

บทที่ 6 บทสรุป และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาความตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทตามร่างข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา จะพบว่าร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ มีลักษณะพิเศษคือ มีการกล่าวถึงการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน และในเรื่องของการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น การระงับข้อพิพาทโดยใช้ศูนย์ระงับข้อพิพาทภายใต้ ICSID ก็เป็นทางเลือกทางหนึ่ง ดังนั้นผู้เขียนจึงอยากจะแสดงผลสรุปและข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยผู้เขียนจะขอเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. จากการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้เกิดความกระจ่างชัดในเรื่องความลับสนของการจำแนกนิติบุคคลว่านิติบุคคลนั้นเป็นคนชาติใดกันแน่ ซึ่งจากการพิจารณาร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าการจำแนกนิติบุคคลนั้นในบทบัญญัติดังกล่าวก็ใช้เกณฑ์ตามกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดาในการใช้กฎหมายภายในกำหนดเรื่องการเป็นคนชาติของนิติบุคคล แต่ในขณะที่เดียวกันในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกานี้ก็มีบทบัญญัติเรื่องของ Denial of Benefits ว่าการที่จะถือว่าใครเป็นนิติบุคคลที่เป็นคนชาติที่อาศัยสิทธิตามความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาได้นั้น จะต้องมิจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด เช่น จะต้องมิจกกรรมทางธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญในดินแดนด้วย ไม่ใช่พิจารณาจากการจดทะเบียนนิติบุคคลแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งทำให้เป็นการจำแนกนิติบุคคลที่ชัดเจนขึ้น ดังนั้นถ้าพิจารณาจากบทบัญญัตินี้อาจสรุปได้ว่า การจำแนกนิติบุคคลจะถือเรื่องการจดทะเบียนเพียงอย่างเดียวในการพิจารณาไม่ได้ จะต้องพิจารณาถึงสาระของจุดเกาะเกี่ยวอื่น ว่ามีความใกล้ชิดหรือไม่ ซึ่งจะทำให้การพิจารณาเรื่องนิติบุคคลนี้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่าการจำแนกนิติบุคคลดังกล่าวให้เกิดความชัดเจน จะต้องพิจารณาจากหลักความเป็นเจ้าของนิติบุคคล, หลักการบริหารจัดการนิติบุคคล, หลักการควบคุม, หลักการจดทะเบียน โดยพิจารณาจากน้ำหนักของจุดเกาะเกี่ยวที่ผูกพันนิติบุคคลนั้น

2. แม้ว่าประเทศไทยไม่ได้เข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ดังนั้น ถ้าหากพิจารณาถึงความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาแล้วจะพบว่า หากประเทศไทยกับบริษัทอเมริกันที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท หรือในทางกลับกันเอกชนไทยกับสหรัฐอเมริกาที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท ตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็จะต้องนำเอา ICSID Additional Facility Rules มาใช้ โดยร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐนั้นได้เปิดช่องให้ประเทศไทยซึ่งยังมิได้เป็นภาคีของ ICSID ให้สามารถให้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ อีกทั้งใน ICSID Additional Facility Rules ก็ได้เปิดช่องให้สามารถใช้ได้โดยสอดคล้องกับร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ดังกล่าวด้วย ซึ่งเท่ากับว่าประเทศไทยเข้าไปผูกพันไม่เต็มทืออย่างเต็มที่ที่เข้าผูกพันในอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ เพราะในการยอมรับตาม ICSID Additional Facility Rules นั้น แม้ประเทศไทยไม่ได้เข้าเป็นภาคี ก็สามารถรับเขตอำนาจได้เป็นกรณีๆ ไป

3. ถ้าคู่กรณีจะเลือกกฎหมายในการระงับข้อพิพาท แม้จะไม่ใช่วิธีที่เลือกตาม ICSID ประเทศไทยก็ควรเลือกกฎหมายภายในของไทยเพราะย่อมเป็นประโยชน์แก่ประเทศที่สุดเนื่องจากเป็นกฎระเบียบของเราเอง ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายก็มักต้องการให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งไทยก็ควรเลือกหลักกฎหมายทั่วไปมากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นเรื่องที่เป็นที่ยอมรับในนานาอารยประเทศ ซึ่งดีกว่าการใช้กฎหมายระหว่างประเทศแต่เพียงอย่างเดียว เพราะหลักกฎหมายทั่วไปนั้นอาจหมายถึงหลักตามกฎหมายภายในก็ได้ หรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความยืดหยุ่นกว่าการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว ซึ่งจะทำให้ใช้ได้เฉพาะกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

การที่คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายได้ ไม่ได้หมายความว่าคู่กรณีสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ กล่าวคือคู่กรณีเลือกให้นิติสัมพันธ์ของตนหรือสัญญาของตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และการเลือกกฎหมายนั้นต้องเป็นการเลือกกฎหมายเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับอาณาอำนาจของคู่กรณีที่จะเลือกได้ คือคู่กรณีสามารถจะเลือกกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ หรือเกี่ยวข้องกับทางแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่ไม่สามารถจะไปเลือกกฎหมายอื่น เพราะกฎหมายอื่นนั้นเป็นเรื่องทางมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับทางมหาชนซึ่งเป็นอำนาจของรัฐภายในอยู่แล้ว ซึ่งในกรณีนี้ศาสตร์ว่าด้วย conflict of law มักจะพูดถึงเรื่องกฎหมายมหาชน หรือ "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นกฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่รัฐจะสามารถบังคับ

ใช้กฎหมายเหล่านี้ในดินแดนของตนเองได้อยู่แล้ว คู่กรณีไม่มีสิทธิที่จะเลือก แต่แน่นอนว่าถ้าเลือกกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในแล้ว ถ้าหากรัฐออกกฎหมายภายในที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศในการพิจารณา แต่ถ้าคู่กรณีเลือกกฎหมายภายในอย่างเดียวก็เท่ากับว่าขอเขตการใช้กฎหมายภายในที่เราเลือกมันเฉพาะเรื่องสาระและผลของสัญญา ที่เหลือต้องเป็นไปตามกฎหมายมหาชน ตัวอย่างเช่นถ้ามีการ nationalization (การทำให้เป็นของรัฐ หรือการเข้าควบคุมโดยรัฐ) ทรัพย์สินของเอกชน ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ต้องมีการให้ compensation (ค่าชดเชย) prompt (ทันทีทันใด), effective (อย่างมีประสิทธิภาพ) and adequate (อย่างพอเพียง) ถ้าเลือกกฎหมายภายในแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศมากำกับ หรือใช้คู่ขนานกันไป ก็อาจทำให้คู่กรณีอ้างว่า กฎหมายภายในของแต่ละประเทศไม่ได้เคารพหลักการเรื่อง compensation prompt, effective and adequate แต่ถ้าใช้กฎหมายระหว่างประเทศคู่กับกฎหมายภายในของรัฐภาคี แม้กฎหมายภายในของรัฐภาคีจะไม่ได้มีบัญญัติเรื่องนี้ไว้ หรือบัญญัติแต่ไม่ชัดเจน หรือกฎหมายของรัฐภาคีอาจบัญญัติแต่เพียงว่าให้ชดใช้ค่าเสียหายอย่างสมเหตุสมผล (reasonable) ซึ่งเป็นหลักการที่ประเทศกำลังพัฒนามักใช้กล่าวอ้างอยู่เสมอ ว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติทั้งหลายเป็นของรัฐ เพราะฉะนั้นก็สมควรใช้หลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ โดยใช้หลัก permanent sovereignty over national resources เพราะจะเป็นผลในการอ้างหลักดังกล่าว ดังนั้นถ้าทำสัญญากับเอกชนแล้วไม่ปฏิบัติตามสัญญา และใช้กฎหมายภายในของรัฐภาคี รัฐภาคีก็อาจอ้างว่าเมื่อทรัพยากรนั้นเป็นของรัฐ ดังนั้นก็อาจชดใช้ให้ในลักษณะที่เป็น reasonable compensation ซึ่งเป็นการตีความที่ยากว่าอย่างไรเป็น reasonable compensation และ สมเหตุสมผลในสายตาของใคร แต่ถ้าใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่นิยมในนานาอารยประเทศ หรือประเทศที่เจริญแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ประเทศอุตสาหกรรมยอมรับ ก็จะต้องมีหลักเรื่องที่ว่าหากมีการ nationalization เกิดขึ้น จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) การ nationalization จะต้องมิขึ้นเพื่อผลประโยชน์ในทางมหาชน ในขณะที่เดียวกันก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับบริษัท หรือนิติบุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยทันทีทันใด, อย่างมีประสิทธิภาพ และพอเพียง จะเห็นได้ว่าถ้ามีการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศ เท่ากับว่าจะต้องนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ แต่ถ้าไม่มีการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศเลย เลือกแต่กฎหมายภายในอย่างเดียวผลก็จะทำให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในแต่เพียงอย่างเดียว

4. ข้อกังวลอีกประการในเรื่องนี้ก็คือเรื่องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID ว่ามีผลบังคับใช้โดยตรงโดยผลของสนธิสัญญา ซึ่งถ้าเราเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากองวอชิงตัน ถ้ามีคำชี้

ขาด เราก็จะต้องยอมรับบังคับคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ โดยไม่สามารถทบทวนคำชี้ขาดดังกล่าวได้อีก โดยศาลหรือองค์กรอื่นที่บังคับคำชี้ขาดต้องไม่ทบทวนในเนื้อหาของข้อพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่นไม่เข้าไปรื้อฟื้นการปรับกฎหมายกับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ แม้ศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดจะไม่เห็นด้วยกับการปรับกฎหมายของอนุญาโตตุลาการและเห็นว่าเป็นการปรับกฎหมายผิดก็ตาม เป็นต้น เพราะคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ นั้นมีผลเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุด ดังนั้นรัฐก็ไม่อยากเข้าไปร่วมเป็นภาคีด้วย

แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ แต่อย่างไรก็ตาม ในอนาคตประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐแล้ว หากเกิดข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว และมีการตกลงกันให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เราก็จะไม่ได้นำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการผ่านทางกระบวนการของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ แต่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการผ่านทางกระบวนการของ ICSID Additional Facility Rules แทน ซึ่งใน ICSID Additional Facility Rules นั้นคำชี้ขาดไม่ได้มีข้อห้ามในการอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด และไม่ได้มีผลเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้วด้วย ดังนั้นในกรณีนี้ หากคู่กรณีต้องการนำคำชี้ขาดดังกล่าวมาบังคับในประเทศไทย คำชี้ขาดดังกล่าวสามารถถูกคัดค้านและไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 43 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือศาลอาจยกเหตุกล่าวอ้างในการปฏิเสธคำชี้ขาดตามมาตรา 44 พระราชบัญญัติเดียวกันได้ด้วย หรือกล่าวโดยสรุปก็คือ คำชี้ขาดดังกล่าวสามารถตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งได้ ไม่ใช่การบังคับตามคำชี้ขาดโดยอัตโนมัติอย่างคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน แต่ใช้วิธีการบังคับตามคำชี้ขาดตามปกติตามกฎหมายภายในได้ ดังนั้นข้อกังวลว่าคำชี้ขาดเข้ามาโดยตรงและเราต้องบังคับเลยไม่สามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้นั้น จึงไม่เป็นปัญหาอีกต่อไป เพราะเราสามารถใช้กระบวนการของ ICSID Additional Facility Rules ได้

5. การเลือกกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้นเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ดีกว่าการระงับข้อพิพาทประเภทอื่น เช่น การอนุญาโตตุลาการโดย ICC (International Chamber of Commerce) ซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มุ่งไปทางการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน แม้ว่า ICC จะสามารถใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนได้ แต่ก็ไม่ชำนาญเท่า ICSID ที่จัดตั้งมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1965 ซึ่งมีประสบการณ์ในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนชัดเจน ดังนั้นในเมื่อ ICSID มีความสามารถ

เฉพาะทางมากกว่าและมีประสบการณ์มากกว่าในเรื่องของข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน รวมทั้ง ICSID เป็นศูนย์อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมากกว่าทั้งในประเทศอุตสาหกรรม และในประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา การนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการ ICSID ก็น่าที่จะเป็นทางเลือกที่เหมาะสม เพราะทางสหรัฐอเมริกาเองก็ยอมรับหลักการของ ICSID โดยการให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ อีกทั้งประเทศไทยก็มีช่องทางรับเลือกเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการได้ว่าจะใช้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ใด ดังนั้นจึงทำให้ประเทศไทยสามารถ และควรที่จะใช้ช่องทางดังกล่าวของ ICSID เพราะกระบวนการของ ICSID นั้นสะดวกทั้งในเรื่องของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการกำหนดไว้ชัดในอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ แล้ว, การเลือกกฎหมายก็เคารพต่อการแสดงเจตนารมณ์ของประเทศไทยอย่างชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งจากข้อดีที่ได้กล่าวมานั้นจึงเป็นเหตุผลให้ประเทศไทยควรเลือกการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID