rep. of</b>                     | Apr. 18, 1966 | Feb. 21, 1967 | Mar. 23, 1967 |
| <b>Kuwait</b>                             | Feb. 9, 1978  | Feb. 2, 1979  | Mar. 4, 1979  |
| <b>Latvia</b>                             | Aug. 8, 1997  | Aug. 8, 1997  | Sep. 7, 1997  |
| <b>Lesotho</b>                            | Sep. 19, 1968 | July 8, 1969  | Aug. 7, 1969  |
| <b>Liberia</b>                            | Sep. 3, 1965  | June 16, 1970 | July 16, 1970 |
| <b>Lithuania</b>                          | July 6, 1992  | July 6, 1992  | Aug. 5, 1992  |
| <b>Luxembourg</b>                         | Sep. 28, 1965 | July 30, 1970 | Aug. 29, 1970 |
| <b>Macedonia, former Yugoslav Rep. of</b> | Sep. 16, 1998 | Oct. 27, 1998 | Nov. 26, 1998 |
| <b>Madagascar</b>                         | June 1, 1966  | Sep. 6, 1966  | Oct. 14, 1966 |
| <b>Malawi</b>                             | June 9, 1966  | Aug. 23, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Malaysia</b>                           | Oct. 22, 1965 | Aug. 8, 1966  | Oct. 14, 1966 |
| <b>Mali</b>                               | Apr. 9, 1976  | Jan. 3, 1978  | Feb. 2, 1978  |
| <b>Mauritania</b>                         | July 30, 1965 | Jan. 11, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Mauritius</b>                          | June 2, 1969  | June 2, 1969  | July 2, 1969  |
| <b>Micronesia</b>                         | June 24, 1993 | June 24, 1993 | July 24, 1993 |
| <b>Moldova</b>                            | Aug. 12, 1992 |               |               |
| <b>Mongolia</b>                           | June 14, 1991 | June 14, 1991 | July 14, 1991 |
| <b>Morocco</b>                            | Oct. 11, 1965 | May 11, 1967  | June 10, 1967 |
| <b>Mozambique</b>                         | Apr. 4, 1995  | June 7, 1995  | July 7, 1995  |
| <b>Namibia</b>                            | Oct. 26, 1998 |               |               |
| <b>Nepal</b>                              | Sep. 28, 1965 | Jan. 7, 1969  | Feb. 6, 1969  |
| <b>Netherlands</b>                        | May 25, 1966  | Sep. 14, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>New Zealand</b>                        | Sep. 2, 1970  | Apr. 2, 1980  | May 2, 1980   |
| <b>Nicaragua</b>                          | Feb. 4, 1994  | Mar. 20, 1995 | Apr. 19, 1995 |
| <b>Niger</b>                              | Aug. 23, 1965 | Nov. 14, 1966 | Dec. 14, 1966 |
| <b>Nigeria</b>                            | July 13, 1965 | Aug. 23, 1965 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Norway</b>                             | June 24, 1966 | Aug. 16, 1967 | Sep. 15, 1967 |
| <b>Oman</b>                               | May 5, 1995   | July 24, 1995 | Aug. 23, 1995 |



|   |               |               |               |
|---|---------------|---------------|---------------|
| <b>United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland</b> | May 26, 1965  | Dec. 19, 1966 | Jan. 18, 1967 |
| <b>United States of America</b>                             | Aug. 27, 1965 | June 10, 1966 | Oct. 14, 1966 |
| <b>Uruguay</b>  | May 28, 1992  | Aug. 9, 2000  | Sep. 8, 2000  |
| <b>Uzbekistan</b>   | Mar. 17, 1994 | July 26, 1995 | Aug. 25, 1995 |
| <b>Venezuela</b>  | Aug. 18, 1993 | May 2, 1995   | June 1, 1995  |
| <b>Yemen, Republic of</b>                                   | Oct. 28, 1997 |               |               |
| <b>Zambia</b>   | June 17, 1970 | June 17, 1970 | July 17, 1970 |
| <b>Zimbabwe</b>   | Mar. 25, 1991 | May 20, 1994  | June 19, 1994 |

<sup>1</sup>In addition, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia signed the Convention on March 21, 1967 and deposited its instrument of ratification on the same date.

[About ICSID](#) | [ICSID Basic Documents](#) | [Additional Facility](#) | [ICSID Publications](#)  
[List of Contracting States](#) | [ICSID Cases](#) | [Bilateral Investment Treaties](#)  
[News from ICSID](#) | [ICSID Home](#)



(C) 1999 International Centre for Settlement of Investment Disputes, All Rights Reserved



สถาบันวิทยบริการ  
 จฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

|                              |               |               |                |
|------------------------------|---------------|---------------|----------------|
| <b>Pakistan</b>              | July 6, 1965  | Sep. 15, 1966 | Oct. 15, 1966  |
| <b>Panama</b>                | Nov. 22, 1995 | Apr. 8, 1996  | May 8, 1996    |
| <b>Papua New Guinea</b>      | Oct. 20, 1978 | Oct. 20, 1978 | Nov. 19, 1978  |
| <b>Paraguay</b>              | July 27, 1981 | Jan. 7, 1983  | Feb. 6, 1983   |
| <b>Peru</b>                  | Sep. 4, 1991  | Aug. 9, 1993  | Sep. 8, 1993   |
| <b>Philippines</b>           | Sep. 26, 1978 | Nov. 17, 1978 | Dec. 17, 1978  |
| <b>Portugal</b>              | Aug. 4, 1983  | July 2, 1984  | Aug. 1, 1984   |
| <b>Romania</b>               | Sep. 6, 1974  | Sep. 12, 1975 | Oct. 12, 1975  |
| Russian Federation           | June 16, 1992 |               |                |
| <b>Rwanda</b>                | Apr. 21, 1978 | Oct. 15, 1979 | Nov. 14, 1979  |
| <b>Samoa</b>                 | Feb. 3, 1978  | Apr. 25, 1978 | May 25, 1978   |
| Sao Tome and Principe        | Oct. 1, 1999  |               |                |
| <b>Saudi Arabia</b>          | Sep. 28, 1979 | May 8, 1980   | June 7, 1980   |
| <b>Senegal</b>               | Sep. 26, 1966 | Apr. 21, 1967 | May 21, 1967   |
| <b>Seychelles</b>            | Feb. 16, 1978 | Mar. 20, 1978 | Apr. 19, 1978  |
| <b>Sierra Leone</b>          | Sep. 27, 1965 | Aug. 2, 1966  | Oct. 14, 1966  |
| <b>Singapore</b>             | Feb. 2, 1968  | Oct. 14, 1968 | Nov. 13, 1968  |
| <b>Slovak Republic</b>       | Sep. 27, 1993 | May 27, 1994  | June 26, 1994  |
| <b>Slovenia</b>              | Mar. 7, 1994  | Mar. 7, 1994  | Apr. 6, 1994   |
| <b>Solomon Islands</b>       | Nov. 12, 1979 | Sep. 8, 1981  | Oct. 8, 1981   |
| <b>Somalia</b>               | Sep. 27, 1965 | Feb. 29, 1968 | Mar. 30, 1968  |
| <b>Spain</b>                 | Mar. 21, 1994 | Aug. 18, 1994 | Sept. 17, 1994 |
| <b>Sri Lanka</b>             | Aug. 30, 1967 | Oct. 12, 1967 | Nov. 11, 1967  |
| <b>St. Kitts &amp; Nevis</b> | Oct. 14, 1994 | Aug. 4, 1995  | Sep. 3, 1995   |
| <b>St. Lucia</b>             | June 4, 1984  | June 4, 1984  | July 4, 1984   |
| <b>Sudan</b>                 | Mar. 15, 1967 | Apr. 9, 1973  | May 9, 1973    |
| <b>Swaziland</b>             | Nov. 3, 1970  | June 14, 1971 | July 14, 1971  |
| <b>Sweden</b>                | Sep. 25, 1965 | Dec. 29, 1966 | Jan. 28, 1967  |
| <b>Switzerland</b>           | Sep. 22, 1967 | May 15, 1968  | June 14, 1968  |
| <b>Tanzania</b>              | Jan. 10, 1992 | May 18, 1992  | June 17, 1992  |
| Thailand                     | Dec. 6, 1985  |               |                |
| <b>Togo</b>                  | Jan. 24, 1966 | Aug. 11, 1967 | Sep. 10, 1967  |
| <b>Tonga</b>                 | May 1, 1989   | Mar. 21, 1990 | Apr. 20, 1990  |
| <b>Trinidad and Tobago</b>   | Oct. 5, 1966  | Jan. 3, 1967  | Feb. 2, 1967   |
| <b>Tunisia</b>               | May 5, 1965   | June 22, 1966 | Oct. 14, 1966  |
| <b>Turkey</b>                | June 24, 1987 | Mar. 3, 1989  | Apr. 2, 1989   |
| <b>Turkmenistan</b>          | Sep. 26, 1992 | Sep. 26, 1992 | Oct. 26, 1992  |
| <b>Uganda</b>                | June 7, 1966  | June 7, 1966  | Oct. 14, 1966  |
| <b>Ukraine</b>               | Apr. 3, 1998  | June 7, 2000  | July 7, 2000   |
| <b>United Arab Emirates</b>  | Dec. 23, 1981 | Dec. 23, 1981 | Jan. 22, 1982  |



# International Court of Arbitration

## *Rules of Arbitration*

*in force as from 1 January 1998*

สถาบันวิทยบริการ  
ศาลงกรณ์มหาวิทาลัย

# Rules of Arbitration

*in force as from 1 January 1998*

Printed in : November 1997, May 1998, March 1999

**International Chamber of Commerce**

38, Cours Albert 1er

75008 Paris - France

Tel: +33 1 49 53 28 28

Telefax: +33 1 49 53 29 33

Copyright © 1997

**International Chamber of Commerce**

All rights reserved.

**ICC Publication N° 581**

ISBN 92.842.1239.1



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## TABLE OF CONTENTS

|  |          |
|--|----------|
| <b>Foreword</b>  | <b>5</b> |
| <b>Standard ICC Arbitration Clause</b>                               | <b>6</b> |
| <b>Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce</b> | <b>8</b> |
| <i>Introductory Provisions</i>                                       |          |
| Article 1 International Court of Arbitration                         | 8        |
| Article 2 Definitions  | 8        |
| Article 3 Written Notifications or Communications; Time Limits       | 8        |
| <i>Commencing the Arbitration</i>                                    |          |
| Article 4 Request for Arbitration                                    | 9        |
| Article 5 Answer to the Request; Counterclaims                       | 10       |
| Article 6 Effect of the Arbitration Agreement                        | 10       |
| <i>The Arbitral Tribunal</i>   |          |
| Article 7 General Provisions   | 11       |
| Article 8 Number of Arbitrators                                      | 11       |
| Article 9 Appointment and Confirmation of the Arbitrators            | 12       |
| Article 10 Multiple Parties  | 13       |
| Article 11 Challenge of Arbitrators                                  | 13       |
| Article 12 Replacement of Arbitrators                                | 13       |
| <i>The Arbitral Proceedings</i>                                      |          |
| Article 13 Transmission of the File to the Arbitral Tribunal         | 14       |
| Article 14 Place of the Arbitration                                  | 14       |
| Article 15 Rules Governing the Proceedings                           | 14       |
| Article 16 Language of the Arbitration                               | 14       |
| Article 17 Applicable Rules of Law                                   | 15       |
| Article 18 Terms of Reference; Procedural Timetable                  | 15       |
| Article 19 New Claims  | 16       |
| Article 20 Establishing the Facts of the Case                        | 16       |
| Article 21 Hearings  | 16       |
| Article 22 Closing of the Proceedings                                | 17       |
| Article 23 Conservatory and Interim Measures                         | 17       |
| <i>Awards</i>  |          |
| Article 24 Time Limit for the Award                                  | 17       |
| Article 25 Making of the Award                                       | 17       |
| Article 26 Award by Consent  | 18       |

|  |   |           |
|--|---|-----------|
| Article 27   | Scrutiny of the Award by the Court  | 18        |
| Article 28   | Notification, Deposit and Enforceability of the Award                                 | 18        |
| Article 29   | Correction and Interpretation of the Award  | 18        |
|  | <i>Costs</i>  |           |
| Article 30   | Advance to Cover the Costs of the Arbitration   | 19        |
| Article 31   | Decision as to the Costs of the Arbitration   | 19        |
|  | <i>Miscellaneous</i>  |           |
| Article 32   | Modified Time Limits  | 20        |
| Article 33   | Waiver  | 20        |
| Article 34   | Exclusion of Liability  | 20        |
| Article 35   | General Rule  | 20        |
| <b>Appendix I</b>  |   |           |
| <b>Statutes of the International Court of Arbitration of the ICC</b>       |   | <b>21</b> |
| Article 1  | Function  | 21        |
| Article 2  | Composition of the Court  | 21        |
| Article 3  | Appointment   | 21        |
| Article 4  | Plenary Session of the Court  | 21        |
| Article 5  | Committees  | 21        |
| Article 6  | Confidentiality   | 22        |
| Article 7  | Modification of the Rules of Arbitration  | 22        |
| <b>Appendix II</b>   |   |           |
| <b>Internal Rules of the International Court of Arbitration of the ICC</b> |   | <b>23</b> |
| Article 1  | Confidential Character of the Work of the International Court of Arbitration          | 23        |
| Article 2  | Participation of Members of the International Court of Arbitration in ICC Arbitration | 23        |
| Article 3  | Relations between the Members of the Court and the ICC National Committees            | 24        |
| Article 4  | Committee of the Court  | 24        |
| Article 5  | Court Secretariat   | 24        |
| Article 6  | Scrutiny of Arbitral Awards   | 25        |
| <b>Appendix III</b>  |   |           |
| <b>Arbitration Costs and Fees</b>  |   | <b>26</b> |
| Article 1  | Advance on Costs  | 26        |
| Article 2  | Costs and Fees  | 27        |
| Article 3  | Appointment of Arbitrators  | 28        |
| Article 4  | Scales of Administrative Expenses and of Arbitrator's Fees                            | 28        |

## FOREWORD

During the last quarter of the twentieth century, international commercial arbitration has gained worldwide acceptance as the normal means of resolving international commercial disputes. National laws on arbitration have been modernized on all continents. International treaties on arbitration have been signed or adhered to with impressive success. Arbitration has become part of the curriculum of large numbers of law schools. With the gradual removal of political and trade barriers and the rapid globalization of the world economy, new challenges have been created for arbitration institutions in response to the growing demand of parties for certainty and predictability, greater rapidity and flexibility as well as neutrality and efficacy in the resolution of international disputes. There has been a substantial increase not only in the number of cases, their complexity, the amounts in dispute and the diversity of the parties, but also in the demands made on the process by the parties.

Since the International Court of Arbitration was established in 1923, ICC arbitration has been constantly nourished by the experience gathered by the ICC International Court of Arbitration in the course of administering some ten thousand international arbitration cases, now involving each year parties and arbitrators from over 100 countries and from a diversity of legal, economic, cultural and linguistic backgrounds.

The present ICC Rules of Arbitration, in effect as of 1 January 1998, constitute the first major revision of the Rules in more than 20 years, following an intensive, worldwide consultation process. The changes made are designed to reduce delays and ambiguities and to fill certain gaps, taking into account the evolution of arbitration practice. The basic features of the ICC arbitration system have not been altered, however, notably its universality and flexibility, as well as the central role played by the ICC Court in the administration of arbitral cases.

Every ICC arbitration is conducted by an arbitral tribunal with responsibility for examining the merits of the case and rendering a final award. Each year, ICC arbitrations are held in some 40 countries, in several languages and with arbitrators of some 60 different nationalities. The work of those arbitral tribunals is monitored by the ICC Court, which meets at least three (and often four) times a month all year round. Currently composed of some 65 members from over 55 countries, the Court organizes and supervises arbitrations held under the ICC Rules of Arbitration. The Court must remain constantly alert to changes in the law and the practice of arbitration in all parts of the world and must adapt its working methods to the evolving needs of parties and arbitrators. For the day-to-day management of cases in several languages, the ICC Court is supported by a Secretariat based at the headquarters of the International Chamber of Commerce, in Paris.

Although the ICC Rules of Arbitration have been especially designed for arbitrations in an international context, they may also be used for non-international cases.

The first prints of the 1998 ICC Rules (November 1997 & May 1998) contained certain typographical errors which have been corrected here. Also, one correction was brought to Article 8(4) which resolves a discrepancy between the French and English versions (which are both official). The words "by the Court" at the end of the first sentence of Article 8(4) have been deleted in view of the fact that arbitrators may also be confirmed by the Secretary General under Article 9(2). The same correction was brought to Article 2(2) of Appendix II.

## STANDARD ICC ARBITRATION CLAUSE

The ICC recommends that all parties wishing to make reference to ICC arbitration in their contracts use the following standard clause.

Parties are reminded that it may be desirable for them to stipulate in the arbitration clause itself the law governing the contract, the number of arbitrators and the place and language of the arbitration. The parties' free choice of the law governing the contract and of the place and language of the arbitration is not limited by the ICC Rules of Arbitration.

Attention is called to the fact that the laws of certain countries require that parties to contracts expressly accept arbitration clauses, sometimes in a precise and particular manner.

### English

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."

### French

"Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement."

### Arabic

جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حلها نهائياً وفقاً لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام.

### Bulgarian

"Всячки спорове, които произтичат от този договор или имат връзка с него ще бъдат разрешени окончателно, съобразно Правилника за арбитраж на Международната търговска камара от един или повече арбитра, според този Правилник."

### Chinese

所有产生于或与本合同有关的争议均应按照国际商会仲裁规则由依该规则指定的一名或数名仲裁员终审解决。

### Dutch

"Alle geschillen, die uit of met betrekking tot deze overeenkomst mochten ontstaan, zullen definitief worden beslecht overeenkomstig het Arbitragereglement van de ICC door één of meerdere arbiters benoemd overeenkomstig dit Reglement."

### German

"Alle aus oder in Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Vertrag sich ergebenden Streitigkeiten werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden."

### Greek

"Όλες οι διαφορές που προκύπτουν από την παρούσα σύμβαση ή έχουν σχέση με αυτήν θα επαλύονται οριστικά βάσει του Κανονισμού Διαιτησίας του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου από έναν ή περισσότερους διαιτητές που θα ορίζονται συμπράτως προς αυτόν τον Κανονισμό."

### Hungarian

"A jelen szerződésből eredő vagy azzal összefüggésben keletkező minden vitát a Nemzetközi Kereskedelmi Kamara Választottbíróági Szabályzatának megfelelően kell véglegesen rendezni az említett szabályzat szerint kijelölt egy vagy több választottbíró útján."

### Italian

"Tutte le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione con lo stesso saranno risolte in via definitiva secondo il Regolamento d'arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, da uno o più arbitri nominati in conformità di detto Regolamento."



**Japanese**

---

この契約から又はそれに関連して生じるすべての紛争は、国際商業会議所の仲裁規則のもとで、同規則に従って選定される一人又は複数の仲裁人により、終局的に解決されるものとする。

**Polish**

---

"Wszelkie spory wynikające z niniejszego kontraktu lub w związku z nim będą rozstrzygane ostatecznie stosownie do regulaminu arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej przez jednego lub więcej arbitrów wyznaczonych zgodnie z tym regulaminem."

**Russian**

---

"Любые споры, возникающие из настоящего контракта или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным Регламентом Международной Торговой Палаты, одним или несколькими арбитрами, назначенными в соответствии с этим Регламентом".

**Spanish**

---

"Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno ó más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."

**Turkish**

---

"İşbu sözleşmeden doğacak veya bu sözleşmeyle ilgili bütün anlaşmazlıklar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uygulanarak, bu kurallar dairesinde tayin edilen bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır."

**Vietnamese**

---

"Mọi tranh chấp phát sinh từ hợp đồng này hoặc có liên quan đến nó sẽ được giải quyết dứt điểm theo Quy tắc trọng tài của Phòng Thương mại Quốc tế bởi một hoặc nhiều trọng tài viên được chỉ định theo đúng Quy tắc này."

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3

A notification or communication shall be deemed to have been made on the day it was received by the party itself or by its representative, or would have been received if made in accordance with the preceding paragraph.

4

Periods of time specified in, or fixed under the present Rules, shall start to run on the day following the date a notification or communication is deemed to have been made in accordance with the preceding paragraph. When the day next following such date is an official holiday, or a non-business day in the country where the notification or communication is deemed to have been made, the period of time shall commence on the first following business day. Official holidays and non-business days are included in the calculation of the period of time. If the last day of the relevant period of time granted is an official holiday or a non-business day in the country where the notification or communication is deemed to have been made, the period of time shall expire at the end of the first following business day.

## COMMENCING THE ARBITRATION

### Article 4

#### Request for Arbitration

---

1

A party wishing to have recourse to arbitration under these Rules shall submit its Request for Arbitration (the "Request") to the Secretariat, which shall notify the Claimant and Respondent of the receipt of the Request and the date of such receipt.

2

The date on which the Request is received by the Secretariat shall, for all purposes, be deemed to be the date of the commencement of the arbitral proceedings.

3

The Request shall, inter alia, contain the following information:

- a) the name in full, description and address of each of the parties;
- b) a description of the nature and circumstances of the dispute giving rise to the claims;
- c) a statement of the relief sought, including, to the extent possible, an indication of any amount(s) claimed;
- d) the relevant agreements and, in particular, the arbitration agreement;
- e) all relevant particulars concerning the number of arbitrators and their choice in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 10, and any nomination of an arbitrator required thereby; and
- f) any comments as to the place of arbitration, the applicable rules of law and the language of the arbitration.

4

Together with the Request, the Claimant shall submit the number of copies thereof required by Article 3(1) and shall make the advance payment on administrative expenses required by Appendix III ("Arbitration Costs and Fees") in force on the date the Request is submitted. In the event that the Claimant fails to comply with either of these requirements, the Secretariat may fix a time limit within which the Claimant must comply, failing which the file shall be closed without prejudice to the right of the Claimant to submit the same claims at a later date in another Request.

5

The Secretariat shall send a copy of the Request and the documents annexed thereto to the Respondent for its Answer to the Request once the Secretariat has sufficient copies of the Request and the required advance payment.

6

When a party submits a Request in connection with a legal relationship in respect of which arbitration proceedings between the same parties are already pending under these Rules, the Court may, at the request of a party, decide to include the claims contained in the Request in the pending proceedings provided that the Terms of Reference have not been signed or approved by the Court. Once the Terms of Reference have been signed or approved by the Court, claims may only be included in the pending proceedings subject to the provisions of Article 19.

## **Article 5**

### **Answer to the Request; Counterclaims**

---

1

Within 30 days from the receipt of the Request from the Secretariat, the Respondent shall file an Answer (the "Answer") which shall, inter alia, contain the following information:

- a) its name in full, description and address;
- b) its comments as to the nature and circumstances of the dispute giving rise to the claim(s);
- c) its response to the relief sought;
- d) any comments concerning the number of arbitrators and their choice in light of the Claimant's proposals and in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 10, and any nomination of an arbitrator required thereby; and
- e) any comments as to the place of arbitration, the applicable rules of law and the language of the arbitration.

2

The Secretariat may grant the Respondent an extension of the time for filing the Answer, provided the application for such an extension contains the Respondent's comments concerning the number of arbitrators and their choice, and, where required by Articles 8, 9 and 10, the nomination of an arbitrator. If the Respondent fails to do so, the Court shall proceed in accordance with these Rules.

3

The Answer shall be supplied to the Secretariat in the number of copies specified by Article 3(1).

4

A copy of the Answer and the documents annexed thereto shall be communicated by the Secretariat to the Claimant.

5

Any counterclaim(s) made by the Respondent shall be filed with its Answer and shall provide:

- a) a description of the nature and circumstances of the dispute giving rise to the counterclaim(s); and
- b) a statement of the relief sought, including, to the extent possible, an indication of any amount(s) counterclaimed.

6

The Claimant shall file a Reply to any counterclaim within 30 days from the date of receipt of the counterclaim(s) communicated by the Secretariat. The Secretariat may grant the Claimant an extension of time for filing the Reply.

## **Article 6**

### **Effect of the Arbitration Agreement**

---

1

Where the parties have agreed to submit to arbitration under the Rules, they shall be deemed to have submitted ipso facto to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration proceedings unless they have agreed to submit to the Rules in effect on the date of their arbitration agreement.

2

If the Respondent does not file an Answer, as provided by Article 5, or if any party raises one or more pleas concerning the existence, validity or scope of the arbitration agreement, the Court may decide, without prejudice to the admissibility or merits of the plea or pleas, that the arbitration shall proceed if it is prima facie satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist. In such a case, any decision as to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal shall be taken by the Arbitral Tribunal itself. If the Court is not so satisfied, the parties shall be notified that the arbitration cannot proceed. In such a case, any party retains the right to ask any court having jurisdiction whether or not there is a binding arbitration agreement.

3

If any of the parties refuses or fails to take part in the arbitration or any stage thereof, the arbitration shall proceed notwithstanding such refusal or failure.

4

Unless otherwise agreed, the Arbitral Tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that it is non-existent provided that the Arbitral Tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The Arbitral Tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the respective rights of the parties and to adjudicate their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void.

## THE ARBITRAL TRIBUNAL

### Article 7

#### General Provisions

---

1

Every arbitrator must be and remain independent of the parties involved in the arbitration.

2

Before appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of independence and disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties. The Secretariat shall provide such information to the parties in writing and fix a time limit for any comments from them.

3

An arbitrator shall immediately disclose in writing to the Secretariat and to the parties any facts or circumstances of a similar nature which may arise during the arbitration.

4

The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final and the reasons for such decisions shall not be communicated.

5

By accepting to serve, every arbitrator undertakes to carry out his responsibilities in accordance with these Rules.

6

Insofar as the parties have not provided otherwise, the Arbitral Tribunal shall be constituted in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 10.

### Article 8

#### Number of Arbitrators

---

1

The disputes shall be decided by a sole arbitrator or by three arbitrators.

2

Where the parties have not agreed upon the number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators. In such case, the Claimant shall nominate an arbitrator within a period of 15 days from the receipt of the notification of the decision of the Court, and the Respondent shall nominate an arbitrator within a period of 15 days from the receipt of the notification of the nomination made by the Claimant.

3

Where the parties have agreed that the dispute shall be settled by a sole arbitrator, they may, by agreement, nominate the sole arbitrator for confirmation. If the parties fail to nominate a sole arbitrator within 30 days from the date when the Claimant's Request for Arbitration has been received by the other party, or within such additional time as may be allowed by the Secretariat, the sole arbitrator shall be appointed by the Court.

4

Where the dispute is to be referred to three arbitrators, each party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court. The third arbitrator, who will act as chairman of the Arbitral Tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant to Article 9. Should such procedure not result in a nomination within the time limit fixed by the parties or the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.

## Article 9

### Appointment and Confirmation of the Arbitrators

---

1

In confirming or appointing arbitrators, the Court shall consider the prospective arbitrator's nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties or the other arbitrators are nationals and the prospective arbitrator's availability and ability to conduct the arbitration in accordance with these Rules. The same shall apply where the Secretary General confirms arbitrators pursuant to Article 9(2).

2

The Secretary General may confirm as co-arbitrators, sole arbitrators and chairmen of Arbitral Tribunals persons nominated by the parties or pursuant to their particular agreements, provided they have filed a statement of independence without qualification or a qualified statement of independence has not given rise to objections. Such confirmation shall be reported to the Court at its next session. If the Secretary General considers that a co-arbitrator, sole arbitrator or chairman of an Arbitral Tribunal should not be confirmed, the matter shall be submitted to the Court.

3

Where the Court is to appoint a sole arbitrator or the chairman of an Arbitral Tribunal, it shall make the appointment upon a proposal of a National Committee of the ICC that it considers to be appropriate. If the Court does not accept the proposal made, or if the National Committee fails to make the proposal requested within the time limit fixed by the Court, the Court may repeat its request or may request a proposal from another National Committee that it considers to be appropriate.

4

Where the Court considers that the circumstances so demand, it may choose the sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal from a country where there is no National Committee, provided that neither of the parties objects within the time limit fixed by the Court.

5

The sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal shall be of a nationality other than those of the parties. However, in suitable circumstances and provided that neither of the parties objects within the time limit fixed by the Court, the sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal may be chosen from a country of which any of the parties is a national.

6

Where the Court is to appoint an arbitrator on behalf of a party which has failed to nominate one, it shall make the appointment upon a proposal of the National Committee of the country of which that party is a national. If the Court does not accept the proposal made, or if the National Committee fails to make the proposal requested within the time limit fixed by the Court, or if the country of which the said party is a national has no National Committee, the Court shall be at liberty to choose any person whom it regards as suitable. The Secretariat shall inform the National Committee, if one exists, of the country of which such person is a national.

#### **Article 10** **Multiple Parties**

---

1

Where there are multiple parties, whether as Claimant or as Respondent, and where the dispute is to be referred to three arbitrators, the multiple Claimants, jointly, and the multiple Respondents, jointly, shall nominate an arbitrator for confirmation pursuant to Article 9.

2

In the absence of such a joint nomination and where all parties are unable to agree to a method for the constitution of the Arbitral Tribunal, the Court may appoint each member of the Arbitral Tribunal and shall designate one of them to act as chairman. In such case, the Court shall be at liberty to choose any person it regards as suitable to act as arbitrator, applying Article 9 when it considers this appropriate.

#### **Article 11** **Challenge of Arbitrators**

---

1

A challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of independence or otherwise, shall be made by the submission to the Secretariat of a written statement specifying the facts and circumstances on which the challenge is based.

2

For a challenge to be admissible, it must be sent by a party either within 30 days from receipt by that party of the notification of the appointment or confirmation of the arbitrator, or within 30 days from the date when the party making the challenge was informed of the facts and circumstances on which the challenge is based if such date is subsequent to the receipt of such notification.

3

The Court shall decide on the admissibility, and, at the same time, if necessary, on the merits of a challenge after the Secretariat has afforded an opportunity for the arbitrator concerned, the other party or parties and any other members of the Arbitral Tribunal, to comment in writing within a suitable period of time. Such comments shall be communicated to the parties and to the arbitrators.

#### **Article 12** **Replacement of Arbitrators**

---

1

An arbitrator shall be replaced upon his death, upon the acceptance by the Court of the arbitrator's resignation, upon acceptance by the Court of a challenge or upon the request of all the parties.

2

An arbitrator shall also be replaced on the Court's own initiative when it decides that he is prevented de jure or de facto from fulfilling his functions, or that he is not fulfilling his functions in accordance with the Rules or within the prescribed time limits.

3

When, on the basis of information that has come to its attention, the Court considers applying Article 12(2), it shall decide on the matter after the arbitrator concerned, the parties and any other members of the Arbitral Tribunal have had an opportunity to comment in writing within a suitable period of time. Such comments shall be communicated to the parties and to the arbitrators.

4

When an arbitrator is to be replaced, the Court has discretion to decide whether or not to follow the original nominating process. Once reconstituted, and after having invited the parties to comment, the Arbitral Tribunal shall determine if and to what extent prior proceedings shall be repeated before the reconstituted Arbitral Tribunal.

5

Subsequent to the closing of the proceedings, instead of replacing an arbitrator who has died or been removed by the Court pursuant to Articles 12(1) and 12(2), the Court may decide, when it considers it appropriate, that the remaining arbitrators shall continue the arbitration. In making such determination, the Court shall take into account the views of the remaining arbitrators and of the parties and such other matters that it considers appropriate in the circumstances.

## THE ARBITRAL PROCEEDINGS

### Article 13

#### Transmission of the File to the Arbitral Tribunal

---

The Secretariat shall transmit the file to the Arbitral Tribunal as soon as it has been constituted, provided the advance on costs requested by the Secretariat at this stage has been paid.

### Article 14

#### Place of the Arbitration

---

1

The place of the arbitration shall be fixed by the Court unless agreed upon by the parties.

2

The Arbitral Tribunal may, after consultation with the parties, conduct hearings and meetings at any location it considers appropriate unless otherwise agreed by the parties.

3

The Arbitral Tribunal may deliberate at any location it considers appropriate.

### Article 15

#### Rules Governing the Proceedings

---

1

The proceedings before the Arbitral Tribunal shall be governed by these Rules, and, where these Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the Arbitral Tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration.

2

In all cases, the Arbitral Tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.

### Article 16

#### Language of the Arbitration

---

In the absence of an agreement by the parties, the Arbitral Tribunal shall determine the language or languages of the arbitration, due regard being given to all relevant circumstances, including the language of the contract.

**Article 17****Applicable Rules of Law**

---

1

The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

2

In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.

3

The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.

**Article 18****Terms of Reference; Procedural Timetable**

---

1

As soon as it has received the file from the Secretariat, the Arbitral Tribunal shall draw up, on the basis of documents or in the presence of the parties and in the light of their most recent submissions, a document defining its Terms of Reference. This document shall include the following particulars:

- a) the full names and descriptions of the parties;
- b) the addresses of the parties to which notifications and communications arising in the course of the arbitration may be made;
- c) a summary of the parties' respective claims and of the relief sought by each party, with an indication to the extent possible of the amounts claimed or counterclaimed;
- d) unless the Arbitral Tribunal considers it inappropriate, a list of issues to be determined;
- e) the full names, descriptions and addresses of the arbitrators;
- f) the place of the arbitration; and
- g) particulars of the applicable procedural rules and, if such is the case, reference to the power conferred upon the Arbitral Tribunal to act as amiable compositeur or to decide ex aequo et bono.

2

The Terms of Reference shall be signed by the parties and the Arbitral Tribunal. Within two months of the date on which the file has been transmitted to it, the Arbitral Tribunal shall transmit to the Court the Terms of Reference signed by it and by the parties. The Court may extend this time limit pursuant to a reasoned request from the Arbitral Tribunal or on its own initiative if it decides it is necessary to do so.

3

If any of the parties refuses to take part in the drawing up of the Terms of Reference or to sign the same, they shall be submitted to the Court for approval. When the Terms of Reference are signed in accordance with Article 18(2) or approved by the Court, the arbitration shall proceed.

4

When drawing up the Terms of Reference, or as soon as possible thereafter, the Arbitral Tribunal, after having consulted the parties, shall establish in a separate document a provisional timetable that it intends to follow for the conduct of the arbitration and shall communicate it to the Court and the parties. Any subsequent modifications of the provisional timetable shall be communicated to the Court and the parties.



**Article 19**  
**New Claims**

---

After the Terms of Reference have been signed or approved by the Court, no party shall make new claims or counterclaims which fall outside the limits of the Terms of Reference unless it has been authorized to do so by the Arbitral Tribunal, which shall consider the nature of such new claims or counterclaims, the stage of the arbitration and other relevant circumstances.

**Article 20**  
**Establishing the Facts of the Case**

---

1

The Arbitral Tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.

2

After studying the written submissions of the parties and all documents relied upon, the Arbitral Tribunal shall hear the parties together in person if any of them so requests or, failing such a request, it may of its own motion decide to hear them.

3

The Arbitral Tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties, or in their absence provided they have been duly summoned.

4

The Arbitral Tribunal, after having consulted the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert appointed by the Tribunal.

5

At any time during the proceedings, the Arbitral Tribunal may summon any party to provide additional evidence.

6

The Arbitral Tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing.

7

The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

**Article 21**  
**Hearings**

---

1

When a hearing is to be held, the Arbitral Tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and at the place fixed by it.

2

If any of the parties, although duly summoned, fails to appear without valid excuse, the Arbitral Tribunal shall have the power to proceed with the hearing.

3

The Arbitral Tribunal shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the Arbitral Tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted.

4

The parties may appear in person or through duly authorized representatives. In addition, they may be assisted by advisers.

**Article 22****Closing of the Proceedings**

---

1

When it is satisfied that the parties have had a reasonable opportunity to present their cases, the Arbitral Tribunal shall declare the proceedings closed. Thereafter, no further submission or argument may be made, or evidence produced, unless requested or authorized by the Arbitral Tribunal.

2

When the Arbitral Tribunal has declared the proceedings closed, it shall indicate to the Secretariat an approximate date by which the draft Award will be submitted to the Court for approval pursuant to Article 27. Any postponement of that date shall be communicated to the Secretariat by the Arbitral Tribunal.

**Article 23****Conservatory and Interim Measures**

---

1

Unless the parties have otherwise agreed, as soon as the file has been transmitted to it, the Arbitral Tribunal may, at the request of a party, order any interim or conservatory measure it deems appropriate. The Arbitral Tribunal may make the granting of any such measure subject to appropriate security being furnished by the requesting party. Any such measure shall take the form of an order, giving reasons, or of an Award, as the Arbitral Tribunal considers appropriate.

2

Before the file is transmitted to the Arbitral Tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures. The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an Arbitral Tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the Arbitral Tribunal. Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat. The Secretariat shall inform the Arbitral Tribunal thereof.

**AWARDS****Article 24****Time Limit for the Award**

---

1

The time limit within which the Arbitral Tribunal must render its final Award is six months. Such time limit shall start to run from the date of the last signature by the Arbitral Tribunal or of the parties of the Terms of Reference, or, in the case of application of Article 18(3), the date of the notification to the Arbitral Tribunal by the Secretariat of the approval of the Terms of Reference by the Court.

2

The Court may extend this time limit pursuant to a reasoned request from the Arbitral Tribunal or on its own initiative if it decides it is necessary to do so.

**Article 25****Making of the Award**

---

1

When the Arbitral Tribunal is composed of more than one arbitrator, an Award is given by a majority decision. If there be no majority, the Award shall be made by the chairman of the Arbitral Tribunal alone.

2

The Award shall state the reasons upon which it is based.

3

The Award shall be deemed to be made at the place of the arbitration and on the date stated therein.

**Article 26**  
**Award by Consent**

---

If the parties reach a settlement after the file has been transmitted to the Arbitral Tribunal in accordance with Article 13, the settlement shall be recorded in the form of an Award made by consent of the parties if so requested by the parties and if the Arbitral Tribunal agrees to do so.

**Article 27**  
**Scrutiny of the Award by the Court**

---

Before signing any Award, the Arbitral Tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the Award and, without affecting the Arbitral Tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No Award shall be rendered by the Arbitral Tribunal until it has been approved by the Court as to its form.

**Article 28**  
**Notification, Deposit and Enforceability of the Award**

---

1

Once an Award has been made, the Secretariat shall notify to the parties the text signed by the Arbitral Tribunal, provided always that the costs of the arbitration have been fully paid to the ICC by the parties or by one of them.

2

Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, but to no one else.

3

By virtue of the notification made in accordance with Paragraph 1 of this Article, the parties waive any other form of notification or deposit on the part of the Arbitral Tribunal.

4

An original of each Award made in accordance with the present Rules shall be deposited with the Secretariat.

5

The Arbitral Tribunal and the Secretariat shall assist the parties in complying with whatever further formalities may be necessary.

6

Every Award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under these Rules, the parties undertake to carry out any Award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made.

**Article 29**  
**Correction and Interpretation of the Award**

---

1

On its own initiative, the Arbitral Tribunal may correct a clerical, computational or typographical error, or any errors of similar nature contained in an Award, provided such correction is submitted for approval to the Court within 30 days of the date of such Award.

2

Any application of a party for the correction of an error of the kind referred to in Article 29(1), or for the interpretation of an Award, must be made to the Secretariat within 30 days of the receipt of the Award by such party, in a number of copies as stated in Article 3(1). After transmittal of the application to the Arbitral Tribunal, it shall grant the other party a short time limit, normally not exceeding 30 days, from the receipt of the application by that party to submit any comments thereon. If the Arbitral Tribunal decides to correct or interpret the Award, it shall submit its decision in draft form to the Court not later than 30 days following the expiration of the time limit for the receipt of any comments from the other party or within such other period as the Court may decide.

3

The decision to correct or to interpret the Award shall take the form of an addendum and shall constitute part of the Award. The provisions of Articles 25, 27 and 28 shall apply *mutatis mutandis*.

## COSTS

### Article 30

#### Advance to Cover the Costs of the Arbitration

---

1

After receipt of the Request, the Secretary General may request the Claimant to pay a provisional advance in an amount intended to cover the costs of arbitration until the Terms of Reference have been drawn up.

2

As soon as practicable, the Court shall fix the advance on costs in an amount likely to cover the fees and expenses of the arbitrators and the ICC administrative costs for the claims and counterclaims which have been referred to it by the parties. This amount may be subject to readjustment at any time during the arbitration. Where, apart from the claims, counterclaims are submitted, the Court may fix separate advances on costs for the claims and the counterclaims.

3

The advance on costs fixed by the Court shall be payable in equal shares by the Claimant and the Respondent. Any provisional advance paid on the basis of Article 30(1) will be considered as a partial payment thereof. However, any party shall be free to pay the whole of the advance on costs in respect of the principal claim or the counterclaim should the other party fail to pay its share. When the Court has set separate advances on costs in accordance with Article 30(2), each of the parties shall pay the advance on costs corresponding to its claims.

4

When a request for an advance on costs has not been complied with, and after consultation with the Arbitral Tribunal, the Secretary General may direct the Arbitral Tribunal to suspend its work and set a time limit, which must be not less than 15 days, on the expiry of which the relevant claims, or counterclaims, shall be considered as withdrawn. Should the party in question wish to object to this measure it must make a request within the aforementioned period for the matter to be decided by the Court. Such party shall not be prevented on the ground of such withdrawal from reintroducing the same claims or counterclaims at a later date in another proceeding.

5

If one of the parties claims a right to a set-off with regard to either claims or counterclaims, such set-off shall be taken into account in determining the advance to cover the costs of arbitration in the same way as a separate claim insofar as it may require the Arbitral Tribunal to consider additional matters.

### Article 31

#### Decision as to the Costs of the Arbitration

---

1

The costs of the arbitration shall include the fees and expenses of the arbitrators and the ICC administrative expenses fixed by the Court, in accordance with the scale in force at the time of the commencement of the arbitral proceedings, as well as the fees and expenses of any experts appointed by the Arbitral Tribunal and the reasonable legal and other costs incurred by the parties for the arbitration.

2

The Court may fix the fees of the arbitrators at a figure higher or lower than that which would result from the application of the relevant scale should this be deemed necessary due to the exceptional circumstances of the case. Decisions on costs other than those fixed by the Court may be taken by the Arbitral Tribunal at any time during the proceedings.

3

The final Award shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear them or in what proportion they shall be borne by the parties.

## MISCELLANEOUS

### **Article 32** **Modified Time Limits**

---

1

The parties may agree to shorten the various time limits set out in these Rules. Any such agreement entered into subsequent to the constitution of an Arbitral Tribunal shall become effective only upon the approval of the Arbitral Tribunal.

2

The Court, on its own initiative, may extend any time limit which has been modified pursuant to Article 32(1) if it decides that it is necessary to do so in order that the Arbitral Tribunal or the Court may fulfil their responsibilities in accordance with these Rules.

### **Article 33** **Waiver**

---

A party which proceeds with the arbitration without raising its objection to a failure to comply with any provision of these Rules, or of any other rules applicable to the proceedings, any direction given by the Arbitral Tribunal, or any requirement under the arbitration agreement relating to the constitution of the Arbitral Tribunal, or to the conduct of the proceedings, shall be deemed to have waived its right to object.

### **Article 34** **Exclusion of Liability**

---

Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration.

### **Article 35** **General Rule**

---

In all matters not expressly provided for in these Rules, the Court and the Arbitral Tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law.

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**APPENDIX I**  
**STATUTES OF THE INTERNATIONAL**  
**COURT OF ARBITRATION OF THE ICC**

**Article 1**  
**Function**

---

1

The function of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the "Court") is to ensure the application of the Rules of Arbitration and the Rules of Conciliation of the International Chamber of Commerce, and it has all the necessary powers for that purpose.

2

As an autonomous body, it carries out these functions in complete independence from the ICC and its organs.

3

Its members are independent from the ICC National Committees.

**Article 2**  
**Composition of the Court**

---

The Court shall consist of a Chairman, Vice-Chairmen, and members and alternate members (collectively designated as members). In its work it is assisted by its Secretariat (Secretariat of the Court).

**Article 3**  
**Appointment**

---

1

The Chairman is elected by the ICC Council upon recommendation of the Executive Board of the ICC.

2

The ICC Council appoints the Vice-Chairmen of the Court from among the members of the Court or otherwise.

3

Its members are appointed by the ICC Council on the proposal of National Committees, one member for each Committee.

4

On the proposal of the Chairman of the Court, the Council may appoint alternate members.

5

The term of office of all members is three years. If a member is no longer in a position to exercise his functions, his successor is appointed by the Council for the remainder of the term.

**Article 4**  
**Plenary Session of the Court**

---

The Plenary Sessions of the Court are presided over by the Chairman, or, in his absence, by one of the Vice-Chairmen designated by him. The deliberations shall be valid when at least six members are present. Decisions are taken by a majority vote, the Chairman having a casting vote in the event of a tie.

**Article 5**  
**Committees**

---

The Court may set up one or more Committees and establish the functions and organization of such Committees.

**Article 6****Confidentiality**

---

The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to the materials submitted to the Court and its Secretariat.

**Article 7****Modification of the Rules of Arbitration**

---

Any proposal of the Court for a modification of the Rules is laid before the Commission on International Arbitration before submission to the Executive Board and the Council of the ICC for approval.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**APPENDIX II**  
**INTERNAL RULES OF THE INTERNATIONAL**  
**COURT OF ARBITRATION OF THE ICC**

**Article 1**

**Confidential Character of the Work of the International Court of Arbitration**

---

1

The sessions of the Court, whether plenary or those of a Committee of the Court, are open only to its members and to the Secretariat.

2

However, in exceptional circumstances, the Chairman of the Court may invite other persons to attend. Such persons must respect the confidential nature of the work of the Court.

3

The documents submitted to the Court, or drawn up by it in the course of its proceedings, are communicated only to the members of the Court and to the Secretariat and to persons authorized by the Chairman to attend Court sessions.

4

The Chairman or the Secretary General of the Court may authorize researchers undertaking work of a scientific nature on international trade law to acquaint themselves with awards and other documents of general interest, with the exception of memoranda, notes, statements and documents remitted by the parties within the framework of arbitration proceedings.

5

Such authorization shall not be given unless the beneficiary has undertaken to respect the confidential character of the documents made available and to refrain from any publication in their respect without having previously submitted the text for approval to the Secretary General of the Court.

6

The Secretariat will in each case submitted to arbitration under the Rules retain in the archives of the Court all awards, terms of reference, and decisions of the Court as well as copies of the pertinent correspondence of the Secretariat.

7

Any documents, communications or correspondence submitted by the parties or the arbitrators may be destroyed unless a party or an arbitrator requests in writing within a period fixed by the Secretariat the return of such documents. All related costs and expenses for the return of those documents shall be paid by such party or arbitrator.

**Article 2**

**Participation of Members of the International Court of Arbitration in ICC Arbitration**

---

1

The Chairman and the members of the Secretariat of the Court may not act as arbitrators or as counsel in cases submitted to ICC arbitration.

2

The Court shall not appoint Vice-Chairmen or members of the Court as arbitrators. They may, however, be proposed for such duties by one or more of the parties, or, pursuant to any other procedure agreed upon by the parties, subject to confirmation.

3

When the Chairman, a Vice-Chairman or a member of the Court or of the Secretariat is involved in any capacity whatsoever in proceedings pending before the Court, such person must inform the Secretary General of the Court upon becoming aware of such involvement.

4



Such person must refrain from participating in the discussions or in the decisions of the Court concerning the proceedings and must be absent from the courtroom whenever the matter is considered.

5

Such person will not receive any material documentation or information pertaining to such proceedings.

### **Article 3**

#### **Relations between the Members of the Court and the ICC National Committees**

---

1

By virtue of their capacity, the members of the Court are independent of the ICC National Committees which proposed them for appointment by the ICC Council.

2

Furthermore, they must regard as confidential, vis-à-vis the said National Committees, any information concerning individual cases with which they have become acquainted in their capacity as members of the Court, except when they have been requested by the Chairman of the Court or by its Secretary General to communicate specific information to their respective National Committee.

### **Article 4**

#### **Committee of the Court**

---

1

In accordance with the provisions of Article 1 (4) of the Rules and Article 5 of its Statutes (Appendix I), the Court hereby establishes a Committee of the Court.

2

The members of the Committee consist of a Chairman and at least two other members. The Chairman of the Court acts as the Chairman of the Committee. If absent, the Chairman may designate a Vice-Chairman of the Court or, in exceptional circumstances, another member of the Court as Chairman of the Committee.

3

The other two members of the Committee are appointed by the Court from among the Vice-Chairmen or the other members of the Court. At each Plenary Session the Court appoints the members who are to attend the meetings of the Committee to be held before the next Plenary Session.

4

The Committee meets when convened by its Chairman. Two members constitute a quorum.

5

- (a) The Court shall determine the decisions that may be taken by the Committee.
- (b) The decisions of the Committee are taken unanimously.
- (c) When the Committee cannot reach a decision or deems it preferable to abstain, it transfers the case to the next Plenary Session, making any suggestions it deems appropriate.
- (d) The Committee's decisions are brought to the notice of the Court at its next Plenary Session.

### **Article 5**

#### **Court Secretariat**

---

1

In case of absence, the Secretary General may delegate to the General Counsel and Deputy Secretary General the authority to confirm arbitrators, to certify true copies of awards and to request the payment of a provisional advance, respectively provided for in Articles 9(2), 28(2) and 30(1) of the Rules.

The Secretariat may, with the approval of the Court, issue notes and other documents for the information of the parties and the arbitrators, or as necessary for the proper conduct of the arbitral proceedings.

#### **Article 6**

#### **Scrutiny of Arbitral Awards**

---

When the Court scrutinizes draft awards in accordance with Article 27 of the Rules, it considers, to the extent practicable, the requirements of mandatory law at the place of arbitration.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**APPENDIX III  
ARBITRATION COSTS AND FEES**

**Article 1  
Advance on Costs**

---

1

Each request to commence an arbitration pursuant to the Rules must be accompanied by an advance payment of US \$ 2 500 on the administrative expenses. Such payment is nonrefundable, and shall be credited to the Claimant's portion of the advance on costs.

2

The provisional advance fixed by the Secretary General according to Article 30(1) of the Rules shall normally not exceed the amount obtained by adding together the administrative expenses, the minimum of the fees (as set out in the scale hereinafter) based upon the amount of the claim and the expected reimbursable expenses of the Arbitral Tribunal incurred with respect to the drafting of the Terms of Reference. If such amount is not quantified, the provisional advance shall be fixed at the discretion of the Secretary General. Payment by the Claimant shall be credited to its share of the advance on costs fixed by the Court.

3

In general, after the Terms of Reference have been signed or approved by the Court and the provisional timetable has been established, the Arbitral Tribunal shall, in accordance with Article 30(4) of the Rules, proceed only with respect to those claims or counterclaims in regard to which the whole of the advance on costs has been paid.

4

The advance on costs fixed by the Court according to Article 30(2) of the Rules comprises the fees of the arbitrator or arbitrators (hereinafter referred to as "arbitrator"), any arbitration-related expenses of the arbitrator and the administrative expenses.

5

Each party shall pay in cash its share of the total advance on costs. However, if its share exceeds an amount fixed from time to time by the Court, a party may post a bank guarantee for this additional amount.

6

A party that has already paid in full its share of the advance on costs fixed by the Court may, in accordance with Article 30(3) of the Rules, pay the unpaid portion of the advance owed by the defaulting party by posting a bank guarantee.

7

When the Court has fixed separate advances on costs pursuant to Article 30(2) of the Rules, the Secretariat shall invite each party to pay the amount of the advance corresponding to its respective claims.

8

When, as a result of the fixing of separate advances on costs, the separate advance fixed for the claim of either party exceeds one-half of such global advance as was previously fixed (in respect of the same claims and counterclaims that are the object of separate advances), a bank guarantee may be posted to cover any such excess amount. In the event that the amount of the separate advance is subsequently increased, at least one-half of the increase shall be paid in cash.

9

The Secretariat shall establish the terms governing all bank guarantees which the parties may post pursuant to the above provisions.

10

As provided in Article 30(2) of the Rules, the advance on costs may be subject to readjustment at any time during the arbitration, in particular to take into account fluctuations in the amount in dispute, changes in the amount of the estimated expenses of the arbitrator, or the evolving difficulty or complexity of arbitration proceedings.

11

Before any expertise ordered by the Arbitral Tribunal can be commenced, the parties, or one of them, shall pay an advance on costs fixed by the Arbitral Tribunal sufficient to cover the expected fees and expenses of the expert as determined by the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal shall be responsible for ensuring the payment by the parties of such fees and expenses.

## **Article 2**

### **Costs and Fees**

---

1

Subject to Article 31(2) of the Rules, the Court shall fix the fees of the arbitrator in accordance with the scale hereinafter set out, where the sum in dispute is not stated, at its discretion.

2

In setting the arbitrator's fees, the Court shall take into consideration the diligence of the arbitrator, the time spent, the rapidity of the proceedings, and the complexity of the dispute so as to arrive at a figure within the limits specified, or, in exceptional circumstances (Article 31(2) of the Rules), at a figure higher or lower than those limits.

3

When a case is submitted to more than one arbitrator, the Court, at its discretion, shall have the right to increase the total fees up to a maximum which shall normally not exceed three times the fees of one arbitrator.

4

The arbitrator's fees and expenses shall be fixed exclusively by the Court as required by the Rules. Separate fee arrangements between the parties and the arbitrator are contrary to the Rules.

5

The Court shall fix the administrative expenses of each arbitration in accordance with the scale hereinafter set out, or, where the sum in dispute is not stated, at its discretion. In exceptional circumstances, the Court may fix the administrative expenses at a lower or higher figure than that which would result from the application of such scale, provided that such expenses shall normally not exceed the maximum amount of the scale. Further, the Court may require the payment of administrative expenses in addition to those provided in the scale of administrative expenses as a condition to holding an arbitration in abeyance at the request of the parties or of one of them with the acquiescence of the other.

6

If an arbitration terminates before the rendering of a final Award, the Court shall fix the costs of the arbitration at its discretion, taking into account the stage attained by the arbitral proceedings and any other relevant circumstances.

7

In the case of an application under Article 29(2) of the Rules, the Court may fix an advance to cover additional fees and expenses of the Arbitral Tribunal and may subordinate the transmission of such application to the Arbitral Tribunal to the prior cash payment in full to the ICC of such advance. The Court shall fix at its discretion any possible fees of the arbitrator when approving the decision of the Arbitral Tribunal.

8

When an arbitration is preceded by attempted conciliation, one-half of the administrative expenses paid for such conciliation shall be credited to the administrative expenses of the arbitration.

9

Amounts paid to the arbitrator do not include any possible value-added taxes (VAT) or other taxes or charges and imposts applicable to the arbitrator's fees. Parties are expected to pay any such taxes or charges; however, the recovery of any such charges or taxes is a matter solely between the arbitrator and the parties.

**Article 3****Appointments of Arbitrators**

---

1

A registration fee normally not exceeding US \$ 2 500 is payable by the requesting party in respect of each request made to the ICC to appoint an arbitrator for any arbitration not conducted under the Rules. No request for appointment of an arbitrator will be considered unless accompanied by the said fee, which is not recoverable and becomes the property of the ICC.

2

The said fee shall cover any additional services rendered by the ICC regarding the appointment, such as decisions on a challenge of an arbitrator and the appointment of a substitute arbitrator.

**Article 4****Scales of Administrative Expenses and Arbitrator's Fees**

---

1

The Scales of Administrative Expenses and Arbitrator's Fees set forth below shall be effective as of 1 January 1998 in respect of all arbitrations commenced on or after such date, irrespective of the version of the Rules applying to such arbitrations.

2

To calculate the administrative expenses and the arbitrator's fees, the amounts calculated for each successive slice of the sum in dispute must be added together, except that where the sum in dispute is over US \$ 80 million, a flat amount of US \$ 75 800 shall constitute the entirety of the administrative expenses.

**A. ADMINISTRATIVE EXPENSES**

| Sum in dispute (in US Dollars) |            | Administrative expenses <sup>(*)</sup> |            |       |
|--------------------------------|------------|--|------------|-------|
| up to                          | 50 000     |  | \$ 2 500   |       |
| from                           | 50 001     | to                                     | 100 000    | 3.50% |
| from                           | 100 001    | to                                     | 500 000    | 1.70% |
| from                           | 500 001    | to                                     | 1 000 000  | 1.15% |
| from                           | 1 000 001  | to                                     | 2 000 000  | 0.60% |
| from                           | 2 000 001  | to                                     | 5 000 000  | 0.20% |
| from                           | 5 000 001  | to                                     | 10 000 000 | 0.10% |
| from                           | 10 000 001 | to                                     | 50 000 000 | 0.06% |
| from                           | 50 000 001 | to                                     | 80 000 000 | 0.06% |
| over                           | 80 000 000 |  | \$ 75 800  |       |

*(\*) For illustrative purposes only, the table on the following page indicates the resulting administrative expenses in US \$ when the proper calculations have been made.*

**B. ARBITRATOR'S FEES**

| Sum in dispute (in US Dollars) |             | Fees <sup>(**)</sup> |             |       |        |
|--------------------------------|-------------|----------------------|-------------|-------|--------|
|                                |             | minimum              | maximum     |       |        |
| up to                          | 50 000      | \$ 2500              | 17.00%      |       |        |
| from                           | 50 001      | to                   | 100 000     | 2.00% | 11.00% |
| from                           | 100 001     | to                   | 500 000     | 1.00% | 5.50%  |
| from                           | 500 001     | to                   | 1 000 000   | 0.75% | 3.50%  |
| from                           | 1 000 001   | to                   | 2 000 000   | 0.50% | 2.50%  |
| from                           | 2 000 001   | to                   | 5 000 000   | 0.25% | 1.00%  |
| from                           | 5 000 001   | to                   | 10 000 000  | 0.10% | 0.55%  |
| from                           | 10 000 001  | to                   | 50 000 000  | 0.05% | 0.17%  |
| from                           | 50 000 001  | to                   | 80 000 000  | 0.03% | 0.12%  |
| from                           | 80 000 001  | to                   | 100 000 000 | 0.02% | 0.10%  |
| over                           | 100 000 000 |                      |             | 0.01% | 0.05%  |

*(\*\*) For illustrative purposes only, the table on the following page indicates the resulting range of fees when the proper calculations have been made.*

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

| SUM IN DISPUTE<br>(in us Dollars) |                           | A. ADMINISTRATIVE EXPENSES(*)<br>(In US Dollars) |                      |            | B. ARBITRATOR'S FEES(**)<br>(in US Dollars) |                      |             |         |                             |             |  |
|-----------------------------------|---------------------------|--|----------------------|------------|---|----------------------|-------------|---------|-----------------------------|-------------|--|
|                                   |                           |  |                      |            | Minimum                                     |                      |             | Maximum |                             |             |  |
| up to                             | 50 000                    | 2500   |                      |            | 2500  |                      |             |         | 17.00% of amount in dispute |             |  |
| from                              | 50 001 to 100 000         | 2 500  | + 3.50% of amt. over | 50 000     | 2 500                                       | + 2.00% of amt. over | 50 000      | 8 500   | + 11.00% of amt. over       | 50 000      |  |
| from                              | 100 001 to 500 000        | 4 250  | + 1.70% of amt. over | 100 000    | 3 500                                       | + 1.00% of amt. over | 100 000     | 14 000  | + 6.50% of amt. over        | 100 000     |  |
| from                              | 500 001 to 1 000 000      | 11 050   | + 1.15% of amt. over | 500 000    | 7 500                                       | + 0.75% of amt. over | 500 000     | 36 000  | + 3.50% of amt. over        | 500 000     |  |
| from                              | 1 000 001 to 2 000 000    | 16 800   | + 0.60% of amt. over | 1 000 000  | 11 250                                      | + 0.50% of amt. over | 1 000 000   | 53 500  | + 2.50% of amt. over        | 1 000 000   |  |
| from                              | 2 000 001 to 5 000 000    | 22 800   | + 0.20% of amt. over | 2 000 000  | 16 250                                      | + 0.25% of amt. over | 2 000 000   | 78 500  | + 1.00% of amt. over        | 2 000 000   |  |
| from                              | 5 000 001 to 10 000 000   | 28 800   | + 0.10% of amt. over | 5 000 000  | 23 750                                      | + 0.10% of amt. over | 5 000 000   | 108 500 | + 0.55% of amt. over        | 5 000 000   |  |
| from                              | 10 000 001 to 50 000 000  | 33 800   | + 0.06% of amt. over | 10 000 000 | 28 750                                      | + 0.05% of amt. over | 10 000 000  | 136 000 | + 0.17% of amt. over        | 10 000 000  |  |
| from                              | 50 000 001 to 80 000 000  | 57 800   | + 0.06% of amt. over | 50 000 000 | 48 750                                      | + 0.03% of amt. over | 50 000 000  | 204 000 | + 0.12% of amt. over        | 50 000 000  |  |
| from                              | 80 000 001 to 100 000 000 | 75 800   |                      |            | 57 750                                      | + 0.02% of amt. over | 80 000 000  | 240 000 | + 0.10% of amt. over        | 80 000 000  |  |
| over                              | 100 000 000               | 75 800   |                      |            | 61 750                                      | + 0.01% of amt. over | 100 000 000 | 260 000 | + 0.05% of amt. over        | 100 000 000 |  |

(\*)(\*\*) See preceding page

บันทึกหลักการและเหตุผล  
ประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ

พ.ศ. ...

หลักการ

ปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาตไต่สวนการ

เหตุผล

ด้วยปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตไต่สวนการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติ อนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว เนื้อหาในพระราชบัญญัตินี้จึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย อนุญาตไต่สวนการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมาย แม่แบบว่าด้วยอนุญาตไต่สวนการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมาย การค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมากเป็นหลัก เพื่อพัฒนาระบบอนุญาตไต่สวนการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มี การใช้กระบวนการทางอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ ให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตรา พระราชบัญญัตินี้



ร่าง

พระราชบัญญัติ

อนุญาตตุลาการ

พ.ศ. ....

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ...."

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530

มาตรา 4 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอ้างถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาตตุลาการนอกศาลให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

"คณะอนุญาตตุลาการ" หมายความว่า อนุญาตตุลาการคนเดียว หรืออนุญาตตุลาการหลายคน

"ศาล" หมายความว่า องค์กรหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่มีอำนาจตุลาการตามกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นที่ตั้งของศาลนั้น

"ข้อเรียกร้อง" หมายความว่า รวมถึง ข้อเรียกร้องแย้งด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ข้อเรียกร้องตามมาตรา 31 (1) และมาตรา 38 วรรคสอง (1)

"คำคัดค้าน" หมายความว่า รวมถึง คำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่คำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งตามมาตรา 31 (2) และมาตรา 38 วรรคสอง (1)

มาตรา 6 ภายใต้บังคับมาตรา 35 ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจคู่สัญญาในการตัดสินใจเรื่องใด ให้ถือว่าคู่สัญญาที่มีอำนาจมอบหมายให้บุคคลที่สามรวมถึงหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งเป็นผู้ตัดสินใจเรื่องนั้นแทนด้วย

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาจะหรืออาจจะตกลงกันได้ หรือกำหนดถึงข้อตกลงของคู่สัญญาไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ข้อตกลง เช่นว่านั้นให้รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยอนุญาตตุลาการที่ระบุไว้ในข้อตกลงนั้นด้วย

มาตรา 7 ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

(1) การส่งเอกสารตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าได้ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือได้ส่งไปยังสถานประกอบธุรกิจ ภูมิสำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้ว ถ้าได้ส่งไปยังสถานประกอบธุรกิจ หรือ

ภูมิสำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบ โดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียน หรือโดยวิธีอื่นใด ที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว

(2) เมื่อได้มีการส่งเอกสารตาม (1) แล้ว ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารในทันทีที่มีการส่งเอกสารนั้น

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับการส่งเอกสารในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล

**มาตรา 8** ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดรู้ว่าบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ซึ่งคู่สัญญา อาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา อนุญาตตุลาการ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตตุลาการต่อไปโดยไม่คัดค้านการไม่ปฏิบัติของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กำหนดไว้ ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นสละสิทธิในการคัดค้าน

**มาตรา 9** ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ตามพระราชบัญญัตินี้

**มาตรา 10** ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

## หมวด 1

### สัญญาอนุญาตตุลาการ

**มาตรา 11** สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่ง

ในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ไม่ว่าจะมีการลงลายมือชื่อหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ ให้ถือว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการมีหลักฐานเป็นหนังสือถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาลงลายมือชื่อหรือในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมาย โทรเลข โทรศัพท์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธ

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามิใช่สัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

**มาตรา 12** ความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและการตั้งอนุญาโตตุลาการย่อมไม่เสียไป แม้ในภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคล ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

**มาตรา 13** เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบใด สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดชอบนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย

**มาตรา 14** ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ [หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้]

มาตรา 15 ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยเพื่อได้รับเอกสิทธิ์มิให้อยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมิได้ และไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะถือเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้อุญาตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทได้

มาตรา 16 คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการนั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและข้อกำหนดว่าด้วยคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น แล้วแต่กรณี มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว

## หมวด 2

### คณะอนุญาตตุลาการ

มาตรา 17 ให้คณะอนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่ ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ วิธีการตั้งประธานคณะอนุญาตตุลาการให้เป็นไปตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (2)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาตตุลาการได้ ให้มีอนุญาตตุลาการเพียงคนเดียว

มาตรา 18 ในกรณีที่คุณพิพาทมิได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน

(2) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้หนึ่งได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน

ในกรณีที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดวิธีการอื่นใดที่ทำให้สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการตามที่ศาลเห็นสมควรได้ หากปรากฏว่า

- (1) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้
- (2) คู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ได้ หรือ
- (3) บุคคลที่สามารถรวมถึงหน่วยงานอื่นใดมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

มาตรา 19 อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

มาตรา 20 ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์ จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน สิบห้าวันนับแต่วันที่ารู้ถึงการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม และหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือ คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่บัญญัติไว้หรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ไม่บรรลุผลหรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้าน ต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือ นับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม แล้วแต่กรณี และเมื่อศาลได้สวนคำคัดค้านนั้นแล้วให้มีคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น และ ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านอาจ ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำสั่งขาดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

มาตรา 21 ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ใด ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าโดยไม่มียินยอมรับการตั้งหรือตาย ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาล สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลา อันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาโตตุลาการผู้นั้นขอ ถอนตัวหรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโต ตุลาการได้

ภายใต้บังคับวรรคหนึ่งหรือมาตรา 20 วรรคหนึ่ง การที่อนุญาโตตุลาการขอถอนตัว หรือการที่คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับเหตุตามวรรค หนึ่งหรือมาตรา 19 วรรคสาม

มาตรา 22 ถ้าการเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงตามมาตรา 20 หรือมาตรา 21 หรือ เพราะเหตุการถอนตัวของอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง หรือในกรณีที่การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่นใด ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามวิธีการ ที่ได้กำหนดไว้สำหรับการตั้งอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 23 คณะอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำอันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยทุจริต

### หมวด 3

#### อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 24 คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

การคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทใดจะต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าวไม่ช้ากว่าวันยื่นคำคัดค้านต่อผู้ในประเด็นข้อพิพาท และข้อพิพาทจะไม่ถูกตัดสินวิธีที่จะคัดค้านเพราะเหตุที่ข้อพิพาทนั้นได้ตั้งหรือมีส่วนร่วมในการตั้งอนุญาโตตุลาการที่จะถูกคัดค้านนั้น และในการคัดค้านว่าคณะอนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบเขตอำนาจ ข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยกขึ้นว่ากล่าวในทันทีที่เรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่าการที่ล่าช้านั้นมีเหตุสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจอนุญาตให้ข้อพิพาทยกขึ้นว่ากล่าวภายหลังระยะเวลาที่กำหนดไว้ก็ได้

คณะอนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนโดยการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นหรือในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทก็ได้ แต่ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดเบื้องต้นว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเรื่องใด ข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นนั้นและในขณะที่คำร้องยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาดต่อไปได้



## หมวด 4

## วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 25 ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติ อย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตาม พหุติการณณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันหรืออาจหาข้อยุติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะ อนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชี้แจงน้ำหนักพยาน หลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ พยานหลักฐาน หมายความว่า พยานหลักฐานที่คู่ความ มีสิทธินำมาสืบได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 26 คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพ แห่งข้อพิพาท และความสะดวกของคู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนด สถานที่อื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งเพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคล ผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้

มาตรา 27 ในการรับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ให้ถือว่ามีการมอบ ข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามมาตรา 193/14 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มตั้งในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้รับข้อพิพาท นั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโต ตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อรับข้อพิพาทนั้น

(3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะกรรมการไต่สวนการ ในกรณีที่สัญญาอนุญาตไต่สวนการกำหนดคณะกรรมการไต่สวนการไว้

(4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

**มาตรา 28** คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะกรรมการไต่สวนการเป็นผู้กำหนด และถ้ามิได้กำหนดไว้โดย เฉพาะเป็นอย่างอื่น ข้อตกลงหรือข้อกำหนดเช่นว่านี้ให้ใช้บังคับถึงข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้องที่ทำ เป็นหนังสือของคู่พิพาท การสืบพยาน คำชี้ขาด คำวินิจฉัยหรือการสื่อสารใด ๆ ที่ทำโดยหรือทำต่อ คณะอนุญาโตตุลาการด้วย

คณะกรรมการไต่สวนการอาจมีคำสั่งให้แปลคำแปลเอกสารที่คู่พิพาทอ้างเป็นพยานเป็น ภาษาตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้หรือตามที่คณะกรรมการไต่สวนการกำหนดก็ได้

**มาตรา 29** ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกันหรือที่คณะกรรมการไต่สวนการกำหนด ถ้าคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุน ข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับของตน ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องแสดง ในคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยานที่ระบุถึง สรรพเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมาด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอแก้ไข เพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ เว้นแต่คณะกรรมการไต่สวนการเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่สมควรเมื่อคำนึงถึงความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น

**มาตรา 30** ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะกรรมการไต่สวนการ เป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานด้วยวาจา จะรับฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา หรือจะดำเนินกระบวนการ โดยรับฟังเพียงเอกสารหรือวัตถุอื่นใด

คณะกรรมการไต่สวนการมีอำนาจดำเนินการสืบพยานตามวรรคหนึ่งในระหว่างดำเนิน กระบวนการพิจารณาในช่วงใด ๆ ตามที่เห็นสมควร ถ้าได้รับคำร้องขอจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงไม่ให้มีการสืบพยานด้วยวาจา

ให้คณะอนุญาโตตุลาการแจ้งกำหนดนัดสืบพยานและนัดพิจารณาเพื่อตรวจสอบวัตถุ  
สถานที่ หรือเอกสารอย่างอื่นให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควร

ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง ยกเถียง หรือข้อมูลทั้งหมดที่คู่พิพาทฝ่ายใดเสนอต่อ  
คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ให้รวมถึงรายงานของผู้เชี่ยวชาญ  
หรือเอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ประกอบการชี้ขาดด้วย

**มาตรา 31** ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการ  
ดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) ยุติกระบวนการพิจารณา ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามหลักเกณฑ์  
ที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง

(2) ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้าน  
ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้ มิให้ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าว  
เป็นการยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น

(3) ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันนัดสืบพยาน  
หรือนัดพิจารณาหรือไม่เสนอพยานหลักฐานใด ๆ และให้มีคำชี้ขาดตามพยานหลักฐานเท่าที่ปรากฏ  
การใช้อำนาจตามมาตรานี้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจได้ส่วนตามที่เห็นสมควร  
ทั้งนี้ ให้รวมถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้าน หรือขาดนัดพิจารณา  
แล้วแต่กรณี

**มาตรา 32** ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการ  
อาจจะ

(1) แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่งหรือหลายคน เพื่อให้ทำความเห็นเฉพาะในประเด็นใด  
ประเด็นหนึ่งที่จะต้องชี้ขาดก็ได้

(2) เรียกให้คู่พิพาทให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้เชี่ยวชาญ หรือจัดทำหรือดำเนินการเพื่อให้ได้  
มาซึ่งเอกสาร หรือวัตถุใด ๆ ที่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถตรวจสอบได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเห็นเป็น  
หนังสือหรือด้วยวาจาแล้ว หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร  
ให้ผู้เชี่ยวชาญมาให้ข้อเท็จจริงเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสซักถามหรือนำพยานผู้เชี่ยวชาญของตนมาสืบ  
ในประเด็นดังกล่าวได้

มาตรา 53 คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่ง หรือคู่พิพาท ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยความยินยอมของคณะอนุญาโตตุลาการ อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ออกหมายเรียกพยานหรือคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการดำเนินการพิจารณาตามคำร้องตามวรรคหนึ่งถ้าเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลอาจทำได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และข้อกำหนดว่าด้วยคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น แล้วแต่กรณี มาใช้บังคับโดยอนุโลม

#### หมวด 5

#### คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา

มาตรา 34 ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาท กำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของ ประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมาย ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะ อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายโดยพิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท โดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญาและหากเป็น ข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย

**มาตรา 35** ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาด คำสั่ง และ คำวินิจฉัยในเรื่องใด ๆ ของคณะกรรมการโตตุลาการให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ ให้ประธานคณะกรรมการโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพียงผู้เดียว ให้ประธานคณะกรรมการโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในกระบวนการวิธีพิจารณา ถ้าคู่พิพาทหรือ อนุญาตตุลาการทุกคนได้ให้อำนาจไว้เช่นนั้น

**มาตรา 36** ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทประนีประนอม ยอมความกัน ให้คณะกรรมการโตตุลาการยุติกระบวนการพิจารณา และถ้าคู่พิพาทร้องขอและคณะกรรมการโตตุลาการเห็นชอบ ให้คณะกรรมการโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 37 และให้มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท

**มาตรา 37** คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการ ถ้าคณะกรรมการโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาตตุลาการเสียงข้างมาก ถือว่าเพียงพอแล้ว แต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัย ทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือ คำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาตตุลาการ หรือคำปฎิเสธการอนุญาตตุลาการตามมาตรา 46 หรือเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความ ตามมาตรา 36

คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง และให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นนั้น

เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะกรรมการโตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาท ทุกฝ่าย

**มาตรา 38** การดำเนินการทางอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จ เด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะกรรมการโตตุลาการตามวรรคสอง คณะอนุญาตตุลาการจะมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา เมื่อ

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกกร้อง ได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าวและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกกร้องในกรณีที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น

(2) คู่พิพาทตกลงกันให้กระบวนการพิจารณายุติลง

(3) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

ภายใต้บังคับมาตรา 39 และมาตรา 40 วรรคสี่ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จะสิ้นสุดลงพร้อมกับการยุติของกระบวนการพิจารณา

มาตรา 39 ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำชี้ขาด

(1) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ภายหลังจากได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว อาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดในการคำนวณตัวเลข ข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรือการพิมพ์ที่ผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดในทำนองเดียวกันในคำชี้ขาดให้ถูกต้องได้ หรือ

(2) ในกรณีที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ภายหลังจากได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว อาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการตีความข้อความหรือส่วนหนึ่งส่วนใดในคำชี้ขาดได้

ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องตาม (1) และ (2) มีเหตุผลสมควร ให้แก้ไขหรือตีความให้เสร็จสิ้นภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้อง คำตีความดังกล่าวให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขข้อผิดพลาดตาม (1) ได้เองภายในสามสิบวันนับแต่วันมีคำชี้ขาด

เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำชี้ขาดและเมื่อได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเรียกร้องที่ยังมิได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำชี้ขาด ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องดังกล่าวมีเหตุผลสมควร ให้ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้อง

ในกรณีมีเหตุจำเป็น คณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการแก้ไข การตีความ หรือการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองและวรรคสี่ได้

ให้นำมาตรา 37 มาใช้บังคับแก่การแก้ไข การตีความ หรือการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติม ตามมาตรานี้

### หมวด 6

### การคัดค้านคำชี้ขาด

มาตรา 40 การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มี เขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโต ตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือ ตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่อง ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาท ได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึง การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าว ไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้ามคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ ได้ หรือ

(๑) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่ามิใช่เหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป

## หมวด 7

### การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

มาตรา 41 ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจยอมรับบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

มาตรา 42 เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รับทำการได้สาม และมีการคำพิพากษาโดยพลัน

ผู้ซึ่งขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเอกสารดังต่อไปนี้มาแสดงต่อศาล



- (1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (3) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาตตุลาการในกรณีที่เป็นภาษาต่างประเทศ และในกรณีที่เป็นการชี้ขาดซึ่งทำขึ้นในต่างประเทศ ให้ผู้แปลคำแปลสาบานตนต่อโนตารีพับลิก หรือเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

มาตรา 43 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธรื้อรับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

- (1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น
- (2) สัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่ใช่ข้อตกลงดังกล่าว
- (3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงคู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น
- (4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้ำคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้ำคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะบังคับโดยการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 45 ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่

- (1) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (2) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน
- (3) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
- (4) ผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาคดีนั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา หรือ
- (5) เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท

ตามมาตรา 16

การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

### หมวด 8

#### ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและค่าป่วยการ

มาตรา 46 ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่รวมถึงค่าทนายความ และค่าใช้จ่ายของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่มิได้กำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการไว้ในคำชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้อง ให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ และค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร

## บทเฉพาะกาล

มาตรา 47 บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาตโศกการ และการดำเนินการทางอนุญาตโศกการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ส่วนการดำเนินการทางอนุญาตโศกการใดที่ยังมิได้กระทำจนล่วงพ้นกำหนดเวลาที่จะต้องกระทำตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ แต่ยังคงอยู่ในกำหนดเวลาที่อาจกระทำได้ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ดำเนินการนั้นได้ภายในกำหนดเวลาตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

นายกรัฐมนตรี

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวจันทนา สมพงษ์ชัยกุล เกิดเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2518 ที่ กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ เมื่อปี พ.ศ. 2539 ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งทนายความอยู่ที่บริษัท แอดวานส์ แอดจัสติ้ง แอชโซซิเอตส์ จำกัด



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย