

มาตรการทางกฎหมายกรณีคู่สัญญาไม่ได้กำหนด
กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ
ในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ธมนวรรณ พันธุ์สาย

**มาตรการทางกฎหมายกรณีคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา
อนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ***
**Legal Measures in the Case of No Specified Applicable Law by the Parties
to the Arbitration Agreement in International Commerce**

ธมนวรรณ พันธุ์สาย**
Tamonwan Phansaiy

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดคำถามและปัญหาในการตีความว่า อนุญาโตตุลาการจะมีวิธีเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างไร บทความนี้กล่าวถึงปัญหาบางประการของการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ได้แก่ ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และปัญหาการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายกรณีคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ” โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปะภิรมย์สุข คณะกรรมการสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์ และ ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธ์.

This article is a part of thesis “Legal Measures in the Case of No Specified Applicable Law by the Parties to the Arbitration Agreement in International Commerce.” Assistant Professor Dr.Tidarat Sinlapapiromsuk is an advisor. Adjunct Professor Vichai Ariyanuntaka and Dr.Benjawan Tangsatapornpan are examiners.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย E-mail: Tamonwan.phansaiy@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 12 พฤศจิกายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 กุมภาพันธ์ 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 27 กุมภาพันธ์ 2568.

ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการในประเทศไทยกับต่างประเทศ อันจะเป็นแนวทางในการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ต่อไป

คำสำคัญ: กฎหมายที่ใช้บังคับ, สัญญาอนุญาตตุลาการ, การพาณิชย์ระหว่างประเทศ

Abstract

The Arbitration Act B.E. 2545 (2002) lacks explicit stipulations regarding the criteria for selecting the applicable law concerning arbitration agreements. This ambiguity raises controversial questions and challenges how the arbitrators interpret and determine which applicable law applies to the arbitration agreements in international commerce. The article discusses certain controversial questions regarding the methods for selecting which applicable law applies to the arbitration agreement in international commerce as follows: the ambiguity of the legal provisions under the Arbitration Act B.E. 2545 (2002) and which applicable law is chosen and applied by the arbitrators to the arbitration agreement in the arbitration process. Furthermore, by comparing and analyzing legal framework pertaining to the applicable law of arbitration agreement in Thailand and foreign countries as a guide to amend the Arbitration Act B.E. 2545 (2002), the article explored foreign arbitration laws, such as those in England, Singapore, and Switzerland.

Keywords: applicable law, arbitration agreement, international commerce

1. บทนำ

การอนุญาโตตุลาการเป็นหนึ่งในวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญา มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย¹ คู่สัญญาจึงสามารถตกลงในสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างกันได้² เช่น การกำหนดกฎหมายใช้บังคับแก่สัญญาที่แตกต่างกันได้ เป็นต้น ซึ่งมีความแตกต่างจากศาล³ คู่สัญญาอาจกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้เป็นข้อสัญญาหนึ่ง (Arbitration Clause) ในสัญญาหลัก (Main Contract) หรือคู่สัญญาอาจทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) แยกออกจากสัญญาหลักก็ได้⁴ ทั้งนี้ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติให้ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” และ “ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ” มีความหมายอย่างเดียวกัน⁵ ซึ่งไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในรูปแบบของข้อสัญญาในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกออกมาต่างหาก กฎหมายถือว่าต่างเป็นสัญญาที่แยกกันโดยอิสระตามหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Separability)⁶ ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลักจึงไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ⁷ ดังนั้น การที่สัญญาหลักตกเป็นโมฆะไม่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะด้วยเสมอไป

สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้ตายตัว คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกำหนดวิธี และกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เองตามความประสงค์ของคู่สัญญา โดยคู่สัญญาสามารถกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้แตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ ล้วนขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา แต่ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกเป็นอีกฉบับออกจากสัญญาหลัก คู่สัญญากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทในสัญญาหลักเอาไว้ แต่ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญากลับไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ มีเพียงกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) ไว้เท่านั้น ย่อมอาจก่อให้เกิดปัญหาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากจะมี

¹พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 11.

²อนันต์ จันทโรภากร, **ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 108.

³รัชชัย สุวรรณพานิช, **คำอธิบาย พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2557), หน้า 82.

⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

⁵บทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหลัก.

⁶พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 24.

⁷รัชชัย สุวรรณพานิช, **เรื่องเดิม**, หน้า 88.

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายของประเทศใด โดยเฉพาะหากกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาหลักเป็นกฎหมายของประเทศที่แตกต่างจากสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อาจนำไปสู่การพิจารณาเลือกกฎหมายที่บังคับใช้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในชั้นบังคับคำชี้ขาดของศาลภายในประเทศที่แตกต่างกัน⁸

ดังนั้น ก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาก่อนว่า คู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้หรือไม่ เพราะในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ คณะอนุญาโตตุลาการจำต้องพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเสียก่อน เพื่อที่จะสามารถพิจารณา และตีความสัญญาอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามกฎหมายเช่นว่านั้น เนื่องด้วยสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจะมีความเกี่ยวข้องกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ

ในกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ดังเช่น Article 178(2) แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Law on Private International Law)⁹ หรือในส่วนของประเทศสิงคโปร์ก็ได้ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาล นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษมีแนวคิดปฎิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Act 1996)¹⁰ โดยเพิ่มบทบัญญัติหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดเจน และเป็นลำดับขั้นตอน¹¹ ทั้งนี้ ประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่คู่สัญญานิยม

⁸Supreme Court, **Kabab-Ji Sal (Lebanon) (Appellant) V Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)** [Online], available URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0036.html>, 2020 (October, 9).

⁹The Federal Assembly of the Swiss Confederation, **Swiss Private International Law Act 1987**, [Online], available URL: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, 1989 (January, 1).

¹⁰Law Commission, **Review of the Arbitration Act 1996, Final Report and Bill (Law Com No 413. 2023) (Final Report)** [Online], available URL: <https://www.lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996>, 2023 (September, 5).

¹¹Elinor ThomasBarry FletcherJames Carter, **The Law Commission's Review of the Arbitration Act 1996 - Polishing "a Gold Standard"?** [Online], available URL: <https://www.dlapiper.com/en-gb/insights/publications/2022/09/the-law-commissions-review-of-the-arbitration-act-1996>, 2022 (September, 26).

เลือกใช้อำนาจตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากมีกระบวนการที่รวดเร็ว และยืดหยุ่นกว่าการดำเนินคดีทางศาล แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กลับไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ อย่างชัดเจน จึงนำไปสู่ปัญหาที่จะต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ประการที่สอง ปัญหาการพิจารณาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาประเด็นปัญหากรณีไม่มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และมาตรการในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ เพื่อเปรียบเทียบ และวิเคราะห์บทบัญญัติหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนศึกษาหาแนวทางในการกำหนดมาตรการในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยต่อไปในอนาคต

2. กฎหมายที่ใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

สัญญาทุกสัญญาย่อมมีกฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law หรือ Governing Law) แก่สัญญาเสมอ เพื่อที่จะพิจารณาและตีความสัญญาภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับเช่นนั้น โดยเฉพาะสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International contract) มักมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายประเทศ และกฎหมายหลายประเทศดังกล่าวนี้อาจนำมาใช้บังคับแก่สัญญาฉบับเดียวกัน¹² ซึ่งในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศย่อมมีกฎหมายที่ใช้บังคับหลายประเภท ได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก (Applicable law to the main contract) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Applicable law to the arbitration agreement) และกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Law of the seat of arbitration) โดยคู่สัญญาอาจกำหนด

¹² เชมจุฑา สุวรรณจินดา, การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2566), หน้า 135.

กฎหมายที่ใช้บังคับหลายประเทศดังกล่าวเป็นกฎหมายที่แตกต่างกัน¹³ ได้ ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy)¹⁴ ยกตัวอย่างเช่น คู่สัญญาอาจกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายของประเทศ A แต่กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาท และกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายของประเทศ B

การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แบ่งออกได้เป็นสองลักษณะ ได้แก่ คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาไว้โดยชัดแจ้ง (express choice)¹⁵ ในสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศใด¹⁶ ซึ่งเมื่อคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว แสดงว่าคู่สัญญาตกลงยินยอมให้สัญญาอนุญาโตตุลาการตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ได้อ้างอิง¹⁷ หรือคู่สัญญาอาจแสดงเจตนาโดยปริยาย (implied choice) ก็ได้ ซึ่งหากเป็นกรณีเช่นนี้ อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ค้นหาจากพฤติการณ์แวดล้อมเพื่อยังทราบเจตนาของคู่สัญญาว่ามีความประสงค์จะให้กฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ¹⁸ เนื่องจากไม่มีปรากฏการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งของคู่สัญญาโดยอาจพิจารณาจากความตกลงเลือกสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลง และลักษณะของสัญญา¹⁹ ถ้อยคำหรือภาษาที่ใช้ในสัญญา เนื้อความในสัญญา แบบของสัญญา ถิ่นที่มีการทำสัญญา²⁰ สกุลเงินที่ใช้ในการชำระหนี้²¹ เป็นต้น ในกรณีของศาลแห่งประเทศอังกฤษได้พิจารณา

¹³Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law* (UK: Cambridge University Press, 2009), p. 566.

¹⁴J. H. C. Morris, "Dicey & Morris on the Conflict of Laws," *The Cambridge Law Journal* 53, 1 (March 1994): 310-312.

¹⁵สุวัฒน์ ชัยวรมุขกุล, "การเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ," *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 36, 2 (มิถุนายน 2550): 281.

¹⁶ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2566), หน้า 248.

¹⁷Ole Lando and Kurt Lipstein, *International Encyclopedia of Comparative Law* (Mohr: Tübingen, 1976), p. 13.

¹⁸ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 249.

¹⁹J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, 2nd ed. (London: Stevens & Sons Ltd, 1980), p. 256.

²⁰ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 249-250.

²¹คณิง ภาไชย, *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 153-157.

ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา โดยหากคู่สัญญาได้ตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยอนุญาโตตุลาการที่ประเทศใด ศาลแห่งประเทศอังกฤษมักพิจารณาว่าคู่สัญญาแสดงเจตนาโดยปริยายเลือกกฎหมายของประเทศเช่นนั้นเป็นกฎหมายที่บังคับแก่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ศาลแห่งประเทศอังกฤษจะคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วยเช่นกัน²²

ในการพิจารณาประเด็นเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law หรือ Governing Law) สิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือ คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับไว้หรือไม่ และเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับไว้กับกรณีใด เนื่องจากคู่สัญญาอาจไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับเอาไว้กับทุกกรณี ยกตัวอย่างเช่น คู่สัญญาอาจกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาท (Applicable law to the main contract) เป็น กฎหมายของประเทศ A และกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Law of the seat of arbitration) เป็นกฎหมายของประเทศ B แต่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ อนุญาโตตุลาการจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างไร ซึ่งเป็นประเด็นหลักที่ผู้เขียนศึกษาในบทความนี้ ดังนั้น เพื่อที่จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ จึงต้องเข้าใจถึงความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับกับแต่ละกรณีเสียก่อน โดยสามารถแบ่งออกได้เป็นสามประการ ดังต่อไปนี้

2.1 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก (Applicable law to the main contract)

“สัญญาหลัก” (Main Contract หรือ Principal Contract) หมายถึง สัญญาอันเป็นหนึ่งประธาน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาก่อสร้าง สัญญาเช่า เป็นต้น²³ ส่วนสัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นสัญญาอุปกรณ์ที่กำหนดว่าหากมีข้อพิพาทตามสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน ก็ให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่สัญญาอาจกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้เป็นข้อสัญญาหนึ่ง (Arbitration Clause) ในสัญญาหลัก โดยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการมักเป็นกฎหมายเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงเอาไว้เป็นการเฉพาะว่าให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก หรืออีกกรณีหนึ่ง คู่สัญญาอาจทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) แยกออกจากสัญญาหลักเป็นอีกฉบับก็ได้ ซึ่งไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในรูปแบบ

²²Ole Lando and Kurt Lipstein, op. cit., p. 47.

²³ไชยวัฒน์ บุณนาค, อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ทรัพย์สุรีย์, 2554), หน้า 32.

ของข้อสัญญาในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกออกมาต่างหาก กฎหมายถือว่าต่างเป็นสัญญาที่แยกกันโดยอิสระตามหลักความเป็นเอกเทศของสัญญา (Separability)²⁴ โดยคู่สัญญาอาจกำหนดกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้แตกต่างจากกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาหลักได้

แต่อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งเอาไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศว่าให้นำเอากฎหมายใดมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วนั้น จึงเป็นปัญหาที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกว่า กฎหมายที่จะนำใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจะเป็นกฎหมายใด เนื่องจากก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากมีคู่สัญญาฝ่ายใดคัดค้านเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเสียก่อนจะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป เพราะความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลกระทบถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไปด้วย ซึ่งในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก²⁵ หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ²⁶ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34²⁷ ไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนจะศึกษาในบทความนี้ต่อไป

²⁴พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 24 วรรคแรก บัญญัติว่า “....และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ.”

²⁵Julian D.M Lew, “The law applicable to the form and substance of the arbitration clause,” *Kluwer Law International* (1999): 114-145.

²⁶Gary B. Born, *International commercial arbitration*, 2nd ed. (The Hague: Kluwer International Law, 2001), p. 108.

²⁷พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 34 บัญญัติว่า “ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

2.2 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Law of the seat of arbitration)

สถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (the seat of arbitration) คือ ประเทศอันเป็นสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด และจะมีความเกี่ยวโยงไปถึงคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ และการบังคับใช้คำชี้ขาดโดยศาลแห่งประเทศดังกล่าวนี้ด้วย ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องกำหนดประเทศอันเป็นสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในสัญญาหลักหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยกฎหมายที่ใช้บังคับในการระงับข้อพิพาทและทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงมักจะเป็นกฎหมายของประเทศอันเป็นสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการด้วย ยกตัวอย่างเช่น หากคู่พิพาทเลือกที่นั่งพิจารณาเป็นกรุงลอนดอน สหราชอาณาจักร การอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามกฎหมายอังกฤษ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาอาจตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้แตกต่างไปจากกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาหลักหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการได้²⁸

2.3 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Applicable law to the arbitration agreement)

กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายของประเทศใดที่คู่สัญญาเลือกให้มีผลบังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเป็นกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้พิจารณา

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริต และเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย”

²⁸Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Article 2

“1. A contract is governed by the law chosen by the parties.

2. The parties may choose -

a) the law applicable to the whole contract or to only part of it; and
b) different laws for different parts of the contract.

3. The choice may be made or modified at any time. A choice or modification made after the contract has been concluded shall not prejudice its formal validity or the rights of third parties.

4. No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction.”

ถึงการมีอยู่²⁹ (existence) ความสมบูรณ์ (validity) และการตีความ (interpretation) สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น³⁰ เนื่องจากการจะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้นั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาก่อนว่า คู่สัญญามีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างกันหรือไม่³¹ ซึ่งหากมีสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างกันแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาต่อไปว่า สัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นหรือไม่ อันจะมีความเกี่ยวข้องถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย เนื่องด้วยหากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และบังคับใช้ไม่ได้ คณะอนุญาโตตุลาการก็ย่อมไม่มีอำนาจตามไปด้วย³² นอกจากนี้ ยังมีผลผูกพันคู่สัญญาในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ และส่งผลต่อการบังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลต่อไป³³ หากสัญญาอนุญาโตตุลาการตกเป็นโมฆะ ศาลอาจเพิกถอนหรือมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้³⁴ หรือในกรณีที่คู่สัญญานำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไปบังคับต่อศาลในประเทศที่แตกต่างกัน ศาลแต่ละประเทศอาจบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้มีผลที่แตกต่างกัน หรือแม้แต่ศาลในประเทศเดียวกันก็อาจมีคำวินิจฉัยในประเด็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันได้³⁵ ดังนั้น กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่น้อยไปกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก

เมื่อได้ศึกษาถึงความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับกับแต่ละกรณีแล้ว จะพบว่า กฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาหลัก กฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่ใช้บังคับใช้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับไว้กับทุกกรณี ในกรณีคู่สัญญากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาหลัก แต่ไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับใช้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ มีเพียงกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration)

²⁹พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 24.

³⁰ACERIS LAW LLC, **Laws Applicable to an International Arbitration** [Online], available URL: <https://www.acerislaw.com/laws-applicable-to-an-international-arbitration>, 2021 (June, 2).

³¹พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 14.

³²ไชยวัฒน์ บุณนาค, เรื่องเดิม, หน้า 101.

³³พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 40.

³⁴ไชยวัฒน์ บุณนาค, เรื่องเดิม, หน้า 32.

³⁵Supreme Court, **Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) V Ooo Insurance Company Chubb (Appellant)** [Online], available URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>, 2020 (October, 9).

เท่านั้น โดยเฉพาะหากกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาหลักเป็นกฎหมายที่แตกต่างจากสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้วนั้น อาจนำไปสู่การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับใช้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในชั้นบังคับคำชี้ขาดของศาลภายในประเทศที่แตกต่างกันได้ โดยในคดี *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* ([2020] EWCA Civ 6) ข้อพิพาทของคดีนี้เกิดจากสัญญาแฟรนไชส์ (a franchise development agreement) ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวคือ กฎหมายอังกฤษ (English law) และกำหนดว่า หากเกิดข้อพิพาทให้ใช้ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) ซึ่งตั้งอยู่ ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส อันเป็นสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่มีข้อกำหนดเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการ จึงมีการโต้แย้งในเรื่องของเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา และมีคำชี้ขาดว่า เมื่อกำหนดสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงเป็นกฎหมายฝรั่งเศส (French law) ซึ่งภายหลังจากมีคำชี้ขาด ได้เกิดกระบวนการคู่ขนาน กล่าวคือ *Kabab-Ji* ได้นำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่กรุงปารีส ไปขอบังคับคำชี้ขาดที่ศาลแห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งขณะเดียวกัน *Kout Food* ก็ได้นำคำชี้ขาดไปขอเพิกถอนบังคับคำชี้ขาดที่ศาลแห่งประเทศฝรั่งเศส ต่อมาคดีที่ศาลแห่งประเทศอังกฤษได้ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลฎีกา (Supreme Court) ซึ่งต่อมาได้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว โดยศาลฎีกาตัดสินว่า แม้ว่าจะไม่มีข้อกำหนดเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่มีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักซึ่งคือ กฎหมายอังกฤษ ดังนั้น กฎหมายอังกฤษจึงนำมาบังคับใช้กับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ และพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย แต่ในทางกลับกันศาลฎีกาหรือศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส (the Cour de Cassation) และศาลอุทธรณ์ของประเทศฝรั่งเศส (The Cour d'Appel) ต่างก็ได้มีคำพิพากษาในทำนองเดียวกันว่า กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงต้องใช้กฎหมายตามสถานที่นั่งพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคือ กฎหมายฝรั่งเศส³⁶ จากคดีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลแห่งประเทศอังกฤษ และศาลฎีกาหรือศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาถึงหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น หากเกิดกรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติไทย และได้กำหนดสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด (seat of arbitration) เป็นที่กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย แต่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับในการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาหลักเอาไว้ ย่อมไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาทถึงปัญหาเรื่องการเลือก

³⁶Légifrance, Court of Cassation, Civil, Civil Chamber 1, September 28, 2022, 21-11.846 [Online], available URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046357155>, 2022 (September, 28).

กฎหมายใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาท เนื่องจากไม่มีประเด็นเรื่องกฎหมายขัดกัน และบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดไว้ชัดเจนว่า ให้คณะอนุญาโตตุลาการนำกฎหมายไทยมาใช้บังคับในการระงับข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติที่ต่างกัน คู่สัญญากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก เป็นกฎหมายประเทศ A และกำหนดสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด (seat of arbitration) เป็นประเทศ B แต่กลับไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ย่อมเกิดข้อพิจารณาถึงปัญหาเรื่องการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่สัญญามีสัญชาติที่ต่างกัน และมีประเด็นกฎหมายขัดกันเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาเลือกกฎหมายใช้บังคับตามที่เห็นสมควร แต่กลับไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า หากคู่สัญญากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก และกำหนดสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด (seat of arbitration) แต่กลับไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อตีความถึงความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และพิจารณาอำนาจของอนุญาโตตุลาการอย่างไร³⁷ ซึ่งสำหรับประเทศไทย บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่บังคับใช้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีความชัดเจน อันจะเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนต้องการนำเสนอในบทความนี้เป็นลำดับถัดไป

3. ปัญหาการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในประเทศไทย

3.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า คู่สัญญาอาจกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทไว้แตกต่างกันได้ การระบุกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมสร้างความชัดเจนและแน่นอนให้แก่คู่สัญญา กล่าวคือ หากคู่สัญญาเสนอข้อเรียกร้องไปยังอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากสัญญาระหว่างกันนั้น จะใช้กฎหมายใดมาบังคับใช้ในการตีความแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะเกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า หากคู่สัญญา

³⁷ไชยวัฒน์ บุนนาค, เรื่องเดิม, หน้า 31.

ตกลงทำสัญญาอนุญาตตุลาการเป็นอีกฉบับแยกออกจากสัญญาหลัก แต่คู่สัญญากลับไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับใช้กับสัญญาอนุญาตตุลาการเอาไว้ นั่น คณะอนุญาโตตุลาการจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการอย่างไร

สำหรับประเทศไทย กรณีคู่สัญญามีได้กำหนดตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การระงับข้อพิพาทไว้ ย่อมเป็นไปตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้...”³⁸ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 34 วรรคสองโดยตรง จะพบหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา กรณีคู่สัญญามีได้กำหนดตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทไว้ ซึ่งหากคู่สัญญาต่างมีสัญชาติไทย คณะอนุญาโตตุลาการย่อมพิจารณาเลือกให้กฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาตตุลาการ เว้นแต่คู่สัญญาจะมีสัญชาติแตกต่างกัน อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทตามความเห็น และตามสมควร

แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นในเรื่องหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดตกลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการเอาไว้แต่อย่างใด จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาลำดับถัดไปว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการเอาไว้ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณา และตีความเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการโดยอาศัยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคสอง ได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคสอง บทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจนว่า อนุญาโตตุลาการจะเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการอย่างไร แต่เปิดช่องให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการตามความเห็น และตามสมควร ซึ่งล้วนเป็นปัญหาที่ต้องอาศัยการตีความ ความเป็นกลาง และความสุจริตของอนุญาโตตุลาการ อันมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (subjectivity) ย่อมเกิดความไม่แน่นอนในการตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อีกทั้งหากคู่สัญญาฝ่ายผู้คัดค้านในคดีอนุญาโตตุลาการ ได้คัดค้านเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการย่อมต้องพิจารณาว่า กฎหมายใดที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตตุลาการต่อไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้าต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันขัดต่อวัตถุประสงค์หลักของคู่สัญญาที่เลือกกระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

³⁸ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119/ตอนที่ 39 ก/หน้า 1/29 เมษายน 2545.

ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น ย่อมไม่เกิดเป็นประเด็นปัญหาหากคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน เช่น มีสัญชาติไทย แม้คู่สัญญาที่มีสัญชาติเดียวกันจะไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการย่อมพิจารณาเลือกให้กฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการอาศัยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคสอง ประกอบพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา” ได้แต่อย่างไรก็ตาม ในสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คู่สัญญาย่อมมีสัญชาติหรือมีจุดเกาะเกี่ยวของประเทศที่แตกต่างกัน ถ้าคู่สัญญาตกลงกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้แล้วนั้น คณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายที่คู่สัญญากำหนดไว้นั้นบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยนัยของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคแรก แต่หากคู่สัญญาไม่ได้มีการกำหนดตกลงในเรื่องของกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา และศึกษาต่อไป คือ ภายใต้กฎหมายของประเทศไทย คณะอนุญาโตตุลาการจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายของประเทศใด และอย่างไร

3.2 บทวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายกรณีนำพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในประเด็นนี้ มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า ถ้าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 ไม่มีบทบัญญัติกับกรณีคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเอาไว้ แล้วเหตุใดจึงไม่บังคับใช้พระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาบังคับแก่กรณีดังกล่าวนี้ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13³⁹ ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น” มาปรับใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายกรณีคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการพิจารณาของศาลในคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยเฉพาะมีบทบัญญัติมาตรา 13 อันเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญาในทางพาณิชย์ระหว่าง

³⁹ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 55/-/ หน้า 1021/20 มีนาคม 2481.

ประเทศไว้โดยละเอียด และเป็นขั้นตอนแล้วก็ตามแต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 ได้ตราขึ้น และประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2481 มาจนถึงปัจจุบัน นับเป็นระยะเวลากว่า 87 ปี แม้ว่าในปี พ.ศ. 2566 รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาแนวทางการปรับปรุงพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 โดยมีศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช เป็นประธานคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาแก้ไขหรือเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 ให้ทันสมัย และเหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบันแล้วก็ตาม⁴⁰ แต่จนปัจจุบัน บทบัญญัติมาตรา 13 ยังไม่ได้รับการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง⁴¹ ฉะนั้น หากจะพิจารณานำพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาปรับใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเฉพาะตัว ย่อมไม่เหมาะสมกับลักษณะความซับซ้อน และเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วของการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศในปัจจุบัน⁴² ประกอบกับพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาตรา 13 มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับสัญชาติของคู่สัญญาสำหรับสัญญาธรรมดา ไม่ใช่สัญญาที่มีลักษณะเฉพาะตัว ดังเช่นสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ สิงคโปร์ และสวิตเซอร์แลนด์ กลับไม่ปรากฏการพิจารณาถึงสัญชาติของคู่สัญญาแต่อย่างใด เนื่องด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นมีความเกี่ยวข้องกับสัญชาติของบุคคลเป็นจำนวนมากกว่าสองสัญชาติขึ้นไป ซึ่งหากประเทศไทยจะนำพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยพิจารณาถึงสัญชาติของคู่สัญญาตามบทบัญญัติมาตรา 13 ดังกล่าว ย่อมไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 วรรคแรก อย่างสิ้นเชิง เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาได้เลือกไว้ โดยเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) เท่านั้น และไม่ใช่มกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญา

⁴⁰กระทรวงยุติธรรม, “การแต่งตั้งคณะกรรมการระดับชาติเพื่อขับเคลื่อนการดำเนินการ ภายหลังประเทศไทย เข้าเป็นสมาชิกที่ประชุมกรู๊ปเอกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล,” 22 ธันวาคม 2566.

⁴¹นายศพนธ์ นิตริจิโรจน์ และนายติณเมธ วงศ์ใหญ่, “ปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย,” *จุลนิติ* 12, 4 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2558): 84-85.

⁴²คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *สรุปสาระสำคัญของสัมมนาวิจัย Some Legislative Proposals on the Thai Conflict of Laws Act, B.E. 2481 : Comparative and International Perspectives* [Online], available URL: <https://www.law.tu.ac.th/seminar-summary-some-legislative-proposals-on-the-thai-conflict-of-laws-act-b-e-2481, 2564> (กุมภาพันธ์, 3).

ได้เลือกไว้⁴³ เพราะอาจเกิดประเด็นเรื่องการย้อนส่ง (renvoi) ของกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยไม่ควรนำพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศไทยนั้น การปราศจากบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ย่อมส่งผลกระทบต่อความแน่นอนในการตีความกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ นับตั้งแต่ประเด็นปัญหาที่ว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะมีหลักเกณฑ์การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของประเทศใด และมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างไร เพื่อพิจารณาถึงความสมบูรณ์ และความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวด้วย เป็นต้น เมื่อบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีความไม่ชัดเจน คณะอนุญาโตตุลาการย่อมต้องใช้ระยะเวลาในการตีความกฎหมาย และค้นหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ อันจะส่งผลกระทบต่อความล่าช้าของกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป

4. การเลือกกฎหมายบังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ กรณีไม่มีกำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวไว้ว่าปัญหาความไม่ชัดเจนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 ของประเทศไทยไว้ข้างต้น เมื่อผู้เขียนศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศกรณีคู่สัญญามีได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว จึงพบว่า กฎหมายต่างประเทศมีบทบัญญัติในการพิจารณากำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญามีได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ นอกจากนี้ กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ยังมีปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลถึงการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ด้วยเช่นเดียว

⁴³พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 34 วรรคแรก บัญญัติว่า “ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น.”

4.1 อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention)

เมื่อพิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรือกล่าวโดยย่อว่า อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention) พบว่า มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทาง พาณิชย์ระหว่างประเทศในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ เอาไว้อย่างชัดเจน และเป็นลำดับ โดยปรากฏใน Article 5(1)(a)⁴⁴ กล่าวคือ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา อนุญาโตตุลาการ ได้แก่ (1) กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือ (2) อาจถือได้ว่าเลือกกฎหมายนั้น หรือ (3) หากไม่ได้กำหนดกฎหมายประเทศใดไว้ และไม่อาจหาเจตนาของคู่สัญญาได้ กฎหมายใช้บังคับแก่ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น⁴⁵ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศภาคี ในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 บางประเทศก็ได้้นำหลักการตามบทบัญญัติ Article 5(1)(a) ดังกล่าวมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเสมอไป จึงอาจทำให้เกิดความแตกต่าง และความไม่แน่นอน ในหลักการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการในระหว่างประเทศภาคีอนุสัญญา นิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ได้⁴⁶

⁴⁴Section 5(1)(a) of New York Convention states that “1. 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 or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made;” Available URL: <https://www.newyorkconvention.org/english>.

⁴⁵Maxi Scherer and Ole Jensen, “Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement,” *Indian Journal of Arbitration Law* 2021 10, 1 (October 2021): 4.

⁴⁶วิชชัย สุวรรณพานิช, “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการตาม พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14,” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี* 9, 17 (มกราคม - มิถุนายน 2559): 10.

4.2 กฎหมายสวิสเซอร์แลนด์

จากการศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (Swiss Private International Law Act หรือ PILA) พบว่า Article 178(2)⁴⁷ ได้บัญญัติถึงความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ (1) กฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หรือ (2) กฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาสาระสำคัญของข้อพิพาท หรือ (3) กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก หรือ (4) กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กล่าวคือ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์หากสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นชอบด้วยกฎหมายภายใต้หนึ่งในสี่กฎหมายดังกล่าวนี้⁴⁸ แต่อย่างไรก็ตามหากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเอาไว้ และหากกฎหมายที่ระบุในบทบัญญัติ Article 178(2) ข้างต้นเป็นกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณากฎหมายใดมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาต่อไปใน Article 187(2)⁴⁹ แห่ง Swiss Private International Law Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาท บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การระงับข้อพิพาทเป็นกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทมากที่สุด (most closely connected) แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าบทบัญญัติ Article 187(2) ดังกล่าวจะไม่ใช้บทบัญญัติการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศก็ตาม แต่หากตีความเทียบเคียงบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเพื่อพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วนั้น ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุดนั้นคือกฎหมายของประเทศใด ซึ่งหากพิจารณาถึงลักษณะของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุดนั้น ย่อมเป็นกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด (Law of the seat) เว้นแต่จะมีหลักฐานที่ชี้ชัดให้เห็นได้ว่า มีกฎหมายอื่นใดที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากกว่ากฎหมาย

⁴⁷Article 178(2) of the Swiss Law on Private International Law states that “an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the law governing the main contract, or to Swiss law.”

⁴⁸Pierre A Karrer, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement,” **Singapore Academy of Law Journal** 26 (2014): 858.

⁴⁹Article 187(1) of the Swiss Law on Private International Law states that “The arbitral tribunal shall rule according to the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, according to the law with which the action is most closely connected.”

แห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด⁵⁰ โดยข้อสรุปเช่นนี้ มีความสอดคล้องกับทางปฏิบัติของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศสวิตเซอร์แลนด์อีกนัยหนึ่ง กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเอาไว้ คณะอนุญาโตตุลาการมักพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด หรือก็คือประเทศสวิตเซอร์แลนด์⁵¹

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติ Article 178(2) และ 187(1) แห่ง Swiss Private International Law Act กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาได้เลือกไว้ตามหลักอิสระของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (the principle of party autonomy) แต่ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด⁵² แม้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้นจะไม่ได้มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดเจนมากนัก แต่ก็มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ อันจะเป็นกรอบในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของคณะอนุญาโตตุลาการได้ต่อไป

4.3 กฎหมายอังกฤษ

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1996)⁵³ ไม่ได้มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และคำพิพากษาของศาลของประเทศอังกฤษจำนวนหลายคดีมีหลักการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันออกไป อันก่อให้เกิดความสับสนและความไม่ชัดเจนของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเรื่อยมา ซึ่งปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนในคดี Enka Insaat Ve Sanayi AS v Chubb Insurance Company [2020] คู่กรณีกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ เมืองลอนดอน สหราชอาณาจักร แต่ไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก (Law of the main contract) และกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Law of the

⁵⁰Pierre A Karrer, op.cit., pp.860-861.

⁵¹Pierre A Karrer, op.cit., p.849.

⁵²Pierre A Karrer, op.cit., p.861.

⁵³UK Parliament, **The Arbitration Act 1996** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, 1996 (June, 12).

arbitration agreement) เอาไว้ แต่อย่างไรก็ดี คู่กรณีได้ระบุกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาบางประการในสัญญาหลัก ซึ่งต่อมา คู่กรณีได้ตกลงว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาหลัก คือ กฎหมายรัสเซีย (Russian Law) แต่คู่กรณียังมีข้อพิพาทระหว่างกันว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือกฎหมายของประเทศใด บริษัท Enka จึงได้ฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษ (the High Court) เพื่อขอให้ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และอ้างว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งก็คือ กฎหมายอังกฤษ (English Law) แต่ในทางกลับกัน บริษัท Chubb โต้แย้งว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นกฎหมายเดียวกันกับสัญญาหลัก ซึ่งก็คือ กฎหมายรัสเซีย โดยต่อมาศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษได้พิพากษายกฟ้องโดยวินิจฉัยว่า อำนาจในการพิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลรัสเซีย ไม่ใช่ศาลแห่งอังกฤษ

คู่กรณีได้อุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลอุทธรณ์แห่งประเทศอังกฤษ (the Court of Appeal) โดยมีคำวินิจฉัยว่า ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ทำการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยชัดแจ้ง (express choice) กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งก็คือ กฎหมายของประเทศอังกฤษ อันเป็นตามสถานที่ที่ทำคำชี้ขาดซึ่งคู่กรณีได้เลือกไว้ โดยถือว่าเป็นเจตนาโดยนัยของคู่กรณี (Implied choice)⁵⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาแห่งประเทศอังกฤษ (the Supreme Court) ได้มีผลสรุปของคำพิพากษาเช่นเดียวกับศาลอุทธรณ์ คือ กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งก็คือ กฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่คำวินิจฉัยของศาลฎีกามีความแตกต่างไปจากศาลอุทธรณ์⁵⁵ โดยศาลฎีกาวางหลักว่า ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ศาลจะต้องพิจารณาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสัญญาหลัก ในกรณีที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักไว้ โดยทั่วไปมักถือว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกดังกล่าวใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย แต่หากคู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักไว้ด้วยนั้น (ดังเช่นในคดี Enka v Chubb) ศาลจะพิจารณาว่า กฎหมายที่มีความใกล้ชิดมากที่สุดกับสัญญาอนุญาโตตุลาการคือกฎหมายใด ซึ่งส่วนใหญ่กฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำคำชี้ขาดที่คู่สัญญาได้เลือกเอาไว้

⁵⁴The Supreme Court, Press Summary: Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant) [2020] UKSC 38, 9 October 2020.

⁵⁵Slaughter and May, *Enka V Chubb: What Is the Governing Law of an Arbitration Agreement?* [Online], available URL: [https://my.slaughterandmay.com/insights/client-publications/enka-v-chubb-what-is-the-governing-law-of-an-arbitration-agreement#:~:text=In%20Enka%20v%20Chubb%2C%20the,not%20made%20an%20express%20choice,2020%20\(October,23\).](https://my.slaughterandmay.com/insights/client-publications/enka-v-chubb-what-is-the-governing-law-of-an-arbitration-agreement#:~:text=In%20Enka%20v%20Chubb%2C%20the,not%20made%20an%20express%20choice,2020%20(October,23).)

มักเป็นกฎหมายที่มีความใกล้ชิดมากที่สุด เนื่องด้วยสถานที่ที่ทำการซื้อขายเป็นสถานที่ที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญในคดีอนุญาโตตุลาการ⁵⁶ จึงต้องใช้กฎหมายดังกล่าวบังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

จากคำพิพากษาของคดี *Enka v Chubb* ดังกล่าว คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย (the Law Commission of England and Wales) ได้เสนอแนวคิดที่จะปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย (Arbitration Act 1996) ไว้หลายประการ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น⁵⁷ โดยเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2566 คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทยได้เสนอรายงานขั้นสุดท้าย (final report) เพื่อนำเสนอเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาปฏิรูปกฎหมายซึ่งปัจจุบันยังคงอยู่ในกระบวนการขั้นตอนการพิจารณาของรัฐสภาแห่งราชอาณาจักรไทย ในร่างบทบัญญัติ (Draft Arbitration Bill) ที่นำเสนอโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ได้ร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักเอาไว้ ให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายเดียวกับที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก แต่หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสัญญาหลักเอาไว้ ให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำการซื้อขาย”⁵⁸ โดยอาจสันนิษฐานได้ว่า ร่างบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์แห่งราชอาณาจักร และศาลฎีกาแห่งราชอาณาจักรในคดี *Enka v Chubb*⁵⁹

⁵⁶Mihaela Maravela, *Enka v Chubb Revisited: The Choice of Governing Law of the Contract and the Law of the Arbitration Agreement* [Online], available URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/11/enka-v-chubb-revisited-the-choice-of-governing-law-of-the-contract-and-the-law-of-the-arbitration-agreement>, 2020 (October, 11).

⁵⁷Law Commission, “Review of the Arbitration Act 1996: Summary of Final Report,” pp. 18-19.

⁵⁸Final Report, paragraph 12.78 “[t]he law applicable to an arbitration agreement is—
(1) the law that the parties expressly agree applies to the arbitration agreement; or
(2) where no such agreement is made, the law of the seat of the arbitration in question.”

⁵⁹ACERIS LAW LLC, *Reform of the 1996 English Arbitration Act* [Online], available URL: <https://www.acerislaw.com/reform-of-the-1996-english-arbitration-act>, 2023 (October, 29).

4.4 กฎหมายสิงคโปร์

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ พบว่า กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศสิงคโปร์ (The International Arbitration Act 1994 หรือ IAA)⁶⁰ ไม่ได้มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ จึงต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลอื่นเป็นที่มาของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยประเทศสิงคโปร์มีคดีที่ศาลได้วินิจฉัยถึงการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในคดี FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others [2014] SGHCR 12⁶¹ โดยศาลแห่งประเทศสิงคโปร์พิจารณาว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำความผิด (Law of the seat)⁶² เนื่องจากหากสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำความผิด ย่อมส่งผลให้สามารถบังคับคำชี้ขาดภายใต้กฎหมายนั้นได้ต่อไป

ในคดี BCY v BCZ [2017] 3 SLR 357; BNA v BNB and another [2020] 1 SLR 456⁶³ ศาลแห่งประเทศสิงคโปร์ได้วินิจฉัยหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการออกเป็นขั้นตอน 3 ลำดับ หรือหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “BCY 3-stage test” โดยในคดี BCY v BCZ [2017] 3 SLR 357 เกิดข้อพิพาทว่า สัญญาซื้อขาย (A Sale and Purchase Agreement) เกิดขึ้น และมีผลผูกพันระหว่างคู่กรณีหรือไม่ บริษัท BCZ จึงยื่นคำเสนอข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการต่อหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) ในประเทศสิงคโปร์ แต่บริษัท BCY ได้แย้งอำนาจของอนุญาโตตุลาการว่าไม่มีอำนาจในการพิจารณาและดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁶⁴ เนื่องจากสัญญาซื้อขายยังไม่ได้มีการลงนามเข้าผูกพันระหว่างคู่กรณี สัญญา

⁶⁰Singapore Statutes Online, **International Arbitration Act 1994** [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>, 1995 (January, 27).

⁶¹The Singapore High Court, FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others [2014] SGHCR 12, 19 June 2014.

⁶²Herbert Smith Freehills LLP, **Going South Singapore High Court Diverges from English Court’s Position on Governing Law of the Arbitration Agreement** [Online], available URL: <https://hsfnotes.com/arbitration/2014/07/03/going-south-singapore-high-court-diverges-from-english-courts-position-on-governing-law-of-the-arbitration-agreement>, 2014 (July, 3).

⁶³Supreme Court of Singapore, BCY v BCZ [2016] SGHC 249, 9 November 2016.

⁶⁴บทบัญญัติมาตรา 10(3) แห่งรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (the International Arbitration Act) (Cap 143A, 2002 Revision Edition).

อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีผลผูกพันระหว่างคู่กรณีด้วย อันส่งผลให้คู่กรณีไม่สามารถยื่นเสนอข้อพิพาทต่อหอการค้านานาชาติได้ แต่อย่างไรก็ดี คู่กรณีในคดีนี้ไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ อนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาก่อนว่ากฎหมายของประเทศใดที่จะใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างกฎหมายรัฐนิวยอร์ก (Laws of New York State) ซึ่งเป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาหลักหรือกฎหมายสิงคโปร์ (Singapore Law) ซึ่งเป็นกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำการค้า โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่า กฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายรัฐนิวยอร์ก และเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น และมีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาแล้วภายใต้กฎหมายรัฐนิวยอร์กแล้ว

ต่อมาบริษัท BCY ได้ร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่อศาลชั้นต้นของสิงคโปร์ (Singapore High Court) โดยอ้างว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการเนื่องจากไม่มีสัญญาที่ให้อำนาจคู่สัญญาระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายสิงคโปร์อันเป็นกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำการค้าได้ ศาลชั้นต้นของสิงคโปร์ได้ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ กรณีที่ไม่ได้กำหนดกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้⁶⁵ ดังนี้

ขั้นตอนแรก หากคู่กรณีได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดแจ้ง (express choice) แล้ว ให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี

ขั้นตอนที่ 2 หากคู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดแจ้ง แต่คู่กรณีได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักเอาไว้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นกฎหมายเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก โดยถือว่าเป็นเจตนาโดยนัยของคู่กรณี (implied choice)⁶⁶

⁶⁵Herbert Smith Freehills LLP, **The Law of the Arbitration Agreement – Which Law Applies and Why Does It Matter?** [Online], available URL: <https://hsfnotes.com/arbitration/2012/05/18/the-law-of-the-arbitration-agreement-which-law-applies-and-why-does-it-matter>, 2012 (May, 18).

⁶⁶White & Case LLP, **Determining arbitrability of disputes in Singapore: the “composite” approach** [Online], available URL: <https://www.whitecase.com/insight-alert/determining-arbitrability-disputes-singapore-composite-approach>, 2023 (February, 22).

ขั้นตอนที่ 3 แต่ในกรณีที่ไม้อาจพิจารณาตามทั้งสองขั้นตอนข้างต้นได้ จะพิจารณาจากกฎหมายที่มีความใกล้ชิด และแท้จริงที่สุดกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ (the closest and most real connection) ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด (Law of the seat)⁶⁷

จากหลัก BCY 3-stage test ข้างต้น ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสิงคโปร์ได้พิจารณาแล้วพบว่า คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างชัดแจ้ง แต่คู่กรณีได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักเอาไว้ ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสิงคโปร์จึงสันนิษฐานว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายย่อมมีเจตนาให้สัญญาหลัก และสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายใช้บังคับกับสัญญาหลัก และสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นกฎหมายเดียวกัน เพราะหากคู่กรณีประสงค์ให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก และสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายที่แตกต่างกัน คู่กรณีก็ย่อมต้องระบุกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะและแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักแล้ว แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีหลักความเป็นเอกเทศแยกออกจากสัญญาหลักได้ก็ตาม⁶⁸ ดังนั้น ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสิงคโปร์จึงมีคำพิพากษาให้กฎหมายรัฐนิวยอร์ก (Laws of New York State) เป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ เช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่ากฎหมายสิงคโปร์จะไม่ได้มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ประเทศสิงคโปร์เป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ซึ่งคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลย่อมเป็นที่มาของกฎหมาย เมื่อคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศสิงคโปร์ คดี BCY v BCZ [2017] 3 SLR 357 มีปรากฏถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ย่อมถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นลำดับขั้นตอนต่อไป

⁶⁷Herbert Smith Freehills LLP, **Singapore Court of Appeal Confirms That the Parties' Intention to Arbitrate Should Not Be Given Effect "at All Costs"** [Online], available URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/arbitration/2020-01/singapore-court-of-appeal-confirms-that-the-parties-intention-to-arbitrate-should-not-be-given-effect-at-all-costs>, 2020 (January, 17).

⁶⁸Herbert Smith Freehills LLP, **Applicable law of arbitration agreements: Singapore revisits the English case of Sulamérica** [Online], available URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/arbitration/2016-11/applicable-law-of-arbitration-agreements-singapore-revisits-the-english-case-of-sulamerica>, 2016 (November, 17).

5. บทวิเคราะห์แนวคิดการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ หากจะตีความบทบัญญัติมาตรา 34 ดังกล่าว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดเอาไว้ นั้น ให้ครอบคลุมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทภายใต้บทบัญญัติมาตรา 34 กลับไม่มีความชัดเจน และแน่นอน เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลยพินิจตามที่ตนเห็นสมควรทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ พบว่า มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นกรอบในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้⁶⁹ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายสิงคโปร์ แม้ว่ากฎหมายอังกฤษ และกฎหมายสิงคโปร์จะไม่ได้มีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนเนื่องจากเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) แต่อย่างไรก็ดี ประเทศอังกฤษได้มีแนวคิดจะแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเด็นปัญหาเรื่องการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อลดปัญหาช่องว่างในการตีความว่ากฎหมายใดที่ใช้บังคับกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ⁷⁰ อีกทั้ง ยังลดความกำกวมของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และคำพิพากษาของศาลในการวินิจฉัยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ได้มีคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลถึงหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นลำดับขั้นตอน⁷¹ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอแนวคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ต่อไป

⁶⁹โปรดดูหัวข้อ 4.2.

⁷⁰โปรดดูหัวข้อ 4.3.

⁷¹โปรดดูหัวข้อ 4.4.

สำหรับประเด็นนี้ สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไว้อย่างชัดเจน และแน่นอนนั้น จะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ตายตัว และแคบเกินไปหรือไม่ เนื่องด้วยบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ได้เปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการตีความกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้โดยอิสระ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะอย่างเป็นลำดับขั้นตอน และชัดเจน ย่อมจะเป็นการลดขั้นตอนของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณากฎหมายใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการลง โดยที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการประหยัดเวลาในการพิจารณาประเด็นเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อที่คณะอนุญาโตตุลาการจะได้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเป็นเนื้อหาหลักแห่งคดี และทำคำชี้ขาดต่อไป แต่อย่างไรก็ดี การมีหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ไม่ได้หมายความว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะขาดอิสระในการใช้ดุลยพินิจแต่อย่างใด คณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีอำนาจในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายได้ดังเดิม

จะเห็นได้ว่า หากประเทศไทยมีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไว้อย่างชัดเจน ย่อมมีผลดีต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากกว่าผลเสีย แต่ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไป คือ ประเทศไทยจะกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อย่างไร

ศาสตราจารย์ Maxi Scherer และ Ole Jensen ได้ทำการสำรวจหลักเกณฑ์การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของนานาประเทศกว่า 80 ประเทศ⁷² ซึ่งแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน โดยศาสตราจารย์ Maxi Scherer และ Ole Jensen ได้แบ่งตามลักษณะของหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังต่อไปนี้

⁷²Maxi Scherer and Ole Jensen, op. cit., p. 2.

5.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก

ประเทศที่นำหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจากสัญญาหลัก ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา อินเดีย และเยอรมัน⁷³ โดยสันนิษฐานว่า หากคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก (Main Contract) ไว้โดยชัดแจ้งแล้ว กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามสัญญาหลักด้วยเช่นกัน ดังปรากฏในคดี National Thermal Power Corp. v. Singer Co.⁷⁴ ของประเทศอินเดีย โดยศาลฎีกาแห่งประเทศอินเดียมีคำพิพากษาว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมักเป็นกฎหมายเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก เว้นแต่คู่สัญญาจะได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดแจ้ง” ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งประเทศอังกฤษในคดี Enka, [2020] UKSC 38

แต่อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านที่ไม่เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์นี้ เพราะหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Separability) ที่ว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถแยกออกจากสัญญาหลักได้ แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักก็ตาม ฉะนั้น การตีความในเชิงขยายความว่า ข้อตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักให้มีผลเช่นเดียวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการได้เลยโดยทันทีนั้น ย่อมไม่ถูกต้องนัก โดยในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ Maxi Scherer ได้แสดงทัศนะไว้ว่า⁷⁵ แม้จะมีหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก และสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องแตกต่างกันเสมอไป⁷⁶ ในกรณีที่คู่สัญญากำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำการซื้อขาย ก็มีความเป็นไปได้ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก และสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นกฎหมายเดียวกัน

อีกประเด็นหนึ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ในกรณีที่คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักไว้โดยชัดแจ้ง จะสามารถพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาว่า คู่สัญญามีเจตนาให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักเป็นกฎหมายเดียวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอันถือเป็นเจตนาโดยนัยของคู่สัญญาว่า ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วได้หรือไม่ โดยเห็นได้จากคดี Enka,

⁷³Ibid, p. 5.

⁷⁴Supreme Court of India, National Thermal Power Corp. v. Singer Company and Ors, 7 May 1992.

⁷⁵Maxi Scherer and Ole Jensen, op. cit., p. 8.

⁷⁶Aaron Yoong, Of Principle, Practicality, and Precedents: The Presumption of the Arbitration Agreement's Governing Law [Online], available URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4679611, 2023 (December, 30).

[2020] UKSC 38 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งศาสตราจารย์ Maxi Scherer ได้แสดงทัศนะไว้ในประเด็นนี้ว่า⁷⁷ คู่สัญญาส่วนใหญ่มักเป็นนักธุรกิจจึงไม่อาจเข้าถึงความแตกต่างในการกำหนดเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการให้แตกต่างไปจากที่กำหนดในสัญญาหลักได้ ดังนั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่ากรณีที่คู่สัญญาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักไว้แล้ว อาจเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน⁷⁸

5.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาจากความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุด

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุด (Closet Connection) คือ กฎหมายของประเทศใด ในการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจพิจารณาได้จากการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่พิพาท สถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา สถานที่อยู่ของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือสถานที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามสถานที่ดังกล่าวนี้ อาจไม่ได้มีเพียงสถานที่เดียว ด้วยเหตุนี้ จึงต้องกลับไปพิจารณาตัวสัญญาหลัก และสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด (seat of arbitration) จะเห็นได้จากคำพิพากษาในคดี Enka, [2020] UKSC 38⁷⁹ ผู้พิพากษาที่เป็นเสียงข้างน้อยมีความเห็นว่า กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับประเด็นข้อพิพาทหลัก (merits) ซึ่งก็คือ สัญญาหลัก จึงเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักและสัญญาอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นกฎหมายเดียวกัน⁸⁰ ในทางกลับกัน ผู้พิพากษาศาลฎีกาแห่งประเทศอังกฤษในคดีดังกล่าวได้มีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยผู้พิพากษาที่เป็นเสียงข้างมากมีความเห็นว่า⁸¹ ประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุด คือ ประเทศที่ทำคำชี้ขาด เนื่องจากเป็นประเทศที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุด ตั้งแต่การยื่นคำเสนอข้อพิพาท การพิจารณาถึงรายละเอียดของสัญญาอนุญาโตตุลาการ จนไปถึงการทำคำชี้ขาดภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งประเทศอังกฤษในคดี Enka, [2020] UKSC 38 ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ คือ กฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 5(1)(a) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 โดยกำหนดว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายแห่งประเทศ

⁷⁷Maxi Scherer and Ole Jensen, op. cit., p. 9.

⁷⁸Enka, [2020] UKSC 38, paragraph 53(iv).

⁷⁹Enka, [2020] UKSC 38, paragraph 118.

⁸⁰Enka, [2020] UKSC 38, paragraph 286 (Lord Sales), paragraph 257(iii), 260 (Lord Burrows concurring).

⁸¹Enka, [2020] UKSC 38, paragraph 118–123 (โดยอ้างถึงคดี Sulamérica, [2012] EWCA Civ. 638; C v. D [2007] EWCA Civ. 1282 (Eng.)).

ที่ทำคำชี้ขาด ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ เป็นการเฉพาะ

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่คู่สัญญาเข้าทำสัญญา อนุญาโตตุลาการ ยื่นคำเสนอข้อพิพาท คำชี้ขาด จนไปถึงการบังคับคำชี้ขาด กฎหมายที่มีความใกล้ชิด และความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการมากที่สุด ย่อมเป็นกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด

5.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาจากเชื้อชาติ (A national)

ประเทศที่นำหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ จากเชื้อชาติ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งศาลแห่งประเทศฝรั่งเศสจะพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายประเทศฝรั่งเศส (French mandatory law) และนโยบายสาธารณะ ระหว่างประเทศ (international public policy) เท่านั้น⁸² แม้ว่าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้ บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ ศาลแห่งประเทศฝรั่งเศสก็จะพิจารณาเลือกกฎหมายฝรั่งเศส โดยจะไม่พิจารณาถึงกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด หรือกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญา อนุญาโตตุลาการมากที่สุดแต่อย่างใด⁸³ ดังที่ปรากฏในคดี *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* decision of 1993⁸⁴ ซึ่งหลักการนี้ยังปรากฏมีใช้ในประเศมอริเชียส⁸⁵ และ รัฐสมาชิกขององค์การเพื่อการประสานกันของกฎหมายธุรกิจในแอฟริกา (Organisation for the Harmonization of Business Law in Africa หรือ OHADA)⁸⁶ ด้วย ดังจะเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศส และประเทศมอริเชียสยึดหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับตามกฎหมายของประเทศตนเท่านั้น

⁸²Paris Court of Appeal, *Arcelor International Export v. Sidermetal SRL*, ICC Case No. 10365/AER/ACS, 1 March 1999.

⁸³“By virtue of a substantive principle of international arbitration law, an arbitration clause is legally independent from the main contract in which it is contained, directly or by reference, and its existence and effectiveness are assessed, within the limits of the mandatory rules of French law and international public policy, by reference to the common intentions of the parties, without the need to refer to a national law.”

⁸⁴France Court of Cassation, *Municipalité de Khoms el Mergeb v. Société Dalico*, 20 December 1993.

⁸⁵The Supreme Court of Mauritius, *Cruz City 1 Mauritius Holdings vs Unitech Limited & Anor*, 28 March 2014.

⁸⁶OHADA, Uniform Act on Arbitration, 23 November 2017; โดยปรากฏใน Article 4 บัญญัติว่า “The arbitration agreement shall be independent of the main contract. Its validity shall not be affected by the nullity of the contract, and it shall be interpreted in accordance with the common intention of the parties, without necessarily referring to national law.”

5.4 หลักเกณฑ์การพิจารณาจากหลักความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (validation principle)

ประเทศที่นำหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจากหลักความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส และสเปน⁸⁷ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ หลักเกณฑ์นี้จะมีเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการหลายประการ เพื่อให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นมีความสมบูรณ์และใช้บังคับได้ อันจะสามารถดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ตามความประสงค์แรกของคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้หลายทางเลือก เพื่อให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์ และใช้บังคับได้ภายใต้กฎหมายทั้งหลายดังกล่าวนี้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 178(2) แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กล่าวคือ “สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีผลสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายที่คู่สัญญาได้เลือกไว้ หรือกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การระงับข้อพิพาท หรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลัก หรือกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์แล้วแต่กรณี” แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์นี้มีแนวทางเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้หลายแนวทาง จึงทำให้การบังคับใช้หลักเกณฑ์นี้มีขอบเขตที่จำกัด โดยอาจนำไปใช้พิจารณากรณีสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลสมบูรณ์ (validity) หรือไม่⁸⁸ เท่านั้น แต่หากเป็นการพิจารณาที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ขอบเขต และการใช้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือหลักในการเรียกจำนวนค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น อาจเกิดความไม่ชัดเจน และสับสนได้เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่มีความชัดเจน และแน่นอนว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายใด

ผลสำรวจของศาสตราจารย์ Maxi Scherer และ Ole Jensen พบว่า ประเทศส่วนมากมักใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่คำชี้ขาดมากที่สุด และใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามกฎหมายของสัญญาหลักเป็นลำดับรองลงมา⁸⁹ โดยในประเด็นนี้ ผู้เขียนได้นำเสนออนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 กฎหมายอังกฤษ กฎหมายสิงคโปร์ กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ รวมถึงบทความ

⁸⁷Article 10:166 BW (Netherlands); Arbitration Act Article 9(6) (R.D. Ley 60/2003) (Spain); Portuguese Voluntary Arbitration Law Article 51 (2011) (Portuguese).

⁸⁸Daniel Girsberger and Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed. (Germany: Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co, 2016), p. 356.

⁸⁹Maxi Scherer and Ole Jensen, *op. cit.*, p. 4.

ของศาสตราจารย์ Maxi Scherer และ Ole Jensen เพื่อต้องการแสดงหลักเกณฑ์ในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของนานาประเทศ อันจะเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่อไป

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้ศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่า กฎหมายสวีตเซอร์แลนด์ได้มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเอาไว้ ส่วนในกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายสิงคโปร์ แม้ว่าจะยังไม่มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ละเอียด และชัดเจน เนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ศาลของประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ได้มีคำวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นลำดับขั้นตอน และศาลได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีต่อ ๆ ไป อันถือได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษมีแนวความคิดที่จะเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเพื่อเพิ่มความชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมาย และลดปัญหาการตีความกฎหมายในลักษณะอวัธวิสัย แต่ในทางกลับกัน ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นการเฉพาะ มีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2540 เท่านั้น ซึ่งเป็นประเด็นที่แตกต่างกันในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำให้ในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยปราศจากบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจน อาจก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และไม่สอดคล้องกับความประสงค์ของคู่สัญญาในการกำหนดเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งต้องการกระบวนการพิจารณาที่รวดเร็วและยืดหยุ่นกว่าศาล แต่อย่างไรก็ดี อาจมีนักนิติศาสตร์บางท่านมีความเห็นว่า การที่บทบัญญัติกำหนดถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้แบบชัดเจน จะขัดต่อหลักความอิสระของอนุญาโตตุลาการ หรือจะทำให้บทบัญญัติกฎหมายแคบลงและตายตัวหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นลำดับขั้นตอนที่ชัดเจน

จะช่วยลดขั้นตอนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินกระบวนการในเนื้อหาแห่งคดีได้อย่างรวดเร็วมากขึ้น อีกทั้ง อาจลดความสับสนของการตีความกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการของคณะอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงหรือเนื้อหาแห่งคดีในแนวเดียวกัน

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศไทย ดังนี้

1) การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดตกลงไว้ ควรวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศไว้เป็นลำดับขั้นตอน ยกตัวอย่างเช่น หากคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้แล้วโดยชัดแจ้ง ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการบังคับตามกฎหมายนั้น แต่หากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นกฎหมายเดียวกับสัญญาหลัก แต่หากคู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักเอาไว้อีกเช่นเดียวกัน ให้พิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่ทำคำชี้ขาด (Seat of Arbitration) เป็นต้น

2) การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นบทบัญญัติเฉพาะในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยแยกออกจากการพิจารณาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาทที่ปรากฏในมาตรา 34 เพื่อเกิดความชัดเจนของบทบัญญัติ

บรรณานุกรม

กระทรวงยุติธรรม. “การแต่งตั้งคณะกรรมการระดับชาติเพื่อขับเคลื่อนการดำเนินการ ภายหลัง ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล.” 22 ธันวาคม 2566.

chemจุฑา สุวรรณจินดา. การระงับข้อพิพาททางสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566).

คณิง ภาไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สรุปสาระสำคัญจากสัมมนาวิจัย Some Legislative Proposals on the Thai Conflict of Laws Act, B.E. 2481 : Comparative and International Perspectives [Online]. Available URL: <https://www.law.tu.ac.th/seminar-summary-some-legislative-proposals-on-the-thai-conflict-of-laws-act-b-e-2481>, 2564 (กุมภาพันธ์, 3).

ไชยวัฒน์ บุณนา. อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ทรัพย์สุริย์, 2554.

ธวัชชัย สุวรรณพานิช. “กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาอนุญาโตตุลาการตาม พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี 9, 17 (มกราคม - มิถุนายน 2559): 10.

_____. คำอธิบาย พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.

นายศพนธ์ นิตริจิโรจน์ และนายติณเมธ วงศ์ใหญ่. “ปัญหาการใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลไทย.” **จตุรนิติ** 12, 4 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2558).

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2566.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119/ตอนที่ 39 ก/หน้า 1/29 เมษายน 2545.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 55/-/ หน้า 1021/20 มีนาคม 2481.

สุพัฒน์ ชัยวรมุขกุล. “การเลือกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 36, 2 (มิถุนายน 2550): 281.

อนันต์ จันทโรภากร. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการประนีประนอม ข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

- ACERIS LAW LLC. **Laws Applicable to an International Arbitration** [Online]. Available URL: <https://www.acerislaw.com/laws-applicable-to-an-international-arbitration>, 2021 (June, 2).
- _____. **Reform of the 1996 English Arbitration Act** [Online]. Available URL: <https://www.acerislaw.com/reform-of-the-1996-english-arbitration-act>, 2023 (October, 29).
- Born, Gary B. **International commercial arbitration**. 2nd ed. The Hague: Kluwer International Law, 2001.
- Elinor ThomasBarry FletcherJames Carter, **The Law Commission’s Review of the Arbitration Act 1996 - Polishing “a Gold Standard”?** [Online]. Available URL: <https://www.dlapiper.com/en-gb/insights/publications/2022/09/the-law-commissions-review-of-the-arbitration-act-1996>, 2022 (September, 26).
- France Court of Cassation. *Municipalité de Khoms el Mergeb v. Société Dalico*, 20 December 1993.
- Girsberger, Daniel and Nathalie Voser. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**. 3rd ed. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co., 2016.
- Hartley, Trevor C. **International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law**. UK: Cambridge University Press, 2009.
- Herbert Smith Freehills LLP. **Applicable law of arbitration agreements: Singapore revisits the English case of Sulamérica** [Online]. Available URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/arbitration/2016-11/applicable-law-of-arbitration-agreements-singapore-revisits-the-english-case-of-ulamerica>, 2016 (November, 17).
- _____. **Going South Singapore High Court Diverges from English Court’s Position on Governing Law of the Arbitration Agreement** [Online]. Available URL: <https://hsfnotes.com/arbitration/2014/07/03/going-south-singapore-high-court-diverges-from-english-courts-position-on-governing-law-of-the-arbitration-agreement>, 2014 (July, 3).
- _____. **The Law of the Arbitration Agreement – Which Law Applies and Why Does It Matter?** [Online]. Available URL: <https://hsfnotes.com/arbitration/2012/05/18/the-law-of-the-arbitration-agreement-which-law-applies-and-why-does-it-matter>, 2012 (May, 18).

- _____. **Singapore Court of Appeal Confirms That the Parties' Intention to Arbitrate Should Not Be Given Effect "at All Costs** [Online]. Available URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/arbitration/2020-01/singapore-court-of-appeal-confirms-that-the-parties-intention-to-arbitrate-should-not-be-given-effect-at-all-costs>, 2020 (January, 17).
- Karrer, Pierre A. "The Law Applicable to the Arbitration Agreement." **Singapore Academy of Law Journal** (2014): 858.
- Lando, Ole and Kurt Lipstein. **International Encyclopedia of Comparative Law**. Mohr: Tübingen, 1976.
- Lew, Julian D.M. "The law applicable to the form and substance of the arbitration clause." **Kluwer Law International** (1999): 114-145.
- _____. **Review of the Arbitration Act 1996, Final Report and Bill (Law Com No 413. 2023) (Final Report)** [Online]. Available URL: <https://www.lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996>, 2023 (September, 5).
- Légifrance. **Court of Cassation, Civil, Civil Chamber 1, September 28, 2022, 21-11.846** [Online]. Available URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046357155>, 2022 (September, 28).
- Maravela, Mihaela. **Enka v Chubb Revisited: The Choice of Governing Law of the Contract and the Law of the Arbitration Agreement** [Online]. Available URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/11/enka-v-chubb-revisited-the-choice-of-governing-law-of-the-contract-and-the-law-of-the-arbitration-agreement>, 2020 (October, 11).
- Morris, J. H. C. **The Conflict of Laws**. 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd, 1980.
- _____. "Dicey & Morris on the Conflict of Laws." **The Cambridge Law Journal** 53, 1 (March 1994): 310-312.
- Paris Court of Appeal. **Arcelor International Export v. Sidermetal SRL**. ICC Case No. 10365/AER/ACS. 1 March 1999.
- Scherer, Maxi and Ole Jensen. "Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement." **Indian Journal of Arbitration Law** 10, 1 (October 2021): 4.
- Singapore Statutes Online. **International Arbitration Act 1994** [Online]. Available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>, 1995 (January, 27).

Slaughter and May, **Enka V Chubb: What Is the Governing Law of an Arbitration Agreement?** [Online]. Available URL: <https://my.slaughterandmay.com/insights/client-publications/enka-v-chubb-what-is-the-governing-law-of-an-arbitration-agreement#:~:text=In%20Enka%20v%20Chubb%2C%20the,not%20made%20an%20express%20choice,> 2020 (October, 23).

Supreme Court. **Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) V Ooo Insurance Company Chubb (Appellant)** [Online]. Available URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>, 2020 (October, 9).

_____. **Kabab-Ji Sal (Lebanon) (Appellant) V Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)** [Online]. Available URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0036.html>, 2020 (October, 9).

Supreme Court of Singapore. *BCY v BCZ* [2016] SGHC 249. 9 November 2016.

Supreme Court of India. *National Thermal Power Corp. v. Singer Company and Ors.* 7 May 1992.

The Federal Assembly of the Swiss Confederation. **Swiss Private International Law Act 1987** [Online]. Available URL: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, 1989 (January, 1).

The Singapore High Court. *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHCR 12. 19 June 2014.

The Supreme Court. Press Summary: *Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] UKSC 38. 9 October 2020.

The Supreme Court of Mauritius. *Cruz City 1 Mauritius Holdings vs Unitech Limited & Anor.* 28 March 2014.

UK Parliament. **The Arbitration Act 1996** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, 1996.

White & Case LLP. **Determining arbitrability of disputes in Singapore: the “composite” approach** [Online]. Available URL: <https://www.whitecase.com/insight-alert/determining-arbitrability-disputes-singapore-composite-approach>, 2023 (February, 22).

Yoong, Aaron. *Of Principle, Practicality, and Precedents: The Presumption of the Arbitration Agreement’s Governing Law* [Online]. Available URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4679611, 2023 (December, 30).

