

## บทที่ ๒

### การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

#### ความนำ

ในอดีตการระงับข้อพิพาทในทางแพ่งโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยยังไม่เป็นที่ยอมรับกันนัก และเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างกันก็นำไปสู่ศาลยุติธรรมจนกระทั่งเมื่อมีการประกาศใช้ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ โดยการสนับสนุนของสภาหอการค้าไทยและกระทรวงยุติธรรม ในขณะนั้น (ปัจจุบัน คือ สำนักงานศาลยุติธรรม) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการก็เริ่มได้รับความนิยมขึ้น ประชาชนเริ่มมีความเข้าใจว่าการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท (Alternative dispute resolution) และสามารถลดภาระของศาลในปริมาณคดีซึ่งเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว กระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลนั้นเป็นที่รู้ดีว่ามีความสลับซับซ้อนใช้เวลายาวนาน หากมีทุนทรัพย์สูงต้องต่อสู้กันถึงสามศาล การโต้แย้งหักล้างเอาชนะกันด้วยเทคนิคอันยอกย้อนในชั้นที่ศาลออกคำสั่งระหว่างพิจารณาก่อนการตัดสินในเนื้อหา (merit) แห่งคดีบางครั้งก็ใช้เวลาถึงสามศาลเช่นกัน ด้วยเหตุนี้กลไกการระงับข้อพิพาทแบบทางเลือก (alternative dispute resolution) หรืออนุญาโตตุลาการก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่ลดความสลับซับซ้อนและประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของคู่พิพาททางคดีลงได้

สำหรับสัญญาภาครัฐ (State contract) คือ สัญญาที่รัฐเป็นคู่สัญญากับเอกชน โดยทั่วไปมักจะเป็นโครงการขนาดใหญ่ สัญญาสัมปทาน เอกชนที่เป็นคู่สัญญาจะเรียกร้องรัฐให้บรรจุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๕ ซึ่งบัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทได้และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวให้มีผลผูกพันคู่สัญญา” และรัฐเองก็ให้การสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ โดยได้มีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ โดยข้อ ๕ กำหนดว่า “ถ้าสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เมื่อเกิดข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นและหน่วยงานของรัฐยินยอมให้ใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาท หน่วยงานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เว้นแต่...”

อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมา รัฐซึ่งใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททางแพ่งกับเอกชนกลับเป็นฝ่ายพ่ายแพ้คดีหลายต่อหลายคดี โดยเฉพาะคดีใหญ่ที่มีทุนทรัพย์สูงและประชาชนสนใจ เช่น

คดีที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยถูกคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้จ่ายค่าเสียหายให้แก่เอกชนกว่าหกพันล้านทำให้สังคมและรัฐบาลในขณะนั้นตั้งข้อสงสัยและระแวงถึงความโปร่งใสเป็นกลางของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ รัฐบาล (ซึ่งเป็นรัฐบาลเดียวกับที่ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๔) มีมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชนว่าให้หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ที่ทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนให้นำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรให้เขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด (มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๔๗ ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สุค นร ๐๕๐๖/ว ๓๑ ลงวันที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๗) แต่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีผลย้อนหลังไปยังสัญญาภาครัฐต่าง ๆ ที่คู่สัญญาได้กำหนดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ก่อนแล้ว ซึ่งจากปรากฏการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลต่อความรู้สึกของวงการกฎหมายสองประการ คือ ประการแรก ในการทำสัญญากับเอกชนต่างชาติซึ่งส่วนใหญ่จะทำเป็นภาษาอังกฤษในรูปแบบของ Standard form of Contract ที่สถาบันการเงินระหว่างประเทศ เช่น Asean Development Bank ใช้สำหรับสัญญาก่อสร้างในโครงการเงินกู้ ล้วนแต่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น ดังนั้น การที่รัฐบาลมีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวทำให้ต่างชาติเข้าใจว่าภาครัฐไม่สนับสนุนกลไกการระงับข้อพิพาทกับสัญญาภาครัฐแล้ว ประการที่สอง หน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจ เมื่อแพ้คดีชั้นอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ชำระเงินค่าเสียหายแก่เอกชนจะขัดขืนไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด (เช่น กรณีข้อพิพาทระหว่างสำนักนายกรัฐมนตรีกับ ITV ในปี พ.ศ. ๒๕๔๘) แต่จะส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุด ในฐานะทนายความของรัฐฟ้องคดีเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ ศาลแพ่งหรือศาลปกครองแล้วแต่ประเภทของสัญญา (สัญญาแพ่ง/สัญญาทางปกครอง) ซึ่งก็เป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๐ ซึ่งบัญญัติว่า “การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้...” ทำให้การใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทที่เคยเข้าใจว่าจะมาแทนการพิจารณาคดีในชั้นศาลซึ่งใช้เวลาอันยาวนานไม่เป็นไปตามที่ตั้งเป้าหมายไว้ แต่ตรงกันข้ามกลับทำให้ระยะเวลาในการชี้ขาดข้อขัดแย้งยิ่งลากยาวไปมากกว่าระบบศาลปกติเสียอีก ขณะนี้ปริมาณคดีที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องฟ้องเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีจำนวนสูงมากจนอาจจะกล่าวได้ว่าถ้าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้รัฐแพ้คดีต้องชำระค่าเสียหายตัวความจะส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดฟ้องเพิกถอนแทบทุกเรื่อง

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๒ เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ชี้ขาดให้รัฐบาลไทย ต้องจ่ายค่าเสียหายจำนวน ๓๘ ล้านยูโร หรือกว่าหนึ่งพันห้าร้อยล้านบาทแก่บริษัท Walter Bau AG ท่ามกลางความตื่นตึงของประชาชนและรัฐบาลไทย คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ เรื่องการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ดังนี้

โดยคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่า ปัจจุบันการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการใช้วิธีการอนุญาตโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดี หรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายอันเป็นการฉ้อฉลงบประมาณแผ่นดินเป็นจำนวนมาก จึงได้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๗ โดยกำหนดไม่ให้หน่วยงานของรัฐเขียนผูกมัดในสัญญา ให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีในครั้งนี้ได้ขยายการใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในสัญญาจากเดิม เฉพาะสัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทุกประเภทไม่ว่าจะทำในประเทศหรือต่างประเทศ และไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย - สัญญาก่อสร้าง อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีในครั้งนี้อย่างเปิดช่องให้ใช้อนุญาโตตุลาการได้อยู่ แต่ต้องมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องทางคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นราย ๆ ไป (มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ตามหนังสือสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีด่วนที่สุด ที่ นร๐๕๐๖/๑๕๕ ลงวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๕๒)

ขณะนี้มีมติคณะรัฐมนตรีที่อ้างถึงยังมีผลใช้บังคับอยู่

## การกอนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน

### ๑. สัญญาการค้าการลงทุน

รัฐโดยทฤษฎีกฎหมายมหาชนถือว่าอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่รัฐอาจถ่อมตัวลงเท่ากับเอกชนเพื่อทำสัญญาผูกพันกัน รัฐใช้สัญญา (Contract) เป็นเครื่องมือในการชักชวนให้เอกชนมาลงทุนในโครงการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างทางด่วน บ่อบำบัดน้ำเสีย เชื้อเพลิง โรงงานผลิตกระแสไฟฟ้า การขนส่งสาธารณะรถไฟฟ้าใต้ดิน ฯลฯ ตลอดจนการระดมทุนในกิจการของรัฐด้านการธนาคาร บริษัท การทำอากาศยานแห่งประเทศไทย จำกัด (มหาชน) เอกชนผู้ลงทุนอาจเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย หรือบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ซึ่งนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะบางโครงการเป็นการลงทุนของภาคเอกชนที่เข้าไปลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐบาลในประกาศผู้รับการลงทุนซึ่งต้องอาศัยเงินทุนจำนวนมาก เพื่อโครงการนั้น ๆ สัญญาที่ผูกพันรัฐกับเอกชนในการร่วมลงทุนมิได้ในหลายรูปแบบ หากผูกพันกันเป็นเวลานานและเป็นการให้สิทธิผูกขาดในโครงการของรัฐ ก็เรียกสัญญาสัมปทาน (Concession

Contract) หรือเป็นการลงทุนในระยะสั้นในตลาดทุน เช่น สัญญาซื้อขายหุ้น (Share Purchase Agreement) หรืออาจเป็นสัญญาก่อสร้าง (Construction Contract) ตามรูปแบบสำเร็จรูปของธนาคารโลก หรือธนาคารเอเชียเพื่อการพัฒนา เป็นต้น อนึ่ง ต้องเข้าใจด้วยว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐ คือ หน่วยงานของรัฐ (State Agency) เช่น กรมทางหลวง ธนาคารกรุงไทย เป็นต้น แต่ไม่ใช่รัฐบาล (Government) เข้าเป็นคู่สัญญาโดยตรง เพราะรัฐบาลไม่ใช่นิติบุคคลตามกฎหมายภายใน (Domestic Law) แต่เป็นนิติบุคคล (Juristic Person) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law) ประเด็นหนึ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะต้องคำนึง คือ ทางเลือกของตนในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการเข้ามาลงทุนข้ามประเทศ

## ๒. ข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการ

ทางเลือกที่ผู้ลงทุนต่างชาติเลือกในการระงับข้อพิพาท คือ อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) มากกว่าจะเลือกไปศาลของประเทศที่รับการลงทุน ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงโดยบรรจุข้อสัญญาการอนุญาโตตุลาการลงไปในสัญญาหลักต่าง ๆ ที่กล่าวในข้อ ๑. ซึ่งเราเรียกว่า Arbitration clause แต่แม้จะไม่ได้บรรจุไว้ในสัญญาแต่แรก (หรือแม้ข้อพิพาทจะไม่ได้เกิดจากสัญญาก็ตาม) คู่กรณีอาจทำสัญญาระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ (มาตรา ๑๑ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการฯ) บัญญัติว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาดตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ ...”

มีเหตุผลหลายประการที่คู่สัญญาเลือกที่จะใช้อนุญาโตตุลาการแทนการนำคดีไปสู่ศาล ประการแรก อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการของเอกชน (Private process) ในขณะที่ศาลเป็นเวทีระงับข้อพิพาทของรัฐ ประการที่สอง คู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการเลือกผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้อย่างเสรี ในขณะที่คู่ความในศาลไม่มีอำนาจที่จะเลือกตัวผู้พิพากษาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประการที่สาม การพิจารณาตัดสินของศาล (ซึ่งมี ๓ ศาล) ใช้เวลานานกว่าการอนุญาโตตุลาการมาก ประการที่สี่ การเลือกอนุญาโตตุลาการทำให้คู่พิพาทสามารถเลือกผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในปัญหา มีความยืดหยุ่นกว่าในการพิจารณาปัญหา เพราะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายอาจเป็นนักบัญชี นักธุรกิจ หรือวิศวกร ก็ได้ (แต่ในความเป็นจริงนักกฎหมายมักถูกเลือกให้มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการมากที่สุด) นักกฎหมายมีแนวโน้มว่าจะวินิจฉัยข้อพิพาทโดยยึดกฎหมายเป็นประการสำคัญ ซึ่งอาจจะแข็งเกินไป อย่างไรก็ตาม จุดแข็งของอนุญาโตตุลาการก็อาจเป็นจุดอ่อนได้เช่นกัน เพราะการพิจารณาชี้ขาดโดย

อนุญาโตตุลาการที่ยืดหยุ่นมากทำให้นักกฎหมายและคู่พิพาทคาดการณ์ว่าผลลัพธ์ที่ออกมาเป็นอย่างไร ได้ยากกว่าคำชี้ขาดของศาลที่ตัดสินตามกฎหมาย

สิ่งที่สำคัญ คือ อย่าสับสนระหว่างอนุญาโตตุลาการกับการไกล่เกลี่ย (Conciliation) (Mediation) เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการทางกฎหมายซึ่งอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชี้ขาดข้อพิพาท โดยมีกฎเกณฑ์กำกับมากกว่าจะแสวงหาข้อยุติโดยการประนีประนอม ยิ่งไปกว่านั้นศาลเป็นองค์กรมีอำนาจชี้ขาดสุดท้ายในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ คือ หนึ่ง ความสมบูรณ์ตามกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Validity of Arbitration Agreement) สอง อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางจนต้องถูกยกเลิกเพิกถอนหรือไม่ (Impartiality)

### ๓. ขอบเขตของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

เมื่อเอกชนต่างชาติผู้ลงทุนได้เลือกที่จะใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการค้าการลงทุน โดยทั่วไปแล้วเอกชนต่างชาติจะต้องตรงกับรัฐที่เป็นคู่สัญญาขอใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) มากกว่าที่จะใช้อนุญาโตตุลาการภายใน (Domestic Arbitration) เหตุผลเพราะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะใช้ภาษาอังกฤษเป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งเอกชนจะมีความมั่นใจกว่าอนุญาโตตุลาการท้องถิ่น แม้อนุญาโตตุลาการที่สำนักงานศาลยุติธรรมสนับสนุนหรือที่สภาหอการค้าไทยสนับสนุนก็มีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทเป็นภาษาอังกฤษก็ตาม อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบันที่ได้รับความนิยมที่คู่พิพาทเลือกจะใช้เวที (venue) แก่ไขข้อขัดแย้ง ได้แก่ อนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce หรือ เรียกโดยย่อว่า ICC) หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London of International Arbitration) ต้องเข้าใจด้วยว่าองค์กรเหล่านี้แท้จริงแล้วไม่ใช่ศาลแต่เป็นเพียงสถาบันเอกชนที่ให้การสนับสนุนและช่วยอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการทำอนุญาโตตุลาการ นอกจากสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในกับสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่คู่พิพาทเลือกใช้แล้วคู่พิพาทอาจตกลงใช้อนุญาโตตุลาการที่ไม่อิงสถาบันอนุญาโตตุลาการเลย ซึ่งเรียกว่า Ad hoc Arbitration ก็ได้ (ดู ไชยวัฒน์ บุญนาค : อนุญาโตตุลาการทฤษฎีและปฏิบัติ โรงพิมพ์เดือนตุลา พ.ศ. ๒๕๕๒ หน้า ๑๔)

อนุญาโตตุลาการประเภทต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ดูเหมือนว่าอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะสร้างข้อขัดแย้ง ข้อวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่นักกฎหมายมากที่สุด แต่ก็ไม่ใช่เรื่องแปลกประหลาดอันใดที่เอกชนต่างชาติจะขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายบรรจุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศลงไปในสัญญาหลัก หรือเลือกให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ในสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกออกมาจากสัญญาหลักที่มีได้มีข้อความดังกล่าว และเมื่อภายหลังจากเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว

เมื่อข้อพิพาทที่คู่พิพาทมีสัญชาติต่างกันไปสู่มีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้วปัญหากฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) จึงเกิดขึ้นในประเด็นต่อไปนี้ ๑. อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายประเทศใดกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ๒. วิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายใด ๓. อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายประเทศใดในการชี้ขาดข้อพิพาท

#### **๔. เมื่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว การบังคับตามคำชี้ขาดจะรับรองและบังคับอย่างไร**

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดีพิพาทระหว่าง Walter Bau AG กับรัฐบาลไทยมีผลกระทบต่อบบบกฎหมายไทยในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกับทรัพย์สินของรัฐ โดยเฉพาะอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Convention on The Recognition and Enforcement of Arbitral Award ๑๙๕๘) ซึ่งมีบทบาทอย่างมากในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งรัฐสมาชิกกว่าหนึ่งร้อยประเทศให้สัตยาบัน (รวมทั้งประเทศไทย) นอกจากนี้ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่สหประชาชาติจัดทำสำเร็จรูปและเปิดให้รัฐต่าง ๆ รับไปใช้ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ๑๙๘๕) ได้มีอิทธิพลต่อการตรากฎหมาย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว หมวด ๓ การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด มาตรา ๔๑ บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา ๔๒ และมาตรา ๔๓ และมาตรา ๔๔ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดได้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น” จึงกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นกฎหมายภายในประเทศได้อนุญาตให้เป็นตามข้อผูกพันระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีใน New York Convention ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งหมายความว่าฝ่ายที่ชนะคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถบังคับเอาทรัพย์สินของฝ่ายแพ้คดี โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่ทรัพย์สินตั้งอยู่เพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดีได้ทั่วโลก อย่างน้อยหนึ่งร้อยประเทศที่เป็น

ภาคีใน New York Convention โปรดดู New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Article III

“Each Contracting state shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the condition laid down in the following article...”

สำหรับคดีระหว่าง Walter Bau กับรัฐบาลไทยคู่กรณีซึ่งทั้งสองฝ่ายไม่เคยมีสัญญาหลักผูกพันกันมาก่อน แต่ Walter Bau ได้ใช้สนธิสัญญาส่งเสริมการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลเยอรมันเป็นฐานในการนำคดีไปสู่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบัน ICC ใช้ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration และขอให้ดูในบทที่ ๓ ข้อ ๒.๔ เหตุแห่งการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อไป