บทที่ 3

การอนุญาโตตุลาการ และหลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาท ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และ กฎหมายของต่างประเทศ

ธุรกิจหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศในปัจจุบันได้พัฒนาและก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็วขอบเขตของธุรกิจหรือพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมครอบคลุมถึงการไหลเวียนของทรัพยากรสินค้า เงินทุน การบริการ แรงงาน ตลอดจนเทคโนโลยีจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งหรือหลาย ๆ ประเทศ ในขณะเดียวกันรูปแบบขององค์กรที่ดำเนินการทางธุรกิจระหว่างประเทศของเอกชนและความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในทางธุรกิจก็มีลักษณะที่ซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากการจัดองค์กรและการดำเนินกิจการของบริษัทข้ามชาติทั้งหลายและสัญญาสมัยใหม่ที่ถูกนำมาใช้ในทางธุรกิจ ยิ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในการประกอบธุรกิจมีความซับซ้อนมากขึ้นเท่าใด โอกาสที่จะเกิดความขัดแย้งหรือเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาก็ย่อมมีมากขึ้นเป็นเงาตามตัว

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการชำระข้อพิพาท ซึ่งมีวิวัฒนาการควบคู่มาจากความเจริญทางธุรกิจการค้าและการลงทุน และเริ่มเข้าสู่ยุคเฟื่องฟูในด้านการค้าระหว่างประเทศ ประกอบกับลักษณะของวิธีอนุญาโตตุลาการเมื่อเทียบเคียงกับการดำเนินคดีในศาลแล้ว มีลักษณะที่ยืดหยุ่นกว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลและสามารถปรับให้เข้ากับความต้องการของธุรกิจแต่ละประเภทได้มีความรวดเร็วกว่า ผู้ที่นั่งพิจารณาคดีและชำระข้อพิพาทเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญในธุรกิจประเภทนั้น ๆ โดยเฉพาะ มีบรรยากาศที่เป็นมิตรต่อกัน คู่กรณีสามารถรักษาความลับได้ สิ่งเหล่านี้เองที่ทำให้อนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมและเชื่อถือในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจหรือพาณิชย์ระหว่างประเทศ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมความเจริญในทางธุรกิจระหว่างประเทศด้วย ในปัจจุบันเกือบทุกประเทศจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับและสนับสนุนวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจต่าง ๆ ที่เป็นที่นิยมและเชื่อถือในหมู่นักธุรกิจ ประเทศไทยเองก็ได้ตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น และได้เข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีนโยบายที่จะสนับสนุนให้การระงับข้อพิพาททางธุรกิจหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิผล

3.1 หลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การอนุญาโตตุลาการเกิดจากความตกลงของคู่กรณี ให้ส่งข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาด การตกลงกันของคู่กรณีนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา แต่โดยที่การระงับข้อพิพาทภายในเป็นหน้าที่ของรัฐ คือ อำนาจตุลาการ รัฐจึงมักควบคุมว่าเรื่องใดที่จะปล่อยให้เอกชนตัดสินกันเองโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกิจการพาณิชย์ระหว่างประเทศ คู่กรณีแต่ละฝ่ายก็มาจากคนละประเทศกัน การขึ้นศาลอาจทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในเรื่องของกระบวนการพิจารณาคดี อนุญาโตตุลาการจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นทางออกที่เหมาะสมทางหนึ่งของพ่อค้า นักลงทุน หรือนักธุรกิจ ที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบต่อกันได้

ในกรณีของข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ข้อพิพาทส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นมักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการลงทุนโดยตรงของชาวต่างชาติ (Foreign Direct Investment) เช่น พิพาทกันในเรื่องของการกระทำของรัฐที่ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญา การเวนคืนทรัพย์สิน (Expropriation) การโอนกิจการเป็นของรัฐ (Nationalization) เป็นต้น ซึ่งต่อมาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ นั้นอาจแปรสภาพเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐขึ้นมาก็ได้ หากเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นได้ร้องขอให้รัฐบาลของตนใช้วิธีคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เพราะเหตุที่รัฐผู้รับการลงทุนนั้นได้ปฏิบัติต่อนักลงทุนโดยไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และได้มีการใช้มาตรการทางกฎหมายในท้องถิ่นหมดสิ้นแล้ว (Exhaust of Local Remedies) แต่ก็ยังไม่ได้รับความเป็นธรรม ดังนั้นการทำความตกลงไว้ในสัญญาการลงทุนที่จะชำระข้อพิพาทต่าง ๆ โดยอนุญาโตตุลาการและตามกฎหมายที่ตกลงกันไว้ ก็เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะปกป้องหรือบรรเทาไม่ให้ข้อพิพาททางการลงทุนนั้นแปรสภาพเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐต่อไปในอนาคต[1] อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการ อาจนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ซึ่งอาจเป็นข้อพิพาททางกฎหมายหรือข้อพิพาททางการเมืองก็ได้ โดยเรียกว่า International Arbitration เนื่องจากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ กฎหมายที่นำมาใช้ก็มีทั้งในทางวิธีพิจารณาและในทางสาระบัญญัติ ได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ซึ่งจะต่างจากกรณีของอนุญาโตตุลาการในทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือไม่ มีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายภายในกับการอนุญาโตตุลาการทั้งในเรื่องวิธีพิจารณาและเรื่องสาระบัญญัติ โดยจุดที่การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐ (International Arbitration) จะเข้ามาเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับอนุญาโตตุลาการในทางการค้า ก็ในส่วนที่ข้อพิพาทนั้นเคยเป็นข้อพิพาทที่ไม่ใช่เรื่องระหว่างรัฐมาก่อน แต่โดยเหตุที่รัฐได้เข้าสวมสิทธิของเอกชน เนื่องจากเอกชนได้พยายาม

---

[1] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 2.

แสวงหาทางแก้ไขทางกฎหมายภายในจนถึงที่สุดแล้ว แต่ยังไม่ได้รับการเยียวยาดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นนั้นเอง

โดยในระยะนับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน และน่าจะรวมไปถึงในอนาคตด้วย มีการใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น ทั้งนี้เพราะมีการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น เนื่องจากมีกิจกรรมในทางเศรษฐกิจมากขึ้น อันเป็นผลจากการที่มีเทคโนโลยีที่ทันสมัย การติดต่อสื่อสารสะดวกรวดเร็ว จึงเอื้อให้เกิดการผลิตและขนส่งสินค้ามากขึ้น ดังนั้น คำว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) จึงมีการใช้มากขึ้น ซึ่งจะมีองค์ประกอบของเรื่องต่างประเทศอยู่ด้วย ข้อดีข้อเสียที่เคยใช้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในทางการค้าภายในประเทศอาจใช้ไม่ได้หรือไม่มีอยู่จริงในการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยการพิจารณาองค์ประกอบสามารถพิจารณาได้จาก สถานที่ทำสัญญา สัญชาติของคู่สัญญา สถานที่ชำระหนี้ หรือผู้รับประโยชน์ตามสัญญา เป็นต้น อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือการพาณิชย์ โดยปกติจะมีปัญหาข้อกฎหมายคาบเกี่ยวอยู่ด้วย แต่ในการตัดสินปัญหาข้อกฎหมายนั้นต้องมีการพิจารณาถึงปัญหาข้อเท็จจริงอยู่ด้วย เพราะปัญหาข้อกฎหมายนั้นอาศัยข้อเท็จจริงเป็นฐานในการพิจารณา[2] ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ การนำเอาวิธีการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศไปใช้กับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งอาจไม่ใช่การค้าแท้ ๆ เช่น การสัมปทานเหมืองแร่ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ เป็นปัญหาการลงทุนระหว่างประเทศรวมอยู่ด้วย จึงเท่ากับว่าการอนุญาโตตุลาการในทางการค้านั้นอาจเป็นสัญญาในทางปกครอง (Administrative Contract) ได้อีกนัยหนึ่ง

3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การตกลงกันระงับข้อพิพาทในทางการค้าระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องหลายอย่างด้วยกัน และมีองค์ประกอบเรื่องต่างประเทศรวมอยู่ด้วย การพิจารณาเลือกใช้กฎหมายสาระบัญญัตินั้น คู่กรณีอาจตกลงกันเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่แล้ว ไม่ว่าที่จัดทำโดยองค์กรที่ทำการบริหารการอนุญาโตตุลาการ เช่น ICSID, หอการค้าระหว่างประเทศ หรือโดยองค์กรอื่น ๆ ที่ไม่ได้บริหารการอนุญาโตตุลาการ เช่น คณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ UNCITRAL หรือ ECAFE ซึ่งเป็นชื่อเดิมของคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก (ESCAP) หรือตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาเลือกใช้ข้อบังคับเอง ซึ่งข้อบังคับเหล่านั้นไม่ใช่กฎหมาย

---

[2] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, <u>รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า</u>, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สามย่านวิทยพัฒนา, 2540), หน้า 39.

ใช้บังคับระหว่างคู่กรณีได้อย่างสัญญา ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างไรก็ตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นมักจะมีช่องว่าง ดังนั้นในการอุดช่องว่างอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการนั้น และหากถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของการพิจารณาความแพ่งในทางปกติแล้ว อาจจะต้องมีการใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเพื่อขจัดการขัดกันของกฎหมาย

ในชั้นที่อนุญาโตตุลาการกำลังพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทอยู่นั้นคู่กรณีสามารถคัดค้านข้อคุณสมบัติในเรื่องความเอนเอียง (partiality) หรือการมีอคติ (bias) ของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งวิธีการคัดค้านนี้หากไม่ได้มีการระบุไว้ในข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการ หรือข้อบังคับที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวข้องที่อาจมีมากกว่าหนึ่งฉบับ

สำหรับในชั้นที่มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว การรับรองความมีอยู่จริงของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ๆ จะต้องมีกฎหมายมารองรับ ในกรณีที่เป็นคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ประเทศที่มีการการบังคับอาจไม่ใช่ประเทศที่มีการชี้ขาดก็ได้ ดังนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องจึงอาจมีมากกว่าหนึ่งฉบับ ถึงขั้นนี้แล้วกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอาจเข้ามามีบทบาท อย่างไรก็ตามปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้เริ่มลดน้อยลง เพราะประเทศส่วนใหญ่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (ค.ศ. 1958) และมีกฎหมายภายในอนุวัตรตามอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งมีข้อความคล้ายคลึงกัน โดยคัดลอกเอามาตรา II ซึ่งว่าด้วยความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และมาตรา V ซึ่งว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาด ดังเช่นในประเทศไทยเองก็เช่นกัน อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของประเทศต่าง ๆ จะมีการตีความถ้อยคำเดียวกันในอนุสัญญานั้นต่างกันออกไป ซึ่งเป็นอุบัติการณ์ปกติของความแตกต่างที่เกิดขึ้นจากความพยายามที่จะทำให้กฎหมายเป็นเอกภาพ[3]

3.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

โดยสภาวะทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนนอกเหนือจากวิธีทางศาล ไม่ว่าจะต้องอยู่ในบังคับของบทกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือผสมกัน หรือจะอยู่ในบังคับของกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่คู่กรณีก่อตั้งขึ้นเองก็ตาม ยังคงเป็นประเด็นที่มีการโต้แย้งกันและได้มีนักนิติศาสตร์ได้พยายามก่อตั้งทฤษฎี

---

[3] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 41-44.

เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้หลายทฤษฎีด้วยกัน ซึ่งต่างก็มีเหตุผลสนับสนุนทฤษฎีของตนที่ได้ก่อตั้งขึ้น ในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญามักยึดถือเอาทฤษฎีที่ตนเห็นเหมาะสมเป็นหลัก เพราะทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามทฤษฎีที่มีอยู่และในปัจจุบันได้รับการยอมรับนับถือเป็นสากลทั่วไป แบ่งได้เป็น 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเรื่องเขตอำนาจ ทฤษฎีเรื่องสัญญา ทฤษฎีผสม และทฤษฎีเอกเทศ

ก) ทฤษฎีเรื่องเขตอำนาจ (JURISDICTIONAL THEORY)

เป็นทฤษฎีที่แยกแยะให้เห็นว่าการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเทียบได้กับการพิจารณาคดีและวินิจฉัยคดีของศาล อนุญาโตตุลาการจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐที่กระทำอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าทฤษฎีนี้จะยอมรับว่าการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยนั้นมีจุดริเริ่มมาจากความตกลงของคู่สัญญาก็ตาม แต่ทฤษฎีนี้ก็ชี้ให้เห็นว่าการดำเนินกระบวนวิธีการทั้งหลายของอนุญาโตตุลาการความมีผลของอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งข้อสัญญาที่ระบุให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการตลอดจนผลบังคับของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ล้วนแต่ต้องอาศัยบทกฎหมายภายในประเทศที่กระทำอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น หากกฎหมายภายในที่จะนำมาใช้บังคับได้ในฐานะที่เป็น “applicable law” ของประเทศนั้น ๆ ไม่รับรู้หรือมีบทบังคับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับตามกฎหมายแล้ว การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยกระบวนการต่าง ๆ ในการพิจารณาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นต่างก็จะไม่มีความหมายทั้งหมด อนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่เป็นสิทธิของคู่กรณี หากแต่เป็นสิ่งที่รัฐจะอนุญาตหรือไม่ขึ้นอยู่กับรัฐเท่านั้น คู่กรณีสามารถที่จะนำข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและชี้ขาดได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการจะไปทำการพิจารณาคดียอมรับเท่านั้น อนุญาโตตุลาการเองโดยแท้จริงแล้วไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับคำชี้ขาด คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีผลบังคับได้เท่าที่มีกฎหมายรองรับไว้เท่านั้น มิฉะนั้นแล้วคำชี้ขาดนั้นก็จะไร้ผลบังคับ รัฐเท่านั้นที่จะมีสิทธิและอำนาจในการจัดการด้านความยุติธรรม หากกฎหมายยินยอมให้คู่สัญญาเสนอข้อพิพาทของตนให้แก่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดด้วยแล้ว การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ต้องถือเสมือนหนึ่งเป็นคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งทั้งอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษาต่างก็ต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักกฎหมายอย่างเคร่งครัด ข้อแตกต่างระหว่างผู้พิพากษา

และอนุญาโตตุลาการ คือ ผู้พิพากษานั้นได้ทั้งอำนาจและการแต่งตั้งโดยตรงจากรัฐ ในขณะที่อนุญาโตตุลาการนั้นได้รับอำนาจจากรัฐ แต่การแต่งตั้งเกิดจากความประสงค์ของคู่สัญญา[4]

ศาสตราจารย์ มันน์ (Mann) ได้เขียนเรื่อง "Lex Facit Arbitrum" ซึ่งท่านกล่าวไว้ว่า "...รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (public function) ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ" ตามความเห็นของท่านศาสตราจารย์ มันน์ (Mann) อนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐมอบอำนาจ (delegate authority) ให้เอกชนทำหน้าที่แทนรัฐในการชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น หากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลบังคับได้

เมื่ออำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาล โดยปกติแล้วจึงควรถือว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลอย่างเดียวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งผลของคำชี้ขาดจะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่จะทำการบังคับตามคำชี้ขาด (enforcing forum) ดังนั้นผลของทฤษฎีนี้คือ อนุญาโตตุลาการนั้นมีหน้าที่ต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยการนำกฎหมายสาระบัญญัติมาปรับใช้ในทำนองเดียวกับศาล ทฤษฎีนี้จึงเน้นที่ความแน่ชัดของผลในทางกฎหมายของข้อพิพาทและบังคับว่าคำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดี ไม่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการนั้นมีอิสระในการใช้กฎหมายสาระบัญญัติมากไปกว่าผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม เพราะฉะนั้นในคดีที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติและมีปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of law rules) ของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปทำการพิจารณาคดี ซึ่งก็ยังคงมีข้อบกพร่องในแง่ที่ว่า ถ้าประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นแต่เพียงประเทศที่ได้รับการเลือกเป็นสถานที่ทำงานอนุญาโตตุลาการ เพราะการดำเนินการระงับข้อพิพาทในประเทศนั้น ๆ ทำได้สะดวกเท่านั้น แต่ประเทศนั้นไม่มีประโยชน์ได้เสียในผลแห่งคดีแต่อย่างใด[5]

---

[4] สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล, "ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : เพอเฟคท์ กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 105.

[5] Mann, "Lex Facit Arbitrum" in Liber Amicorum for Martin Domke 158 (P. Sanders, ed. 1967)

ประเทศที่ถือทฤษฎีนี้โดยเคร่งครัด ได้แก่ บรรดาประเทศสังคมนิยม สถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านี้ จะผูกติดกับหอการค้าของรัฐ (national chamber of commerce) และมีลักษณะเป็นสถาบันของรัฐไม่ใช่สถาบันเอกชน[6] และวิธีการอนุญาโตตุลาการในประเทศสังคมนิยมนั้น แตกต่างไปจากของประเทศโลกเสรีในรูปแบบและเนื้อหาหลายประการ กล่าวคือ เป็นการดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการของรัฐ ซึ่งเป็นหน่วยงานส่วนหนึ่งของหอการค้าของประเทศนั้น ๆ อันประกอบด้วยสมาชิกซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐ ในขณะที่สมาชิกของหอการค้าในประเทศโลกเสรี คือ นักธุรกิจ ซึ่งเป็นเอกชนธรรมดาไม่ใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากนี้หอการค้าประเทศสังคมนิยมก็เป็นองค์กรในทางกฎหมายของรัฐเพื่อผูกขาดการค้าเพื่อประโยชน์ของรัฐอยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงการค้าต่างประเทศ ในขณะที่การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศไทยกับประเทศสังคมนิยมแต่เดิมนั้น อาจอยู่ในรูปการซื้อขายสินค้าหรือการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกัน เช่น แลกเปลี่ยนข้าวโพดไทยกับปุ๋ยจากประเทศโรมาเนีย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เอกชนไทยซื้อหรือขายสินค้ากับรัฐบาล หรือองค์กร หรือรัฐวิสาหกิจของประเทศสังคมนิยม และที่จะเป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญต่อจากนี้ไปก็คือ สาธารณรัฐประชาชนจีน สหภาพโซเวียต เป็นต้น[7]

ข) ทฤษฎีสัญญา (CONTRACTUAL THEORY)

ทฤษฎีนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาเกิดขึ้นโดยอาศัยสัญญาของคู่กรณีและสิ้นสุดลงโดยคู่กรณีตกลงยกเลิก คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการในรูปแบบใดคู่กรณีเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการที่จะมาทำการชี้ขาด เป็นผู้กำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการพิจารณาและยังเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้คู่กรณียังตกลงที่จะยอมรับให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันในทางสัญญา (binding contractual force) และสมัครใจที่จะปฏิบัติตามขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณี ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธอำนาจของรัฐที่จะแทรกแซงอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของเจตนาและความสมัครใจ (will and consent) ของคู่กรณี ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องของสัญญาพึงได้รับการปฏิบัติ (pacta sunt servanda) ไม่ใช่เรื่องที่รัฐให้อำนาจ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับในศาลได้ใน

---

[6] อนันต์ จันทรโอภากร, "ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ," ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, กรุงเทพมหานคร : เพอเฟคท์กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 19.

[7] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, "อนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศในสหภาพโซเวียต," ในวารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, ปีที่ 16 ฉบับที่ 1, (มีนาคม 2529), หน้า 103.

สถานะเดียวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจึงเสมือนหนึ่งข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่ได้ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการในฐานะตัวแทน

อนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา คู่กรณีมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะตกลงกัน กำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดต่าง ๆ ได้ตามสมัครใจ ซึ่งกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญาของประเทศต่าง ๆ ก็ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาอยู่แล้ว ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องถือเป็นบทบังคับประการหนึ่งของสัญญาและไม่ใช่ผลบังคับของกฎหมาย และคำชี้ขาดที่ออกมานั้นโดยแท้จริงแล้วอาจกล่าวได้ว่าเป็นผลงานโดยอ้อมของความตกลงของคู่สัญญานั่นเอง ดังนั้น พวก Contractual Theory นี้จึงเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการไม่ควรอยู่ใต้บังคับกฎหมายใด ๆ ดังจะเห็นได้จากคำที่ใช้เรียกประกอบกับคำว่า อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นคำที่แสดงถึงความไม่ผูกพันกับประเทศหนึ่งประเทศใดแทบทั้งสิ้น เช่น Transnational, Anational, Non-national หรือแม้แต่คำว่า International ดังนั้นอิทธิพลของรัฐต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นมีน้อยมากหรือแทบไม่มีเลย

อนุญาโตตุลาการ ก็คือ ตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเลยไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจบังคับโดยใช้อำนาจศาล แต่ไม่ใช่ในฐานะที่จะถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำพิพากษาอย่างหนึ่ง หากแต่เป็นการบังคับตามสัญญาที่จะไม่ได้รับการปฏิบัตินั่นเอง ทฤษฎีนี้สนับสนุนให้เห็นว่าคู่สัญญานั้นมีความเป็นอิสระในการที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับถึงความสัมพันธ์ของตนในระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน ดังนั้น อนุญาโตตุลาการที่มีความจำเป็นต้องพิจารณาจากความประสงค์ของคู่สัญญาที่ ปรากฏในตัวสัญญาว่าประสงค์จะให้ใช้กฎหมายของประเทศใด ในกรณีที่ข้อความในสัญญาไม่ได้กล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่จะใช้ กฎหมายที่ควรจะนำมาใช้บังคับถึงวิธีการพิจารณาและทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจึงควรเป็นกฎหมายสาระบัญญัติที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญานั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะทฤษฎีนี้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเพียงเครื่องมือในโลกการค้าเสรีที่มีไว้เพื่อแก้ปัญหาเฉพาะกิจในวงการค้าระหว่างประเทศ[8] อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิงและยอมรับข้อเท็จจริงว่าศาลอาจไม่บังคับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐไม่อนุญาตให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ และศาลอาจไม่บังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือเมื่อปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่

---

[8] Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, (Illinois:Callaghan & Company), 1968, p. 2.

อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัย ไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งในเรื่องนี้เป็นความแตกต่างไปจากทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ

ด้วยทฤษฎีนี้ไม่ให้ความสำคัญแก่กฎหมายภายในของรัฐมากนัก ทั้งนี้เพราะผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ถือว่าการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการทำคำชี้ขาดล้วนแต่เป็นสัญญาทั้งสิ้น แม้ในรัฐใดรัฐหนึ่งจะมีกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการก็ตาม ก็ต้องถือว่ากฎหมายนั้น ๆ เป็นเพียงบทสนับสนุนสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องที่สำคัญอยู่สองประการ คือ[9] ประการแรก ในขั้นบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งเป็นเรื่องของการบังคับเอากับตัวทรัพย์ จะต้องอาศัยศาลในการใช้อำนาจรัฐ คือ อำนาจอธิปไตย ได้แก่ อำนาจตุลาการและอำนาจบริหาร เพื่อให้ชำระหนี้ตลอดจนบังคับชำระเอากับตัวทรัพย์ของจำเลย ซึ่งเป็นการใช้เครื่องมือของกฎหมายภายในนั่นเอง ส่วนประการหลัง ในขั้นพิจารณาต้องอาศัยกฎหมายภายในในการบังคับให้พยานให้การก็ดี ตลอดจนคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการชี้ขาด ซึ่งเป็นเรื่องของการยืมมือศาลและกฎหมายภายใน จึงเห็นได้ว่า แม้จะยืนยันความเป็นสัญญาของคู่กรณีเป็นหลัก แต่ท้ายที่สุดเมื่อจำต้องบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องพึ่งอำนาจรัฐอยู่ดี

ค) ทฤษฎีผสม (MIXED OR HYBRID THEORY)[10]

จากทฤษฎีเขตอำนาจและทฤษฎีสัญญาดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ชัดว่าต่างมีข้อบกพร่องด้วยกันทั้งสองทฤษฎี ซึ่งไม่อาจที่จะชี้ชัดว่าทฤษฎีใดถูกต้องเด็ดขาด หากแยกพิจารณาแล้วจะเห็นว่ารูปแบบของอนุญาโตตุลาการและวิธีพิจารณาความเป็นเรื่องที่คู่กรณีจะตกลงกัน ส่วนผลของข้อตกลงและลักษณะการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการขอให้บังคับ

---

[9] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, "การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี," ในรวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : เพอเฟคท์ กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 1.

[10] อนันต์ จันทรโอภาส, "ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ" ในรวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : เพอร์เฟคท์ กราฟฟิค กรุ๊ป, 2535), หน้า 24.

ศาสตราจารย์ เซาเซอร์-ฮอลล์ (Sauser Hall) ได้เป็นผู้ที่พัฒนาทฤษฎีผสมนี้ โดยเห็นได้ว่า มีปรากฏอยู่ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institute de Droit International) เมื่อ ค.ศ. 1952 ซึ่งท่านอธิบายว่า อนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดออกจากกฎหมายได้โดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จะต้องอิงกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่เพียงใด ในขณะเดียวกันท่านยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็โดยอาศัยข้อตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีเป็นผู้กำหนดบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี ท่านจึงนิยามอนุญาโตตุลาการว่าเป็น "a mixed juridical institution *sui generis* which has its origin in the (parties) agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law"

ในความเป็นจริงทั้งสองทฤษฎีข้างต้นไม่ได้ขัดแย้งกัน เพราะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน มีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนพิจารณาความและเป็นสัญญา (procedural and contractual features) ข้อตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นเป็นสัญญา และไม่มีเหตุผลอื่นที่จะไม่ถือว่าไม่เป็นสัญญา ดังนั้นความสมบูรณ์ของข้อตกลงจึงเป็นเรื่องที่จะพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญา ในขณะเดียวกันวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐด้วย

ในกรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือ non domestic arbitration ผลของทฤษฎีนี้คือ อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์กับสถานที่ที่จะทำการพิจารณาคดีอย่างยิ่ง วิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ภายใต้กรอบของกฎหมายของประเทศที่จะนั่งพิจารณาคดี (siege d' arbitrage) สำหรับกฎหมายสาระบัญญัติที่จะใช้ชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายที่คู่กรณีกำหนดหรือตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งคู่กรณีจะตกลงกันได้มากน้อยเพียงใดในเรื่องของกฎหมายที่จะใช้บังคับ (Choice of law) เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของประเทศที่อนุญาโตตุลาการไปนั่งพิจารณาคดี ถ้าไม่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้งระหว่างคู่กรณี อนุญาโตตุลาการก็จะใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศนั้น[11]

[11] อนันต์ จันทรโอภากร, "ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ," หน้า 19.

ง) ทฤษฎีเอกเทศ (SUI GENERIS THEORY)

มาดามฮรูแบลแลง เดอวิชี่ (Madame Rubellin Devichi) ท่านเห็นว่า ลักษณะของอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้ เห็นได้จากทั้งสามทฤษฎีที่กล่าวมาแล้วนั้น พยายามจะจัดอนุญาโตตุลาการให้อยู่ในส่วนหนึ่งส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายนั้น ๆ ได้กำหนดขอบเขตของสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด หรือกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่ทฤษฎีเอกเทศนี้ตัวอนุญาโตตุลาการต้องมองตัวเองว่า อนุญาโตตุลาการต้องทำอะไรบ้าง มีเป้าหมายอย่างไร ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยดี

อนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นมาเพราะบรรดานักธุรกิจ ซึ่งต่างเห็นว่าเป็นวิธีที่สะดวกและเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาท คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้มีผลบังคับได้ก็ไม่ใช่เพราะสถานะทางสัญญาหรือการมอบอำนาจจากรัฐ แต่เป็นเพราะความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้อนุญาโตตุลาการทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดการยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ ที่เรียกกันว่า "denationalised arbitration" หรือ "non-national arbitration" และยอมรับเสรีภาพของคู่กรณีอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดที่จะตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการ เช่น กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีวิธีพิจารณา ตลอดจนรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการเองก็ไม่ต้องผูกมัดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปนั่งพิจารณาคดี แต่สามารถใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดีหรืออาจใช้กฎหมายหรือมาตรฐาน ขนบธรรมเนียมประเพณี และแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้[12]

3.1.3 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาจเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในเรื่องของการอนุญาโตตุลาการ ได้ 3 ขั้นด้วยกัน คือ ขั้นข้อพิพาท ขั้นพิจารณา และขั้นชี้ขาด

1) ในขั้นกำหนดว่าเรื่องใดจะมอบให้คู่พิพาทใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้ (Arbitrability) การทำการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อยกเว้นของวิธีพิจารณาความแพ่งปกติ จึงต้องอยู่ใต้การพิจารณาในแง่ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะเป็นการแบ่งใช้อำนาจรัฐส่วนหนึ่ง

---

[12] Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, Oceana Publications : New York, 1978, p. 508.

2) ในชั้นวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการต้องไม่เอนเอียง และต้องไม่มีอคติใช้วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นหัวใจของความยุติธรรมและยังเป็นหัวใจของกฎหมาย นอกจากการให้ความเป็นธรรมในการรับฟังการนำสืบคดีแล้ว ยังต้องมีมาตรการในการทำให้เกิดความเป็นธรรมดังกล่าว คือ การให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ทำนองเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษา

3) ในชั้นชี้ขาดตัดสินคดีอนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย เช่น ยอมให้การให้สินบนเป็นความถูกต้อง เพราะจะทำให้เกิดการเรียกสินบน ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

3.2 หลัก ex aequo et bono ในกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการที่ได้พิจารณาที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศจะพบว่า ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ข้อ 38 อนุ 1 ได้กำหนดให้ศาล[13] ใช้สิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ในการพิจารณาและพิพากษากรณีพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ

ก) อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าทั่วไปหรือโดยเฉพาะซึ่งตั้งหลักเกณฑ์อันเป็นที่รับรองโดยรัฐที่เกี่ยวข้องโดยชัดเจน

ข) จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะเป็นหลักฐานแห่งการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย

ค) หลักทั่วไปของกฎหมายซึ่งอารยประเทศรับรอง

ง) ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 59[14] คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้เผยแพร่ที่มีคุณวุฒิสูงสุดแห่งประเทศต่าง ๆ ในฐานเป็นเครื่องมือช่วยให้ศาลวินิจฉัยหลักกฎหมาย

จากข้อกำหนดดังกล่าว สามารถที่จะแยกหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศได้ 2 ส่วน คือ หลักสำคัญและหลักเสริม โดยหลักสำคัญประกอบไปด้วย สนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนหลักเสริมนั้นจะประกอบไปด้วย คำพิพากษาของศาล งานของนักนิติศาสตร์ ซึ่ง

---

[13] ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ซึ่งบางทีก็มีผู้เรียกว่า ศาลโลก ก่อตั้งขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อให้เป็นองค์การสำคัญทางศาลของสหประชาชาติ.

[14] มาตรา 59 บัญญัติว่า "คำพิพากษาของศาลไม่มีผลบังคับ เว้นแต่ระหว่างคู่ความ และเฉพาะคดีเท่านั้น"

นอกจากหลักทั้งสองแล้ว ตำรากฎหมายระหว่างประเทศบางเล่ม[15] ยังได้อ้างถึงคำตัดสิน (Decision) หรือความตกลงใจ (Determination) ขององค์การและสถาบันระหว่างประเทศอื่น ๆ ด้วย

การที่ธรรมนูญศาลได้วางหลักการเรียงลำดับดังกล่าวโดยเริ่มจากสนธิสัญญา คงจะเป็นเพราะว่าสนธิสัญญานั้นเป็นหลักฐานที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร จึงเป็นสิ่งที่ชัดเจนและแน่นอนในอันที่จะนำมาพิจารณาเป็นลำดับแรก อย่างไรก็ตามผู้เขียนกลับมีความเห็นว่าเราน่าจะเริ่มศึกษาจากสิ่งที่มาก่อนสนธิสัญญา อันได้แก่ แนวทางปฏิบัติ (จารีตประเพณี) ในระยะแรก ๆ เสียก่อน เพราะจารีตประเพณีเป็นเสมือนความรับผิดชอบของรัฐที่มีต่อชาติอื่น ๆ และในทางทฤษฎี จารีตประเพณีมีมูลฐาน หรือแกนหลักจากความสมัครใจ และ/หรือ ความจำเป็นซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) ทฤษฎีความสมัครใจ (Theory Voluntariste) ซึ่ง GROTIUS เห็นว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นผลจากความสมัครใจของรัฐต่าง ๆ ที่ปฏิบัติระหว่างกัน และบางครั้งก็เป็นการสมัครใจโดยปริยาย

ข) ทฤษฎีภาวะวิสัยหรือความจำเป็น (Theory Objective) ด้วยข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐที่เกิดขึ้นใหม่ต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีที่มีมาก่อน

จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นการปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ ซึ่งรัฐอื่นยอมรับเพราะมีประโยชน์. จนในที่สุดก็กลายมาเป็นหลักนิติธรรม (rule of law) ซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันที่แน่นอน แต่อย่างไรก็ตามการปฏิบัติใด ๆ ซึ่งรัฐไม่มีหน้าที่จะต้องทำแต่ได้กระทำไปโดยคำนึงถึงความเหมาะสมหรือเพื่อมารยาทความสุภาพ หรือเหตุผลทางศีลธรรม มนุษยธรรมนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความผูกพันกัน การกระทำดังกล่าวคงเป็นแค่เพียงอัธยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ[16] (international comity)

นอกเหนือจากการใช้จารีตประเพณีในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังสามารถใช้หลัก ex aequo et bono ได้ ตามที่ธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 38 อนุ 2 ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ โดยมีเงื่อนไขว่า คู่กรณีพิพาทต้องตกลงด้วยว่าให้ใช้อำนาจนี้ได้[17]

---

[15] J.G.Starke, Introduction to International Law, (6th Edition LONDON : BUTTERWORTHS, 1967).

[16] Ibid.,

[17] Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 4th Edition, (Oxford:Charendon Press,1990), p.730.

ex aequo et bono เป็นคำภาษาลาติน มีความหมายว่า ความเป็นธรรมและมโนธรรม ซึ่งในกระบวนการยุติธรรม ก็ตีความหมายได้ว่า ในการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ความยุติธรรมตามธรรมชาติและความสุจริต ซึ่งหลัก ex aequo et bono นี้จะใช้ได้ต่อเมื่อคู่กรณีได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นอย่างชัดแจ้ง โดยปรากฏอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือความตกลงให้ส่งข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นแล้วไปให้อนุญาโตตุลาการตัดสิน คือ เป็นการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ใช้กฎหมาย แต่ใช้ความเป็นธรรมและความสุจริตแทนตัวบทกฎหมาย อย่างไรก็ตามตัวอนุญาโตตุลาการยังต้องใช้หลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่คำนึงถึงความยุติธรรมและที่สำคัญคือ ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

หลัก ex aequo et bono นี้ ไม่ใช่หลักเพื่อการแบ่งผลประโยชน์ระหว่างคู่กรณี คือ ไม่ใช่ตัดสินชี้ขาดให้คู่กรณีได้คนละ 50-50 เพราะหลัก 50-50 ไม่เสมอทุกครั้งไปที่จะเป็นธรรมและยุติธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่ในทางปฏิบัติก็มีบ่อยครั้งที่ผู้ตัดสินชี้ขาดเพียงแต่ใช้หลัก 50-50 แบ่งผลประโยชน์คนละครึ่งเพราะเข้าใจว่าเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย หรือกรณีการตัดสินชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมาย ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า Amiable Composition หรือการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย หรือ ผู้ทำการชี้ขาด ซึ่งเรียกว่า Amiable Compositeurs หรืออนุญาโตตุลาการฉันมิตร อันเกิดจากต้นแบบของความคิดพื้นฐานในการไกล่เกลี่ยเท่านั้นเอง แต่ว่าข้อเสนอของอนุญาโตตุลาการฉันมิตรจะได้มาในรูปแบบที่มีการผูกมัด จึงเห็นได้ว่า Amiable Composition หรือการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย เป็นความหลากหลายของการอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจในตัวเองอย่างมาก แม้จะไม่ใช้หลัก ex aequo et bono[18] ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ก็คือ การตัดสินชี้ขาดในลักษณะไกล่เกลี่ยอย่างเป็นเพื่อนและมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์กับคู่กรณี แม้จะไม่ใช้กฎหมายในการชี้ขาดตัดสินก็ตาม เพราะเป็นการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การไกล่เกลี่ยตามปกติธรรมดา (Conciliation)[19]

ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการอาจจะได้รับมอบอำนาจจากคู่กรณีให้ดำเนินกระบวนพิจารณาโดยใช้หลัก ex aequo et bono ซึ่งหลักนี้ได้ ปรากฏว่ามีการนำมาใช้เป็นครั้งแรกในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐที่ดูเหมือนว่าได้นำเอาหลักปฏิบัติในการอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่เข้ามาใช้โดยปราศจากข้อเคร่งครัดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังตัวอย่าง การพิพาทระหว่างประเทศโคลัมเบียและประเทศเอกวาดอร์ในปี ค.ศ. 1907 อนุญาโตตุลาการถูกนำมาตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับเส้นแบ่งแยกดินแดนระหว่างทั้งสองรัฐ ซึ่งมีข้อกำหนดให้นำอนุญาโตตุลาการมาใช้โดยอนุสัญญา แต่กำหนดไว้ว่าอนุญาโตตุลาการอาจจะออกจากบทบัญญัติที่เคร่งครัดของกฎหมายและใช้หลักความยุติธรรมในการตัดสินชี้ขาดเท่าที่จำเป็นและเพื่อ

---

[18] René David, Arbitration in International Trade, 1985, P. 7.

[19] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 106.

ประโยชน์ต่อทั้งสองประเทศ[20] แต่ในปัจจุบันหลัก ex aequo et bono ได้เข้ามามีบทบาทในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเอกชน ผลของการใช้หลัก ex aequo et bono ในกระบวนยุติธรรมมีส่วนคล้ายคลึงกับการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (Amiable composition) ตรงที่ผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ ผู้ซึ่งทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทนั้นไม่ต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการบังคับการให้แก่คู่กรณี ถ้าหากว่าสิ่งที่ชี้ขาดจะนำมาซึ่งความยุติธรรมแก่ทั้งคู่กรณีซึ่งในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐจะปรากฏการใช้หลักเกณฑ์สมัยใหม่ที่กำหนดขึ้น เพื่อใช้ในแต่ละกรณีน้อยกว่าในการอนุญาโตตุลาการระหว่างเอกชน โดยเฉพาะในทางการค้า ดังตัวอย่าง กรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการจับสัตว์น้ำใน Behring's Sea ซึ่งคล้ายกับการอนุญาโตตุลาการในกรณี Free Zones เมื่อราวปลายปี ค.ศ. 1930 ระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่เกี่ยวเนื่องกับการส่งออกสินค้าที่ผลิตจาก Free Zones of North Savoy and Gex เข้าไปในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ที่อนุญาโตตุลาการผู้เชี่ยวชาญได้รับอำนาจจากคู่กรณีให้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทโดยอาศัยแนวปฏิบัติในทางการค้า[21]

หลักเกณฑ์ทั่วไปหรือแนวประเพณีปฏิบัติในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นส่วนสำคัญและมีผลต่อคู่กรณีเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศจึงมีความจำเป็นต้องมีการพิจารณาในส่วนนี้อยู่ด้วย ซึ่งจุดนี้เองจะเป็นที่มาของอนุญาโตตุลาการที่ใช้หลัก ex aequo et bono ได้อย่างดีที่เดียว บางครั้งแบบมาตรฐานของสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าเป็นกรณีการนำเข้าส่งออกสินค้าหรือการค้าสินค้าปฐมภูมิ มักจะกำหนดตัวอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งรูปแบบการอนุญาโตตุลาการไว้เมื่อถึงคราวเกิดข้อพิพาทขึ้นมาตามสัญญานั้น ๆ เช่น สัญญากำหนดให้ผู้ใดผู้หนึ่งซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดในธุรกิจ เป็นอนุญาโตตุลาการก็ได้หรือจะระบุลงไปในสัญญาอย่างกว้าง ๆ ก็ได้ว่า เป็นนักธุรกิจ (Commercial Men) ซึ่งถ้อยคำที่จะใช้ในสัญญาต้องเป็นความตั้งใจและสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ประสงค์จะให้ข้อพิพาทของเขาทั้งสองฝ่ายได้รับการตัดสินชี้ขาดบนพื้นฐานของธุรกิจการค้า (Commercial Lines) ปราศจากการพิจารณาหลักกฎหมายอย่างเป็นทางการ คือ การใช้หลัก ex aequo et bono หรือเป็น Amiable Composition นั่นเอง อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติประเทศที่มีประสบการณ์ในระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในทางการค้า ย่อมจะมีความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับหลัก ex aequo et bono ว่าหมายถึง การอนุญาโตตุลาการที่มีความยืดหยุ่นและมีการปรับใช้วิธีที่ยุติธรรมเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทให้เกิดความเป็นธรรม ไม่ใช่ยังคงเป็นกระจกเงาสะท้อนกระบวนพิจารณาในชั้นศาลเหมือนเดิม ซึ่งการที่มีทางเลือกให้อนุญาโตตุลาการได้ใช้หลัก ex aequo et bono จะเป็นสิ่งที่วิเศษที่สุดในการชี้ขาดข้อพิพาท สำหรับ

---

[20] Stuyt, Survey of International Arbitrations 1794-1970, Case No.285, 1976 : "leaving to one side strict law, adopt an equitable line in accordance with the necessities and convenience of the two countries.", P. 322.

[21] Ibid., Case No.170 และ 400 ; P.C.I.J. June 7, 1932, P. 1027.

ตัวอนุญาโตตุลาการเมื่อถึงคราวจำเป็นต้องใช้หรือเมื่อกรณีพิพาทเปิดช่องให้ได้นำหลักนี้มาใช้ได้[22] ทั้งนี้ ใน UNCITRAL Arbitration Rules เอง ก็ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับหลัก ex aequo et bono ไว้ในมาตรา 33[23] หรือใน UNCITRAL MODEL Law on International Commercial Arbitration ในมาตรา 28[24] ด้วย จึงทำให้เห็นว่าในสังคมระหว่างประเทศได้มีการยอมรับเอาหลักเกณฑ์เรื่องความเป็นธรรมและการใช้มโนธรรมอันดีเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้

3.3 กรอบการพิจารณาระหว่าง AMIABLE COMPOSITION กับ LEX MERCATORIA

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ได้มีการพัฒนาขึ้นมาในระยะเวลาไม่นานมานี้ ซึ่งเป็นเสมือนวิธีการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางธุรกิจระหว่างประเทศ นักลงทุน นักธุรกิจ หรือพ่อค้าจำนวนมาก เชื่อว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการในการระงับข้อพิพาทที่น่ายอมรับนับถือมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีพิพาทมาจากคนละสัญชาติ คนละรัฐ และทั้งสองฝ่ายก็ปฏิเสธที่จะยอมรับเอาระบบกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่งมาใช้ในการชี้ขาด นอกจากนั้นการอนุญาโตตุลาการยังคงช่วยประสานรอยขัดแย้งให้เข้ากันได้ตามสัมพันธภาพที่เคยมีอยู่ให้คงอยู่ต่อไป โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลของชาติใดชาติหนึ่ง อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังมีจุดเบี่ยงเบนของวิธีการอนุญาโต ตุลาการ โดยกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ที่มีลักษณะขัดแย้งกัน ซึ่งอาจปรับเปลี่ยนแนวโน้มของวิธี การอนุญาโตตุลาการใหม่ ๆ โดยผ่าน "ความไม่มีสัญชาติ" (Anational) ของการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทางออกของการใช้วิธี "ความไม่มีสัญชาติ" นั้น อาจบรรลุเป้าหมายได้ก็ต่อเมื่อผ่านการประยุกต์ใช้หลักทั่วไปของการค้าระหว่างประเทศ (lex mercatoria) และหลักความยุติธรรม (equity) ในรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (Amiable Composition) ไม่ใช่การใช้กฎหมายของชาติต่าง ๆ

---

[22] Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, (Sweet and Maxwell : London), 1986, p. 24, 27, 166, 373.

[23] UNCITRAL Arbitration Rules adopted 1976, Applicable Law, Amiable Compositeur Article 33 ".....2. The arbitral tribunal shall decide as **amiable compositeur** or **ex aequo et bono** only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so and if the law applicable to the arbitral procedure permits such arbitration. .."

[24] UNCITRAL MODEL Law on International Commercial Arbitration adopted 1985, Article 28 : Rules applicable to substance of dispute "...(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so...."

ความหมายที่แท้จริงของทั้ง LEX MERCATORIA และ AMIABLE COMPOSITION นั้น มีความขัดแย้งกันทั้งในเชิงวิชาการและในทางปฏิบัติด้วย ที่เห็นชัดเจน คือ ในแต่ละระบบต่างเกี่ยวข้องกับวิถีทางของหลักการซึ่งไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่เพียงในตัวบทกฎหมายของประเทศใด ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องมองหรือแสวงหาสิ่งที่นอกเหนือจากกฎหมาย ซึ่งโดยปกติแล้วอาจใช้ได้กับความขัดแย้ง เพื่อมุ่งประสงค์ให้ไปถึงการแก้ไขปัญหาหรือการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

การเสนอข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งไปสู่ระบบอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายที่ขัดแย้งกันหรือแม้แต่ระบบกฎหมายที่เป็นกลาง อาจจะเป็นความเสี่ยงต่อการกลับมาสมานฉันท์ ในขณะที่หนทางสู่หลักทั่วไป (GENERAL PRINCIPLES) ของการค้าระหว่างประเทศหรือความยุติธรรม อาจจะเป็นทางเลือกที่มีเหตุผลกว่า ซึ่งทั้ง LEX MERCATORIA และ AMIABLE COMPOSITION ต่างเกี่ยวข้องกับการปรับใช้หลักความเป็นธรรม แม้ว่าหลักการนั้นจะไม่ปรากฏเด่นชัด แต่ทั้งสองหลักก็มีความแตกต่างกันชัดแจ้ง

3.3.1 กฎหมายนายวานิช (LEX MERCATORIA)

นักวิชาการและนักธุรกิจหรือนักลงทุน ได้ให้นิยามหลักกฎหมายนายวานิชไว้หลายแนวทางด้วยกันซึ่งสรุปได้ว่าเป็นข้อปฏิบัติทางการค้าที่ใช้เป็นสัญญาระหว่างประเทศของระบบกฎหมายจารีตประเพณีและบรรทัดฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดที่มีผลต่อการดำเนินธุรกรรมระหว่างประเทศอันเชื่อมโยงกับแนวความคิดอย่างหนึ่งอย่างใด โดยปกติทั่วไปกฎหมายนายวานิชจะแสดงออกเป็นระเบียบทางกฎหมายที่อิสระ อิสระจากระบบกฎหมายของชาติใดชาติหนึ่ง อันนำไปสู่หลักการทั่วไปของการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศ เช่น หลักสัญญาพึงได้รับการปฏิบัติ (pacta sunt servanda) และแนวคิดที่ว่าการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญย่อมเป็นเหตุให้เลิกสัญญา

บ่อยครั้งที่กฎหมายนายวานิช เปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อไขความกระจ่าง เพื่อเติมเต็มช่องว่าง และเพื่อลดผลกระทบของความเคยชินในทางกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งมักจะไม่ได้มีขึ้นมาเพื่อรองรับการเกิดธุรกรรมระหว่างประเทศเสียทีเดียว

ศาสตราจารย์ฟิลิป เดอ ไล (Filip De Ly) ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายนายวานิชในปัจจุบันได้ข้อยุติชัดเจนแล้วว่า ตัวของมันเองจะต้องถูกประกาศให้รับรู้ [25] เพราะเหมือนกับว่าเป็นสิ่งที่พูดเกินจริง อาจไม่มีใครเชื่อถือ รวมถึงบิดาแห่งกฎหมายนายวานิช นายแบร์โทลด์ โกล์ดมอง (Berthold Goldman) ซึ่งระบุว่า มิเช่นนั้นแล้วกฎหมายนายวานิชอาจยังไม่สมบูรณ์

---

[25] Filip De Ly, International Business Law and Lex Mercatoria, 1992, p. 208.

ในความเป็นจริงการมีอยู่ของกฎหมายนายวานิชอันเป็นเสมือนตัวตนของหลักการทั่วไปของการค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ยังมีความเห็นขัดแย้งว่า กฎหมายนายวานิชเป็นชนิดของกฎเกณฑ์และหลักการในทางการค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศที่มีความลื่นไหล เป็นเงาสะท้อนภาพของกฎหมายและมีทางเลือกหลากหลาย ซึ่งอาจสร้างความไม่แน่นอนต่อนักธุรกิจ นักลงทุนได้

แม้ว่าจะมีความไม่แน่นอนของกฎหมายนายวานิช แต่หนังสือรวบรวมกฎหมายต่างได้รับรองถึงอิทธิพลต่อการปฏิบัติในทางธุรกรรมระหว่างประเทศ ทั้งอนุสัญญากรุงเฮก[26] และกรุงเวียนนา[27] ว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศ ซึ่งพูดได้ว่าเป็นผลผลิตหรือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนายวานิช ในขณะที่ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายเอกภาพในทางพาณิชย์ (The Uniform Commercial Code) ได้อนุโลมเอากฎหมายนายวานิชรวมไว้เพื่อเป็นการอุดช่องว่าง ในมาตรา 1-103 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า หากไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ในประมวลกฎหมายนี้ที่อาจใช้แทนที่ได้ให้ใช้หลักกฎหมายและความยุติธรรม รวมทั้งกฎหมายของนายวานิชมาบังคับใช้กับกรณี [28] ซึ่งผู้ร่างประมวลกฎหมายนี้เองยังยอมรับว่ามันเป็นกฎหมายสมัยใหม่ของนายวานิชด้วยซ้ำไป นอกจากนั้นยังมีนักวิชาการบางท่านได้แสดงความเห็นว่ากฎหมายนายวานิชมีลำดับเหนือกว่ากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ แม้จะมีความไม่แน่นอนที่อาจปรากฏอยู่ แต่มันควรถูกประกาศว่ามีอิทธิพลต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับระหว่างประเทศได้[29] ทั้งนี้เพื่อลดความยุ่งยากในการเลือกใช้กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เพื่อตัดปัญหาการแก้ไขกฎหมายภายในบ่อย ๆ หรือถูกแก้ไขเพื่อสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐ โดยรัฐผู้ทรงอำนาจอธิปัตย์เองและเพื่อลดปัญหาความไม่แน่นอนและความไม่เหมาะสมอันเกิดจากการใช้กฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับแก่คดี อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายจะต้องมีอำนาจบังคับ lex mercatoria ซึ่งนายวานิชสร้างขึ้นด้วย เพราะตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันกฎหมายนายวานิชเสมือนหนึ่งถูกสร้างขึ้นโดยพ่อค้า นักธุรกิจ ผู้มีอิทธิพล หรือในแง่ระหว่างประเทศ ก็คือประเทศมหาอำนาจ ดังนั้น lex mercatoria จึงเหมือนกรอบที่ครอบงำไว้เพื่อเปิดโอกาสให้เฉพาะผู้ที่ทรงอำนาจในทางการค้าอยู่แล้ว[30] นั้นเอง

---

[26] Hague Convention providing a Uniform Law on the International Sale of Goods, July 1, 1964, 834 U.N.T.S.107, 1972.

[27] United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, conclude at Vienna, Apr.1, 1980, U.N. Doc. A/Conf.97/18, 1990.

[28] The Uniform Commercial Code, section 1-103 "the principles of law and equity, including **the law merchant**...shall supplement its provisions."

[29] Brierley, John E.C., "Equity and Good Conscience" and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law, (Boston University International Law Journal Vol.12), 1991.

[30] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 61.

3.3.2 การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (Amiable Composition)

การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายอาจจะยิ่งมีความไม่แน่นอนกว่ากฎหมายของนายวานิชในเรื่อง ความสามารถของอนุญาโตตุลาการที่จะกระทำตัวในฐานะอนุญาโตตุลาการฉันมิตร (Amiable Compositeur) ด้วยภารกิจเดิมของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ในฐานะสถาบันมีรากฐานมาจากประมวลกฎหมายพระเจ้านโปเลียนและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1806 ซึ่งได้ฟื้นฟูความปรองดองระหว่างคู่กรณีด้วยเป้าหมายที่จะทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมาย (legal relationship) ชนิดใหม่ระหว่างคู่กรณี[31] พยานหลักฐานลำดับแรก ๆ ของการตีความโดยศาลประเทศอังกฤษ ในบทที่กล่าวถึงหลักความเป็นธรรม ได้อธิบายถึงอำนาจของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายว่าเป็นสิ่งที่ยกเว้นอนุญาโตตุลาการจากความเข้มงวดเด็ดขาดของพันธกรณีที่จะตัดสินชี้ขาดตามหลักกฎหมาย แต่กลับไม่เอาใจใส่อย่างเต็มที่กับคู่กรณีเลย หลักการดั้งเดิมนั้นการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายเพียงแต่กำหนดให้มีการแก้ไขความเป็นธรรมที่ไม่ทำให้หลักกฎหมายมีความเคร่งครัดตามตัวบทที่จะนำมาใช้กับการระงับข้อพิพาท ซึ่งจนกระทั่งในปัจจุบันแนวความคิดเรื่องการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายยังคงคล้ายคลึงของเดิมที่ว่าให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะออกไปเสียจากการปรับใช้ที่เคร่งครัดเกินไปของกฎหมายและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทตามความยุติธรรมและความเป็นธรรมเมื่อถึงคราวจำเป็น

ในปัจจุบันคู่กรณีจะเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายมากกว่าที่จะเลือกใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง เหตุผลของเรื่องนี้ได้มีนักวิชาการบางท่านเรียกว่า การให้อำนาจเพื่อเป็นทางเลือกในทางที่ผิดแผกไปจากข้อกฎหมาย และอนุญาโตตุลาการได้ถูกมอบหมายเพื่อจะปรับใช้ "ความสำนึกที่ดีและเป็นธรรม" แทนที่จะใช้หลักเฉพาะในทางกฎหมายของชาติใดชาติหนึ่ง ในบางครั้งแม้คู่กรณีได้เลือกใช้กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีไว้แล้ว แต่ยังคงเรียกร้องให้อนุญาโตตุลาการกระทำตัวเหมือนเป็นอนุญาโตตุลาการฉันมิตรได้ หากมีความจำเป็นต้องเป็นไปเช่นนั้น[32]

3.3.3 ความแตกต่างระหว่างกฎหมายนายวานิชกับการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

แม้คุณลักษณะเฉพาะของทั้งกฎหมายนายวานิชและการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ในบางจุดยังขาดความแน่นอนก็ตาม แต่ความแตกต่างของทั้งสองหลักเกณฑ์มีความชัดเจน คือ ตัวอนุญาโตตุลาการฉันมิตรไม่จำเป็นต้องปรับใช้กฎหมายตามที่มันเป็นอยู่ ในขณะที่อนุญาโตตุลาการผู้ซึ่ง

---

[31] René David, Arbitration in International Trade, p. 34-35.

[32] Brierley, John E.C., "Equity and Good Conscience" and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law, (Boston University International Law Journal Vol.12), 1991.

ปรับใช้กฎหมายนายวานิชจะต้องชี้ขาดตัดสินตามหลักความเป็นธรรมที่ปรากฏอยู่ ไม่ว่าหลักการนั้นจะถูกปรับใช้กับข้อพิพาทเรื่องนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม[33] นอกจากนั้นยังเห็นถึงความแตกต่างระหว่างความรู้สึกในความเป็นธรรม (equity) ว่าแต่ละคนมีลักษณะเฉพาะต่างกันไปและการปรับใช้หลักกฎหมายที่ไม่ผูกมัดต่อชาติใดชาติหนึ่งที่สำคัญที่สุดคือ อนุญาโตตุลาการไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับอำนาจของการเป็นอนุญาโตตุลาการฉันมิตรเพื่อที่จะมาปรับใช้หลักกฎหมายของนายวานิช แม้ว่าในข้อสัญญาหรือข้อกฎหมายจะอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายได้ ซึ่งบางที่ดูคล้ายเป็นเรื่องของการอ้างถึงกฎหมายของนายวานิชไปโดยปริยาย

โดยที่ผลของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ได้อ้างถึงโครงสร้างของการอนุญาโตตุลาการซึ่งกฎหมายของนายวานิชเป็นตัวหลักที่อาจจะปรับใช้ในการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้ นายโอเล ลันโด ได้ให้ตัวอย่างที่ชัดเจนไว้ว่า กรณีที่ผู้ซื้อสินค้าไม่พบความชำรุดบกพร่องในสินค้า จนกระทั่งล่วงเลยมา 3 ปี หลังการส่งมอบสินค้านั้น และก็เป็นที่ทราบกันทั่วไปแล้วว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการซื้อขายบัญญัติว่า ผู้ซื้อจะต้องยื่นข้อสังเกตถึงความชำรุดบกพร่องในสินค้าต่อผู้ขายภายใน 2 ปี อนุญาโตตุลาการฉันมิตรอาจชี้ขาดตัดสินกรณีนี้ว่า ไม่เป็นการยุติธรรมที่จะพรากสิทธิของผู้ซื้อที่จะยื่นข้อเรียกร้องต่อผู้ขาย หากผู้เป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสินภายใต้กฎหมายของนายวานิช เรื่องนี้ผู้ซื้อก็จะไม่ได้รับอนุญาตให้เรียกร้อง อันเนื่องมาจากข้อจำกัดตามอนุสัญญากรุงเวียนนานั่นเอง

เซอร์ ไมเคิล คาร์ ได้ให้ความเห็นถึงพื้นฐาน 4 ประการ สำหรับการเลือกใช้วิธีการของแต่ละระบบ ซึ่งอาศัยพื้นฐานของกฎหมายนายวานิช และ การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

1. ความขัดแย้งในทัศนคติระหว่างนักกฎหมายและนักธุรกิจจากประเทศต่าง ๆ ในลักษณะของการปรับใช้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของชาติใดชาติหนึ่ง ในบริบทของการอนุญาโตตุลาการอาจส่งผลให้บางคนยินยอมหรือเห็นพ้องด้วยที่จะลดความเข้มงวดของมาตรฐาน อาทิเช่น มาตรฐานทั่วไปว่าด้วยความเป็นธรรมที่ปรับใช้ในทางการใช้กฎหมาย ขอบเขตและผลของกฎหมายนายวานิช และการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายที่ต่างกัน

2. ระบบต่าง ๆ อาจจะมีความเหมาะสมเป็นการเฉพาะในบริบทของความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องและยาวนาน อันอาจทำให้ระดับของความยืดหยุ่นในกระบวนการหาคำตอบในข้อพิพาทอาจเป็นที่พึงปรารถนามากกว่าผลของความยืดหยุ่นของกระบวนวิธีทางกฎหมายซึ่งออกมาในรูปแบบของความเป็นธรรม ความสามารถคาดหมายได้ ความอิสระของคู่กรณี และความเป็นที่สุดของการชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท

---

[33] ICC ARBITRATION ART. 137.

3. การใช้ระบบกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจทำให้เกิดการพิจารณาง่ายขึ้น และเสียค่าใช้จ่ายน้อยลง ซึ่งอาจยับยั้งไม่ให้ทนายความหรืออนุญาโตตุลาการมีลักษณะแข็งกร้าว และยึดถือตัวบทกฎหมายมากจนเกินไป

4. เพราะท้ายที่สุดความเป็นไปได้ของความถูกต้องชัดเจนยังคงน้อยลง ในขณะที่การประเมินความเสียหายที่มีความผ่อนผันกลับมีมากกว่า เช่น ผลจากการมีข้อกำหนดหรือข้อสัญญาประเภทที่สามารถปรับเปลี่ยนเพื่อความยุติธรรม อาจช่วยให้ลดความรุนแรงของการต่อสู้ของคู่กรณีฝ่ายที่สูญเสีย ซึ่งความสามารถในการปรับตัวนี้ บางทีเสมือนเป็นความจำเป็นเฉพาะของประชาคมธุรกิจระหว่างประเทศหรือที่เรียกว่า กฎหมายได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อการบริโภคเฉพาะท้องถิ่นใด ๆ[34]

ในการพิจารณาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ไม่ควรนำเอากฎหมายนายวานิชและการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายมากล่าวไว้ หากทั้งคู่กรณีพิพาทต่างก็อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศเดียวกัน หรืออยู่ในระบบกฎหมายของประเทศที่คู่กรณีจะนำคำชี้ขาดไปบังคับตาม ได้ถูกปฏิเสธที่จะรับรองการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้ระบบนั้น ๆ[35]

3.3.4 การใช้และการยอมรับกฎหมายนายวานิชและการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย

ทั้งกฎหมายของประเทศมหาอำนาจ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายต่างได้มีความพยายามที่จะเอื้ออำนวยให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของตน เช่น ในประเทศอังกฤษ ได้มีรัฐประศาสโนบายให้ความเป็นอิสระแก่คู่สัญญาในอันที่จะเลือกการอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นหนทางในการระงับข้อพิพาท ซึ่งเหมือนว่ารัฐประศาสโนบายมีความโน้มเอียงต่อการทบทวนทางด้านกฎหมายต่อคำตัดสินชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการ[36] หรือในประเทศฝรั่งเศส ศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้ตีความ นโยบายของประเทศที่ได้จำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ[37] และในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุด

---

[34] Sir Michael Kerr, "Equity" Arbitration in England, 2 AMER.REV. 377, 1991.

[35] Brierley, John E.C., "Equity and Good Conscience" and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law, (Boston University International Law Journal Vol.12), 1991.

[36] Steven J. Stein & Daniel R. Wotman, International Commercial Arbitration in 1980s : a comparison of the major arbitral systems and rules, 1983, p. 38.

[37] Thomas E. Carbonneau, The Elaboration of French Court Doctrine on International Commercial Arbitration : a Study in Liberal Civilian Judicial Creativity, 1980.

ได้ขยายบทบาทของการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งในการแสวงข้อยุติของข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงการยอมรับของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ดังนี้

ก) ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ การอนุญาโตตุลาการถูกใช้อย่างเคร่งครัด ในฐานะที่เป็นทางเลือกหนึ่งในการดำเนินการระงับข้อพิพาทในการฟ้องร้องคดีและการอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปในทำนองเดียวกับที่ศาลควรจะทำในศาลอังกฤษ ดังนั้นจึงเป็นผลให้ทัศนคติขององค์กรทางกฎหมายในอังกฤษเกิดความสับสนลังเลต่ออำนาจของกฎหมายนายวานิชและการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย เนื่องจากคนอังกฤษโดยมากเชื่อว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องใช้กฎหมายอังกฤษและหลักความยุติธรรมที่กล่าวถึงในข้อสัญญาหรือกฎหมายอาจมีความไม่แน่นอนในทางกฎหมาย ผู้พิพากษาบางท่านระบุว่าข้อสัญญาว่าด้วยความยุติธรรมนั้น อนุญาโตตุลาการจะมีความสามารถที่จะมองถึงเนื้อหาคดีได้อย่างลึกซึ้งและยังจะได้รับความเอาใจใส่ต่อข้อพิจารณาทางด้านการพาณิชย์มากกว่าที่จะให้คดีนั้นได้รับการพิจารณาในศาล ความเห็นดั้งเดิมของคนอังกฤษที่ว่าคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่ปฏิบัติงานในฐานะอนุญาโตตุลาการฉันมิตรไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องบังคับคดี ดังเช่นกับคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษ ได้มีการโต้แย้งและมีการขยายหรือปรับเปลี่ยนไปโดยคำตัดสินชี้ขาดที่เพิ่งกระทำลง รวมถึงในคดีอีเกิ้ลสตาร์ (Eagle Star) ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ยอมรับข้อสัญญาที่กำหนดให้มีการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย โดยให้ความเห็นว่าการบังคับตามคำชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการอาจเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ และอาจจะยิ่งเป็นการเพิ่มความเป็นไปได้ว่าอนุญาโตตุลาการฉันมิตรที่มีคำตัดสิน ซึ่งกระทำลงในประเทศอังกฤษจะอยู่ภายใต้การบังคับตามกฎหมายของอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2522 ที่ได้ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถตัดอำนาจศาลอังกฤษในการที่จะตรวจสอบคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในปัญหาข้อกฎหมาย เพื่อปฏิเสธการให้ศาลเข้ามาตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง (second look) ในคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ทำให้ คำตัดสินดูเหมือนว่าสามารถบังคับได้ตามที่ควรจะเป็นมากขึ้น แม้ว่าจะได้กระทำลงโดยอนุญาโตตุลาการฉันมิตร

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ ดูเหมือนว่าในที่สุดได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางเดียวกันกับของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ยอมรับข้อสัญญาที่ให้พิจารณาตามความยุติธรรม อย่างไรก็ตามในประเทศอังกฤษนั้น หลักความยุติธรรมก็คือ ระบบของกฎเกณฑ์และการเยียวยา ซึ่งประกอบขึ้นเป็นส่วนของกฎหมายและไม่ว่าทางใดก็ไม่อาจที่จะลบล้างหลักความยุติธรรมนั้นออกไปจากการที่จะเข้ามาเกี่ยวพันกับการอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นประเทศอังกฤษจึงยังคงไม่อาจไปได้ไกลกว่าจุดเริ่มต้นเท่าใดนัก

ข) ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีชื่อเสียงในเรื่องของการให้อำนาจแก่การอนุญาโตตุลาการที่ดูเหมือนว่าจะมีอิสระจากการรบกวนของสถาบันศาล การปรับใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการฉันมิตรได้เริ่มมีมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1956 เมื่อนักอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสได้ตัดสินว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะขอใช้ค่าเสียหายแก่ฝ่ายชนะสำหรับกรณีการลดค่าเงิน ประกาศกฤษฎีกาฉบับวันที่ 12 พฤษภาคม 2524 เป็นการประกาศและเคารพต่อความสามารถที่จะตัดสินชี้ขาด ตามแนวทางการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างอิงถึงกฎหมายนายวานิชหรืออนุญาโตตุลาการที่ชัดเจนขึ้น ซึ่งประกาศกฤษฎีกาฉบับนี้อนุญาต โดยเกือบที่จะไม่มีข้อจำกัดในเสรีภาพในการเลือกใช้กฎหมาย เพื่อปรับใช้กับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยการกำหนดว่า อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินข้อพิพาทตามแนวทางที่กำหนดโดยกฎหมายที่คู่กรณีเลือก หากคู่กรณีไม่เลือก อนุญาโตตุลาการอาจตัดสินตามหลักเกณฑ์ที่เห็นว่าเหมาะสม ในกรณีนี้เองทำให้ประมวลกฎหมายของฝรั่งเศสเหมือนกับได้มีพัฒนาการไปไกลกว่าหลักการอื่น ๆ ในทางการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เพราะได้ อนุญาตให้ใช้กฎหมายนายวานิชและการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย เมื่อได้กำหนดชัดแจ้งโดยคู่สัญญา

ในหลาย ๆ คดีได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับอย่างสากลต่อระบบกฎหมายต่าง ๆ และต่อมาในปี ค.ศ. 1982 คณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎของ ICC ได้ยอมรับคำตัดสินชี้ขาดที่กระทำโดยอาศัยหลักกฎหมายนายวานิช เมื่อคู่สัญญาไม่ได้ระบุว่าให้ใช้กฎหมายของประเทศใด และได้ให้อำนาจที่จะบังคับตามอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ศาลในคดีระหว่าง PABALK TICRARET กับ NORSOLOR กล่าวว่า คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการไม่อาจขัดขวางซึ่งบรรทัดฐานที่มีลักษณะในเชิงบังคับ ที่องค์คณะจะปรับใช้กฎหมายนายวานิช ผลของการนำแนวความคิดนี้ไปใช้ คือ บริษัทสัญชาติฝรั่งเศสถูกตัดสินชี้ขาดว่าละเมิดต่อสิทธิในสัญญาของบริษัทสัญชาติตุรกี และกำหนดให้จ่ายค่าเสียหาย 800,000 ฟรังก์ฝรั่งเศส ศาลพิจารณาว่ามันมีความเหมาะสม ซึ่งตรงจุดนี้ได้ให้ลักษณะของความเป็นระหว่างประเทศของข้อตกลงที่จะออกไปเสียจากข้ออ้างอิงที่มีลักษณะเชิงบังคับของระบบกฎหมายใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นของตุรกีหรือฝรั่งเศสก็ตาม โดยหันไปปรับใช้กฎหมายนายวานิชระหว่างประเทศ

สำหรับคดีที่ใหม่กว่านั้น ซึ่งตัดสินชี้ขาดในปี ค.ศ. 1989 โดยศาลอุทธรณ์ในกรุงปารีส ซึ่งท่านผู้พิพากษาได้ยืนยันการปรับใช้กฎหมายนายวานิช เมื่อคู่สัญญาไม่อาจเห็นชอบกับการใช้กฎหมายประเทศใดประเทศหนึ่งมาปรับใช้ แต่ก็ไม่ได้ให้อำนาจอย่างแจ้งชัดว่าให้ใช้กฎหมายนายวานิช โดยคู่สัญญาได้ให้ความเห็นชอบในการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICC RULES ซึ่งได้ยินยอมให้ใช้กฎหมายนายวานิช ศาลอุทธรณ์มีความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการ ผู้ซึ่งปรับใช้ "หลักทั่วไปว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย" ในการปรับใช้กฎหมายนายวานิช ได้ดำเนินการอย่างเหมาะสมตามข้อกำหนดของสัญญา (term of reference) แล้ว

นอกจากนี้ประกาศกฤษฎีกา ปี ค.ศ. 1981 ยังได้วางหลักการของศาลหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งข้อมติภายใต้กฎหมายนายวานิชหรือโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย โดยการจำกัดฐานในการแทรกแซงของศาลในการเข้าไปดูแลคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้รับการวางหลักเกณฑ์อย่างชัดแจ้ง ในมาตรา 42 ของประกาศกฤษฎีกาอันว่าด้วยอำนาจในการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย โดยได้กำหนดว่านอกเสียจากในกรณีเฉพาะใด ๆ แล้วคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะไม่เข้าข้อบังคับเรื่องการอุทธรณ์ เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีจะเห็นเป็นอย่างอื่น การทบทวนโดยสถาบันศาลในทางตรงกันข้ามซึ่งคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นถูกอนุญาตเพียงบางกรณี ซึ่งจำกัดมากกว่าเสียอีก มาตรา 1482 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้บัญญัติเป็นการเฉพาะว่าจะไม่มีสิทธิในการอุทธรณ์ หากว่าอนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจในการเป็นอนุญาโตตุลาการฉันมิตร ถ้าคู่กรณีไม่ได้สงวนซึ่งสิทธิอย่างชัดแจ้งไว้ใน term of reference ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 1497 ได้ปกป้องคู่กรณีจากการคัดค้านคำตัดสินโดยการจัดทำกระบวนพิจารณาแบบเลี่ยง ๆ อย่างเห็นได้ชัด เพราะว่าอนุญาโตตุลาการได้ทำไปตามที่คู่ความได้มอบอำนาจให้ ในทางปฏิบัติคำตัดสินแต่ละเรื่องจะถูกส่งไปยังผู้รายงานและอนุญาโตตุลาการทุกคน ด้วยการบ่งชี้ว่าเป็นอนุญาโตตุลาการโดยประทับไว้ในแต่ละคู่ฉบับของคำตัดสิน เพื่อเป็นการเตือนว่าได้ใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องเชื่อฟังต่อความคิดพื้นฐานเรื่องความยุติธรรมในเชิงวิธีพิจารณา (fundamental notions of procedural fairness) จะต้องไม่ฝ่าฝืนต่อรัฐประศาสโนบายในการให้คำตัดสินและจะต้องให้เหตุผลของคำตัดสินด้วย องค์คณะหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการจะใช้อำนาจที่มีทำการแก้ไขในลักษณะที่จำกัดจำเขี่ย ดังเช่นความพยายามอย่างยิ่งใหญ่ในการปฏิบัติตามสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ศาลฎีกาของฝรั่งเศส ในคดี FOUGEROLLE กับ BANQUE DE PROCHE ORIENT ได้ยืนตามคำชี้ขาดตัดสินโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของ "หลักทั่วไปของหนี้ที่โดยทั่วไปจะบังคับใช้ในการค้าระหว่างประเทศ" เช่น กฎหมายนายวานิช รวมทั้งอนุญาโตตุลาการที่เพียงแต่ปฏิบัติตามหน้าที่ ที่กำหนดไว้ให้พวกเขา โดยข้อกำหนดของสัญญา (term of reference) ที่จัดทำขึ้นโดยคู่สัญญา ดังนั้นเมื่อทราบถึงความจำเป็นในระดับต่ำสุดที่กระบวนการทางกฎหมายจะเข้ามาควบคุมกระบวนวิธีของการอนุญาโตตุลาการแล้ว ประเทศฝรั่งเศสได้พยายามอย่างต่อเนื่องในอันที่จะกำหนดสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่พึงปรารถนาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยจำกัดการเข้ามาตรวจสอบถึงเนื้อหาของคำชี้ขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการ[38]

---

[38] Gerald Pointon & David Brown, France : Resolving Disputes, Euromoney Sept. 13, 1991.

ค) สหรัฐอเมริกา

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายไม่ได้ยอมรับโดยชัดแจ้งในกฎหมายของสหรัฐ (รัฐบัญญัติ) หรือกฎหมายจารีตประเพณี หรือในกฎเกณฑ์ของสมาคมอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา (AAA) ก็ตาม แต่มันได้ถูกใช้ในทางปฏิบัติ บางทีได้ถูกใช้บ่อยยิ่งขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการสัญชาติอเมริกามากกว่าอนุญาโตตุลาการสัญชาติฝรั่งเศส เพราะว่าอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติอเมริกา ไม่ได้คิดถึงว่าพวกเขาได้ทำอะไรที่พิเศษมากไปกว่าที่เขาเคยทำกันอยู่

ในสหรัฐอเมริกา หลักความยุติธรรมเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย ดังนั้นโดยนิสัยใจคอของอนุญาโตตุลาการ ทุกคนควรที่จะพิจารณาอย่างมีความยุติธรรม แม้ว่าปราศจากการให้อำนาจที่ปรากฏชัดแจ้งโดยคู่กรณีฝ่ายที่เกี่ยวข้อง มีนักวิจารณ์บางท่านยังสงสัยว่า การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย ในความเป็นจริงแล้วอาจจะไม่ใช่กฎเกณฑ์ในระบบของสหรัฐอเมริกา[39] เมื่อกฎหมายนายวานิชเป็นสิ่งที่ไม่คุ้นเคยหรือเป็นของแปลกของอนุญาโตตุลาการอเมริกา จึงปรากฏว่าศาลของอเมริกาไม่อยากที่จะคัดค้าน ข้อตกลงที่จะใช้กฎหมายของระบบอื่น ๆ[40] ดังเช่น ในคดีที่มีชื่อเสียงระหว่างบริษัท มิตซูบิชิ มอเตอร์ส จำกัด และโซลเลอร์ ไครสเลอร์ ไพลมันท์ จำกัด ซึ่งศาลสูงสุดของอเมริกาได้มีความเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องสวามิภักดิ์ต่อบรรทัดฐานทางกฎหมายของรัฐใด ๆ เป็นเบื้องแรกบางครั้งอาจจะเนื่องมาจากทัศนะในการอนุญาโตตุลาการในอเมริกา มีความคล้ายคลึงกับของฝรั่งเศสมากกว่าของอังกฤษ สหรัฐจึงจำกัดการเข้าไปตรวจสอบโดยฝ่ายยุติธรรม (สถาบันศาล) ในคำชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในทางที่เหมือนกับฝรั่งเศสมากกว่า ดังนั้นกฎหมายสหรัฐอเมริกาจึงปกป้องคำชี้ขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่กระทำลง ไม่ใช่แค่เพียงแต่ภายใต้กรอบของกฎหมายนายวานิช แต่ยังรวมทั้งโดยการอนุญาโตตุลาการ

ศาลในคดีระหว่าง INTERNATIONAL STANDARD ELECTRIC CORP. กับ BRIDAS SOCIEDAD ANONIMA PETROLERA, INDUSTRIAL COMMERCIAL ได้ระบุว่า แม้อนุญาโตตุลาการได้กระทำในฐานะอนุญาโตตุลาการฉันมิตรโดยปราศจากอำนาจ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดตัดสินของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (อนุสัญญากรุงนิวยอร์ค) ค.ศ. 1958 ก็จะไม่อนุญาตให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายโดยชัดแจ้ง ศาลกล่าวว่ามันจะเกิดความสับสนในจุดมุ่งหมายของอนุสัญญากรุงนิวยอร์คที่อนุญาตให้ผู้พิพากษาเข้าไปตรวจสอบในสิ่งที่กฎหมายเชื่อถือกันไปแล้วว่าได้ถูกปรับใช้โดยอนุญาโตตุลาการ และใน

---

[39] René David, Arbitration in International Trade, p. 34-35.

[40] Ole Lando, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 1985.

ความเป็นจริงก็ได้ถูกปรับใช้อย่างเหมาะสมแล้ว แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการปรับใช้การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่กฎหมายหรือกฎหมายนายวานิชยังไม่เป็นที่ทราบกันอย่างชัดแจ้งว่าอาจกระทำลงได้เท่าที่ควรจะเป็น จึงไม่ใช่เรื่องที่น่าแปลกใจเลยว่า ทำไมสหรัฐอเมริกาจึงมักจะระบุให้การอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของขอบเขตของการแสวงหาทางออกในข้อพิพาทในทางอื่นที่นอกเหนือจากในระบบศาล มากกว่าที่จะปล่อยให้เป็นเพียงกระจกที่คอยสะท้อนเงาหรือแทนที่สำหรับการฟ้องคดี

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายนายวานิชหรือโดยการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายจะมีความแตกต่างกันออกไป ในขอบเขตตามที่มีการรับรองไว้ในแต่ละระบบ ภายใต้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน สิ่งที่เหมือนกันคือในเรื่องทั่ว ๆ ไปที่อาจจะเกี่ยวข้องว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจมากเพียงใด ในการออกไปเสียจากกรอบปกติของกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่ากฎหมายนายวานิช คือระบบของกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของบรรทัดฐานการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งบรรทัดฐานที่เข้ามาอยู่ในระบบนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป เพราะบางครั้งบรรทัดฐานใหม่จะถูกสร้างขึ้นมา ดังนั้นขอบเขตโดยทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ โดยกฎหมายนายวานิชจึงไม่อาจอธิบายโดยข้อความที่กระชับได้ และรวมไปถึงขอบเขตของอำนาจของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายเช่นกัน

3.4 หลักเกณฑ์การชี้ขาดของกฎหมายนานาประเทศ

ในวงการกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ประเทศส่วนใหญ่จะถือเอาหลักอย่างเดียวกันว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องกระทำลงโดยเสียงข้างมาก แต่ก็มีเพียงกฎหมายของบางประเทศเท่านั้นที่บังคับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องกระทำโดยความเห็นที่เป็นเอกฉันท์ เช่น กฎหมายของประเทศบราซิล เปรู และเวเนซูเอลา เป็นต้น อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการก็จะต้องวินิจฉัยและตัดสินชี้ขาดประเด็นต่าง ๆ ที่คู่กรณีพิพาทกันจนครบถ้วนทุกประเด็น เพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี เพราะหากมีประเด็นใดที่ไม่ได้รับการวินิจฉัยและชี้ขาดตัดสิน ประเด็นเหล่านี้อาจถูกหยิบยกขึ้นมาว่ากล่าวกันในศาล ซึ่งทำให้การระงับข้อพิพาทต้องล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นได้ ในการวินิจฉัยข้อพิพาทแต่ละประเด็น อนุญาโตตุลาการก็ควรที่จะต้องอธิบายถึงเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้ด้วย ซึ่งเกี่ยวกับเหตุผลของคำชี้ขาดนั้นมีแนวความคิดที่แตกต่างกันอยู่สองแนวความคิดคือ

1) ในกลุ่มประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแบบ CIVIL LAW นั้น ถือว่าเหตุผลแห่งคำตัดสินไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นได้รับการวินิจฉัยโดยชอบด้วยความยุติธรรม

2) สำหรับประเทศที่อยู่ในระบบ COMMON LAW นั้น ไม่ได้ถือเคร่งครัดเหมือนกับประเทศที่อยู่ในระบบ CIVIL LAW ดังนั้นในคำตัดสิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อาจไม่มีการระบุเหตุผลเอาไว้เลยก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติและกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้วิวัฒนาการไปจนใกล้เคียงกับกลุ่มประเทศ CIVIL LAW มากขึ้น กล่าวคือในปัจจุบันนี้ถือว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องระบุเหตุผลของการชี้ขาดไว้ด้วยถ้าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอก่อนที่จะมีการทำคำชี้ขาดนั้นขึ้น

เกี่ยวกับการที่จะต้องมีการระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาด ในเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งได้มีการทำลงในประเทศที่กฎหมายของเขาไม่ได้บังคับว่าจะต้องมีการระบุเหตุผลไว้ในคำชี้ขาด แม้จะขัดกับประเทศที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดที่จะต้องมีการระบุเหตุผลก็ตามคำชี้ขาดนั้นก็สามารถบังคับได้ ซึ่งกรณีนี้ปรากฏในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอิตาลี ที่ศาลของประเทศเหล่านั้นตัดสินว่าถ้าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1927 หรืออนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ. 1958 แล้วก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการระบุเหตุผลของคำชี้ขาดไว้[41]

สำหรับหลักเกณฑ์การชี้ขาดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะหยิบยกขึ้นมาวิเคราะห์ในส่วนนี้ ได้แก่ หลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวีเดน สหรัฐอเมริกา อิตาลี ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ และสหภาพโซเวียต[42] หรือรัสเซีย

ก) ประเทศอังกฤษ

ตามกฎหมายและในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษในการชี้ขาดมีหลักเกณฑ์และลักษณะคล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาของศาลมาก เพราะอนุญาโตตุลาการมักจะใช้วิธีการของศาลมาใช้ชี้ขาดโดยอนุโลม แต่คู่กรณีอาจเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าว โดยให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัดก็ได้ เพราะการอนุญาโตตุลาการนั้นอาศัยหลักความสำคัญของเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่มีการทำคำชี้ขาดนั้นถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคนต้องทำคำชี้ขาดตามคะแนนเสียงข้างมาก คำชี้ขาดต้องมีสภาพชัดเจนแน่นอน นอกจากนี้คำชี้ขาดยังจะต้องไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายไม่เกินขอบ

---

[41] Florence Court of Appeal, March 7, 1959, Clunet 1961, 864 ; Florence Court of Appeal Nov.6, 1964 and Oct. 26, 1976, 187.

[42] ขณะนี้ประเทศดังกล่าวนี้ไม่มีอีกต่อไปแล้ว แต่สำหรับประเทศที่แตกออกมาจากสหภาพโซเวียต (เดิม) นั้นก็ยังคงเดินตามระบบกฎหมายเดิมที่เคยใช้.

อำนาจตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด และคำชี้ขาดนั้นไม่จำต้องทำเป็นหนังสือ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้[43]

แต่เดิมทีเดียวนั้น ในประเทศอังกฤษถือว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมาย ถ้าหากคู่กรณีทำการยกเว้นให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้ ข้อตกลงดังกล่าวนั้นไม่ถือว่าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ[44] แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 ศาลประเทศอังกฤษได้เริ่มยอมรับข้อตกลงที่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้[45]

ข) ประเทศฝรั่งเศส

ตามปกติอนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามที่คู่กรณีกำหนด แต่ถ้าคู่กรณีได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามที่คู่กรณีกำหนด แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาข้อพิพาทโดยปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั้งสาระบัญญัติ และวิธีสบัญญัติที่มีอยู่ แต่สิทธิของคู่กรณีในการกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นมีขอบเขตกว้างขวาง โดยคู่กรณีจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ผูกพันตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องใช้หลักกฎหมายสาระบัญญัติมาปรับแก่ข้อพิพาท ซึ่งก็คือ การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (amiable composition) หรือทั้งสองประการก็ได้[46] แต่ทั้งนี้จะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายสาระบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติที่ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ได้ และอนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดโดยคะแนนเสียงข้างมาก คำชี้ขาดต้องต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคน มิฉะนั้นคำชี้ขาดจะไม่สมบูรณ์ และอนุญาโตตุลาการจะต้องระบุข้อกล่าวหาและข้อโต้แย้งของคู่กรณี คำชี้ขาด และเหตุผลแห่งคำชี้ขาด[47]

นอกจากนี้มาตรา 1474 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่ของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมาย (regles de droit) เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการจะให้อำนาจไว้ว่าให้ชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักแห่งความยุติธรรมได้ ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศส

---

[43] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 26-28.

[44] Orien Cia Espanola De Seguros V. Belfort Maats., 1962, 257.

[45] Eagle Star Inc. co.ltd. V. Yuvel Inc. co.ltd., 1987, 357.

[46] Code De Procedure Civile, Article 1019.

[47] Peter B. Herzog, Civil Procedure in France, p. 528.

เรียกบุคคลผู้เป็นอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ว่า AMIABLE COMPOSITEUR หรืออนุญาโตตุลาการฉันมิตร ดังนั้นในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดแบบ AMIABLE COMPOSITEUR ไว้ และคู่กรณีไม่ได้มีการตกลงกันสละสิทธิในการอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลไว้ ศาลก็อาจกลับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ โดยอ้างเหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการละเลยไม่นำเอากฎหมายมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทหรืออ้างว่าอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายผิด[48]

จากการที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นดังที่กล่าวมาข้างต้นจึงสามารถแยกการใช้หลักเกณฑ์ในการชี้ขาดข้อพิพาทได้สองประเภท คือ อนุญาโตตุลาการที่ต้องตัดสินหรือชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมาย (arbitration at law) และอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดโดยไม่ใช้กฎหมาย แต่อาศัยหลักแห่งความเป็นธรรม (arbitration according to equity or ex aequo et bono or amiable compositeur)[49]

ค) ประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน

โดยหลักแล้วคู่กรณีพิพาทก็จะเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาดังกล่าวไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดวิธีการต่าง ๆ ในการพิจารณาของตนเองได้[50] ส่วนกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้น คือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของท้องถิ่นที่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น และในเรื่องหลักเกณฑ์ในการชี้ขาดข้อพิพาท หรือวิธีพิจารณาก็เช่นเดียวกัน คู่กรณีมีสิทธิที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ตามที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมโดยที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามแต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้กำหนดไว้อนุญาโตตุลาการก็มีดุลพินิจที่จะกำหนดวิธีพิจารณาของตนได้ตามความเหมาะสม กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันนั้นมีการให้อำนาจคู่กรณีมาก ทำให้มีลักษณะเกือบตรงกันข้ามกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ

---

[48] Robert, J & Carbonneau, T.E. The French Law of Arbitration 1983, p. 3-14.

[49] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 121.

[50] INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, COMMERCIAL ARBITRATION AND THE LAW : GERMANY, p.3-4.

คำชี้ขาดจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคนและใช้เสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น เช่น เอาคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ คำชี้ขาดจะต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด เว้นแต่คู่กรณีตกลงกันว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องระบุเหตุผลก็ได้[51]

ตามกฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมัน ไม่ได้แบ่งหลักเกณฑ์การชี้ขาดข้อพิพาทเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส และกฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมันก็ไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายหรือไม่ แต่นักวิชาการในเยอรมันก็แตกออกเป็นสองฝ่าย คือ

1) ฝ่ายแรก เห็นว่าอนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดโดยใช้กฎหมาย[52]

2) ฝ่ายที่สอง เห็นว่าอนุญาโตตุลาการสามารถชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้[53]

ศาสตราจารย์ มันน์ (Mann) ได้ทำการวิจัยและพบว่าในทางปฏิบัติแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยทางอนุญาโตตุลาการในเยอรมันนั้นได้เจริญก้าวหน้าไปมาก และมีแนวโน้มว่ายอมรับให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท โดยใช้หลักแห่งความยุติธรรมได้[54]

ง) ประเทศสวีเดน

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการสวีเดนนั้นค่อนข้างก้าวหน้า เช่น อนุญาโตตุลาการมีอำนาจอุดช่องว่างในสัญญาได้ เมื่อวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการบางเรื่องที่ไม่มีกฎหมายหรือสัญญากำหนดไว้และเกิดปัญหาขึ้น อนุญาโตตุลาการย่อมเป็นผู้กำหนดเองได้ ส่วนหลักเกณฑ์ในการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น กำหนดให้เอาคะแนนเสียงข้างมาก และต้องชี้ขาดภายในเวลา 6 เดือน นับตั้งแต่เริ่มการพิจารณา เว้นแต่คู่กรณีจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดนั้นต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคน มิฉะนั้นคำชี้ขาดจะไม่สมบูรณ์[55]

---

[51] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ", หน้า 55-56.

[52] Rosenberg-Schwab, Schiedgerichtsbarkeit, 1960.

[53] Stein-Jonas, Kommentar Zur Z.P.O., Note 1.2 ON @ 1034 and Raape, Internationales Privatrecht., 1961, p. 561.

[54] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ, หน้า 122.

[55] Pieter Sanders, Recent Amandment on Arbitration Statutes : Sweden, 2 Yearbook of Commercial Arbitration, p. 227.

จ) ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้น้อยมาก ซึ่งทั้ง UNIFORM ARBITRATION ACT และ UNITED STATES ARBITRATION ACT ต่างก็ไม่ได้บัญญัติเอาไว้เลยว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้กฎหมายหรือไม่จึงตกเป็นหน้าที่ของคู่กรณีจะตกลงกำหนดการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกันเอง เพราะวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะของสัญญา ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ แต่ในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกำหนดวิธีพิจารณากันไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาได้ตามความเหมาะสม อำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ และกว้างกว่าอำนาจของผู้พิพากษาในศาลต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ซึ่งแตกต่างไปจากประเทศอื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่าน รวมถึงมีคำพิพากษาของศาลล้วนแต่ชี้ให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการสามารถชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักแห่งความยุติธรรมได้ และในการทำคำชี้ขาดนั้นจะต้องชี้ขาดตามเสียงข้างมาก ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ แต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด และในทางปฏิบัติก็ไม่ใคร่นิยมระบุเหตุผลลงในคำชี้ขาดเลยด้วย ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดีระหว่าง BERNHARDT กับ POLYGRAPHIC COMPANY ในปี 1956 ว่าอนุญาโตตุลาการไม่จำต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดแต่ประการใด[56]

ฉ) ประเทศอิตาลี

ตามปกติคู่กรณีพิพาทเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาและกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีอาจกำหนดวิธีพิจารณาดังกล่าวไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือตกลงกันในภายหลัง แต่ถ้าคู่กรณีมิได้กำหนดวิธีพิจารณาดังกล่าวไว้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาต่าง ๆ และกฎหมายที่ใช้บังคับได้ตามที่ตนเห็นสมควร เพื่อให้การพิจารณาดำเนินไปได้ด้วยดี อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาของตนในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้กำหนดไว้ แต่ก็มีการกระทำหรือวิธีพิจารณาบางประการที่อนุญาโตตุลาการจะกระทำตามอำเภอใจไม่ได้ เช่น อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายปรับกับประเด็นพิพาทต่าง ๆ ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้รับมอบอำนาจมานั้น เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีจะได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยใช้หลักความเป็นธรรมปรับแก่ข้อพิพาทนั้น โดยไม่จำต้องพิจารณาหลักกฎหมาย (equita) และการทำคำชี้ขาดต้องตัดสินชี้ขาดด้วยคะแนนเสียงข้าง

---

[56] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ", หน้า 36.

มาก ต้องทำคำชี้ขาดเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการ ณ ประเทศอิตาลี อีกทั้งจะต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดนั้นด้วย[57]

ช) ประเทศญี่ปุ่น

ในการชี้ขาดนั้นอนุญาโตตุลาการไม่จำต้องใช้หลักกฎหมายปรับแก่ข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดโดยอาศัยหลักปฏิบัติทางการค้า หลักความยุติธรรม หรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่คำชี้ขาดนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน[58] และคำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดด้วย

ศาสตราจารย์ NAKATA ได้เขียนไว้ว่า "อนุญาโตตุลาการนั้นไม่จำต้องผูกพันโดยกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือกฎหมายสาระบัญญัติ แต่จะต้องทำคำชี้ขาดตามแนวปฏิบัติทางการค้า ความสุจริต และยุติธรรม หากว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน"[59] ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เก่า และมีมานานแล้วของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศญี่ปุ่น แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดดังกล่าวนี้ก็สามารถนำมาอ้างอิงได้ เพราะในปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นได้ยอมรับหลักการดังกล่าวของ ศาสตราจารย์ NAKATA และพัฒนาการตามหลักของสากล จนกระทั่งสถาบันอนุญาโตตุลาการได้มีการนำเอาหลักอนุญาโตตุลาการฉันมิตรมาใช้กันหลากหลาย

จึงเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการในประเทศญี่ปุ่นส่วนใหญ่มีความกระตือรือร้นที่จะระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณีพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยที่เป็นมิตร (Amicable) เกือบ 50 เปอร์เซ็นต์ของการอนุญาโตตุลาการ โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการประเทศญี่ปุ่น (JCA:The Japan Commercial Arbitration Association) สามารถไปถึงซึ่งจุดที่ใช้ความเป็นมิตรหรือการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย โดยการระบุลงไว้ในคำ

---

[57] เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

[58] Teruo Doi, JAPAN, 4 Yearbook of Commercial Arbitration, 1979, p.131-132.

[59] Nakata, In Sanders A.C.I. : Union International Des Avocats : Arbitrage Commercial International. (P.Sanders, ed.1965, p.88).

ชี้ขาดของพวกเขา[60] ดังตัวอย่างในกรณีระหว่าง Steel Corporation (Steelco) กับ Hightech Corporation (Hightechco) ที่ใช้หลักการไกล่เกลี่ยอย่างเป็นมิตร (amicable texture)[61] ในกรณีดังกล่าวด้วย

ช) ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

หลักเกณฑ์ในการชี้ขาดตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้น อนุญาโตตุลาการต้องตัดสินชี้ขาดตามหลักกฎหมาย เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยหลักความเป็นธรรม[62] ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีอยู่ในกฎหมายฉบับเก่าของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (ICC Rules Article 13 และ Concordat Article 31) โดยเป็นความเข้าใจถึงหลักความยุติธรรมในส่วนนี้ว่า ประเพณีปฏิบัติแห่งทวีป หรืออาณาเขตเป็นหลักแห่งความเป็นธรรมและความยุติธรรมทั่วไป อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (The Swiss Private International Law Act, effect on 1989) ซึ่งได้มีการทบทวนและปรับแก้ใหม่ ได้มีการระบุให้คู่กรณีสามารถกำหนดให้อนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดโดยใช้หลัก ex aequo et bono ได้[63]

ตามมาตรา 31 วรรค 3 แห่งข้อตกลง มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสวิส คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการและระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด[64]

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์การชี้ขาดของแต่ละประเทศแล้วนั้น พบว่าแนวทางส่วนใหญ่จะเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์เองได้ แม้ว่าประเทศเหล่านั้นจะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าต้องชี้ขาดไปตามหลักกฎหมาย แต่ประเทศนั้น ๆ ก็จะมีข้อยกเว้นไว้ให้คู่กรณีเลือกใช้หลักแห่งความยุติธรรม หรือการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมายได้ ซึ่งการที่มีบทบัญญัติยกเว้นไว้เช่นนี้ ทำให้เกิดแนวทางใหม่ ๆ ให้คู่กรณีที่ต้องการใช้หลักทั่วไปที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมที่สุดได้ แต่ก็ยังมีบางประเทศที่เป็น

---

[60] Kazuaki Sono, The Japanese Experience , UNCITRAL Arbitration in Canada , the University of British Colombia, 1987, p.29.

[61] Shinishiro Michida, The Amicable Texture of Japanese Arbitration, Comparative arbitration practice and public policy in arbitration general editor Pieter Sanders, 8th : 1986 New York, p.163.

[62] Istvan Szasy, International Civil Procedure : a Comparative Study, p. 606.

[63] Albert Jan van den Berg, Yearbook Commercial Arbitration Volume XII 1987, Kluwer Laws & Taxation Publishers, P 515.

[64] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, "สัญญาอนุญาโตตุลาการ", หน้า 80.

สังคมนิยม เช่น สหภาพโซเวียตหรือรัสเซีย ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการในประเทศซีกโลกตะวันตก

ญ) ประเทศสหภาพโซเวียตหรือรัสเซีย

แม้ประเทศสหภาพโซเวียตหรือรัสเซียจะไม่สนับสนุนให้ใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐในปัญหาที่พิพาทกันทางการเมืองแต่ก็ได้ใช้การอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศเสมอมา และได้มีการตั้งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการท้องถิ่นในกรุงมอสโคว์ ยิ่งกว่านั้นสหภาพโซเวียตหรือรัสเซียได้เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ เป็นประเทศหนึ่งในประเทศแรก ๆ ที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958[65] หรืออนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ซึ่งสหภาพโซเวียตหรือรัสเซียในฐานะประเทศภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องรับรองและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ให้มีการอนุญาโตตุลาการในสหภาพโซเวียตหรือรัสเซีย และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในสหภาพโซเวียตหรือรัสเซีย ก็จะได้รับการรับรองและบังคับตามในประเทศคู่ภาคีของอนุสัญญานี้

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคน รวมทั้งให้เหตุผลแห่งคำชี้ขาดนั้นด้วย การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นต้องทำโดยใช้คะแนนเสียงข้างมากของคณะอนุญาโตตุลาการ

ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อนุญาโตตุลาการของทั้งสองสถาบันจะต้องใช้กฎหมายสาระบัญญัติปรับแก้ข้อพิพาทที่ตนตัดสิน จะต้องพิจารณาถ้อยคำ เนื้อหา และเงื่อนไขของสัญญาและประเพณีหรือการปฏิบัติทางการค้า ในการใช้กฎหมายสาระบัญญัตินั้นด้วย แต่ที่สำคัญนั้นคือ ในการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการจะตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักความเป็นธรรม (ex aequo et bono) โดยไม่ใช้หลักกฎหมายไม่ได้ เพราะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมาย[66]

---

[65] Secretariat of the International Law Commission, Memorandum on the Soviet Doctrine and Practice with Respect to Arbitral Procedure, 67 Department of State Bulletin (1972).

[66] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, "อนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศในสหภาพโซเวียต," วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, ปีที่ 16 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2529), หน้า 123.

ดังนั้นการพิจารณาว่าจะต้องใช้กฎหมายสาระบัญญัติบังคับกับข้อพิพาทหรือจะตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักความยุติธรรมโดยไม่ใช้ข้อกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการด้วย การเลือกสถานที่สำหรับการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาถึงอย่างรอบคอบ เพราะในปัจจุบันประเทศในแถบภาคพื้นเอเชียอาคเนย์ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ฮ่องกง ก็ได้รับความสนใจในการลงทุนทำธุรกิจอย่างมากมาย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสิงคโปร์นั้น มีศูนย์กลางการอนุญาโตตุการระหว่างประเทศ (The Singapore International Arbitration Centre หรือ SIAC) รองรับนักลงทุนและมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ปรับใช้ตาม UNCITRAL Model Law สนับสนุนให้คู่สัญญาเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย (amiable composition) หรือให้อนุญาโตตุลาการใช้หลัก ex aequo et bono แล้วแต่กรณีได้ด้วย และจากจุดนี้เองที่ประเทศไทยควรจะได้เป็นสถานที่แห่งหนึ่งที่นักธุรกิจ ทั้งในเขตอาเซียนและทั่วโลกหันมาให้ความสนใจมากขึ้นจนเป็นศูนย์กลางได้ ถ้าประเทศไทยเราปรับตัวรับกับแนวทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศต่อไปได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย