

การตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาล

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้กลายมาเป็นวิธีที่นิยมกันอย่างมากในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการค้าระหว่างประเทศ และยังได้มีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศไปใช้กับการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจซึ่งไม่ใช่การค้าแต่ ๆ เช่น การให้สัมปทานเหมืองแร่ที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ กล่าวโดยสรุปคือ การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าในความหมายอย่างกว้าง รวมถึงปัญหาการลงทุนระหว่างประเทศด้วย แม้ทั้งที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐผู้ให้สัมปทานก็ตาม (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 2534 : 7) ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลประการหนึ่งในหลายประการ เช่น คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีสามารถที่จะขอให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในต่างประเทศ (foreign jurisdiction) ในศาลของประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนา หรือในศาลของประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ได้ ซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (อนุสัญญา ICSID) หรืออนุสัญญานิวยอร์คว่าด้วยการยอมรับนับถือและการให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (อนุสัญญานิวยอร์ค ฯ) ที่ว่ารัฐภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวจะต้องยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในประเทศอื่น

ในปัจจุบันนี้ ได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเป็นกระบวนการที่อยู่ในระบบเดียวกัน เช่น อนุสัญญา ICSID หรืออนุสัญญานิวยอร์ค ฯ แต่ในทางตรงกันข้าม ยังไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศใดที่จะควบคุมการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล (กรณี UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบคำชี้ขาดไว้ โดยมุ่งหวังที่จะสร้างกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดที่เป็นเอกภาพก็ตาม แต่ UNCITRAL Model Law ก็ไม่ใช้ข้อตกลงระหว่างประเทศ หากเป็นเพียงแนวทางที่สหประชาชาติได้สร้างขึ้นเพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศของตน ส่วนกรณีอนุสัญญา ICSID ไม่มีการกำหนด

ว่าศาลจะตรวจสอบคำชี้ขาดได้เพียงใด ในทางตรงกันข้าม อนุสัญญา ICSID ห้ามการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลอย่างเด็ดขาด) ศาลจึงมีอิสระที่จะตรวจสอบการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศของตนได้เท่าที่ต้องการ (แต่ทั้งนี้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ค ๗) การแทรกแซงหรือการตรวจสอบการอนุญาโตตุลาการของศาลที่สำคัญคือกระบวนการอุทธรณ์หรือการตรวจสอบคำชี้ขาดในประเทศซึ่งที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) ซึ่งหากศาลตัดสินให้ฝ่ายที่อุทธรณ์ชนะคดี ก็จะทำให้คำชี้ขาดนั้นปราศจากความผูกพันและไม่อาจนำไปใช้บังคับในประเทศใด ๆ ได้ (เพราะอนุสัญญานิวยอร์ค ๗ มาตรา V(1)(e) บัญญัติว่า "recognition and enforcement of the award maybe refused, ... proof that...(e) The award ... has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the laws of which, that award was made" อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญานิวยอร์ค ๗ จะยอมให้มีการตรวจสอบคำชี้ขาดได้ก็ตาม แต่อนุสัญญา ICSID ห้ามไม่ให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดโดยเด็ดขาด (มาตรา 53))

1. การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการหมายความว่า ประเทศซึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เกิดและมีการทำคำชี้ขาดขึ้น (โดยการพิจารณาอาจไม่ได้ทำในประเทศนั้นเพียงประเทศเดียว แต่มีการรับฟังพยานหรือทำการพิจารณาในประเทศอื่นในบางครั้งด้วยก็ได้) (Redfern and Hunter, 1991 : 81, 93 และพิชัยศักดิ์ หรยงกูร, 2535 : 7) โดยปกติคู่กรณีจะเป็นผู้เลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ยกเว้นกรณีของอนุสัญญา ICSID ถ้าคู่กรณีต้องการใช้สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่อื่นนอกจากที่วอชิงตัน ดี.ซี. ซึ่งเป็นที่ตั้งของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติอื่น (ICSID) หรือนอกจากสถานที่อื่นซึ่งเลขาธิการ ICSID ได้กำหนดไว้ จะต้องที่ปรึกษากับเลขาธิการและได้รับความยินยอมจากองค์คณะอนุญาโตตุลาการเสียก่อน (ตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อที่ 13(3))

สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะมีส่วนสัมพันธ์กับการอนุญาโตตุลาการ เพราะศาลของประเทศซึ่งเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการอาจตรวจสอบคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นในประเทศของตนได้ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ได้มีการพัฒนา

ทฤษฎีการแยกอนุญาโตตุลาการจากการผูกพันกับระบบกฎหมายภายใน (denationalisation) เพราะเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่ควรผูกติดกับระบบกฎหมายภายใน

1.1 ทฤษฎีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (seat theory) และทฤษฎีการแยกอนุญาโตตุลาการจากการผูกพันของระบบกฎหมายภายใน (denationalised award)

ดังเป็นที่ทราบกันดีแล้วว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีนิยมมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศมักจะเป็นเรื่องที่สลับซับซ้อนและเป็นปัญหาทางเทคนิค คู่กรณีจึงเชื่อว่าองค์คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญในข้อพิพาทนั้น ๆ จะสามารถตัดสินข้อพิพาทได้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางการค้าของตน และในบางครั้งคู่กรณีก็ได้ตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งถือเป็นเสรีภาพของคู่กรณีที่จะทำได้ (party autonomy หรือ l'autonomie de la volonte') (Redfern and Hunter, 1991 : 129) อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของคู่กรณีในการเลือกใช้กฎหมาย ก็อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (lex loci arbitri หรือ lex arbitri ในประเทศอังกฤษเรียก curial law แต่คำว่า lex arbitri จะมีความหมายกว้างกว่า) ดังเช่น Lord McNair ได้กล่าวไว้ว่า "มักจะกล่าวกันเสมอว่าคู่กรณีในสัญญาอาจตกลงกันในเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับได้ แต่ความเป็นจริงที่ว่าคู่กรณีอาจตกลงกันเช่นใดก็ได้ นั้น จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (ordre public) อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่มุ่งประสงค์จะให้ผลทางกฎหมายเป็นการก่อกวนและหน้าที่ (ซึ่งตรงกันข้ามกับสิ่งที่เป็นอยู่ในสังคม) นั้นไม่สามารถใช้บังคับได้ ข้อตกลงนั้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อ เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ตามกฎหมาย" และ Lord Diplock ก็ได้กล่าวไว้เช่นเดียวกันกับ Lord McNair ในคดี Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co. (1984) A.C. 50, 60 (อ้างถึงใน Redfern, 1991 : 71) ข้อจำกัดเสรีภาพของคู่กรณีดังกล่าวข้างต้นคือทฤษฎี seat theory โดยปกติกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคือกฎหมายในเรื่องความสามารถของคู่กรณีที่ตกลงการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงการอนุญาโต

ตุลาการ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) กฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาข้อพิพาท หรือกฎหมายสารบัญญัติ (proper law) กฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด (ซึ่งอาจใช้กฎหมายของประเทศใดมากกว่าหนึ่งประเทศก็ได้ ถ้าคู่กรณีมีทรัพย์สินตั้งอยู่ในประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ)

กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดปัญหามากที่สุดคือ กฎหมายวิธีสบัญญัติหรือกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) เพราะกฎหมายการอนุญาโตตุลาการมักจะเป็นของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศต่างๆ จะแตกต่างกันไป ดังนั้นเรื่องในประเทศหนึ่งถือว่าต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการอีกประเทศหนึ่งอาจไม่ถือว่าตกอยู่ภายใต้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการก็ได้ เรื่องที่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายการอนุญาโตตุลาการโดยปกติ เช่น ข้อพิพาทนั้นเสนอต่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (arbitrability) ความสมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งหรือการถอนอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ระยะเวลา การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การเปิดเผยความลับ มาตรการการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักความยุติธรรม (ex aequo et bono) ได้หรือไม่ รูปแบบและความสมบูรณ์ของคำชี้ขาด ความถึงที่สุดของคำชี้ขาด (รวมทั้งการแก้ไขและการอุทธรณ์คำชี้ขาดตามกฎหมายประเทศนั้น ๆ) (Redfern and Hunter, 1991 : 78)

ในอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ และ Model Law ต่างก็บัญญัติถึงชนิดของข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ (arbitrability) แต่อนุสัญญา ICSID ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว อนุสัญญา ICSID บัญญัติไว้แต่เพียงประเภทของข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID ว่าต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น และห้ามศาลภายในประเทศเข้าแทรกแซงโดยการตรวจสอบคำชี้ขาด ไม่ว่าจะในชั้นเพิกถอนคำชี้ขาดหรือคัดค้านการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้นศาลภายในจึงไม่อาจพิจารณาหรือตัดสินว่าข้อพิพาทเรื่องใดที่สามารถเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ (แม้ว่าตามกฎหมายของประเทศตน ข้อพิพาทนั้นจะไม่สามารถเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้) ข้อพิพาทใดจะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐแต่ละรัฐไป เพราะความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศหนึ่งอาจไม่ใช่ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของอีกประเทศหนึ่ง ทั้งนี้ขึ้นกับทัศนะและนโยบายของแต่ละรัฐ ดังนั้นในบางกรณี จึงเป็นไปได้ที่ข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ทั้งตามกฎหมายของ



ประเทศที่คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายและตามกฎหมายในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ แต่กลับเป็นข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการไม่ได้ในประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตาม ค่าชี้ขาด ผลที่ตามมาคือเมื่อถึงขั้นบังคับตามค่าชี้ขาด ค่าชี้ขาดนั้นกลับไม่อาจบังคับได้ จึงเป็นการ สูญเสียเวลา

1.1.1 ทฤษฎีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (seat theory)

แนวความคิดที่ว่า การอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่เป็น สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (seat, forum หรือ locus arbitri) นั้น ได้ถูกนำไปใช้ทั้ง ในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Park, 1983 : 21 และ Mann, 1984 : 193) ดังจะเห็นได้ว่าแนวความคิดนี้ได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโต ตุลาการระหว่างประเทศต่างหลายฉบับ นับตั้งแต่ปรกติลว่าด้วยข้อตกลงการมอบให้อนุญาโต ตุลาการชี้ขาด ค.ศ. 1923 (พ.ศ. 2466) (Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923) จนถึงอนุสัญญานิวเจอร์คว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) ต่างก็บัญญัติถึงแนวความคิดนี้ไว้ทั้งสิ้น

Geneva Protocol 1923 บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า

"The arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place."

และในอนุสัญญานิวเจอร์ค ฯ มาตรา V(1)(d) บัญญัติไว้ว่า "The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or..." มาตรา V(1)(a) บัญญัติไว้ว่า "The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement

is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or..." และมาตรา V(1)(e) ก็บัญญัติไว้ว่า "The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspend by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made."

นอกจากนี้ แนวความคิดนี้ยังปรากฏใน Model Law อีกด้วย โดยมาตรา 1(2) บัญญัติว่า "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." (มาตรา 8 และมาตรา 9 เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และมาตรการการคุ้มครองชั่วคราวตามลำดับ ส่วนมาตรา 35 และมาตรา 36 เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด)

ในปัจจุบันกฎหมายของสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Act 1989) เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ (Redfern and Hunter, 1991 : 81) มาตรา 176(1) ของ Swiss Act 1989 บัญญัติไว้ว่า "The provisions of this chapter shall apply to any arbitration if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time when the arbitration agreement was concluded, at least one of the parties had neither its domicile nor its residence in Switzerland."

1.1.2 ทฤษฎีการแยกอนุญาโตตุลาการจากการผูกพันของระบบกฎหมายภายใน (denationalised theory)

เดิมทีมีความเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะต้องผูกพันกับกฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เพราะถือว่าการอนุญาโตตุลาการแม้จะไม่ใช่ศาล แต่ก็มีความเทียบเท่ากับศาล (Redfern and Hunter, 1991 : 82) ดังนั้นถ้าข้อพิพาทนั้นไม่อาจเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลใช้บังคับได้

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา นักกฎหมายเริ่มมีความเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ไม่ควรถูกควบคุมโดยกฎหมายภายในของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยนักกฎหมายเรียกการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ผูกพันกับกฎหมายภายในเหล่านี้แตกต่างกันไป เช่น supra-national, a-national, transnational, expatriate, denationalised, delocalised และ deterritorialised (arbitration, award) หรือแม้แต่เรียกว่า floating arbitration หรือ floating award

ทฤษฎี denationalisation มีที่มาจากประเทศฝรั่งเศส (Paulsson, 1983 : 53) วัตถุประสงค์ของทฤษฎีนี้ก็คือ ต้องการทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายใด เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล และเพื่อทำให้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการเป็นเอกภาพ โดยมีเหตุผลสนับสนุนหลายประการ เช่น เห็นว่ากฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ แตกต่างกันไป และในบางประเทศ กฎหมายการอนุญาโตตุลาการก็ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอย่างยิ่ง Redfern มีความเห็นว่าเหตุผลสนับสนุนทฤษฎีนี้ไม่ถูกต้อง เพราะแม้ว่ากรณีจะตกลงเรื่องวิธีพิจารณาหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามที่ตนต้องการได้ก็ตาม (party autonomy) แต่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อาจจำเป็นต้องขอให้ศาลเข้ามาสนับสนุนในบางขั้นตอน (Redfern and Hunter, 1991 : 82) เช่น การขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือปลดอนุญาโตตุลาการ การขอให้ศาลสั่งมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองคู่กรณี เช่น การขอให้อายัดทรัพย์สิน เป็นต้น และขั้นตอนที่แน่นอนที่สุดที่จะต้องให้ศาลสนับสนุนและเป็นหัวใจของกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็คือ การขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ตามอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ คำชี้ขาดที่จะขอให้ศาลยอมรับและบังคับให้ จะต้องเป็นคำชี้ขาดที่มาจากประเทศภาคีอีกประเทศหนึ่ง กรณีที่การอนุญาโตตุลาการไม่ผูกพันกับกฎหมายของรัฐใด Van den Berg เห็นว่าน่าจะได้ว่าคำชี้ขาดนั้นไม่มีสัญชาติ (stateless) และอาจไม่สามารถขอบังคับตามอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ได้ เพราะอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ มาตรา V(1)(d) บัญญัติไว้ว่า "...the arbitral procedure was not...in accordance with the law of the country where the arbitration took place." (Van den Berg, 1981 : 34-39) แต่กรณีการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะไม่เกิดปัญหานี้ เพราะอนุสัญญา ICSID บัญญัติไว้ชัดเจนว่าศาลของรัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

1.1.3 จุดกำเนิดของทฤษฎี denationalisation

ในปัจจุบันได้มีบางประเทศที่นำทฤษฎี denationalisation ไปใช้ในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำให้ประเทศของตนเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น ประเทศเบลเยียม โดยการแก้ไขกฎหมายของตนในปี ค.ศ. 1985 จุดกำเนิดที่แท้จริงของทฤษฎี denationalisation ที่ใช้ในทางการค้าระหว่างประเทศนี้พัฒนามาจากหลักการคุ้มครององค์อธิปัตย์ (doctrine of state immunity) ดังที่ปรากฏในเหตุผลขององค์คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Aramco ((1963) 27 I.L.R. 117)

1.1.3.1 คดี Aramco

คดี Aramco เป็นคดีระหว่างสหราชอาณาจักรราชอาณาจักรซาอุดีอาระเบียกับบริษัท Arabian American Oil Company (Aramco) ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ ในปี ค.ศ. 1933 Aramco ได้รับสัมปทานจากรัฐบาลซาอุดีอาระเบียให้เป็นผู้มีสิทธิขุดน้ำมันแต่ผู้เดียวตามความตกลงสัมปทานน้ำมัน (Oil Concession) ต่อมาในปี ค.ศ. 1954 รัฐบาลซาอุดีอาระเบียก็ได้ทำสัญญา กับ Mr. A.S. Onassis อีก (คือ Onassis Agreement) สัญญานี้ได้ให้บุริสิทธิ (right of priority) ในการขุดน้ำมันกับบริษัท Saudi Arabian Maritime Tankers Ltd. เป็นเวลา 30 ปีนับจากวันตกลง ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1954 Aramco ได้โต้แย้งว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงที่ทำต่อ Aramco และเป็นการละเมิดจารีตประเพณีและการปฏิบัติในทางธุรกิจน้ำมันระหว่างประเทศ สัญญาดังกล่าวไม่มีผล จึงมีการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ (ศาลอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงเจนีวา) โดยอาศัยมาตรา 31 ของความตกลงสัมปทาน ซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการโดยเสียงข้างมากตัดสินให้ Aramco ชนะคดี โดยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้กำหนดว่าให้ใช้ 1) กฎหมายซาอุดีอาระเบียสำหรับเรื่องภายในเขตอำนาจของซาอุดีอาระเบีย 2) กฎหมายที่ศาลอนุญาโตตุลาการสามารถใช้ได้สำหรับเรื่องที่อยู่นอกเขตอำนาจของซาอุดีอาระเบีย

ศาลอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการแบ่งขอบเขตเช่นนี้ไม่อาจทำได้เป็นหลักเกี่ยวกับเขตอำนาจของซาอุดีอาระเบีย เพราะว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในความตกลงสัมปทาน กำหนดว่าในกรณีที่เกิดการพิพาทความตกลงระหว่างคู่กรณี อนุญาโตตุลาการจะประชุมกันที่กรุงเฮก

ซึ่งเท่ากับเป็นการตกลงสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ แต่ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ซึ่งเป็นความตกลงพิเศษเกี่ยวกับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการได้กำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการประชุมกันที่ Lucerne ในทุกกรณีการตัดสินที่นอกอาณาเขตออสเตรีย และภายหลังได้มีการแก้ไขสถานที่เป็นเจนีวาในปี ค.ศ. 1955 กฎหมายที่จะใช้ในการตัดสินจึงมีใช้กฎหมายของชาวออสเตรีย เนื่องจากคู่กรณีตั้งใจถอนข้อพิพาทออกจากเขตอำนาจของศาลท้องถิ่น

ถึงแม้ว่าคู่กรณีในคดีนี้ไม่ใช่อะหว่างรัฐกับรัฐ แต่ระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ก็ใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ไม่ได้ เพราะหลักความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของรัฐ ดังนั้นไม่อาจนำกฎหมายเจนีวามาใช้ และเนื่องจากคู่กรณีแสดงไว้ชัดเจนว่าจะไม่ใช้กฎหมายของชาวออสเตรีย และเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นอเมริกัน จึงไม่อาจใช้กฎหมายของทั้ง 2 ประเทศได้ กรณีนี้ใช้ได้เฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ จึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายขัดกันเกี่ยวกับที่ตั้งของศาล lex fori แต่ศาลอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองโดยตรง ซึ่งไม่มีหลักกฎหมาย ณ ที่ตั้งศาล lex fori ที่จะใช้ว่าหลักกฎหมายขัดกันที่จะถูกนำมาใช้คืออะไร ศาลอนุญาโตตุลาการจึงต้องค้นหากฎหมายที่จะมาใช้กับคดีนี้ เนื่องจากคู่กรณีตกลงให้ศาลอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจโดยอิสระ ศาลอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความตกลงสัมปทานลงนามที่กรุงเจดดาห์ หลักกฎหมายหมายของสถานที่ทำสัญญาคือกฎหมายของรัฐนั้น ดังนั้นจึงต้องใช้กฎหมายของชาวออสเตรีย แต่เนื่องจากกฎหมายของชาวออสเตรียไม่แน่นอน จึงต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็คือหลักความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility)

1.1.3.2 คดี Texaco

หลังจากมีคำชี้ขาดในคดี Aramco ในปี ค.ศ. 1958 แล้ว ในปี ค.ศ. 1978 ก็มีการตัดสินคดี Texaco (Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (1978) 17 I.L.M. 3)

ข้อเท็จจริงในคดี Texaco เกิดจากการเวนคืนสัมปทานน้ำมันที่รัฐบาล Libya ได้ทำไว้บริษัท Texaco Overseas Petroleum Company and California

Asiatic Oil Company (Texaco) คดีดังกล่าวได้ทำการพิจารณาในเจเนวา โดยอนุญาโตตุลาการคนเดียว ปัญหาที่อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาก็คือว่า ระบบกฎหมายใดที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการเห็นวาระบบกฎหมายที่จะใช้กับคดีมี 2 ประการ ประการแรก ใช้แนวทางดังเช่นในคดี Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company ((1964) 13 I.C.L.Q. 1011) คือใช้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ประการที่สอง ใช้แนวทางดังเช่นที่ใช้ในคดี Aramco โดยถือว่าการอนุญาโตตุลาการคดีนี้ต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศ (Texaco : 8) ทั้งนี้เหตุผลประการแรกเพราะว่าหลักความคุ้มกันขององค์อธิปัตย์ (Sovereignty) และประการที่สองเพราะว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ประธานของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถ้าคู่กรณีต้องการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในก็คงไม่กำหนดเช่นนั้น แสดงว่าคู่กรณีต้องการให้การอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายระหว่างประเทศ (Texaco : 8)

จากคดี Texaco อาจสรุปว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่ระบบกฎหมายภายใน แต่ต้องเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศนี้ จะเป็นกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินงานการอนุญาโตตุลาการ และการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเท่าที่ไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ (l'ordre Public International)

อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ยังไม่มีกฎหมายการอนุญาโตตุลาการที่ชี้กับคู่กรณีที่ไม่ใช่รัฐ (เอกชน) และหากใช้กฎหมายระหว่างประเทศบังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว ก็จะทำให้เกิดปัญหาขึ้น เช่น ปัญหาการเลือกอนุญาโตตุลาการ การปลดอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่กรณีตกลงกันไม่ได้หรือไม่ได้ตกลงกันไว้ ก็จะไม่มีความหมายที่จะนำมาใช้บังคับ เพราะแม้จะมีอนุสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น อนุสัญญานิวยอร์ค ฯ แต่อนุสัญญาเหล่านี้ก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องเหล่านี้ไว้อย่างสมบูรณ์เหมือนกับที่กฎหมายภายในบัญญัติไว้ (เว้นแต่ในกรณีอนุสัญญา ICSID หรือ Model Law แต่ Model Law ก็ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศ)

1.1.3.3 พัฒนาการของทฤษฎี denationalisation

แม้ว่าทฤษฎี delocalisation จะมีที่มาจากหลักความคุ้มกันขององค์อธิปไตย (doctrine of state immunity) แต่ทฤษฎีนี้กลับถูกนำไปใช้ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงว่ารัฐเป็นคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ โดยจะเห็นว่าคู่กรณีมักจะเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่เป็นกลาง (ไม่ใช่ประเทศของคู่กรณีทั้งสอง) และในประเทศที่มีระบบการสื่อสารโทรคมนาคมที่สะดวกและทันสมัย

ทฤษฎีนี้ให้อิสระแก่การอนุญาโตตุลาการโดยทำให้การอนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกพันกับระบบกฎหมายภายใน หมายความว่าองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ องค์คณะอนุญาโตตุลาการเพียงแต่ตัดสินใจให้ไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ (โดยเฉพาะการพิจารณาโดยยุติธรรม) ก็สามารถทำให้คำชี้ขาดนั้นบังคับได้

1.1.3.4 ทฤษฎีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการกับประสิทธิภาพของคำชี้ขาด

การที่จะให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่ต้องผูกพันกับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง จะทำได้ต่อเมื่อกฎหมายของประเทศนั้นยินยอมให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่ต้องผูกพันกับกฎหมายของประเทศตน (โปรดดูเหตุผลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลในประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการในข้อ 3 หน้า 91 และขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดของประเทศต่าง ๆ ในข้อ 8 หน้า 107) แม้ว่าคู่กรณีจะตกลงกันให้การอนุญาโตตุลาการไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐใดก็ตาม แต่ศาลของรัฐนั้นก็ยังสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้ (Redfern and Hunter, 1991 : 88) ดังนั้นหากคู่กรณีได้ตกลงให้องค์คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทกฎหมายเด็ดขาดของกฎหมายภายใน คำชี้ขาดอาจจะถูกยกเลิกโดยศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และอาจจะถูกปฏิเสธจากศาลของประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด โดยที่ประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการจะขึ้นอยู่กับว่าคำชี้ขาดนั้นจะกลายเป็นคำสั่งทางกฎหมายที่มีผลผูกพันคู่กรณีหรือมีผลบังคับได้หรือไม่ ดังนั้นกฎหมายของประเทศ

ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการหรือของประเทศที่จะบังคับตามคำชี้ขาด ล้วนแต่มีส่วนสัมพันธ์กับประสิทธิภาพของคำชี้ขาดทั้งสิ้น

1.2 การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าศาลในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะตรวจสอบคำชี้ขาดได้

การตรวจสอบคำชี้ขาดเป็นการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศาล ซึ่งอาจทำได้ในขั้นการคัดค้านคำชี้ขาดโดยคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี (การเพิกถอนคำชี้ขาด) หรือในขั้นการคัดค้านการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

1.2.1 การคัดค้านการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

โดยทั่วไปคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีจะใช้กระบวนการทางศาลเพื่อเพิกถอนผลของคำชี้ขาดได้ 2 ทาง ทางแรก คู่กรณีฝ่ายที่แพ้สามารถจะคัดค้านการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในศาลของประเทศที่ฝ่ายชนะคดีขอให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด หากศาลในประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดตัดสินให้ฝ่ายที่แพ้ชนะ หรือการคัดค้านเป็นผลสำเร็จ ก็จะทำให้คำชี้ขาดนั้นไม่อาจจะบังคับได้ในประเทศนั้น แต่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะก็ยังสามารถขอให้ศาลในประเทศอื่นที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้มีทรัพย์สินตั้งอยู่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ได้

1.2.2 การคัดค้านคำชี้ขาด (การเพิกถอนคำชี้ขาด)

นอกจากการคัดค้านการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดแล้ว ทางที่สองที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้จะทำได้คือ ขอให้ศาลแห่งประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดตรวจสอบคำชี้ขาดนั้น หากศาลในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดยกเลิก (vacate, nullify) หรือกลับคำชี้ขาด (overturn, review) คำชี้ขาดนั้นก็จะสิ้นผลทันที และไม่อาจขอให้ศาลใด ๆ ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้อีก

1.2.2.1 คำที่หมายถึงการคัดค้านคำชี้ขาด

คำว่า "อุทธรณ์" (appeal) เป็นคำทั่วไปที่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีจะนิยมใช้เสมอ แต่กระบวนการพิจารณาของศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดตามคำร้องของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ อาจจะไม่ใช้การอุทธรณ์ ทั้งนี้เพราะกระบวนการพิจารณาของศาลในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการซึ่งจะมีผลต่อความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดนั้น อาจจะไม่เรียกว่าการอุทธรณ์ และมีวิธีการตรวจสอบที่แตกต่างกันไปจากการอุทธรณ์ ตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า "recours en annulation" หรือ "recours en nullite'" (Redfern and Hunter, 1991 : 434) ดังนั้นคำว่า "การอุทธรณ์" จึงเป็นเพียงคำกว้าง ๆ ที่มีความหมายถึงการที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีพยายามใช้กระบวนการทางศาลเพื่อทำให้คำชี้ขาดสิ้นผล คำที่มีความหมายครอบคลุมและกว้างที่สุดคือ คำว่า "การคัดค้านคำชี้ขาด" (challenge)

คำว่า "การคัดค้านคำชี้ขาด" หมายถึง การที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้พยายามที่จะอุทธรณ์คำชี้ขาด เพื่อให้ศาลกลับหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาด (ซึ่งมีผลแตกต่างจากการไม่ยอมรับหรือคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาด) การขอให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาด (Redfern and Hunter, 1991 : 429-434) อย่างไรก็ตาม คำว่า "การคัดค้านคำชี้ขาด" อาจจะไม่ใช้ในบางประเทศ ประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ civil law อาจนิยมใช้คำว่า "recourse" แทน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส Nouveau Code Francais de Procedure Civile (N.C.Pr.Civ.) มาตรา 1490 บัญญัติให้ฝ่ายที่แพ้สามารถขอให้ศาลอุทธรณ์ยกเลิกคำชี้ขาดโดยตรง หรืออุทธรณ์คัดค้านของศาลล่างที่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ Law on Private International Law (PLI) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 1 มกราคม 1989 Chap. 12 Art. 191 บัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีอาจขอให้ Federal Tribunal ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ยกเลิกคำชี้ขาดได้ และในสหรัฐอเมริกา Federal Arbitration Act บัญญัติให้คู่กรณีสามารถคัดค้านคำชี้ขาดโดยขอให้ศาลยกเลิก เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำชี้ขาดได้ (vacate, modify or correct U.S.C. s.12 (ch. 1)) นอกจากนี้ Federal Arbitration Act ยังได้บัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่สามารถที่จะคัดค้านการยอมรับคำชี้ขาดได้อีกด้วย (USC s.207 (ch. 2)) (David, 1985 : 381)

สำหรับ UNCITRAL Model Law การคัดค้านคำชี้ขาดทำได้โดย

การยกเลิกคำชี้ขาดเท่านั้น ในมาตรา 34 บัญญัติว่า "Recourse to a court against an arbitral award... may be made only by an application for setting aside..." เนื่องจากประเทศต่าง ๆ จะเรียกและมีวิธีทําลายคำชี้ขาดแตกต่างกันไป ผู้ร่าง Model Law จึงได้พยายามที่จะหาถ้อยคำที่จะเป็นที่เข้าใจได้สำหรับระบบกฎหมายทั้งระบบ common law และ civil law และได้เลือกใช้คำว่า "recourse" เพราะเห็นว่ามีความหมายกว้างพอที่จะอธิบายถึงทั้งกระบวนการยกเลิก เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขคำชี้ขาด และการเริ่มกระบวนการดังกล่าวได้ (Holtzmann and Neuhaus, 1989 : 967 และ Craig, 1988 : 177-178)

ตัวอย่างประเทศที่ได้บัญญัติความแตกต่างของการยกเลิกคำชี้ขาดกับการอุทธรณ์ไว้อย่างชัดเจนคือ ประเทศฝรั่งเศส โดย Nouveau Code Francais de Procedure (N.C.Pr.Civ.) มาตรา 1482 ใช้คำว่า "Appel" ส่วนมาตรา 1504 ใช้คำว่า "recours en annulation" แต่สำหรับประเทศอื่นยังไม่เป็นที่แน่นอน จึงมักจะเกิดความสับสนและใช้คำทั้งสองนี้แทนกันเสมอ

1.2.2.2 ข้อแตกต่างระหว่างการอุทธรณ์กับการยกเลิกคำชี้ขาด

การอุทธรณ์และการยกเลิกคำชี้ขาดเหมือนกันอยู่ประการหนึ่งคือ ทั้งการอุทธรณ์และการยกเลิกคำชี้ขาดต่างก็เป็นกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล แต่ก็มี ความแตกต่างกัน โดยทั่วไปความแตกต่างของการอุทธรณ์และการยกเลิกคำชี้ขาดมีอยู่ 3 ประการคือ (1) ความแตกต่างในเรื่องผลของกระบวนการ (2) ความแตกต่างในเรื่องประเด็นแห่งคำตัดสิน ที่ขอให้ตรวจสอบได้ และ (3) ความแตกต่างในเรื่องระดับของการตรวจสอบที่เข้าในแต่ละกระบวนการ (Caron, 1992 : 23-27)

1.2.2.2.1 ความแตกต่างในเรื่องผลของกระบวนการ

การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยการอุทธรณ์นั้น หลังจากที่ศาลได้ตรวจสอบคำชี้ขาดแล้ว นอกจากศาลจะยืนยันตามคำชี้ขาด ก็ยังอาจจะให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำ

ชี้ขาดได้อีกด้วย แต่การยกเลิกคำชี้ขาด ศาลจะตัดสินได้แต่เพียงว่าจะยกเลิกคำชี้ขาดนั้นหรือไม่ ถ้าตัดสินให้ยกเลิกคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นก็จะเป็นโรมมะหรือสิ้นผล โดยจะตัดสินให้ยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนก็ได้ แต่ถ้าไม่ตัดสินให้ยกเลิกคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับได้ ในกรณีที่มีการยกเลิกคำชี้ขาดไม่ว่ายกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วน คู่กรณีก็จะกลับคืนสู่สถานะเดิมเท่าที่คำชี้ขาดนั้นได้ถูกยกเลิกไป กล่าวคือถ้ายกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมด คู่กรณีก็ไม่ผูกพันที่จะต้องยอมรับและถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้ายกเลิกเฉพาะส่วนหรือบางส่วน (partial annulment) คู่กรณีจะไม่ผูกพันเฉพาะส่วนที่ถูกยกเลิกเท่านั้น

1.2.2.2.2 ความแตกต่างในประเด็นคำชี้ขาดที่อาจขอให้ตรวจสอบได้

คำชี้ขาดที่มีผลใช้บังคับกับคู่กรณีได้จะต้องประกอบด้วยความถูกต้อง 2 ประการคือ ประการแรก ความถูกต้องแห่งกระบวนการ (legitimacy of the process) และประการที่สอง ความถูกต้องแห่งเนื้อหาคำชี้ขาด (substantive correctness)

ความถูกต้องแห่งกระบวนการ หมายถึง องค์การที่ทาคำชี้ขาดเป็นองค์การที่มีอำนาจ นอกจากนี้ยังรวมถึงการที่องค์การที่ทาคำชี้ขาดได้รับการแต่งตั้งอย่างเหมาะสม ไม่ได้รับสินบน และได้พิจารณาโดยใช้หลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา ส่วนความถูกต้องแห่งเนื้อหาคำชี้ขาด หมายถึง การที่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ใช้กับข้อเท็จจริงนั้นอย่างถูกต้องเพียงพอ คำชี้ขาดหนึ่งอาจจะถูกต้องในเนื้อหาแต่ไม่ถูกต้องในกระบวนการ ในทางกลับกัน คำชี้ขาดนั้นอาจจะถูกต้องในกระบวนการ แต่ไม่ถูกต้องในเนื้อหาก็ได้

แม้ว่าการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายต่าง ๆ จะมีความแตกต่างกันบ้าง แต่โดยทั่วไปแล้วการอุทธรณ์จะคำนึงถึงทั้งในแง่ความถูกต้องแห่งกระบวนการและความถูกต้องแห่งเนื้อหา ในขณะที่การยกเลิกคำชี้ขาดโดยเฉพาะในกรณีของการอนุญาโตตุลาการจะไม่คำนึงถึงความถูกต้องแห่งเนื้อหาคำชี้ขาด แต่จะเน้นถึงความถูกต้องแห่งกระบวนการเท่านั้น กล่าวคือจะพิจารณาว่าคำชี้ขาดนั้นได้ตัดสินตามวิธีพิจารณาหรือไม่ คู่กรณีจึงคัดค้านได้เสมอว่าคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันตนเพราะคำชี้ขาดนั้นเกิดจากกระบวนการที่ไม่ถูกต้อง

1.2.2.2.3 ความแตกต่างในเรื่องระดับการตรวจสอบ ทำขึ้นในแต่ละกระบวนการ

ในการอุทธรณ์ องค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจที่จะให้องค์กรที่ทำคดีตัดสินพิจารณาคดีตัดสินใหม่ได้ หากข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่ใช้ในการตัดสินไม่เพียงพอ คือองค์กรที่พิจารณาอุทธรณ์จะทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบองค์กรที่ทำคดีตัดสิน ส่วนในการยกเลิกคำชี้ขาด องค์กรที่ทำหน้าที่ยกเลิกคำชี้ขาดไม่มีอำนาจที่จะให้องค์กรที่ทำคดีตัดสินพิจารณาตัดสินของตนใหม่ จะทำได้แต่เพียงพิจารณาว่ามีเหตุให้ยกเลิกคำชี้ขาดหรือไม่เท่านั้น เช่น พิจารณาว่าข้อเท็จจริงนั้น ๆ เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่จะทำให้ยกเลิกคำชี้ขาดหรือไม่

1.2.2.3 ขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลภายใน

นอกจากปัญหาเรื่องด้วยคำที่ใช้แล้ว ปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือ ศาลใดจะเป็นผู้ตรวจสอบคำชี้ขาดได้เพียงใด หรือขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลภายในจะมีเพียงใด ในบางประเทศการตรวจสอบคำชี้ขาดจะทำได้เฉพาะในศาลชั้นต้นเท่านั้น ในบางประเทศ การตรวจสอบคำชี้ขาด อาจทำได้ทั้งในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ และในบางประเทศ จะทำได้เฉพาะในศาลอุทธรณ์เท่านั้น ผู้ร่าง UNCITRAL Model Law เห็นว่าการกำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพเป็นสิ่งที่จำเป็นไม่ได้ จึงเห็นว่าควรทิ้งไว้ให้รัฐแต่ละรัฐเป็นผู้กำหนดเอง (Redfern and Hunter, 1991 : 510) มาตรา 5 ของ Model Law บัญญัติให้รัฐแต่ละรัฐเป็นผู้กำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดเอง โดยสามารถเปลี่ยนแปลงจาก Model Law นั้นเอง มาตรา 5 กำหนดไว้ว่า "In matters governed by this law, no court shall intervene except where so provided in this law" คำว่า "matters governed by this law" หมายความว่าศาลจะตรวจสอบคำชี้ขาดได้เฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ใน Model Law เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดในแต่ละประเทศจะแตกต่างกันไป และยังไม่มียุทธกลางระหว่างประเทศที่บัญญัติเรื่องนี้ไว้ก็ตาม แต่ในบางกรณีคู่กรณีก็อาจจะเป็นผู้กำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลได้ เพราะการที่คู่กรณีเลือกสถานที่ทำ

การอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นการเลือกกฎหมายที่เกี่ยวกับการตรวจสอบคำชี้ขาดไปในตัว คู่กรณีอาจเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่ให้สิทธิแก่คู่กรณีอุทธรณ์คำชี้ขาดได้อย่างเต็มที่ หรือที่เรียกว่า ordinary appeal การอุทธรณ์คำชี้ขาดแบบนี้จะเป็นการให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง และในบางครั้งศาลก็จะตัดสินแทนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการการอุทธรณ์อีกแบบหนึ่งคือ การอุทธรณ์ในกรณีพิเศษ (extraordinary appeal) ซึ่งเป็นการอุทธรณ์ได้เฉพาะในกรณีที่มีการฝ่าฝืนวิธีพิจารณาที่ห้ามขัดกับสุภณัติกระบวนการ (Mustil and Boyd, 1989 : 342 และ Craig, 1988 : 173)

นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถกำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลได้โดยการสละสิทธิการอุทธรณ์ แต่การสละสิทธิการอุทธรณ์จะทำได้เฉพาะเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ (กรณีของ ICSID เนื่องจากกฎหมายที่ใช้กับกระบวนการพิจารณาไม่ใช่มติของประเทศไทยแต่เป็นกฎหมายของ ICSID เอง โดยอนุสัญญา ICSID ห้ามการอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลภายในของประเทศใด ๆ โดยเด็ดขาด และกฎดังกล่าวก็ไม่มีการบัญญัติว่าจะสละสิทธิการเยียวยาตามคำชี้ขาดได้เพียงใด ซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในบทต่อไป ดังนั้นคู่กรณีจึงไม่อาจกำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลได้) ในประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1979) ใต้นุญาตให้คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถตกลงหรือจำกัดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลได้ (exclusion agreement) เว้นแต่จะเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการประหลาดไม่ชอบเท่าที่คู่กรณีไม่อาจตกลงยกเว้นมิให้มีการอุทธรณ์

กรณีที่คู่กรณีตกลงเลือกใช้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) คู่กรณีจะสละสิทธิการอุทธรณ์ทันที เพราะมาตรา 24(2) บัญญัติว่า "By submitting the dispute to arbitration by the International Chamber of Commerce the parties shall be deemed to have undertaken to carry out the resulting award without delay and to have waived their right to any form of appeal insofar as such waiver can validly be made." อย่างไรก็ตาม กฎหมายของสวีตเซอร์แลนด์บัญญัติว่าการสละสิทธิการอุทธรณ์จะต้องระบุไว้ให้ชัดเจนในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Blessing, 1988 : 76)

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการสละสิทธิการอุทธรณ์คำชี้ขาดจะจำกัดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลแห่งประเทศไทยที่มีการอนุญาโตตุลาการ และจำกัดการแทรกแซงของศาลในกระบวนการ

การอนุญาโตตุลาการได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น เหตุผลที่ศาลแห่งประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีหลายประการ เช่น เพื่อตรวจสอบว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของตนหรือไม่ เพื่อคุ้มครองสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา (กรณี ICSID มีการตรวจสอบสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาในมาตรา 52(1)) และเพื่อตรวจสอบว่าการอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศของตนหรือไม่

2. กระบวนการทางศาลและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ศาสตราจารย์ Rene David ซึ่งเป็นนักกฎหมายเปรียบเทียบได้ให้คำนิยามการอนุญาโตตุลาการว่า "การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของคู่กรณี ซึ่งคู่กรณีได้มอบอำนาจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคนซึ่งตนไว้วางใจเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการพิจารณาและตัดสินตามที่คู่กรณีได้ให้อำนาจไว้" (อ้างแล้วในบทที่ 1 หน้า 6) อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ David เห็นว่าคำจำกัดความดังกล่าวอาจจะไม่ใช่คำจำกัดความที่ครอบคลุมถึงการอนุญาโตตุลาการในทุกประเทศ เพราะอาจจะเป็นความหมายที่แคบเกินไปหรือกว้างเกินไปสำหรับบางประเทศ - ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายในแต่ละประเทศจะแตกต่างกันออกไป (David, 1985 : 5)

จากคำจำกัดความข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าศาสตราจารย์ David มีความเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญา หรือข้อตกลงของคู่กรณีที่จะให้บุคคลที่สาม (ที่ไม่ใช่ศาล) ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้อำนาจที่คู่กรณีได้ตกลงมอบให้ เมื่อบุคคลที่สามได้ตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวแล้วข้อพิพาทก็จะหมดไป กล่าวโดยเฉพาะก็คือความเห็นนี้เป็นไปตามทฤษฎี Contractual Theory ทฤษฎี Contractual Theory จะมีผลเป็นการตัดอำนาจศาล และจะมีผลต่อบทบาทของศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล

แต่มักมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้น และ(สามารถ)ดำเนินการไปได้โดยอาศัยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีเพียงอย่างเดียว หากแต่จะต้องอาศัยการสนับสนุนจากศาล หรืออาจกล่าวได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ได้เกิดจากสัญญาโดยแท้ รัฐจึงมีอำนาจที่จะกำหนดว่าจะให้กระบวนการดำเนินการไปอย่างไรในประเทศของตน

หรือมีอำนาจที่จะตัดสินว่าจะใช้การอนุญาโตตุลาการกับข้อพิพาทนั้นได้หรือไม่ และเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่มุ่งให้มีการตัดสินข้อพิพาทในรูปของคำชี้ขาด ซึ่งจะมีผลผูกพันคู่กรณี บทบาทของอนุญาโตตุลาการจึงอาจเทียบได้กับศาล เพราะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะกำหนดหรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ขึ้นระหว่างคู่กรณี (Sanders, 1975 : 207, 233-234) ดังนั้นเมื่อการอนุญาโตตุลาการมีบทบาทเช่นเดียวกับศาลจึงต้องมีการควบคุมโดยศาล เพราะอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทเป็นของรัฐ ความเห็นเช่นนี้กล่าวโดยเฉพา ก็คือความเห็นตามทฤษฎี Jurisdictional Theory

ศาสตราจารย์ - F.A. Mann ซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่ยึดทฤษฎี Jurisdictional Theory อย่างเคร่งครัด ได้กล่าวในบทความเรื่อง "Lex Facit Arbitrum" ว่า "...รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้นหากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐได้ (public function) ซึ่งหมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ" (อ้างถึงในอนันต์ จันทโรภากร, 2535 : 21) และกล่าวว่า "การอนุญาโตตุลาการเป็นการอนุญาโตตุลาการของรัฐทั้งสิ้น นั่นคืออยู่ภายใต้ระบบกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ (every arbitration is a national arbitration, that is to say subject to a specific system of national law อ้างถึงใน Craig : 180)

จุดกำเนิดของการอนุญาโตตุลาการมาจากบรรดาพ่อค้า โดยในอดีตบรรดาพ่อค้าจะนิยมระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมากกว่าการดำเนินคดีฟ้องร้องกันในศาล บรรดาพ่อค้าเหล่านี้จะตกลงกันว่าหากเกิดข้อพิพาทระหว่างพวกตนขึ้น จะต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด กฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ก็จะเป็นกฎหมายที่ทางการค้าในหมู่พ่อค้านั้น (แต่อาจไม่ใช่กฎหมายที่บุคคลภายนอกคุ้นเคย) และเมื่อคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น เพราะหากไม่ปฏิบัติตามก็อาจได้รับการโต้ตอบจากพ่อค้าด้วยกันหรือสมาคมการค้า ดังนั้น ในอดีตเมื่อคู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว จึงไม่มีการฝ่าฝืนข้อตกลงหรือเสนอข้อพิพาทต่อศาล (Sohn, 1992 : 9) แต่ต่อมามีการขยายการอนุญาโตตุลาการออกไปใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ตลอดจนได้มีการขยายขอบเขตการนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นโครงการ

าเหตุที่ชำระระยะเวลานานและมีจำนวนเงินลงทุนสูงด้วย การที่จะให้คู่กรณีร่วมมือโดยสมัครใจในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และยอมรับปฏิบัติตามคำชี้ขาดจึงเป็นเรื่องยาก ดังนั้นคู่กรณีอาจจะต้องขออำนาจศาลโดยการเสนอข้อพิพาทต่อศาลเพื่อให้บังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือตามคำชี้ขาด Craig มีความเห็นว่าการไม่ให้ศาลแทรกแซงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นความหวังที่เป็นไปได้ยาก (Craig, 1988 : 181) ดังนั้น ทฤษฎี Contractual Theory จึงไม่สามารถใช้ได้

2.1 การขออำนาจรัฐเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การขออำนาจศาลของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย อาจเป็นกรณีที่ขออำนาจรัฐให้บังคับให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรืออาจเป็นกรณีที่ขออำนาจรัฐเพื่อให้ทลายคำชี้ขาด การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านศาลอาจแยกเป็น 2 ประเภทคือ อำนาจที่ใช้ในกระบวนการก่อนมีคำชี้ขาด และอำนาจที่ใช้ในกระบวนการหลังคำชี้ขาด

กรณีที่คู่กรณีขออำนาจศาลสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อนมีคำชี้ขาด เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่แทนอนุญาโตตุลาการคนเดิมที่ถูกถอนหรือไม่สามารถทำหน้าที่ได้ การขอยานผู้เชี่ยวชาญหรือขอยานหลักฐานใด ๆ หรือแม้แต่การขอมาตรการชั่วคราว เช่น คำสั่งอายัดทรัพย์ (attachment) หรือคำสั่งห้าม(การทำให้เสียหายแก่ทรัพย์หรือสิทธิของบุคคลอื่น) (injunction) เป็นต้น (Redfern and Hunter, 1991 : 306)

ส่วนกรณีที่คู่กรณีขออำนาจศาลสนับสนุนหลังมีคำชี้ขาด เช่น การขอให้ศาลยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดและการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเป็นมาตรการที่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีขอให้ศาลทำห้คำชี้ขาดมีผลบังคับได้ ส่วนการตรวจสอบคำชี้ขาดเป็นมาตรการที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีป้องกันไม่ห้ศาลยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด หรือในประเทศอื่น ๆ



2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับการอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินการพิจารณาในศาลกับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่างก็เป็นกระบวนการทางกฎหมายและมีความสัมพันธ์กัน ความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับการอนุญาโตตุลาการเป็นความสัมพันธ์ทั้งในด้านสนับสนุนและในด้านยับยั้ง เมื่อคู่กรณีขอให้ศาลบังคับให้คู่กรณีอีกฝ่ายเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ศาลก็จะมีบทบาทเป็นผู้สนับสนุนให้การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นและดำเนินไป ส่วนกรณีที่คู่กรณีขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด ศาลก็จะมีบทบาทเป็นผู้ยับยั้งการอนุญาโตตุลาการ เพราะศาลจะใช้อำนาจของตนควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อไม่ให้คำชี้ขาดกลายเป็นคำสั่งทางกฎหมายของรัฐตน

แต่ไม่ว่าจะเป็นการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งเพิ่มประสิทธิภาพแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการที่ตรงกันข้ามกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดคือ การตรวจสอบคำชี้ขาดก็ตาม รัฐจะต้องตัดสินใจว่าจะยอมรับคำชี้ขาดนั้นในฐานะเป็นคำสั่งทางกฎหมายของรัฐตนหรือไม่ โดยในกรณีที่ศาลจะใช้อำนาจรัฐในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ศาลจะไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ เว้นแต่คำชี้ขาดนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะให้ศาลใช้อำนาจอธิปไตยของตน สำหรับกรณีคำชี้ขาดระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเห็นว่าประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ จะทำให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างคล่องตัว จึงได้มีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้น เพื่อจำกัดเหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้นศาลจึงอาจใช้อำนาจของตนที่จะไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ เฉพาะที่ได้ตกลงกันไว้โดยข้อตกลงระหว่างประเทศเท่านั้น (เช่นตามอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ. 1958 เป็นต้น)

2.3 ผลที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดระหว่างประเทศกับการที่ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศ

การที่ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดระหว่างประเทศ จะมีผลกระทบต่อคู่กรณีน้อยกว่าการที่ศาลจะตรวจสอบคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศของตน เพราะการไม่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดจะมีผลเฉพาะในประเทศที่ไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด (Reisman เรียกว่า second-

ary jurisdiction หรือ enforcement jurisdiction) เท่านั้น คู่กรณีฝ่ายที่ชนะยังอาจขอให้ศาลของประเทศอื่นยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ได้ แต่ในตรงกันข้าม หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ขอให้ศาลแห่งประเทศที่มีการอนุญาตตุลาการตรวจสอบคำชี้ขาด (Reisman เรียกว่า primary jurisdiction หรือ venue jurisdiction) และศาลตัดสินให้ฝ่ายที่แพ้กลับเป็นฝ่ายที่ชนะเช่นนี้แล้ว ก็จะทำให้คำชี้ขาดนั้นสิ้นผลและไม่อาจขอให้ศาลโดยยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ (Reisman, 1992 : 113)

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของศาลในกรณีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดและตรวจสอบคำชี้ขาดยังแตกต่างกันอีกด้วย กรณีการตรวจสอบคำชี้ขาดศาลจะใช้ดุลพินิจที่กว้างกว่า เพราะศาลจะไม่พิจารณาแต่เพียงว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามหลักสากลหรือไม่ แต่ยังอาจจะพิจารณาว่าคำชี้ขาดเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายของตน ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในกรณีที่ศาลจะถือว่าคำชี้ขาดนั้นกลายเป็นคำสั่งทางกฎหมายในประเทศตนไว้ ข้อกำหนดเหล่านี้จะกำหนดไว้เคร่งครัดกว่าข้อกำหนดในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดมาก และยิ่งไปกว่านั้น ศาลที่ตรวจสอบคำชี้ขาดก็อาจใช้อำนาจอธิปไตยของตนเหนือกิจกรรมที่เกิดขึ้นในประเทศตนอย่างเต็มที่ ดังนั้น การตรวจสอบคำชี้ขาดของศาล จึงเท่ากับเป็นการพิจารณาว่ากระบวนการอนุญาตตุลาการตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงมีการทาคำชี้ขาด เป็นกระบวนการที่เป็นไปตามบทกฎหมายหรือเงื่อนไขแห่งประเทศตนหรือไม่ (Craig, 1988 : 183)

ดังนั้นอาจสรุปข้อแตกต่างระหว่างกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลในประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาตตุลาการกับกระบวนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดหรือมาตรการการให้ความสนับสนุนของศาลมาตรการอื่น ๆ ได้ดังนี้ กระบวนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดหรือมาตรการการให้ความสนับสนุนของศาลมาตรการอื่น ๆ จะเริ่มโดยฝ่ายที่ต้องการทำให้เกิดกระบวนการอนุญาตตุลาการ หรือให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด หรืออาจกล่าวได้ว่าบุคคลที่เริ่มกระบวนการนี้คือ บุคคลที่ทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเกิดผล ส่วนในกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดจะเป็นกระบวนการที่พยายามให้มีการยกเลิกคำชี้ขาด เพื่อให้คำชี้ขาดสิ้นผลทั้งในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการและในประเทศอื่น ๆ ที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

เนื่องจากการตรวจสอบคำชี้ขาดจะมีผลต่อประสิทธิภาพของการอนุญาตตุลาการอย่างยิ่ง และวิทยานิพนธ์นี้ได้มุ่งเน้นที่จะศึกษาในเรื่องการตรวจสอบคำชี้ขาด จึงเห็นควรพิจารณาถึงเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังและประโยชน์ที่ศาลจะต้องใช้อำนาจการตรวจสอบคำชี้ขาด

3. เหตุผลที่ศาลในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการต้องตรวจสอบคำชี้ขาด

ปัจจุบันได้มีการยอมรับกันอย่างเป็นสากลว่าควรจำกัดสิทธิของคู่กรณีในการอุทธรณ์คำชี้ขาด ทั้งนี้โดยเห็นว่ากรณีที่คู่กรณีเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เพราะคู่กรณีเกรงความได้เปรียบหรือเสียเปรียบที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้รับ หากคู่กรณีต้องการให้มีการพิจารณาและระงับข้อพิพาทโดยศาล และหากคู่กรณีจะต้องการคัดค้านของศาล หรือหากต้องการให้มีการอุทธรณ์ (ทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง) ก็น่าที่จะเลือกวิธีเสนอข้อพิพาทต่อศาลแทน (Caron, 1992 : 53)

ในสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุด (supreme court) ได้วางหลักในคดี *Burchell v. Marsh* (58 U.S. 344 (1985)) ไว้ว่า "If the award is within submission, and contained the honest decision of the arbitrators, after a full and fair hearing of the parties, a court of equity will not set it aside for error, either in law or fact. A contrary course would be a substitution of the judgment of Chancellor in place of the judges chosen by the parties, and would make an award the commencement, not the end, of litigation." (อ้างถึงใน Craig, 1988)

อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิการอุทธรณ์หรือตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีการตรวจสอบคำชี้ขาดเลย เพราะทัศนคติของศาลต่อการตรวจสอบคำชี้ขาดจะขึ้นอยู่กับกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศนั้น และมักจะนำทัศนคตินั้นมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย และแม้ว่าจะมีบทบัญญัติกฎหมายหรือแนวทางของศาลกำหนดแนวทางการตรวจสอบคำชี้ขาดออกมาแล้วก็ตาม แต่ศาลก็ยังคงยึดกับทัศนคติเดิม ๆ ของตน (Craig, 1988 : 184)

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีประวัติการพัฒนาการตรวจสอบคำชี้ขาดมาตั้งแต่อดีต และในปี ค.ศ. 1979 อังกฤษก็ได้ตรา Arbitration Act of 1979 ออกมาแก้ไขกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล โดยได้จำกัดสิทธิการอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อ High Court แต่เดิมนั้น อังกฤษต้องการตรวจสอบคำชี้ขาดเพราะต้องการมีส่วนร่วมในการพัฒนาการค้า ศาสตราจารย์ F.A. Mann กล่าวว่า "เหตุผลที่แท้จริงและดีกว่าว่าทำไมลักษณะทางกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ

จึงเหมาะสมและยังคงรักษาข้อดีไว้ได้ก็คือว่า คู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทถือว่าผลของการตัดสินที่ศาลเตาได้เป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะตัดสินแนวคิดของพวกเขา พวกเขา รู้สึกเกลียดชังและกลัวกับการตัดสินที่ไม่อาจคาดเดาได้ล่วงหน้าหรือการตัดสินที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานเหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการประนีประนอมหรือแสดงว่าเป็น "ความยุติธรรม" แต่คำตัดสินนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ทั้งยังเป็นอิสระจากการโต้แย้งทางกระบวนการยุติธรรม การได้รับการคุ้มครองจากสถานการณ์เช่นนี้ต่างหากที่เป็นสิ่งที่คู่กรณีต้องการ ผู้ประกอบวิชาชีพทุกคนย่อมจะยืนยันได้ว่า เฉพาะนักวิชาการและหอการค้านานาชาติที่อยู่ในแดนแห่งความมิดมนเท่านั้นที่จะปฏิเสธความถูกต้องแห่งกฎหมายที่มุ่งจะให้ความคุ้มครองคู่กรณีในกรณีการใช้กฎหมายโดยมิชอบ ซึ่งความคุ้มครองเช่นนี้เป็นสิ่งที่พวกเขาต้องการ" (Mann, 1985 : 257)

มีนักกฎหมายหลายท่าน เห็นว่าการตรวจสอบคำชี้ขาดในความเห็นและเหตุผลที่ Mann ำอธิบายไว้เป็นเหตุผลที่เกินกว่าเหตุผลที่แท้จริงที่จำเป็นต่อการตรวจสอบคำชี้ขาด เพราะกระบวนการอนุญาตตุลาการจะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อคู่กรณีสามารถคาดการณ์ถึงผลที่ได้ หากให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดมากเกินไปก็จะเป็นการทำลายประสิทธิภาพของอนุญาตตุลาการได้ (Craig , 1988 : 184)

ส่วน Sir Michael Kerr ได้ให้เหตุผลไว้ว่า "นอกจากข้อบกพร่องในเรื่องราวอำนาจอธิปไตยและคณะกรรมการตุลาการของวุฒิสภาและสภากงมนตรีแล้ว ไม่มีบุคคลใด คณะกรรมการพิจารณาใด หรืออำนาจของบุคคลใดในประเทศอังกฤษ ซึ่งเมื่อกระทำการใดหรือตัดสินการใดแล้ว จะเกิดมีผลผูกพันผู้อื่นตามกฎหมายโดยได้รับความคุ้มครองจากการตรวจสอบทางศาลในกรณีที่มีการปฏิบัติไม่ชอบ ละเมิดหลักกรรมชาติในเรื่องความยุติธรรม หรือตัดสินโดยไม่ใช้เหตุผลสากล อำนาจในการตรวจสอบนี้ เป็นอำนาจของศาล ซึ่งคำตัดสินของศาลดังกล่าวนี้ถูกควบคุมโดยวุฒิสภา ในประเทศนี้ ไม่มีบุคคลใดมีอำนาจในการตัดสินเพื่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย โดยอยู่ภายนอกการคุ้มครองของระบบนี้ ระบบการคุ้มครองนี้เป็นระบบป้องกันการฟ้อง การใช้อำนาจตามอำเภอใจ การเอนเอียง การประพฤติมิชอบ และในกรณีที่เป็น ป้องกันการไม่มีอำนาจอย่างสิ้นเชิงในการกระทำและการตัดสินที่มีผลผูกพันผู้อื่นตามกฎหมาย หากพูดจากประสบการณ์แล้ว ข้าพเจ้าเชื่อว่าสิ่งนี้เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการอนุญาตตุลาการทั้งในประเทศอังกฤษและต่างประเทศ (Kerr, 1985 : 1)

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลตามความเห็นนี้เป็นเหตุผลที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในทุกประเทศ

ที่ว่าทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เพราะคงจะเป็นไปไม่ได้ที่จะให้บุคคลใดสามารถมีอำนาจที่จะตัดสินหรือชี้ขาดสิ่งใด ๆ ที่จะมีผลผูกพันบุคคลอื่นโดยไม่เป็นกฎหมายหรือไม่ให้ศาลมีโอกาสดูตรวจสอบเสียก่อน เนื่องจากการให้อำนาจเช่นนั้นจะทำให้บุคคลอยู่เหนือกฎหมาย

นักกฎหมายท่านหนึ่งได้เปรียบเทียบการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลไว้ว่ามีลักษณะคล้ายกับกรณีศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย common law ให้อำนาจตรวจสอบองค์กรที่มีลักษณะกึ่งศาล (quasi-judicial body) เช่น magistrates, land tribunals หรือ housing council เป็นต้น หรือกรณีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาลในสหรัฐอเมริกา โดยศาลที่ทำการตรวจสอบจะถือว่าองค์กรหรือคณะบุคคลเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย และอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าศาล (Craig, 1988 : 185)

แนวคิดเรื่องการตรวจสอบคำชี้ขาดอาจมีความเหมาะสมสำหรับการอนุญาตตุลาการภายในประเทศ หรือแม้แต่การอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศที่มีส่วนสัมพันธ์กับกฎหมายสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติภายในประเทศใด แต่ในขณะเดียวกันไม่มีความเหมาะสมสำหรับการอนุญาตตุลาการที่มีลักษณะเป็นการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศโดยแท้ เพราะลักษณะสำคัญของการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศคือ ทำให้คำชี้ขาดนั้นเป็นที่ยอมรับและมีผลบังคับได้ ซึ่งกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศจะทำให้สูญเสียสิ่งที่คู่กรณีในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศคาดหวัง

4. บทบาทของประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาตตุลาการ

ในอนุสัญญาเวียนอร์ค ๆ ไม่มีการบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างการอนุญาตตุลาการกับการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลในประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ แต่ได้มีการบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างการอนุญาตตุลาการกับการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการกำหนดมาตรฐานสากลในการตรวจสอบคำชี้ขาดว่าศาลในประเทศที่มีคำชี้ขาดจะต้องปฏิบัติอย่างไร จะเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐ (อำนาจทางนิติบัญญัติที่จะออกกฎหมายใช้ในรัฐตนและอำนาจทางตุลาการที่จะตัดสินข้อพิพาทโดยระบบกฎหมายและแนวทางของประเทศตน) มากกว่าการกำหนดมาตรฐานที่ขอให้รัฐยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ (เพราะการขอให้ศาลโดยยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขอความร่วมมือจากศาลของรัฐนั้น) การอนุญาตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศใดโดยมากมักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องภายใน

ประเทศนั้น แต่ในบางกรณีการอนุญาโตตุลาการก็อาจจะเป็นเรื่องระหว่างประเทศโดยแท้ ในประเทศที่ความเติบโตทางเศรษฐกิจจะมีการแยกออกชัดเจนว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในโดยแท้ หรือเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และจะมีการกำหนดความสัมพันธ์ของศาลกับคำชี้ขาดภายในประเทศและคำชี้ขาดต่างประเทศไว้แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม ในโลกปัจจุบัน การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากมักจะไม่มี ความสัมพันธ์กับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ บ่อยครั้งที่ประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ประเทศของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เนื่องจากคู่กรณีต่างก็ไม่ยอมที่จะให้ศาลของแต่ละฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง (Caron, 1992 : 53) ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้ หากทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศของคู่กรณีฝ่ายใด อีกฝ่ายก็อาจจะไม่มั่นใจในความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย ประเทศที่สามจึงเป็นประเทศที่คู่กรณีมองว่าจะเป็นกลางมากที่สุด (Branson and Tupman, 1994 : 919) สถานที่ที่คู่กรณีมองว่าเป็นกลางมากที่สุดเช่น เจนีวา สตุลลือครโฮม และเวียนนา เป็นต้น (Grigera, 1993 : 118)

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ประเทศที่สามซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับผู้กรณีกลายเป็นสถานที่ในการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีนิยม อาจจะเป็นเพราะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพียงไม่กี่แห่ง เช่น ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของลอนดอน (London Court of International Arbitration) หอการค้านานาชาติของปารีส (International Chamber of Commerce) หอการค้านานาชาติของสตุลลือครโฮม หรือศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (International Centre for the Settlement of Investment Disputes- ICISD) แม้ว่าสถาบันเหล่านี้จะอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่นได้ก็ตาม แต่โดยมากแล้ว คู่กรณีก็มีแนวโน้มที่จะทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่สำนักงานใหญ่ของสถาบันดังกล่าวตั้งอยู่

กรณีอีกกรณีหนึ่งที่เห็นได้ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่มีส่วนสัมพันธ์กับข้อพิพาทคือ กรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือก (หรือลืมที่จะเลือก) สถานที่อนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้เลือกสถานที่อนุญาโตตุลาการให้ (Redfern and Hunter, 1991 : 77) ตัวอย่างเช่น การอนุญาโตตุลาการของ ICC ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไว้ ICC ก็จะเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการให้ โดยจะเลือกสถานที่ที่เป็นกลาง ซึ่งมักจะเป็นภูมิลำเนาของประธานองค์คณะอนุญาโตตุลาการ หรือสถานที่ที่คู่กรณีหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการมีความ

สะดวก และเงื่อนไขประการสำคัญคือ จะเลือกสถานที่ซึ่งระบบกฎหมายภายในประเทศยอมรับให้คำชี้ขาดมีผลใช้บังคับได้และถึงที่สุดตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICC มาตรา 24

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการอนุญาโตตุลาการจำนวนมากเพียงแต่อาศัยสถานที่ในประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการนั้นเลย เพราะการอนุญาโตตุลาการไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคนชาติของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ไม่มีผลโดยตรงต่อระบบการเงินของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และมักจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศอื่นนอกจากประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้นก็คือว่ากรณีที่สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้เลือกสถานที่อนุญาโตตุลาการ ก็ยิ่งเท่ากับว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้มาจากการเลือกของคู่กรณีอย่างแท้จริง จึงไม่อาจสันนิษฐานว่าคู่กรณีต้องการให้การอนุญาโตตุลาการนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้แม้แต่วิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการก็มักจะเป็นวิธีพิจารณาของสถาบันอนุญาโตตุลาการ แต่อาจใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นลำดับรอง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะดูเหมือนว่าประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการจะไม่มีส่วนได้เสียกับการอนุญาโตตุลาการนั้นก็ตาม เพราะไม่มีผลประโยชน์ของรัฐที่จะต้องคุ้มครอง หรือไม่มีคนชาติของตนให้คุ้มครอง แต่ก็อาจมีสาเหตุที่ทำให้ศาลของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการต้องตรวจสอบคำชี้ขาด เช่น องค์คณะอนุญาโตตุลาการตีความกฎหมายภายในผิดพลาดไป และเหตุผลที่สำคัญที่ศาลจะใช้อ้างในการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็คือ อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนของตน

4.1 การอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การอ้างอธิปไตยของรัฐเป็นการอ้างถึงสิทธิของรัฐในการควบคุมความสงบเรียบร้อยในรัฐของตน และเป็นการอ้างถึงศักดิ์ศรีของรัฐ เนื่องจากคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศใด ก็จะเป็นคำชี้ขาดของประเทศนั้น ซึ่งในระยะยาวอาจจะส่งผลต่อชื่อเสียงของระบบกฎหมายของประเทศที่ทำการชี้ขาดนั้นได้ (Chukwumerjie, 1990 : 171) อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการกรณีที่การอนุญาโตตุลาการไม่มีความสัมพันธ์กับสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ การอ้างถึงอำนาจอธิปไตยน่าจะไม่เป็นเหตุผลที่เพียงพอในการที่ศาลจะทำการตรวจสอบคำชี้ขาด และเห็นว่าการที่

ศาลนมาตฐานการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศมาใช้ในการตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศ โดยอ้างว่าบทบัญญัติในเรื่องการตรวจสอบคำชี้ขาดไม่ได้บัญญัติถึงความแตกต่างของมาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาดทั้งสองกรณีไว้ และศาลก็ได้ยึดแนวทางนี้ตลอดมา น่าจะไม่ใช่เหตุผลที่มีน้ำหนัก (Craig, 1988 : 192)

แม้ว่าศาลจะอ้างอำนาจอธิปไตยในการแทรกแซงไม่ได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ จะเห็นว่าหลักเกณฑ์สำคัญที่จะใช้อนุสัญญานิวยอร์ก ฯ บังคับแก่คำชี้ขาดได้นั้น คำชี้ขาดจะต้องเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ หากไม่ใช่คำชี้ขาดต่างประเทศแล้ว ก็จะไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นถึงที่สุด และจะไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นมาจากประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ คำชี้ขาดใดเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศหรือไม่ มีบัญญัติในมาตรา I(1) ว่าคำชี้ขาดต่างประเทศหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด หรือคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด แต่กฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดในประเทศของตน ดังนั้นศาลจึงถือว่าคำชี้ขาดเหล่านี้ไม่ต้องเป็นไปตามแนวทางระหว่างประเทศ และจะต้องได้รับการตรวจสอบจากศาล ส่วนระดับการตรวจสอบจะขึ้นอยู่กับประเทศที่ทำการตรวจสอบ กล่าวคือศาลจะทำหน้าที่ของตนในระดับระหว่างประเทศ การตรวจสอบคำชี้ขาดจึงมาจากความต้องการของศาลที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตน

4.2 การอ้างหลักความยุติธรรม

นอกจากนี้ ศาลอาจอ้างหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการให้ความยุติธรรมในประเทศของตน หรืออย่างน้อยที่สุด รัฐจะต้องป้องกันไม่ให้เกิดความอยุติธรรมขึ้นในประเทศของตน แนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักกฎหมายบางท่าน เช่น Alan Redfern และ Martin Hunter ซึ่งเขียนไว้ว่า "It is generally accepted, however, that a state would insist upon the observation of the minimum standard of objectivity and justice in quasi-judicial proceedings held within its territory, whether they are proceedings of a jockey club." (Redfern and Hunter, 1991 : 320)

5. ปัญหาการใช้มาตรฐานภายในในประเทศในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักจะมีลักษณะที่เกี่ยวกับต่างประเทศดังนี้ สถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ประเทศของคู่กรณี การใช้ภาษาที่เป็นที่นิยมในทางการค้า ซึ่งอาจจะไม่ใช่ภาษาของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและ/หรือทั้งสองฝ่าย และอาจจะไม่ใช่ภาษาของศาลที่ทำการตรวจสอบคำชี้ขาด การใช้วิธีพิจารณาที่ยืดหยุ่น และความไว้วางใจที่ปรึกษากฎหมายของคู่กรณี ซึ่งคู่กรณีโดยมากมักจะเป็นบุคคลสัญชาติเดียวกับคู่กรณีซึ่งเป็นลูกความของตน แต่บรรยากาศต่างประเทศนี้จะหมดไปเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว เพราะจะกลายเป็นเรื่องเกี่ยวกับรัฐใดรัฐหนึ่งทันที เนื่องจากรัฐจะเข้ามาแทรกแซงโดยกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาด

การตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศของศาลได้ก่อให้เกิดปัญหาสำหรับศาลในหลายประเทศหลายประการ เช่น ปัญหาเรื่องภาษา ปัญหาเรื่องกฎหมาย และปัญหาเรื่องกระบวนการพิจารณาของศาล เป็นต้น

5.1 ปัญหาเรื่องภาษา

เนื่องจากภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลักที่ใช้ในการค้าระหว่างประเทศ ภาษาอังกฤษจึงเป็นภาษาที่นิยมใช้กันในการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงทำให้การอนุญาโตตุลาการมักจะใช้ภาษาที่แตกต่างไปจากประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ทำให้การคัดค้านคำชี้ขาดของคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีต่อศาลจะต้องมีการรับรองเอกสาร ซึ่งจะต้องมีการแปลคำชี้ขาดหรือเอกสารจากภาษาอังกฤษ (หรือภาษาอื่น) ให้เป็นภาษาของประเทศที่คู่ความคัดค้านคำชี้ขาด การแปลภาษานี้อาจจะทำให้ผิดไปจากเดิมได้ เพราะการแปลแนวความคิดและหลักการที่อยู่คำชี้ขาดจากภาษาหนึ่งไปอีกภาษา เป็นสิ่งที่ยากและผู้แปลอาจแปลเอกสารให้ผิดไปจากเดิมโดยเจตนาหรือไม่เจตนาได้ และปกติแล้วเอกสารที่ใช้อ้างต่อศาลจะมีเป็นจำนวนมาก ทำให้คู่กรณีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการแปลเอกสารมากตามไปด้วย



5.2 ปัญหาเรื่องกฎหมาย

นอกจากปัญหาเรื่องภาษาแล้ว ปัญหาประการที่สองคือ ปัญหาเรื่องกฎหมาย เมื่อศาลที่ตรวจสอบคำชี้ขาดต้องใช้กฎหมายต่างประเทศในการพิจารณา ศาลมักจะไม่มีความคุ้นเคยกับกฎหมายต่างประเทศนั้น หรือแม้ศาลจะมีความคุ้นเคยกับกฎหมายต่างประเทศนั้นบ้าง แต่ก็อาจจะไม่เข้าใจชัดเจนถึงแนวความคิดของกฎหมายนั้น และเนื่องจากกฎหมายต่างประเทศเป็นสิ่งที่คู่ความจะต้องนำสืบถึง เพราะกฎหมายต่างประเทศไม่ใช่สิ่งที่ศาลรู้เอง หากพิสูจน์ไม่ได้ ศาลก็จะใช้กฎหมายภายในแทนในกรณีที่ศาลใช้กฎหมายภายในแทนกฎหมายต่างประเทศ ก็จะทำให้คำตัดสินแตกต่างออกไป

โดยปกติศาลภายในมีแนวโน้มที่จะใช้กฎหมายซึ่งตนรู้และชำนาญ หากระบบกฎหมายที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการใช้แตกต่างกับระบบกฎหมายของที่ศาล ก็ยิ่งก่อให้เกิดปัญหามากขึ้น ตัวอย่างเช่นในคดี Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties Ltd. (Judgment of 12 July 1984, Cour d'appel, Paris, 23 I.L.M.1048 (1984) อ้างถึงใน Redfern and Hunter, 1991 : 437) ซึ่งเป็นคดีระหว่างสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์กับนักลงทุนต่างชาติ ศาลอุทธรณ์แห่งปารีสได้ตรวจสอบคำชี้ขาดในประเด็นเรื่องเขตอำนาจ ในคดีดังกล่าวประเทศฝรั่งเศสไม่มีส่วนสัมพันธ์กับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ความสัมพันธ์ที่มีอยู่มีเพียงว่าปารีสเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เพราะสำนักงานใหญ่ของ ICC ตั้งอยู่ที่ปารีส (คู่กรณีตกลงใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICC) ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า บริษัทซึ่งเป็นของรัฐบาลอียิปต์ได้ทำสัญญา กับนักลงทุนต่างชาติ โดยในสัญญาดังกล่าวได้กำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ และมีรัฐมนตรีกระทรวงการท่องเที่ยวของอียิปต์ลงนามในสัญญาและเขียนในสัญญาว่า "approved, agreed, ratified" ปัญหาที่มีว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวผูกพันรัฐบาลอียิปต์หรือไม่ หลังจากสืบพยานทั้งสองฝ่ายแล้ว องค์คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อว่าคำเบิกความของรองประธานของบริษัทของนักลงทุนต่างชาติ และชี้ขาดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวผูกพันรัฐบาลอียิปต์

ในการพิจารณาเหตุยกเลิกคำชี้ขาดต่าง ๆ ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสกลับไม่รับฟังคำเบิกความของรองประธาน โดยเห็นว่า "Whereas, [the vice president's] position within the companies herein at issue prevents lending any degree of credibility to his statement, even though accepted by the arbitral

tribunal, which would be sufficient to convince this court." (หน้า 1056)

เหตุที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการรับฟังคำเบิกความของรองประธานบริษัทดังกล่าว เพราะในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC มาตรา 14(1) บัญญัติว่า "The arbitrator shall proceed...to establish the facts of the case by appropriate means...." ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงใช้วิธีรับฟังและชี้แนะคำเบิกความของเจ้าหน้าที่ของคู่กรณีสองฝ่าย โดยเห็นว่าวิธีนี้เป็นวิธีที่เหมาะสม ซึ่งวิธีดังกล่าวเป็นการรับฟังพยานของระบบ common law ในทางตรงข้ามศาลอุทธรณ์ของฝรั่งเศสกลับเห็นว่าวิธีนี้ไม่ใช่การรับฟังและชี้แนะพยานที่เหมาะสม เพราะพยานที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทไม่ใช่พยานที่รับฟังได้ (การรับฟังพยานในระบบ civil law) จึงยกเลิกคำชี้ขาด

5.3 ปัญหาเรื่องกระบวนการพิจารณาของศาล

ปัญหาประการสุดท้ายคือ ปัญหาเรื่องกระบวนการวิธีพิจารณาของศาล เนื่องจากคู่กรณีอาจจะไม่คุ้นเคยกับวิธีพิจารณา ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือภาษา เป็นต้น (และก็อาจจะไม่ไว้วางใจในระบบศาลด้วย) จึงต้องใช้นักกฎหมายภายในประเทศนั้น ซึ่งหากนักกฎหมายนั้นไม่รู้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่คุ้นเคยกับการค้าที่เกิดข้อพิพาทนั้นดีพอ ย่อมส่งผลเสียต่อคู่กรณี นอกจากนี้กระบวนการที่เคร่งครัดและเป็นพิธีการของศาลก็จะแตกต่างกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

6. การพัฒนาแนวทางการตรวจสอบคำชี้ขาดสำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ

ในทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศทางตะวันตกได้พยายามที่จะพัฒนาและจำกัดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลโดยการแก้ไขกฎหมายภายในของตน (ซึ่งมักจะทำเป็นบทบัญญัติกฎหมาย) เพื่อแยกกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศและคำชี้ขาดภายในประเทศ ทำให้ขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศแคบลงกว่าขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศ ตัวอย่างกฎหมายของประเทศที่ได้พัฒนาการตรวจสอบคำชี้ขาดดังกล่าว เช่น กฎหมายของประเทศ

อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส เบลเยียม และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

6.1 หลักเกณฑ์ในการแยกแยะระหว่างคำชี้ขาดระหว่างประเทศกับคำชี้ขาดในประเทศ

หลักเกณฑ์ในการแยกแยะคำชี้ขาดใดเป็นคำชี้ขาดในประเทศ และคำชี้ขาดใดเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศมีหลายประการ แต่ประการที่เป็นที่นิยมคือการพิจารณาถึง (1) สัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่กรณี (2) กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ และ (3) ลักษณะการคำที่เกิดข้อพิพาทเป็นเรื่องภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ (Park, 1980 : 87, 98)

6.2 ประเทศอังกฤษ

ตัวอย่างประเทศที่ใช้สัญชาติในการพิจารณาว่าการอนุญาโตตุลาการใดเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือไม่ เช่น ประเทศอังกฤษ แต่นอกจากที่จะใช้สัญชาติหรือภูมิลำเนาเป็นเครื่องแบ่งประเภทการอนุญาโตตุลาการแล้ว อังกฤษยังได้ใช้กฎหมายสารบัญญัติที่เข้าในการอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาประเภทการอนุญาโตตุลาการอีกด้วย กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของอังกฤษคือ พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1979 (Arbitration Act 1979) พระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำจำกัดความ "การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ" ในเชิงนี้เสฐว่าหมายถึงการอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ซึ่งใน section 3(7) บัญญัติว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ" หมายถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเพื่อการอนุญาโตตุลาการในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักรและไม่ปรากฏว่าในขณะที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีคู่กรณีฝ่ายใด (ก) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติหรือภูมิลำเนาในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร (ข) เป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งขึ้น หรือมีศูนย์กลางจัดการและควบคุมในรัฐอื่นใดนอกจากสหราชอาณาจักร แต่มีข้อยกเว้นประการหนึ่งคือ ถ้าข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องการเดินเรือ (shipping) การประกันภัย (insurance) หรือสัญญาการซื้อขายผลิตภัณฑ์ปฐภูมิ (commodity contract) แล้ว จะถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ (โปรดดู section

4)

6.3 ประเทศเยอรมัน

สำหรับประเทศเยอรมัน มาตรา 1044 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung (ZPO)) บัญญัติว่าการอนุญาโตตุลาการจะเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความต่างประเทศ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าองค์กรคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศนั้นหรือไม่ และไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายสารบัญญัติที่เข้าเป็นกฎหมายต่างประเทศหรือไม่ เช่น การอนุญาโตตุลาการที่ใช้กฎหมายสารบัญญัติเยอรมันและใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอังกฤษ ก็จะถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในความหมายของกฎหมายเยอรมัน จะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ เริ่มไม่ยึดถืออธิปไตยเหนือเขตดินแดน การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลจึงยึดหยุ่นขึ้นกล่าวคือ เมื่อการอนุญาโตตุลาการใดถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว มาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลภายในก็จะยึดหยุ่นขึ้น โดยจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ เมื่อถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว คู่กรณีก็สามารถที่จะทำสัญญาสละสิทธิการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดได้เสมอ ไม่ว่าจะการขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดนั้นจะเป็นสิทธิที่กฎหมายของคู่กรณีหรือเป็นบทบังคับตามกฎหมาย และในบางประเทศ เช่น ประเทศเบลเยียม ศาลภายในจะไม่เข้ามาตรวจสอบคำชี้ขาดโดยเด็ดขาด

6.4 ประเทศฝรั่งเศส

สำหรับประเทศฝรั่งเศส Decree N^o.81-500 of 12 May 1981 ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติอีก 16 มาตราเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการลงใน Nouveau Code Francais de Procedure Civile (N.C.Pr.Civ.) มาตรา 1492 ถึงมาตรา 1507) มาตรา 1492 บัญญัติว่าถ้าการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศแล้ว ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ว่าใน Nouveau Code Francais de Procedure จะได้บัญญัติถึงความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกับการอนุญาโตตุลาการ

ภายในประเทศก็ตาม ศาลก็สามารถตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศได้ในทุกกรณี และสามารถยกเลิกคำชี้ขาดที่เห็นว่าไม่ได้มาตรฐานได้ แต่จะใช้มาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาดที่เคร่งครัดน้อยกว่าการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศ โดยศาลจะต้องไม่ใช้มาตรฐานในประเทศในการตัดสินว่าคำชี้ขาดนั้นได้มาตรฐานหรือไม่ กล่าวคือศาลจะไม่ยึดหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เหตุที่ศาลฝรั่งเศสจะยกเลิกคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในประเทศของตนมีเพียงเหตุตามมาตรา 1502 เท่านั้น ซึ่งมาตรา 1502 บัญญัติเหตุต่าง ๆ ไว้ดังนี้

1. If the arbitrator decided in the absence of an arbitration agreement or on the basis of a void or expired agreement;
2. If the arbitral tribunal was wrongfully appointed;
3. If the arbitrator violated the term of his mission;
4. If due process was not respected;
5. If the recognition of enforcement would be contrary to international public policy.

ข้อสังเกตคือเหตุตามมาตรา 1502 จะมีความคล้ายคลึงกับเหตุในการปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดตามอนุสัญญานิวยอร์ก ๆ และเห็นว่ากฎหมายฝรั่งเศสเป็นตัวอย่งที่ดีที่สุดของกฎหมายภายในในเรื่องการตรวจสอบคำชี้ขาด เพราะมีมาตรฐานวิधिพิจารณาสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (David, 1985 : 354)

นอกจากนี้ ในบางประเทศยังมีการแยกระหว่างความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีภายในประเทศ (ordre public interne) กับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ (ordre public international) ออกจากกันอย่างชัดเจน การตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศจึงใช้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศแทน Pieter Sanders ได้อธิบายความแตกต่างระหว่างความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ มีขอบเขตที่จำกัดมากกว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีภายในประเทศ หลักสากลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศจะถูกจำกัดไว้ว่า เป็นกรณีที่ฝ่าฝืนแนวความคิดทางกฎหมายในเรื่องสำคัญจริง ๆ เท่านั้น (Sanders, 1975 : 224) ส่วน Craig เห็นว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายสารบัญญัติกับกฎหมายบัญญัติ แต่ไม่ว่าจะเป็นความสงบเรียบร้อยและ

ศีลธรรมอันดีที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายสบัญญัติก็ตาม ต่างก็มีขอบเขตที่แคบกว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีภายในประเทศ (Craig, 1988 : 198)

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (public policy) เป็นสิ่งที่ศาลสันนิษฐานว่าเกิดจากเจตจำนงของประชาชนในการมอบอำนาจอธิปไตยแก่รัฐบาลในการบริหารงานในประเทศ โดยศาลจะถือว่าบทบัญญัติกฎหมาย กฎระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ ไม่ว่าจะมาจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (Craig, 1988 : 198) แต่ว่าสิ่งใดถือเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศนั้น แทบจะไม่มีกฎหมาย กฎระเบียบ หรือคำสั่งใดกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในคดีบางคดีถือว่าการฝ่าฝืนกฎหมายภายในที่ถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่อาจถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่นในคดี *Socie'te' Impex v. Socie'te's P.A.Z.* (Judgment of 18 May, 1971, Cass. civ. 1re 1972 D.S. Jur. 37) และในคดี *Socie'te' Iro-Holding v. Socie'te' Se'tilex*, (Judgment of 9 June 1983, Cour d'appel, Paris [1983] Rev. Arb. 497 (usury)) ศาลฝรั่งเศสตัดสินยืนว่าคำชี้ขาดเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศมีผลสมบูรณ์ ถ้าเป็นกรณีการซื้อขายในประเทศ คำชี้ขาดดังกล่าวก็จะมีผลบังคับ เพราะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เท่ากับศาลฝรั่งเศสตัดสินว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีภายในประเทศ ไม่อาจนำมาใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Robert, 1983 : 419)

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่าการที่ศาลจะพิจารณาว่าคำชี้ขาดระหว่างประเทศใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่ศาลจะต้องใช้มาตรฐานความสงบเรียบร้อยที่เป็นที่ยอมรับกันโดยสากล ไม่ใช่ชนาหลักเกณฑ์ในประเทศตนมาใช้

ตัวอย่างเช่น ในประเทศเยอรมัน คำตัดสินต่างประเทศ ไม่ว่าจะ เป็นคำพิพากษาหรือคำชี้ขาด จะขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต่อเมื่อคำตัดสินเหล่านั้นฝ่าฝืนหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาความของเยอรมันอย่างร้ายแรงจนกระทั่งไม่อาจถือได้ว่าคำตัดสินนั้นมาจากกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Craig, 1988 : 198) ในทำนองเดียวกัน สำหรับประเทศฝรั่งเศส กฎหมายบัญญัติไว้ว่าศาลไม่อาจยกเลิกคำชี้ขาดระหว่างประเทศเพียงเพราะว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ได้ทำภายในระยะเวลาที่กำหนด (*Socie'te' Bruyzeel Deurenfabriek N.V. v. Ministre d'Etat aux Affaires Etrangeres de la Republique Malgache*,

Judgment of 30 June 1976, Cass. civ. 1^{re} [1976] Bull. Civ. I 198, [1977] Rev. Arb. 137 อ้างถึงใน Craig, 1988 : 198) หรือไม่มีการประชุมกันของอนุญาโตตุลาการ (Industrija motorarakovica (I.M.R.) v. Lynx Machinery Ltd., Judgment of 22 December 1978, Cour d' appel, [1979] Rev. Arb. 266, 269 อ้างถึง Craig, 1988 : 198) จะเห็นได้ว่าในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส ศาลยังมีอำนาจยกเลิกคำชี้ขาดได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่คำชี้ขาดนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่มิเคร่งครัดเท่ากับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่ใช้นในประเทศ หรือเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามระหว่างประเทศนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป การตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศหรือต่างประเทศในประเทศต่าง ๆ มีแนวทางที่แตกต่างกันไป ในบางประเทศ ศาลจะไม่แทรกแซงอย่างเด็ดขาด เช่น ประเทศเบลเยียม ในบางประเทศ คู่กรณีสามารถที่จะสละสิทธิการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด เช่น ประเทศอังกฤษ และในบางประเทศ แม้คำชี้ขาดนั้นจะเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศก็ตาม ก็ยังคงตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล โดยศาลจะใช้หลักเกณฑ์เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีมาเป็นเกณฑ์พิจารณา แต่จะพิจารณาโดยยึดหยุ่นกว่ากรณีคำชี้ขาดภายในประเทศ

7. วิวัฒนาการการตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศหรือคำชี้ขาดต่างประเทศในบางประเทศ

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น (โปรดดูข้อ 4 หน้า 93-96) สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ อาจเป็นสถานที่ที่คู่กรณีเลือกเพียงเพื่อใช้ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีส่วนสัมพันธ์กับคู่กรณี กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือแม้แต่กับกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทแต่อย่างใด ดังนั้นเมื่อสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่มีส่วนได้เสียกับการอนุญาโตตุลาการนั้นแล้ว ประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจึงได้แยกประเภทการอนุญาโตตุลาการออกเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเพื่อเป็นเกณฑ์ในการกำหนดการตรวจสอบคำชี้

ในการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบคำชี้ขาด ประเทศต่าง ๆ หลายประเทศได้เริ่มพัฒนาระบบการแทรกแซงของศาลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยียม เป็นต้น

7.1 ประเทศฝรั่งเศส

ก่อนปี ค.ศ. 1981 ประเทศฝรั่งเศสมีนโยบายที่จะไม่ตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสได้ตัดสินในคดี 2 คดี คดีแรก คดี General National Maritime Transport Co v. Gotaverken Arendal AB (Judgment of 21 February 1980, Cour d'appel, Paris 1980 D.S. Jur. 568; และใน [1980] Rev. Arb. 524) ซึ่งเป็นคดีระหว่างบริษัทต่อเรือสัญชาติสวีเดนกับรัฐบาล Libyan โดย ICC ได้ตัดสินให้บริษัทต่อเรือสวีเดนซึ่งได้ผลิตเรือบรรทุกน้ำมันจำนวน 3 ลำให้แก่รัฐบาล Libyan เป็นผู้ชนะคดี เมื่อบริษัทสวีเดนได้ขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศสวีเดน ซึ่งเป็นสถานที่เรือบรรทุกน้ำมันของรัฐบาล Libya ได้ถูกจับกุม รัฐบาล Libya จึงได้ขอท้าทายเลิกคำชี้ขาด (appel en nullite) ในประเทศฝรั่งเศส โดยได้อุทธรณ์โดยตรงต่อศาลอุทธรณ์แห่งปารีส แต่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้น การอุทธรณ์คำชี้ขาดจะทำได้เฉพาะเมื่อเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศเท่านั้น ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินว่าคำชี้ขาดดังกล่าวไม่ใช่คำชี้ขาดฝรั่งเศส ดังนั้นศาลอุทธรณ์จึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ โดยได้ให้เหตุผลว่าคู่กรณีสามารถที่จะเลือกใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความไต่สวนการอนุญาโตตุลาการก็ได้ เมื่อคู่กรณีได้ใช้สิทธิโดยการเลือกข้อบังคับของ ICC แล้ว (ข้อบังคับ ICC ที่ใช้ในขณะนั้นไม่ได้กำหนดให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และคู่กรณีในคดีดังกล่าวได้เลือกกฎหมายสารบัญญัติสวีเดน (Redfern and Hunter, 1991 : 83) คำชี้ขาดดังกล่าวจึงเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ซึ่งจะคัดค้านได้เฉพาะในเวลาที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด แต่เนื่องจากบริษัทสวีเดนไม่ได้ขอให้บังคับตามคำชี้ขาดในประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสจึงไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าวได้ (Chantara-Opakorn, 1989 : 114)

ส่วนคดีอีกคดีหนึ่งคือคดี AKSA v. Norsolor (20 I.L.M. 883, 881 (1981)) ศาลอุทธรณ์ก็ตัดสินทานองเดียวกัน เพียงแต่ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงเพิ่มขึ้นว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติฝรั่งเศส แต่ศาลก็ยังตัดสินว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ใช่คำชี้ขาดภายในประเทศ (Redfern and Hunter, 1991 : 83 และ Chantara-Opakorn, 1989 : 117)

เมื่อมีคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว โดยศาลถือว่าคำชี้ขาดที่ไม่ใช่กฎหมายฝรั่งเศสเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศ ไม่ใช่คำชี้ขาดภายในประเทศ และไม่สามารถขอให้ศาลยกเลิกได้ การ

ตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศจะทำได้เฉพาะเมื่อมีการขอบังคับตามคำชี้ขาดระหว่างประเทศนั้น ในประเทศฝรั่งเศส สถานภาพของคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ทำในประเทศฝรั่งเศสเช่นนี้ ทำให้นักกฎหมายวิจารณ์ว่าคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ทำในประเทศฝรั่งเศสอาจไม่ใช่คำชี้ขาดที่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นในเวลาต่อมา ประเทศฝรั่งเศสจึงได้ออก Decree N^o. 81-500 of 12 May 1981 เพื่อกำหนดเหตุต่าง ๆ (อย่างจำกัด) ที่ศาลจะยกเลิกคำชี้ขาดระหว่างประเทศได้ (โปรดดูในหัวข้อ 6.4 หน้า 100)

7.2 ประเทศเบลเยียม

ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสเปลี่ยนนโยบายไปตรวจสอบคำชี้ขาดในปี ค.ศ. 1981 แล้ว ในปี ค.ศ. 1985 ประเทศเบลเยียมกลับบัญญัติให้คำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ทำในประเทศตนไม่อาจขอให้ศาลตรวจสอบได้ โดยบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 1717 ไว้ในกฎหมาย (Code judiciaire) ของตนดังนี้ "The courts of Belgium may be seized of a request for annulment only if at least one of the parties to the dispute decided by the arbitral award is either a physical person having Belgian nationality or residence, or a legal entity created in Belgium or having a branch of any establishment in Belgium."

จากมาตรา 1717 จะเห็นว่าในกรณีที่ไม่มีใครกล่าวคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีส่วนสัมพันธ์กับประเทศเบลเยียมแล้ว ก็ไม่อาจที่จะคัดค้านคำชี้ขาดในประเทศเบลเยียมได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่อาจขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดก็ตาม แต่ก็ยังขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดในชั้นบังคับตามคำชี้ขาดได้ เช่น ในคดี Gotaverken รัฐบาล Libya สามารถขอให้ศาลเบลเยียมตรวจสอบคำชี้ขาดได้ (Craig, 1988 : 191)

Craig เห็นว่าถ้าเปรียบเทียบขั้นตอนการขอยกเลิกคำชี้ขาดกับขั้นตอนการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดแล้ว การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดน่าจะถือว่าเป็นส่วนได้ส่วนเสียของประเทศมากกว่า (Craig, 1988 : 200) ส่วน Paulsson เรียกกระบวนการดังกล่าวว่า การเปลี่ยนบทบาทการควบคุมจากศาลของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการไปยังศาลของประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาด (a shift of control function, away from the court of the country of

arbitration to those of the country of execution of awards) (Paulsson, 1981 : 241-242 และ Paulsson, 1986 : 68) เหตุผลที่ประเทศเบลเยียมรื้อถอนบทกฏ การตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศไปให้ประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาด เพราะเห็นว่า คำชี้ขาดดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อประเทศของตน จึงต้องการลดจำนวนคดีที่ค้างในศาล เพื่อเป็นการลดภาระของศาล ดังปรากฏเหตุผลในร่างกฎหมายที่เสนอต่อรัฐสภาว่า

"The proposal has the result of excluding judicial control of arbitral awards which in no manner concern our country, because this control is often used for purely dilatory purposes, as the award is to be enforced abroad. It thus appears natural that any objection to the award also be made abroad, on the occasion of a request for enforcement." (อ้างถึงใน Paulsson, 1986 : 68)

อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางท่านได้วิจารณ์ว่าคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ทำในประเทศเบลเยียมอาจเกิดปัญหาได้ เนื่องจากประเทศเบลเยียมเป็นภาคีสัญญานิวยอร์ค ฯ (เมื่อ 27 เมษายน ค.ศ. 1929) Van den Berg เห็นว่าคำชี้ขาดที่ไม่สามารถให้ศาลในประเทศที่ทำคำชี้ขาดตรวจสอบ ไม่เป็นคำชี้ขาดของรัฐใด (stateless) จึงไม่ใช่คำชี้ขาดที่ทำในประเทศอื่นนอกจากประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาด หรือไม่ใช่คำชี้ขาดต่างประเทศ ดังนั้นไม่สามารถที่จะบังคับตามอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ ได้ (Van den Berg, 1986 : 191, 213 อ้างถึงใน Paulsson, 1986) ปัญหาดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะไม่กล่าวโดยละเอียด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า การเปลี่ยนบทกฏการควบคุมจากประเทศที่ทำคำชี้ขาดไปยังประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาด น่าจะเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะหากการที่คู่กรณีเลือกประเทศที่สามเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากต้องการสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลาง เพราะไม่ไว้วางใจประเทศของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประเทศที่สามซึ่งเป็นประเทศที่ไม่มีส่วนได้ส่วนเสียจึงน่าจะเป็นกลางและปราศจากอคติมากที่สุด ดังนั้นการยกบทกฏการควบคุมไปให้ศาลของประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาด จึงน่าจะทำให้เกิดความไม่เป็นกลางขึ้น เพราะศาลที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดมักจะเป็นศาลของประเทศที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้มีทรัพย์สินตั้งอยู่หรือศาลของฝ่าย

ที่ชนะเลิศ

8. ขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน

แนวทางที่ประเทศต่าง ๆ ใ้ใช้เพื่อกำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาด มีอยู่หลายวิธี เช่น การแยกประเภทคำชี้ขาดเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศและในประเทศ และการแยกประเภทการอุทธรณ์ เป็นต้น

8.1 การแยกประเภทคำชี้ขาด

การกำหนดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล โดยการแยกประเภทเป็นคำชี้ขาดระหว่างประเทศหรือคำชี้ขาดใดภายในประเทศ (โปรดดูหัวข้อ 7 หน้า 103)

8.2 การแยกประเภทการอุทธรณ์

การแยกประเภทการอุทธรณ์คือการกำหนดว่าจะสามารถคัดค้านคำชี้ขาดนั้นในเรื่องใดได้บ้าง โดยปกติการคัดค้านคำชี้ขาดโดยการอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาล อาจเป็นการอุทธรณ์เต็มรูปแบบ (ordinary appeal) ซึ่งเป็นการอุทธรณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย การอุทธรณ์แบบนี้ใช้เฉพาะในกรณีคำชี้ขาดภายในประเทศเท่านั้น และแม้แต่จะเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศก็ตาม ในบางประเทศก็ยังให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะตกลงยกเว้นสิทธิการอุทธรณ์ได้ด้วย เช่น ประเทศอังกฤษ การอุทธรณ์อีกแบบหนึ่งคือ การอุทธรณ์แบบพิเศษ (extraordinary appeal) ในประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดการอุทธรณ์แบบพิเศษไว้เป็น 4 ประเภท ดังนี้ การอุทธรณ์เรื่องอำนาจขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ การอุทธรณ์เนื่องจากองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้พิจารณาโดยสุจริตกระบวนการ การอุทธรณ์คำชี้ขาดที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และการอุทธรณ์คำชี้ขาดซึ่งมีข้อผิดพลาดซึ่งองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่มีเหตุผลจะไม่ตัดสินเช่นนั้น (Redfern and Hunter, 1991 : 436-438)

8.2.1 การอุทธรณ์เรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ในแทบทุกประเทศ จะอนุญาตให้อุทธรณ์คำชี้ขาดที่ได้ตัดสินโดยไม่มีข้อตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการได้ (award made in the absence of jurisdiction) หรือแม้แต่จะมีข้อตกลงให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าองค์คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยตัดสินในสิ่งที่ผู้กรณีไม่ได้มอบอำนาจให้ตัดสินหรือเกินกว่าที่ผู้กรณีมอบอำนาจให้ (award made in excess of jurisdiction; extra petita) หรือตัดสินไม่ครบ (infra petita) (Redfern and Hunter, 1991 : 275) เหตุที่ประเทศต่าง ๆ อนุญาตให้ผู้กรณีสามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินโดยเกินขอบเขตอำนาจได้ เพราะกฎหมายในประเทศต่าง ๆ มักจะให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินว่าตนมีอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้นหรือไม่ (competence de la competence หรือที่ในประเทศเยอรมันเรียกว่า Kompetenz. Kompetenz) (Redfern and Hunter : 276) แม้ว่ากฎหมายจะให้ดุลพินิจแก่อนุญาโตตุลาการกว้างเพียงใดก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการจะสามารถที่จะพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่ผู้กรณีไม่ได้มอบอำนาจให้ได้ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาอำนาจของตน เช่น พิจารณาว่าลายมือชื่อในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ลงไว้โดยผู้ไม่มีอำนาจ หรือโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจหรือไม่ ในประเทศที่ไม่ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการพิจารณาอำนาจของตน ผู้กรณีที่คัดค้านอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะต้องเสนอข้อพิพาทต่อศาล ซึ่งในบางประเทศอาจทำได้ในระหว่างดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางประเทศจะต้องเสนอต่อศาลก่อนที่จะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Mustill and Boyd, 1982 : 462-467) แต่ไม่ว่าการคัดค้านเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะทำได้ในขั้นตอนใดก็ตาม เรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็เป็นสิ่งที่คัดค้านได้เสมอ

ประเด็นเรื่องอำนาจ (jurisdiction) ที่ปรากฏเสมอในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บริษัทในกลุ่มทำไว้จะผูกพันบริษัทอื่นซึ่งอยู่ในกลุ่มหรือไม่ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บริษัทแม่ทำไว้ผูกพันบริษัทลูกหรือไม่ รัฐจะผูกพันกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่หน่วยงานของรัฐทำไว้ในนามของตนเองหรือไม่ (เช่นคดี Pyramids) หรือหน่วยงานของรัฐต้องได้รับอำนาจจากรัฐก่อนทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่ อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินในประเด็นที่ผู้กรณีไม่ได้เสนอ ตัดสินเกินกว่าคำขอของผู้กรณี หรือไม่ตัดสินประเด็นตาม

คำขอของคู่กรณีในประเด็นใดหรือไม่ (Redfern and Hunter, 1991 : 275)

8.2.2 การอุทธรณ์เรื่องสุจริตกระบวนการ (due process)

ในประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดกรณีที่ไม่เป็นไปตามสุจริตกระบวนการได้ โดยในแต่ละประเทศจะมีมาตรฐานเรื่องสุจริตกระบวนการที่ต่างกันออกไป แต่กรณีทั่วไปที่ถือว่าเป็นสุจริตกระบวนการ เช่น คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องได้รับแจ้งการดำเนินการกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (notice of arbitral hearing) ในอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ มาตรา V(1)(b) บัญญัติกรณีที่ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้ว่า "was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present their case."

ส่วน Model Law มาตรา 34(2)(a)(ii) ก็เช่นกัน ได้บัญญัติให้คู่กรณีต้องได้รับโอกาสที่จะเสนอคดีของตน (an arbitral award may be set aside by the court...if (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case...")

นอกจากนี้ กรณีใดที่ถือว่าเป็นสุจริตกระบวนการในแต่ละประเทศก็ยังคงแตกต่างกันออกไป แต่โดยมากแล้วในการอุทธรณ์คำชี้ขาด คู่กรณีมักจะอ้างว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการขัดกับสุจริตกระบวนการเสมอ เพื่อให้ศาลรับพิจารณาคำร้องของตน ส่วนกรณีใดขัดกับสุจริตกระบวนการนั้น ศาลจะเป็นผู้พิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่ยืดหยุ่น จึงทำให้เกิดปัญหาแนวคิดหลายประการ เช่น ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องการให้รับฟังพยานหลักฐานเกินกว่าที่จำเป็นและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านว่าเป็นการเสียเวลา อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจไม่รับฟังพยานหรือรับฟังเท่าที่จำเป็นได้หรือไม่ หรืออนุญาโตตุลาการจะรับฟังพยานหลักฐานจากบุคคลภายนอกคดีได้หรือไม่ ปัญหาเหล่านี้เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายของแต่ละ ๆ ประเทศไปว่าจะขัดกับสุจริตกระบวนการหรือไม่



8.2.3 การอุทธรณ์เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

เรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีก็เป็นอีกเหตุหนึ่งที่ศาลาฯ พิจารณาในการยกเลิกคำชี้ขาด ซึ่งศาลจะแยกเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศและภายในประเทศ (โปรดดูหน้า 102-103)

8.2.4 การอุทธรณ์เรื่องคำชี้ขาดผิดปกติ

ตัวอย่างเช่น เดิม International Concordat ของประเทศสวีตเซอร์แลนด์ มาตรา 36(f) ให้อำนาจศาลที่จะยกเลิกคำชี้ขาดที่ตัดสินตามอำเภอใจ โดยถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและความยุติธรรม แต่กฎหมายนี้ทำให้ศาลต้องเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดทั้งหมด เพราะไม่อาจสันนิษฐานจากเอกสารที่ปรากฏเท่านั้น จึงเท่ากับเป็นการเริ่มกระบวนการใหม่ (Craig, 1988 : 208) ดังนั้นต่อมาประเทศสวีตเซอร์แลนด์จึงได้ออกกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่า Law on Private International Law- PIL) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อ 1 มกราคม ค.ศ. 1989 บัญญัติให้การตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างประเทศต้องทำอย่างจำกัด

9. เหตุต่าง ๆ ที่คู่กรณีใช้อ้างในการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด

โดยมากคู่กรณีฝ่ายที่เสนอคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลยกเลิก กลับ หรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาด ภายหลังจากที่มีคำชี้ขาดแล้ว มักจะเป็นคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี แต่ในสัญญาบางประเภท ก็อาจคาดหมายได้ตั้งแต่เริ่มทำสัญญาว่าฝ่ายที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศาลจะเป็นคู่กรณีฝ่ายใด เช่น ในสัญญาก่อสร้าง ผู้ว่าจ้างมักจะเป็นจำเลยในคดีที่ผู้รับจ้างฟ้อง เรียกค่าก่อสร้างที่ผู้ว่าจ้างไม่ยอมจ่ายให้ เนื่องจากสิ่งก่อสร้างผิดแบบ

ถ้าคู่กรณีต้องการให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด ก็อาจทำได้โดยเลือกประเทศที่กฎหมายยอมให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ควรสละสิทธิในการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด แต่แม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้เลือกหรือได้สละสิทธิดังกล่าว โดยประสงค์ให้คดีเสร็จในชั้นอนุญาโตตุลาการ (Craig เรียก one-stop justice) หากเกิดกรณีฟ้องคัดค้านอนุญาโต

ตุลาการตัดสินโดยลำเอียงหรือองค์คณะอนุญาตุลาการเป็นบุคคลผู้ไม่มีความสามารถ ศาลก็มักจะเข้ามาตรวจสอบคำชี้ขาดได้ เพราะคงไม่มีคู่กรณีคนใดที่จะยินยอมผูกพันกับผลของคำชี้ขาดที่มาจากความลำเอียงหรือมาจากอนุญาตุลาการที่ไม่มีความสามารถ

เหตุต่าง ๆ ที่อาจขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดมีหลายกรณี แต่โดยมากคู่กรณีมักจะอ้างว่ากระบวนการพิจารณาผิดปกติหรืออนุญาตุลาการลำเอียง ทั้งนี้มีเหตุผล 2 ประการ ประการแรก เพราะว่าการอ้างว่ากระบวนการพิจารณาผิดปกติหรืออนุญาตุลาการลำเอียง เป็นข้ออ้างที่ศาลไม่ต้องเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดทั้งหมด และประการที่ 2 เพราะว่าการคัดค้านอนุญาตุลาการคล้ายกับการคัดค้านในผู้พิพากษาในกระบวนการทางศาล และถือเป็นหลักสากลว่าความลำเอียงขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (violation of natural justice) ดังนั้น คู่กรณีจึงมักจะอ้างว่ากระบวนการพิจารณาไม่ยุติธรรมและอนุญาตุลาการลำเอียงในการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดเสมอ (Craig, 1988 : 217)

แม้ว่าวัตถุประสงค์ของการขอให้ศาลยกเลิกคำชี้ขาดจะเพื่อให้ศาลอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีเมื่ออนุญาตุลาการไม่สามารถทำได้ก็ตาม แต่ในบางกรณี คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็กลับใช้การขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดเพื่อประวิงคดี

10. การขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดโดยไม่ชอบ

กรณีใดจะถือว่าการตรวจสอบคำชี้ขาดชอบหรือไม่นั้น เป็นเรื่องยากที่จะตัดสิน เช่น ในระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีอาจเห็นว่าการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาด เป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่ในขณะที่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะก็อาจเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงที่จะยอมรับและผูกพันตามคำตัดสินของบุคคลที่สาม

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าการขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดหรือการอุทธรณ์ใดชอบหรือไม่ อาจทำการพิจารณาโดยดูจำนวนคดีที่มีการอุทธรณ์ในปัจจุบันเปรียบเทียบกับในทศวรรษที่ผ่านมา หรืออีกวิธีหนึ่งซึ่งเป็นวิธีที่เหมาะสมกว่า อาจทำได้โดยให้บุคคลภายนอกคดีเป็นผู้ตัดสิน (โดยใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย) ซึ่งในปัจจุบันมักจะมีการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดเพื่อประวิงคดีมากขึ้น (Craig, 1988 : 218) หากคู่กรณีขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดหรือการอุทธรณ์มาใช้เพียงเพื่อประวิงคดี การขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดหรือการอุทธรณ์นั้นก็ไม่น่าจะไม่ชอบ แต่

ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าการขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบ ในบางประเทศ ถ้าศาลตัดสินว่าการขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดไม่ชอบ ก็จะมีการลงโทษและปรับคู่กรณีฝ่ายที่ขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดได้ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส มาตรา 32-1 ของ Nouveau Code Francais de Procedure Civile (N.C.Pr.Civ.) บัญญัติว่าในกรณีที่บุคคลใดใช้กระบวนการทางศาล เพื่อประวิงคดีหรือใช้กระบวนการทางศาลโดยไม่ชอบ ก็จะถูกศาลลงโทษและอาจจะต้องชดเชยค่าเสียหาย ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รวมทั้งดอกเบี้ยให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง และมาตรา 700 ยังบัญญัติให้อำนาจศาลในการกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่จัดการตรวจสอบคำชี้ขาดเพื่อประวิงคดีต้องจ่ายเงินจำนวนที่ศาลเห็นควรด้วยก็ได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา Federal Rules of Civil Procedure ได้กำหนดบทลงโทษไว้ในกรณีที่คู่กรณีคัดค้านคำชี้ขาดโดยไม่มีเหตุผล รวมทั้งกำหนดให้ฝ่ายที่คัดค้านคำชี้ขาดโดยไม่มีเหตุผลเป็นฝ่ายจ่ายค่าทนายด้วย

กรณีที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดไม่ชอบ เช่น การขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดโดยไม่มีเหตุที่จะขอให้ตรวจสอบ หรือมีเหตุขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาด แต่คู่กรณีอ้างการตรวจสอบเพื่อทวงให้คดีล่าช้า ตัวอย่างการขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดซึ่งมีเหตุที่ขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดได้ แต่คู่กรณีทวงให้คดีล่าช้า เช่น คดีระหว่างอียิปต์กับบริษัท Westland Helicopter (Arab Republic of Egypt v. Westland Helicopters) (Fox, 1987 : 328) เหตุการณ์ที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีช้าอย่างมากที่สุดคือ คำชี้ขาดขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศที่ขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาด เหตุที่คู่กรณีมักจะอ้างความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เพราะเหตุดังกล่าวทวงให้ศาลของประเทศต่าง ๆ ยอมตรวจสอบคำชี้ขาดให้ ตัวอย่างคดีที่มีการอ้างเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เช่น คดี Northrop v. Triad (Redfern and Hunter, 1991 : 146 และ Craig, 1988 : 221) แต่การอ้างความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีโดยมากจะเพื่อบุฉิเสขไม่ยอมชำระหนี้ตามคำชี้ขาด ซึ่งการอ้างเช่นนั้นจะถือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

11. UNCITRAL MODEL LAW

ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ได้แก้ไขกฎหมายของตนเพื่อให้ประเทศของตนเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ UNCITRAL ก็มีโครงการจัดทำ Model Law on International Trade ขึ้น โดยโครงการดังกล่าวเริ่มใน ค.ศ. 1981 และสำเร็จลงเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1985 โดยมีเนื้อหาครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ระหว่างการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (เอกชน) กับรัฐบาลต่าง ๆ รวมทั้งการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลในประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการและศาลที่ทำการบังคับตามคำชี้ขาด (Redfern and Hunter, 1991 : 478-479)

Model Law ไม่ใช่ออกญา แต่เป็นแนวทางที่กำหนดไว้เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วไปพิจารณาว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวในกฎหมายของตนหรือไม่ หรือกล่าวได้ว่าการรับ Model Law เป็นไปโดยความสมัครใจ Model Law จะช่วยให้กฎหมายในประเทศต่าง ๆ เป็นมาตรฐานเดียวกัน อย่างไรก็ตาม Model Law ไม่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกาได้บรรจุ Model Law ลงไว้ใน Uniform Commercial Code ซึ่งใช้ในบางรัฐ

Model Law บัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไว้ 2 มาตรา (มาตรา 35 และมาตรา 36) และเกี่ยวกับการตรวจสอบคำชี้ขาดไว้ในมาตรา 34 (เดิมทีเดียว ผู้ร่างคำริจะไม่ร่างบทบัญญัติดังกล่าวขึ้น แต่ต่อมามีมติเห็นว่เพื่อให้ Model Law มีความสมบูรณ์แบบควรจะบัญญัติไว้ อ้างถึงใน Kerr, 1985 : 14)

11.1 มาตรา 34 ของ Model Law

มาตรา 34 บัญญัติให้ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ทำได้เฉพาะยกเลิกคำชี้ขาดเท่านั้น คือการตรวจสอบคำชี้ขาดจะทำได้เฉพาะการยกเลิกคำชี้ขาดเท่านั้น เหตุที่ทำห้ยกเลิกคำชี้ขาดได้มีบัญญัติไว้เช่นเดียวกับอนุสัญญานิวยอร์ค ๆ ซึ่งได้แก่ คู่กรณีไม่มีความสามารถหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ องค์คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตกระบวนการพิจารณาไม่ชอบ หรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบ เป็นต้น

เหตุการณ์ยกเลิกคำชี้ขาดที่สำคัญของ Model Law มี 2 ประการ ประการแรก ข้อพิพาทนั้นไม่สามารถชำระอนุญาโตตุลาการได้ และประการที่สอง คำชี้ขาดขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของรรัฐนั้น เหตุทั้งสองประการเป็นเหตุเช่นเดียวกับอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ มาตรา V(2) (a) และมาตรา V(2)(b) ตัวอย่างข้อพิพาทที่ไม่อาจเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้ เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด (anti-trust) (Redfern and Hunter, 1991 : 139-141) ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากว่าคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับการผูกขาด เมื่อมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดศาลก็จะปฏิเสธอยู่แล้ว จึงไม่ควรรีห้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้

ผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่เหตุการณ์ยกเลิกคำชี้ขาดตาม Model Law เหมือนกับอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ น่าจะเป็นเพราะหากศาลที่จะบังคับตามคำชี้ขาด สามารถจะอ้างเหตุตามอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ ในการปฏิเสธที่จะบังคับแล้ว ก็จะทำให้ไม่มีการบังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้น การยกเลิกคำชี้ขาดตั้งแต่ในประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการ ผลก็คงจะไม่แตกต่างกัน

เหตุผลที่สหประชาชาติสร้าง Model Law ขึ้น ทั้งที่มีอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ อยู่แล้ว อาจจะเป็นเพราะต้องการให้ประเทศที่ปฏิเสธการเข้าไปผูกพันในฐานะภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ เนื่องจากเหตุผลทางการเมือง สามารถนำแนวทางของ Model Law ไปใช้ได้ เพราะ Model Law ไม่มีสถานะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ นอกจากนี้ จะสังเกตได้ว่าในอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ ไม่มีการบัญญัติเรื่องการยกเลิกคำชี้ขาดไว้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการยกเลิกคำชี้ขาดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอธิปไตยของรัฐ แต่ในมาตรา 34 ของ Model Law กลับเป็นมาตราที่บัญญัติถึงการยกเลิกคำชี้ขาดไว้ ถือว่าเป็นความก้าวหน้ากว่าอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ เหตุผลที่ Model Law สามารถที่จะบัญญัติเหตุยกเลิกคำชี้ขาดไว้ น่าจะเป็นเพราะ Model Law ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศ และรัฐที่รับ Model Law ไปเป็นแบบอย่างอาจจะแก้ไขได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมสำหรับตน อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Model Law จะไม่ใช่อนุสัญญา แต่ก็มีผลต่อแนวทางการยกเลิกคำชี้ขาดในประเทศต่าง ๆ เพราะการรับหลักของ Model Law เป็นการรับโดยสมัครใจ และประเทศต่าง ๆ ก็ได้รับเอาแนวทางของ Model Law ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายของตนมากขึ้น (เช่น สหรัฐอเมริกา)

11.2 การป้องกันการประวิงคดี : มาตรา 34(3)

อย่างไรก็ตาม Model Law ได้บัญญัติมาตราที่จะทำให้การคัดค้านคำชี้ขาดในประเทศ

ที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการประวิงคดีไว้อีกด้วย มาตรการการป้องกันการประวิงคดีประการแรกคือ กำหนดระยะเวลาที่อาจขอให้งดเลิกคำชี้ขาดไว้ในมาตรา 34(3) ที่ว่า "application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making the application had received the award..."

ประการที่สอง ซึ่งเป็นประการสำคัญ คือ มาตรา 34(3) เป็นมาตราที่ป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่ชอบ มาตรา 34(3) บัญญัติว่า "The Court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside." มาตรา 34(3) เป็นมาตรการที่คล้ายกับ "remission" ในกฎหมายอังกฤษ หรือ "remand" ในกฎหมายอเมริกา ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะเป็นกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ส่งคดีตัดสินหรือคำชี้ขาดไปให้แก่ผู้ทำตัดสินเพื่อพิจารณาใหม่ (Redfern and Hunter, 1991 : 433) อย่างไรก็ตาม มาตรา 34(3) ไม่ซับซ้อนบังคับเด็ดขาด ศาลอาจใช้ดุลพินิจที่จะให้โอกาสแก่องค์กรคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ก็ได้ Craig เห็นว่ามาตรา 34(3) เป็นมาตราที่คำนึงถึงหลักการอนุญาโตตุลาการของเอกชนอย่างแท้จริง เพราะทำให้ศาลสามารถที่ย้อนส่งคำชี้ขาดมาให้แก่องค์กรคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลที่ผู้กรณีตกลงให้ทำคำชี้ขาดได้ (Craig, 1988 : 204)

12. การตรวจสอบคำชี้ขาดตามอนุสัญญานิวยอร์คว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958)

โครงสร้างการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดสมัยใหม่ เริ่มต้นที่อนุสัญญานิวยอร์ค ฯ เพราะโดยอนุสัญญาดังกล่าว ทำให้รัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ (ภายใต้เงื่อนไขบางประการ) อนุสัญญานิวยอร์ค ฯ จึงทำให้การตรวจสอบคำชี้ขาดเป็นมาตรฐานเดียวกัน

ในระดับหนึ่ง เดิมอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1927 (อนุสัญญาเจนีวา) ได้บัญญัติให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดต้องได้รับหมายบังคับคดีจากทั้งประเทศที่มีคำชี้ขาดและประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งทำให้อนุสัญญาเจนีวาเป็นกระบวนการ "double exequatur" มีผลทำให้เป็นระบบที่ซ้ำและไม่มีประสิทธิภาพ แต่เมื่อมีอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ แล้ว อนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดสะดวกขึ้น เพราะในอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ไม่มีระบบ "double exequatur"

อนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ใช้บังคับทั้งกับคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในต่างประเทศและคำชี้ขาดที่ได้ทำในประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด หากประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดถือว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ใช่คำชี้ขาดในประเทศ (non-domestic) มาตรา I(1) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ บัญญัติว่า "The Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards, not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought." และมาตรา I(2) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ได้ขยายขอบเขตของอนุสัญญาให้รวมไปถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitrations) รวมทั้งคำชี้ขาดของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ด้วย

อนุสัญญานิวยอร์ก ฯ บัญญัติไว้ว่าหากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งมาตรา I แล้ว แม้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้เสนอข้อพิพาทต่อศาลโดยฝ่าฝืนข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำไว้ หากคู่กรณีฝ่ายอีกฝ่ายหนึ่งยืนยันที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ศาลของรัฐภาคีก็จะต้องบังคับให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเสมอ

มาตรา II แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ บัญญัติว่า "The Court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article shall, at the request of one of the parties, refer the parties to

arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, in operative or incapable of being performed." ข้อสังเกตคือถ้าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นระงับหรือไม่มีผล ศาลของรัฐภาคีก็ไม่มีหน้าที่ต้องบังคับให้มีการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ศาลของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดก็ยังสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ แม้ว่าจะมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หากข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น (มาตรา V(2) บัญญัติว่า "Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought find that (a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.")

มาตรา III ของอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ได้บัญญัติถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดว่า "Each Contracting state shall recognize arbitral awards a binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous condition or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards." และมาตรา IV บัญญัติถึงการขอบังคับตามคำชี้ขาดว่าจะต้องทำอย่างไรไว้ว่า "1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply: (a) the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof; (b) the original agreement referred to in Article II of a duly certified copy thereof. 2. If the said award or agreement is not made in an official

language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official of sworn translator or by a diplomatic or consular agent."

มาตรา V ของอนุสัญญานิวยอร์ค ฯ เป็นมาตราที่เป็นมาตรฐานหรือต้นแบบของระบบการควบคุม ใ้โดยให้โอกาสศาลของประเทศที่มีการขอให้งัดตามคำชี้ขาดปฎิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยอ้างกฎหมายภายในของตนได้ มาตรา V(1) บัญญัติไว้ว่า "Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) the parties to the agreement referred to in Article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it to or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or (b) the parties against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceeding or was otherwise unable to present his case; or (c) the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or (d) the composition of the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or (e) the

award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made." (ข้อสังเกตเหตุตามข้อมาตรา V(1)(c) และ (d) คล้ายกับเหตุตามมาตรา 52(1)(a) และ (b) ปรกติฐานหัวข้อที่ 4.1 บทที่ 4 หน้า 132)

นอกจากเหตุตามมาตรา V(1) แล้ว มาตรา V(2) ยังได้บัญญัติเหตุแห่งการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไว้อีก 2 กรณีดังนี้ "Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country."

เหตุทั้งสองประการตามมาตรา V(2) เป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยสำหรับประเทศที่มีการขอให้อยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดที่คล้ายคลึงกับมาตรา II ศาลของประเทศที่มีการขอให้อันุญาต แต่ในมาตรา V(2) การที่ศาลของประเทศที่มีการขอให้อันุญาตไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้ ไม่ใช่เพราะคำชี้ขาดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งอนุสัญญา แต่ในมาตรา V(2) การที่ศาลของประเทศที่มีการขอให้อันุญาตไม่บังคับตามคำชี้ขาดให้ เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะขัดกับนโยบายของศาลนั่นเอง มาตรการเหล่านี้เป็นการทำให้เกิดความแน่นอนในการบังคับตามคำชี้ขาดมากขึ้นในระดับหนึ่ง

มาตรา V จึงถือว่าเป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รวบรวมศาลในเขตอำนาจที่ต่างกัน แต่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเดียวกันนั้นไว้เป็นระบบ (Reisman, 1992 : 112) มาตรการนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศเรียกว่า การจัดแบ่งอำนาจ (allocation of competence) การจัดแบ่งอำนาจเป็นสิ่งที่จำเป็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมาก เมื่อมีบุคคล สิ่งของ หรือเหตุการณ์มากกว่าหนึ่งเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท การจัดแบ่งอำนาจระหว่างรัฐต่าง ๆ จะทำให้ตัดสินได้ว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดในการตัดสินข้อพิพาทนั้น ๆ (Reisman, 1971 : 471)

เนื่องจากการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ มักจะมีเขต

อำนาจของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่ง ในอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ จึงได้บัญญัติถึงการจัดแบ่งเขตอำนาจไว้ โดยกำหนดไว้ในมาตรา V ของอนุสัญญา ฯ เหตุทั้ง 5 ประการที่กำหนดไว้ในมาตรา V เพื่อให้ศาลภายในใช้เป็นมาตรการในการควบคุมนี้เป็นไปตามหลักต่างตอบแทน

เหตุ 5 ประการตามมาตรา V(1) เป็นเหตุเกี่ยวกับความบกพร่องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะ เป็นเพราะความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่กรณี (ไม่ว่าจะภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศใด) หรือเพราะความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงนั้น (ในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกันไว้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการคือกฎหมายของประเทศที่มีคำชี้ขาด) อนุญาโตตุลาการอาจจะยกคำร้องโดยอ้างเหตุตามมาตรา V(1)(a) แต่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็อาจจะยกข้อนี้ขึ้นต่อสู้ได้ในชั้นบังคับคดี ซึ่งศาลอาจตัดสินประเด็นดังกล่าวไม่ได้ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงไม่ชี้คำชี้ขาดเด็ดขาดและไม่เป็นที่สุดสำหรับศาลที่ทำการตรวจสอบคำชี้ขาด

มาตรา V(2) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการซึ่งอาจทำให้คู่กรณีไม่อาจเสนอข้อพิพาทได้ นั่นคือ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเริ่มกระบวนการไม่ชอบ และคู่กรณีไม่มีโอกาสที่จะเสนอคดีของตน

มาตรา V(1)(c) เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจเกินขอบเขต (exces de pouvoir) กรณีตามอนุमतรานี้ ศาลภายในอาจจะบังคับตามคำชี้ขาดในส่วนที่ไม่เกินเขตอำนาจได้

มาตรา V(1)(d) เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาด ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้ ถ้าการตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ ไม่เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการ ข้อสังเกตคือมาตรา V(1)(d) ให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อตกลง ดังนั้นในกรณีที่คู่กรณีได้ตกลงเลือกกฎหมายที่จะใช้กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการแล้ว แม้ข้อตกลงนั้นจะขัดกับกฎหมายของประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดก็ตาม ก็ไม่เป็นเหตุให้ศาลภายในนั้นปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด ในมาตรา V(1)(d) นี้ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าการพิจารณาที่แตกต่างไปจากกระบวนการพิจารณา จะต้อง "ร้ายแรง" (serious) แต่ในทางปฏิบัติ ศาลของประเทศต่าง ๆ ได้ตีความว่าจะต้องร้ายแรง (Van den Berg, 1981 : 355)

13. การตรวจสอบคำชี้ขาดตามอนุสัญญา ICSID

การอนุญาโตตุลาการของ ICSID เป็นการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นจากการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนของรัฐอื่น และเป็นการอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือกล่าวโดยเฉพาะตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (อนุสัญญา ICSID) โดยอาศัยอำนาจจากอนุสัญญา ICSID ได้มีการสร้างข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ขึ้นมาใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยเฉพาะ อนุสัญญา ICSID จึงเป็นอนุสัญญาที่มีการบัญญัติวิธีพิจารณาหรือกฎหมายการอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ไว้อย่างสมบูรณ์ ระบบของ ICSID ไม่จำเป็นต้องพึ่งหรืออาศัยความสนับสนุนจากศาลในขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด จะอาศัยความสนับสนุนจากศาลก็เฉพาะในขั้นตอนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ในอนุสัญญาได้บัญญัติห้ามการคัดค้านคำชี้ขาดและการคัดค้านการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด โดยมาตรา 53 ห้ามการอุทธรณ์ต่อศาล และห้ามศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด การเยียวยาคำชี้ขาดที่อาจทำได้ตามอนุสัญญา ICSID คือ การแก้ไขหรือเพิ่มเติมคำชี้ขาดตามมาตรา 49(2) การตีความคำชี้ขาด (มาตรา 50) การทบทวนคำชี้ขาด (มาตรา 51) และการยกเลิกคำชี้ขาด (มาตรา 52)

รายละเอียดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โปรดดูบทที่ 4

14. การตรวจสอบคำชี้ขาดตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 22 วรรคแรกบัญญัติว่า "...คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีเมื่อมีการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นถึงคู่กรณีตามมาตรา 21 วรรค 4 แล้ว" ดังนั้นคำชี้ขาดที่ทํานในประเทศไทยจึงไม่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ ไม่ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะมีความผิดพลาดเช่นใด สิ่งที่คู่กรณีจะทำได้คือขอให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยในคำชี้ขาด (มาตรา 22 วรรค 2) เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมหรือตรวจสอบคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่แพ้จึงทำได้เพียงแต่รอให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเสียก่อนจึง

จะสามารถคัดค้านคำชี้ขาดนั้นได้ (อนันต์ จันทโรภากร, 2536 : 132) ดังเช่นที่มาตรา 24 บัญญัติให้อำนาจศาลในการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด มาตรา 24 บัญญัติไว้ว่า "ในกรณีที่ศาล เห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทนั้นหรือเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการกระทำ หรือวิธีการอันมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมิได้อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพัน ตามกฎหมาย หรือคำขอของคู่กรณี ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น" และวรรค 2 "ในกรณีที่คำชี้ขาดใดมีความบกพร่องอันมิใช่สาระสำคัญและอาจแก้ไขได้ถูกต้องได้ เช่น การคำนวณตัวเลขหรือการกล่าวอ้างถึงบุคคลหรือทรัพย์สินใดผิดไป ศาลอาจแก้ไขได้ถูกต้อง และมีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ได้แก้ไขแล้วนั้นได้"

ส่วนกรณีคำชี้ขาดต่างประเทศนั้น มาตรา 28 ใต้บัญญัติว่า "อนุญาโตตุลาการต่าง ประเทศ หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่นอก ราชอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย" ดังนั้น จึงหมายความว่าหาก ประเทศไทยเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ หรือแม้แต่สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะไม่ใช่ประเทศไทย แต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติ ไทย ก็ถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ

กรณีคำชี้ขาดต่างประเทศก็เช่นกัน กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องการขอให้ศาลยกเลิก หรือเพิกถอนเลิกคำชี้ขาดไว้ ศาลมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดเฉพาะในชั้นบังคับคดีตามมาตรา 34 และมาตรา 35 มาตรา 34 เป็นเรื่องที่คู่กรณีเป็นผู้พิสูจน์เพื่อให้ศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาด แต่ มาตรา 35 เป็นเรื่องที่ศาลเห็นว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการได้หรือขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย