

บทที่ 5

บทวิเคราะห์

การอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยเอกชน จะต้องมีการตรวจสอบคำชี้ขาดที่มีประสิทธิภาพ และในขณะที่เดียวกันก็ต้องจำกัดระบบการตรวจสอบไว้เพียงเท่าที่จำเป็นด้วย การตรวจสอบที่มากเกินไป จะทำให้อนุญาตตุลาการสูญเสียประสิทธิภาพในการชี้ขาด ทำให้คำชี้ขาดไม่ถึงที่สุดและเกิดความล่าช้า เพราะสาเหตุประการหนึ่งที่คู่กรณีเลือกวิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีมั่นใจว่าการอนุญาตตุลาการจะเป็นเพียงวิธีเดียวที่ตนจะได้รับความยุติธรรมและอนุญาตตุลาการเป็นผู้มีความชำนาญในข้อพิพาทลักษณะนั้นมากกว่าศาล ดังนั้นหากให้ศาลทำการตรวจสอบกระบวนการอนุญาตตุลาการมากเกินไป ก็จะทำให้คำชี้ขาดนั้นกลายเป็นคำตัดสินของศาล ไม่ใช่ของอนุญาตตุลาการ ซึ่งเท่ากับเป็นการทำลายเจตนารมณ์ของคู่กรณี ในขณะที่การตรวจสอบที่น้อยเกินไป ก็อาจจะทำให้อนุญาตตุลาการใช้อำนาจไปในทางที่ผิดได้ และทำให้ระบบการอนุญาตตุลาการไม่มีประสิทธิภาพ

เนื่องจากในทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน นิยมใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ ดังนั้นหากคู่กรณีเห็นว่าระบบอนุญาตตุลาการนั้น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพ การอนุญาตตุลาการก็จะไม่เป็นที่นิยม แต่การที่จะให้คู่กรณีกลับไปใช้การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการทางศาล ก็จะเป็นเรื่องยาก ทั้งนี้เนื่องจากคู่กรณีในข้อพิพาทระหว่างประเทศจะเป็นบุคคลคนละสัญชาติ การที่จะใช้ศาลของคู่กรณีฝ่ายใด อีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมเกรงความเสียหายเปรียบที่ตนจะได้รับหากจะต้องใช้ศาลของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และในขณะที่เดียวกันคู่กรณีก็ไม่ต้องการใช้ศาลของประเทศที่สาม เพราะมีข้อจำกัดทางด้านภาษา กฎหมาย และกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ การใช้ศาลของประเทศที่สาม ก็จะเป็นการขัดกับอธิปไตยของรัฐนั้น ในกรณีเช่นนี้ก็จะทำให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจระหว่างประเทศได้

โดยที่การอนุญาตตุลาการเป็นการมอบอำนาจให้บุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ทำการชี้ขาดข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้น แต่อำนาจของอนุญาตตุลาการเป็นเพียงอำนาจที่คู่กรณีได้มอบให้แก่อนุญาตตุลาการ ไม่ใช่เป็นอำนาจที่รัฐมอบให้แก่อนุญาตตุลาการ การที่รัฐจะยอมรับในคำชี้ขาด

ของอนุญาโตตุลาการหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับทศนะเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของศาลในประเทศนั้นว่าเป็นเช่นไร จะยอมรับคำชี้ขาดนั้นหรือไม่ หากยอมรับ จะยอมรับในกรณีใดบ้าง แต่ไหนแต่ไรใด หรือกล่าวโดยสรุปคือ คำชี้ขาดนั้นจะมีผลผูกมัดในฐานะเป็นสัญญา หรือในฐานะเป็นผลทางกฎหมาย หากเป็นเพียงผลผูกมัดที่เกิดจากสัญญา ศาลจะถือว่าสัญญานั้นมีผลใช้ได้หรือไม่ หรือขัดกับความสงบเรียบร้อยของรัฐตน ส่วนกรณีที่ศาลถือว่าคำชี้ขาดนั้นมีผลผูกมัดในฐานะเป็นผลทางกฎหมาย ก็คงไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เพราะเป็นที่แน่นอนว่าศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้ (กรณีของ ICSID มีข้อนำสังเกตว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 52 ถึงมาตรา 54 แล้ว เห็นว่ามาตราดังกล่าวเป็นพันธกรณีที่เป็นการบังคับให้ศาลของรัฐภาคีต้องถือว่าคำชี้ขาดนั้นมีผลผูกมัดคู่กรณีในฐานะเป็นผลทางกฎหมาย)

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศจะเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของศาลมากกว่าหนึ่งแห่งเสมอ แต่เนื่องจากจารีตประเพณีวัฒนธรรม และพัฒนาการของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ศาลในประเทศต่าง ๆ จึงมีแนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันออกไป ทำให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดแตกต่างกันออกไปด้วย คำชี้ขาดที่ทำในประเทศหนึ่ง อาจจะต้องไปขอให้มีการบังคับในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายของประเทศที่จะขอให้มีการบังคับตามชี้ขาดอาจไม่สามารถที่จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ หรือแม้ว่าตามกฎหมายจะขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ก็ตาม ศาลก็อาจจะไม่บังคับให้ เพราะศาลอาจเห็นว่าไม่มีเหตุผลที่ศาลจะต้องบังคับตามคำชี้ขาด เพราะแม้แต่การจะบังคับตามคำพิพากษาของรัฐอื่นก็ยังคงอาศัยสนธิสัญญาระหว่างรัฐ การที่จะให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งเป็นการตัดสินของบุคคล (เอกชน) ที่ไม่ใช่บุคคลที่ทำหน้าที่ในฐานะรัฐ ก็เป็นการขัดกับอำนาจอธิปไตยของตนอีกเช่นกัน การที่จะให้รัฐยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด จึงต้องมีการทำเป็นข้อตกลงระหว่างกันโดยใช้หลักต่างตอบแทน ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำให้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จะต้องคำนึงถึงการพยายามให้คำชี้ขาดนั้นมีผลผูกมัดคู่กรณี และสามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ มิฉะนั้นคำชี้ขาดนั้นก็จะมีผลเป็นการสูญเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

เมื่อมีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีก็พยายามที่จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด โดยขอให้ศาลที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้มีทรัพย์สินบังคับตามคำชี้ขาดของตน ในขณะที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็พยายามที่จะทำให้คำชี้ขาดไม่มีผลผูกมัดตนและไม่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้โดยอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นหากศาลที่มีการขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดและ



ศาลที่มีการอุทธรณ์คำชี้ขาดเป็นศาลในประเทศต่างกัน อาจทำให้ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ จะเห็นได้ว่าการอุทธรณ์ (การตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาล) กับการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นเสมือนเรื่องเดียวกันที่อยู่คนละด้าน ข้อตกลงระหว่างประเทศที่จะทำให้เกิดความเป็นเอกภาพในระบบการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงเรื่องทั้งสองนี้

จากการศึกษาพบว่ากลไกที่ทำให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดประสิทธิภาพ มีอยู่หลายกลไก ที่สำคัญแม้จะไม่ใช่กลไกแรกก็คือ อนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ค.ศ. 1958

แม้ว่าอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ จะเป็นอนุสัญญาที่มีรัฐต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีมากถึง 102 ประเทศ (Treaties in force (U.S. Dept. State, 1994)) แต่ก็น้อยกว่าอนุสัญญา ICSID ซึ่งมีจำนวนรัฐที่เข้าเป็นภาคีจำนวน 115 ประเทศ (โปรดดูหน้า 66) และเป็นอนุสัญญาที่ค่อนข้างจะมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้กับระบบของ ICSID ได้ เพราะมีลักษณะของโครงสร้างและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน เนื่องจากอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ เป็นอนุสัญญาที่สร้างขึ้นมารับรองการบังคับตามคำชี้ขาดที่เกิดจากสถาบันอนุญาโตตุลาการของเอกชน โดยที่คำชี้ขาดนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นคำชี้ขาดในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน และไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องการลงทุน ในขณะที่อนุสัญญา ICSID เป็นอนุสัญญาที่สร้างขึ้นมารับรองข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างคู่กรณีที่มีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากต้องการให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปโดยสันติ และต้องการให้คำชี้ขาดสามารถบังคับได้ โดยให้ศาลภายในถือว่าคำชี้ขาดนั้นถึงที่สุด วัตถุประสงค์นี้ทำให้อนุสัญญา ICSID ต้องจำกัดขอบเขตของศาลภายในไว้เฉพาะการบังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลภายในไม่อาจพิจารณาอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ หรือปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ การจำกัดขอบเขตของศาลเช่นนี้ทำให้ผลของคำชี้ขาดมีความแน่นอนขึ้น แต่ก็เป็นการลดอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคีที่มีเหนือข้อพิพาทนั้น

จากการศึกษาสรุปได้ว่าระบบการอนุญาโตตุลาการของ ICSID มีความแตกต่างจากระบบการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่นหลายประการ เช่น

1. ICSID เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการทางการค้าอื่น ๆ เพราะ ICSID เป็นสถาบันหรือองค์กรพิเศษระหว่างประเทศที่ตั้งขึ้นตามอนุสัญญา ICSID ในขณะที่สถาบันอนุญาโตตุลาการทางการค้าอื่น ๆ ไม่ได้ตั้งขึ้นตามอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

2. ICSID เป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับธนาคารโลก (แต่มีการดำเนินการอย่างเป็นทางการจากธนาคารโลก) จึงทำให้เกิดผลที่สำคัญ 2 ประการ ประการแรก ทำให้วัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดของ ICSID เหมือนกับธนาคารโลกคือ สนับสนุนบรรยากาศของความมั่นใจระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน เพื่อช่วยให้มีการเข้าไปลงทุนในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสม ดังนั้น ICSID จึงไม่เพียงแต่เป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามน่าจะถือว่า ICSID เป็นเครื่องมือที่ก่อให้เกิดนโยบายระหว่างประเทศในการสนับสนุนการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และประการที่ 2 ทำให้ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการต่ำกว่าสถาบันอื่น เพราะได้รับการสนับสนุนเรื่องค่าใช้จ่ายจากธนาคารโลก

3. กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา ICSID และข้อบังคับของ ICSID ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่นจะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในและการควบคุมจากศาลภายใน ICSID ได้สร้างกลไกที่สมบูรณ์ในตัวเองขึ้นมา โดยเป็นอิสระจากระบบกฎหมายภายใน ศาลภายในจะมีหน้าที่เพียงยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดและเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่คำชี้ขาดเท่านั้น

4. การอนุญาโตตุลาการของ ICSID เป็นการอนุญาโตตุลาการที่อาศัยความสมัครใจ (voluntary basis) ในตอนแรก กล่าวคือต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่กรณี แต่เมื่อคู่กรณีได้ให้ความยินยอมแล้ว การอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเป็นการอนุญาโตตุลาการแบบบังคับทันที กล่าวคือคู่กรณีไม่อาจถอนความยินยอมที่ได้ให้ไว้แต่ฝ่ายเดียวได้ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID อนุสัญญา ICSID บัญญัติให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนถึงมีคำชี้ขาดได้ และคำชี้ขาดที่ได้จากกระบวนการพิจารณาฝ่ายเดียวนั้นก็สามารถบังคับได้ในประเทศภาคีที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา ICSID ทั้งหมด

5. การอนุญาโตตุลาการของ ICSID มุ่งหมายที่จะสร้างสมดุลระหว่างนักลงทุนและรัฐภาคี กล่าวคือ อนุสัญญา ICSID บัญญัติให้นักลงทุนสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันระหว่างประเทศได้ และนักลงทุนสามารถที่จะตกลงให้ใช้กฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศบังคับกับข้อพิพาทได้ ในด้านรัฐภาคี อนุสัญญา ICSID ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนมั่นใจว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้น นักลงทุนจะไม่ฟ้องคดีในรูปแบบใด ๆ ในศาลของประเทศใด ๆ หรือในสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่นที่ไม่ใช่ ICSID เพราะว่าความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID จะผูกมัดนักลงทุนเช่นเดียวกับที่ผูกมัดรัฐผู้รับการลงทุน นอกจากนี้อนุสัญญา ICSID ยังได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อนักลงทุน

และรัฐผู้รับการลงทุนในข้อตกลงที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้ว รัฐของนักลงทุนก็ไม่มีอำนาจให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้

จากลักษณะเฉพาะของ ICSID ทำให้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID มีประสิทธิภาพมากกว่าสถาบันอื่น เพราะคู่กรณีสามารถที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าระบบของ ICSID จะเป็นระบบที่ดี แต่ก็ไม่ใช่ปราศจากข้อบกพร่องเสียทีเดียว ทั้งนี้เพราะการเยียวยาคำชี้ขาดของ ICSID จะทำได้เฉพาะภายในระบบของ ICSID เอง ซึ่งมีบัญญัติไว้อย่างจำกัดในมาตรา 49(2) มาตรา 50 มาตรา 51 และมาตรา 52 และการเยียวยาคำชี้ขาดภายในระบบการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ ผู้ที่จะเลือกระบบของ ICSID จึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีและข้อบกพร่องของระบบดังกล่าว

1. การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ทยอยมี delocalised หรือ denationalised และอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereignty)

ลักษณะพิเศษการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ที่แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่น ถือว่าเป็นวิวัฒนาการหรือพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้เอกชนสามารถที่จะฟ้องรัฐได้โดยตรง เพราะจุดกำเนิดของอนุสัญญา ICSID ที่แท้จริงมาจากความต้องการสร้างกลไกที่จะเข้าในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเอกชนที่เหมาะสม วัตถุประสงค์ของการฟ้องร้องคดีต่อศาลภายในไม่ว่าจะเป็นศาลของประเทศใด หรือการให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี และไม่ให้ข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ทางการค้าต้องกลายเป็นข้อพิพาททางการเมือง ซึ่งจะกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์อันดีงามระหว่างประเทศ อันจะส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยและเศรษฐกิจของสังคมโลก

วัตถุประสงค์ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจที่จะตรวจสอบคำชี้ขาดที่ทําขึ้นในประเทศของตนได้ และถ้าคำชี้ขาดนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศตน ก็สามารถยกเลิกเพิกถอนได้ แต่โดยที่การอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ICSID ห้ามการอุทธรณ์คำชี้ขาดไว้ จึงเท่ากับห้ามศาลภายในตรวจสอบคำชี้ขาดโดยเด็ดขาด และห้ามการยกเลิกคำชี้ขาดนั้นด้วย แม้ว่าตามกฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการ กรณีดังกล่าว

จะไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ นอกจากนี้ ในชั้นบังคับตามคำชี้ขาด ศาลของประเทศที่จะบังคับตามคำชี้ขาดจะปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด โดยอ้างว่าคำชี้ขาดนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศตนก็ไม่ได้เช่นกัน การอนุญาโตตุลาการของ ICSID จึงเป็นการอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎี delocalized หรือ denationalised แต่เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้สร้างระบบที่สมบูรณ์และเป็นอิสระในตัวเอง โดยไม่ต้องอาศัยการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการจากศาลภายใน ICSID จะขอการสนับสนุนจากศาลเพียงประการเดียวคือ การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด และในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุสัญญาที่บัญญัติไว้โดยเด็ดขาดว่าศาลต้องบังคับตามคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งคำชี้ขาดนั้นเป็นคำพิพากษาในรัฐของตน (มาตรา 54) และห้ามการอุทธรณ์คำชี้ขาด (มาตรา 53) ทั้งนี้เพื่อให้คำชี้ขาดเป็นที่สุด ไม่มีการอุทธรณ์ทำลายคำชี้ขาดหรือปฏิเสธไม่ยอมรับคำชี้ขาด

มาตรา 52 เป็นบทบัญญัติที่มารองรับมาตรา 53 ที่ห้ามการอุทธรณ์ โดยบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาคำชี้ขาด แต่เป็นการเยียวยาคำชี้ขาดในระบบของ ICSID โดยเฉพาะ

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต่าง ๆ จะมีอำนาจอธิปไตย มีความเป็นเอกราช มีความเสมอภาค ตลอดจนมีสิทธิและหน้าที่อื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องอำนาจตุลาการนั้นถือว่าเป็นสิทธิโดยเฉพาะของรัฐ ซึ่งจะกระทบกระเทือนถึงความผาสุกของประชาชนในรัฐนั้น ๆ ดังนั้น จึงไม่มีรัฐใดถูกผูกพันที่ให้อำนาจแก่ศาลตัดสินใด ๆ ที่ไม่ใช่คำพิพากษาของศาลในรัฐนั้น เว้นเสียแต่ว่าจะยอมผูกพันตนเองไว้โดยสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐจึงมักจะอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย โดยอ้างถึงสิทธิในการควบคุมความสงบเรียบร้อยในรัฐของตน ดังนั้นการที่ประเทศใดเป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการ ศาลของประเทศนั้น จึงมักจะอ้างอำนาจอธิปไตยของตนที่จะเข้าไปแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยการตรวจสอบคำชี้ขาด กรณีที่การอนุญาโตตุลาการเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยแท้ กล่าวคือการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีส่วนสัมพันธ์กับประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด การทำให้ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการตรวจสอบคำชี้ขาดก็อาจจะไม่มีเหตุผลเพียงพอ เพราะในปัจจุบัน ในยุคของโลกที่ไร้พรมแดน ความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศได้มีจำนวนมากขึ้น และรัฐเองก็ได้เข้ามามีส่วนร่วมในทางเศรษฐกิจด้วย การที่จะใช้อธิปไตยของรัฐอ้างอำนาจเหนือข้อพิพาททุกกรณี โดยที่ข้อพิพาทนั้นไม่มีส่วนสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของรัฐ ก็อาจจะไม่ใช่สิ่งที่สอดคล้องกับ

การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

2. ความยินยอมของคู่กรณีในการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID

2.1 ความถึงที่สุดของความยินยอม

มาตรา 25(1) บัญญัติว่าการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID จะต้องได้รับความยินยอมจาก คู่กรณี ดังนั้นการที่รัฐใดให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา ICSID ไม่ได้หมายความว่ารัฐนั้นหรือเอกชน ของรัฐนั้น จะต้องเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เสมอ การให้สัตยาบันเป็นเพียงการแสดงถึงความ เต็มใจที่จะใช้กลไกการอนุญาโตตุลาการของ ICSID แต่ไม่ใช่ข้อผูกมัดที่จะต้องเสนอข้อพิพาท ต่อ ICSID เสมอ รัฐจะต้องผูกพันที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เฉพาะเมื่อมีการแสดงความ ยินยอมโดยเฉพาะว่าจะเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่อ ICSID การแสดงความยินยอมของรัฐที่จะ เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID อาจทำได้หลายวิธี วิธีที่นิยมทั่วไปคือการระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ของ ICSID ลงในสัญญาที่ทำกับนักลงทุนต่างชาติ หรืออาจทำได้โดยการที่รัฐแสดงความยินยอม ล่วงหน้าในกฎหมายการลงทุนหรือสนธิสัญญาสองฝ่าย (bilateral treaty) ที่จะเสนอข้อ พิพาทต่อ ICSID แต่การแสดงความยินยอมล่วงหน้าของรัฐจะมีผลผูกพันรัฐนั้นต่อเมื่อนักลงทุนแสดง เจตนายอมรับความยินยอมของรัฐ

ดังนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา ICSID ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เป็นการ บังคับว่าประเทศไทยหรือนักลงทุนคนไทยจะต้องใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในการระงับ ข้อพิพาทโดยเด็ดขาด

2.2 ความสิ้นสุดของความยินยอม (ความยินยอมสิ้นสุดผลผูกพัน)

นอกจากความยินยอมจะสิ้นสุดลงเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงถอนการแสดงความยินยอม แล้ว (มาตรา 25(1) บัญญัติห้ามการถอนความยินยอมเพียงฝ่ายเดียว (no party may withdraw its consent unilaterally) ดังนั้น จึงนำหมายความว่าคู่กรณีสามารถตกลง ถอนความยินยอมได้) นอกจากนี้ ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ยังน่าจะสิ้นสุดลง

เมื่อมีการยกเลิกคำชี้ขาดอีกด้วย ทั้งนี้เพราะมาตรา 52(6) บัญญัติว่าคู่กรณีอาจร้องขอเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ได้ (มาตรา 52(6) บัญญัติว่า "If the award is annulled the dispute shall at the request of either party be submitted to a new a Tribunal...") จึงน่าจะเป็นสิทธิของคู่กรณีที่ขอเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID หรือไม่ก็ได้

3. ข้อบกพร่องของอนุสัญญา ICSID (ระบบการควบคุมคำชี้ขาด)

แม้ว่าอนุสัญญาจะเป็นวิวัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น

3.1 ความไม่แน่นอนของการตีความมาตรา 52

โรคที่การขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดของ ICSID ยังมีคดีตัวอย่างเพียง 3 คดี และการตีความของคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner I (1 ICSID-Rev. FILJ 89(1986) 11 Y.B.Com.Arb. 162(1986)(excerpts)) และ AMCO I (25 ILM 1439(1986)) ซึ่งเป็นคดีแรก ๆ ที่มีการยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ก็ได้รับการวิจารณ์ว่าทำให้สูญเสียความถึงที่สุดของคำชี้ขาด แม้ว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี MINE (5 ICSID-Rev. FILJ 95(1990) 16 Y.B.Com.Arb. 40(1991)(excerpts)) จะได้วางแนวทางที่ทำให้ระบบของ ICSID มีความแน่นอนขึ้นก็ตาม แต่ก็ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าหากมีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดอีก คณะกรรมการเฉพาะกิจจะตีความในแนวทางเดียวกับคดี MINE เพราะคณะกรรมการเฉพาะกิจไม่จำเป็นต้องถือคำตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดีอื่นเป็นแนวบรรทัดฐาน

3.2 การใช้มาตรา 52 เป็นข้ออ้างเพื่อประวิงคดี

หากคู่กรณีใช้มาตรา 52 เพื่อประวิงคดีก็จะทำให้เกิดผลเสียดังนี้

3.2.1 ความล่าช้า

สิ่งที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่นิยมประการหนึ่งก็คือ ความรวดเร็ว การเยียวยาข้อพิพาทของ ICSID โดยกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาดจึงอาจทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ล่าช้าได้ ซึ่งเป็นการทำลายประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ความล่าช้านี้ก็อาจมีผลดีคือ ทำให้คู่กรณีสามารถเจรจาตกลงกันได้ และการอนุญาโตตุลาการโดยมากก็มักจะไม่ถึงที่สุด เพราะคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ มักจะพยายามหาทางที่จะทำลายคำชี้ขาดเพื่อให้คำชี้ขาดนั้นสิ้นผล หรือคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดเพื่อให้ไม่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ ดังนั้นจึงไม่ใช่เฉพาะการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เท่านั้นที่ไม่ถึงที่สุดและทำให้เกิดความล่าช้า

3.2.2 ความประหยัด

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้องที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับสถาบันอื่น แต่การที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ให้คณะกรรมการเฉพาะกิจยกเลิกคำชี้ขาดได้และให้คู่กรณีสามารถเสนอข้อพิพาทที่มีการชี้ขาดและถูกยกเลิกใหม่ได้ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เพิ่มมากขึ้นกว่าของสถาบันอื่น ก็อาจทำให้ค่าใช้จ่ายเพิ่มมากตามไปด้วย ซึ่งอาจทำให้ระบบของ ICSID ไม่ใช่ว่าที่ประหยัดได้

3.2.3 ความถึงที่สุดของคำชี้ขาด

ความถึงที่สุดของคำชี้ขาดหมายถึง คำชี้ขาดนั้นจะสามารถนำไปบังคับในประเทศใดประเทศหนึ่งได้ ในทางปฏิบัติ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกือบทั้งหมดจะไม่สิ้นสุด เพราะคู่กรณีฝ่ายที่แพ้จะพยายามที่จะโต้แย้งคำชี้ขาด ซึ่งอาจทำได้ 2 วิธี วิธีแรก คู่กรณีฝ่ายที่แพ้อาจขอให้ศาลในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดยกเลิกคำชี้ขาด หรือวิธีที่สอง ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมฟ้องคดีต่อศาลขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดหรือเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะโต้แย้งคำชี้ขาด ก็อาจโต้แย้งการบังคับตามคำชี้ขาด โดยยกข้อต่อสู้ตามกฎหมายของประเทศที่มีการขอให้บังคับตามคำ

ชี้ขาดขึ้นต่อผู้ เพราะมีหลักทั่วไปว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งในและต่างประเทศไม่มีผลบังคับในตัวเองโดยไม่มีขออำนาจศาล

คำชี้ขาดโดยทั่วไปจะทำภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการเอกชน ซึ่งจะมีเพียงกลไกการตัดสินแต่ไม่มีกลไกการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด การจะบังคับตามคำชี้ขาดของสถาบันเหล่านี้จึงต้องอาศัยสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งโดยปกติก็คืออนุสัญญานิวยอร์ก ฯ แต่อนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ก็ยอมให้ศาลที่จะบังคับตามคำชี้ขาดปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้ จึงเป็นการทำลายประสิทธิภาพและความถึงที่สุดของคำชี้ขาด นอกจากนี้ กลไกของสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือแม้กระทั่งอนุสัญญานิวยอร์ก ฯ ก็ไม่มีการกำหนดว่าศาลของประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการหรือที่มีการทำคำชี้ขาดจะตรวจสอบคำชี้ขาดได้เพียงใด ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการจึงอาจใช้สิทธิตามอำนาจอธิปไตยของตนตรวจสอบคำชี้ขาดได้อย่างเต็มที่และตามแต่ดุลพินิจของตน โดยอาจอ้างว่ากรณีดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี แต่ก็ยังไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนว่าอะไรถือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลก็อาจจะถือได้ว่าเป็นการทำลายประสิทธิภาพของคำชี้ขาดและทำให้คำชี้ขาดไม่ถึงที่สุดได้ ดังเช่นกรณี Pyramid Resort (Cour d'Appel de Paris, July 12, 1984 (1984) 23 IIM 1048) ซึ่งเป็นคดีที่รู้จักกันดี ในคดีนั้น ศาลฝรั่งเศสได้ยกเลิกคำชี้ขาดของ ICC ในวันที่เดียวกับที่ศาลเนเธอร์แลนด์ออกหมายบังคับตามคำชี้ขาด

อนุสัญญา ICSID จะแตกต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น เพราะเป็นสถาบันที่ตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศคือ อนุสัญญา ICSID และกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ICSID ก็จะมีกลไกตั้งแต่การดำเนินกระบวนการไปจนถึงการบังคับตามคำชี้ขาด ICSID จึงเป็นระบบที่สมบูรณ์ที่สุด มาตรา 53 จะบัญญัติห้ามการอุทธรณ์คำชี้ขาด มาตรา 54(1) และมาตรา 54(3) ของอนุสัญญา ICSID บัญญัติว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้บังคับได้ในรัฐภาคีทุกรัฐ เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดตามกฎหมายของรัฐนั้น ดังนั้นคำชี้ขาดจึงมีความถึงที่สุดในรัฐภาคีมากกว่า

3.3 การเลือกคณะกรรมการเฉพาะกิจ

อนุสัญญา ICSID บัญญัติให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเลือกคณะอนุญาโตตุลาการของตน แต่มีข้อ

สังเกตว่าในชั้นการยกเลิกคำชี้ขาด ซึ่งเป็นชั้นที่มีความสำคัญมาก กลับไม่ยอมมาให้คู่กรณีเลือกคณะกรรมการเฉพาะกิจ จึงน่าจะเป็นข้อด้อยของ ICSID เพราะหากพิจารณาจากโครงสร้างของ ICSID แล้ว จะเห็นว่าเป็นไปตามทฤษฎีการปลดอนุญาโตตุลาการจากการผูกพันของระบบกฎหมายภายใน (denationalisation) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างเต็มที่แก่คู่กรณี (party autonomy) อย่างเต็มที่ (โปรดดูหน้า 19) กรณีที่คู่กรณีไม่มีสิทธิเลือกคณะกรรมการเฉพาะกิจโดยตรงเอง น่าจะเป็นการจัดกับเสรีภาพในการแสดงเจตนา ซึ่งเป็นหลักของทฤษฎีการปลดการอนุญาโตตุลาการจากการผูกพันของระบบกฎหมายภายใน ที่เข้าเป็นหลักพื้นฐานของอนุสัญญา ICSID

4. ข้อดีของอนุสัญญา ICSID

หากคำชี้ขาดนั้นกระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศแห่งศาลที่มีการทำการอนุญาโตตุลาการหรือที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการ ศาลก็อาจจะไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ กรณีนี้อาจดูเหมือนเป็นกรณีที่มีเหตุผล เพราะศาลมีหน้าที่ที่จะประสิทธิประสาทความยุติธรรมให้แก่ประชาชน การที่จะให้ศาลยอมรับสิ่งที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีว่าเป็นคำตัดสินที่มีผลทางกฎหมายก็คงจะเป็นเรื่องยาก

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรณีนี้จะถือว่าเป็นการจัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีย่อมอยู่ในดุลพินิจของศาล จึงทำให้ศาลสามารถที่จะยกเลิกหรือไม่ยอมรับคำชี้ขาดได้ โดยอ้างว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี กรณีนี้ถือเป็นข้อเสียของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป แต่อนุสัญญา ICSID ได้บัญญัติห้ามการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลโดยเด็ดขาด ทำให้ไม่เกิดปัญหาว่าคำชี้ขาดนั้นอาจถูกยกเลิกโดยศาลภายใน อนุสัญญา ICSID เป็นไปตามทฤษฎี delocalisation ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้น แต่อนุสัญญา ICSID ก็แก้ปัญหานี้ว่าการไม่ให้อนุญาโตตุลาการผูกพันกับระบบกฎหมายใดเป็นสิ่งที่เป็นอุดมคติ เพราะอนุสัญญา ICSID ได้สร้างระบบที่สมบูรณ์ขึ้นมา

ข้อดีอีกประการหนึ่งคือ การที่อนุสัญญา ICSID ห้ามการตรวจสอบคำชี้ขาด ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีไม่ประสบกับปัญหาต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นหากมีการตรวจสอบคำชี้ขาด ปัญหาเหล่านี้ เช่น ปัญหาเรื่องภาษาซึ่งทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการแปลเอกสารต่าง ๆ จากภาษาที่ใช้ใน

กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดมาเป็นภาษาของประเทศที่ศาลทบทวนคำชี้ขาด หรือ ปัญหาเรื่องกฎหมายและกระบวนการพิจารณาของประเทศที่ศาลทบทวนคำชี้ขาด ซึ่งทำให้คู่กรณี ฝ่ายที่ชนะต้องหาผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายและกระบวนการพิจารณาของประเทศนั้นมาช่วยในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาของศาล ส่งผลให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น

นอกจากนี้ อนุสัญญา ICSID ก็ยังมีข้อเด่นอีกประการหนึ่งคือ การยอมรับเอกราช (รวมทั้งนิติบุคคล) ว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและสามารถบังคับตามสิทธิของตนโดยตรง ได้ ซึ่งต่างจากหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่กำหนดให้รัฐเท่านั้นที่สามารถฟ้องรัฐได้ ทำให้เอกราชมีความสะดวกที่จะฟ้องรัฐโดยตนเองได้

ข้อดีอีกประการหนึ่งของ ICSID คือเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่เป็นกลางจริง ๆ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากธนาคารโลกได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็น ส่วนใหญ่ ดังนั้นจึงมีปัญหาคิดว่า หากในคดีนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นคู่กรณี คู่กรณีอีกฝ่าย หนึ่งจะคงยังได้รับความยุติธรรมในฐานะที่ ICSID เป็นองค์กรระหว่างประเทศอีกหรือไม่

5. ความจำเป็นของประเทศไทยที่จะต้องรับอนุสัญญา ICSID

ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID หรือไม่นั้น ประการ แรก ต้องพิจารณาถึงนโยบายและแนวทางของประเทศไทย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการประชุมคณะ รัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2528 คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญา ICSID และประเทศไทยก็ได้ลงนามเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม 2528 จึงมีพันธกรณีหรือความรับผิดชอบ ที่จะต้องให้สัตยาบัน

ประการที่สอง พิจารณาถึงความจำเป็นทางด้านผลประโยชน์ของประเทศ อนุสัญญา ICSID ได้เกิดขึ้นมาเพื่อสนับสนุนให้มีการเข้าไปลงทุนในประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันประเทศไทย พัฒนาทางเศรษฐกิจมากขึ้น และมีนักลงทุนคนไทยที่ออกไปลงทุนในต่างประเทศมากขึ้น จึงอาจ กล่าวได้ว่าการลงทุนของประเทศไทยเป็นไปในเชิงรุกมากขึ้นกว่าที่จะเป็นเชิงรับแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังเช่นในอดีต การที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID จึงน่าจะเป็นประโยชน์แก่ นักลงทุนคนไทยด้วย เพราะการที่ประเทศไทยให้สัตยาบันก่อนอนุสัญญา ICSID จะทำให้นักลงทุน ไทยสามารถเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้ จึงเป็นการเพิ่มความคุ้มครองทางการลงทุนให้แก่คนชาติ

ของไทย โดยไม่ต้องให้รัฐเข้าไปช่วยเหลือแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงประโยชน์ของรัฐในฐานะผู้รับการลงทุน ก็จะทำให้เห็นว่ามาตรา 42(1) บัญญัติเรื่องกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้กับข้อพิพาทไว้ว่ากรณีที่ไม่มีการตกลงเรื่องกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้กับข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน (มาตรา 42(1) บัญญัติว่า "... In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules of the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable."

6. การระบุข้อพิพาทที่จะอยู่ภายใต้อำนาจ ICSID

มาตรา 25(4) ได้ให้สิทธิแก่รัฐที่จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID ที่จะกำหนดประเภทของข้อพิพาทที่ไม่ต้องการเสนอต่อ ICSID (ตั้งข้อสงวน) โดยบัญญัติไว้ว่า "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at the time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre..."

อนุสัญญา ICSID เกิดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยการลงทุนในระยะนั้นเป็นการลงทุนในรูปแบบดั้งเดิมคือ การลงทุนในทรัพยากรธรรมชาติ รัฐผู้รับการลงทุนจึงมักจะอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (sovereignty over natural resources) เพื่อทำการยึดหรือเวนคืนการลงทุนของนักลงทุน ซึ่งส่งผลให้นักลงทุนต่างกลัวที่จะเข้ามาลงทุน อนุสัญญา ICSID จึงเกิดขึ้นมาเพื่อช่วยระงับข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อไม่ให้กลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศไป

ทรัพยากรธรรมชาติถือเป็นสิ่งสำคัญของประเทศ รัฐต่าง ๆ จึงหวงแหนที่จะรักษาทรัพยากรธรรมชาติของตนไว้ และมักจะเห็นว่าการที่นักลงทุนเข้ามาแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติเป็นการตัดดวงผลประโยชน์จากประเทศของตนไป ข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนในทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นข้อพิพาทที่สำคัญที่ประเทศไทยควรจะยกเว้นที่จะไม่เสนอต่อ ICSID

ในกรณีของประเทศไทย ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแก่นอนุสัญญา ICSID เมื่อวันที่ 7 มกราคม 1993 ซึ่งมีผลใช้บังคับภายในวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1993 (มาตรา 68(2) บัญญัติให้มีผลใช้บังคับเมื่อครบ 30 วันหลังจากวันที่ให้สัตยาบัน) โดยอาศัยมาตรา 25(4) ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ว่าเฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวกับค่าชดเชย (compensation) การเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐ (expropriation and nationalisation) เท่านั้นที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID (News from ICSID, winter 1993 : 1)

7. ปัญหาและอุปสรรคของ ICSID

แม้ว่าอนุสัญญา ICSID จะบัญญัติห้ามการแทรกแซงของศาลภายในโดยเด็ดขาด ซึ่งจะทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่อนุสัญญา ICSID ก็ยังมีจุดบกพร่องที่เป็นปัญหาและอุปสรรค

7.1 ปัญหาการตีความของศาลในคดี MINE (การแทรกแซงของศาลสหรัฐในคดี MINE)

แม้ว่ามาตรา 53 และมาตรา 54 จะทำให้อนุสัญญา ICSID เป็นกลไกการบังคับตามคำชี้ขาดที่ดีกว่าอนุสัญญาอื่น เพราะจำกัดบทบาทของศาลภายในไว้ แต่ก็ยังมีคดีบางคดีที่ศาลภายในไม่เข้าใบบทบาทของตนตามอนุสัญญา ซึ่งทำให้เป็นอุปสรรคต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID คดีดังกล่าวคือ คดี Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. สาธารณรัฐกินี ในคดีดังกล่าว MINE ได้ขอให้ District Court ของ D.C. ของสหรัฐอเมริกาบังคับให้มีการอนุญาโตตุลาการตาม Section 4 ของ Federal Arbitration Act และภายใต้ Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) ค.ศ. 1976 ทั้ง ๆ ที่ข้อตกลงระหว่างคู่กรณีได้กำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ District Court ได้อนุญาตให้ MINE เสนอข้อพิพาทต่อ AAA อนุญาโตตุลาการได้ทำการพิจารณาฝ่ายเดียวเนื่องจากกินีขาดนัด และตัดสินให้กินีชดเชยค่าเสียหายให้ MINE เป็นจำนวน 25 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และเมื่อ MINE ขอให้บังคับตามคำชี้ขาด District Court ก็ยืนยันตามคำชี้ขาด โดยเห็นว่าการตกลงเลือกการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เท่ากับเป็น

การเลือกการอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกา ดังนั้นจึงสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ AAA ที่นิวยอร์กได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตัดสินใจเช่นนี้เท่ากับศาลสหรัฐอเมริกาไม่เข้าไปถึงบทบาทของตนตามอนุสัญญา ICSID จนทำให้เกิดความล่าช้าในคดี MINE ซึ่งนับเป็นอุปสรรคของอนุสัญญา ICSID ประการหนึ่ง



7.2 การบังคับคดี

แม้ว่าศาลภายในจะไม่สามารถปฏิบัติสิ่งที่บังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งทำให้คำชี้ขาดของ ICSID มีประสิทธิภาพก็ตาม แต่ในขั้นการบังคับคดี ก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะมีการบังคับคดีด้วย และการบังคับคดีเอาทรัพย์สินของรัฐย่อมจะเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้อยู่นั่นเอง ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีอนุสัญญา ICSID จะพยายามสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ แต่หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้เป็นรัฐ ก็ยังคงมีอุปสรรคในการบังคับคดีอยู่นั่นเอง

8. ความสำเร็จของ ICSID

จากจำนวนรัฐต่าง ๆ ที่เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID อาจนับได้ว่าอนุสัญญา ICSID เป็นอนุสัญญาที่ได้รับความนิยมและประสบความสำเร็จ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการบังคับตามอนุสัญญา ICSID ทำได้ง่ายกว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ (ภายใต้อนุสัญญาอื่น ๆ) แต่แม้ว่าอนุสัญญา ICSID จะบัญญัติให้การบังคับตามคำชี้ขาดสามารถทำได้โดยง่ายก็ตาม แต่หากกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาดจะยืดออกไปเรื่อย ๆ ระยะเวลาเป็นปี ๆ ก็จะทำให้ลายประโยชน์หรือข้อดีดังกล่าวได้

การยกเลิกคำชี้ขาดของ ICSID มีเพียง 3 คดี จากจำนวนคดี 30 คดีที่ได้เสนอต่อ ICSID และใน 3 คดีที่มีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดมีเพียง 2 คดี (คดี Klockner และ AMCO) ที่เกิดปัญหาเท่านั้น แต่กลับทำลายภาพพจน์ของอนุสัญญา ICSID

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญา ICSID จะยังมีข้อบกพร่องบางประการก็ตาม แต่ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ จำนวนมากก็ได้บรรจุอนุสัญญา ICSID ไว้ในกฎหมายการลงทุนของตน เหตุผลที่อนุสัญญา ICSID ได้รับความนิยมอาจเนื่องมาจาก

1. การเลือก ICSID ทำให้ไม่สามารถเลือกที่จะให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดได้

แม้คู่กรณีจะเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ เช่น AAA หรือ ICC แต่ท้ายที่สุดก็อาจจบลงด้วยการตรวจสอบคำชี้ขาดของศาลต่าง ๆ เป็นลำดับชั้นได้ ซึ่งเท่ากับคู่กรณีต้องย้อนกลับไปให้ศาลภายในตรวจสอบคำชี้ขาด ซึ่งถูกมองว่ามีความล่าเอียง อดคิด ล่าช้า และเสียค่าใช้จ่ายมาก ในขณะที่ ICSID เป็นเพียงสถาบันเดียวที่เป็นกลางและไม่ผูกติดกับกฎหมายระบบใด และวิธีการเยียวยาคำชี้ขาดของ ICSID ก็มีเพียงที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเท่านั้น

2. สนธิสัญญาสองฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ซึ่งมุ่งคุ้มครองการเวนคืน จะมีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID มากขึ้น เนื่องจากความง่ายและความเป็นกลางในการบังคับตามคำชี้ขาด (ณ เดือนมีนาคม 1991 มีสนธิสัญญาที่คุ้มครองการลงทุนจำนวน 154 สนธิสัญญาที่ระบุ ICSID ไว้)

เรื่องนี้อนุสัญญานิวยอร์คไม่อาจทำได้ เพราะอนุสัญญานิวยอร์คไม่ใช่อนุสัญญาที่เป็นระบบการอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นเพียงอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่เป็นความร่วมมือในการบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ในขณะที่การตกลงใช้ ICSID คือการตกลงใช้องค์กรที่เป็นกลาง และมีความสมบูรณ์โดยไม่ต้องอาศัยศาลใด และการบังคับตามคำชี้ขาดก็จะเป็นไปตามอนุสัญญา ICSID ด้วย

3. วิฤติการณ์นี้

นับแต่เกิดวิฤติการณ์นี้เป็นต้นมา ธนาคารระหว่างประเทศได้ลดเงินกู้ที่จะให้ประเทศกำลังพัฒนาอย่างมาก ดังนั้นแหล่งเงินที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศของประเทศเหล่านี้ จึงได้มาจากการนำเงินลงทุนเข้ามาลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตนเท่านั้น ดังนั้นอนุสัญญา ICSID จึงได้รับความนิยมนำมาใช้ เพราะอนุสัญญา ICSID สร้างขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยเฉพาะ เป็นการสนับสนุนให้มีการเข้าไปลงทุนในประเทศต่าง ๆ มากขึ้น

4. การแก้ไขระบบ ICSID

คำตัดสินในคดี Klockner I และ AMCO I ทำให้มีการวิจารณ์ระบบของ ICSID ว่าเป็นระบบที่ล่าช้า ดังนั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจจึงได้หาแนวทางการแก้ไขการยกเลิกคำชี้ขาดของตน ดังจะเห็นได้จากในคดี MINE (โปรดดูบทที่ 4 หัวข้อ 6.6.3 หน้า 186-189) และคณะกรรมการเฉพาะกิจในอนาคตก็คงจะตระหนักถึงปัญหาที่ไต่เกิดขึ้นในคดี Klockner I และคดี AMCO I และระมัดระวังไม่ให้เกิดขึ้นอีก และคำตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจก็ไม่ใช้คำตัดสิน

ที่คณะกรรมการเฉพาะกิจในคดีต่อ ๆ มาจะต้องยึดเป็นแนวบรรทัดฐาน (Precedent) คณะกรรมการเฉพาะกิจคงจะชี้แจงน้ำหนักระหว่างความถึงที่สุดและความยุติธรรม นอกจากนี้ ประธาน ICSID ก็คงจะต้องคัดเลือกคณะกรรมการเฉพาะกิจด้วยความระมัดระวังมากขึ้น (มาตรา 52(3) บัญญัติให้ประธาน ICSID เป็นผู้เลือกคณะกรรมการเฉพาะกิจ (On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons.)

9. การวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมของประเทศไทย

ประเทศต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID มากขึ้น และหากประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID มากขึ้น ก็จะทำให้อนุสัญญา ICSID ประสบความสำเร็จในการทำให้ระบบกฎหมายการอนุญาโตตุลาการเป็นเอกภาพ

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยคือ

1. ประเทศไทยจำเป็นต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา ICSID เพราะเป็นความรับผิดชอบของรัฐที่ลงนามที่จะต้องให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา นอกจากนี้การให้สัตยาบันจะทำให้ ngânลงทุนของไทยได้รับประโยชน์จากอนุสัญญา ICSID กล่าวคือสามารถเสนอข้อพิพาทต่ออนุสัญญา ICSID ได้โดยตรง และในด้านของประเทศไทย ก็จะได้รับประโยชน์จากมาตรา 42(1) ซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมาย (รวมทั้งกฎหมายขัดกัน) ของรัฐผู้รับการลงทุน

อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อโต้แย้งว่าแม้ว่าประเทศไทยจะไม่เป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID ก็ยังสามารถระงับข้อพิพาทตาม Additional Facility ของ ICSID ได้ แต่การระงับข้อพิพาทตาม Additional Facility ก็มีเงื่อนไขหลายประการ (โปรดดูหน้า 61) เช่น

(ก) คู่กรณีในข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ใช่อสัญชาติหรือไม่ใช่นิติบุคคลของรัฐภาคี ดังนั้น การจะระงับข้อพิพาทตาม Additional Facility ได้ อย่างน้อยที่สุดก็ต้องมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเป็นภาคีของอนุสัญญา ICSID

(ข) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐภาคีและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลของรัฐภาคี แต่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ใช่อสัญชาติหรือไม่เกิดจากการลงทุน กรณีนี้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนเกี่ยวข้องกับอนุสัญญา ICSID ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ข้อควรระมัดระวังประการหนึ่งคือ การระงับข้อพิพาทตาม Additional Facility ไม่ได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญา ICSID จึงไม่ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของอนุสัญญา ICSID ดังนั้นคำชี้ขาดที่ได้จากคณะกรรมการตุลาการภายใต้ Additional Facility จึงอาจจะถูกตรวจสอบโดยศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการหรือศาลของประเทศที่ทำการบังคับตามคำชี้ขาด การบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำภายใต้ Additional Facility จึงยากกว่าการบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำภายใต้อนุสัญญา ICSID

2. หากเห็นว่าอนุสัญญา ICSID จะขัดกับอธิปไตยของรัฐ และต้องการรักษาอธิปไตยทางศาลไว้ ประเทศไทยก็อาจไม่ให้ความยินยอมที่จะใช้อุญาโตตุลาการของ ICSID และใช้วิธีระงับข้อพิพาทวิธีอื่น หรือใช้การอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่น (มาตรา 25(1) ของอนุสัญญา ICSID บัญญัติให้แสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร) ก็จะทำให้ศาลไทยสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 54 ของอนุสัญญา ICSID ได้บัญญัติให้ศาลของรัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งเท่ากับว่าอนุสัญญา ICSID ได้บัญญัติแยกการแทรกแซงของศาลไว้เป็น 2 ระดับ ดังนั้นแม้ว่าประเทศไทยจะไม่แสดงความยินยอมในการใช้การระงับข้อพิพาทของ ICSID ก็ตาม แต่หากมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายใต้อนุสัญญา ICSID ศาลไทยก็จะปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไม่ได้

3. หากประเทศไทยจะยินยอมใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็อาจทำเป็นข้อตกลงล่วงหน้ากับนักลงทุนเพื่อสละสิทธิตามมาตรา 52 และกำหนดให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบคำชี้ขาด โดยจะต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่ศาลจะตรวจสอบคำชี้ขาด ก็น่าจะเป็นทางออก อย่างไรก็ตาม การตกลงสละสิทธิการเยียวยาคำชี้ขาดตามมาตรา 52 และสร้างระบบการเยียวยาคำชี้ขาดขึ้นมาใหม่ จะเป็นการสร้างกฎหมายพิเศษ (lex specialis) ซึ่งยังไม่เคยมีตัวอย่างการสร้างดังกล่าว และยังไม่เคยมีการตีความในระบบ ICSID ว่าทำได้หรือไม่ ดังนั้นหากผู้กรณีตกลงสละสิทธิมาตรา 52 ก็ยังไม่มีความแน่นอนว่าจะสามารถทำได้

4. แม้ว่าจะระบบของ ICSID จะห้ามการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศาล โดยบัญญัติห้ามการอุทธรณ์คำชี้ขาด และให้ถือว่าคำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลในรัฐภาคีนั้นก็ตาม (มาตรา 54) แต่คำว่า "ถึงที่สุด" นั้นก็ยังไม่ชัดเจนว่าถึงที่สุดในศาลชั้นใด จึงอาจตีความว่าถึงที่สุดในศาลชั้นต้นก็ได้ ซึ่งหากตีความว่าถึงที่สุดในศาลชั้นต้น ก็จะหมายความว่าเฉพาะศาลชั้นต้นเท่านั้นที่ไม่อาจแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ของ ICSID ได้ ซึ่งจะทำให้ศาลสูงสามารถแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

5. นอกจากนี้ ในการให้สัตยาบัน ประเทศไทยก็ยังคงอาจตั้งข้อสงวนโดยไม่ให้ข้อพิพาทที่เกิดจากทรัพยากรธรรมชาติตกอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID ได้ หรืออาจใช้แนวทางดังเช่นกรณีของประเทศจีนที่ตั้งข้อสงวนไว้ว่า เฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเงินชดเชยการเวนคืนหรือการโอนเป็นของรัฐเท่านั้นที่ตกอยู่ภายใต้อนุสัญญา ICSID



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย