

บทที่ 2

กฎหมายต้นแบบว่าการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ 1985.

2.1. ความนำ

หลายปีภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 การค้าเกิดการขยายตัวทำให้การอนุญาโตตุลาการมีการเติบโตมากขึ้น จึงมักจะมีคำถามเกิดขึ้นกับนักลงทุนเสมอ อาทิเช่น จะใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ใด หรือ จะใช้การอนุญาโตตุลาการของสถาบันหรือเฉพาะกิจ (Arbitration Institution or Ad hoc Arbitration) และสถาบันใดจึงจะเป็นสถาบันที่ได้รับการยอมรับ ซึ่งนักลงทุนจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่จะตอบคำถามในการเลือก "สถานที่" ที่ใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้า² ซึ่งเหล่านี้ทำให้นักลงทุนแสวงหา

¹ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, "การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ", นิติสยามปริทัศน์ 43, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม, 2543, หน้า 34.

² ดังเช่นปัญหาเหล่านี้

1. ประเทศคู่สัญญานั้นเป็นสมาชิกของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใดบ้าง
2. กฎหมายใดที่เป็นกฎหมายที่บังคับใช้โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ของคู่สัญญา
3. มีข้อจำกัดใดเกี่ยวกับกรณีของการอนุญาโตตุลาการ
4. ข้อจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการมีอะไรบ้าง
5. อำนาจของศาลในการแทรกแซงหรือช่วยเหลือในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีมากน้อยเพียงใด
6. ความผูกพันและการบังคับคำชี้ขาด
7. การอุทธรณ์และการแก้ไขคำชี้ขาด
8. อำนาจของอนุญาโตตุลาการมีอะไรบ้าง
9. สถาบันอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะบริหารงานอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่
10. ภาษาที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการที่เป็นธรรมและยุติธรรมที่สุดสำหรับการลงทุนที่มีความเกี่ยวพันกับเรื่อง การระหว่างประเทศ

จากที่คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) ได้ก่อตั้งมาตั้งแต่ ปี 1966 เพื่อจะ แก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของทุกประเทศทั่วโลก ปัจจุบันนี้เป็นที่ทราบกันดีว่า UNCITRAL เป็น "องค์กรทางกฎหมายภายใต้ระบบของสหประชาชาติ เพื่อพัฒนามาตรฐานการค้าให้มีความสอดคล้องและมีเอกภาพยิ่งขึ้น โดยอยู่บน พื้นฐานของหลักความร่วมมือและความยินยอม (Cooperation and Concession Principle) ซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ³

ต่อมาในปี 1985 ก็ได้มีการร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ ระหว่างประเทศ (ต่อไปเรียกว่า "กฎหมายต้นแบบ") ขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาคความหลากหลายของ กฎหมายภายใน กรณีที่กฎหมายและกระบวนการพิจารณาในเรื่องการอนุญาโตตุลาการทางการค้า ระหว่างประเทศ โดยกฎหมายต้นแบบได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้รัฐที่มีความแตกต่างทาง กฎหมาย สภาพสังคมและระบบเศรษฐกิจ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั่วทุกภูมิภาคของโลก โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายต้นแบบเพื่อที่จะส่งเสริมหลักความศักดิ์

-
11. นักกฎหมายภายในประเทศกับประสบการณ์ทางการค้าในการ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีข้อจำกัดหรือไม่
 12. การอำนวยความสะดวก อย่างเช่น ห้องรับฟังพยาน การรายงาน และการ แปลงานและการตีความ
 13. การติดต่อสื่อสารและการเดินทางเป็นอย่างไร
 14. กองตรวจคนเข้าเมือง ศุลกากร อัตราแลกเปลี่ยน และมาตรการทางภาษีมี อะไรบ้าง
 15. ค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ การบริหาร นักกฎหมายและค่าบริการ และ ค่าบริการอื่น ๆ ในแต่ละประเทศ

³ Melissa Gerardi, "Jumpstarting APEC in the Race to 'Open Regionalism': A proposal for the Multilateral Adoption of UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration", *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol 15 no. 3, Spring 1995, p. 685.

สิทธิในการแสดงเจตนา (Autonomy of party will principle) ในการร่างสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อประกันความเท่าเทียมและเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญา และเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสมประโยชน์แก่คู่สัญญามากที่สุด⁴

ดังนั้น ความเข้าใจในปัญหาเบื้องต้นหลังการร่างกฎหมายต้นแบบในภาพกว้าง ๆ เพื่อทำความเข้าใจถึงเหตุผลต่าง ๆ ได้ดียิ่งขึ้น โดยอาจแบ่งปัญหาสำคัญ ๆ ได้ดังนี้

2.1.1 ปัญหาการไม่มีกฎหมายภายในรองรับปัญหา⁵

สำหรับสาเหตุในเรื่องนี้จากการที่รัฐมีแนวคิดในเรื่อง อำนาจอกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในที่ตนมีอำนาจออย่างเด็ดขาดในการออกกฎหมาย (Sovereignty) เพื่อบังคับแก่กรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจของประเทศตน ตามหลักกฎหมายที่บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri)⁶ เกิดการแก้ปัญหาทางเทคนิคแก่กรณีที่มีความเกี่ยวพันระหว่างรัฐ โดยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นั้นให้อยู่ภายใต้กฎหมายขัดกัน เพื่อวัตถุประสงค์ในการตัดสินใจว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่กรณีก่อน⁷ โดยไม่ก้าวล่วงไปถึงสาระภายในความสัมพันธ์ภายในสัญญา⁸

⁴ Ibid, Melissa Gerardi, p.686.

⁵ Rene David, Arbitration in International Trade. Kluwer Law and Taxation Publisher 1906, p.83-86, Alan Redfem and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration. Sweet & Maxwell 1991. and see also at Doc A/CN.9/264 or UNCITRAL Yearbook, vol xvi-1985 or at <http://www.un.org/uncitral/model.htm>.

⁶ W.Laurence Craig, William W. Park, and Jan Paulsson, 'Chapter 28 The Concept of International Commercial Arbitration', International Chamber of Commerce Arbitration. June 1984, p.1-15.

⁷ Rene David, The Legal Systems of the World their Comparison and Unification: Chaper 5 The International Unification of Private Law. p. 7-11.

⁸ คณิง ฤาไชย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1 มีนาคม 2541 สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , หน้า 49.

แต่จากความซับซ้อนและก้าวหน้าของความสัมพันธ์ในเชิงระหว่างประเทศของเอกชนในทุก ๆ เหตุการณ์ ทำให้ต้องพบกับปัญหาที่แปลกใหม่และยากเย็นยิ่งขึ้น โดยอาจจะเกิดจากการที่มีกฎหมายขาดบทบังคับ (Non-mandatory provisions of Law) ในเรื่องนั้น ๆ มาก่อนทำให้คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกัน หรืออาจจะเกิดจากการไม่มีบทบัญญัติ (Lack of provisions) นั้นอยู่ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ประสบความสำเร็จหรือมีปัญหาเกิดขึ้นได้ จากที่กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล จะแก้ปัญหาได้โดยกลับไปใช้วิธีภายในของประเทศนั้น หรือให้เทียบเคียง ส่งผลให้คู่ความไม่พอใจในคำตัดสินของศาลภายใน โดยเนื้อหาของสาระของกฎหมายภายในเท่านั้น

แต่โดยสาระสำคัญของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศทำให้นักธุรกิจไม่อาจดำเนินธุรกิจแก่การค้าระหว่างประเทศได้อย่างสะดวก เนื่องจากกฎหมายภายในประเทศได้รับอิทธิพลจากการจัดการระบบเศรษฐกิจของแต่ละประเทศซึ่งแตกต่างกัน เช่น สหภาพโซเวียต มีลักษณะเศรษฐกิจที่เป็นแบบสังคมนิยม (planned economy) และ สหรัฐอเมริกา มีแผนเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (unplanned economy) ทำให้กฎหมายภายในที่สอดคล้องกับการดำเนินเศรษฐกิจแตกต่างกันออกไปตามระบอบที่ตนเลือก¹⁰ และความซับซ้อนในเชิงการค้า ที่ออกมาอย่างรวดเร็ว เช่น กฎหมายซึ่งเกี่ยวกับการค้าอิเล็กทรอนิกส์¹¹

ในท้ายที่สุดนักธุรกิจถูกบังคับให้ใช้กฎหมายภายในมาปรับใช้กับกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีเช่นว่านั้น การกำหนดในการปฏิบัติมีความแตกต่างกันที่มีในด้านหน้าที่และความรับผิดชอบ Yasuhei TANIGUCHI ได้ให้ความเห็นไว้ในเอกสารประกอบการสัมมนาของ Apec Symposium 1998 ในเรื่องปัญหาบางประการของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อยู่ 2 ประเด็นหลัก คือ ปัญหาด้านวัฒนธรรม (Culture Problems)

⁹ Petar Šarcevic, Essay on International Commercial Arbitration, Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, London 1989., p. 5-7.

¹⁰ Supra note , Rene David, p. 7-11.

¹¹ กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Transactions Law), กฎหมายลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signatories Law), กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Crime Law), กฎหมายเกี่ยวกับการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Fund Transfer Law), กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Protection Law) และกฎหมายอื่น ๆ

และปัญหาเกี่ยวกับสถาบัน (Institutional Problems) อันเนื่องมาจากการที่มีกฎหมาย ไม่เพียงพอรวมถึง หลักเกณฑ์และระบบต่างๆ นั้นยังไม่เพียงพอหรือเหมาะสม¹² ซึ่งผู้ร่วมสัมมนา นี้ได้กำหนดปัญหาหลักเกี่ยวกับปัญหาสถาบัน ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ไว้ 3 ประการ คือ ประเด็นมาตรการชั่วคราวในการคุ้มครองทรัพย์สิน ประเด็นการยอมรับและบังคับ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และสุดท้ายคือเรื่องความไม่ครอบคลุมกฎหมายภายในในเรื่อง การอนุญาโตตุลาการภายในอย่างเพียงพอ¹³

สำหรับในประเด็นเรื่องการไม่มีกฎหมายภายในรองรับปัญหา ซึ่งเกี่ยวกับการ อนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ทั้งที่เคยมีกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ จะพบกับปัญหาที่เป็นหลัก ๆ ข้างต้นทั้งมาตรการชั่วคราวในการปกป้องทรัพย์สิน หรือแม้แต่การยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดต่างประเทศ ก็เป็นปัญหาสำคัญ ทำให้หลายประเทศได้พยายามปรับปรุงและออกกฎหมายตามกฎหมาย ต้นแบบ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเป็นต้นแบบให้กับประเทศต่าง ๆ ได้ออกกฎหมายภายใน ให้เกิดความสอดคล้องกันเพื่อความสะดวกในทางปฏิบัติให้นักลงทุน

2.1.2 ความแตกต่างระหว่างรัฐในเรื่องกฎหมายภายใน

ภายใต้สังคมของการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศได้มีความพยายามในการ แก้ไขปัญหาที่มีอยู่มากในเรื่องความไม่แน่นอนของกฎหมาย ซึ่งเป็นผลจากความสับสนใน ระบบกฎหมายต่าง ๆ โดยมีหลักการที่อธิบายออกมาในหลายภาษา โดยความสัมพันธ์ทาง ธุรกิจที่สามารถคาดเดาได้นี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของ "กฎหมาย" ซึ่งสามารถคาดเดาถึงการตี ความและโครงสร้างของตัวบทกฎหมาย และการยอมรับบังคับใช้ของคำตัดสินข้อมติโดยศาล หรือคำชี้ขาด การคาดเดาได้และมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะสามารถจะคาดเดาถึงความเสี่ยงและค่า ใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ อีกทั้งยังเพิ่มบรรยากาศที่ดีให้กับนักลงทุนในด้านบรรยากาศทาง

¹² Yasuhei Taniguchi, 'Some Problems of International Arbitration', APEC Symposium 1998: Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes, 27-28 April, Bangkok, The Arbitration Office, Ministry of Justice, Thailand 1998, p. 77.

¹³ Ibid, p. 77-82.

กฎหมายและกฎหมายที่เป็นเอกภาพแก่ทุกประเทศนี้ จึงออกมาเพื่อช่วยในการลดความซับซ้อนและปัญหาจากการเลือกใช้กฎหมาย (Choice of Law) ของคู่สัญญาลงได้¹⁴

ในด้านระบบกฎหมายภายในซึ่งแต่เดิมมามีการดำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของประเทศตน ในปัจจุบันบทบาทของรัฐในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจได้ถูกจำกัดบทบาทมากขึ้น โดยมีการคาดกันว่าในอนาคต กฎหมายภายในจะมีแนวโน้มที่จะให้ลักษณะกฎหมายที่เหมือนหรือคล้ายกันมากยิ่งขึ้น เพื่อให้มีการคาดเดาโครงสร้างของความสัมพันธ์ในด้านต่างๆ ได้มากขึ้น¹⁵

แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มากไม่ว่าจะเป็น ตัวนักกฎหมาย หรือตัวเนื้อหาของสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะมากขึ้น โดยรัฐได้ให้การยอมรับแก่การแสดงเจตนาของคู่สัญญามากขึ้นโดยไม่บังคับว่าจะต้องใช้กฎหมายของรัฐในการทำธุรกิจซึ่งผลกระทบ ทำให้คู่สัญญาเลือกที่จะใช้กฎหมายของประเทศที่สาม ที่เห็นว่าคุ้นเคยและเป็นธรรมกับทั้งสองฝ่าย¹⁶ จากการใช้กฎหมายของรัฐใดก็ได้¹⁷ เป็นปัจจัยสำคัญในการให้เกิดการตั้งสถาบันระหว่างประเทศเพื่อเป็นการรองรับวิธีระงับข้อพิพาทโดยกฎหมายที่มีเอกภาพและวิธีการที่ทั่วโลกให้การยอมรับ¹⁷

เพื่อแก้ไขปัญหาในการเลือกใช้กฎหมายภายในของคู่สัญญานั้นคู่สัญญามักจะนำเอาวิธีการต่าง ๆ ที่นำมาแก้ไขปัญหาคความแตกต่างของกฎหมายภายใน แต่ยังคงถือว่าเป็นวิธีการภายในประเทศอยู่ โดยทั่วไปมีอยู่ 3 วิธี ดังนี้

¹⁴ Supra note 9, Petar Šarcevic p. 6., Christopher R. Drahozal, 'Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration 2000, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 33 Vand. J. Transnat'l L. 79, January, 2000, p. 14.

¹⁵ Ralph Amisshah, 'The Autonomous Contract Reflecting the borderless electronic-commercial environment in contracting', see <http://www.jus.uio.no/lm/the.autonomous.contract.07.10.1997.amisshah/doc.htm>..p.5.

¹⁶ Supra note, Petar Šarcevic, p. 5.

¹⁷ Supra note, Ralph Amisshah, p.6.

1. ใช้กฎหมายเอกภาพแต่มีข้อจำกัดบางประการ กฎหมายต้นแบบนั้นเป็นตัวอย่างที่ดี ซึ่งเป็นการทำให้กฎหมายในแต่ละประเทศได้รับการยอมรับในแง่ของโครงสร้างและสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบ ซึ่งสามารถใช้ได้ในทุกประเทศที่มีระบบต่างกัน หรือในประเทศที่มีการยอมรับหรือใช้กฎหมายภายในต่างกันหรือยุ่งยาก พัฒนาการและรูปแบบของการใช้กฎหมายเอกขนนั้นต้องใช้เวลาพอสมควร ในการสร้างรูปแบบของหลักการและหลักเกณฑ์ที่เป็นเอกภาพ ซึ่งจะใช้เวลายาวนานของการภาคยานุวัติ (ratification) และการนำเข้ายอมรับ (accession) โดยรัฐ¹⁸ อาจจะมีการตั้งข้อสงวน(reservation)ไว้พร้อม ๆ กัน

ตั้งแต่อดีตกฎหมายเอกภาพหลาย ๆ ฉบับ¹⁹ ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในด้านการปรับใช้กฎหมายเอกภาพอันมาจากสาเหตุหลายประการ อาทิ การไม่มีองค์การควบคุมดูแลให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ ทำให้เกิดคำถามแก่ปัญหาทางกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีพิพาทมากมาย จึงมีการพัฒนาของหลักเกณฑ์ให้ความอิสระแก่คู่สัญญา ทั้งภายในและภายนอกโครงสร้างของกฎหมายภายในขึ้น อีกประการที่สำคัญ คือ กฎหมายเอกภาพไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ทุกประการแก่คู่สัญญา ดังนั้นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณียังคงสามารถนำมาปรับใช้ได้²⁰

2. กฎเกณฑ์และหลักเกณฑ์ที่เป็นเอกภาพ²¹โดยการใช้สัญญาต่าง ๆ เพื่อให้ใช้กฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์มาปรับใช้จะมีความยืดหยุ่นกว่าการใช้กฎหมายเฉพาะ และรวดเร็วกว่าในการเจรจา เพื่อประหยัดค่าใช้จ่ายและการคาดเดา

3. การใช้สัญญามาตรฐานเฉพาะอย่าง²²เพื่อกำหนดรายละเอียดโดยคู่สัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์ซึ่งมีปัญหาในการตีความและช่องว่างของกฎหมายที่ใช้แก่กรณีโดยขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่สัญญาเอง

¹⁸ Ibid, Ralph Amisshah p.7.

¹⁹ Hamberg rules, CISG , and others

²⁰ Supra note, Ralph Amisshah p.7

²¹ Ibid, Ralph Amisshah p.8

²² Ibid, Ralph Amisshah p.8

ส่วนระดับความอิสระในการตัดสินใจของคู่สัญญา มักจะถูกจำกัดในกฎหมายภายในของรัฐ แต่ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ภายในของรัฐ ได้รับอิทธิพลของหลักปฏิบัติทางการค้า (Trade Usages) และ กฎหมายนายวานิช (lex mercatoria) มากขึ้นแต่โดยมากรัฐก็จะมีเงื่อนไขสำหรับขอบเขตของการยอมรับสัญญาของเอกชน อาทิเช่น

1. รัฐให้ความยอมรับสัญญาระหว่างคู่สัญญา ยกเว้นที่ขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน
2. อำนาจบังคับแก่สัญญามาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา
3. สัญญาได้รับการเลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ทั้งเฉพาะกิจหรือสถาบันโดยมีหลักเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ
4. การบังคับกรณีอนุญาโตตุลาการโดยใช้ อนุสัญญานิวยอร์ก ปี 1958²³
5. มีผลในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลบังคับใช้นอกเหนือจากประเทศที่เป็นผู้ปฏิบัติ ตามสัญญา²⁴

แต่อย่างไรก็ดี ผู้ร่างกฎหมายไม่อาจแก้ไขช่องว่างของกฎหมายได้ทั้งหมดซึ่งอาจจะ เป็นกรณีที่ช่องโหว่ของกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่เนื่องจากปัญหาทางสังคมได้เปลี่ยนไป ทำให้ กฎหมายไม่อาจครอบคลุมได้ทั้งหมด รวมถึงกรณีของกระบวนการดำเนินการทางกฎหมายใน แต่ละประเทศที่แตกต่างกัน ซึ่งทำให้นักกฎหมายอาศัยความรู้ในการเลือกใช้กฎหมายมา บังคับกับกรณีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ²⁵

ประเด็นปัญหาที่เห็นได้ชัดในเรื่องความเป็นเอกภาพของกฎหมายภายในมี 2 ประเด็น คือในกรณีการหลีกเลี่ยงทางพยานหลักฐาน และการใช้เหตุผลประกอบการตัดสินใจของ อนุญาโตตุลาการที่มีความเห็นแตกต่างกันเนื่องจากอิทธิพลต่อบทบาทในกระบวนการตัดสินใจ ซึ่งเกิดจากการมีแนวความคิดที่ต่างกัน รวมถึงความเชื่อในการตัดสินใจปัญหา ซึ่งกระบวนการตัดสินใจนั้นอาจจะมาจากความหลากหลายทางแนวคิด การยอมรับระบอบประชาธิปไตย

²³ Convention on Recognition and Enforcement on the Foreign Award 1958 hereinafter New York Convention 1958

²⁴ Supra note, Ralph Amisshah p. 9.

²⁵ Supra note, Ralph Amisshah p.20

สังคม ระบบเศรษฐกิจและวัฒนธรรมที่ต่างกัน อันมีผลในการใช้วิจารณ์ญาณในการตัดสินใจ และการให้นำหนักต่อหลักเกณฑ์ใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการ²⁶

ในระดับระหว่างประเทศนั้น เกิดจากความไม่แน่นอนของนักกฎหมายจากต่างระบบกฎหมาย รวมถึงวัฒนธรรมทางกฎหมายที่ต่างกัน ซึ่งจะทำให้เกิดความต่างในหลักเทคนิคในวิธีพิจารณา ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความแตกต่างของแหล่งที่มาของอำนาจและความเคารพต่อเหตุผลทางกฎหมายที่ต่างกันอีกด้วย²⁷

Norbert Hom ได้ให้ความเห็นว่าภายในความแตกต่างของกฎหมายซึ่งไม่เป็นเอกภาพและมีความหลากหลายในกฎหมายระหว่างประเทศ ในด้านการพาณิชย์ต่าง ๆ ซึ่งเป็นอุปสรรคในการทำการค้าระหว่างประเทศ ความแน่นอนและมีเสถียรภาพของกฎหมายภายในก่อให้เกิดความมั่นใจจากทั้งนักลงทุนและผู้บริโภคต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่ามีการทำสัญญาระหว่างประเทศแบบใหม่ ในเชิงการค้าระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากหลายเหตุผล อาทิเช่น

1. การพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ ได้กระจายไปที่ต่าง ๆ ทั่วโลก มีการแลกเปลี่ยนกัน ได้โดยง่ายทางอิเล็กทรอนิกส์ และการสื่อสารโทรคมนาคม
2. มีการพัฒนาการค้าเงินธุรกิจและสัญญาใหม่ ๆ ทำให้เกิดธุรกิจใหม่ ๆ ตลอดเวลา เช่น ธุรกิจทางการค้าอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น
3. เงื่อนไขของสัญญาถูกกำหนดโดยการเมืองของรัฐบาล²⁸ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เช่น สัญญาสัมปทานบางประเภท²⁹ ซึ่งจะมีกฎหมายควบคุมอยู่อย่างเข้มงวด

²⁶ Supra note 15, Ralph Amissah p.21.

²⁷ Supra note 15, Ralph Amissah p.22., สถาพร มีสะอาด, 'การอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช้กฎหมาย', วารสารกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปี 19 ฉ.2 พ.ศ. 2542, หน้า 119.

²⁸ Patrick C. Osode, 'State contracts, state interests and international commercial arbitration: a Third World perspective', Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol xxx no. 1 March 1997, p. 37-55.

²⁹ สัญญาให้สัมปทานการขุดและสำรวจแร่ สัญญาทางวิศวกรรม เป็นต้น

4. ความขัดกันของการจัดการและปรับใช้สัญญา เนื่องจากมีความซับซ้อนทางการค้า ซึ่งจะมีรายละเอียดมากขึ้นตามความก้าวหน้าของงานหรือมีปัจจัยต่าง ๆ เข้ามากระทบ เช่น ผู้ร่วมงานมากขึ้น วัตถุประสงค์ เช่น สัญญา Turnkey หรือ สัญญาทางวิศวกรรม เนื่องจากคู่สัญญาจะต้องเคารพต่อหลักการเบื้องต้นในการบังคับสัญญา คือ หลัก pacta sunt servanda ซึ่งเป็นหลักฐานในการดำเนินธุรกิจการค้าพาณิชย์ ซึ่งบางครั้งเป็นข้อตกลงระยะยาว³⁰

ซึ่งปัญหาเหล่านี้ทำให้นักลงทุนเกิดความยุ่งยากในการปรับใช้กฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่กรณีมากขึ้น ๆ ตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน

2.1.3. ปัญหาการรับกฎหมาย

1. ระบบกฎหมาย

โดยทั่วไปแล้ว ระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ นั้นมีกระบวนการและแนวความคิดที่ต่างกัน เนื่องจากคนในระบบประมวลกฎหมายนั้นเริ่มจากการฟ้องร้องหรือผู้ยื่นฟ้องซึ่งขึ้นอยู่กับหลักฐาน และข้อเท็จจริง รวมถึงทฤษฎีกฎหมายในกระบวนการก่อนฟ้อง (Pretrial Discovery) ที่ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์นั้นไม่เข้าใจ แต่อาจจะเข้าใจได้ว่ากระบวนการมากมายในระหว่างพิจารณาคดี คล้ายกับเป็นส่วนประกอบของคดี เพื่อพิสูจน์ว่าผิดหรือไม่ ในกระบวนการนี้ ศาลจะมีบทบาทน้อยมาก เพราะเป็นเพียงผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเท่านั้น³¹

ดังนั้น ในกระบวนการรับเอากฎหมายต่างประเทศหรือหลักสากลเข้ามาปรับใช้ในแต่ละประเทศ ย่อมต้องการปรับให้เหมาะสมกับทั้งระบบและกระบวนการเพื่อความสะดวกแก่ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะผู้ที่ไม่ได้เป็นนักกฎหมาย จากหลากหลายอาชีพ เมื่อมา

³⁰ supra note 28, Patrick C. Osode, p.53.

³¹ Han Smit, 'Article. Substance and Procedure in International Arbitration: The Development of a new legal order', *Tulane Law Review*, June 1991, 65 Tul. L. Rev. 1309. p. 5.; and see also Michael Schneider, 'Hearing witnesses in international arbitration', *International Commercial Litigation*, Feb 1996, p.14-15.

เป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีความแตกต่างทั้งความรู้พื้นฐาน ความเคยชิน กับระบบดั้งเดิมของตน

โดยมากแล้วกระบวนการในการอนุญาโตตุลาการจะมีลักษณะผสมกันระหว่าง กระบวนการทั้งกฎหมายซีวิลและคอมมอนลอว์³² เพื่อความยืดหยุ่นในกฎหมาย กระบวนพิจารณามากยิ่งขึ้นโดยถือว่าวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายพิเศษที่ยกเว้นวิธีพิจารณาแพ่งปกติ³³

2. จารีตประเพณีและแนวความคิด

ในกรณีของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น สิ่งที่สำคัญที่สุดคือ การแก้ปัญหาภายในให้ได้ก่อน อาทิเช่น สถานการณ์อนุญาโตตุลาการ และรวมถึงความต่างกันของรากฐานของกฎหมายของคู่สัญญาและตัวอนุญาโตตุลาการเอง ซึ่งเหล่านี้เป็นผลมาจากการที่วัฒนธรรมหรือประเพณีทางกฎหมายภายในไม่สามารถแก้ไข ปัญหากรณีระหว่างประเทศได้³⁴

โดยศาลจะให้กระบวนการพิจารณาภายในองค์ประกอบทางการเมืองและสังคม จะเข้ามามีบทบาทในข้อพิพาททางการค้าระหว่างคู่สัญญาจากหลายประเทศต่างระบบกฎหมายเมื่อเข้าสู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยคู่สัญญามีอิสระในการตกลงให้ยุติข้อพิพาทในทิศทางที่ตนต้องการได้³⁵

3. ปัจจัยทางเศรษฐกิจ

สิ่งสำคัญในการช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจในประเทศได้สิ่งหนึ่ง คือระบบกฎหมายภายในประเทศ แต่ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายที่ดีและเข้มแข็งบางครั้งก็ไม่อาจจะประกันความ

³² Ibid, Han Smit, p.6.

³³ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 41-43.

³⁴ Supra note, Petar Sarcevic, p. 12.

³⁵ Supra note, Petar Sarcevic, p. 31.

เข้มแข็งในระบบเศรษฐกิจได้ แต่ในทางกลับกัน ก็เป็นการยากที่จะกล่าวถึงความเข้มแข็งในระบบเศรษฐกิจไม่มีระบบกฎหมายภายในเป็นรากฐานและเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ³⁶

ดังนั้นในการระงับข้อพิพาทนั้นในขณะนี้นักธุรกิจได้ให้การยอมรับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) มีมากขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้สร้างจุดเปลี่ยนที่สำคัญให้กับการทำสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งไม่เหมือนกับวิธีทางศาลเนื่องจากเป็นการให้บริการทางการค้าเพื่อให้เหมาะสมกับความต้องการของนักลงทุน³⁷ แต่ก่อนคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอมักเลือกไม่มากนัก เนื่องจากปัจจัยทางเศรษฐกิจรวมถึงระบบที่ไม่ได้มาตรฐานทางด้านความช่วยเหลือทางกฎหมาย ผลก็คือผู้ประกอบการที่มาจากประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและโครงสร้างกฎหมายรวมถึงประสบการณ์ทางการค้าระหว่างประเทศที่ดีกว่าได้รับประโยชน์จากอีกฝ่ายเมื่อตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะคู่สัญญาที่มาจากประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจต่างกัน³⁸ ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ จึงมีความเกี่ยวเนื่องอย่างใกล้ชิดกับหลักเกณฑ์การตลาดของเศรษฐกิจระหว่างประเทศมากขึ้นในแง่การทำให้เกิดการค้าและการลงทุน รวมถึงผลพลอยได้ประเภทรายได้ให้กับรัฐผู้ให้บริการทางด้านการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

จากเหตุผลข้างต้น ทำให้เกิดการปรับเปลี่ยนเพื่อให้เป็นไปตามความต้องการทางการค้าของโลกสมัยใหม่มากขึ้น ซึ่งจะให้มีการยอมรับเจตนาของคู่สัญญามากขึ้น ทำให้เกิดความยืดหยุ่นและมีอิสระจากข้อจำกัดของกฎหมายภายในมากยิ่งขึ้น³⁹ และเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างประเทศยังคงเป็นเรื่องหลักเกณฑ์ของเศรษฐกิจเพื่อเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนให้เกิดการค้าระหว่างประเทศที่ทั่วโลกยอมรับ⁴⁰

³⁶ Supra note, Robert Morgan, p 1-2.

³⁷ Supra note, Patrick C. Osode, p. 37-39.

³⁸ Supra note, Petar Sarcevic, p. 31

³⁹ Ralph Amisshah, 'The Autonomous Contract Reflecting the borderless electronic-commercial environment in contracting', see <http://www.jus.uio.no/lm/the.autonomous.contract.07.10.1997.amisshah/doc.htm..>

⁴⁰ Supra note, Petar Sarcevic p. 32.

แต่เดิมนั้นระบบเศรษฐกิจของโลก แบ่งออกเป็นหลายค่ายแล้วแต่การแบ่งประเภทของแต่ โดยส่วนใหญ่จะแบ่งระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมและสังคมนิยม⁴¹ ซึ่งในการรับการอนุญาตแต่ละฉบับจำเป็นต้องศึกษาถึงผลกระทบภายในค่อนข้างมาก โดยแนวความคิดในเรื่องการรักษาผลประโยชน์แก่ชาติเป็นสำคัญ ซึ่งในอดีตนั้นในแต่ละประเทศ จะมองปัจจัยทางเศรษฐกิจในรูปของการรักษาทรัพยากรภายในเป็นสำคัญ โดยถือเป็นเรื่อง สิทธิอธิปไตย (sovereign rights) ของรัฐ ที่รัฐจะต้องปกป้อง⁴²

แนวทางของสัญญาทางกฎหมายและแนวทางปฏิบัติในทางการค้านั้นเป็นผลต่อมาจาก การเปลี่ยนแปลงทางเงื่อนไขและกรอบทางการตลาดระหว่างประเทศ ที่ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่องในหลายศตวรรษ ในการพัฒนานี้สามารถแบ่งได้ 2 ปรัชญาการณ์ที่สำคัญ คือ การเปิดตลาดใหม่และการเปลี่ยนแปลงของอำนาจต่อรองในประเทศคู่ค้า⁴³

ในตลาดใหม่สำหรับสินค้าใหม่ ๆ ทางด้านเทคโนโลยีในยุคของเทคโนโลยีข่าวสารปี 2000 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรงในตลาดการลงทุนของนักลงทุนทั่วโลกมาแล้วส่วนอำนาจการต่อรองของตลาดโลก นั้นในปัจจุบันได้กลายเป็นยุคของทุนนิยมเสรี ของตลาดเสรีเป็นส่วนใหญ่ การใช้สัญญาทางกฎหมาย เพื่อมีการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ และเทคโนโลยีที่เป็นธรรมในการตกลงผลประโยชน์ของตน⁴⁴

⁴¹ ในปัจจุบันระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมได้ครอบงำแนวความคิดของทุกประเทศ รวมถึงประเทศที่ใช้ระบอบคอมมิวนิสต์ด้วย

⁴² ในส่วนของการรับอนุญาต ว่าด้วยการอนุญาตใดตุลาการนั้นในแนวความคิดของประเทศที่มีเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (unplanned economy) มีแนวความคิดเห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยเอกชน หรือองค์กรที่ไม่ผ่านรัฐนั้น มีลักษณะที่อาจจะทำให้เกิดความขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของรัฐได้

⁴³ Norbert Horn, "Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts", Studied in Transnational Economic LawII : The Transntional Law of International Commercial Transactions. Norbert Horn and Clive M. Schmitthoff edited, Kluwer 1982., p. 4.

⁴⁴ Ibid , Norbert Horn p. 4-5.

เป็นที่แน่นอนว่าการมีการดำเนินการธุรกิจแขนงใหม่ ๆ นั้นจำเป็นต้องใช้รูปแบบและสัญญาประเภทใหม่ ๆ ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะการลงทุนในโครงการสำคัญ ๆ ระหว่างประเทศ เช่น การสร้างสนามบิน ท่าเรือท่าลึก หรือโครงการใหญ่ ๆ นั้นมีความซับซ้อนมาก ทั้งทางด้านข้อตกลงและสัญญาต่อเมืองต่าง ๆ ซึ่งจะมีผลกระทบจากประเทศผู้รับการลงทุน เนื่องจากหลักอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากร (Principle of Sovereignty over Natural Resources) ซึ่งก็ยังเป็นปัญหาที่โต้แย้งอยู่แม้ในปัจจุบัน เพราะมีสัญญาหลายประเภทที่รัฐเป็นคู่สัญญา เช่น สัญญาสัมปทานต่าง ๆ ซึ่งในกฎหมายภายในระบุไม่ให้อำนาจการตัดสินใจกับเอกชนในการต่อรองทางด้านข้อกำหนดกระบวนการพิจารณา หรือการตีความ หรือกรณีสัญญาที่ต่อเนื่องยาวนาน อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขขึ้นได้⁴⁵

การกำหนดสัญญาที่เป็นเอกภาพของนักกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ นั้นก่อให้เกิดสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะแก่กิจกรรมบางประเภทจนเป็นที่ยอมรับทั่วโลก อย่างเช่น สัญญา Turnkeys สัญญาร่วมลงทุน (Consortium) หรือสัญญากู้เงิน (Syndicated Loan) ต่าง ๆ ขึ้นมาอีกมากทำให้นักกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ พวกเขานำเอาสัญญามาตรฐานมาใช้มากขึ้น โดยข้อสัญญา เหล่านี้มีการพัฒนาจากกฎหมายภายในประเทศหนึ่งกับวัฒนธรรมของประเทศนั้นในการร่างสัญญาขึ้น ซึ่งอนุมานได้ว่าข้อสัญญานั้นมีแบบอย่างมาจากระบบกฎหมายภายในของประเทศนั่นเอง⁴⁶

ในการรับกฎหมายระหว่างประเทศหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่เป็นต้นแบบที่เป็นเอกภาพในการค้าระหว่างประเทศนั้น เป็นกรณีหลักเกณฑ์ที่บังคับของอนุสัญญาระหว่างประเทศ อย่างเช่น Hauge-Visby Rules on Bill of Lading หรือ The liability Rules of the Warsaw Convention on Carriage by Air ซึ่งในกฎหมายเอกภาพสามารถกำหนดกฎหมายภายนอกมาใช้ หรือการกำหนดกฎหมายภายในในสัญญาได้ ซึ่งการรับกฎหมายเอกภาพในแนวทางปฏิบัติที่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา รวมทั้งปัจจัยต่าง ๆ เช่น ประสิทธิภาพของกฎหมายข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ ซึ่งมีผลตอบสนองทางปฏิบัติซึ่งจะต้องเป็นธรรมทั้งผลประโยชน์และความเสี่ยงของผู้ลงทุน⁴⁷

⁴⁵ Ibid ,Norbert Hom, p. 4-7.

⁴⁶ Ibid, Norbert Hom, p. 8.

⁴⁷ Ibid, Norbert Hom, p.8-9

รวมถึงความแตกต่างระหว่างเทคนิคการทำสัญญาและแรงจูงใจในการทำสัญญาที่ทำให้เกิดผลทางกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งความต่างกันในด้านระบบเศรษฐกิจและระดับความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจของทั้งประเทศกำลังพัฒนาและพัฒนาแล้วทำให้ผลบรรลุตงด้านกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่เป็นเอกภาพไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่เป็นเอกภาพนั้นมีผลออกมาได้ 2 ด้านในระบบกฎหมายภายในที่ต่างกัน โดยแนวทางแรก รัฐสร้างหลักเกณฑ์ที่มีน้ำหนักมากกว่ารัฐอื่น ๆ หรืออีกแนวทางคือ รัฐพยายามลดข้อขัดแย้งของหลักกฎหมายภายในโดยการใช้กฎหมายที่มีเอกภาพแทน⁴⁸

ในการรับกฎหมายของคู่สัญญานั้น การยอมรับ (Adoption) เป็นเพียงวิธีการที่จะนำมาซึ่งการสร้างความเป็นเอกภาพของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็อาจเกิดปัญหาการรับหรือไม่รับของบางประเทศได้ เนื่องจากการรับนั้นจะมีหน้าที่ในทางกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมาย หรืออาจจะสร้างข้อสงวน (Reservation) ได้ ซึ่งต่อมาได้ใช้วิธีการสร้างอนุสัญญาที่เป็นกฎหมายต้นแบบ เพื่อให้รัฐมีเสรีในการเลือกออกหลักเกณฑ์ที่ตนต้องการได้ และโดยเฉพาะการพัฒนากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในประเทศที่ใช้ระบบสังคมนิยม ซึ่งมีการสร้างหลักกฎหมายที่เป็นเอกภาพได้ง่ายกว่าในประเทศทุนนิยม เนื่องจากการค้าระหว่างประเทศนั้น ถูกกำหนดวิธีการโดยรัฐมากกว่าเศรษฐกิจตลาดที่ไร้ทิศทาง อย่างเช่นในกลุ่มของ The Council for Mutual Economic Assistance (CMEA) ซึ่งได้รับเอา The General Conditions

⁴⁸ Clive M. Schmitthoff, "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transaction", (Studied in Transational Economic Vol II.) The Transnational Law of International Commercial Transactions, edited by Norbert Horn and Clive M. Schmitthoff, Kluwer 1982., p. 21.

แรงจูงใจในการเข้าสู่สัญญา ซึ่งใช้เทคนิคทางด้านกฎหมายนั้น อาจจะมาจากความแตกต่างของระบบเศรษฐกิจของรัฐ ในประเทศระบบเศรษฐกิจตลาด รัฐมีวัตถุประสงค์ให้พ่อค้า นักธุรกิจเป็นคนรับผลกำไรและจัดการกับผลขาดทุนเอง แต่ในประเทศที่มีการวางแผนเศรษฐกิจ (Planned Economies) รัฐเป็นตัวกำหนดแผนงานเศรษฐกิจเอง โดยนักธุรกิจปฏิบัติตาม แต่แรงจูงใจนี้ไม่ใช่กฎหมาย เป็นแต่เพียงวิธีการไปสู่ผลสำเร็จ ซึ่งอาจจะนำประโยชน์ให้กับการทำธุรกิจ หรืออาจจะนำมาซึ่งการทำลายอุปสรรคในการพัฒนากฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศทางการค้าตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ได้รับการยอมรับจากทุกประเทศ

of Delivery of Goods (1968-1975) สำหรับการค้าระหว่างรัฐ บริษัทของรัฐสมาชิก และข้อกำหนดต่าง ๆ ระหว่างประเทศในกลุ่ม CMEA และประเทศระบบเศรษฐกิจเสรี เป็นต้น⁴⁹

อีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้การอนุญาตตุลาการได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย เนื่องจากการค้าในแถบญี่ปุ่นและตะวันออกไกลได้รับการขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทำให้ประเทศคู่ค้าในประเทศตะวันตก ซึ่งเห็นวิธีการในระงับข้อพิพาทที่สำคัญที่สุด คือ ศาล ต้องพยายามยอมรับวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าโดยอนุญาตตุลาการมากขึ้น ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายเลย เนื่องจากศูนย์กลางของการระงับข้อพิพาทในประเทศตะวันออกไม่ใช่ศาลซึ่ง Lord Wilberforce ได้เปรียบเทียบระหว่างการระงับข้อพิพาททางศาลและอนุญาตตุลาการ ไว้ใน 7 หัวข้อดังนี้⁵⁰

1. สาธารณูปโภค ทั้งศาลและอนุญาตตุลาการ ถือว่าสาธารณูปโภคเป็นเสมือนเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทในกระบวนการของตน ในด้านสถานที่ และในส่วนของอนุญาตตุลาการและศาล อนุญาตตุลาการสามารถกำหนดจำนวนและคู่กรณีอาจเลือกอนุญาตตุลาการ ได้โดยเลือกจากคู่ที่มีความรู้เฉพาะจริง
2. กระบวนการพิจารณา ซึ่งจะแบ่งได้เป็นประเภทตายตัวและยืดหยุ่น อันเป็นที่เข้าใจว่ากระบวนการในระบบคอมมอนลอว์นั้นใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายสูง ในแต่ละกระบวนการ เช่น การยื่นคดี การกำหนดประเด็น ต่างกับอนุญาตตุลาการ ซึ่งอาจจะมีสถาบันจัดการต่างหากตามที่คู่กรณีตกลงกัน เพื่อประหยัดเวลา และแก้ไขปัญหาหากเกิดความต่างในระบบกฎหมายของนักอนุญาตตุลาการ
3. เวลาและความล่าช้า กระบวนการอนุญาตตุลาการจะใช้เวลาน้อยกว่าและประหยัดกว่า
4. ความลับของคู่สัญญาและการเปิดเผยต่อสาธารณชน
5. การยอมรับของคู่พิพาท
6. การยอมรับบังคับใช้
7. ค่าใช้จ่าย

⁴⁹ Ibid, Clive M. Schmitthoff p.25.

⁵⁰ Robert K. Paterson, UNCITRAL ARBITRATION MODEL IN CANADA :

Canadian International Commercial Arbitration Legislation. 1987., p. 3-5.

ระบบอนุญาโตตุลาการในภูมิภาคนั้นได้รับการพัฒนามาจากเครื่องจักรของอังกฤษ ที่ซึ่งมีสถาบันทางการค้า การแลกเปลี่ยนสินค้าอุปโภคบริโภคและหอการค้าที่นักธุรกิจเข้าไป ใช้บริการด้านอนุญาโตตุลาการกันอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยการให้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาการค้าระหว่างประเทศ และในขณะนั้นโครงสร้างของสถาบัน London Chamber of Commerce ได้เป็นระบบอนุญาโตตุลาการที่นำไปใช้ในองค์กรของประเทศในเครือจักรภพ⁵¹

ในประเทศแถบลาตินอเมริกาได้ใช้บริการทางอนุญาโตตุลาการภายใต้ระบบของ Inter-America Commercial 1934 สำนักงานใหญ่กรุงนิวยอร์ก ระบบนี้ได้อยู่ภายใต้คำแนะนำของ The seventh international Conference of American States ในปี 1933 ซึ่งในขณะนั้นจะใช้ระบบอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ต่อมาปี 1960 ได้มีข้อตกลงให้ก่อตั้งเขตการค้าเสรี (Free Trade Zone) และ Latin American Free Trade Associate ในภูมิภาคซึ่งประกอบด้วยประเทศ อาร์เจนตินา บราซิล ชิลี เม็กซิโก ปารากวัย เปรู และอุรุกวัย ทำให้ระบบการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

รวมถึงการรวมตัวทางเศรษฐกิจอีกหลายสนธิสัญญา เช่น The New Commerce on Market Treaty for Central America 1960 ประกอบด้วยกัวเตมาลา เอลซัลวาดอร์ ฮอนดูรัส และนิคารากัว เพื่อรวมระบบเศรษฐกิจและร่วมกันในการส่งเสริมอเมริกากลางโดยใช้ระบบอนุญาโตตุลาการเข้ามาใช้แก้ไขปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศ

และอีกองค์กรที่สำคัญในแถบนี้คือ Caribbean Organization ซึ่งในระบบอนุญาโตตุลาการ โดยใช้ระบบประมวลกฎหมาย เพื่อกระตุ้นการรวมเศรษฐกิจและสังคม โดยฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ในประเทศแถบแคริบเบียน⁵²

ประเทศอเมริกานั้นมีระบบและรูปแบบอนุญาโตตุลาการอยู่หลายอย่าง อย่างเช่น The American Spice Trade Association และ New York Produce Exchange หรือมี

⁵¹ Martin Domke, "The Settlement of Trade Disputes in Regional Markets", Legal Problems in International Trade and Investment. Crawford Chaw, Oceana Publications Inc. 1962., p. 132.

⁵² Ibid, Martin Domke p.133.

บุคคลต่างชาติเข้าเกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาท โดยหลักแล้ว American Arbitration Association ก่อตั้ง 1926 จะเป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับของนักธุรกิจในสหรัฐอเมริกา

ระบบของประเทศในเอเชีย ซึ่งมีการศึกษาและพัฒนากันหลายปี โดยในการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ได้มีการสัมมนาในกรุงเทพ 1961 โดยได้ก่อตั้งศูนย์ภูมิภาคและร่างกฎหมายต้นแบบของกฎเกณฑ์ของอนุญาตตุลาการ เพื่อใช้ในการค้าระหว่างประเทศ และจากการประชุมครั้งนี้รูปแบบที่กำหนดนี้ยังปรากฏอยู่ใน The Federation of Indian Chambers of Commerce and Industry และองค์กรคล้าย ๆ กันในปากีสถาน รวมทั้ง The Japan Commercial Arbitration Association ⁵³

ระบบในแอฟริกา ได้พัฒนารูปแบบของอนุญาตตุลาการในระดับภูมิภาค จากการประชุม The Council of the Newly Established Afro-Asian Organization for Economic Co-operation ที่ประเทศอียิปต์ 1961 โดยมีหลายองค์กรให้คำชี้แนะและเสนอแนะ อาทิเช่น The Indonesian Chamber of Commerce and Industry ได้เสนอให้มีการเตรียมร่างกฎเกณฑ์ของการประนีประนอม และการอนุญาตตุลาการในประเทศสมาชิก คือ พม่า จีน เอธิโอเปีย อินเดีย อินโดนีเซีย อิรัก อิหร่าน ญี่ปุ่น ปากีสถาน ซีตานและสาธารณรัฐอาหรับ โดยการศึกษาระบบการอนุญาตตุลาการทางการค้าซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการตั้ง Afro-Asian Commercial Arbitration Courts ⁵⁴

และอีกรูปแบบของการอนุญาตตุลาการคือ ในประเทศระบบคอมมิวนิสต์ โดย The Foreign Trade Arbitration Commission of All-Union Chamber of Commerce ที่มอสโคว์ ซึ่งใช้เฉพาะกับประเทศในระบบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์ ซึ่งในแนวคิดทางด้านการดำเนินธุรกิจของทั้งประเทศคอมมิวนิสต์และในโลกเสรีนั้น มีการทำเป็นรูปแบบมานานหลายปี ซึ่งจะเห็นได้จาก Chamber of Commerce ที่กรุงปราก ประเทศเชคโกสโลวาเกีย และนอกจากนั้นการดำเนินธุรกิจของทั้ง 2 ระบบในเชิงการค้าก็ได้ทำกันอย่างต่อเนื่องยิ่งขึ้น โดยจะเห็นได้จากการใช้การอนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทโดยใช้ The Stockholm Chamber of Commerce หรือแม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ตาม ⁵⁵

⁵³ Ibid, Martin Domke p. 134.

⁵⁴ Ibid, Martin Domke p.135.

⁵⁵ Ibid, Martin Domke p. 135.

จากระบบการอนุญาโตตุลาการข้างต้นจะเห็นได้ว่าในการขยายตัวของ การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมาย ระบบการปกครอง ระบบการทางเศรษฐกิจ ภูมิประเทศ รวมถึงการร่วมกลุ่มทางการค้าต่าง ๆ ส่งผลให้ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ และสถาบันการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเกิดขึ้นอย่างมากมาซึ่งแนวโน้มก็จะเป็นไปตามระบบของแต่ละกลุ่มประเทศ ไม่มีแบบอย่างที่เป็นที่ยอมรับอย่างแท้จริง โดยนักธุรกิจจะเป็นผู้เลือกในการเลือกใช้ การอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ จนกระทั่งที่กล่าวมาแล้วในเรื่องการร่างกฎหมายต้นแบบปี 1985 เพื่อแก้ไขความหลากหลายจากปัจจัยต่าง ๆ อันเนื่องเนื่องกับการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ อย่างเช่น แนวความคิดทางการปกครอง ระบบกฎหมาย วัฒนธรรมการใช้กฎหมาย และการปรับใช้กฎหมายภายในประเทศ รวมถึงการเป็นผลต่อเนื่องจากการใช้สนธิสัญญาในการยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดจากต่างประเทศของ New York Convention 1958 ให้มีผลบังคับแน่นอนยิ่งขึ้น ส่งผลให้ กฎหมายต้นแบบกลายเป็นสนธิสัญญาที่ได้รับการยอมรับอย่างมากในโลกทุกวันนี้

2.2 ลักษณะเด่นของกฎหมายต้นแบบ ⁵⁶

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศนี้เกิดจากการที่ผู้แทนของ Asian African Legal Consultative Committee (AALCC) ได้เสนอขอแก้ไขอนุสัญญาอนุทวีปแอฟริกา ปี ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แต่ต่อมาที่ประชุมของ UNCITRAL ได้กำหนดให้ทำการปรับปรุงระบบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการด้วยการทำร่างกฎหมายต้นแบบแทน โดยทำสำเร็จลง ในปี ค.ศ. 1985 ปัจจุบันมีหลายประเทศที่รับเอากฎหมายต้นแบบไปใช้ ⁵⁷

⁵⁶ Gerold Hermann, 'UNCITRAL Model Law : It's Contribution to the International Arbitration Community and the Experience with the Law'. Apec Symposium 1998: Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes. 27-28 April, Bangkok, p.113.

⁵⁷ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, ปี 2540 , หน้า 195.

เนื่องจากคณะกรรมการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้ก่อตั้งโดยตัวแทนของแต่ละประเทศมากกว่า 50 ประเทศจากทุกภูมิภาคของโลกที่ต่างกันทั้งระบบกฎหมายและระบบเศรษฐกิจรวมในการประชุม ส่งผลให้เกิดการร่างกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งล้วนแต่ผ่านสายตาของตัวแทนที่เกี่ยวข้องทางด้านนั้น ๆ มาแล้ว ซึ่งจะมีความเห็นที่แตกต่างกันเพื่อเชื่อมความสัมพันธ์ของกฎหมายอันมาจากความเห็นที่แตกต่างกันทำให้เกิดร่างสัญญาที่เหมาะสมกับทุก ๆ ประเทศ จึงนับได้ว่าเป็นรูปแบบระหว่างประเทศที่เกิดการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง เนื่องจากการร่างกฎหมายสากลและการให้ความใส่ใจของทุกประเทศทั่วโลก

โดยจัดให้มีการเสรีในการการดำเนินการภายใต้การนำเสนอข้อพิพาทของคู่สัญญาที่มีขอบเขตกว้างขึ้น โดยการให้มีการตกลงในเรื่องเกี่ยวกับวิธีการพิจารณา เช่น อนุญาตให้คู่สัญญา สามารถยื่นข้อพิพาทโดยใช้สัญญาที่เหมาะสมกับการค้า และสาขาของอุตสาหกรรม เปิดกว้างยอมรับดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินการพิจารณา รวมถึงข้อบังคับในเรื่องพยานหลักฐานซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณา และขอบเขตที่จำกัดในการเข้าแทรกแซงของศาลซึ่งเป็นสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ในการร่างกฎหมายต้นแบบเพื่อศักยภาพของทุกรัฐสามารถนำเอากฎหมายต้นแบบมาปรับใช้กับกฎหมาย เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการและความต้องการในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการการพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นแนวทางเดียวกันมากยิ่งขึ้น โดยมีข้อบังคับที่มีลักษณะบังคับค่อนข้างน้อย เพื่อเป็นประกันความเป็นธรรม และความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติต่อคู่สัญญา อีกทั้งยังให้เกิดความอิสระและมีระเบียบวินัยสำหรับอนุญาโตตุลาการ ให้มีข้อบังคับเพิ่มเติมที่จะช่วยในการดำเนินพิจารณากับคู่ความที่เกี่ยวข้องหากตกลงกันไม่ได้ กรณีข้อบังคับในการวิธีพิจารณา รวมทั้งยืนยันถึงการรับรู้และบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ที่ใช้ในประเทศที่คำชี้ขาดได้ถูกทำขึ้น ซึ่งในส่วนี้ New York convention 1958 ได้ใช้เฉพาะกรณีเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ แต่ในกฎหมายต้นแบบไม่ได้เจาะจงให้แบ่งแยกตามเขตอำนาจรัฐ เพื่อสร้างระบบใหม่ให้เป็นระบบภายใต้กรณีที่เป็นอนุญาโตตุลาการ นั้น เป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือ ภายในประเทศ

ในการพัฒนาและสร้างเอกภาพของกฎหมายภายในของของแต่ละประเทศอันเป็น 2 วัตถุประสงค์ของสหประชาชาติ ทำให้ร่างกฎหมายที่ได้นั้นอยู่ในรูปแบบ (form) ที่สามารถยอมรับได้โดยง่าย ซึ่งกฎหมายต้นแบบนั้นมีความต้องการปรับใช้ในวิธีการที่มีข้อจำกัดน้อยมากแก่ประเทศต่าง ๆ เพื่อให้มีการก่อตั้งองค์กรหรือสถาบันที่ทำหน้าที่แก้ปัญหาคัดแย้งทาง

กฎหมายของทุกประเทศที่ยอมรับกฎหมายต้นแบบ แต่อย่างไรก็ดีก็ขึ้นอยู่กับว่าองค์กรหรือสถาบันใดที่มีความได้เปรียบเชิงแข่งขันทางบริการจนอาจทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการแข่งขันทางการค้าในระดับระหว่างประเทศไป

ผู้พิพากษาศาลสูงของฮ่องกง Neil Kaplan ได้เขียนไว้ในบทความเรื่อง “The UNCITRAL Model Law a worthwhile model” ว่า Model law ได้รับการยอมรับจากสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1985 ร่วมกับ อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ปี ค.ศ. 1958 ภายใต้การพัฒนาอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ⁵⁸

นอกจากกฎหมายต้นแบบจะได้รับการยอมรับในหลายประเทศแต่รวมถึงการเป็นกฎหมายต้นแบบที่มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการในหลาย ๆ ประเทศ อาทิเช่น The English Arbitration Act 1996 และ German Arbitration law 1998 เป็นต้น

กฎหมายต้นแบบอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐาน 2 ประการที่สำคัญนั่นคือ ความศักดิ์สิทธิ์ ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอย่างเต็มที่ และภายใต้กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดอำนาจการแทรกแซงคดีของศาล ซึ่งถือเป็นหัวใจหลักของกฎหมายต้นแบบ⁵⁹

2.2.1. ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of parties' wills)⁶⁰

ในสังคมนิติระหว่างประเทศ ความอิสระของคู่สัญญานั้นก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและเกิดความสับสนในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมาย หรือแม้แต่เรื่องของ ภาษา เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นที่นักธุรกิจจะต้องมองหาวิธีการเพื่อแก้ไข

⁵⁸ Neil Kaplan, 'the UNCITRAL Model Law a worthwhile model', Apec Symposium 1998: Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes, 27-28 April, Bangkok, p.

⁵⁹ Supra note , Gerold Hermann, p. 133-134.

⁶⁰ Supra note , Ralph Amisshah , p.

ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต⁶¹ ในการจำกัดอำนาจของคู่สัญญา โดยกฎหมายที่เป็นบทบังคับ (Mandatory Laws) นอกเหนือจากกฎหมายสัญญา ซึ่งอาจจะไม่อาจออกนอกบทบัญญัติที่บังคับตามกฎหมายของรัฐฯ ได้⁶² ในเรื่องของารขัดกันของกฎหมาย (Conflict of Law Rules) โดยอาจจะขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในหรือการใช้อินญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งนักธุรกิจมีวิธีการหลายวิธีมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับตนเองมากที่สุด การทำสัญญาเพื่อกำหนดรูปแบบการดำเนินการพิจารณา คู่สัญญาอาจจะกำหนดหลักเกณฑ์ที่กำหนดอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดในการอนุญาตตุลาการเฉพาะกิจหรือที่กำหนดโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือหอการค้าต่าง ๆ ก็ได้⁶³

สำหรับสัญญาอิสระ (Autonomy Contract) เป็นวิธีหนึ่งที่ใช้ในการค้าระหว่างประเทศเพื่อใช้แก้ปัญหาในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติบังคับและปัญหาการย้อนส่งโดยให้คู่สัญญาได้ตกลงกันในด้านกฎเกณฑ์ในการดำเนินวิธีพิจารณาของการอนุญาตตุลาการ (Rules of the procedure) ดังจะเห็นได้จาก Article 19(1) (a)⁶⁴ และมาตราอื่น ๆ ของกฎหมายต้นแบบที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันอีก แต่มีเงื่อนไขสามประการในทศการค้าระหว่างประเทศ ดังนี้

1. สัญญาเป็นการแสดงเจตนาในการทำ “ธุรกรรม” ทางการค้าระหว่างประเทศ เพื่อประโยชน์ของคู่ความระหว่างประเทศ โดยขึ้นอยู่กับกฎหมายที่คู่ความเลือกใช้ (applicable

⁶¹ Ibid p. 4. วิธีการใช้แก้ปัญหากฎหมายของนักธุรกิจระหว่างประเทศ มีดังนี้ (1) standard contracts และ uniform rules (2) choice of law of an acceptable state and state applying relevant uniform law (3) choice of jurisdiction of an acceptable state (4) recourse international commercial arbitration and enforcement regime, ICA excluding the application of the law of any sovereign state-lex mercatoria or a like. (5) self-regulating constitutional contract (6) use corporate structures of large multinationals

⁶² Supra note ,Norbert Horn, p.10-11.

⁶³ Supra note ,Petar Sarcevic, p.10.

⁶⁴ Article 19(1) : “Subject to the provisions of this law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings”

governing law) นั้นหมายถึงการเลือก “กฎหมาย” หรือวิธีการระงับข้อพิพาท ที่คู่กรณีได้รับประโยชน์มากที่สุด

2. สัญญานี้เป็นการหาวิธีในการขยายหรือเกิดการห้ามขอบเขตของรัฐชาติวิธีหนึ่งเพื่อรองรับการขยายตัวทางการค้าของโลกโดยการใช้สัญญาฉบับนี้ก่อให้เกิดการทำกฎหมายที่มีเอกภาพมากขึ้นและรัฐให้การยอมรับมากขึ้น

3. สัญญานี้เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ หรือหลักเกณฑ์แก่กรณีทางการค้า ในกรณีที่กฎหมายตามหลังเทคโนโลยีที่เข้ามาอย่างรวดเร็ว

กล่าวโดยสรุปได้ว่า สัญญาอิสระ นั้นขึ้นอยู่กับความสามารถในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ โดยเป็นการกำหนดเครื่องมือในการจัดการความเสี่ยงและเพื่อประกันในเรื่องค่าใช้จ่าย⁶⁵

แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่อง ความอิสระของคู่สัญญาในการกำหนดข้อสัญญา ก็จะไม่ไม่มีข้อจำกัด ในมาตรา 18 ของกฎหมายต้นแบบกำหนดไว้ว่า : “the parties shall be treated with equity and each party shall be given full opportunity of presenting his case” ซึ่งเป็นบทพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและยุติธรรม เช่นเดียวกับ มาตรา 24 และ 34 รวมถึงอำนาจของศาลบางประการในการแทรกแซงให้เกิดความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณา⁶⁶

2.2.2. การจำกัดอำนาจแทรกแซงของศาล

แต่เดิมกฎหมายภายในได้ให้อำนาจแก่ศาลอย่างมากในกรณีที่มีบทบาทในกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อเยียวยาและแทรกแซงอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ความแตกต่างของระบบกฎหมายก็สร้างความยุ่งยากและสับสนในกระบวนการศาลมากขึ้น โดยกฎหมายต้นแบบได้มีนโยบายในการจำกัดอำนาจแทรกแซงของศาล แต่อย่างไรก็ดีประเด็นนี้ยังขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐในแต่ละประเทศที่จะยอมรับได้มากน้อยเพียงไร กฎหมายต้นแบบได้กำหนดเรื่องการจำกัดอำนาจของศาลไว้ใน Article 5 : “in matters governed by this law, no court shall intervene except where so provided in this law”

⁶⁵ Supra note, Norbert Horn, p. 2-3.

⁶⁶ Supra note, Sarcevic, p. 13-14.

และใน Article. 6 ได้ให้อำนาจแก่ศาลในการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาและกระบวนการพิจารณาเพียงที่ปรึกษาหรือผู้ให้ความสะดวกเท่านั้น

นอกจากนี้ กฎหมายต้นแบบยังให้บทบัญญัติที่ครอบคลุมกว้าง ๆ ที่ช่วยในการยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในมาตรา 8 และ 9⁶⁷ รวมถึงยอมรับบังคับคำชี้ขาด ในมาตรา 35 และ 36 อันเป็นการยืนยันการบังคับใช้ใน มาตรา 1(2) ตามแบบของ อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ปี ค.ศ. 1958 มาตรา 2(3)⁶⁸ และในมาตรา 8(1) และ(2) ของกฎหมายต้นแบบ รวมทั้ง มาตรา

⁶⁷ Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this Article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9. Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

⁶⁸ Article 2(3).: The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this Article, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

9 ในเรื่องกำหนด มาตรการปกป้องทรัพย์สินชั่วคราว ให้สอดคล้องกับสัญญา อนุญาโตตุลาการ⁶⁹

เพื่อแก้ปัญหาการแทรกแซงของอำนาจศาล กฎหมายต้นแบบพยายามแก้ไข ปัญหาอำนาจศาลที่เข้ามาแทรกแซงกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ นอกจากจะเป็น เพียงการสนับสนุนในบางกรณีเท่านั้น ในเรื่องที่กฎหมายต้นแบบไม่ได้ระบุไว้ เช่น การคุ้มกัน ของรัฐ, อำนาจขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ ในการรับสัญญา, ระยะเวลาในการบังคับคำชี้ ขาด หรือกรณีคิดค่าฤชาธรรมเนียมต่าง ๆ⁷⁰

2.3. สาระสำคัญในกฎหมายต้นแบบ⁷¹

ข้อบัญญัติในกฎหมายต้นแบบประกอบไปด้วยโครงสร้าง 8 หมวด คือ

- หมวด
1. คำนิยาม
 2. สัญญาอนุญาโตตุลาการ
 3. องค์คณะของอนุญาโตตุลาการ
 4. ขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการ
 5. กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ
 6. การทำคำชี้ขาดและยกเลิกกระบวนการพิจารณา
 7. การทำลายคำชี้ขาด
 8. การยอมรับและบังคับคำชี้ขาด

โดยมีเนื้อหาสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

⁶⁹ Supra note, Sarcevic, p. 14-15.

⁷⁰ Supra note, Richard Graving, p.687. and see Yearbook of the United Nation Commission on International Trade Law, 1985 , Vol XVI, p. 112. or see document no. A/CN.9/233, paras. 69-73, A/CN.9/245, paras. 183-187 and A/CN.9/246, paras. 183-188.

⁷¹ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Pracetice of International Commercial Arbitration. 2nd Edition : London Sweet & Maxwell 1991., p. 508-524.

2.3.1. คำนิยาม

ในส่วนของคำนิยามนี้เป็นส่วนที่สำคัญมากในการจำกัดขอบเขต เนื้อหาสาระของกฎหมายต้นแบบ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการเป็นแม่แบบแก่ประเทศต่าง ๆ ในการนำเข้าไปปรับใช้ ซึ่งในกฎหมายต้นแบบมีขอบเขต ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ” เป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นมากคือ ปัญหาการตีความภายในประเทศ ที่มีความกว้างหรือแคบต่างกันไปในแต่ละประเทศ

โดยส่วนมากมักจะเป็นปัญหาการตีความของคำว่า “ระหว่างประเทศ” และ “การพาณิชย์” เนื่องจากแนวความคิดในแต่ละประเทศ มักแตกต่างกันในกันในการให้คำนิยาม โดยคำว่า “ระหว่างประเทศ” เป็นการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ออกจากอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ให้อยู่ภายใต้กระบวนการพิจารณาต่างกัน⁷²

สำหรับขอบเขตในเรื่องกฎหมายภายในดินแดนและขอบเขตในเรื่องการจำกัดอำนาจแทรกแซงของศาลนั้น กฎหมายต้นแบบได้แก้ไขปัญหานี้ ใน มาตรา 2 , 4 และ 5 เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในศาลของประเทศที่พิจารณา มิให้มีอำนาจในการแทรกแซงกระบวนการจากศาล เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยให้ศาลเป็นผู้สนับสนุนเท่านั้น เนื่องจากกระบวนการบางครั้งจำเป็นต้องให้ศาลเป็นผู้บังคับเพื่อให้กระบวนการพิจารณานั้นดำเนินไปอย่างรวดเร็ว อาทิเช่น การเลือก การคัดค้านหรือยกเลิกอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 11,13 และ 14) การยกเลิกคำชี้ขาด (มาตรา 37) การเรียกพยาน (มาตรา 27) การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการออกคำสั่งชั่วคราวต่าง ๆ

2.3.2. สัญญาอนุญาโตตุลาการ

⁷² Model Law Article 1(2) Scope of application: 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.

ในกฎหมายต้นแบบ มิได้ระบุชัดเจนรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการเพียงแต่มีข้อความหรือเป็นสัญญาก็ได้ ให้เห็นชัดเจนให้มีการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจมีขึ้นในอนาคต ในมาตรา 7 ซึ่งได้บัญญัติตาม New York Convention ที่ระบุว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษร อันพิจารณารวมถึงโทรสารหรือการติดต่อสื่อสารในรูปแบบอื่นที่มีข้อความของสัญญา

ใน มาตรา 7(1) เป็นการให้คำนิยามและรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ส่วนใน (2) นั้นกำหนดว่าข้อความอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามที่กฎหมายกำหนด บทบังคับอยู่ มาตรา 8 ระบุให้ศาลออกคำสั่งจำหน่ายคดีเมื่อพบว่ามิสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่จริง และศาลมีอำนาจในการตรวจสอบว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นโมฆะ หรือเป็นสัญญาที่ไม่สามารถบังคับหรือปฏิบัติได้หรือไม่ รวมทั้งยังให้อำนาจในการออกคำสั่งชั่วคราวต่าง ๆ ในการพิทักษ์ทรัพย์สินระหว่างพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ในมาตรา 9 ด้วย

2.3.3. องค์คณะของการอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องของการพิจารณาความสมบูรณ์ของคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ในหมวดที่ 3 ของกฎหมายต้นแบบ โดยจะพิจารณาในเรื่อง การตั้งอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ และการตั้งอนุญาโตตุลาการแทน โดยในส่วนนี้มีไว้เพื่อกรณีที่คุณสมบัติที่กำหนดไว้ชัดเจนหรือตกลงกันไม่ได้ โดยกำหนดกฎเกณฑ์เรื่อง จำนวนของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 10) กระบวนการเลือกอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 11) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 12,3) และการอนุญาโตตุลาการแทน (มาตรา 14,15) เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้

2.3.4. ขอบอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

ในกฎหมายต้นแบบกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาปัญหาขอบอำนาจของตนเอง (มาตรา 16) โดยพิจารณาจากทฤษฎีหลัก ๆ 2 ประการ คือ หลักความอิสระ (the autonomy) และหลักความเป็นสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลักได้ (Doctrine of separability of the arbitration law) เพราะฉะนั้นปัญหาในเรื่องสัญญาสมบูรณ์หรือไม่นั้น ไม่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในการพิจารณาขอบอำนาจ

ของตนในการอนุญาตตุลาการโดยใช้หลัก Competence de la competence ในมาตรา 16

รวมทั้งอำนาจในการออกคำสั่งระหว่างพิจารณาต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สิน โดย คณะอนุญาตตุลาการ หมวดที่ 4 ของกฎหมายต้นแบบ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของข้อพิพาทเพื่อให้มาตรการให้การพิจารณาค่าใช้จ่ายได้มาตรา 17 โดยคล้ายกับมาตรา 9 ของกฎหมายต้นแบบ

2.3.5. กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการ

มาตรา 18 ได้กำหนดให้ใช้หลักในการพิจารณากระบวนการพิจารณาของ อนุญาตตุลาการ คือ หลักความเสมอภาค และหลักในเรื่องโอกาสในเรื่องนำเสนอคดี รวมทั้งหลักในการเลือกวิธีการพิจารณาในการอนุญาตตุลาการในมาตรา 19

ในหมวดนี้ส่วนใหญ่ในมาตรา 19 – 27 จะเป็นเรื่องอิสระในการของคู่ความในการ พิจารณาเลือก ในเรื่องสถานที่อนุญาตตุลาการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา ภาษา การยื่นคำ ฟ้องเป็นหนังสือหรือโดยปากเปล่า การเลือกผู้เชี่ยวชาญและการร้องขอให้ศาลเรียกพยาน ต่าง ๆ

2.3.6 การทำคำชี้ขาดและการยกเลิกกระบวนการพิจารณา

มาตรา 28 กำหนดให้ใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกบังคับกับกรณี โดยให้คณะ อนุญาตตุลาการเป็นผู้พิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ที่เลือกนั้น แต่หากคู่สัญญาไม่อาจตกลงกัน ได้ คณะอนุญาตตุลาการสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีโดยพิจารณาจาก กฎหมายขัดกัน โดยพิจารณาจาก 28(1) และ (2) ส่วน (3) นั้นเป็นเรื่องการให้อำนาจแก่ คณะอนุญาตตุลาการ ในการใช้หลักความสุจริตและเป็นธรรมโดยพิจารณาอย่างฉันทมิตรได้ เฉพาะที่คู่สัญญากำหนด สำหรับการทำให้คำชี้ขาดนั้น มาตรา 29 ระบุให้คณะ อนุญาตตุลาการใช้คำตัดสินของเสียงข้างมาก (Majority decisions) ส่วนรูปแบบและเนื้อ หาของคำชี้ขาดจะระบุอยู่ใน มาตรา 30 – 32 จนถึงยกเลิกกระบวนการพิจารณา

ส่วนในมาตรา 33 จะเป็นเรื่องการแก้ไขคำชี้ขาดให้ถูกต้องและการตีความและเพิ่ม เติมคำชี้ขาดในความผิดพลาดเล็กน้อย

2.3.7. การทำลายคำชี้ขาด

สำหรับเรื่องนี้ กฎหมายต้นแบบระบุให้ทำลายคำชี้ขาดในประเทศที่พิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาถึงกรณีพิพาทที่พิจารณานั้นกฎหมายภายในประเทศสามารถระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ โดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ โดยสาระที่สามารถทำลายคำชี้ขาดมิได้ระบุรายละเอียด โดยมีเนื้อหาสาระตาม มาตรา V ของ New York Convention ดังนี้

1. การขาดคุณสมบัติของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ
2. คู่ความฝ่ายที่เสียหายมิได้รับหนังสือแจ้งนั้นของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อันเป็นผลให้ไม่สามารถเสนอคดีได้
3. คำชี้ขาดมิได้ตัดสินภายในสัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ มิได้มีขอบอำนาจให้ตัดสิน
4. องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้พิจารณาตามที่คู่สัญญากำหนด หรือ ตามที่กฎหมายต้นแบบกำหนด
5. กรณีข้อพิพาทเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
6. คำชี้ขาดได้วินิจฉัยขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยของรัฐ

ส่วนกระบวนการทำลายคำชี้ขาดนั้น ระบุในมาตรา 34(4) โดยศาลสามารถหยุดกระบวนการทำลายคำชี้ขาดได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการมีโอกาสในกระบวนการพิจารณา หรือสามารถกระทำการใด ๆ ภายใต้อานาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อมิให้เกิดกรณีที่สามารถทำลายคำชี้ขาดได้

2.3.8. การยอมรับและบังคับคำชี้ขาด

Model Law กำหนดให้ประเทศที่ได้รับคำชี้ขาดยอมรับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้กฎเกณฑ์ซึ่งเหมือนกับเงื่อนไขที่กำหนดใน New York Convention สำหรับเรื่องการปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาด กำหนดให้มาตรา 36 โดยกำหนดเหมือนกับกรณีมาตรา 4 แต่มีผลแตกต่าง โดย มาตรา 34 กำหนดให้คู่ความฝ่ายเสียหายเป็นผู้เรียกร้อง ทำให้คำชี้ขาดเป็นโมฆะโดยไม่สามารถบังคับคำชี้ขาดในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และในประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายเสียหายมีทรัพย์สินอยู่ อีกทั้งมาตราทั้ง 2 มาตรานี้ขึ้นอยู่กับ

เงื่อนไขในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประเทศซึ่งทำการอนุญาโตตุลาการแตกต่างกับประเทศคู่สัญญาฝ่ายที่ชนะพยายามที่จะบังคับคำชี้ขาด

2.4. อิทธิพลของกฎหมายต้นแบบในปัจจุบัน ⁷³

ภายใต้ความสำเร็จในการเป็นอนุสัญญาที่ได้รับการยอมรับปรับใช้มากที่สุดในอนุสัญญาหลายฝ่ายที่ได้รับการภาคยานุวัติถึงกว่า 110 ประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับบังคับใช้คำชี้ขาดคำตัดสินต่างประเทศปี 1958 หรือที่เรียกว่า อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 ภายหลังจากปี 1958 ก็ได้มีการพัฒนาในหลาย ๆ ด้านของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการทำงานของ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) ที่ได้ก่อตั้งในปี 1966 เพื่อปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการค้าระหว่างประเทศเรื่อยมา และในปี 1976 UNCITRAL Arbitration Rules ออกมาเป็นผลสำเร็จ รวมถึง UNCITRAL Conciliation Rules 1980 กฎหมายต้นแบบ ปี 1985 และสุดท้ายร่างกฎหมาย UNCITRAL Draft Notes on Organising Arbitration Proceedings 1996.

และจากการที่มีสถาบันเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ รวมถึงองค์กรต่าง ๆ ที่ได้ก่อตั้งขึ้นมากมาย ทำให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นหัวข้อที่ได้รับการถกเถียงในโรงเรียนกฎหมายและมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ทั่วโลกอีกด้วย

ปัจจุบันนี้มีองค์กรที่ทำหน้าที่คล้ายกับ ICC ในการจัดการกับปัญหาข้อโต้แย้งทางการค้าระหว่างประเทศ ตั้งขึ้นมากมายซึ่งองค์กรเหล่านี้ได้มีส่วนช่วยให้มีการกระจายการทำงานมากขึ้น โดยใช้ประสบการณ์และผลสำเร็จของแต่ละสถาบัน เพื่อแก้ไขปัญหาทางการค้าระหว่างประเทศ

⁷³ David Bailey, 'Some current issues in international commercial arbitration . Does APEC have a role?' , APEC Symposium 1998 : Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes. 27-28 April, Bangkok, The Arbitration Office, Ministry of Justice, Thailand 1998., p. 83.

จากการที่กฎหมายต้นแบบของอนุญาโตตุลาการ ได้เป็นที่นิยมในการนำไปปรับใช้ เนื่องจากมีลักษณะพิเศษ ในการยอมรับเข้าไปปรับกับกฎหมาย ภายในของประเทศนั้น ๆ ทำให้เกิดการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง อย่างเช่นวิธี วิธีการยอมรับไปใช้โดยไม่ต้องมีการภาคยานุวัติ (Ratification) หรือการยอมรับแต่บางส่วน โดยสืบเนื่องจากรูปแบบในอนุสัญญาต่าง ๆ นั้น การยอมรับอนุสัญญา เกือบทุกชนิด มักจะให้มีการยอมรับไปทั้งหมด หรือไม่ก็ไม่ยอมรับเลย ซึ่งการตั้งข้อตกลงกัน ก็มีความยุ่งยากไม่น้อย⁷⁴

จากเหตุผลที่กล่าวข้างต้น ร่วมกับกระบวนการนิติบัญญัติที่ยุ่งยากและซับซ้อน ในแต่ละประเทศก่อให้เกิดความยากลำบากในการนำเอาหลักเกณฑ์ ระหว่างประเทศ ที่เป็นประโยชน์กับประเทศตนมาใช้ซึ่งในเรื่อง รูปแบบของการยอมรับนี้ (form of adoption) เป็นวัตถุประสงค์ ของ UNCITRAL ในการก่อให้เกิดความเป็นกลาง ในเรื่องที่น่ามาใช้ โดยมุ่งจะให้ประโยชน์แก่ส่วนรวมโดยจะยอมรับทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก็ขึ้นอยู่กับประเทศนั้น ๆ เอง

และในเรื่องอนุญาโตตุลาการนี้ การยอมรับโดยมากนั้นจะยอมรับทั้งหมดเนื่องจากแต่ละประเทศ มองเห็นความเป็นเอกภาพของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ เพื่อนำให้เกิดการกระจายตัวของการลงทุนและการค้า โดยเห็นว่าการรองรับข้อพิพาทในทางเอกชนนั้น หากให้มีการรองรับข้อพิพาททางศาล หรือให้ศาลมีอำนาจแทรกแซงได้มาก ก็จะทำให้เกิดความเอนเอียง (Bias) และความไม่มีอิสระในการตัดสินใจนำมาซึ่งความเสียหายทางเศรษฐกิจมากมายมหาศาล โดยเฉพาะความลังเลและไม่แน่ใจในระบบของการค้าของเอกชนนั้น ๆ ด้วย⁷⁵

วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2001 มี 32 เขตอำนาจรัฐเป็นสมาชิกของ "กฎหมายต้นแบบ" ดังจะแบ่งได้ตามเขตภูมิศาสตร์ดังนี้

1. ทวีปอเมริกา ได้แก่ ประเทศแคนาดา สหรัฐอเมริกามลรัฐ รัฐแคลิฟอร์เนีย คอนเนคติกัต รัฐโอเรกอน รัฐเท็กซัส ประเทศเม็กซิโก ประเทศกัวเตมาลา เม็กซิโก เปรู
2. ทวีปยุโรป ได้แก่ ประเทศ บัลแกเรีย ไชปรัส เยอรมัน ฮังการี ลิทัวเนีย มัลต้า สาธารณรัฐรัสเซีย ยูเครน และสก็อตแลนด์

⁷⁴ ดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, สำนักจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537, หน้า 139-141.

⁷⁵ Supra note ,Christopher R. Drahozal, p. 14.

3. ทวีปแอฟริกา ได้แก่ประเทศ อียิปต์ เคนยา ในจีเรีย คูนิเซีย และซิมบับเว
4. ทวีปเอเชีย ได้แก่ ประเทศบารเรน สาธารณรัฐประชาชนจีนโดยฮ่องกง เอสเออาร์ อินเดีย อิหร่าน โอมาน สิงคโปร์ ศรีลังกา ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ามีประเทศหลายประเทศที่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของกฎหมายต้นแบบนอกเหนือจากประเทศที่กล่าวมาแล้วยังมีประเทศอีกมากมายที่ได้ใช้กฎหมายต้นแบบเป็นแม่แบบและปรับกฎหมายภายในประเทศตนเข้ามาใช้ เพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบและระบอบการปกครองของตนเอง ซึ่งในที่นี้รวมถึงประเทศไทยด้วย แต่อย่างไรก็ดี การที่ประเทศเหล่านั้นยอมรับกฎหมายต้นแบบไปใช้ในประเทศตนก็ไม่อาจสรุปได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นที่นิยมของในกลุ่มพ่อค้า และประชาชนของทุกประเทศ เนื่องจากเอกชนส่วนมากมักจะเลือกใช้ กฎหมาย ของประเทศ ที่มีความเอื้อประโยชน์ของตนเองมากที่สุด รวมถึงการยอมรับบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตาม New York Convention 1958 ซึ่งในปัจจุบัน ประเทศต่าง ๆ ได้พยายามสร้างศูนย์การระงับข้อพิพาทที่เป็นศูนย์กลาง⁷⁶ เพื่อเป็นแนวร่วมให้นักลงทุนตัดสินใจมาใช้บริการ แต่ก็ยังมีไม่น้อยที่ศูนย์การระงับข้อพิพาทนั้นไม่เป็นที่ยอมรับแก่นักลงทุน เนื่องจากความไม่เป็นกลาง และไม่เป็นที่ธรรม (non-neutral & Unfair)⁷⁷

สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในเอเชียในยุค 2000 เป็นความท้าทายอย่างหนึ่งที่ว่าในประเทศเหล่านี้สามารถตอบสนองต่อความต้องการหลัก ๆ ของนักธุรกิจ 4 ประการคือความเร็ว ความเป็นธรรม คัดเดาได้ และประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะในประเทศเอเซียนั้นจำเป็นต้องนำเอาความหลากหลายทางด้านวัฒนธรรมของคู่พิพาทที่ต่างกันมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการได้ด้วย เนื่องจากหลาย ๆ ประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ขาดการสนับสนุนในการพัฒนากฎหมาย ยังคงรูปแบบของประเพณีของท้องถิ่น

⁷⁶ Pijaisakdi Horayangkura, "Cultural Aspects of Conciliation and Arbitration: Should there still be a "Center", APEC Symposium 1998 : Alternative Mechanism for the Settlement of Transnational Commercial Disputes, 27-28 April, Bangkok, The Arbitration Office, Ministry of Justice, Thailand 1998., p. 343-349.

⁷⁷ Jan K. Scheafer, 'Abandoning Colonial Arbitration Laws in Southeast Asia-I: An Analytical History', Mealey's International Arbitration Report, Vol. 15 no. 7, July 2000 or see at <http://www.mealeys.com>

หรือยังคงเป็นอาณานิคมกฎหมายของประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมมาก่อน เช่น มาเลเซีย, อินโดนีเซีย และบางประเทศพยายามที่จะปรับปรุงให้กฎหมายของตนทันสมัยมากขึ้นเพื่อส่งเสริมการค้าในประเทศและนำเอาข้อได้เปรียบเชิงภูมิศาสตร์มาใช้อีกด้วย ยังผลถึงกฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงอื่น ๆ อีกด้วย เช่น ฮองกงและสิงคโปร์⁷⁸ ซึ่งในด้านการพัฒนากฎหมายเบื้องต้น (Legal Infrastructure) เป็นการพัฒนาให้มีแรงจูงใจนักลงทุนต่างประเทศเป็นหลัก อาทิเช่น กฎหมายภายในที่เป็นการประกันการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันทั้งนักลงทุนภายในและภายนอกประเทศ กฎหมายวิธีพิจารณาจะต้องไม่เป็นอุปสรรคทางการค้า ทั้งทางด้านศุลกากรและแนวทางปฏิบัติธุรกิจและการระงับข้อพิพาท ความเท่าเทียมกันในทางการศาล การพัฒนาในด้านบุคลากรที่เกี่ยวข้องในด้านการอนุญาโตตุลาการ และสุดท้ายเป็นเรื่องระบบการระงับข้อพิพาทและการบังคับใช้คำชี้ขาดให้มีประสิทธิภาพ ภายใต้ New York Convention เพื่อศึกษาถึงการพัฒนาในด้านการอนุญาโตตุลาการในเอเชีย โดยศึกษาจากประเทศที่มีการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ค่อนข้างประสบความสำเร็จโดยได้รับการยอมรับจากนักลงทุนว่าเป็นประเทศที่มีศูนย์กลางระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ได้มาตรฐานสากล จึงได้ขอยกตัวอย่างของประเทศสิงคโปร์ เพื่อเป็นแนวทางศึกษานโยบายในเรื่องนี้ และพิจารณาโดยภาพกว้างว่าภายหลังจากการรับกฎหมายต้นแบบมีการพัฒนารูปแบบทางกฎหมายอื่น ๆ ไດหรือแนวทางอื่น ๆ มากขึ้นเพียงใด

⁷⁸Robert Morgan, 'Abandoning Colonial Arbitration Laws in Southeast Asia-II: Background and Commentary', *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 15 no. 7, July 2000 ,p.1-2.or see at <http://www.mealeys.com>