

### บทที่ 3

การกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ  
(Determining the jurisdiction of the court in international commercial arbitration proceedings)

#### การกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

#### 1. ข้อพิจารณาทางทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (Theory of Arbitration) มีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจศาลในการแทรกแซงหรือเข้าช่วยเหลือการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>1</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะมีความสำคัญต่อการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นประเด็นที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งทำการศึกษา จึงจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเพื่อนำไปสู่การพิจารณาในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ กล่าวคือ ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งได้เป็น 4 ทฤษฎี<sup>2</sup> ได้แก่

#### (1) ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่รับรองอำนาจของรัฐในการควบคุมและวางระเบียบเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายในรัฐนั้น แม้ว่าจะยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็โดยความตกลงของคู่กรณี แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังคงยืนยันว่าไม่ว่าจะเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ การมีผลบังคับใช้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการหรือ

<sup>1</sup> อนันต์ จันทโรภากร, การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536) น. 20.

<sup>2</sup> Julian D.M. Lew, Applicable law in international commercial arbitration, (New York: Oceana Publication, Inc., 1978), pp.51-52.

แม้แต่การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ล้วนแล้วแต่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดทั้งสิ้น (the enforcing State)<sup>3</sup> ดังนั้นถ้าไม่มีกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่ง ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ (application law) กำหนดหรือบัญญัติให้คู่กรณีสามารถทำการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือกำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาหรือกำหนดประเด็นเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือกำหนดให้คำชี้ขาดนั้นมีผลใช้บังคับได้ ด้วยผลของทฤษฎีนี้จะทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่มีความหมายและผลทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>4</sup>

โดยปกติแล้วอำนาจในการพิจารณาตัดสินคดีถือเป็นอำนาจอธิปไตย (sovereign function) ซึ่งถูกใช้โดยศาลของรัฐใดรัฐหนึ่ง คู่กรณีสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ก็เฉพาะหากมีบทกฎหมายของรัฐที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) ยอมรับให้ทำได้เท่านั้น เช่นเดียวกันโดยตัวของอนุญาโตตุลาการเองจะไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทใดๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายของรัฐนั้นๆ ให้อำนาจกระทำได้โดยถือว่าเป็นการกระทำในนามของศาล<sup>5</sup> ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยไม่ได้รับมอบอำนาจดังกล่าวจะทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะและไม่มีผลใช้บังคับได้แต่อย่างใด<sup>6</sup> การอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่ เป็นสิทธิของคู่กรณี หากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตเพียงใดขึ้นอยู่กับรัฐที่จะบัญญัติกฎหมายออกมารองรับเท่านั้น<sup>7</sup>

เมื่อทฤษฎีนี้ถือว่าการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับอำนาจตามกฎหมายเป็นการกระทำแทนศาล (a delegation of sovereign authority) ดังนั้นจึงควรถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาลซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาด

<sup>3</sup> *Ibid*, p.52.

<sup>4</sup> *Ibid*, p.52.

<sup>5</sup> ทฤษฎีนี้จึงถือว่า อนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษาในศาลจะมีอำนาจหน้าที่ที่ก็แต่โดยอาศัยกฎหมายของรัฐ บทบาทและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงคล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามตัวบทกฎหมายและโดยจิตสำนึกในการประสาคความยุติธรรม สิ่งซึ่งแตกต่างระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการอยู่ที่ ศาลและผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งของรัฐ ส่วนอนุญาโตตุลาการมาจากการตกลงของคู่กรณีเอง โปรดดู อนันต์ จันทโรภากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, หน้า 20.

<sup>6</sup> Julian D.M. Lew, *supra* note 2, p.52.

<sup>7</sup> อนันต์ จันทโรภากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 20.

เสมือนหนึ่งบังคับตามคำพิพากษาของศาล<sup>8</sup> ผลของทฤษฎีนี้จะทำให้อนุญาโตตุลาการไม่มีอิสระในการใช้บังคับกฎหมาย กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องนำกฎหมายสาระบัญญัติมาปรับใช้กับข้อพิพาทในทำนองเดียวกับศาล ซึ่งทฤษฎีนี้ในทางปฏิบัติแล้วมักจะพบในการดำเนินนโยบายทางอนุญาโตตุลาการในกลุ่มประเทศสังคมนิยม<sup>9</sup>

## (2) ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่า การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่เป็นสัญญา โดยการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็เฉพาะจากความตกลงร่วมกันของคู่กรณีเท่านั้น คู่กรณีจะเป็นผู้กำหนดระบบของการอนุญาโตตุลาการ เลือกผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการทั้งทางตรงและทางอ้อม เลือกเวลาและสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ตลอดจนกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและที่สำคัญทฤษฎีนี้ถือว่าคู่กรณียอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นสัญญาและสมัครใจที่จะยอมรับให้สัญญานั้นมีผลบังคับ<sup>10</sup> โดยผู้ที่ให้การสนับสนุนทฤษฎีนี้จะปฏิเสธอำนาจของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณีซึ่งสมัครใจที่จะตกลงทำสัญญาและสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นต่ออนุญาโตตุลาการและยอมรับในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>11</sup> ดังนั้นอำนาจที่แท้จริงของอนุญาโตตุลาการจึงมาจากข้อตกลงของคู่สัญญาไม่ใช่จากบทกฎหมายของรัฐ<sup>12</sup> โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ในสถานะเดียวกับสัญญา เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นคำชี้ขาดจึงเป็นเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณีซึ่งทำขึ้นโดยอาศัยผู้เป็น

<sup>8</sup> เพิ่งอ้าง, น. 21.

<sup>9</sup> Julian D.M. Lew, *Supra note 2*, p.54.

<sup>10</sup> *Ibid*, p.54

<sup>11</sup> *Ibid*, p.54.

<sup>12</sup> สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, "ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," ใน หนังสือรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, จัดพิมพ์โดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535):111.

อนุญาตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวแทนของคู่กรณี<sup>13</sup> แต่มิใช่ในฐานะที่ถือว่าเป็นเสมือนคำพิพากษาของศาล

เมื่อถือว่าทั้งการตกลงให้มีการอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเป็นสัญญาแล้วก็ต้องถือว่าคู่กรณีมีอิสระภายใต้กรอบแห่งกฎหมายในการที่จะกำหนดเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของตน รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการด้วย แม้ในรัฐใดรัฐหนึ่งจะมีกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการก็ตามก็ถือว่ากฎหมายนั้นเป็นเพียงบทสนับสนุนสัญญาอนุญาตตุลาการเท่านั้น<sup>14</sup>

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ยอมรับว่า กฎหมายของรัฐสามารถที่จะเข้ามามีอิทธิพลต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ โดยศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาและทำคำชี้ขาดโดยอนุญาตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม ถึงแม้ว่าศาลจะไม่มีอำนาจที่จะทบทวน แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการได้ก็ตาม<sup>15</sup>

### (3) ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

เมื่อพิจารณารายละเอียดของทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าทั้งทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นของรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างก็ไม่สามารถอธิบายลักษณะของการอนุญาตตุลาการได้อย่างครบถ้วน หากแต่การอนุญาตตุลาการนั้นจำเป็นที่จะต้องมียอดบังคับของทั้งสองทฤษฎี กล่าวคือ ข้อตกลงที่จะทำการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ รูปแบบของการอนุญาตตุลาการและการควบคุมกระบวนการอนุญาตตุลาการจะเป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกัน ในขณะที่ผลทางกฎหมายของข้อตกลงและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด<sup>16</sup> ทฤษฎีนี้จึงยอมรับว่าการอนุญาตตุลาการยังคงต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งอยู่ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาหรือผลของการอนุญาตตุลาการ มิฉะนั้นแล้วอาจเกิดปัญหาเมื่อคู่กรณีฝ่าย

<sup>13</sup> อนันต์ จันทโรภากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 22.

<sup>14</sup> สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 111.

<sup>15</sup> อนันต์ จันทโรภากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 22.

<sup>16</sup> Julian D.M. Lew, *supra* note 2, p.57.

ที่ได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาดต้องการจะบังคับตามคำชี้ขาดทางศาล เพราะเมื่อไม่มีกฎหมายก็อาจมีปัญหว่าศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาและบังคับคดีให้ตามคำชี้ขาดได้หรือไม่ ในขณะที่เดียวกัน ทฤษฎีนี้ก็ยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการมีที่มาจากสัญญาเช่นกัน<sup>17</sup>

ผลของทฤษฎีผลนี้ ก็คือ การยอมรับการมีความสัมพันธ์ระหว่างการอนุญาโตตุลาการกับสถานที่ที่จะทำการพิจารณาข้อพิพาท (Place of Arbitration)<sup>18</sup> กล่าวคือ วิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันและต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายของรัฐที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณา<sup>19</sup> ทั้งนี้เพราะหากกระบวนการพิจารณานั้นไปขัดกับกฎหมายพิจารณาความหรือกฎหมายสารະบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยด้วยแล้วก็อาจทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่มีผลและถูกศาลปฏิเสธไม่บังคับให้ตามคำชี้ขาดได้

#### (4) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีนี้มองว่าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องดูจากการใช้และวัตถุประสงค์ซึ่งทฤษฎีนี้จะแตกต่างจากทฤษฎีทั้งสามที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ ทฤษฎีทั้งสามพยายามที่จะตั้งคำถามว่าการอนุญาโตตุลาการอยู่ในส่วนใดของระบบกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายนั้นได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทต่อการอนุญาโตตุลาการหรือวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่ ในขณะที่ทฤษฎีนี้มองการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นตัวของมันเอง (per se) ว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นทำอะไร มีวัตถุประสงค์อย่างไร มีหน้าที่อย่างไรและทำไมถึงต้องเป็นเช่นนั้น<sup>20</sup> และมองว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการได้รับการพัฒนาขึ้นมาเพียงเพื่อช่วยให้การทำงานของกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกมากขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้เพราะในความเป็นจริง การอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นมาเนื่องจากความต้องการของพ่อค้า นักธุรกิจที่ต้องการวิธีการระงับข้อพิพาทที่สะดวกและเหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นซึ่งแนวทางปฏิบัติในการใช้การอนุญาโตตุลาการก็ได้มีมานานแล้วก่อนที่จะมีกฎหมายในเรื่องนี้ ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ตามมาทีหลังเพื่อรองรับแนวทาง

<sup>17</sup> สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 12, น. 113.

<sup>18</sup> ประเด็นในเรื่องสถานที่ทำการพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) จะได้กล่าวถึงต่อไป

<sup>19</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 1, น. 23.

<sup>20</sup> เพิ่งอ้าง, น. 24.

ปฏิบัติที่มีอยู่แล้วเท่านั้น<sup>21</sup> ดังนั้นกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการจึงมิได้เกิดเนื่องมาจาก ทฤษฎีสัญญาหรือทฤษฎีที่ถืออำนาจของรัฐ แต่เป็นผลที่เกิดจากความจำเป็นในทางปฏิบัติเพื่อให้ การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เป็นที่ยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้ กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง (denationalization หรือ delocalisation of arbitration) และ ยอมรับถึงความเป็นเอกเทศของการอนุญาโตตุลาการจากการถูกควบคุม<sup>22</sup> นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องผูกติดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำ การพิจารณาคดี แต่สามารถที่จะใช้หลักที่เห็นว่าเหมาะสมกับสภาพการณ์ในแต่ละคดีหรืออาจใช้ กฎหมายภายในประเทศ กฎหมายการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ขนบธรรมเนียมและธรรมเนียม ปฏิบัติทางการค้า (lex mercatoria) หรือแม้แต่หลักความยุติธรรมทั่วไป<sup>23</sup> ในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้

ในส่วนของ การอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ในการดำเนิน กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นไม่มากก็น้อยที่จะต้องพึ่งพาระบบการทางศาล ซึ่ง ในการกำหนดเขตอำนาจศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนี้ แม้ว่าจะมีทฤษฎีที่เกี่ยวกับการ อนุญาโตตุลาการถึง 4 ทฤษฎี ดังกล่าวข้างต้น แต่เนื่องจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็น ของรัฐและทฤษฎีสัญญา ต่างก็ไม่สามารถอธิบายลักษณะของการอนุญาโตตุลาการได้อย่าง ครบถ้วน ดังนั้นในการศึกษาเนื้อหาในส่วนของ การกำหนดเขตอำนาจศาลในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาโดยพิจารณาจาก 2 ทฤษฎี ดังนี้

#### 1.1 ทฤษฎีสถานที่นั่งพิจารณา (the seat theory)<sup>24</sup>

ในส่วนของ the seat theory เป็นทฤษฎีที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory) ดังกล่าวข้างต้นซึ่งเป็นทฤษฎีที่กำหนดว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ กับการอนุญาโตตุลาการคือ กฎหมายของสถานที่ที่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (the

<sup>21</sup> Julian D.M. Lew, *supra* note 2, p.60.

<sup>22</sup> *Ibid*, p.60.

<sup>23</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 1*, น. 25.

<sup>24</sup> ต่อไปนี้จะใช้คำว่า "the seat theory" เพื่อไม่ให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการแปล

seat หรือ place of arbitration)<sup>25</sup> ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ถูกพัฒนามาจากข้อสันนิษฐานที่ว่า "การอนุญาโตตุลาการจะต้องหรืออาจตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายได้เพียงระบบเดียว"<sup>26</sup> (lex loci arbitri) ต่อข้อสันนิษฐานข้างต้น ศาสตราจารย์ F.A. Mann ได้กล่าวว่า lex loci arbitri คือกฎหมายของประเทศซึ่งอนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาโดยไม่อาจที่จะเป็นกฎหมายของประเทศอื่นได้<sup>27</sup> นอกจากนี้ F.A. Mann ยังเห็นว่า "คำว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) ที่ถูกใช้ในบริบทของธุรกิจระหว่างประเทศนั้นเป็นแค่เพียงคำพูดที่เคยชินเพราะในความเป็นจริงแล้วการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมิได้มีอยู่จริงในทางกฎหมาย กล่าวคือ ทุก ๆ ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (private international law) ในความเป็นจริงแล้วล้วนแต่ต้องยึดโยงกับระบบกฎหมายภายในทั้งสิ้น ดังนั้น F.A. Mann จึงเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการไม่ว่ารูปแบบใดก็คือ การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (national arbitration) และจะต้องตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเสมอ

นอกจากนี้ Mann เห็นว่า แม้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงในทางสัญญาของเอกชน แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็จะต้องมีลักษณะที่เป็นภายในประเทศ (national character) และการที่รัฐมีความตกลงในทางระหว่างประเทศ อาทิเช่น สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาใดๆ นั้น ความตกลงระหว่างประเทศนี้จะมีผลก็ต่อเมื่อความตกลงระหว่างประเทศนั้นได้รับการยอมรับโดยรัฐซึ่งควบคุมการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งจะทำให้ความตกลงระหว่างประเทศไม่อาจเข้ามามีผลกระทบต่ออำนาจการควบคุมการอนุญาโตตุลาการของระบบกฎหมายภายในของรัฐที่มีการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้ ดังนั้นความเห็นนี้จึงเป็นการสนับสนุนแนวความคิดในการใช้ระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่งของประเทศใดประเทศหนึ่งกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งกระบวนการ และแม้ว่าคู่สัญญาจะมีสิทธิที่จะตกลงเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นประการใดก็ตาม โดยผลของทฤษฎีนี้ คู่สัญญาจะทำการตกลงดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายภายในของประเทศที่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (lex loci arbitri) บัญญัติให้สามารถทำได้เท่านั้น

<sup>25</sup> ถ้าเป็นตำราที่เขียนโดยนักกฎหมายอังกฤษมักจะใช้คำว่า "the seat of arbitration"

<sup>26</sup> Julian D.M. Lew, *supra* note 2, p.245.

<sup>27</sup> *Ibid*; See also, F.A. Mann, "ENGLAND REJECTS "DELOCALISED" CONTRACTS AND ARBITRATION," International and Comparative Law Quarterly, Vol.33 (January 1984):196-197.

ข้อที่เป็นที่ยอมรับของ the seat theory นี้ก็คือ ทฤษฎีนี้เป็นการกำหนดหรือสร้างกรอบทางกฎหมายให้กับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศแทนที่จะเป็นการอนุญาโตตุลาการลอยๆ (floating arbitration) ที่ไม่มีการเชื่อมโยงกับระบบกฎหมายใดๆ เลย ดังนั้นโดยทฤษฎีนี้ การอนุญาโตตุลาการจะถูกเกี่ยวหรือยึดโยงอยู่กับระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่งดังกล่าวข้างต้น<sup>28</sup> นอกจากนี้ถ้ากล่าวได้ว่าทฤษฎีนี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์จากจุดเชื่อมโยงทางอาณาเขต (territorial link) ระหว่างสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ<sup>29</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นทฤษฎีที่เน้นถึงลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จะมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับประเทศที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ<sup>30</sup>

ทฤษฎีนี้ถูกกำหนดขึ้นและปรากฏอยู่ในกฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติต่าง ๆ อาทิเช่น Geneva Protocol, 1923, Convention On the Recognition and Enforcement for Foreign Arbitral Awards, 1959 (New York Convention, 1959): Article V(1)(d)<sup>31</sup> และ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 : Article 1 (2)<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> ALAN REDFERN, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, FORTH EDITION, (London: SWEET & MAXWELL, 2004), p.108

<sup>29</sup> *Ibid*, p.98.

<sup>30</sup> Gabrielle Kanfmann-Kohler, "Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the law of the place of Arbitration", INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, No.9:337.

<sup>31</sup> Convention On the Recognition and Enforcement for Foreign Arbitral Awards, 1959 (New York Convention, 1959): Article V(1)(d): Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that 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.

ดังกล่าวข้างต้นแล้วว่า the seat theory เป็นทฤษฎีที่นำเอาหลักการเรื่องอาณาเขต (the territoriality principle) มาใช้ในความเชื่อมโยงระหว่างสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงให้ความสำคัญอย่างมากกับ "สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ" (place of arbitration) เพราะฉะนั้นใน ส่วนนี้จึงขอทำความเข้าใจความหมายของคำว่า "สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ" รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการค้นหาเพื่อกำหนดสถานที่และความสำคัญในการกำหนดสถานที่ดังกล่าว ดังนี้

#### 1.1.1 ความหมายของคำว่า "สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ" (place of arbitration)

สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ถูกกำหนดขึ้นโดย ประสงค์ที่จะให้เป็นจุดศูนย์กลางของการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้มิได้หมายความว่ากระบวนการ พิจารณาทั้งหมดจะต้องเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่กำหนดไว้เท่านั้น ดังปรากฏตัวอย่างจากคำวินิจฉัยใน คดี Naviera Amazonia Peruana SA V. Compania Internacional de Seguros del Peru<sup>33</sup> ศาล วินิจฉัยว่า แม้ว่าสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะเป็นการระบุสถานที่ทางภูมิศาสตร์ ของการอนุญาโตตุลาการ แต่ก็มิได้หมายความว่าคู่สัญญาจะจำกัดตัวเองให้ดำเนินการ อนุญาโตตุลาการได้เฉพาะภายในสถานที่ที่กำหนดเท่านั้น และในคดี Union of India V. McDonnell Douglas Crop<sup>34</sup> ศาลวินิจฉัยว่า บ่อยครั้งที่คู่สัญญาจะได้รับความสะดวกหากมีการ พบปะกันหรือพิจารณาคดีในประเทศอื่นๆ ซึ่งในกรณีนี้มีได้หมายความว่าสถานที่ในการดำเนินการ อนุญาโตตุลาการถูกเปลี่ยนไปตามประเทศที่เปลี่ยนไป สถานที่ตามกฎหมายของการ อนุญาโตตุลาการ (the legal place of the arbitration) ยังคงเหมือนเดิม แม้ว่าสถานที่ในทาง กายภาพ (the physical place) จะเปลี่ยนไป เว้นไว้เสียแต่ว่าสถานที่นี้จะถูกเปลี่ยนโดยคู่สัญญา ตกลงเปลี่ยนแปลง

สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนี้ นอกจากจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้เป็น สถานที่ที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจริงๆ แล้ว วัตถุประสงค์สำคัญของการกำหนดสถานที่

<sup>32</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985: Article 1(2): The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.

<sup>33</sup> [1988] 1 Lloyd's Rep. 116 at 121

<sup>34</sup> [Rep.48. 1993] 2 Lloyd's

ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายบางประการ ทำให้สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ถูกเรียกได้อีกชื่อหนึ่งว่า “สถานที่ตามกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ” (the legal place of arbitration)

ด้วยเหตุที่ในทางปฏิบัติ ผู้เป็นอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะมาจากคนละประเทศ ดังนั้น จึงไม่เสมอไปที่ทุก ๆ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการจะสะดวกที่จะเดินทางไปยังสถานที่ที่ถูกกำหนดไว้เพื่อใช้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในการพบปะหรือพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งการยอมรับความเป็นจริงนี้ได้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยบทบัญญัติและข้อบังคับต่างๆ อาทิเช่น Rules of Arbitration of International Chamber of Commerce: Article 4, LCIA: Article 16, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985: Article 20 (2)<sup>35</sup> และ The English Arbitration Act 1996: Section 3

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นสามารถแบ่งแยกสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการได้ 2 ประเภท<sup>36</sup> คือ

(1) สถานที่ที่ถูกกำหนดขึ้นหรือสถานที่ตามกฎหมาย (the constructive or legal place of arbitration)

(2) สถานที่ที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาจริง ๆ ที่นอกเหนือจากสถานที่ตามกฎหมาย (the actual location of the proceedings)

จากการแบ่งแยกสถานที่ที่มีความเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นทำให้เกิดคำว่า “Legal Fictitious หรือ Legal Fictional Place” กล่าวคือ เป็นการกำหนดสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในลักษณะที่เป็นการสมมติขึ้นมาเพื่อใช้เป็นจุด

<sup>35</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985: Article 20. Place of arbitration (1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties. (2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

<sup>36</sup> Gabrielle Kanfmann-Kohler, *supra note 30*, p.344.

เชื่อมโยงกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับประเทศที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดขึ้นและเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายบางประการซึ่งเป็นผลที่ตามมาจากการกำหนดสถานที่ดังกล่าว เช่น เพื่อเป็นการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและเป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะเข้ามาช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น<sup>37</sup> เหตุที่มีแนวความคิดในการกำหนดสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ขึ้นก็เนื่องมาจากการเกิดคำถามในทางวิชาการขึ้นว่า สถานที่ที่เกิดจากความตกลงของคู่สัญญาที่เรียกว่า "สถานที่ที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งอาจแตกต่างจากสถานที่ที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจริงๆ หรือที่มีลักษณะเป็น "สถานที่ตามกฎหมาย" นั้น จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ณ สถานที่ดังกล่าวด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อนุญาโตตุลาการจะมีการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดนอกสถานที่ที่มีการตกลงให้เป็นสถานที่ที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ซึ่งหากคำตอบคือ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดนอกสถานที่ที่มีการตกลงให้เป็นสถานที่ที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการได้ก็จะส่งผลให้สถานที่ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันมีลักษณะที่เป็นการสมมติขึ้นทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงเกิดคำว่า "Fictitious หรือ Fictional Place" ขึ้นในทางวิชาการ<sup>38</sup>

#### 1.1.2 การค้นหาสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

การค้นหาสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญเมื่อต้องกำหนดว่ากฎหมายภายในของประเทศใดที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการมากที่สุดและนอกจากนี้จะมีความสำคัญต่อการกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะเข้ามามีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งโดยทั่วไปการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะเกี่ยวข้องกับกฎหมาย

<sup>37</sup>United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Dispute Settlement (international commercial arbitration) 5.9 Electronic Arbitration, UNITED NATIONS (New York and Geneva, 2003):48.

<sup>38</sup> บทบัญญัติในลักษณะนี้มีปรากฏชัดเจนในกฎหมายเยอรมัน (ZPO Section 1043) บัญญัติให้การดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดสามารถดำเนินการนอกประเทศเยอรมันได้ แม้คู่สัญญาจะระบุให้เยอรมันเป็นสถานที่ตามกฎหมายก็ตาม

ภายในของหลายประเทศซึ่งการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมักจะถูกดำเนินการในประเทศที่เป็นกลางที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาและข้อพิพาทของคู่สัญญา<sup>39</sup>

อย่างไรก็ตาม สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) มักจะถูกระบุไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยคู่สัญญาจะทำการตกลงเลือกสถานที่หรือประเทศที่จะเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่สัญญาไม่มีการตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการไว้ สถานที่ดังกล่าวอาจถูกกำหนดโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือโดยบุคคลที่คู่สัญญามอบอำนาจให้เป็นผู้กำหนดหรือโดยคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่สัญญามอบอำนาจให้ทำเช่นนั้นหรืออาจกำหนดโดยศาล<sup>40</sup>

### 1.1.3 ความสำคัญของสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

(1) ใช้ในการกำหนดกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ<sup>41</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือใช้เป็นตัวกำหนดว่าจะใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศใดบังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้น

(2) ใช้ในการกำหนดว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Rene David, *Arbitration in International Trade*, (Denver: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p.282.

<sup>40</sup> David St. John Sutton, John Kendall, Judith Gill, *Russell on Arbitration*, Twenty-First Edition, (LONDON: SWEET MAXWELL), pp.75-76, ข้อสังเกต ภายใต้กฎหมายอังกฤษ การอ้างประเทศอังกฤษเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้การอนุญาโตตุลาการถูกดำเนินการโดยคณะอนุญาโตตุลาการภายในประเทศอังกฤษ หรือสถาบันภายในประเทศอังกฤษก็อาจเป็นปัจจัยที่ศาลนำมากำหนดสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย ดู คดี Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. V. James Miller & Partners Ltd., See also Rene David, *supra note 39*, p.283.

<sup>41</sup> *Ibid*, pp.74-75., See also, Gabrielle Kanfmann-kohler, *supra note 30*, p. 343; MARTIN DOMKE, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, (Illinois: CALLAGHAN & COMPANY, 1968), p.149.

<sup>42</sup> Rene David, *supra note 39*, p.281.

(3) ใช้ในการกำหนดเขตอำนาจศาล<sup>43</sup> กล่าวคือ ใช้ในการกำหนดว่าศาลของประเทศใดที่จะเข้ามามีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

## 1.2 ทฤษฎีการปลดการอนุญาโตตุลาการจากการผูกพันของระบบกฎหมายภายใน<sup>44</sup> (The delocalization theory)<sup>45</sup>

The delocalization theory เป็นทฤษฎีที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) โดยจุดเริ่มต้นของทฤษฎีนี้มาจากคำกล่าวที่ว่า การทำสัญญาในทางระหว่างประเทศนั้น การอ้างถึงอำนาจที่เป็นกลางเพื่อนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญ แต่ด้วยเหตุที่การเลือกสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการมักจะถือว่าเป็นการเลือกศาลของประเทศหรือสถานที่นั้นโดยอัตโนมัติเสมอ ด้วยเหตุนี้คำถามที่ตามมาก็คือคำถามที่ว่า จะเป็นไปได้หรือไม่ที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจจะถูกแยกหรือปลดออกจากกฎหมายของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น<sup>46</sup> (Delocalization)

The delocalization theory เป็นทฤษฎีที่ถูกสร้างขึ้นด้วยความพยายามที่จะแยกการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศออกจากการถูกควบคุมโดยกฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ โดยถูกสร้างขึ้นมาแทนที่ระบบที่เรียกว่าระบบคู่ (a dual system) ซึ่งเป็นระบบที่วางหลักให้มีการควบคุมการอนุญาโตตุลาการโดยกฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Lex loci arbitri) และอยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลภายในของ

<sup>43</sup> Li Hu, "ONLINE ARBITRATION IN CHINA-An Overview and Perspective", <www.ODR.INFO/UNFORUM2004/DR/20LI2.DOC>, April 2006.

<sup>44</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 55.

<sup>45</sup> คำว่า delocalized อาจมีการใช้ถ้อยคำอื่นแต่ก็มีความหมายไปในลักษณะเดียวกัน เช่น denationalized, anational, floating arbitration ในวิทยานิพนธ์ต่อไปนี้จะใช้คำว่า delocalized arbitration.

<sup>46</sup> Jan Paulsson, "ARBITRATION UNBOUND", The International and Comparative Law Quarterly, Vol.30 (April 1981):358

<sup>46</sup> ALAN REDFERN, *supra note 28*, p.105

<sup>46</sup> Jan Paulsson, *supra note 46*, p.358

ประเทศที่เป็นสถานที่ที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด (place of enforcement) แต่ The delocalization theory มองว่าการอนุญาโตตุลาการควรจะถูกควบคุมเพียงจากจุดเดียว คือ ณ จุดที่เป็นสถานที่ที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด<sup>47</sup>

The delocalization theory เริ่มต้นจากการยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการอนุญาโตตุลาการจะมีอยู่ไม่ได้เลย หากไม่มีสัญญาระหว่างคู่สัญญาตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการ โดยทฤษฎีนี้มีความพยายามที่จะสร้างให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นอิสระและถูกแยก (detach) ออกจากเขตอำนาจศาลและกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง<sup>48</sup> โดยทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับหลักการเรื่องความเป็นเอกเทศของคู่สัญญา (the principle of party autonomy) ซึ่งมีเจตนาที่จะทำสัญญาให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ โดยคู่สัญญาเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเอง ซึ่งทฤษฎีนี้วางอยู่บนข้อสันนิษฐาน 2 ประการ<sup>49</sup> คือ

(1) ทฤษฎีนี้สันนิษฐานว่าการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศถูกกำหนดขึ้นอย่างเหมาะสมและเพียงพอด้วยกฎเกณฑ์ของมันเอง ซึ่งถูกนำมาใช้โดยคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศใดประเทศหนึ่ง

(2) ทฤษฎีนี้สันนิษฐานว่า การอนุญาโตตุลาการควรจะถูกควบคุมแต่เฉพาะโดยกฎหมายของสถานที่ที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด<sup>50</sup>

<sup>47</sup> ALAN REDFERN, *supra* note 28, p.105

<sup>48</sup> JONATHAN HILL, THE LAW RELATING TO INTERANATIONAL COMMERCIAL DISPUTES, (LONDON: LLOYD'S OF LONDON PRESS LTD, 1994), p.475.

<sup>49</sup> ALAN REDFERN, *supra* note 28, p.106.

<sup>50</sup> ในเบื้องต้นมีประเด็นที่จำเป็นต้องอธิบายเพื่อมิให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับ The delocalization theory ดังนี้ กล่าวคือ มีกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งที่มีความเข้าใจอย่างผิดๆว่า กระบวนการที่เรียกว่า Delocalization คือ กระบวนการที่มีความพยายามแสวงหาทางที่จะทำให้การอนุญาโตตุลาการหลุดพ้นจากเขตอำนาจหรือความเกี่ยวข้องกับประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ผิด เนื่องจากความพยายามที่จะปลดหรือทำให้การอนุญาโตตุลาการหลุดพ้นจากเขตอำนาจของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยสมบูรณ์นั้นเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ หรืออาจจะกล่าวได้ว่าระบบการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะล่มสลายในที่สุด หากไม่มีอำนาจรัฐเข้ามายอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด โปรดดู Jan Paulsson, "Delocalization of International Commercial

กรณีศึกษาที่จะนำมาสนับสนุนแนวคิดของ The delocalization theory ก็คือ กรณีที่ คู่สัญญากำหนดให้ประเทศ A เป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) โดยคู่สัญญามีได้มีความเกี่ยวข้องกับใด ๆ กับประเทศ A รวมทั้งอนุญาโตตุลาการ (arbitrators) ก็ได้เป็นคนของประเทศ A อีกทั้งสัญญาหลักหรือสัญญาที่เป็นประเด็นของข้อพิพาท ก็ไม่มีจุดเชื่อมโยงใด ๆ กับประเทศ A ผลปรากฏว่า คำชี้ขาดได้ถูกทำขึ้นโดยมติเสียงข้างมากของ อนุญาโตตุลาการ ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายที่แพ้คดีขอให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดเนื่องจาก อนุญาโตตุลาการผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดมิได้ลงลายมือชื่อในคำชี้ขาด ในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายที่ ชนะคดีได้แย้งว่า ICC Rules of Arbitration ซึ่งคู่สัญญาตกลงให้นำมาใช้บังคับกับสัญญา อนุญาโตตุลาการกำหนดยอมรับคำชี้ขาดโดยเสียงข้างมาก (Majority Award) และคำชี้ขาดไม่ จำเป็นต้องมีลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการฝ่ายเสียงข้างน้อย อย่างไรก็ตามข้อโต้แย้งของ คู่สัญญาฝ่ายที่ชนะคดีไม่เป็นผล เนื่องจากกฎหมายของประเทศ A กำหนดให้อนุญาโตตุลาการทุก คนต้องลงลายมือชื่อในคำชี้ขาด และกำหนดว่าบทบัญญัติที่เป็นข้อสัญญาตาม ICC Rules ไม่มี ผลบังคับ ดังนั้นคำชี้ขาดจึงถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศ A

คำถามจากกรณีศึกษานี้ก็คือ ศาลของประเทศ B จะสามารถยอมรับคำชี้ขาดโดย บังคับตามกฎหมายของประเทศ B ซึ่งบัญญัติรับรองความสมบูรณ์ของการอนุญาโตตุลาการที่ เกิดขึ้น และปรากฏว่าเหตุผลในการเพิกถอนคำชี้ขาดในประเทศ A เป็นลักษณะเฉพาะของประเทศ A เท่านั้น ซึ่งเหตุแห่งการเพิกถอนดังกล่าวไม่ปรากฏในกฎหมายของประเทศ B ได้หรือไม่

คำตอบอาจพิจารณาได้จากเหตุผลที่ว่า นักธุรกิจส่วนใหญ่ ในขณะที่ตกลงทำสัญญา มักจะเชื่อมั่นว่าตนได้รับรู้และเข้าใจในหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการ เป็นอย่างดีแล้ว และตกลงเลือกสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ โดยคำนึงถึงความ สะดวกสบายเป็นหลัก ทั้งนี้โดยมิได้นำเอาประเด็นในเรื่องกฎหมายภายในของประเทศที่เป็น สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการมาเป็นปัจจัยในการกำหนดสถานที่ดังกล่าวด้วย แต่ ปรากฏว่าผลของการพิจารณากลับไม่เป็นอย่างที่คาดการณ์ไว้ในขณะทำสัญญา เนื่องจากผลของ กฎหมายภายในที่เข้ามามีผลกับการอนุญาโตตุลาการโดยอัตโนมัติ ด้วยเหตุนี้จึงน่าจะเป็นสิ่งที่

ถูกต้องและเหมาะสมหากศาลของประเทศ B จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดโดยมิต้องคำนึงถึงการเพิกถอนในประเทศ A<sup>51</sup>

จากกรณีศึกษาชี้ให้เห็นได้ว่า การเลือกสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปแล้วคู่สัญญาจะกำหนดขึ้นโดยอาศัยปัจจัยอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากการพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของสถานที่นั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งในเมื่อบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ปัจจัยที่คู่สัญญานำมากำหนดสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น การกำหนดให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการโดยอัตโนมัติ โดยอาศัยเหตุผลเพียงว่าคู่สัญญาเลือกสถานที่ดังกล่าวเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่เหตุผลที่สมควร<sup>52</sup>

The delocalization theory ปรากฏเป็นที่ยอมรับในคดี Saudi Arabia v. Aramco<sup>53</sup> โดยคณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายของประเทศที่มีการนั่งพิจารณา (Lex loci arbitri) ด้วยเหตุผลว่า คู่สัญญามีเจตนาที่จะไม่ให้ข้อพิพาทตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายใน

ในคดี General National Maritime Transport Company V. Gotaverken Arendal A.B.<sup>54</sup> (Gotaverken Case) เป็นคดีที่เกี่ยวกับคำชี้ขาดของ ICC ที่ตัดสินให้คู่ต่อเรือในสวีเดน (โจทก์) เป็นฝ่ายชนะคดีที่มีต่อบริษัท Libyan โดยโจทก์ดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดในสวีเดนซึ่งเป็นสถานที่ที่เรือของจำเลยถูกกักอยู่ ต่อมาบริษัท Libyan ร้องขอให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดในฝรั่งเศส<sup>55</sup> ในส่วนของ Gotaverken ได้แย้งว่าคำชี้ขาดมิได้มีสัญชาติฝรั่งเศส (Nationality) และได้แย้งว่าไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย

<sup>51</sup> *ibid.*, p.57; See also, John Collier, Vaughan Lowe, THE SETTLEMENT OF DISPUTE IN INTERNATIONAL LAW Institutions and Procedures, (Great Britain: OXFORD University Press), p.232.

<sup>52</sup> *ibid.*, p.56.

<sup>53</sup> (1958) 27 ILR 117

<sup>54</sup> General National Maritime Transport Company V. Gotaverken Arendal A.B. *Cour d'Appel*, 21 Feb, 1980

<sup>55</sup> ตาม New York Convention, 1958 มาตรา V(1)(e) กำหนดให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศสวีเดนสามารถปฏิเสธได้ หากคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนในประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

ฝรั่งเศส จากคำโต้แย้งของ Gotaverken จึงสรุปได้ว่า Gotaverken โต้แย้งว่า การกำหนดให้ปารีส เป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นการยอมรับให้ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจใด ๆ เหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าทั้งตัวคู่สัญญา และธุรกรรมที่สร้างขึ้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศฝรั่งเศสแต่อย่างใด อีกทั้งทั้งคู่สัญญาและ อนุญาโตตุลาการก็มิได้เลือกให้กฎหมายฝรั่งเศสเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ ประกอบกับตาม ICC Rules<sup>56</sup> ก็มิได้บังคับให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้อง ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการหากมิได้มีการ ตกลงเลือกกฎหมายโดยคู่สัญญา ในคดีนี้ศาลตัดสินว่า คำชี้ขาดมิได้มีสัญชาติฝรั่งเศส และไม่มี เหตุผลอื่นใดที่จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส แม้คู่สัญญาจะตกลงให้กรุงปารีสเป็นสถานที่ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ก็ตาม

ต่อมาในคดี AKSA V. Norsolor<sup>57</sup> ปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ Norsolor ซึ่งเป็นจำเลยและเป็นบริษัทในประเทศฝรั่งเศสเป็นฝ่ายชนะคดี AKSA ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติ ตุรกีร้องขอให้ศาลฝรั่งเศสตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และได้แย้งว่ากระบวนการ อนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ในปารีส ดังนั้นกฎหมายที่ต้องนำมาใช้กับกระบวนการ อนุญาโตตุลาการก็คือกฎหมายวิธีพิจารณาความของฝรั่งเศส<sup>58</sup> ศาลตัดสินว่า ศาลไม่รับพิจารณา ตามคำร้องขอของ AKSA โดยปฏิเสธความมีเขตอำนาจเหนือคำร้องนี้ เนื่องจากเห็นว่าคดีนี้เป็นคำ ชี้ขาดที่ไม่ใช่สัญชาติฝรั่งเศส แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าคู่สัญญาดกลงให้ปารีสเป็นสถานที่ในการ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และจำเลยเป็นบริษัทในฝรั่งเศสก็ตาม

<sup>56</sup> สัญญาอนุญาโตตุลาการในคดีนี้กำหนดให้นำ ICC Rules ปี 1988 มาใช้กับสัญญา อนุญาโตตุลาการ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีมีการกล่าวอ้าง ICC Rules มาตรา 11 แต่หาก เปรียบเทียบกับ ICC Rules ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือปี 1998 บทบัญญัติในลักษณะเดียวกันจะ ปรากฏอยู่ในมาตรา 15

<sup>57</sup> BGE 115 II pp. 97 et seq

<sup>58</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับข้อเท็จจริงในคดี Gotaverken คือ คู่สัญญา ตกลงใช้ ICC Rules และมิได้กำหนดกฎหมายวิธีพิจารณาใด ๆ เป็นการเฉพาะ

จากคำตัดสินของศาลฝรั่งเศสทั้งในคดี Gotaverken และคดี AKSA V. Norsolor อาจสรุปได้ว่า<sup>59</sup>

(1) อำนาจในการควบคุม การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นอำนาจของศาลในประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเท่านั้น

(2) แสดงให้เห็นว่าศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ มิได้มีเขตอำนาจเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยเหตุผลเพียงว่าคู่สัญญาตกลงให้ประเทศนั้นเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration)<sup>60</sup>

นอกจาก The delocalisation theory จะปรากฏในคดีดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในปัจจุบัน ทฤษฎีนี้ยังได้รับการยอมรับและปรากฏอยู่ใน ICC Rules (1998): Article 15(1)<sup>61</sup> และนอกจากนี้ กฎเกณฑ์สำคัญที่ให้การยอมรับ The delocalisation theory ในฐานะที่เป็นทฤษฎีพื้นฐานในการ บัญญัติกฎเกณฑ์ดังกล่าว ก็คือ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและ คนชาติของรัฐอื่น (CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES หรือ ICSID Convention) ซึ่งการ

---

<sup>59</sup>Anan Chantara-opakorn, Recognition and Enforcement of Copmercial Arbitration Awards in Private Interanational Law, (J.S.D degree Thesis the Faculty of Yale Law School), pp.113-117.

<sup>60</sup> อย่างไรก็ตาม การที่จะไม่ยอมรับเขตอำนาจของประเทศที่เป็นสถานที่ในการ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการเหนือการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศนั้นก็มิใช่หนทางที่มี ประสิทธิภาพที่จะนำมาแก้ไขปัญหาการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาด และ โดยหลักการนี้เอง

ที่นำมาได้แย้งข้อสันนิษฐานของ The delocalization theory ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่แพ้คดีสามารถที่ จะร้องขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดได้ แทนที่จะต้องไปโต้แย้ง คำชี้ขาดในทุกประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งส่งผลให้ต่อมาในภายหลังประเทศฝรั่งเศสก็ได้ ออกกฎหมาย The French decree,1981 โดยยอมให้ ศาลฝรั่งเศสมีอำนาจในการควบคุม กระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดได้ ดังปรากฏในมาตรา 1502 และ 1504 ซึ่งกำหนดให้ ศาลมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้

<sup>61</sup> ICC Rules (1998): Article 15(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,

ยอมรับใน The delocalisation theory ของอนุสัญญาดังกล่าวได้ปรากฏตามบทบัญญัติมาตราต่างๆ ได้แก่

(1) บทบัญญัติในส่วนของการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (Constitution of the Tribunal) ตามมาตรา 38<sup>62</sup> ซึ่งกำหนดว่า ถ้ามิได้มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 90 วัน หลังจากที่ได้เลขาริการได้ส่งคำบอกกล่าวการจดทะเบียนคำร้องขอตามความใน (3) ของข้อ 36 หรือภายในระยะเวลาอื่นใดตามที่คู่กรณีตกลงกัน เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอและหลังจากที่ได้ปรึกษากับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมากเท่าที่จะเป็นไปได้แล้ว ให้ประธานสภาบริหาร (chairman of administrative council) แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนหนึ่งหรือหลายคนที่ยังไม่ได้แต่งตั้งให้ครบอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานบริหารตามความในมาตรานี้จะต้องไม่ใช่คนชาติของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทหรือของรัฐภาคีที่คนชาติของรัฐนั้นเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท

(2) บทบัญญัติในส่วนของอำนาจหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ (Powers and Functions of the Tribunal) ตามมาตรา 47<sup>63</sup> ซึ่งกำหนดว่า เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีควมจำเป็นตามพฤติการณ์แวดล้อม คณะอนุญาโตตุลาการอาจเสนอแนะวิธีการชั่วคราวที่จะนำไปใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้องของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

---

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.

<sup>62</sup> ICSID Convention: Article 38: If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.

<sup>63</sup> ICSID Convention: Article 47: Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

(3) บทบัญญัติในส่วนของการยกเลิกคำชี้ขาด (Annulment of the Award) ตาม มาตรา 52<sup>64</sup> ซึ่งกำหนดว่า เมื่อเลขาธิการได้รับคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ให้ประธานสภาบริหาร แต่งตั้งบุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการจำนวนสามคนเป็นคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc committee) กรรมการในคณะกรรมการจะต้องไม่ได้เป็นอนุญาโตตุลาการในคณะ อนุญาโตตุลาการที่ทำคำชี้ขาด หรือมีสัญชาติเดียวกับอนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งดังกล่าว หรือ มีสัญชาติของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทหรือรัฐซึ่งคนชาติของตนเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท หรือเป็น ผู้ระงอมข้อพิพาทในคดีเรื่องเดียวกันนั้น คณะกรรมการมีอำนาจที่จะยกเลิกคำชี้ขาดหรือส่วนใด ส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดโดยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น คณะอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดยไม่ ถูกต้องหรือกระทำเกินขอบเขตอำนาจอย่างชัดแจ้ง หรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งทุจริตหรือ คำชี้ขาดไม่ได้ระบุดังเหตุผลที่เป็นพื้นฐานในการชี้ขาด เป็นต้น

จากบทบัญญัติของ ICSID Convention ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งเข้ามามีบทบาทในการควบคุมดูแล กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจแก่ศาลในการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการ หรือการให้อำนาจแก่ศาลในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หรือแม้แต่การให้อำนาจศาลในการยกเลิกคำชี้ขาด ซึ่งหากนำมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 หรือกฎหมายอนุญาโตตุลาการของหลาย ประเทศซึ่งเป็นอนุสัญญาและกฎหมายที่นำเอา the seat theory มาใช้เป็นทฤษฎีพื้นฐานในการ ร่างจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างมาก ดังนี้กล่าวได้ว่าการอนุญาโตตุลาการภายใต้

---

<sup>64</sup> ICSID Convention: Article 52 (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an *ad hoc* Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

ICSID Convention จึงไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของประเทศใดโดยตรง<sup>65</sup> และไม่ได้อยู่ภายใต้การแทรกแซงหรือการควบคุมของศาลภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง นอกจากศาลของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม The delocalization theory ก็ได้รับการโต้แย้งอย่างมาก เนื่องจากความมีอยู่ของการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นกลไกในการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศนี้ โดยหลักการแล้วจะขึ้นอยู่กับความเชื่อมั่นของคู่สัญญาที่มีต่อระบบการระงับข้อพิพาทในฐานะที่เป็นระบบที่มีความยุติธรรม ซึ่งความเชื่อมั่นนี้จะเกิดขึ้นได้ก็โดยระบบกฎหมายภายในที่กำหนดให้การอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันและมีสภาพบังคับ ในขณะที่เดียวกันการยอมรับว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นที่มาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นก็ยังคงตกอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่ว่า “เขตอำนาจของรัฐที่มีอยู่เหนืออาณาเขตของรัฐนั้นทำให้รัฐมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและมีอำนาจในการควบคุมและบังคับตามคำชี้ขาดได้โดยศาลของรัฐนั้น” ซึ่งโดยทั่วไปกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง<sup>66</sup>

<sup>65</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, “อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น”, ใน หนังสือรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำ

พิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2, จัดพิมพ์โดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540):224.

<sup>66</sup> JONATHAN HILL, *supra note 48*, p. 475 แนวความคิดที่โต้แย้งทฤษฎี Delocalization นี้ ปรากฏในศาลอังกฤษ ในคดี Bank Mellat V. Helliniki Teohniki SA [1984] QB.291 คดีนี้เป็นการพิจารณาเขตอำนาจศาลในการออกคำสั่งในเรื่องการเก็บรักษาค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการของ ICC ซึ่งถูกดำเนินการในประเทศอังกฤษ โดยจำเลยโต้แย้งว่า “โดยผลของ ICC Rules ศาลจะรับพิจารณาข้อเรียกร้องใด ๆ ไม่ได้ เว้นแต่ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว” ศาลโดยผู้พิพากษา Kerr LJ. ตัดสินว่า “ศาลอังกฤษที่ผ่านมาไม่มีการยอมรับหลักเกณฑ์หรือแนวความคิดในเรื่องการแยกกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศออกจากกฎหมายภายใน (floating arbitration) ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอังกฤษเชื่อในแนวคิดที่ว่า การอนุญาโตตุลาการต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการในทางระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ ซึ่งทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์และมีประสิทธิผล

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นข้อพิจารณาทางทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีความจำเป็นต่อการนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งโดยผลของทั้ง 2 ทฤษฎีนี้จะส่งผลต่อการกำหนดความมีเขตอำนาจของศาลภายในประเทศที่ต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าแต่ละประเทศจะยึดถือเอาทฤษฎีใดเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายและแม้จะปรากฏในปัจจุบันทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติว่าทฤษฎีสถานที่นั่งพิจารณา (the seat theory) เป็นทฤษฎีที่มีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับมากกว่าทฤษฎี Delocalization แต่ด้วยยุคสมัยที่เปลี่ยนไปประกอบกับความเจริญทางด้านเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารจึงส่งผลทำให้รูปแบบของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนไปด้วย กล่าวคือ จากการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบปกติมาเป็นการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางออนไลน์ (Online Arbitration) ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อทั้งการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในหลายประการ รวมทั้งในส่วนของ การกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการนี้ด้วย และในการศึกษาเนื้อหาในส่วนของ การกำหนดเขตอำนาจศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์จากทฤษฎีทั้ง 2 ทฤษฎีนี้เป็นสำคัญ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดในลำดับต่อไป

## 2. ข้อพิจารณาการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจากบทบาทศาลที่อาจเข้ามาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความตกลงของคู่พิพาทที่ประสงค์จะให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีการพิจารณาและระงับลงด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยมีผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) เข้ามาเป็นคนกลางในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตามด้วยลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการเองจึงทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยอำนาจศาลในอันที่จะเข้ามาช่วยเหลือและควบคุม ตรวจสอบเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดผลตามกฎหมายตามความประสงค์ของคู่สัญญา ทั้งนี้ศาลอาจเข้ามามีบทบาทหรือมีเขตอำนาจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ในหลายขั้นตอนไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนก่อนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา ขั้นตอน

ระหว่างกระบวนการพิจารณาหรือเมื่อกระบวนการพิจารณาลิ้นสุดลง จนกระทั่งในขั้นตอนหลังมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในการกำหนดว่าศาลใดศาลหนึ่งจะมีเขตอำนาจแค่นั้นเพียงใดนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาท่านใดท่านหนึ่ง หากแต่การพิจารณาเขตอำนาจของศาลนั้นจะขึ้นอยู่กับกฎหมายที่กำหนดให้ศาลนั้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเรื่องใด ซึ่งในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นจำเป็นต้องพิจารณาบทบาทของศาลที่จะเข้ามาควบคุมและตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการในแต่ละขั้นตอนดังกล่าวข้างต้น และทั้งนี้เนื่องจากบทบาทของศาลที่จะเข้ามาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศในแต่ละขั้นตอนจะส่งผลถึงการกำหนดเขตอำนาจเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน ดังนั้นการพิจารณาในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องแยกพิจารณาไปตามบทบาทของศาลที่จะเข้ามาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในแต่ละขั้นตอนไป ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

## 2.1 บทบาทศาลในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงทำสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตโดยให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ตกลงกัน แต่อย่างไรก็ตามศาลอาจเข้ามามีบทบาทในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>67</sup> ซึ่งในกรณีนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทั้งในทางระหว่างประเทศและกฎหมายของแต่ละประเทศมักจะบัญญัติยอมรับให้ศาลสามารถเข้ามามีบทบาทในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ โดยบัญญัติว่าหากคู่พิพาทนำข้อพิพาทที่มีการตกลงให้ต้องระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการมาฟ้องร้องยังศาล ในกรณีนี้ให้ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีที่อยู่ในบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวหยุดการพิจารณาคดีของศาลไว้จนกระทั่งเสร็จสิ้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ หรือยกฟ้อง หรือมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้น<sup>68</sup> ทั้งนี้เพื่อให้คู่พิพาทนำคดีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Julian D.M. Lew, Comparative International Commercial Arbitration, (Netherland: Kluwer Law International, 2003), p.362

<sup>68</sup> ALAN REDFERN, *supra* note 28, p.392.

<sup>69</sup> The New York Convention, Article II(3) และ UNCITRAL Model Law, Article 8(1) และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14

เมื่อพิจารณาบทบาทของศาลที่จะเข้ามาในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลที่จะเข้ามามีเขตอำนาจในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ ก็คือ ศาลที่คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ต้องการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปฟ้องหรือไปดำเนินการทางศาลแทนที่จะนำข้อพิพาทมาสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นศาลที่จะมีเขตอำนาจในกรณีนี้ก็ คือ ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น กล่าวคือ เป็นศาลที่คู่พิพาทอาจนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาคดีโดยศาลนั้นได้หากไม่มีข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

และเมื่อพิจารณาหลักการของทั้ง the seat theory และ the delocalization theory จะเห็นได้ว่าทั้งสองทฤษฎีต่างก็ยอมรับบทบาทของศาลและการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีเหนือการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ กล่าวคือ ทั้ง the seat theory และ the delocalization theory ต่างก็ยอมรับหลักการในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ดังนั้นจึงยอมรับบทบาทศาลในอันที่จะเข้ามาดำเนินการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปตามเจตนาของคู่พิพาทที่ได้ตกลงกันไว้

## 2.2 บทบาทศาลในเรื่องเกี่ยวกับผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ

โดยปกติในเรื่องเกี่ยวกับผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการผู้มีหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทนั้นไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการแต่งตั้ง การถอดถอน ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีบางกรณีที่ศาลจะต้องเข้ามามีบทบาทในเรื่องนี้โดยเฉพาะในส่วนของ การแต่งตั้งและถอดถอนผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพราะอาจมีกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการหรือไม่สามารถตกลงกันในเรื่องดังกล่าวได้ หรือคู่พิพาทไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่างลงได้ อีกทั้งไม่มีกฎเกณฑ์อื่นๆ ที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีต่างๆ ดังกล่าว เช่น กฎเกณฑ์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ<sup>70</sup> ดังนั้นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทั้งในทางระหว่างประเทศและกฎหมายของแต่ละประเทศจึงมักจะบัญญัติให้ศาลมีบทบาทในอันที่จะเข้ามาช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่างลงหากได้รับการร้องขอจากคู่พิพาท เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น<sup>71</sup> นอกจากนี้ศาลอาจเข้า

<sup>70</sup> ALAN REDFERN, *supra* note 28, p.392

<sup>71</sup> UNCITRAL Model Law, Article 11(3) และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 18

มามีบทบาทในการมีคำสั่งถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการประพฤติไม่ชอบ ในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น ปรากฏพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นอิสระหรือความเป็นกลางของ อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทไม่สามารถถอดถอนเองได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลและศาลพิจารณา แล้วเห็นว่าเป็นจริงตามที่คู่พิพาทกล่าวอ้าง เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น<sup>72</sup> สำหรับในกรณีที่ เกี่ยวกับผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนี้ เรื่องที่ศาลอาจเข้ามามีบทบาทได้อีกเรื่องหนึ่งก็คือ ประเด็นใน เรื่องการชี้ขาดอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแม้ว่าการบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ในเรื่องการชี้ขาดอำนาจ ของอนุญาโตตุลาการจะยังคงมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในบางประเทศเห็นว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดความมีอำนาจของตนเอง ในขณะที่มีกฎหมายในทาง ระหว่างประเทศและกฎหมายของบางประเทศเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจตัดสินในเรื่อง เขตอำนาจของตนเอง แต่ให้เป็นอำนาจของศาลที่จะเข้ามาตัดสินชี้ขาดอำนาจของ อนุญาโตตุลาการ<sup>73</sup>

เมื่อพิจารณาบทบาทของศาลในเรื่องเกี่ยวกับผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นใน ส่วนของการแต่งตั้ง การถอดถอนหรือการชี้ขาดอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น หาก พิจารณาหรือยึดถือตาม the seat theory แล้วจะเห็นได้ว่า ศาลที่จะเข้ามามีเขตอำนาจในกรณีนี้ ก็ คือ ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (the place of arbitration)<sup>74</sup> ในขณะที่หากพิจารณาตาม the delocalization theory แล้วจะเห็นได้ว่า การ กำหนดเขตอำนาจศาลในกรณีนี้จะแตกต่างจาก the seat theory ดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ the delocalization theory จะไม่ให้ความสำคัญกับสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากพิจารณาตาม the delocalization theory แล้ว ศาลของประเทศที่เป็น สถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจในการแต่งตั้ง การถอด ถอนหรือการชี้ขาดอำนาจของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ปรากฏตัวอย่าง เช่น การแต่งตั้งคณะ อนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 38 กำหนดว่า ให้ ประธานสภาบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แทนที่จะกำหนดให้ศาลของ ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจ

<sup>72</sup> UNCITRAL Model Law, Article 13 และ Article 14, 15 และพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19 และ มาตรา 20

<sup>73</sup> UNCITRAL Model Law, Article 16(3) และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 24

<sup>74</sup> ALAN REDFERN, *supra note 28*, p.227, p.393.

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเขตอำนาจศาลในการแต่งตั้ง การถอดถอนหรือการชี้ขาดอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับลักษณะของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์อาจส่งผลให้การกำหนดเขตอำนาจศาลในกรณีนี้ไม่ว่าจะโดยยึดถือตาม the seat theory หรือ the delocalization theory ต้องเปลี่ยนแปลงไปจากที่กล่าวข้างต้นซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในบทต่อไป

### 2.3 บทบาทศาลในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี หรือหากคู่กรณีมิได้ตกลงไว้ก็ให้เป็นไปตามดุลพินิจของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ได้ตามสมควรโดยต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ<sup>75</sup> อย่างไรก็ตามในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็มีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับให้ศาลเข้ามามีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย ทั้งนี้เพื่อทำให้เกิดความเชื่อมั่นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างเหมาะสม อีกทั้งเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องเข้ามามีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็เนื่องมาจากโดยลักษณะของการอนุญาโตตุลาการเองที่มีลักษณะที่เป็นเอกชนจึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการบางประการซึ่งเป็นอำนาจของรัฐที่จะต้องดำเนินการผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าโดยตัวอนุญาโตตุลาการเองจึงไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาบางประการได้ เช่น การออกคำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา (interim measure)<sup>76</sup> เช่น การอายัดทรัพย์สินของคู่กรณี การห้ามคู่กรณีกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ที่อาจกระทบถึงการพิจารณา หรือการ

<sup>75</sup> เสาวนีย์ อิศวโรจน์, “บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ”, ใน หนังสือรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม

2, พิมพ์ครั้งที่ 2, จัดพิมพ์โดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540):51.

<sup>76</sup> UNCITRAL Model Law, Article 9 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16

ออกหมายเรียกพยานบุคคล หรือพยานเอกสาร หรือวัตถุใดๆ ให้กับอนุญาโตตุลาการ<sup>77</sup> ซึ่งเป็นกรณี  
ที่ศาลต้องเข้ามาช่วยเหลือเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมี  
ประสิทธิภาพ

เมื่อพิจารณาบทบาทศาลที่มีต่อการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว  
ข้างต้นจะเห็นได้ว่าการกำหนดเขตอำนาจศาลจำเป็นต้องพิจารณาตามแต่ละเรื่องไป กล่าวคือ หาก  
เป็นกรณีที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของ  
คู่กรณีในระหว่างการพิจารณา ในกรณีนี้ศาลที่มีเขตอำนาจก็คือ ศาลของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่  
(ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอายัดทรัพย์สิน) หรือศาลของประเทศที่คู่พิพาทอาศัยอยู่ (ในกรณีที่ศาลมี  
คำสั่งห้ามคู่กรณีกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ที่อาจกระทบถึงการพิจารณา) หรือหากเป็นกรณี  
ที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการออกหมายเรียกพยานบุคคล หรือพยานเอกสาร หรือวัตถุใดๆ ในกรณี  
นี้ศาลที่มีเขตอำนาจก็คือ ศาลของประเทศที่พยานบุคคลหรือพยานเอกสาร หรือวัตถุใดๆ อยู่ในเขต  
ศาล<sup>78</sup> นั้น

เมื่อพิจารณาหลักการของ the seat theory จะเห็นได้ว่า the seat theory ยอมรับ  
บทบาทของศาลและการกำหนดเขตอำนาจศาลที่มีเหนือการดำเนินกระบวนการพิจารณา  
อนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ ในขณะที่เมื่อพิจารณา the delocalization theory จะเห็นได้ว่า โดย  
หลักการของ the delocalization theory ซึ่งเห็นว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ตกอยู่  
ภายใต้การควบคุมของศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งนอกจากศาลของประเทศที่มีการบังคับตาม  
คำชี้ขาด ดังนั้นโดยหลักการของ the delocalization theory จึงเห็นว่าศาลภายในไม่อาจเข้ามามี  
บทบาทในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ไม่ว่าจะเป็น การออก  
คำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา (interim  
measure) หรือการออกหมายเรียกพยานบุคคล หรือพยานเอกสาร หรือวัตถุใดๆ ให้กับ

<sup>77</sup> UNCITRAL Model Law, Article 27 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.  
2545 มาตรา 33

<sup>78</sup> English Arbitration Act 1996, Section 43 กำหนดบทบาทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลใน  
การช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการนี้ใช้บังคับได้ แม้ว่าสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการ  
พิจารณาอนุญาโตตุลาการจะอยู่นอกประเทศอังกฤษ เวลส์ หรือประเทศไอร์แลนด์เหนือ หรือแม้ว่า  
จะไม่มีกำหนดสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการก็ตาม บทบัญญัติ  
นี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษบัญญัติออกมารองรับการดำเนินกระบวนการพิจารณา  
อนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการ ดังปรากฏตัวอย่างเช่น บทบัญญัติของ ICSID Convention มาตรา 47 กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจเสนอแนะวิธีการชั่วคราวที่จะนำไปใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้องของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีความจำเป็นตามพฤติการณ์แวดล้อม และมาตรา 43 ซึ่งกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่กรณีส่งมอบเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของ ICSID Convention ได้กำหนดรองรับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา ตลอดจนกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่กรณีส่งมอบพยานหลักฐานต่างๆ ให้กับทางคณะอนุญาโตตุลาการได้ แทนที่จะบัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณีจะต้องไปพึ่งพาอำนาจของศาลภายในประเทศ<sup>79</sup> เหมือนกรณีของ the seat theory

เมื่อพิจารณาบทบาทศาลในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นประกอบกับลักษณะของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์แล้วอาจส่งผลให้การกำหนดเขตอำนาจศาลในกรณีนี้ไม่ว่าจะโดยยึดถือตาม the seat theory หรือ the delocalization theory ต้องเปลี่ยนแปลงไปจากที่กล่าวข้างต้นซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในบทต่อไป

#### 2.4 บทบาทศาลในการเพิกถอนและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

บทบาทศาลในการเพิกถอนและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้เป็นบทบาทของศาลที่มีขึ้นภายหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดแล้ว ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

---

ระหว่างประเทศที่ในทางปฏิบัติอาจจำเป็นต้องอาศัยอำนาจศาลเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>79</sup> อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจเสนอแนะวิธีการชั่วคราวที่จะนำไปใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตามมาตรา 47 ก็ยังคงมีปัญหาทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติอยู่ กล่าวคือ ยังคงเกิดประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการเสนอแนะวิธีการชั่วคราวดังกล่าวเป็นอำนาจเด็ดขาดของทางคณะอนุญาโตตุลาการหรือคู่กรณีอาจร้องขอให้ศาลภายในประเทศมีคำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาได้ด้วย โปรดดู R. Doak Bishop, James

#### 2.4.1 บทบาทศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

บทบาทศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้เกิดขึ้นเนื่องจากคู่พิพาทเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันหรือคู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดไม่ได้รับโอกาสในการต่อสู้คดี หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทนอกขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือเมื่อศาลเห็นว่า คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะรับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ หรือการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น<sup>80</sup>

ในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นนั้น เนื่องจากบทบาทศาลในลักษณะนี้มีที่มาจากกรยอมรับหลักการตาม the seat theory กล่าวคือ the seat theory ให้ความสำคัญกับประเทศที่เป็นสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ดังนั้นจึงได้มีหลักการยอมรับอำนาจศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจในการตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดที่ถูกทำขึ้นในประเทศนั้นได้ ดังนั้นตาม the seat theory จะเห็นได้ว่า ศาลที่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ก็คือ ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง ในขณะที่ the delocalization theory ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ไม่ให้ความสำคัญกับสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากพิจารณาตาม the delocalization theory แล้วศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจใดๆ ในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเลย ดังปรากฏตัวอย่างเช่น บทบัญญัติของ ICSID Convention มาตรา 52 ซึ่งกำหนดให้ประธานสภาบริหารแต่งตั้งบุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการจำนวนสามคนเป็นคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc committee) ให้มีอำนาจในการพิจารณายกเลิกคำชี้ขาด

Crawford, W. Michael Reisman, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, (Kluwer Law International: Hague, 2005), pp.386-391.

<sup>80</sup> UNCITRAL Model Law, Article 34 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40

หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดโดยเหตุใดเหตุหนึ่ง ทั้งนี้เป็นการกำหนดคณะกรรมการเฉพาะกิจให้มีอำนาจในการยกเลิกคำชี้ขาดแทนศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ที่คำชี้ขาด

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเขตอำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับลักษณะของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์อาจส่งผลให้การกำหนดเขตอำนาจศาลในกรณีนี้ไม่ว่าจะโดยยึดถือตาม the seat theory หรือ the delocalization theory ต้องเปลี่ยนแปลงไปจากที่กล่าวข้างต้นซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดในบทต่อไป

#### 2.4.2 บทบาทศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นสามารถใช้บังคับได้ในทันที หากคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดียินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นโดยสมัครใจ แต่อย่างไรก็ตามหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่อาจบังคับให้ฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจในการบังคับตามคำพิพากษาลดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจที่กฎหมายของทุกประเทศบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายในทางระหว่างประเทศและกฎหมายอนุญาโตตุลาการของทุกประเทศจึงมีบทบัญญัติให้ศาลช่วยเหลือในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเองให้บังคับคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีนั้นให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด และศาลจะออกคำบังคับเพื่อพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่จะเข้ากรณียกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>81</sup>

เมื่อพิจารณาบทบาทศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลที่มีเขตอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คือ ศาลของประเทศที่คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีหรือจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือศาลของประเทศที่ทรัพย์สินซึ่งอาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในเขตศาล<sup>82</sup> ซึ่งการกำหนดเขตอำนาจศาลในลักษณะนี้ก็เป็นที่ยอมรับทั้งใน the seat theory และ the delocalization theory นอกจากนี้แม้จะเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการออนไลน์ก็ไม่ทำให้การกำหนดเขตอำนาจศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดนี้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

<sup>81</sup> เสาวนีย์ อัครวจน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75*, น. 52 ; UNCITRAL Model Law, Article 35, 36 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41-45

<sup>82</sup> Julian D.M. Lew, *supra note 67*, p.373.

เมื่อพิจารณาลักษณะของการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศผ่านทางออนไลน์ประกอบกับรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศทั้งในส่วนของข้อพิจารณาทางทฤษฎีและในส่วนของข้อพิจารณาเกี่ยวกับบทบาทศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าในการนำเอาการระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้ อาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายขึ้น ทั้งในส่วนของทฤษฎี กล่าวคือ อาจเกิดประเด็นปัญหาในการพิจารณาว่าทฤษฎีทางอนุญาโตตุลาการทฤษฎีใดที่เหมาะสมกับการนำมาใช้เป็นทฤษฎีพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการออนไลน์ โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดเขตอำนาจศาลที่จะเข้ามามีบทบาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันต่อการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ซึ่งทางผู้เขียนจะได้นำเสนอประเด็นปัญหาและแนวทางแก้ไขในบทต่อไป

