



บทที่ 4

มาตรการการเยียวยาความเสียหายของ ICSID

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงมาตรการการเยียวยาความเสียหายของอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยจะแยกอธิบายเป็น 8 ส่วน ส่วนที่ 1 มาตรการการเยียวยาความเสียหายของ ICSID ส่วนที่ 2 การแก้ไข การเพิ่มเติม การตีความและการทบทวนคำชี้ขาด (rectification, supplement, interpretation and revision of award) ส่วนที่ 3 การยกเลิกคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนที่ 4 การยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1) ของอนุสัญญา ICSID ส่วนที่ 5 ข้อพิพาทต่าง ๆ ของ ICSID ที่มีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ส่วนที่ 6 การตีความและการใช้มาตรา 52 ของคณะกรรมการเฉพาะกิจของ ICSID (ICSID ad hoc Committee) ส่วนที่ 7 การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุสัญญา ICSID ส่วนที่ 8 การอนุวัติการตามอนุสัญญา ICSID ของรัฐภาคีบางรัฐ

1. มาตรการการเยียวยาความเสียหายของ ICSID

ในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งเป็นที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อ "อนุสัญญา ICSID" หรือ "อนุสัญญาออดิงตัน 1965" เป็นอนุสัญญาที่ได้สร้างระบบการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะสมบูรณ์ในตัวเองโดยไม่ต้องอาศัยระบบอื่น (Broches, 1991 : 322) ขึ้นมา โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้มีการตั้งศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes-ICSID) ซึ่งเป็นสถาบันระหว่างประเทศขึ้นมาทำหน้าที่เป็นหน่วยบริหารงานอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ชี้ขาดตามอนุสัญญา "จะผูกมัดคู่กรณีทุกฝ่าย และไม่สามารถจะอุทธรณ์คำชี้ขาดหรือแก้ไขคำชี้ขาดโดยวิธีอื่นได้ นอกจากวิธีที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเท่านั้น..." (มาตรา 53 (1) ซึ่งบัญญัติว่า "The award shall be binding on the

parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention...) ซึ่งการแก้ไขคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติม (rectification) การตีความคำชี้ขาด (interpretation) การทบทวนคำชี้ขาด (revision) และการยกเลิกคำชี้ขาด (annulment) การแก้ไขคำชี้ขาดทั้งสี่วิธีนี้จะใช้ได้เฉพาะภายใต้บังคับแห่งอนุสัญญาเท่านั้น (มาตรา 50 ถึง 52) และกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดจะต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเท่านั้น ไม่อาจนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการของระบบอื่นมาใช้ได้ นอกจากนี้ คู่กรณีทุกฝ่ายก็ยังไม่อาจคัดค้านกระบวนการหรือขอให้ศาลภายในยกเลิกคำชี้ขาดที่ทําขึ้นภายใต้อนุสัญญาต่อศาลได้ ไม่ว่าศาลภายในนั้นจะเป็นศาลภายในของรัฐคู่สัญญาหรือรัฐใด บทบาทของศาลภายในจะถูกจำกัดไว้เฉพาะเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ทําให้ศาลภายในของรัฐคู่สัญญาไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงหรือเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของ ICSID ได้ จุดนี้ทําให้ระบบของ ICSID เป็นการอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะสมบูรณ์ในตัวเอง เมื่อรัฐใดเป็นภาคีของอนุสัญญาแล้ว ศาลภายในของรัฐภาคนั้นจะต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดของ ICSID ผูกมัดและบังคับได้เสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแห่งรัฐของตน ไม่ว่าคู่กรณีในกระบวนการนั้นจะเป็นรัฐภาคีเองหรือเป็นคนชาติของรัฐภาคนั้นก็ตาม และการขอให้ศาลภายในของรัฐภาคีโดยยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID นั้น คู่กรณีเพียงแต่ยื่นสำเนาคำชี้ขาดซึ่งรับรองถูกต้องแล้วเท่านั้น (มาตรา 54)

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรา 53 และมาตรา 54 คำว่า "คำชี้ขาด" ยังหมายความรวมถึงคำตัดสินใด ๆ ที่ได้แก้ไขคำชี้ขาด ทบทวนคำชี้ขาด หรือยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 50 มาตรา 51 และมาตรา 52 ด้วย (มาตรา 53(2)) นอกจากนี้มาตรา 53 ยังได้แยกเรื่อง "การอุทธรณ์" ซึ่งเป็นการตรวจสอบกระบวนการชี้ขาดและเนื้อหาแห่งคำชี้ขาดโดยองค์กรอื่นที่จะมีผลในการกลับหรือเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดออกจากการเยียวยาคำชี้ขาดโดยวิธีต่าง ๆ ที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญา และห้ามการอุทธรณ์คำชี้ขาดไว้ด้วย (Caron, 1992 : 23) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญา ICSID จะห้ามเรื่องการอุทธรณ์ไว้โดยเด็ดขาด แต่ก็ได้ยอมให้มีการเยียวยาคำชี้ขาดโดยวิธีอื่น ๆ เท่าที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาได้ดังได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

เงื่อนไขในการยื่นคำร้องขอให้มีการตีความคำชี้ขาดคือ เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในเรื่องความหมายและขอบเขตของคำชี้ขาด (มาตรา 50(1)) ถ้าสามารถทําได้ คำร้องขอให้ตีความคำชี้ขาดจะต้องยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะเดิมซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ถ้า

ไม่สามารถทำได้ ก็จะต้องตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นมาใหม่ตามบทบัญญัติของอนุสัญญา (มาตรา 50 (2) ซึ่งบัญญัติว่า "The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this is not possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considered that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.) การตีความคำชี้ขาดนี้จะไม่กระทบถึงความถึงที่สุดของคำชี้ขาด (res judicata) เพราะการตีความคำชี้ขาดไม่ใช่การตรวจสอบคำชี้ขาด แต่การตีความคำชี้ขาดจะเป็นเพียงการพิจารณาถึงความหมายและขอบเขตของคำชี้ขาดเท่านั้น โดยปกติการตีความคำชี้ขาดควรจะกระทำโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดนั่นเอง แต่โดยที่อนุสัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอให้มีการตีความคำชี้ขาดไว้ การตีความคำชี้ขาดจึงอาจจะต้องกระทำโดยคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจมีองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการเดิมเพียงบางส่วน หรือไม่มีองค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการเดิมเลย แต่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการใหม่ทั้งหมดก็ได้ มาตรา 50 ของอนุสัญญา ICSID คล้ายกับมาตรา 60 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of International Court of Justice) ที่บัญญัติไว้ว่า "The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of judgment, the court shall construe it upon the request of any party." และ Permanent Court of International Justice ได้ตีความคำว่า "การตีความ" ว่าหมายถึงการให้คำจำกัดความหรือความหมายและขอบเขตที่แท้จริงซึ่งศาลตั้งใจที่จะตัดสินในข้อพิพาทนั้น) (Broches, 1991 : 323)

ส่วนการขอให้ทบทวนคำชี้ขาด จะทำได้ในกรณีที่พบข้อเท็จจริงที่มีผลกระทบกระเทือนต่อคำชี้ขาดในภายหลัง โดยมีเงื่อนไขว่าข้อเท็จจริงนั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงที่คณะอนุญาโตตุลาการและผู้ยื่นคำร้องไม่อาจทราบได้ และการไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ยื่นคำร้อง (มาตรา 51(1) ซึ่งบัญญัติว่า "Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was

rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the application and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.) มาตรา 51 ของอนุสัญญา ICSID จะคล้ายกับมาตรา 61(1) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ว่า "based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgement was given, unknown to the court and also to the party claiming revision always provided that such ignorance was not due to negligence." คำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาดจะต้องยื่นภายใน 90 วันนับแต่วันทราบข้อเท็จจริงนั้นและไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด ต้องไม่เกิน 3 ปีนับแต่วันที่คำชี้ขาด (มาตรา 51(2) ซึ่งบัญญัติว่า "The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered.") คำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาดก็เช่นเดียวกับคำร้องขอให้ตีความคำชี้ขาด กล่าวคือยื่นต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ซึ่งชี้ขาดข้อพิพาทนั้น แต่ถ้าไม่สามารถทำได้ ก็ยื่นต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ใหม่ซึ่งแต่งตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา (มาตรา 51(3) ซึ่งบัญญัติว่า "The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.")

ข้อสังเกตประการหนึ่งก็คือ เนื่องจากระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาดได้นั้นเป็นระยะเวลาที่ยาวโดยบัญญัติให้เวลาไว้ถึง 3 ปี ดังนั้นในการทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้ โดยมากมักจะไม่สามารถให้คณะกรรมการคณะเดิมเป็นผู้ทบทวนคำชี้ขาดของตนได้ จึงมักมีการตั้งคณะกรรมการอุทธรณ์ใหม่ขึ้นมาพิจารณาทบทวนคำชี้ขาดดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่จึงควรต้องทำการพิจารณาคำชี้ขาดที่ได้ทำโดยคณะกรรมการคณะเดิมอย่างระมัดระวัง เพื่อไม่ให้เกิดการทบทวนเกินกว่าคำชี้ขาดของคณะกรรมการคณะเดิม กล่าวคือ จะต้องจำกัดการทบทวนไว้เฉพาะในประเด็นที่ปรากฏขึ้นในข้อเท็จจริงใหม่เท่านั้น

ส่วนการยกเลิกคำชี้ขาด จะแตกต่างจากการตีความคำชี้ขาดและการทบทวนคำชี้ขาดอย่างสิ้นเชิง เพราะการตีความคำชี้ขาดจะไม่กระทบกระเทือนถึงความถึงที่สุดของคำชี้ขาดเลย

ส่วนการทบทวนคำชี้ขาดนั้นแม้จะกระทบกระเทือนถึงความถึงที่สุดของคำชี้ขาดก็ตาม แต่ก็มิเอนใจว่าจะไม่มีคำชี้ขาดนั้น ถ้าข้อเท็จจริงที่สำคัญที่ปรากฏภายหลังจากนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะพิจารณา และการไม่รู้ข้อเท็จจริงก็ไม่ไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของคณะอนุญาโตตุลาการ ในทางกลับกัน การยกเลิกคำชี้ขาดเป็นการพิจารณาที่มีเหตุมาจากความผิดพลาดแห่งกระบวนการพิจารณาชี้ขาด หรือมีเหตุมาจากการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม กระบวนการยกเลิกคำชี้ขาดก็ยังคงแตกต่างจากการอุทธรณ์ เนื่องจากการยกเลิกคำชี้ขาดไม่ใช่การตรวจสอบเนื้อหาแห่งคำชี้ขาดและไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาด แต่การยกเลิกคำชี้ขาดจะมีผลอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้เท่านั้น คือ ให้คำชี้ขาดนั้นยังคงอยู่ หรือให้คำชี้ขาดสิ้นสุดลงไม่มีผลผูกมัดคู่กรณีทุกฝ่ายอีกต่อไป

2. การแก้ไข การเพิ่มเติม การตีความ และการทบทวนคำชี้ขาด (rectification, supplement, interpretation and revision of award)

เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทแล้วก็จะหมดอำนาจหน้าที่ (functus officio) การแก้ไข การเพิ่มเติม การตีความ และการทบทวนคำชี้ขาดเป็นสิ่งที่จำเป็นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะถ้าคู่กรณีไม่อาจขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไข เพิ่มเติม ตีความ หรือทบทวนคำชี้ขาดได้ ก็อาจจะต้องขอให้ศาลแก้ไข เพิ่มเติม ตีความ หรือทบทวนคำชี้ขาดแทน ซึ่งอาจเป็นการทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดล่าช้าลงและเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังจะกระทบกระเทือนถึงความถึงที่สุดของคำชี้ขาด ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการล่าช้า และถ้าศาลต้องพิจารณาคำชี้ขาดทั้งหมดเพื่อแก้ไข หรือตีความคำชี้ขาด ก็อาจกลายเป็นการอุทธรณ์ใหม่ ซึ่งเป็นการทำลายประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ เพราะมีนักกฎหมายบางคนกล่าวว่าการอนุญาโตตุลาการที่จบลงด้วยการเสนอคดีต่อศาลเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีประสิทธิภาพ (Feldman, 1987 : 110)

2.1 การแก้ไข การตีความ และการทบทวนคำชี้ขาดตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID (ICSID Arbitration Rules)

การแก้ไข การตีความ และการทบทวนคำชี้ขาดของอนุสัญญา ICSID มีบัญญัติไว้ใน

มาตรา 49(2) และมาตรา 50-51 และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อ 49-51 (โปรดดู ICSID Doc. 15, ICSID Basic Documents (Jan. 1985))

มาตรา 49(2) ของอนุสัญญา ICSID และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อ 49 ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่จะแก้ไขคำชี้ขาดที่มีข้อผิดพลาด เนื่องจากการพิมพ์ การคำนวณตัวเลข และข้อผิดพลาดทางอื่นที่เหมือนกัน และให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการเพิ่มเติมคำชี้ขาด ในกรณีที่ไม่ได้ตัดสินข้อพิพาทประเด็นใดไว้ โดยกำหนดให้คู่กรณีที่ต้องการขอให้แก้ไขหรือเพิ่มเติมคำชี้ขาดอาจยื่นคำร้องภายใน 45 วันนับแต่วันที่คำชี้ขาด เลขานุการของ ICSID จะปฏิเสธไม่รับคำร้องที่ยื่นเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวไว้

มาตรา 50 ของอนุสัญญา ICSID และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อ 50 ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการตีความคำชี้ขาด โดยบัญญัติว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับความหมายของคำชี้ขาด คู่กรณีอาจยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเลขานุการขอให้ตีความคำชี้ขาด และถ้าสามารถทำได้คำร้องขอเช่นว่านี้จะต้องเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งทำคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่อาจทำได้ ก็ให้ตั้งคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ตามบทบัญญัติในหมวด 2 ลักษณะ 4 ขึ้นเพื่อพิจารณาคำร้องขอดังกล่าว และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร จะให้ทุเลาการบังคับคดีไว้จนกว่าจะมีคำตัดสินก็ได้

มาตรา 51 ของอนุสัญญา ICSID และข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อ 51 ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการทบทวนคำชี้ขาด เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงใด ๆ ภายหลังจากที่มีคำชี้ขาดแล้ว (ข้อควรสังเกตคือ แม้ว่าการยกเลิกคำชี้ขาดจะเป็นการทบทวนคำชี้ขาดก็ตาม แต่การทบทวนคำชี้ขาดตามมาตรา 51 ก็แตกต่างจากการยกเลิกคำชี้ขาด การทบทวนคำชี้ขาดตามมาตรา 51 หมายถึงการทบทวนคำชี้ขาดกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ส่งผลต่อคำชี้ขาด ภายหลังจากที่มีคำชี้ขาดแล้ว (revision) ส่วนการยกเลิกคำชี้ขาดเป็นการทบทวนคำชี้ขาด เนื่องจากมีเหตุบางเหตุที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสูญเสียความยุติธรรมไป (review) หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งมีผลต่อคำชี้ขาดภายหลังจากที่มีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีอาจยื่นคำร้องต่อเลขานุการขอให้ทบทวนคำชี้ขาดได้ แต่การไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้น คณะอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีจะต้องไม่ทราบมาก่อน และการไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นต้องไม่มาด้วยความประมาทเลินเล่อของคู่กรณี คำร้องขอเช่นว่านี้ ต้องยื่นภายใน 90 วันนับแต่วันที่พบข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น และไม่ว่าในกรณีใด ต้องไม่เกิน 3 ปีนับแต่วันที่คำชี้ขาด ถ้าสามารถทำได้ คำร้องขอเช่นว่านี้จะต้องเสนอต่อคณะอนุญาโต

ตุลาการซึ่งทำคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่อาจทำได้ ก็ให้ตั้งคณะกรรมการคณะใหม่ตามบทบัญญัติใน หมวด 2 ลักษณะ 4 ขึ้นเพื่อพิจารณาคำร้องขอดังกล่าว และถ้าคณะกรรมการเห็นสมควร จะให้ทุเลาการบังคับคดีไว้จนกว่าจะมีคำตัดสินก็ได้ และถ้าในคำร้องขอดังกล่าว คู่กรณีได้ขอให้ ทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาดด้วย ก็ให้คณะกรรมการทุเลาการบังคับคดีไว้ชั่วคราวจนกว่า คณะกรรมการจะตัดสินคำร้องขอดังกล่าว

ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID พัฒนาไปมากกว่าข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ ของสถาบันอื่น เพราะอนุญาโตให้แต่งตั้งคณะกรรมการคณะใหม่ขึ้นมาเพื่อตีความและทบทวน คำชี้ขาดได้ ถ้าหากไม่สามารถแต่งตั้งคณะกรรมการคณะเดิมได้ (Redfern and Hunter, 1991 : 375)

2.2 การแก้ไข การเพิ่มเติม และการตีความคำชี้ขาดของข้อบังคับการอนุญาโต ตุลาการของ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules)

ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL มาตรา 35 เป็นมาตราที่เกี่ยวกับการ ตีความคำชี้ขาด ระเบียบวิธีว่า (1) ภายใน 30 วันนับแต่วันที่คำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หลังจากที่ได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ อาจร้องขอให้คณะกรรมการตีความคำชี้ขาด และ (2) คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องตีความคำชี้ขาดโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 45 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอดังกล่าว การตีความนี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด และให้แนบบทบัญญัติ มาตรา 32(2) ถึงมาตรา 32(7) มาใช้บังคับ

ส่วนมาตรา 36 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขคำชี้ขาด ซึ่งบัญญัติไว้ว่าภายในเวลา 30 วันนับแต่วันที่คำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหลังจากที่ได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ อาจ ร้องขอให้คณะกรรมการแก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดจากการพิมพ์ การคำนวณ หรือข้อผิดพลาด อื่น ๆ ที่คล้ายกัน คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องแก้ไขคำชี้ขาดโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอดังกล่าว การแก้ไขคำชี้ขาดต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และให้แนบบท บัญญัติมาตรา 32(2) ถึงมาตรา 32(7) มาใช้บังคับ

สำหรับมาตรา 37 เป็นมาตราที่บัญญัติเกี่ยวกับการเพิ่มเติมคำชี้ขาด ระเบียบวิธีว่าภายใน เวลา 30 วันนับแต่วันที่คำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหลังจากที่ได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ

อาจร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมคำชี้ขาด uly ตัดสินในประเด็นข้อพิพาทที่ได้เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ปรากฏในคำชี้ขาด

มาตรา 37(2) บัญญัติว่าถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องมีเหตุสมควร และการแก้ไขอาจทำได้โดยการเพิ่มเติมคำชี้ขาด uly ไม่จำเป็นต้องรับฟังยานหลักฐานหรือพิจารณาใหม่ ก็ให้คณะอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมคำชี้ขาดภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องดังกล่าว

มาตรา 37(3) uly ำหนดบทบัญญัติมาตรา 32(2) ถึงมาตรา 32(7) มาใช้บังคับในการเพิ่มเติมคำชี้ขาด

จะเห็นได้ว่าตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL นอกจากมีการกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องแล้ว ยังมีการกำหนดระยะเวลาในการแก้ไข uly ความ หรือเพิ่มเติมคำชี้ขาดไว้ด้วย ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีของ ICSID แล้ว จะเห็นว่า ICSID มีเพียงกำหนดเวลาที่คู่กรณีจะยื่นคำร้อง (เว้นแต่กรณีการทบทวนคำชี้ขาด) แต่ไม่มีกำหนดเวลาสำหรับอนุญาโตตุลาการที่จะแก้ไข เพิ่มเติม หรือตีความคำชี้ขาด นอกจากนี้ ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ก็ไม่มีการบัญญัติถึงการทบทวนคำชี้ขาดด้วย

2.3 การแก้ไข การเพิ่มเติม และการตีความคำชี้ขาดของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC) (ICC Arbitration Rules)

ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICC ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไข การเพิ่มเติม และการตีความคำชี้ขาด uly ำงไรก็ตาม ถ้าคู่กรณีตกลงใช้การอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน ICC และเลือกใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับกับข้อพิพาท ผลก็จะเช่นเดียวกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL คือ คู่กรณีอาจขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไข uly ความ หรือเพิ่มเติมคำชี้ขาดได้ แต่กรณีนี้จะไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอให้แก้ไข uly ความ หรือเพิ่มเติมคำชี้ขาด และในกรณีที่ไม้อาจให้คณะอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมพิจารณาได้ ก็ให้ศาลฝรั่งเศสเป็นผู้ตีความ แก้ไข หรือเพิ่มเติมคำชี้ขาด (French law Decree 1980 มาตรา 35 อ้างถึงใน Stein and Wotman, 1983 : 1721)

3. การยกเลิกคำชี้ขาดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

บทบัญญัติมาตรา 53(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นที่ว่า "คำชี้ขาดจะมีผลผูกพันคู่กรณีทุกฝ่าย (The award shall be binding on the parties...)" และที่ว่า "คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามเนื้อความแห่งคำชี้ขาด (each party shall abide by and comply with the terms of the award)" นั้นเป็นการอ้างอิงถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีรากฐานมาจากแนวความคิดเรื่อง *pacta sunt servanda* และ *res judicata* (Broches, 1991 : 324)

ในอดีตปัญหาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐประการหนึ่งคือ การทำฝ่ายที่แพ้คดียอมรับและผูกพันตามคำชี้ขาด เพราะฝ่ายที่แพ้คดีมักจะไม่ยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาด โดยจะอ้างว่าคำชี้ขาดเป็นโรมมะ และการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐก็ไม่อยู่ภายใต้สถาบันใด จึงไม่มีวิธีการที่จะตรวจสอบคำชี้ขาดว่าถูกต้องหรือไม่ (Broches, 1987 : 289) จากปัญหานี้ทำให้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (U.N. International Law Commission) พยายามที่จะทำให้คำชี้ขาดถึงที่สุด โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างหลักความถึงที่สุด (*res judicata*) กับหลักสุจริตกระบวนการ (*due process*) คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ประชุมเพื่อยกร่างวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการหลายครั้งในช่วงปี ค.ศ. 1952 ถึง ค.ศ. 1953 ซึ่งการพิจารณาของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศนับเป็นจุดเริ่มต้นของหลักและรูปแบบการยกเลิกคำชี้ขาดระหว่างประเทศ และหลักและรูปแบบดังกล่าวก็เป็นที่มาของอนุสัญญา ICSID ด้วย ทั้งนี้เนื่องจากเหตุแห่งการยกเลิกคำชี้ขาดในอนุสัญญา ICSID มีที่มาจากร่างของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติที่ยกร่างในปี ค.ศ. 1953 โดยผู้ร่างอนุสัญญา ICSID ใต้นามแนวทางที่นาย Scelle เสนอต่อคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ (ซึ่งแนวทางที่นาย Scelle นามมาใช้นี้ก็มาจากข้อเสนอของนาย Szymon Rundstein ที่เสนอต่อคณะกรรมการกฎหมายของสันนิบาตชาติ (League of Nation) ในปี ค.ศ. 1928 อีกทีหนึ่ง) (Broches, 1991 : 324-327 และ Reisman, 1992 : 48-49) อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ICSID ฝ่ายหนึ่งไม่ใช้รัฐอนุสัญญา ICSID จึงไม่อาจบัญญัติให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นองค์กรตรวจสอบคำชี้ขาด

ได้ ทั้งนี้เพราะมาตรา 34(1) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศบัญญัติให้เฉพาะรัฐเท่านั้นที่อาจเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Only States may be parties in cases before the Court) อนุสัญญาจึงไม่อาจนำระบบการควบคุมทั้งที่เสนอสันนิบาตชาติและในคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ได้ (Reisman, 1989 : 754) ผู้ร่างอนุสัญญาจึงต้องคิดสร้างองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบคำชี้ขาดคำชี้ขาดขึ้นมา แต่โดยที่แนวคิดของอนุสัญญา ICSID คือ การสร้างองค์กรที่เป็นกลางขึ้นมาระงับข้อพิพาท การกำหนดให้ศาลภายในเป็นองค์กรควบคุม ก็จะเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ผู้ร่างอนุสัญญาจึงสร้างคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นมาทำหน้าที่ควบคุมการอนุญาโตตุลาการในระบบของ ICSID

4. การยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 ของอนุสัญญา ICSID

มาตรา 52 ของอนุสัญญา ICSID เป็นมาตราที่กำหนดวิธีการเยียวยาคำชี้ขาดของ ICSID โดยการยกเลิกคำชี้ขาดไว้ เนื้อหาของมาตรา 52 เรียงตามลำดับมีดังนี้ เหตุแห่งการยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด (อนุมาตรา 1) ระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดต้องยื่นภายใน 120 วันหลังจากที่ได้มีคำชี้ขาด เว้นแต่กรณีที่คำร้องขอขึ้นเนื่องมาจากเหตุการณ์รับสินบน (อนุมาตรา 2) กระบวนการยกเลิกคำชี้ขาด (อนุมาตรา 3) การนำบทบัญญัติบางมาตราในอนุสัญญา ICSID มาใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม (อนุมาตรา 4) รูปแบบของการทูลเกล้าการบังคับตามคำชี้ขาด (อนุมาตรา 5) และการยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ภายหลังจากที่มีการยกเลิกคำชี้ขาด (อนุมาตรา 6)

4.1 เหตุยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 (1)

มาตรา 52(1) บัญญัติไว้ว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้โดยยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเลขาธิการโดยอ้างเหตุใดเหตุหนึ่งหรือหลายเหตุดังต่อไปนี้

- (a) ไม่ได้แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการอย่างถูกต้อง
- (b) คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาเกินขอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง

- (c) สมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการส่วนหนึ่งได้รับสินบน
- (d) มีการพิจารณาแตกต่างจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา
- (e) คำชี้ขาดนั้นไม่ได้ให้เหตุผลที่ใช้ในการชี้ขาดไว้

คำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดในข้อพิพาทสองสามคดีที่ผ่านมา เป็นคำร้องขอที่ได้อ้าง เหตุตามข้อ (b) (d) และ/หรือ (e) เท่านั้น ส่วนเหตุตาม (a) และ (c) นั้น ในการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดที่ผ่านมายังไม่เคยมีการอ้างถึงเหตุทั้งสองเหตุนี้ จึงจะไม่พิจารณาถึง การพิจารณาเหตุตาม (b) (d) และ (e) นี้จะพิจารณาเรียงลำดับตามประวัติการร่างอนุสัญญาและ เหตุผลซึ่งรองรับเหตุทั้งสามเหตุ ทั้งนี้เพื่อที่จะใช้เป็นพื้นฐานและเป็นแนวความคิดในการวิเคราะห์ การตีความเหตุทั้งสามของคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad Hoc Committee) อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะพิจารณาเหตุต่าง ๆ เหล่านี้จำเป็นต้องกล่าวถึงประเด็นอื่นก่อน

การยกเลิกคำชี้ขาดจะสามารถทำได้เฉพาะกรณีที่กำลังตัดสินนั้นเป็น "คำชี้ขาด" เท่านั้น การเริ่มกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาด ในเบื้องต้นจะเริ่มด้วยการตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจ ว่ากรณีนั้น ๆ สามารถยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อเลขาธิการ ของ ICSID ได้รับคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดแล้ว ก็สามารถใช้อดุลพินิจไม่จดทะเบียนคำร้องดังกล่าวก็ได้ หากเห็นว่าคำร้องนั้นไม่ใช่คำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด (ที่ผ่านมา เลขาธิการของ ICSID ได้ใช้อำนาจไม่จดทะเบียนคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดในคดี 2 คดีคือ ใน คดี Holiday Inns/Occidental Petroleum v. Morocco (Case ARB/72/1) และในคดี S.P.P. (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (Case ARB/84/3)) นอกจากนี้ แม้ว่าเลขาธิการของ ICSID จะจดทะเบียนคำร้องแล้วก็ตาม แต่หากคณะกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีนั้น ๆ ไม่อาจรับคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ ก็มีอำนาจที่จะไม่รับคำร้องนั้น และอาจตัดสินให้ผู้ยื่นคำร้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้ (ดู เทียบกับ U.S. Federal Rules of Civil Procedure ข้อ 11 และมาตรา 700 ของ Nouveau Code Francais de Procedure Civile คำตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจที่ ำให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนนี้ก็ไม่อาจขอให้ทบทวนได้ (ถึงที่สุด) และสามารถบังคับได้ดังเช่นคำชี้ขาด (มาตรา 53(2))

4.1.1 คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาเกินขอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง
(มาตรา 52 (1)(b))

มาตรา 52(1)(b) ได้บัญญัติให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้กรณีที่มีการใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดแจ้ง (exces de pouvoir) ตัวอย่างเช่นการใช้อำนาจเกินขอบเขตของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (compromissory clause หรือ Compromis) หรือตัวอย่างเช่นการชี้ขาดเกินคำร้องขอ (ultra petita) รูปแบบของการใช้อำนาจเกินขอบเขตอาจจะเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 42 ของอนุสัญญาซึ่งเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท ข้อควรระวังก็คือจะต้องแยกแยะระหว่างการไม่ใช้กฎหมายกับการใช้กฎหมายผิด

ในการประชุมของคณะกรรมการกฎหมาย (Legal Committee) ซึ่งเป็นการประชุมเพื่อจะแนะนำคณะกรรมการบริหาร (Executive Directors) ของธนาคารโลกในการยกร่างร่างอนุสัญญา ICSID ได้มีการเสนอให้ "การใช้กฎหมายผิดอย่างชัดแจ้ง" (manifestly incorrect application of the law) เป็นเหตุหนึ่งแห่งการยกเลิกคำชี้ขาด แต่ข้อเสนอนี้ตกไปโดยคะแนนเสียง 17 ต่อ 8 (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 103 : 853-854)

การยกเลิกคำชี้ขาดเป็นการเยียวยาคำชี้ขาดที่จำกัด จึงได้มีการย้ำว่าต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการใช้อำนาจเกินขอบเขต และเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดแจ้ง จึงจะเป็นเหตุให้ขอยกเลิกคำชี้ขาดได้ ในร่างเบื้องต้น (Preliminary Draft) ซึ่งเป็นร่างที่ใช้เป็นแนวทาง (working paper) ในการพิจารณาในการประชุมผู้เชี่ยวชาญในระดับภูมิภาคของธนาคารโลกไม่ได้บัญญัติคำขยายคำว่า "ชัดแจ้ง" ไว้ คำ ๆ นี้เป็นคำที่เสนอโดยนาย Bertram (สาธารณรัฐเยอรมัน) (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 29 : 423) และเป็นคำที่คณะกรรมการของธนาคารโลกได้บัญญัติไว้ในร่างครั้งที่หนึ่ง (First Draft) ซึ่งเป็นร่างที่ใช้เป็นแนวทาง (working paper) ในการพิจารณาในการประชุมคณะกรรมการกฎหมายของธนาคารโลกด้วย และในระหว่างการประชุมของคณะกรรมการกฎหมายของธนาคารโลกเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติการยกเลิกคำชี้ขาด ผู้แทนของอินเดียและไต้หวันได้เสนอขอให้มีการลบคำว่า "ชัดแจ้ง" ออก แต่ข้อเสนอดังกล่าวได้ถูกคัดค้านโดยผู้แทนเยอรมันและตกไปโดยเสียงส่วนมาก (23 ต่อ 11) (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 103 : 851-852)

4.1.2 มีการพิจารณาแตกต่างจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา
(มาตรา 52 (1)(d))

มาตรา 52(1)(d) นี้เป็นเหตุอีกเหตุหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นความเห็นของผู้ร่างว่าผู้ร่างเห็นว่าการยกเลิกคำชี้ขาดเป็นวิธีการเยียวยาพิเศษ จึงได้บัญญัติข้อจำกัดขึ้นอีกสองประการคือ วิธีพิจารณา (rule of procedure) จะต้องเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา (fundamental) และการตัดสินที่แตกต่างไปจากหลักพื้นฐานของวิธีพิจารณานั้นจะต้องร้ายแรง (serious) (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 103 : 854)

4.1.3 คำชี้ขาดนั้นไม่ได้ให้เหตุผลที่ใช้ในการชี้ขาดไว้ (มาตรา 52(1)(e))

ในร่างอนุสัญญาเบื้องต้น (Preliminary Draft) ได้มีการยกเหตุตามมาตรา 52(1)(e) มาเป็นตัวอย่างของกรณีการพิจารณาแตกต่างไปจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาอย่างร้ายแรง (Art. IV Sec.13(1)(c) บัญญัติว่า "that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure *including failure to state the reason for the award.*" ปรคต History, Vol. I, Pt. I, Doc. 24 : 230) ส่วนในร่างครั้งแรก (First Draft) ได้มีการให้อำนาจแก่คู่กรณีทั้งหมดที่จะตกลงกันว่าไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในการชี้ขาด (History, Vol. I, Pt. I, Doc. 24 : 212) แต่การจะบัญญัติเงื่อนไขว่าคู่กรณีทุกฝ่ายอาจจะตกลงกันได้ว่าไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในการชี้ขาดลงนามบัญญัติของร่างอนุสัญญาเบื้องต้นนั้นจะทำให้เกิดความค่อนข้างสับสน ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงความสับสน เหตุยกเลิกคำชี้ขาดกรณีคำชี้ขาดที่ไม่ได้ให้เหตุผลไว้ เว้นแต่การที่ไม่ได้ให้เหตุผลนั้นเกิดเนื่องจากความสมัคใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงถูกบัญญัติไว้เป็นเหตุต่างหากอีกเหตุหนึ่ง และยังคงบัญญัติเป็นเหตุต่างหากตลอดมา เพียงแต่ในภายหลังคณะกรรมการกฎหมายได้ตัดข้อยกเว้นการสละสิทธิของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายออกไป (History, Vol. I, Pt. I, Doc. 24 : 232)



4.2 คำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(2)

มาตรา 52(2) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ซึ่งได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด จะต้องยื่นภายในระยะเวลา 120 วันนับแต่วันที่คำชี้ขาด เว้นแต่กรณีการยกเลิกคำชี้ขาดเนื่องมาจากการรับสินบน กรณีการรับสินบนนี้ มาตรา 52(2) กำหนดให้คู่กรณีต้องยื่นคำร้องภายใน 120 วันหลังจากพบว่ามีการรับสินบน แต่ไม่ว่ากรณีใด ๆ ต้องไม่เกิน 3 ปีนับแต่วันที่มีการทำคำชี้ขาด

4.3 การแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจและอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะกิจตามมาตรา 52(3)

หลังจากที่เลขาธิการของ ICSID ได้รับความร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดแล้ว จะเสนอต่อไปยังคณะกรรมการเฉพาะกิจ คณะกรรมการเฉพาะกิจจะประกอบด้วยบุคคลสามคนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานสภาบริหารของ ICSID (ประธานธนาคารโลกโดยตำแหน่ง) จากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ (Panel of Arbitrators) โดยรัฐภาคีแต่ละรัฐจะเป็นผู้เสนอรายชื่อบุคคลซึ่งจะมีหรือไม่มีสัญชาติของตนก็ได้จำนวนสี่คนเพื่อประกอบเป็นคณะอนุญาโตตุลาการ (Panel of Arbitrators) จากนั้นประธานสภาบริหารก็จะเลือกบุคคลจำนวนสิบคนที่มีสัญชาติแตกต่างกันจากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการของ ICSID เป็นอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากอนุสัญญา จึงสามารถสร้างกลไกการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในเองโดยไม่ต้องง้อองค์กรอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งทำให้การเยียวยาคำชี้ขาดโดยวิธีการยกเลิกคำชี้ขาดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (ข้อสังเกตคือ เลขาธิการเป็นเพียงผู้จดทะเบียนรับคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดไว้เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการเฉพาะกิจเท่านั้น แต่เลขาธิการไม่ใช่ผู้พิจารณายกเลิกคำชี้ขาด หน้าที่ในการยกเลิกคำชี้ขาดจึงเป็นของคณะกรรมการเฉพาะกิจโดยแท้ คำตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจเป็นที่สุด และไม่อาจขอให้ยกเลิกได้ เพราะไม่ใช่อำนาจชี้ขาด แม้ว่าจะถือว่าคำตัดสินนั้นมีผลเสมือนกับคำชี้ขาด ก็เพียงเพื่อประโยชน์แห่งความผูกพัน การยอมรับและบังคับตามคำตัดสินเท่านั้น และหากในการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ผู้ร้องขอให้ทุเลาการบังคับไว้ ก็จะต้องทุเลาการบังคับไว้จนกว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจจะตัดสินคำร้องนั้นด้วย) นอกจากนี้คณะกรรมการเฉพาะกิจมีอำนาจที่จะ

ยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วนโดยอาศัยเหตุตามต่าง ๆ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 52(1) ก็ได้ ในการประชุมยกร่างอนุสัญญาได้มีการเสนอให้มีการบัญญัติมาตรา 52(1) ให้สอดคล้องกับ มาตรา 52(3) โดยให้บัญญัติว่าคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดนี้อาจขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดหรือ บางส่วนก็ได้ แต่ข้อเสนอดังกล่าวไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกฎหมาย โดยคณะกรรมการกฎหมายได้ให้เหตุผลว่า ในขณะที่คณะกรรมการเฉพาะกิจอาจยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดหรือ เพียงบางส่วนได้ แต่คู่กรณีอาจจะขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้เฉพาะกรณีขอให้ยกเลิกทั้งหมด (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 102 : 850-852) แต่ในทางปฏิบัติ คำร้องที่ขอให้ยกเลิก คำชี้ขาดเฉพาะส่วน (ในคดี MINE คู่กรณีขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วนค่าเสียหายเท่านั้น ปรครดูหน้า 167) ก็ไม่ถูกคัดค้านจากเลขธิการ จากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแม้แต่จากคณะกรรมการเฉพาะกิจแต่อย่างใด ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่คู่กรณีสามารถยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วน ได้ นับว่าเป็นสิ่งที่ดี เพราะการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดใด ย่อมหมายความว่าคู่กรณีไม่พอใจหรือรู้สึก ว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมจากคำชี้ขาดนั้น ฉะนั้นการที่คู่กรณีขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วน ย่อมแสดงว่าคู่กรณีไม่ได้คัดค้านคำชี้ขาดส่วนที่ไม่ได้ขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลใดที่ จะต้องยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมด เพราะจะเป็นการสิ้นเปลืองทั้งค่าใช้จ่ายและเวลาอันจะเป็นการขัด กับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ICSID ที่ต้องการให้มีการเยียวยาคำชี้ขาดอย่างจำกัด

4.4 การนำบทบัญญัติบางมาตราของอนุสัญญา ICSID มาใช้ในกระบวนการยกเลิก คำชี้ขาดตามมาตรา 52(4)

มาตรา 52(4) บัญญัติให้นำบทบัญญัติบางมาตราของอนุสัญญา เช่น มาตรา 41-45 มาตรา 48 มาตรา 49 มาตรา 53 และมาตรา 54 มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับกระบวนการยกเลิก คำชี้ขาดของคณะกรรมการเฉพาะกิจ

4.5 การทูลเกล้าการบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 52(5)

มาตรา 52(5) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทูลเกล้าการบังคับตามคำชี้ขาดไว้ โดยอาจเป็น การทูลเกล้าการบังคับตามคำชี้ขาดเนื่องจากคณะกรรมการเฉพาะกิจ เห็นควรรีให้ทูลเกล้าการบังคับตามคำ

ชี้ขาดเอง หรือเนื่องจากผู้ร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดร้องขอให้ทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาดก็ได้ ในกรณีที่คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นสมควร จะสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาดไว้จนกว่าจะตัดสินคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดนั้นก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดพร้อมทั้งร้องขอให้ทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาด คณะกรรมการเฉพาะกิจจะให้ทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาดไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีการตัดสินตามคำขอทุเลาการบังคับตามคำชี้ขาดก็ได้

4.6 การเสนอข้อพิพาทใหม่ตามมาตรา 52(6)

มาตรา 52(6) ได้บัญญัติว่าเมื่อคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีไม่ว่าฝ่ายใดอาจที่จะเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งตามบทบัญญัติว่าด้วยการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในอนุสัญญาก็ได้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 52(6) นี้ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วนว่าจะเสนอข้อพิพาทอีกได้หรือไม่ เพียงใด และประเด็นดังกล่าวก็ไม่เคยมีการกล่าวถึงแต่อย่างใดในอนุสัญญา (Broches, 1991 : 334) และในประวัติการร่างอนุสัญญาก็กล่าวไว้แต่เพียงว่าไม่มีการคัดค้านมาตรา 52(6) (โปรดดู History, Vol. II, Pt. II, Doc. 103 : 856) Broches เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 52(6) นี้จะต้องตีความให้หมายความว่า การเสนอข้อพิพาทใหม่ จะเสนอได้เฉพาะส่วนที่ยกเลิกไปแล้ว คำชี้ขาดส่วนที่ไม่ถูกยกเลิกก็ยังคงถึงที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีอยู่ (res judicata) (Broches, 1991 : 334) อย่างไรก็ตาม เท่าที่ผ่านมายังไม่ปรากฏปัญหาในเรื่องการตีความกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาด และกระบวนการเสนอข้อพิพาทใหม่หลังจากที่มีการยกเลิกคำชี้ขาดแต่อย่างใด กรณีที่มีปัญหาว่าการยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วนจะขอเสนอข้อพิพาทใหม่ได้เพียงใดนั้น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการข้อ 55(3) ก็ได้บัญญัติชัดเจนว่าถ้าคำชี้ขาดถูกยกเลิกเพียงบางส่วน ห้ามมิให้คณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่พิจารณาคำชี้ขาดส่วนที่ไม่ถูกยกเลิก (if the original award had only been annulled in part, the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not annulled) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการข้อ 55(3) นี้ใช้บังคับแก่คณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ด้วย ทั้งนี้เพราะมาตรา 44 ของอนุสัญญาได้บัญญัติว่า เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงเป็นอย่างอื่น กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในเรื่อง "อำนาจและหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ" (Powers and

Functions of the Tribunal) ตามมาตรา 41 ถึง มาตรา 47 และเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่คู่กรณียินยอมให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ (Broches, 1991 : 334)

5. ข้อพิพาทคดีต่าง ๆ ของ ICSID ที่มีการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาด

นับตั้งแต่ได้ก่อตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นขึ้นแล้ว ได้มีข้อพิพาทที่เสนอต่อ ICSID จำนวนทั้งสิ้น 30 คดี (ICSID Cases, Doc. ICSID/16/Rev. 3 March 31, 1994) และในจำนวนนี้มีเพียง 3 คดีที่มีการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาด (คดี Klockner I คดี AMCO I และคดี MINE) และทั้ง 3 คดีที่มีการยกเลิกคำชี้ขาดนี้ได้มีการยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่อีกครั้ง และก็ได้มีการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดครั้งที่สองอีกใน 2 คดี (Klockner II และ AMCO II ส่วนคดี MINE ยุติหลังจากที่มีการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ เพราะคู่กรณีสามารถตกลงกันได้)

5.1 คดี Klockner (ICSID Case No. ARB/81/2)

คู่กรณีในคดีนี้คือ Klockner Industrieanlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Socie'te' Cameounaise des Engrais (SOCAME)

5.1.1 ข้อเท็จจริงในคดี (เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการยกเลิกคำชี้ขาด)

ในปี ค.ศ. 1971 รัฐบาลแคเมอรูนได้เข้าทำสัญญากับกลุ่มบริษัทเยอรมันที่ชื่อว่า Klockner เพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมปุ๋ยแห่งชาติ หลังจากที่ Klockner ได้ทำการศึกษาความเป็นไปได้และผลกำไรของโครงการแล้ว รัฐบาลแคเมอรูนกับ Klockner ก็ได้ตกลงร่วมมือระยะยาวกัน โดยได้ลงนามใน Protocol of Agreement หรือ Basic Agreement ในวันที่ 4 ธันวาคม 1971 ซึ่งใน Protocol ระบุให้ Klockner เป็นผู้สร้างโรงงานปุ๋ย และให้มี

การตั้งบริษัทร่วมทุนสัญชาติแคเมอรูนชื่อ Socie'te' Camerounaise des Engrais (SOCAME) ซึ่งมี Klockner เป็นผู้ถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ และแคเมอรูนเป็นผู้ถือหุ้น 49 เปอร์เซ็นต์ SOCAME จะเป็นผู้ดำเนินงานในโรงงาน ผลิตและหาคาถาถุ่ย และในมาตรา 9 ของ Protocol ยังระบุให้ Klockner รับผิดชอบการบริหารงานทางเทคนิคและการค้าของ SOCAME ภายใต้ Management Contract เป็นเวลาอย่างน้อย 5 ปีนับแต่วันเริ่มใช้โรงงาน โดยรัฐบาลแคเมอรูนตกลงจะให้สถานที่ที่พัฒนาแล้วสำหรับตั้งโรงงานและประกันการชำระค่าโรงงานทั้งหมด นอกจากนี้ในมาตรา 2 ของ Protocol ยังระบุข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ด้วย (มาตรา 25(1) ของอนุสัญญา ICSID บัญญัติว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่จำเป็นของการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID)

สามเดือนภายหลังจากที่มีการลงนามใน Protocol แล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ได้ลงนามในสัญญาอีกฉบับหนึ่งคือ สัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ (Turnkey Contract) ในวันที่ 4 มีนาคม 1972 ในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ ได้ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างและวัสดุที่จะใช้ในการสร้างโรงงาน การให้หลักประกันการชำระราคา การทดสอบและตรวจรับโรงงาน และข้อตกลงในการชำระราคาไว้ โดยให้ชำระเงินจำนวน 80 เปอร์เซ็นต์ของราคาที่กำหนดไว้ในสัญญา (4.8 ล้านดอลลาร์) และให้ประกันการจ่ายเงินโดยตัวสัญญาชำระเงินที่รับรองโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังของแคเมอรูน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จก็ระบุให้ใช้ ICSID เช่นกัน

ภายหลังจากที่บริษัท SOCAME ได้ก่อตั้งขึ้นแล้ว แคเมอรูนก็ได้รื้อถอนสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดที่เกิดจากสัญญาตามที่ระบุไว้ในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จให้แก่ SOCAME โดยหนังสือลงวันที่ 23 มีนาคม 1973 อย่างไรก็ตาม แม้จะได้รื้อถอนสิทธิหน้าที่ไปแล้ว แคเมอรูนก็ยังคงผูกพันในฐานะเป็นผู้ให้หลักประกันการชำระค่าโรงงานของ SOCAME ตามที่ระบุไว้ในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ

ในวันที่ 23 มิถุนายน 1973 คู่กรณีได้ลงนามใน Establishment Agreement ใน Establishment Agreement มีการระบุถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีเพิ่มเติม และมีการอ้างถึงสัญญาฉบับต่าง ๆ โดยแคเมอรูนได้ให้สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายการลงทุนของแคเมอรูนบางประการแก่ SOCAME สิทธิประโยชน์นี้รวมถึงภาษีและศุลกากรด้วย และเน้นถึงหน้าที่ตาม Protocol และสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ โดยได้มีการผนวก Protocol และสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จไว้ในภาคผนวกด้วย นอกจากนี้ Establishment Agreement ยังระบุถึงข้อตกลง

อนุญาโตตุลาการของ ICSID ด้วย (มาตรา 21)

Klockner ได้ลงมือสร้างโรงงานในปี ค.ศ. 1974 และสร้างเสร็จในปี ค.ศ. 1976 ต่อมาในวันที่ 7 เมษายน 1977 ซึ่งเป็นเวลาเกินกว่าสองปีหลังจากที่ Klockner ได้เริ่มการบริหารโรงงานแล้ว Klockner และ SOCAME จึงตกลงลงนามใน Management Contract โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 1 มกราคม 1975 ในมาตรา 8 ของ Management Contract ได้มีการระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICC โดยให้ใช้กฎหมายสวีเดนและทำอนุญาโตตุลาการที่กรุงเบอร์ลิน ซึ่งแตกต่างจากสัญญาฉบับก่อน ๆ ที่ตกลงกันให้ใช้อนุญาโตตุลาการของ ICSID

ภายหลังจากที่โรงงานเปิดดำเนินการแล้ว ผลที่ได้ออกมาต่ำกว่าที่คาดการณ์ไว้มาก ในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลแคมเมอรูนก็ได้รับคำแนะนำจากที่ปรึกษาว่าควรจะจัดโครงสร้างใหม่เพื่อปรับปรุงกระบวนการผลิต แต่ในการจัดโครงสร้างใหม่นี้จะต้องใช้เงินจำนวนมาก แคมเมอรูนจึงได้ชักชวนให้ Klockner เข้าร่วมด้วย แต่ Klockner ปฏิเสธที่จะลงทุนเพิ่มใน SOCAME อีก และถอนหุ้นส่วนของตน

หลังจากที่มีการเพิ่มทุนและปรับโครงสร้างโรงงานแล้ว ก็ยังคงไม่อาจแก้ปัญหาได้ แคมเมอรูนจึงตัดสินใจที่จะปิดโรงงานและเลิก Management Contract และ SOCAME ก็ปฏิเสธที่จะชำระเงินค่าโรงงานแก่ Klockner

ในเดือนเมษายน 1981 Klockner ได้ยื่นคำร้องขอเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เรียกร้องให้แคมเมอรูนชำระค่าโรงงานตามที่ได้ให้หลักประกันไว้ โดย Klockner อ้างว่าข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID เพราะสัญญาเหมาเปิดเสร็จได้ระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ และโต้แย้งว่าคำฟ้องแย้งใด ๆ ของแคมเมอรูนที่อ้างว่า Klockner ผ่าฝืนหน้าที่การบริหารไม่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID เพราะ Management Contract ระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICC ไว้ สำหรับประเด็นเรื่องโรงงานใช้ได้หรือไม่ Klockner ยืนยันว่าไม่เช่นนั้นเองตนที่จะต้องรับผิดชอบการทำงานของโรงงาน ในวันที่ 15 มิถุนายน 1982 แคมเมอรูนได้ยื่นคำฟ้องแย้งอ้างการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา โดยอ้างว่า Klockner จะต้องส่งมอบโรงงานที่ใช้งานได้ไม่ช้าเพียงแต่ส่งมอบโรงงานเท่านั้น และเรียกร้องค่าชดเชยทั้งสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน และความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินจากการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ให้สมบูรณ์ของ Klockner

5.1.2 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการลงวันที่ 21 ตุลาคม 1983

ประเด็นข้อพิพาทประเด็นแรกที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้คือ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้หรือไม่ (คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือข้อพิพาทหรือไม่) โดยเฉพาะคำฟ้องแย้งของแคมเมอร์รูน

Klockner (ผู้ร้อง) ได้ยื่นคำร้องขอเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยอ้างสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ ซึ่งระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ เมื่อ Klockner อ้างสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จในการเสนอข้อพิพาทแล้ว การที่แคมเมอร์รูนจะอ้างว่า Klockner ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารให้สมบูรณ์จึงไม่อาจอ้างสัญญาสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จได้ ในมาตรา 9 ของ Protocol ได้ระบุให้ Klockner รับผิดชอบการบริหารงานทางเทคนิคและการค้าของ SOCAME ภายใต้ Management Contract เป็นเวลาอย่างน้อย 5 ปีนับแต่วันเริ่มมาซึ่งโรงงาน แต่ Management Contract ซึ่งตกลงกัน 5 ปีต่อมา (วันที่ 7 เมษายน 1977) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุหน้าที่ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายกลับระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICC ไว้ แคมเมอร์รูนจึงไม่อาจอ้าง Management Contract ได้ แคมเมอร์รูนจึงเลี่ยงไปอ้างถึงมาตรา 22 ของ Protocol of Agreement และมาตรา 21 ของ Establishment Agreement โดยทั้งสองสัญญาระบุข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไว้ มาตรา 46 ของอนุสัญญา ICSID ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาคำฟ้องแย้งที่เกิดขึ้นโดยตรงจากข้อพิพาท ถ้าคำฟ้องแย้งนั้นอยู่ในอำนาจตามอนุสัญญา ปัญหาจึงมีว่าการที่แคมเมอร์รูนอ้าง Protocol of Agreement เพียงสัญญาเดียวจะเป็นการเพียงพอที่จะเป็นเหตุในการฟ้องแย้งได้หรือไม่ Klockner ได้โต้แย้งว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะรับคำฟ้องแย้งของแคมเมอร์รูน เพราะจะเป็นการตีความไปถึง Management Contract ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะพิจารณา เนื่องจาก Management Contract ระบุให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICC

คณะอนุญาโตตุลาการ (โดยเสียงข้างมาก) เห็นว่ามาตรา 9 ของ Protocol of Agreement เป็นมาตราที่มีผลในตัวเองเพราะ Klockner ได้บริหาร SOCAME ก่อนที่จะมีการลงนามใน Management Contract ดังนั้น Management Contract จึงไม่ใช่สัญญาที่กำหนดการปฏิบัติหน้าที่หรือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารทางเทคนิคและการค้า หรือการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารทางเทคนิคและการค้าบกพร่อง อนุญาโตตุลาการท่านหนึ่งได้แสดง

ความเห็นแย้งในประเด็นนี้ว่าการตัดสินประเด็นเรื่องอำนาจโดยไม่ก้าวล่วงไปถึง Management Contract ย่อมเป็นไปได้ (Paulsson, 1984 : 149)

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการก็ยังไม่ถือว่า Management Contract ได้แก้ไขข้อตกลงในสัญญาเดิมหรือมีผลให้สัญญาเดิมถูกยกเลิกไป โดยคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า "The Tribunal cannot share this view, under which ICSID jurisdiction would have existed from the date of the Protocol, 4 December 1971, but would have evaporated by a kind of implicit derogation on 7 April 1977, the date the Management Contract was signed." คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคู่กรณีไม่อาจที่จะเจรจาหาสัญญาใหม่ เพราะข้อตกลงที่ Klockner รับจะบริหารโรงงานเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้เกิดการลงทุน โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างมาตรา 25(1) แห่งอนุสัญญา ICSID ที่ว่าเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้ว ไม่อาจถอนความยินยอมฝ่ายเดียวได้ อนุญาโตตุลาการท่านหนึ่งมีความเห็นแย้งว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันที่จะเสนอข้อพิพาทตาม Management Contract ต่ออนุญาโตตุลาการ แต่คณะอนุญาโตตุลาการโดยเสียงข้างมากไม่ได้คำนึงถึงความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงเป็นการฝ่าฝืนหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการก็ยังคงอ้างว่าตนมีอำนาจที่จะพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยเฉพาะหน้าที่ของ Klockner ที่จะต้องรับผิดชอบในการบริหารงานทางเทคนิคและทางการค้าของ SOCAMÉ โดยอาศัยมาตรา 9 ของ Protocol of Agreement สำหรับ Management Contract นั้นเป็นเพียงการกำหนดหน้าที่ที่แน่นอนขึ้นเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการพยายามที่จะหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้งระหว่างมาตรา 9 ของ Protocol of Agreement กับมาตรา 8 ของ Management Contract โดยตีความว่า Management Contract ระบุให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICC ในกรณีข้อพิพาทเกิดจาก Management Contract โดยตรง ซึ่งหากข้อพิพาทเกิดจาก Management Contract โดยตรง คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจที่จะพิจารณา (Paulsson, 1984 : 149)

หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าข้อพิพาทนั้นอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID แล้ว ก็พิจารณาถึงกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้กับข้อพิพาท เนื่องจากใน Protocol of Agreement ไม่ได้ตกลงเรื่องกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทไว้ จึงต้องนำกฎหมายของรัฐผู้รับการ

ลงทุนและกฎหมายระหว่างประเทศ (มาตรา 42(1)) เนื่องจากแคมเมอร์ถูกแบ่งเป็นสองส่วน ภายใต้อาณัติระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส แคมเมอร์จึงรับมาทั้งกฎหมายในระบบ common law และกฎหมายในระบบ civil law เมื่อพิจารณากฎหมายขัดกันของแคมเมอร์แล้ว คณะอนุญาตุตุลาการเห็นว่าต้องนำกฎหมายแคมเมอร์อิงกฎหมายฝรั่งเศส และคณะอนุญาตุตุลาการก็ตัดสินว่า Klockner ไม่มีสิทธิรับชำระราคาโรงงานทั้งหมดตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ uly โดยมีเหตุผลดังนี้

(1) คณะอนุญาตุตุลาการสันนิษฐานว่าหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงเป็นหลักกฎหมายฝรั่งเศส (Klockner Award อ้างถึงใน Pirwitz, 1988 : 88) การที่ Klockner ไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดแก่คู่กรณี จึงไม่เข้าการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเปิดเผย ซึ่งอนุญาตุตุลาการที่ไม่เห็นด้วยกับเสียงข้างมาก มีความเห็นแย้งว่าแคมเมอร์ไม่ได้กล่าวอ้างถึงการไม่เปิดเผยข้อมูลของ Klockner แต่อย่างใด และหน้าที่ที่คณะอนุญาตุตุลาการอ้างว่าเป็นหลักกฎหมายฝรั่งเศสก็น่าสงสัยว่าจะไม่เข้าหลักกฎหมายฝรั่งเศส

(2) คณะอนุญาตุตุลาการเห็นว่าข้อต่อสู้เรื่องการไม่ปฏิบัติหน้าที่ (*exceptio non adimpleti contractus*) (Paulsson, 1984 : 149) ซึ่งรัฐบาลแคมเมอร์ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการขอให้ยกคำร้องของ Klockner พังจั้น โดยคณะอนุญาตุตุลาการเห็นว่าหน้าที่ของ Klockner เป็นหน้าที่ที่ต้องการผล เมื่อประสิทธิภาพของโรงงานไม่เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้และไม่สามารถทำผลกำไรได้ คณะอนุญาตุตุลาการจึงถือว่า Klockner ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ของตน

อนุญาตุตุลาการผู้ไม่เห็นด้วยกับเสียงข้างมากเห็นว่าไม่ควรรับฟังข้อต่อสู้ของแคมเมอร์ เพราะว่าในสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จกำหนดให้มีการตรวจรับและยอมรับโรงงานต่อหน้าที่ปรึกษาอิสระในทุก ๆ ระยะการก่อสร้าง การที่ Klockner ไม่สามารถมีผลผลิตได้ในระดับเดิมก็ไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของรูปแบบโรงงาน แต่เนื่องจาก SOCAMÉ ขาดเงินที่จะซื้อหาวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิต และการที่คณะอนุญาตุตุลาการตัดสินว่า Klockner ไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น คณะอนุญาตุตุลาการก็ไม่ได้พิจารณาขอบเขตของหน้าที่การบริหารงาน คณะอนุญาตุตุลาการเพียงแต่สันนิษฐานโดยไม่ได้ตรวจสอบให้แน่ชัดว่าการที่ Klockner รับหน้าที่ในการบริหารงานนั้น Klockner ได้ตกลงที่จะทำกำไรเกิดจากการบริหารงานหรือไม่ นอกจากนี้หลักทั่วไปในเรื่องสัญญามีว่าผู้จัดการไม่ต้องรับผิดชอบที่เกิดจากการบริหารของตน (เช่นรับผิดชอบเมื่อไม่มีกำไร) เว้น

แต่มีการตกลงเป็นพิเศษไว้ว่าไม่ต้องรับผิดชอบ สำหรับคดีนี้ไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น งานทางตรงกันข้าม มาตรา 13 ของสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จกลับมีการกำหนดไว้ชัดแจ้งให้ Klockner หลุดพ้นจากความ รับผิดชอบสำหรับความเสียหายโดยตรงใด ๆ ที่เกิดจากการบริหารโรงงาน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้กล่าวถึง อนุญาโตตุลาการผู้มีความเห็นแย้งจึงเห็นว่า Klockner ได้บริหาร SOCAME อย่างเหมาะสม การที่โรงงานไม่มีผลกำไรก็เนื่องมาจากวิกฤตการณ์น้ำมันในช่วง ค.ศ.1973-1974 ที่ทำให้ราคาวัตถุดิบสูงขึ้นอย่างมาก ประกาศของรัฐบาลที่กำหนดราคาขายต่ำกว่าต้นทุน การผลิต ทำให้ไม่มีผลกำไร การนำเข้าขงรัฐบาลแคมเมอรูน และการเงินที่ไม่ดีของ SOCAME คณะอนุญาโตตุลาการยกคำร้องของ Klockner และคำฟ้องแย้งของแคมเมอรูน โดยให้ทั้งสองกลับสู่สถานะเดิม (status quo)

เมื่อมีคำชี้ขาดแล้ว ในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 1984 Klockner ได้ยื่นคำร้อง ตามมาตรา 52 ของอนุสัญญาอริ่งตันขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุผลต่าง ๆ ดังนี้

- (1) คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบอำนาจ (มาตรา 52 (1)(b))
- (2) มีการฝ่าฝืนหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา (มาตรา 52(1)(d)) และ
- (3) คำชี้ขาดไม่ได้ให้เหตุผลที่ใช้ในการชี้ขาด (มาตรา 52(1)(e))

5.2 คดี AMCO (ICSID Case No. ARB/81/1)

คู่กรณีในคดีนี้ คือ Amco Asia Corp. (Delaware, USA), Pan American Development Ltd. (Hong Kong), and P.T. AMCO (Indonesia) v. Republic of Indonesia

5.2.1 ข้อเท็จจริงในคดี (เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกคำชี้ขาด)

คดี AMCO เป็นคดีตัวอย่างที่เกี่ยวกับการลงทุนทางตรง อินโดนีเซียซึ่งเป็น ประเทศกำลังพัฒนาและร่ำรวยในทรัพยากรธรรมชาติ แต่ขาดแคลนเงินทุน ได้พยายามที่จะให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในประเทศของตน โดยให้ใบอนุญาตการลงทุนและสัมปทานและสิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาลงทุน เช่น การยกเว้นภาษี โดยให้มีการ

เจรจาการลงทุนเป็นราย ๆ ไป

ในปี ค.ศ. 1968 บริษัทอินโดนีเซียชื่อ Persarom Tarbatas Pembangunan dan Pengurusan Wisma (P.T. Wisma) ได้ติดต่อให้ บริษัท AMCO ลงทุนสร้างโรงแรมที่ Jalan Thamrin ใน Jakarta ในวันที่ 22 เมษายน 1968 P.T. Wisma และ AMCO Asia จึงได้ทำสัญญา Lease and Management Agreement โดยในสัญญาดังกล่าวระบุว่าให้ AMCO ออกค่าใช้จ่ายในการสร้างโรงแรมให้เสร็จสมบูรณ์ ตามสัญญาดังกล่าว AMCO ตกลงลงทุนเป็นจำนวนเงิน 4.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยแบ่งเป็นเงินทุนจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และเป็นเงินกู้จำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และ P. T. Wisma ก็ตกลงให้ AMCO เช่าโรงแรมเป็นเวลา 19 ปีนับแต่วันสร้างโรงแรมเสร็จ (ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1969 คู่กรณีทั้งสองก็ตกลงแก้ไขสัญญาโดยขยายระยะเวลาการเช่าออกไปเป็นเวลา 30 ปี) และ คู่กรณีตกลงให้ AMCO Asia เป็นผู้บริหารโรงแรม

ต่อมาในวันที่ 29 กรกฎาคม 1968 AMCO ก็ได้รับใบอนุญาตการลงทุนตามที่กฎหมายการลงทุนต่างประเทศ (Foreign Capital Investment Law) ปี ค.ศ. 1967 กำหนดไว้ โดยในคำร้องขอลงทุนได้กำหนดหน้าที่ในการลงทุนของ AMCO ไว้ และมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ AMCO และกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในใบอนุญาตการลงทุนได้กำหนดให้ AMCO จัดตั้งบริษัทอินโดนีเซีย AMCO จึงได้ตั้งบริษัท P.T. AMCO ขึ้น และจดทะเบียนบริษัทต่อศาลอินโดนีเซียในวันที่ 29 มกราคม 1969 โดยมีเงินทุนจดทะเบียนตามที่ได้รับอนุญาตจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และ AMCO Asia ก็โอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่ P.T. AMCO

ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 1969 P.T. Wisma ได้ให้ความยินยอมแก่ P.T. AMCO ในการทำสัญญา Sub-lease Agreement กับนักลงทุนกลุ่มอื่น คือ Aeropacific ต่อมาในวันที่ 13 ตุลาคม 1970 P.T. AMCO ทำสัญญากับกลุ่ม Aeropacific กำหนดให้กลุ่ม Aeropacific รับผิดชอบการสร้างโรงแรมตลอดจนการติดตั้งอุปกรณ์ในโรงแรมให้สมบูรณ์ ซึ่งทั้ง AMCO Asia และ P.T. Wisma ต่างก็เห็นชอบด้วยกับสัญญาดังกล่าว

ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1974 Aeropacific ก็สร้างโรงแรมเสร็จและทำการบริหารโรงแรม หลังจากที่ Aeropacific ทำการบริหารโรงแรมแล้ว ก็เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาของ Aeropacific จนในที่สุด Aeropacific ก็เลิกสัญญาไป P.T. AMCO

และ P.T. Wisma จึงทำสัญญาแบ่งกำไรจากการบริหารโรงแรม (Profit Sharing Agreement) กันใหม่ในปี ค.ศ. 1978 ซึ่งในสัญญาดังกล่าวกำหนดให้ P.T. AMCO รับผิดชอบการบริหารโรงแรมต่อไป

หลังจากนั้นอีกไม่นานได้เกิดข้อพิพาทอย่างร้ายแรงระหว่าง P.T. AMCO และ P.T. Wisma เกี่ยวกับการคำนวณผลกำไรและผลกำไรที่แน่นอนที่ P.T. AMCO ใช้จ่ายและ P.T. Wisma ได้รับ P.T. Wisma จึงกำหนดระยะเวลาให้ P.T. AMCO จ่ายผลกำไรให้ตนภายในวันที่ 31 มีนาคม 1980 เมื่อพ้นกำหนดดังกล่าว P.T. AMCO ก็ไม่ได้จ่ายผลกำไรแก่ P.T. Wisma ในวันที่ 31 มีนาคมและวันที่ 1 เมษายน 1980 P.T. Wisma จึงอาศัยกำลังทหารเข้ายึดและบริหารโรงแรมดังกล่าว

หลังจากที่ยึดกิจการแล้ว P.T. Wisma ก็แจ้งต่อคณะกรรมการการลงทุนของอินโดนีเซีย (Indonesian Capital Investment Board (BKPM)) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบการปฏิบัติตามกฎหมายการลงทุนของต่างชาติว่า P.T. AMCO ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายการลงทุน เป็นเหตุให้ BKPM ถอนใบอนุญาตการลงทุนของ P.T. AMCO ในวันที่ 9 กรกฎาคม 1980 โดยไม่ได้ให้โอกาสแก่ P.T. AMCO ในการชี้แจง โดย BKPM อ้างว่า (1) P.T. AMCO ไม่ได้บริหารโรงแรมเอง แต่กลับไปให้ Aeropacific เป็นผู้บริหารแทน และ (2) P.T. AMCO ใช้จ่ายเงินลงทุนเพียง 1.399 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา (โดยแยกเป็นเงินทุนจำนวน 399,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และเป็นเงินกู้จำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา) แต่ในสัญญาอนุญาตลงทุนและสัญญาเช่าและบริหารโรงแรม (Lease and Management Contract) ระบุว่า จะลงทุนด้วยเงินทุนจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และด้วยเงินกู้จำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

ก่อนที่จะมีการถอนใบอนุญาตของ P.T. AMCO คือในวันที่ 24 เมษายน 1980 P.T. Wisma ก็ได้ฟ้อง P.T. AMCO ต่อศาลอินโดนีเซียให้รับรองมาตรการที่ P.T. Wisma ใช้จ่ายในการยึดโรงแรมและให้เพิกถอนสัญญาปี ค.ศ. 1968 และสัญญาปี ค.ศ. 1978

ในระหว่างที่คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอินโดนีเซีย ในวันที่ 15 มกราคม 1981 P.T. AMCO และผู้ถือหุ้น (รวมทั้ง AMCO Asia) ก็ได้ร่วมกันยื่นคำร้องต่อ ICSID เรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายจำนวน 12.393 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าใช้จ่าย โดยอ้างเหตุว่าการยึดโรงแรมและการเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนไม่ชอบด้วย

กฎหมาย และอินโดนีเซียละเมิดสัญญา อินโดนีเซียจึงฟ้องแย้งขอให้ตัดสินให้การเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนของ P.T. AMCO ขอบด้วยกฎหมาย และขอให้สั่งให้ AMCO คืนเงินภาษีและอื่น ๆ ที่อินโดนีเซียได้ยกเว้นให้เป็นจำนวน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้อินโดนีเซียยังได้โต้แย้งเรื่องอำนาจของ ICSID ว่า ICSID ไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาประเด็นเรื่องอำนาจ และมีคำสั่งระหว่างพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ในอำนาจของ ICSID (ตามมาตรา 41(2) คณะอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะทำคำสั่งระหว่างพิจารณาได้) คู่กรณีไม่ได้โต้แย้งคำสั่งระหว่างพิจารณาดังกล่าวแต่อย่างใด

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ประกอบด้วยศาสตราจารย์ Berthold Goldman (สัญชาติฝรั่งเศส (ประชาชน)) ศาสตราจารย์ Isi Foighel (สัญชาติเดนมาร์ก) และนาย Edward Rubin (สัญชาติแคนาดา)

5.2.2 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 1984

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้ตัดสินให้ AMCO ชนะคดี ครอบคลุมค่าเสียหายแก่ AMCO เป็นจำนวน 3.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกาพร้อมทั้งดอกเบี้ย 6 เปอร์เซ็นต์นับแต่วันที่ 15 มกราคม 1981 และยกคำฟ้องแย้งของอินโดนีเซีย

เนื่องจากในคดีนี้คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันถึงกฎหมายที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาท จึงต้องนำกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนควบคู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็นเรื่องของสัญญา ดังนั้นอินโดนีเซียจึงไม่อาจเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนโดยฝ่ายเดียวและไม่อาจเพิกถอนใบอนุญาตโดยไม่พิจารณาว่า AMCO ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจริงหรือไม่ การเพิกถอนใบอนุญาตของอินโดนีเซียจึงไม่เป็นไปตามสุจริตกระบวนการ (due process) จึงเป็นการเพิกถอนไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การเพิกถอนใบอนุญาตที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะความผิดพลาดเนื่องจากกระบวนการพิจารณาเพียงอย่างเดียว ไม่เป็นเหตุที่จะทำให้อัยการเรียก (claimant) ได้รับค่าเสียหายตามกฎหมายอินโดนีเซีย ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงได้พิพากษาตามกฎหมายอินโดนีเซียที่เกี่ยวข้อง (Law No. 1 of 1967) และคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าหน้าที่ของผู้ลงทุนต่อรัฐบาลถูกกำหนดไว้ในใบอนุญาตการลงทุนที่ได้รับมาใน Lease

Agreement ดังนั้น ผู้ลงทุนจึงมีหน้าที่ลงทุนเพียงจำนวน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกาเป็นเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ 29 มกราคม 1969 คณะอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าข้ออ้างในการเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเข้ามาบริหารโรงแรมของ Aeropacific ชั่วคราวไม่เป็นเหตุให้เพิกถอนใบอนุญาต ยิ่งไปกว่านั้น ทั้ง P.T. Wisma และคณะกรรมการการลงทุนของอินโดนีเซียก็ยอมรับการเข้าไปร่วมบริหารของ Aeropacific ด้วย และเงินทุนที่ขาดไปของ AMCO ก็ไม่ใช่สิ่งสำคัญเพราะขาดไปเพียงประมาณ 1 ใน 6 ของจำนวนเงินลงทุนที่ AMCO สัญญาว่าจะลงทุน คณะกรรมการการลงทุนอินโดนีเซียได้คำนวณจำนวนเงินลงทุนผิดพลาดไปเพราะไม่ได้คำนวณผลกำไรที่ไม่ได้รับในปี ค.ศ. 1979-1980 ภาษีผลกำไรที่ล่าช้า ความเสื่อมราคาของอาคาร การลงทุนของ AMCO หลังจากที่ได้คำนวณใหม่แล้วจึงเพียง 2,472,490 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ยิ่งไปกว่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการยังเห็นว่าโรงแรมได้สร้างขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเพิกถอนใบอนุญาตไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตัดสินให้อินโดนีเซียชดเชยค่าเสียหายแก่ AMCO เป็นจำนวน 3.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

ในวันที่ 18 มีนาคม 1985 อินโดนีเซียจึงเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายอินโดนีเซียผิด ดังนั้นจึงเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดแจ้งตามความหมายมาตรา 52(1)(b) และก็ไม่ได้ให้เหตุผลในการคำนวณการตัดสินว่า AMCO ได้ลงทุนเป็นจำนวน 2.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

5.3 คดี MINE (ICSID Case No. ARB/84/4)

คู่กรณีในคดีนี้คือ Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. กินี

5.3.1 ข้อเท็จจริงในคดี (เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดี)

ในปี ค.ศ. 1963 รัฐบาลกินีและบริษัท Harvey Aluminum ได้ตั้งบริษัทร่วมทุนชื่อว่า Compagnie des Bauxites de Guine'e (CBG) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขุดแร่ Bauxite ต่อมาบริษัท Harvey Aluminum ได้โอนสิทธิทั้งหมดของตนให้แก่บริษัท Halco

ซึ่งเป็นบริษัทที่มีบริษัทผู้ผลิตอลูมิเนียมรายใหญ่ 6 บริษัทถือหุ้นอยู่ และได้ทำสัญญาซื้อแร่ Bauxite จาก CBG ในข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกีนีกับบริษัท Harvey Aluminum ข้อ 9 ได้ตกลงกันว่าให้กีนีสามารถขุดแร่ Bauxite ที่ขุดได้ถึง 50 เปอร์เซ็นต์ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินอัตราตลาด และให้บริษัท Harvey มีสิทธิเข้าไปสำรวจแร่ Bauxite ใกล้เมือง 'Boke' ในกีนี

โดยอาศัยสิทธิตามข้อตกลงข้อ 9 ในปี 19 สิงหาคม ค.ศ. 1971 กีนีก็ได้ทำสัญญาร่วมทุนกับบริษัท Maritime International Nominees Establishment (MINE) (SOTRAMAR Agreement) ตั้งบริษัทร่วมทุนภายใต้กฎหมายกีนีชื่อ SOTRAMAR ขึ้นมีระยะเวลา ร่วมทุน 30 ปี และมีวัตถุประสงค์เพื่อขนส่งแร่ Bauxite ที่กีนีได้เป็นเวลานาน 20 ปี โดยมี สภการบริหารซึ่งประกอบด้วยกรรมการจำนวน 10 คน โดยให้แต่ละฝ่ายเลือกกรรมการขึ้นมาฝ่ายละ 5 คน และให้กีนีเป็นผู้เลือกประธานกรรมการและ MINE เป็นผู้เลือกรองประธานกรรมการ การเรียกประชุมทำได้โดยประธานกรรมการเป็นผู้เรียกประชุมหรือกรรมการจำนวน 3 คนขอให้มี การประชุม และข้อตกลงร่วมทุนข้อ 5 ระบุว่า การตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายหรือการปรับปรุงแก้ไข ใด ๆ และการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารงานซึ่งมีมูลค่ามากกว่า 1 ล้านดอลลาร์ (กีนี) จะต้องให้ ประธานกรรมการและรองประธานกรรมการลงนามร่วมกันจึงจะมีผลสมบูรณ์ และข้อตกลงข้อ 12 กำหนดหน้าที่ให้ MINE ต้องจัดหาเรือในการขนส่งแร่ Bauxite และรับประกันการเงินของบริษัท

ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 SOTRAMAR ก็ได้ตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโต ตัดสินของ ICSID

แม้ว่า MINE จะสามารถจัดหาเรือ "La Socie'te' Guine'enne de Transports Maritimes "SOTRAMAR"" ด้วยการลงทุนจำนวนเงิน 1,020,000 ล้านดอลลาร์ สหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่ก็ไม่มีการดำเนินการตามสัญญาร่วมทุนแต่อย่างใด ความล่าช้านี้ทำให้ เจือจางทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไปโดยอัตราค่าระวางขนส่งได้เพิ่มขึ้นอย่างมาก กีนีได้แจ้งให้ MINE ทราบว่าตนจะทำาการขนส่งแร่เอง แต่ก็เกิดข้อขัดแย้งกันว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ MINE จึงขอให้เรียกประชุมสภการบริหาร แต่ประธานกรรมการสภการบริหารไม่ได้เรียกประชุม และกีนีได้ ตัดสินว่า MINE ไม่ได้มาจที่จะปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่ได้แจ้งให้ MINE ทราบ และในเดือนมกราคม 1974 กีนีก็ได้เข้าทำสัญญากับบริษัทอีกบริษัทหนึ่งซึ่งชื่อว่า AFROBULK (AFROBULK Agreement) เพื่อขนส่งแร่ Bauxite (ตามสิทธิในข้อตกลงข้อ 9 ที่ทำกับบริษัท Harvey) เป็นเวลา 2 ปี

ในเดือนกุมภาพันธ์ 1974 MINE ได้ทราบว่ากีนีได้เข้าทำสัญญาขนส่งแร่กับบุคคล

ที่สาม (AFROBULK) โดยฝ่าฝืนสิทธิที่กินีได้รับตามสัญญาที่ทำไว้กับ MINE ต่อมาในการประชุมในเดือนสิงหาคม 1974 ที่เมือง Conakry (เมืองหลวงของกินี) MINE ได้แจ้งให้กินีทราบว่า สัญญาที่กินีทำกับ AFROBULK ไม่สอดคล้องกับสัญญาที่ทำไว้ตน และขอให้กินีเลิกสัญญาที่ทำกับ AFROBULK เพื่อให้ SOTRAMAR สามารถที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้ แต่ในเดือนสิงหาคม 1974 กินีปฏิเสธที่จะปฏิบัติตาม

ในปี ค.ศ. 1975 เริ่มมีการดำเนินการตามสัญญา AFROBULK และดำเนินการต่อไปจนถึงปี ค.ศ. 1977 เมื่อครบกำหนดสัญญาที่ทำไว้กับ AFROBULK กินีก็ได้เข้าทำสัญญากับใหม่กับบริษัทที่ชื่อว่า GUINOMAR

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาที่กินีทำกับ AFROBULK เพราะในสัญญาดังกล่าว AFROBULK ตกลงที่จะจ่ายเงินจำนวน 5 เซ็นต์ต่อตันสำหรับการขนแร่ตามสิทธิที่ได้รับตามสัญญา (ข้อ 9) ของกินี MINE จึงเห็นว่าตนควรได้ค่าทดแทนในส่วนนี้

ในวันที่ 7 พฤษภาคม 1984 MINE ได้ยื่นคำร้องขอเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID และในวันที่ 18 กันยายน 1984 เลขานุการได้จดทะเบียนคำร้องดังกล่าว (ข้อควรสังเกตในคดีนี้คือ ก่อนที่จะมีการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้มีการเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการสถาบันอื่นก่อน ซึ่งจะดังกล่าวในหัวข้อ 5.3.2 ต่อไป) โดย MINE อ้างว่ากินีต้องรับผิดชอบกับความล้มเหลวของ SOTRAMAR เนื่องจากกินีไม่ปฏิบัติตามสัญญา 2 ประการ ประการแรก ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่จะต้องทำให้มีการดำเนินการตามสัญญา เพราะกินีไม่อนุมัติอำนาจในการจัดการที่จำเป็นเพื่อเจรจาและทำสัญญา และประการที่สอง กินีละเมิดสัญญาโดยการตกลงทำสัญญากับ AFROBULK ในทางกลับกัน กินีก็ได้อ้างว่า MINE ละเมิดสัญญาเพราะไม่ทำสัญญาขนส่งและจัดหาแร่ ดังนั้นสัญญาที่กินีทำกับ AFROBULK จึงถูกต้องตามกฎหมาย ในเดือนมิถุนายน 1985 มีการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาคดี

5.3.2 เบื้องหลังกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในสัญญาที่กินีทำกับ MINE (SOTRAMAR Agreement) ได้กำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมข้อพิพาทก่อน แต่การประนีประนอมข้อพิพาทในการประชุมในช่วงเดือนเมษายนถึงเดือนสิงหาคม 1974 ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากกินีปฏิเสธที่จะเลิกสัญญาที่ทำกับ

AFROBULK นอกจากนี้ ในสัญญา SOTRAMAR ยังกำหนดต่อไปว่าหากไม่อาจจะรับข้อพิพาทโดย การประนอมข้อพิพาทได้ ก็ให้ใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทต่อไป โดยกำหนด ให้ประธานของ ICSID เป็นผู้แต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งวิธีแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโต ตุลาการเช่นนี้ขัดกับบทบัญญัติในอนุสัญญา (มาตรา 37) ดังนั้นในปี ค.ศ. 1975 คู่กรณีจึงตกลง แก้ไขข้อตกลงดังกล่าวเสียใหม่ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการแก้ไขวิธีการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโต ตุลาการแล้ว ก็ยังเกิดปัญหาที่ทำให้ MINE ไม่สามารถเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เหตุผลประการ แรกเพราะว่า MINE เป็นบริษัทที่จะจดทะเบียนในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญา ICSID ใน ขณะนั้น (แต่เป็นภาคีในปัจจุบัน) และเหตุผลประการที่ 2 คู่กรณีไม่ได้ระบุไว้ในการแสดงความ ยินยอมให้ใช้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ในเดือนสิงหาคม 1975 MINE จึงขอแก้ไขการแสดงความยินยอม แต่ก็ไม่ยอมลงนามในการ แก้ไขครั้งนี้ MINE จึงถือว่ากีนีปฏิเสธที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ดังนั้น ICSID จึงไม่มี อำนาจเหนือข้อพิพาทดังกล่าว

ในปี ค.ศ. 1978 MINE จึงตัดสินใจที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ AAA ในสหรัฐ อเมริกา แม้ว่า U.S. District Court (District of Columbia) จะมีคำสั่งอนุญาตให้ ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 1978 และอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ MINE ด้ รับเงินจำนวนมากกว่า 27 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกานในปี ค.ศ. 1980 ก็ตาม แต่กีนีก็ไม่ยอมรับ คำชี้ขาดดังกล่าว จนกระทั่ง MINE ขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาด กีนีจึงได้คัดค้านคำชี้ขาดต่อศาล สหรัฐอเมริกา ในตอนแรก District Court (District of Columbia) ตัดสินให้กีนีแพ้ แต่ต่อมาศาลอุทธรณ์ตัดสินให้กีนีชนะคดี MINE จึงอุทธรณ์ต่อ U.S. Supreme Court เพื่อขอ หมาย (writ of certiorari) แต่ U.S. Supreme Court ยกคำขอของ MINE

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1980 ซึ่งอยู่ในระหว่างการคัดค้านคำชี้ขาดของ AAA กีนียอมให้ MINE เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID และ ICSID ก็ยอมรับข้อพิพาทเพราะเห็นว่าแม้ว่า MINE จะไม่ได้เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศภาคีอนุสัญญา ICSID ก็ตาม แต่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ ก็เป็นคนสัญชาติสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญา ICSID ดังนั้นในเดือนพฤษภาคม 1984 ซึ่งเป็นเวลาเกือบ 7 ปีนับแต่ที่มีการเริ่มเสนอข้อพิพาท MINE ก็สามารถเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้

องค์คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยบุคคล 3 คน และเป็นสัญชาติอเมริกัน

ทั้งหมด (แม้ว่าสัญญา SOTRAMAR จะทำเป็นภาษาฝรั่งเศส และการตีความความหมายของข้อตกลงให้ถือตามสัญญาฉบับภาษาฝรั่งเศสก็ตาม) MINE แต่งตั้งนาย Jack Berg และกีนีแต่งตั้งศาสตราจารย์ David Sharpe ส่วนอนุญาโตตุลาการคนที่ 3 คู่กรณีตกลงแต่งตั้งนาย Donald Zubrod องค์กรอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อพิพาท (maritime investment) เป็นอย่างดี องค์กรอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดในวันที่ 6 มกราคม 1988

5.3.3 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการลงวันที่ 6 มกราคม 1988

คณะอนุญาโตตุลาการโดยมติเป็นเอกฉันท์ตัดสินให้ MINE เป็นฝ่ายชนะคดี โดยเห็นว่า MINE ไม่ได้ละเมิดสัญญา และการที่กีนีทำสัญญากับบริษัท AFROBULK เป็นการไม่สุจริตตามหลักกฎหมายแห่งฝรั่งเศส (MINE Award : 33) และคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ MINE ได้รับการชดเชยเป็นจำนวนเงิน 12,459,483 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา แต่เนื่องจากกีนีฟ้องแย้งค่าเสียหายเนื่องจากการที่ MINE พยายามยึดทรัพย์สินของกีนีโดยอาศัยคำชี้ขาดของ AAA เป็นจำนวน 311,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินฟ้องแย้งว่า MINE มีส่วนผิดที่ไม่เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แต่ก็มีข้ออ้างที่รับฟังได้บ้าง (MINE Award : 43-44) จึงตัดสินให้กีนีได้รับค่าชดเชยเป็นเงินจำนวน 210,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ดังนั้นค่าชดเชยที่ MINE ได้รับทั้งสิ้นจึงเป็นเงินจำนวน 12,249,483 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

กีนีได้ยื่นคำร้องขอหักเงินคำชี้ขาดเฉพาะส่วนโดยอ้างเหตุผลต่าง ๆ 10 ประการ แต่จำนวนเหตุที่อ้างที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 52(1) มี 3 ประการ ดังนี้ (1) คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้เหตุผลในการตัดสินเรื่องค่าเสียหายและไม่ตัดสินประเด็นสำคัญในคดี (มาตรา 52(1)(e)) (2) คณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎหมายที่ถูกต้องในการพิจารณาความรับผิดและค่าเสียหาย (มาตรา 52(1)(b)) และ (3) คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาแตกต่างไปจากวิธีพิจารณาโดยวิธีมาตรฐานการคำนวณค่าเสียหายที่คู่กรณีไม่ได้เสนอในการพิจารณา (มาตรา 52(1)(d))

ในวันที่ 30 มีนาคม 1988 เลขานุการได้จดทะเบียนคำร้องขอหักเงินคำชี้ขาดของสาธารณรัฐกีนีในคดี MINE v. สาธารณรัฐกีนี คณะกรรมการเฉพาะกิจซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้พิจารณาคำร้องของกีนีประกอบด้วยนายสมปอง สุจริตกุล (ประธาน(สัญชาติไทย)) นาย

Aron Broches (สัญชาติเนเธอร์แลนด์) และนาย Keba Mbaye (สัญชาติเซเนกัล)

ในวันที่ 22 ธันวาคม 1989 คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ตัดสินโดยมติเป็นเอกฉันท์ให้ยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วนค่าเสียหาย

ในวันที่ 26 มกราคม 1990 เลขาธิการได้จดทะเบียนคำร้องขอเสนอข้อพิพาทในส่วนความเสียหายของ MINE อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 13 พฤศจิกายน 1990 ในระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ขอให้ยุติกระบวนการพิจารณา เนื่องจากสามารถตกลงกันได้

6. การตีความและการใช้มาตรา 52 ของคณะกรรมการเฉพาะกิจของ ICSID

6.1 ข้อพิจารณาทั่วไป

คณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner I และ MINE ได้อธิบายความหมายของการยกเลิกคำชี้ขาดไว้ว่า การยกเลิกคำชี้ขาดไม่ใช่การอุทธรณ์ เพราะมาตรา 53 บัญญัติยืนยันการห้ามอุทธรณ์ไว้ชัดเจนเท่ากับห้ามการตรวจสอบเนื้อหาคำชี้ขาด ดังนั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจจึงไม่อาจกลับคำชี้ขาดได้ และการตีความตามมาตรา 52 ต้องตีความตามวัตถุประสงค์และตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา ICSID (Klockner I Decision : para 3 และ MINE Decision : paras 4.04-4.06)

คณะกรรมการเฉพาะกิจในคดีทั้งสามได้พิจารณาใน 3 ประเด็นดังนี้

1. ประเด็นเรื่องอำนาจ (jurisdiction) ประเด็นเรื่องอำนาจเป็นประเด็นหนึ่งที่มีการโต้เถียงกันมากที่สุดในทางปฏิบัติของ ICSID เช่นในคดี Holiday Inns/Occidental Petroleum v. Morocco (ICSID Case NO.ARB/72/1) คดี Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica (ICSID Case No. ARB/74/2) คดี Kaiser Bauxite Company v. Jamaica (ICSID Case No. ARB/74/3) คดี Reynolds Jamaica Mines Ltd. and Reynolds Metals Company v. Jamaica (ICSID Case No. ARB/74/4) คดี S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. Gouvernement du Congo (ICSID Case No. ARB/77/2) คดี AMCO Asia Corp. v. Indonesia (ICSID Case No. ARB/



81/1) คดี Klockner v. Cameroon (ICSID Case No. ARB/81/2) และคดี Societe Ouest-Africaine des Beton Industriels v. Senegal (ICSID Case No. ARB/82/1) เรื่องอำนาจเป็นประเด็นเฉพาะในคดี Klockner I แต่ไม่เป็นประเด็นในคดี AMCO I เพราะในคดี AMCO I คณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินเรื่องเขตอำนาจไว้แต่ต้นแล้ว

2. ประเด็นเรื่องกฎหมายที่ใช้ในคดีข้อพิพาท การยกเลิกคำชี้ขาดในคดี Klockner I และ Amco I ต่างก็มีสาเหตุมาจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง แต่ในคดี MINE คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายผิด

3. ประเด็นเรื่องการทำไม่ให้เกิดผล

6.2 มาตรา 52(1)(b) คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดเจน

การใช้อำนาจเกินขอบเขตที่มีการยกขึ้นอ้างในการขอเพิกถอนคำชี้ขาดแยกเป็น 2 ประเด็นคือ การพิจารณาโดยไม่มีอำนาจ (lack of jurisdiction) และการฝ่าฝืนมาตรา 42(1)

6.2.1 คดี Klockner I

Klockner ได้โต้แย้งคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุว่ามีกรใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดเจน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาโดยไม่มีอำนาจ (มาตรา 25(1) ของอนุสัญญา บัญญัติว่าในการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีก่อน) และคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาโดยฝ่าฝืนมาตรา 42(1) ของอนุสัญญา (มาตรา 42(1) บัญญัติว่า "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable) คณะกรรมการเฉพาะกิจได้พิจารณาข้อโต้แย้งทั้งสองเรียงตามลำดับดังนี้ (Klockner I Decision : paras 4-56 (กรณีไม่มีเขต

อำนาจเกินขอบเขต โดยเห็นว่าการใช้อำนาจเกินขอบเขตจะต้องชัดเจน แต่เห็นว่าเนื่องจากการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้เหตุผลไว้และไม่ใช้การตัดสินไปตามอำเภอใจ การตัดสินเช่นนั้นจึงไม่ใช้การใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดแจ้ง ซึ่งจะเป็นเหตุขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 (1)(b) ได้ (Klockner I Decision, para 52(e))

สำหรับในคดี Amco I คดี MINE ไม่มีการโต้แย้งเรื่องการใช้อำนาจเกินขอบเขตไว้แต่อย่างใด

6.2.1.2 การฝ่าฝืนมาตรา 42(1)

ผู้ร้องในคดี Klockner I ได้โต้แย้งว่าตามมาตรา 42(1) คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดโดยใช้กฎหมายแคมเมอรูนอิงกฎหมายฝรั่งเศส (Cameroonian laws based on French Law) และคณะอนุญาโตตุลาการก็เห็นว่าจะต้องใช้กฎหมายแคมเมอรูนกับข้อพิพาท แต่คณะอนุญาโตตุลาการกลับละเลยที่จะนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ จึงเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต ในการพิจารณาข้อโต้แย้งนี้ คณะกรรมการเฉพาะกิจเริ่มด้วยการพิจารณาว่าข้อโต้แย้งของ Klockner เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 52(1)(b) หรือไม่ จึงต้องตีความมาตรา 42(1) และพิจารณาผลของการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 42(1) ซึ่งคณะกรรมการเฉพาะกิจมีความเห็นว่ามาตรา 42 ไม่ใช่เป็นเพียงการแนะนำคณะอนุญาโตตุลาการหรือเป็นเพียงหน้าที่ที่ไม่มีความกำหนดโทษ โดยแท้จริงแล้ว...การยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 จะต้องตีความตามอนุสัญญาโดยเฉพาะตีความภายใต้มาตรา 42 และมาตรา 48 (Klockner I Decision, para. 58 ; มาตรา 48(3) บัญญัติว่า "the award shall deal with every question submitted to the Tribunal and shall state the reason upon which it is based.") คณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินต่อไปว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎ (rules) ที่จะต้องใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ๆ เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่อาจเป็นเหตุขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดได้ โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจได้อ้างถึงคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการประจำแห่งกรุงเฮกในคดี Orinoco Steamship (1910) และคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ตัดสินว่าการใช้อำนาจเกินขอบเขตอาจเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎ (rules) ที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (compromis) หรือใช้กฎที่ต่างไปจากที่กำหนดไว้ในข้อตกลงอนุญาโต

ตุลาการก็ได้ (Klockner I Decision, para 59)

หลังจากที่คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ตัดสินว่าการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 42 เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตซึ่งเป็นเหตุที่อาจขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้แล้ว ก็พิจารณาต่อไปว่าการผิดที่จะถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 42 โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าต้องแยกให้ชัดระหว่างการไม่นำกฎหมายที่จะต้องใช้กับข้อพิพาทมาใช้ (non-application of the applicable law) ซึ่งกรณีแรกจะขอเรียกว่าการไม่ใช้กฎหมายที่จะต้องใช้กับข้อพิพาท กับกรณีที่สองมีการนำกฎหมายที่ต้องใช้กับข้อพิพาทมาใช้แต่ได้ใช้ผิดไป (mistaken application of law) ซึ่งกรณีที่สองจะขอเรียกว่าการนำกฎหมายผิด โดยได้อ้างถึงความไม่แน่นอนและเคลือบคลุมของคำชี้ขาดของกษัตริย์สเปน คณะกรรมการเฉพาะกิจสรุปว่าการนำกฎหมายผิด แม้กฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่สำคัญก็ตาม โดยทั่วไปแล้วจะไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต (Klockner I Decision, para. 61) กรณีนี้เป็นกรณีนำกฎหมายที่ต้องใช้กับข้อพิพาท คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงรับคำร้องของ Klockner I

คณะกรรมการเฉพาะกิจได้พิจารณาว่ามีการฝ่าฝืนมาตรา 42(1)

หรือไม่ดังนี้

การที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า Klockner ฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยความลับทั้งหมด ดังนั้นจึงไม่มีสิทธิได้รับการชำระราคาตามสัญญาแรงงานน่วยที่ขายให้กับแคมเมอรูน โดยในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างว่าได้ใช้กฎหมายตามมาตรา 42 แล้ว เช่นอ้างว่าได้ใช้กฎหมายแคมเมอรูนอิงกฎหมายฝรั่งเศส (Klockner I Decision, para. 65) ทำให้คณะกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาเนื้อหาคำชี้ขาดส่วนที่เกี่ยวกับประเด็นเรื่องหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยความลับทั้งหมดของคู่สัญญา และได้หยิบยกคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังจะอ้างถึงต่อไปนี้ขึ้นพิจารณา

เราสันนิษฐานว่าหลักที่ว่าบุคคลผู้ผูกพันในสัญญาซึ่งอาศัยความมั่นคงระหว่างคู่สัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามคู่สัญญาของตนด้วยความเปิดเผย สุจริต และไม่อำพราง เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังเช่นที่เป็นหลักพื้นฐานของประมวลกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่เรารู้จัก...((Klockner I Decision, para. 66)

คณะกรรมการ เฉพาะกิจ เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้กฎหมาย แคมเมอรูนในคำชี้ขาดส่วนนี้ เพราะว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้อ้างถึงความมีอยู่ของหลักหรือ กฎที่ใช้ แต่กลับอ้างว่าตนเชื่อว่าหลักนี้เป็นหลักพื้นฐานของประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส (Klockner I Decision, para. 67) คณะกรรมการ เฉพาะกิจจึงได้ตั้งประเด็นว่าหลักพื้นฐาน ของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่อ้างไว้ในคำชี้ขาดนั้นมาจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศสที่แท้จริงหรือไม่ ใน ประเด็นนี้คณะกรรมการ เฉพาะกิจเห็นว่าคำชี้ขาดไม่อาจตอบประเด็นนี้ได้ เพราะว่าในคำชี้ขาด ของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ไม่ได้อ้างอิงถึงกฎหมาย (legislative text) คำพิพากษา หรือ ความเห็นของผู้ทรงความรู้ (Klockner I Decision, para. 71) ดังนั้นคณะกรรมการ เฉพาะกิจจึงตัดสินใจว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้กฎหมายของรัฐภาคี (แคมเมอรูน) (Klockner I Decision, para. 79) และยกเลิกคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

6.2.2 คดี Amco I

ในคดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าอินโดนีเซียละเลยไม่ปกป้องสิทธิของ P.T. Amco (ซึ่งเป็นบริษัทที่ควบคุมโดยต่างชาติ) ในการจัดการบริหารโรงแรม Kartika Plaza ภายใต้สัญญา กับบริษัทอินโดนีเซีย กล่าวคือ BKPM ซึ่งเป็นคณะกรรมการประสานการ ลงทุนของอินโดนีเซีย (Capital Investment Coordination Board) ได้ถอนใบอนุญาตของ P.T. Amco ในการประกอบธุรกิจในอินโดนีเซียโดยขั้นตอนและเงื่อนไขที่ไม่เป็นไปตามสุจริต กระบวน (due process) และเหตุซึ่ง BKPM ใช้อ้างในคำสั่งเพิกถอนนั้นไม่ชอบด้วยการ เพิกถอนใบอนุญาตการลงทุน ในเบื้องต้นคณะกรรมการ เฉพาะกิจได้พิจารณาประเด็นเรื่องกฎหมาย ที่จะนำมาใช้บังคับ โดยคณะกรรมการ เฉพาะกิจได้นำมาตรา 42 แห่งอนุสัญญา มาใช้บังคับ (AMCO I Decision, para. 19) คณะกรรมการ เฉพาะกิจเห็นว่ามาตรา 42(1) ให้อำนาจ คณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ในการใช้ข้อบังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ (rules of international law) ก็ต่อเมื่อเป็นการใช้เพื่ออุดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายภายในและ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ (international law norms) และในกรณีที่ กฎหมายภายในที่บังคับกับกฎหมายระหว่างประเทศ (AMCO I Decision, para. 20) โดยคณะกรรมการ เฉพาะกิจเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายของ

ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นความมุ่งหมายของระบบของอนุสัญญา (AMCO I Decision, paras. 21-22)

เนื่องจากคำร้องของอินโดนีเซียได้อ้างเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 42 หลายประเด็น เช่น (1) อ้างว่าในคำชี้ขาดอ้างถึงการพิจารณาโดยยุติธรรม (equitable considerations) จึงแสดงว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินโดยใช้หลักความเป็นธรรมและใช้สมรรถนะที่ดี (ex aequo et bono) (ซึ่งการตัดสินโดยหลักความเป็นธรรมและใช้สมรรถนะที่ดีนี้จะสามารถทำได้เมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายยินยอมเท่านั้น) คณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินว่าการพิจารณาโดยยุติธรรม อาจจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาปรับใช้ได้ (AMCO I Decision, para. 26) (2) อ้างเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้หลักการพิจารณาโดยยุติธรรมบังคับเฉพาะในคดีแนวเขตทางทะเล (maritime boundary) เท่านั้น เมื่อคณะกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว มีความเห็นเช่นเดียวกับนักกฎหมายอื่น ๆ ว่า ในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศนั้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำหลักการพิจารณาโดยยุติธรรมมาใช้กับคดีที่ไม่ใช่แนวเขตทางทะเลก็ได้ (AMCO I Decision, para 27) ดังนั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจจึงตัดสินว่าการวินิจฉัยกล่าวไว้ว่าการใช้หลักความเป็นธรรมและใช้สมรรถนะที่ดีแทนการใช้กฎหมายอินโดนีเซีย (AMCO I Decision, para. 28)

ในการพิจารณาข้อโต้แย้งของอินโดนีเซียที่ว่ามีการฝ่าฝืนมาตรา 42(1) เพราะคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎหมายอินโดนีเซียตัดสิน โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่า P.T. Amco ไม่ได้รับความเป็นธรรมและไม่ได้รับการไต่สวนอย่างเพียงพอในกระบวนการยกเลิกใบอนุญาตของ BKPM ซึ่งเป็นการขัดกับหลักสุจริตกระบวนการ (AMCO I Decision, para. 75) อินโดนีเซียได้โต้แย้งว่าหลักซึ่งใช้ในคำชี้ขาดนี้เป็นหลักที่มาจากหลักความเป็นธรรม (equity) ไม่ใช่มาจากหลักกฎหมายดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42(1) ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงกระทำการเกินขอบอำนาจอินโดนีเซียยืนยันว่ากฎหมายปกครอง (administrative law) ของอินโดนีเซียไม่มีการบัญญัติถึงหลักสุจริตกระบวนการ แต่คณะกรรมการเฉพาะกิจวินิจฉัยว่า แม้ว่าในรัฐธรรมนูญของอินโดนีเซียจะไม่บัญญัติคำว่า "สุจริตกระบวนการ" ไว้ แต่อินโดนีเซียก็ยอมรับว่าบุคคลใดก็ตามที่เห็นว่าตนได้รับความกระทบกระเทือนจากรัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร อาจจะไปยื่นเรื่องในศาลแพ่งของอินโดนีเซียได้ภายใต้มาตรา 1365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอินโดนีเซีย และยังได้ยอมรับว่าถ้าคำตัดสินของ

หน่วยงานบริหาร (administrative agency) โดยพิจารณาเป็นคดี ๆ ไป เป็นไปตามอำเภอใจหรือเกินขอบอำนาจหรือไม่ตรงกับแนวคิดเรื่องความยุติธรรมในชุมชนแล้ว ก็อาจขอให้เยียวยาได้ คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงเห็นว่ากฎหมายอินโดนีเซียมีการบัญญัติเรื่องศุภนิติกระบวนการไว้ แต่ตัดสินว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายอินโดนีเซีย จึงยกเลิกคำชี้ขาดโดยเหตุการณ์ใช้อำนาจเกินขอบเขต (AMCO I Decision, para. 98)

นอกจากนี้ในคำชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการยังตัดสินว่า P.T. Amco ได้ลงทุนในโครงการโรงแรมไปแล้วประมาณ 5 ใน 6 ส่วนของจำนวนที่ใบอนุญาตการลงทุนกำหนดไว้ เงินลงทุนที่ขาดไปจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญ (AMCO I Decision, para. 91) ดังนั้น การเพิกถอนใบอนุญาตโดย BKPM จึงไม่มีเหตุอันสมควร และทำให้อินโดนีเซียจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ Amco อินโดนีเซียโต้แย้งว่าหากคณะอนุญาโตตุลาการได้นำกฎหมายของอินโดนีเซียมาใช้อย่างแท้จริงแล้ว จำนวนเงินทั้งหมดที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า P.T. Amco ได้ลงทุนไปแล้วนั้นควรจะหักออกไปจากการลงทุน (เพราะว่าจำนวนเงินทั้งหมดนี้ ไม่ถือว่าเป็นสินทรัพย์ของต่างชาติ) ในการประชุมที่กรุงเวียนนาในครั้งนี้ได้มีการนำกฎหมายของอินโดนีเซียมาเสนอเป็นหลักฐานต่อคณะกรรมการเฉพาะกิจ จากหลักฐานดังกล่าว คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่า (1) ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายอินโดนีเซียที่เกี่ยวข้อง การลงทุนที่จะถือว่าเป็นการลงทุนในความหมายของการลงทุนตามกฎหมายการลงทุนต่างชาติ (Law no. 1/1967) คือการลงทุนที่ได้รับการยอมรับและจดทะเบียนจากองค์กรที่มีอำนาจในการรับจดทะเบียนการลงทุนของอินโดนีเซียเท่านั้น (Bank Indonesia) (2) P.T. Amco ไม่ได้รับการจดทะเบียนจำนวนการลงทุนตามที่อ้างว่า ได้มีการลงทุนในโครงการโรงแรมจาก Bank Indonesia และ (3) ภายใต้กฎหมายอินโดนีเซีย การตัดสินให้จดทะเบียนนั้น Bank Indonesia ยังอาจหักจำนวนการลงทุนของต่างชาติที่ได้รับอนุญาตหรือที่มีสิทธิลงทุนที่ได้ลงทุนในอินโดนีเซียไปแล้วออกไปได้ (AMCO I Decision, para. 93-94) ดังนั้น ที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าให้จำนวนเงินการลงทุนของ P.T. Amco สูงเกินไปถึงสองเท่าครึ่ง จึงเป็นการไม่ใช้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของอินโดนีเซียอย่างเห็นได้ชัด คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงยกเลิกคำชี้ขาดดังกล่าว (AMCO I Decision, para. 95)

6.2.3 คดี MINE

คณะกรรมการตุลาการตัดสินให้ MINE ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการผิดสัญญา กินีได้ยื่นคำร้องขอเรียกเลิกคำชี้ขาดในส่วนที่ตัดสินเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและในส่วนที่ทำให้ชดเชยค่าเสียหายในส่วนข้อพิพาท โดยอ้างเหตุผลหนึ่งในหลาย ๆ เหตุว่าคณะกรรมการได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตอย่างชัดเจน เนื่องจากไม่ใช้กฎหมายที่ถูกต้องบังคับในการพิจารณาความรับผิดชอบและค่าเสียหาย

ในคดีนี้ คู่กรณีได้ตกลงในเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ในข้อตกลงระหว่างคู่กรณีแล้ว ดังนั้นประเด็นในคดีจึงเป็นการพิจารณาถึงการนำบทบัญญัติส่วนแรกของมาตรา 42(1) มาใช้กับข้อพิพาทมากกว่าที่จะพิจารณาถึงการนำบทบัญญัติที่สองของมาตรา 42 (1) มาใช้กับข้อพิพาทดังเช่นในคดี Klockner I และคดี AMCO I ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ MINE ได้เจาะจงยึดมาตรา 1134 ของสิ่งที่ตนอ้างว่าเป็น "Union Civil Code" เป็นหลัก (MINE Decision, para. 6.39) และไม่มีข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในเรื่องความผูกพันของข้อตกลงที่ได้ตกลงกันไว้และในเรื่องความสุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1134 ข้อโต้แย้งของคู่กรณีทั้งสองมีเพียงเรื่องการนำข้อตกลงไปใช้โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้โต้แย้งเรื่องผลของข้อตกลงของคู่กรณี และคณะกรรมการได้ชี้ขาดว่ากินีได้ฝ่าฝืนหน้าที่เรื่องความสุจริตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1134 ของประมวลแพ่งฝรั่งเศส (ซึ่งเป็นการอ้างผิด) (MINE Decision, para. 6.39) คณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินว่าไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการไม่ใช้กฎหมายที่จะต้องใช้แต่อย่างใด เพียงแต่ใช้กฎหมายผิด โดยใช้มาตรา 1134 ของประมวลแพ่งฝรั่งเศส (French Civil Code) แทนมาตรา 1134 ของ "Code Civil de l'Union Francaise" (ซึ่งเป็นกฎหมายกินีและมีเนื้อหาเดียวกันกับมาตรา 1134 ประมวลแพ่งฝรั่งเศส) คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงไม่ถือว่าความผิดพลาดในการใช้กฎหมายนี้เป็นเหตุให้ยกเลิกคำชี้ขาด (MINE Decision, para. 6.40)

6.3 มาตรา 52(1)(d) การพิจารณาแตกต่างไปจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา อย่างร้ายแรง

6.3.1 คดี Klockner I

เนื่องจากคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดเพราะคณะอนุญาโตตุลาการ
ได้ใช้อำนาจเกินขอบเขต เนื่องจากไม่ใช้กฎหมายของรัฐคู่สัญญาตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42(1)
ของอนุสัญญา (MINE Decision, para. 56) คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้อง
ต้องพิจารณาถึงเหตุตามมาตรา 52(1)(d) และมาตรา 52(1)(e) ดังที่อ้างมาในคำร้องอีก

6.3.2 คดี AMCO I

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดในคดี
AMCO I โดยเหตุที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำการเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจน (AMCO I
Decision, para. 98) แต่คณะกรรมการเฉพาะกิจก็ยังได้พิจารณาคำร้องของรัฐบาลอินโดนีเซีย
ที่ให้ยกเลิกคำชี้ขาด เพราะการพิจารณาแตกต่างไปจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาและไม่ได้
เหตุผลในคำชี้ขาดไว้

ในคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด อินโดนีเซียได้อ้างเหตุตามมาตรา 52(1)(b)
(d) และ (e) (AMCO I Decision, para. 4)

เมื่อพิจารณามาตรา 52(4) ของอนุสัญญาแล้ว คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่า
มาตรา 48(3) ของอนุสัญญาสามารถจะนำไปใช้กับกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาดที่เสนอต่อตนได้
เช่นเดียวกับที่สามารถนำไปใช้กับกระบวนการเดิมที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ (AMCO I
Decision, para. 16) เพราะมาตรา 52(4) บัญญัติว่าให้นำบทบัญญัติในอนุสัญญาบางมาตรา
รวมทั้งมาตรา 48(3) มาใช้โดยอนุโลมกับกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการเฉพาะกิจด้วย

คณะกรรมการเฉพาะกิจได้รับคำร้องของรัฐบาลอินโดนีเซียที่อ้างเหตุขอให้ยกเลิก
คำชี้ขาดว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ตัดสินปัญหาที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการทุกปัญหา จึงเป็น
การไม่ปฏิบัติตามมาตรา 48(3) โดยอินโดนีเซียได้โต้แย้งว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธที่

จะพิจารณาเหตุบางเหตุที่ตนได้เสนอไป ซึ่งหากได้พิจารณาแล้วก็อาจเป็นเหตุทำให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินตรงกันข้ามกับที่ได้ตัดสินไป (คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าการเพิกถอนใบอนุญาตของ BKPM ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย) อินโดนีเซียเห็นว่าเป็นการไม่ปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน (equal treatment) จึงถือเป็นการพิจารณาที่แตกต่างไปจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาพื้นฐานอย่างร้ายแรง และเป็นเหตุยกเลิกลำข้อขัดตามมาตรา 52(1)(d)

ในการพิจารณาว่าข้ออ้างของอินโดนีเซียรับฟังได้หรือไม่นั้น คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 48(3) จะเป็นเหตุยกเลิกลำข้อขัดหรือไม่ เพราะมาตรา 52(1) ไม่ได้บัญญัติให้การไม่ปฏิบัติตามมาตรา 48(3) เป็นเหตุขอให้อยกเลิกลำข้อขัดได้ และผู้ร้องก็ไม่ได้สืบที่จะโต้แย้งตามมาตรา 49(2) ซึ่งเป็นมาตราที่ให้อำนาจแก่คู่กรณีที่ จะร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้ทาคำชี้ขาดให้สมบูรณ์ คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่ามาตรา 52(1)(e) เป็นบทบังคับของมาตรา 48(3) ที่บัญญัติให้พิจารณาปัญหาที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการทุกปัญหา และต้องให้เหตุผลต่าง ๆ ซึ่งคำชี้ขาดได้อ้างอิงถึงด้วย การไม่พิจารณาปัญหาใด ปัญหาหนึ่งหรือหลายปัญหาซึ่งคู่กรณีได้ยกขึ้นนั้น อาจเป็นเหตุยกเลิกลำข้อขัดได้ เพราะถือว่าเป็นการไม่ให้เหตุผลในคำชี้ขาด และถือเป็นการพิจารณาแตกต่างไปจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาอย่างร้ายแรงด้วย (AMCO I Decision, para. 32)

6.3.3 คดี MINE

คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการพิจารณาที่ถือว่าแตกต่างไปจากวิธีพิจารณาซึ่งจะเป็นเหตุยกเลิกลำข้อขัดจะต้องร้ายแรง และอธิบายคำว่า "ร้ายแรง" ว่าหมายถึงการพิจารณาที่แตกต่างจะต้องเป็นสิ่งสำคัญและจะต้องถึงขนาดที่จะทำให้คู่กรณีเสียหายประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองจากกฎซึ่งได้กำหนดให้ความคุ้มครองไว้และอธิบายคำว่า "หลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา" (fundamental rules of procedure) ว่าไม่ได้หมายความรวมถึงข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ทั้งหมด (MINE Decision, para. 5.05-5.06)

ในคดีนี้ กิไนได้อ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินส่วนค่าเสียหายโดยไม่ได้ให้โอกาสแก่คู่กรณีในการแสดงความเห็นของตน (MINE Decision, para. 6.95-6.96) ซึ่งเป็นการขัดกับหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา เป็นเหตุให้ต้องยกเลิกลำข้อขัดในส่วนค่าเสียหาย

แต่เนื่องจากคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดส่วนค่าเสียหายโดยเหตุที่ว่าไม่มีการให้เหตุผลที่ใช้ในการตัดสินใจ คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเหตุขอเพิกถอนคำชี้ขาดเหตุอื่นที่เสนอโดยกรณี รวมทั้งเหตุที่ว่ามีการพิจารณาแตกต่างไปจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาอย่างร้ายแรง (MINE Decision, para. 6.109)

6.4 มาตรา 52(1)(e) คำชี้ขาดไม่ได้ให้เหตุผลที่ใช้ในการชี้ขาดไว้

6.4.1 คดี Klockner I

ในการพิจารณาเหตุในข้อนี้ คณะกรรมการเฉพาะกิจเริ่มการพิจารณาด้วยการบรรยายถึงรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งมีการอ้างว่าเป็นการไม่ให้เหตุผลแห่งคำชี้ขาด นอกเหนือไปจากการไม่ให้เหตุผลเลย (pure and simple absence of reasons) เช่น การให้เหตุผลต่าง ๆ ที่ขัดแย้งกัน การให้เหตุผลต่าง ๆ ที่น่าสงสัย หรือเหตุผลต่าง ๆ ไม่มีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับคำชี้ขาด ไม่ให้เหตุผลอย่างเพียงพอ และไม่พิจารณาปัญหาที่เสนอต่อคณะกรรมการ

ในการพิจารณาว่าการที่คณะกรรมการไม่พิจารณาปัญหาที่ได้เสนอต่อตนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 48(3) จะถือเป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(e) ได้หรือไม่นั้น คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าบทลงโทษการที่คณะกรรมการไม่พิจารณาปัญหาที่คู่กรณีเสนอ มีบัญญัติไว้ในมาตรา 49(2) มาตรา 49(2) บัญญัติให้คณะกรรมการตัดสินปัญหาใด ๆ ที่ตนได้ละเว้นที่จะตัดสินในคำชี้ขาด แต่คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่ามาตรา 49(2) ไม่เกี่ยวกับคดีนี้ และกรณีดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 52(1)(e) (Klockner I Decision, para. 115) และเห็นว่าถ้าการไม่พิจารณาปัญหาทุกปัญหาที่เสนอต่อคณะกรรมการเป็นการแตกต่างอย่างร้ายแรงจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา ก็อาจเป็นเหตุยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(d) ได้อีกด้วย (para. 115)

กรณีการให้เหตุผลที่ขัดแย้ง คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการให้เหตุผลที่ขัดหรือแย้งกันถือว่าเป็นการไม่ให้เหตุผล เพราะเหตุผลที่ขัดแย้งกันจะหักล้างกันเอง (Klockner I Decision, para. 116)

กรณีการไม่ให้เหตุผลที่เพียงพอจะถือเป็นการไม่ให้เหตุผลหรือไม่ เนื่องจากใน

อนุสัญญาไต่บัญญัติให้คำชี้ขาดต้องแสดงเหตุผลซึ่งใช้ในการตัดสินไว้ ดังนั้นเหตุผลต่าง ๆ ควรจะเป็นหลักของคำตัดสินของคณะอนุญาตุตุลาการ และเป็นเหตุผลที่เพียงพอ (Klockner I Decision, para. 118) คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการพิจารณาว่ากรณีใดไม่ได้ให้เหตุผลอย่างเพียงพอ จะต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังยิ่งเพื่อไม่ให้กลายเป็นการพิจารณาอุทธรณ์ และเห็นว่าการตีความว่ากรณีใดเป็นการไม่ให้เหตุผลนั้น เป็นเรื่องละเอียดอ่อนมาก เพราะว่าไม่เคยมีการตีความในเรื่องนี้มาก่อนในอนุสัญญา ICSID และยังไม่มิตัวอย่างทางปฏิบัติระหว่างประเทศที่ชัดเจนและเพียงพอ แต่คณะกรรมการเฉพาะกิจก็ตีความมาตรา 52(1)(e) ว่าการให้เหตุผลไม่ใช้เพียงพอเหตุผลใด ๆ ที่เพียงแต่เป็นรูปแบบ (formal) และเห็นได้ชัด (apparent) แต่เป็นเหตุผลซึ่งมีเนื้อหาที่ให้อ่านสามารถติดตามการให้เหตุผลของคณะกรรมการเฉพาะกิจในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้ (Klockner I Decision, para. 119) คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการให้เหตุผลที่เพียงแต่ปรากฏว่าเกี่ยวข้อง (apparently relevant) ก็จะเป็นการทำลายระบบการควบคุมความถูกต้องตามกฎหมายตามที่มาตรา 52 ของอนุสัญญา ICSID ไต่บัญญัติไว้ แต่ที่ยอมรับว่าการกำหนดให้ต้องมีเหตุผลที่เกี่ยวข้องอาจจะทำให้คณะกรรมการเฉพาะกิจให้เหตุผลของตนแทนเหตุผลของคณะอนุญาตุตุลาการได้ คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงสรุปว่าต้องเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ นั่นคือมีเหตุผลที่สามารถใช้เป็นหลักในการตัดสิน (Klockner I Decision, para 120) สรุปคือคณะกรรมการเฉพาะกิจตีความตามจารีตประเพณีการตีความสนธิสัญญาและตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาและระบบที่ตั้งขึ้นมา (Klockner I Decision, para. 119)

6.4.2 คดี AMCO I

ดังได้กล่าวไปแล้วว่าในคดี AMCO I คณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินว่าการที่คณะอนุญาตุตุลาการไม่พิจารณาปัญหาทั้งหมดที่เสนอต่อคณะอนุญาตุตุลาการ ถือเป็นพิจารณาที่แตกต่างจากหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาอย่างร้ายแรง คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงรับคำร้องของอินโดนีเซีย แต่ตัดสินว่าไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเป็นไปตามคำร้อง คณะกรรมการเฉพาะกิจยังได้กล่าวถึงการตีความเหตุที่ว่าไม่ได้ให้เหตุผลที่ใช้ในการชี้ขาดไว้เช่นเดียวกับการตีความในคดี Klockner I เพียงแต่มีการเปลี่ยนถ้อยคำเล็กน้อยโดยคณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าจะต้องมี

ความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลระหว่างหลักซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการใช้อ้างและบทสรุปของคณะอนุญาโตตุลาการ คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการทำให้เหตุผลต้องเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ (sufficiently pertinent reasons) จึงจะเป็นการทำให้เหตุผลตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา (AMCO I Decision, para. 43)

6.4.3 คดี MINE

คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดส่วนค่าเสียหาย เพราะไม่มีการทำให้เหตุผลไว้ รวมทั้งไม่พิจารณาปัญหาต่าง ๆ ที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินว่ามาตรา 48(3) ของอนุสัญญา ICSID บัญญัติไว้ว่าคำชี้ขาดจะต้องตัดสินปัญหาทุกปัญหาที่ได้เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และจะต้องให้เหตุผลซึ่งใช้ในการชี้ขาด การไม่ปฏิบัติตามส่วนท้ายของมาตรา 48(3) เป็นเหตุยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(e) ส่วนการไม่ปฏิบัติตามส่วนต้นของมาตรา 48(3) ไม่เป็นเหตุยกเลิกคำชี้ขาด และเห็นว่าคำชี้ขาดต้องมีเหตุผลซึ่งหมายความว่า จะต้องให้ผู้อ่านเข้าใจถึงเหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายนั้น และการทำให้เหตุผลจะเพียงพอต่อเมื่อคำชี้ขาดทำให้ผู้อ่านสามารถติดตามว่าคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาจากจุดหนึ่งไปอีกจุดหนึ่ง หรือจนถึงบทสรุปได้อย่างไร และหากมีการให้เหตุผลที่ขัดแย้งกันก็ถือว่าไม่เป็นการให้เหตุผลอย่างเพียงพอ (MINE Decision, para. 5.07-5.09)

คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลทุกปัญหา เฉพาะการไม่ให้เหตุผลที่ใช้ในการคำชี้ขาดเท่านั้นที่จะเป็นเหตุยกเลิกคำชี้ขาดได้ (MINE Decision, para. 5.07) แต่ถ้าการให้เหตุผลนั้นขัดกันก็จะไม่ถือว่าเป็นการให้เหตุผลที่เพียงพอ (MINE Decision, para. 5.09) นอกจากนี้คณะกรรมการเฉพาะกิจยังเห็นว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยทุกปัญหา แต่ก็เห็นว่าหากคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้กล่าวถึงปัญหาที่เสนอต่อตนทุกประเด็น ก็จะทำให้เป็นเหตุยกเลิกคำชี้ขาดเพราะไม่มีการให้เหตุผลไว้ คำชี้ขาดได้ (MINE Decision, para. 6.83)



6.5 การยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วนตามมาตรา 52(3)

มาตรา 52(3) ให้อำนาจคณะกรรมการเฉพาะกิจที่จะยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนโดยอาศัยเหตุต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 52(1) ทว่าทำให้เกิดปัญหาว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจจะต้องยกเลิกคำชี้ขาดทันทีเมื่อมีการอ้างเหตุขอท้าทายยกเลิกคำชี้ขาด หรืออาจใช้ดุลพินิจได้ คณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner I และในคดี MINE ต่างก็ได้พิจารณาถึงปัญหานี้ แต่มีบทสรุปที่แตกต่างกันออกไป

สำหรับคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner I มีความเห็นว่าเมื่อพบเหตุยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1) แล้ว คณะกรรมการเฉพาะกิจไม่อาจใช้ดุลพินิจได้ (Klockner I Decision, para. 179)

ส่วนคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี MINE เห็นว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจอาจใช้ดุลพินิจในการยกเลิกคำชี้ขาดหรือไม่ก็ได้ เพราะมาตรา 52(3) บัญญัติว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจมีอำนาจที่จะยกเลิกคำชี้ขาดทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนโดยเหตุต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) (The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1)) อนุสัญญา ICSID ไม่ได้บัญญัติให้ต้องให้อำนาจที่จะยกเลิกคำชี้ขาดทันทีที่มีคำร้องขอท้าทายยกเลิกคำชี้ขาด แต่การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการเฉพาะกิจมีจำกัด และไม่อาจใช้ดุลพินิจจนกระทั่งทำลายวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของการเยียวยาคำชี้ขาดโดยการยกเลิกคำชี้ขาด คณะกรรมการเฉพาะกิจจะไม่ยกเลิกคำชี้ขาดได้เฉพาะเมื่อเห็นว่าไม่มีความจำเป็น เพราะไม่ได้ให้ความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณา และการยกเลิกคำชี้ขาดจะทำลายความผูกมัดและความถึงที่สุดของคำชี้ขาดของ ICSID อย่างไม่มีเหตุผล (MINE Decision, paras. 4.08-4.10)

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อมีการยื่นคำร้องขอท้าทายยกเลิกคำชี้ขาดโดยอ้างว่าเหตุต่าง ๆ ตามมาตรา 52(1) แล้ว คณะกรรมการเฉพาะกิจน่าจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าจะยกเลิกคำชี้ขาดตามตามคำร้องขอหรือไม่ โดยเห็นด้วยกับคณะกรรมการเฉพาะกิจคดี MINE ว่ามาตรา 52(3) ไม่ได้บัญญัติให้ต้องยกเลิกคำชี้ขาดโดยเด็ดขาด แต่เป็นการบัญญัติเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจ นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่ากรณีที่มีการอ้างเหตุตามมาตรา 52(1) โดยที่ในความเป็นจริงไม่ปรากฏว่ามีเหตุเช่นนั้น หากคณะกรรมการเฉพาะกิจยกเลิกคำชี้ขาดทันที ก็จะทำให้คำชี้ขาดสิ้นผล และทำให้

ระบบไม่มีประสิทธิภาพ เพราะคำชี้ขาดไม่สามารถบังคับได้ และเป็นการสูญเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าที่ต้งใช้ในกระบวนการอนุญาตตุลาการ แต่เนื่องจากระบบของ ICSID มีการบัญญัติวิธีการเยียวยาอย่างจำกัด คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงต้องใช้ดุลพินิจอย่างระมัดระวัง เพราะกรณีที่มีเหตุยกเลิกคำชี้ขาดจริง ๆ แต่คณะกรรมการเฉพาะกิจใช้ดุลพินิจผิดไป ก็จะทำให้คู่กรณีไม่สามารถขอการเยียวยาคำชี้ขาดได้ เพราะตามอนุสัญญา ICSID การเยียวยาจะทำได้เฉพาะในระบบเท่านั้น

6.6 แนวทางการตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจที่ได้จากคดีต่าง ๆ

6.6.1 คดี Klockner I

คณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner ได้วางแนวทางไว้ 4 ประการ ซึ่งมีผลต่อการตีความมาตรา 52 ดังนี้

6.6.1.1 ข้อสันนิษฐานเรื่องความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดที่ขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการเฉพาะกิจวางหลักไว้ว่ากรณีเมื่อมีข้อสงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคำชี้ขาดนั้นถูกต้องสมบูรณ์ (in favorem validitatis sententiae) (Klockner I Decision, para 52(e))

Reisman เห็นว่าถ้าไม่มีข้อสันนิษฐานไว้เช่นนี้ และไม่กำหนดการระการพิสูจน์เรื่องความไม่สมบูรณ์ของคำชี้ขาดไว้แก่คู่กรณีที่คัดค้าน ก็จะทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นการพิจารณาใหม่ (de novo arbitration) (Reisman, 1992 : 57)

6.6.1.2 คณะกรรมการเฉพาะกิจไม่อาจใช้ดุลพินิจในการยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)

คณะกรรมการเฉพาะกิจวางหลักไว้ว่าถ้ามีเหตุให้ยกเลิกคำชี้ขาดตาม

มาตรา 52 แล้ว คณะกรรมการจะใช้ดุลพินิจไม่ยกเลิกคำชี้ขาดไม่ได้ แต่จะต้องยกเลิกคำชี้ขาดโดยไม่ว่าเหตุอันจะร้ายแรงหรือไม่ เพราะมาตรา 52 เป็นบทบังคับเด็ดขาด กล่าวโดยสรุปคือมาตรา 52 ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการเฉพาะกิจที่จะใช้ดุลพินิจ

Reisman เห็นว่าหลักหรือแนวทางของคณะกรรมการเฉพาะกิจ จะทำให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดได้โดยง่าย ซึ่งจะเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ICSID การตีความของคณะกรรมการเฉพาะกิจไม่เป็นไปตามนิติปรัชญาหรือสอดคล้องกับทางปฏิบัติ แต่เป็นการตีความตามบทบัญญัติของ ICSID เพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงในคดีแต่ละคดีก็จะแตกต่างกันไป จึงไม่แน่ว่าเมื่อมีเหตุตามมาตรา 52 แล้ว จะต้องยกเลิกคำชี้ขาดไปทุกกรณี เพราะในบางคดี แม้จะไม่มีเหตุตามมาตรา 52 ผลของคำชี้ขาดก็อาจจะเหมือนเดิม (Reisman, 1992 : 58) (มาตรา 52(3) บัญญัติว่า "the committee shall have the authority to annul the award")

6.6.1.3 การขยายเหตุการยกเลิกคำชี้ขาด

คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ขยายเหตุการยกเลิกคำชี้ขาดออกไป ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 52 ไม่ได้บัญญัติว่ากระบวนการที่แตกต่างจากอนุสัญญาทุกกรณีจะต้องถูกยกเลิก แต่บัญญัติไว้ว่ากรณีใดบ้างที่อาจขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้บ้าง ตัวอย่างเช่น มาตรา 52(1)(e) บัญญัติว่า "the award has failed to state the reasons on which it is based" ในขณะที่มาตรา 48(3) บัญญัติไว้ว่า "the award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based." จะเห็นได้ว่ามาตรา 52(1)(e) มีความหมายแคบกว่ามาตรา 48(3) ดังนั้น แม้คำชี้ขาดจะไม่ได้ให้เหตุผลในทุกประเด็นที่เสนอต่อคณะกรรมการก็ตาม แต่ถ้าคำชี้ขาดได้ให้เหตุผลในคำชี้ขาดที่ได้ชี้ขาดแล้ว ก็ไม่ใช่กรณีที่จะขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(e) Reisman เห็นว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจไม่แยกความแตกต่างระหว่างมาตรา 52(1) กับบทบัญญัติมาตราอื่นในอนุสัญญา แต่กลับตีความย้อนกลับไปหาส่วนอื่นของอนุสัญญา เท่ากับว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจตีความว่าถ้าคำชี้ขาดขัดกับบทบัญญัติส่วนอื่นของอนุสัญญาแล้ว ก็อาจถูกคัดค้านได้ การตีความเช่นนี้จะทำให้มีการคัดค้านคำชี้ขาดมากขึ้น ซึ่งจะเป็นการทำลายประสิทธิภาพ

ของการอนุญาโตตุลาการ (Reisman, 1992 : 58)

6.6.1.4 การตรวจสอบคำชี้ขาดจะต้องไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของคำชี้ขาด

คณะกรรมการเฉพาะกิจได้วางหลักไว้ว่า ตราบใดที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดูมีเหตุผลและไม่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจ ก็ไม่เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต (Klockner I Decision, para 52) และในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าคำชี้ขาดนั้นสมบูรณ์ (para 52)

Reisman เห็นว่าหลักนี้จะทำให้มีการคัดค้านคำชี้ขาดมากขึ้น และขัดกับข้อสันนิษฐานเรื่องความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดเพราะถ้าคณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าเหตุผลที่ให้นอนตอนต้นกับบทสรุปในตอนท้ายไม่ตรงกันแล้ว ก็จะตัดสินว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ให้เหตุผล เท่ากับคณะกรรมการเฉพาะกิจจะไม่พิจารณาเหตุผลของคณะอนุญาโตตุลาการให้ต้องแก้ก่อนที่จะตัดสิน แต่เนื่องจากอนุญาโตตุลาการผู้ทำการชี้ขาดกับคณะกรรมการเฉพาะกิจผู้ทำการตัดสิน เป็นบุคคลที่อาจมาจากวัฒนธรรมที่แตกต่างกันระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน มีวิธีการเขียนคำตัดสินที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประสบการณ์และความสามารถที่แตกต่างกัน และการเขียนคำชี้ขาดโดยมากจะไม่เขียนโดยใช้ภาษาแรกของผู้ตัดสิน ดังนั้นหากคณะกรรมการเฉพาะกิจไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของเหตุผลแล้ว ก็อาจจะทำให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Reisman จะเห็นว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจควรตรวจสอบเหตุผลในเนื้อหาของคำชี้ขาดด้วยก็ตาม แต่ก็เห็นว่าการตีความของคณะกรรมการเฉพาะกิจเช่นนี้ เป็นการตีความที่สอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องการตรวจสอบคำชี้ขาด ดังนั้นหากคณะกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาถึงเนื้อหาของเหตุผลแล้ว ก็อาจกลายเป็นการอุทธรณ์ไป (Reisman, 1992 : 60)

6.6.2 คดี AMCO I

คณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี AMCO I ได้วางแนวทางไว้ดังนี้

6.6.2.1 ข้อสันนิษฐานเรื่องความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดที่ขอให้ตรวจสอบ

คณะกรรมการเฉพาะกิจยืนยันหลักข้อสันนิษฐานเรื่องความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดเช่นเดียวกับคดี Klockner I

6.6.2.2 คณะกรรมการเฉพาะกิจอาจใช้ดุลพินิจในการขอหักเลื กคำชี้ขาดได้

คณะกรรมการเฉพาะกิจไม่เห็นด้วยกับแนวทางของคณะกรรมการเฉพาะกิจ
ในคดี Klockner I ที่ว่ามาตรา 52 เป็นบทบังคับ (Klockner Decision, para 179) โดย
จะเห็นว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเฉพาะกิจไม่ได้ยกเลิกคำชี้ขาดส่วนที่ปรากฏเหตุตามมาตรา 52 หลาย
ส่วน เพราะเห็นว่าคำชี้ขาดส่วนนั้นเป็นเพียงความเห็นพาดพิง (obiter dictum) (para 104)
หรือเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย (de minimis) (paras 114, 118, 120)

นอกจากนี้คณะกรรมการเฉพาะกิจยังไม่ยกเลิกคำชี้ขาดในส่วนที่คณะ
อนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎหมายอินโดนีเซีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ต้องใช้กับข้อพิพาท เพราะคณะ
กรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ใช้กฎหมายที่ต้องใช้บังคับกับข้อพิพาท แต่
กลับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแทน แต่จากคำเบิกความของคู่กรณีที่ว่าแม้ว่าจะใช้กฎหมายอินโดนีเซีย
ผลก็จะไม่แตกต่างกัน คณะกรรมการเฉพาะกิจจึงไม่ยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(e) (AMCO
I Decision, paras. 75, 78, 79)

จึงเห็นว่าแนวทางของคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner
เป็นการตีความถ้อยคำในมาตรา 52(1) อย่างเคร่งครัด แต่ในคดี AMCO เป็นการตีความ
เนื้อความในมาตรา 52(1) ตามวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบคำชี้ขาด คือให้ยกเลิกคำชี้ขาด
เฉพาะกรณีการฝ่าฝืนมาตรา 52(1) ทว่าให้เสียหายอย่างร้ายแรง Reisman เห็นว่าแนวทาง
ของคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี AMCO คือทฤษฎี de minimis non curat praetor
(ทฤษฎีที่ไม่คำนึงถึงสิ่งเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่ไม่ทว่าให้เกิดความเสียหาย) ซึ่งคล้ายกับแนวทางการ
อุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาที่ถือว่าข้อผิดพลาดที่ไม่ทว่าให้เกิดผลเสียหาย ไม่เป็นเหตุที่ทว่าให้ศาลพิจารณา
อุทธรณ์ให้ (Resiman, 1992 : 70)

แนวทางทั้งสองมีข้อแตกต่างกันคือ ตามแนวทางการตีความอย่างเคร่งครัด คณะกรรมการเฉพาะกิจเพียงแต่พิจารณาว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมีเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 52(1) หรือไม่ เพราะหากปรากฏเหตุตามมาตรา 52 (1) แล้ว ก็จะต้องยกเลิกคำชี้ขาดโดยไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่าความผิดพลาดนั้น ทำให้ผู้กรณีฝ่ายที่ขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดได้รับความเสียหายหรือไม่ หรือตรวจสอบว่าถ้าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการถูกต้องแล้ว ผลจะเป็นเช่นเดียวกันหรือไม่ และก็ไม่ต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดที่ถูกต้องเป็นอย่างไร เพื่อนำไปพิจารณาว่าการฝ่าฝืนมาตรา 52(1) ร้ายแรงหรือไม่

แนวทางในคดี Klockner คือการตีความตามถ้อยคำของมาตรา 52 (1) จะสอดคล้องกับทฤษฎีการตรวจสอบคำชี้ขาด และจะมีผลก็คือ ทำในห้องกรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบคำชี้ขาดไม่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาคำชี้ขาดและตัดสินแทนผู้ทำคำชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้ว จะเห็นว่าแนวทางนี้มีข้อบกพร่องในการควบคุมคำชี้ขาด

ในทางตรงกันข้าม แนวทางการตีความมาตรา 52 ในคดี AMCO คณะกรรมการเฉพาะกิจจะต้องตรวจสอบว่าคำชี้ขาดถูกต้องหรือไม่ และผู้กรณีที่ขอให้ตรวจสอบคำชี้ขาดนั้นได้รับผลร้ายหรือไม่แนวทางนี้จึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการตรวจสอบคำชี้ขาด ดังนั้นการใช้แนวทางนี้ตีความมาตรา 52(1) ก็อาจจะทำให้เป็นการอุทธรณ์ได้ ซึ่งจะขัดกับวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบคำชี้ขาด และหากมีการตัดสินแทนคณะอนุญาโตตุลาการ ก็จะเป็นการขัดกับหลัก res judicata

6.6.3 คดี MINE

หลังจากที่มีการยกเลิกคำชี้ขาดในคดี Klockner I และ AMCO I แล้ว คดี MINE ถือว่าเป็นคดีที่คณะกรรมการเฉพาะกิจได้วางแนวทางไว้ชัดเจนที่สุดและได้แก้ไขข้อบกพร่องของ 2 คดีก่อน (Broches, 1991 : 343)

คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการยกเลิกคำชี้ขาดที่ต่อเนื่องจะทำลายประสิทธิภาพในการเป็นสถาบันระงับข้อพิพาทและทำลายมาตรการของ ICSID (MINE Decision, para 4.12) คณะกรรมการเฉพาะกิจได้วางแนวทางในคดีไว้ดังนี้

6.6.3.1 การจำกัดขอบเขตการยกเลิกคำชี้ขาด

คณะกรรมการเฉพาะกิจได้พยายามที่จะจำกัดขอบเขตการยกเลิกคำชี้ขาด โดยตัดสินว่ามาตรา 52(1)(b) ไม่ใช้บทลงโทษสำหรับการพิจารณาเกินขอบอำนาจในทุกกรณี การที่จะยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(b) ได้จะต้องเป็นกรณีที่มีการพิจารณาเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจน และการยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52(1)(d) ก็เช่นกัน จะต้องเป็นกรณีที่มีการฝ่าฝืนวิธีพิจารณาที่สำคัญและร้ายแรง (MINE Decision, para. 4.06)

6.6.3.2 คณะกรรมการเฉพาะกิจอาจใช้ดุลพินิจในการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดได้

คณะกรรมการเฉพาะกิจไม่เห็นด้วยกับคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner I ที่ว่ามาตรา 52 เป็นบทบังคับ เพราะมาตรา 52(3) บัญญัติว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจอาจ (shall) ยกเลิกคำชี้ขาดได้ ดังนั้นมาตรา 52 จึงไม่ใช่บทบัญญัติที่ให้คณะกรรมการเฉพาะกิจจะต้องยกเลิกคำชี้ขาดทันทีที่ปรากฏเหตุตามมาตรา 52(1) (MINE Decision, para. 4.09) แต่เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการเฉพาะกิจที่จะใช้ดุลพินิจ อย่างไรก็ตาม จะต้องจำกัดการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเพื่อไม่ให้ทำลายวัตถุประสงค์การแก้ไขคำชี้ขาดตามอนุสัญญา (MINE Decision, para. 4.10)

6.6.3.3 การยืนยันหลักความถึงที่สุดของคำชี้ขาด

คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าคำชี้ขาดที่ไม่ถูกยกเลิกจะมีผลผูกพันคู่กรณี (MINE Decision, para. 4.10)

6.6.3.4 การตัดสินโดยใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและ
มโนธรรมที่ดีต้องชัดเจน

คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช้กฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ เช่นใช้กฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้ หรือใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและมโนธรรมที่ดี (ex aequo et bono) (เว้นแต่กรณีที่คู่กรณีตกลงให้ใช้) ถือเป็นกรณารื้ออำนาจโดยฝ่าฝืนข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่เห็นว่าการฝ่าฝืนนั้นจะต้องชัดเจน (MINE Decision, para. 5.03)

6.6.3.5 เหตุตามมาตรา 52(1) จะต้องสำคัญ

คณะกรรมการเฉพาะกิจต้องการที่จะจำกัดการยกเลิกคำชี้ขาดเพื่อไม่ให้กลายเป็นการอุทธรณ์ โดยเห็นว่าการฝ่าฝืนมาตรา 52(1)(d) จะต้องเป็นการฝ่าฝืนทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ (quantitative and qualitative criteria) (MINE Decision, para. 5.05) การฝ่าฝืนวิธีพิจารณานั้นจะต้องทำให้คู่กรณีไม่ได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองตามที่วิธีพิจารณานั้นมุ่งคุ้มครอง และการฝ่าฝืนนั้นจะต้องเป็นการฝ่าฝืนหลักการขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาและร้ายแรง นอกจากนี้วิธีพิจารณาก็ไม่ได้หมายถึงวิธีพิจารณาตามข้อบังคับของการอนุญาโตตุลาการ ของ ICSID โดยเฉพาะ (MINE Decision, para. 5.06)

6.6.3.6 การจำกัดเหตุผลที่ต้องให้ในคำชี้ขาด

คณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลทุกปัญหา เฉพาะการไม่ให้เหตุผลที่ใช้ในการคำชี้ขาดเท่านั้นที่จะเป็นเหตุยกเลิกคำชี้ขาดได้ (MINE Decision, para. 5.07) กรณีที่เป็นกรณารให้เหตุผลอย่างเพียงพอหมายถึงการให้เหตุผลที่ทำให้เข้าใจได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินจากจุดหนึ่งไปอีกจุดหนึ่งอย่างไร และไปถึงบทสรุปอย่างไร (MINE Decision, para. 5.09) แต่ถ้ากรณารให้เหตุผลนั้นขัดกันก็จะไม่ถือว่าเป็นกรณารให้เหตุผลที่เพียงพอ (MINE Decision, para. 5.09) นอกจากนี้คณะกรรมการเฉพาะกิจ

ยังเห็นว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยทุกปัญหา แต่ก็เห็นว่าหากคณะกรรมการเฉพาะกิจไม่ได้กล่าวถึงปัญหาที่เสนอต่อตนทุกประเด็น ก็จะทำให้เป็นเหตุให้ยกเลิกคำชี้ขาดเพราะไม่มีการให้เหตุผลไว้ในคำชี้ขาดได้ (MINE Decision, para. 6.83)

6.7 การเสนอข้อพิพาทใหม่ตามมาตรา 52(6)

มาตรา 52(6) ให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทใหม่หลังจากคณะกรรมการเฉพาะกิจยกเลิกคำชี้ขาด คดีต่าง ๆ ที่มีการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการอีกมีดังนี้

6.7.1 คดี Klockner II

เนื่องจากคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดในคดี Klockner I ทั้งหมด คำชี้ขาดในคดี Klockner I จึงไม่มีผลผูกมัดคู่กรณี Klockner จึงได้เสนอข้อพิพาทใหม่ คณะอนุญาโตตุลาการคณะที่สองประกอบด้วยนาย Carl Salans นาย Juan Antonio Cremaes และนาย Jorge Casteneda และมีคำชี้ขาดในเดือนมกราคม ค.ศ. 1988 คำชี้ขาดดังกล่าวไม่มีการพิมพ์เผยแพร่ แต่มีการรายงานว่าคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ Klockner ได้รับเงินบางส่วนที่ได้เรียกร้อง (ICSID Cases, Doc. ICSID/16/Rev.2 Nov.15,1991 : 10) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการคณะที่สองได้ถูกคัดค้านอีก คณะกรรมการเฉพาะกิจที่ทำการพิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการคณะที่สองประกอบด้วยนายสมบอง สุจริตกุล ผู้พิพากษา Mbaye (ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ) และนาย Giardina คำตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจคณะนี้ไม่มีการพิมพ์เผยแพร่เช่นกัน แต่มีการรายงานว่ามีการยกคำร้องขอยกเลิกคำชี้ขาด (ICSID Cases, Doc. ICSID/16/Rev.2 Nov.15,1991)

6.7.2 คดี AMCO II และผลจากการยกเลิกคำชี้ขาดเฉพาะส่วน

หลังจากที่คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดบางส่วนในคดี AMCO แล้ว ไม่นาน AMCO ก็ได้ใช้สิทธิตามอนุสัญญา เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ (AMCO II)

คณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่มี Professor Rosalyn Higgins เป็นประธาน ประเด็นหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการ AMCO II ต้องพิจารณา คือข้อพิพาทประเด็นใดบ้างที่จะต้องพิจารณาใหม่ ซึ่งก็คือการพิจารณาว่าคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยกเลิกคำชี้ขาดในประเด็นใดบ้าง และปฏิบัติตามคำชี้ขาดประเด็นใดบ้าง หรือคำชี้ขาดส่วนใดที่ยังคงมีผลผูกพัน (res judicata) และไม่อาจเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่อีก

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี AMCO II จึงต้องพิจารณาว่าจะใช้หลัก res judicata ในความหมายที่แคบหรือกว้าง หากคณะอนุญาโตตุลาการให้ความหมายอย่างกว้าง โดยถือว่าการยกเลิกคำชี้ขาดบางส่วนนั้น คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ยืนยันคำชี้ขาดส่วนที่ไม่ได้ยกเลิกไม่ว่าโดยชัดเจนหรือไม่ชัดเจน ก็จะทำให้ขอบเขตที่คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาใหม่ แคบลง กล่าวคือในชั้นที่สองนี้ AMCO อาจเรียกร้องค่าชดเชยเพิ่มขึ้นได้สำหรับช่วงระยะเวลาตั้งแต่ 31 มีนาคม - 1 เมษายน ซึ่งเป็นช่วงที่มีการยึดโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย จนถึงช่วงเวลาที่มีการยกเลิกใบอนุญาตโดยศาลอินโดนีเซีย รวมระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งจะทำให้ความเสียหายที่ได้รับลดลงในขณะเดียวกัน และอินโดนีเซียก็สามารถที่จะฟ้องแย้งขอให้จ่ายคืนภาษีที่ได้รับคืน ในทางตรงกันข้าม หากคณะอนุญาโตตุลาการตีความหมายหลัก res judicata อย่างแคบ ก็จะทำให้ขอบเขตการพิจารณาใหม่ของคณะอนุญาโตตุลาการกว้างขึ้น ซึ่งจะทำให้ผู้กรณีฝ่ายที่แพ้จ่ายมาตรา 52 มากขึ้น

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี AMCO II ได้ตัดสินโดยตีความหลัก res judicata อย่างกว้าง (AMCO II Decision, para 44) เพราะเห็นว่าหากตีความว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาคำชี้ขาดทั้งหมดใหม่ ก็จะกลายเป็นการอุทธรณ์คำชี้ขาดไป ซึ่งจะเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา และเห็นว่าควรจำกัดขอบเขตเพื่อลดจำนวนการเสนอข้อพิพาทใหม่

6.8 การแก้ไขปัญหามาตรา 52

แม้ว่าระบบอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเป็นระบบที่ดีที่สุดก็ตาม (Wetter, 1979 : 139) แต่ก็เกิดจากความคิดของมนุษย์ จึงอาจเกิดข้อบกพร่องได้ หลังจากที่มีการยกเลิกคำชี้ขาดในคดี Klockner และ AMCO แล้ว ทำให้เห็นกฎหมายเริ่มที่จะเห็นว่ามาตรา 52 ของ

อนุสัญญา ICSID อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ระบบการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ ดังเช่น Reisman ได้กล่าวไว้ว่าเกิดวิกฤตการณ์กับระบบอนุญาโตตุลาการของ ICSID (Reisman, 1992 : 871) และแม้แต่ Broches ก็เห็นว่าคำตัดสินของคณะกรรมการเฉพาะกิจในคดี Klockner และ AMCO ทำให้เกิดปัญหาแก่ระบบของ ICSID (แม้ว่าเห็นว่าข้อบกพร่องเหล่านี้ ได้ถูกแก้ไขแล้วในคดี MINE ก็ตาม) (Broches, 1991 : 376)

จากข้อวิจารณ์เรื่องความบกพร่องของการยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 ทำให้เกิดแนวคิดที่จะพยายามแก้ไขความบกพร่องของมาตรา 52 หลายประการ แม้แต่นาย Ibrahim Shihata (เลขาธิการของ ICSID) ก็ยังเห็นว่าควรจะให้มีการแก้ไขเพราะเห็นว่าถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีและไม่พอใจกับคำชี้ขาดขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ก็จะทำให้ระบบอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไม่เป็นที่นิยม (that if parties, dissatisfied with an award, made it a practice to seek annulment, the effectiveness of the ICSID machinery might become questionable and both investors and Contracting States might be deterred from making use of ICSID arbitration, ICSID Administrative Council, 1988 Annual Meeting, Dec. 1988, Berlin, FRG) ข้อบกพร่องที่เกิดจากมาตรา 52 ของอนุสัญญา ICSID อาจแก้ไขหลายประการ โดยอาจแยกการแก้ไขเป็นการแก้ไขโดยสถาบัน (ICSID) หรือโดยคณะกรรมการเฉพาะกิจ

6.8.1. การแก้ไขโดยสถาบัน

นักกฎหมายมีความเห็นว่า ICSID อาจแก้ไขข้อบกพร่องของมาตรา 52 เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้มาตรา 52 เพื่อยกเลิกคำชี้ขาดโดยไม่ชอบได้ดังนี้

6.8.1.1 การกำหนดให้มีการวางหลักประกัน

หลังจากคดี Klockner แล้ว ICSID ได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดต้องวางหลักประกัน ซึ่งถ้าคณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินเป็นตามคำชี้ขาด (ไม่ยกเลิคำชี้ขาด) ก็จะทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายสามารถที่จะบังคับคดีได้ทันที อย่างไรก็ตาม Reisman



เห็นว่าแม้การกำหนดให้ต้องวางหลักประกันในการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดจะเป็นประโยชน์ แต่ก็ไม่ใช่การแก้ไขระบบการควบคุมของ ICSID (Reisman, 1992 : 103) ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ว่าจะมีการกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดต้องวางหลักประกันก็ตาม แต่การวางหลักประกันก็เป็นเพียงการสร้างความมั่นใจแก่คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการว่าหากคณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินยืนตามคำชี้ขาด ตนก็จะสามารถที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้ทันที ซึ่งไม่ใช่ว่าการทำให้มีการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดน้อยลงแต่อย่างใด

- 6.8.1.2 การแต่งตั้งคณะกรรมการชุดเดิมในการตัดสินเพื่อสร้าง แนวบรรทัดฐานการตัดสิน

ICSID ได้พยายามที่จะตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจชุดเดิมในการพิจารณายกเลิกคำชี้ขาด เพื่อให้กำหนดแนวทางการตัดสิน ดังจะเห็นได้จากคดี Klockner และ AMCO

6.8.1.3 การขอ Advisory Opinion จากศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศ

เนื่องจาก ICSID สามารถขอ advisory opinion จากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ จึงควรขอความเห็นที่คู่กรณีจะสามารถสละสิทธิการขอให้อยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 ได้หรือไม่ กล่าวคือคู่กรณีจะสามารถสร้างกฎหมายพิเศษ (lex specialis) ได้หรือไม่ และควรขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้แนวทางการตีความตามมาตรา 52 ด้วย ซึ่ง Reisman เห็นว่าจะช่วยจำกัดขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดของ ICSID ได้ (Reisman, 1992 : 104)

6.8.2 การแก้ไขอนุสัญญาในระดับสนธิสัญญา

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไม่ได้บัญญัติถึงการมีมติเอกฉันท์ในการตีความบทบัญญัติมาตราใด ๆ ในอนุสัญญาไว้ และการจะแก้ไขตัวอนุสัญญาเองก็ไม่อาจทำได้

เพราะกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทในอนุสัญญา ICSID จะต้องทำถึงสองขั้นตอนด้วยกัน (มาตรา 65 และมาตรา 66 ของอนุสัญญา ICSID) กล่าวคือ ในขั้นตอนแรกรัฐภาคีจะต้องเสนอขอแก้ไขอนุสัญญาต่อคณะกรรมการบริหาร (administrative council) ของ ICSID และคณะกรรมการบริหารของ ICSID จะต้องมิตติ (2 ใน 3 ของคะแนนเสียงทั้งหมด) เห็นด้วยกับการเสนอร่างแก้ไขข้อพิพาทในอนุสัญญามาตรานั้น ๆ ต่อรัฐภาคีเพื่อให้สัตยาบัน และในขั้นตอนที่สอง ร่างที่แก้ไขข้อพิพาทนั้นจะมีผล 30 วันนับแต่ได้แจ้งให้รัฐภาคีที่ถูกรับถึงการให้สัตยาบัน การยอมรับ และการเห็นด้วยกับการแก้ไขนั้นแล้ว การแก้ไขอนุสัญญาจะมีผลเฉพาะกับรัฐภาคีที่เข้าให้สัตยาบันเท่านั้น แต่จะไม่มีผลต่อรัฐอื่นจนกว่ารัฐนั้นจะเข้าให้สัตยาบัน นอกจากนี้ การแก้ไขจะผูกพันรัฐที่ได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาหลังจากการแก้ไขแล้ว ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นยอมรับการแก้ไขด้วย เมื่อพิจารณาถึงช่วงเวลาตั้งแต่การลงนามในสัตยาบันจนถึงการให้สัตยาบันของรัฐภาคี จะเห็นได้ว่าเป็นช่วงเวลาที่ยาวนานมาก ดังนั้นการแก้ไขอนุสัญญาจึงเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก

ในการแก้ไขอนุสัญญานี้ Reisman เห็นว่าควรที่จะเพิ่มคำว่า "only" ลงในมาตรา 52(1) เพื่อให้ชัดเจนว่าเฉพาะเหตุตามมาตรา 52(1) เท่านั้นที่จะทำให้เกิดการยกเลิกคำชี้ขาดได้ และแก้ไขมาตรา 52(3) ว่าให้คณะกรรมการเฉพาะกิจสามารถยกเลิกคำชี้ขาดได้เฉพาะกรณีที่เหตุยกเลิกคำชี้ขาดนั้นร้ายแรง และทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย (Reisman, 1992 : 105-106) ก็จะทำให้ขอบเขตการควบคุมคำชี้ขาดแคบลง

นอกจากนี้ Reisman ยังเห็นว่ามาตรา 52 ต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่าเมื่อคณะกรรมการเฉพาะกิจยกเลิกคำชี้ขาด และคู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่จะต้องไม่พิจารณาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงใดที่ไม่ได้ถูกยกเลิก (ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย)

6.8.3 การแก้ไขอนุสัญญาในระดับทวิภาคี (bilateral)

อนุสัญญา ICSID บัญญัติให้ต้องมีการแสดงความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เสียก่อน ข้อพิพาทนั้นจึงจะอยู่ภายใต้อำนาจของ ICSID แต่อนุสัญญา ICSID ก็ไม่ได้บัญญัติให้การแสดงความยินยอมนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือฉบับเดียวกัน ดังนั้นการให้ความยินยอมของรัฐอาจจะทำโดยการแสดงความยินยอมไว้ในสนธิสัญญาการป้องกันการลงทุน แต่สำหรับนัก

ลงทุนที่ต้องการให้ข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID ก็ยังต้องแสดงความยินยอมอีกชั้นหนึ่ง หากนักลงทุนต่างชาติไม่ได้แสดงความยินยอมดังกล่าวแล้ว แม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ว่าจะเป็นนักลงทุนหรือรัฐผู้รับการลงทุนอาจเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้ก็ตาม แต่ข้อกำหนดนั้นก็คงไม่มีผลบังคับอยู่แน่นอนเอง (Broches, 1991 : 336)

เนื่องจากบทบัญญัติของ ICSID บัญญัติให้คู่กรณีต้องแสดงความยินยอมล่วงหน้าที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ดังนั้นจึงมีปัญหว่าเมื่อมีการให้ความยินยอมล่วงหน้าที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ในสนธิสัญญาสองฝ่ายได้ คู่กรณีจะแสดงความยินยอมล่วงหน้าโดยระบุไว้ชัดเจนว่าจะสละสิทธิการชักกลไกตามมาตรา 52 ได้หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดโดยให้ถือว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุด จะมีผลบังคับได้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้หรือไม่ และคู่กรณีจะกำหนดมาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาดอื่นแทนการใช้มาตรา 52 ไว้ในสนธิสัญญาสองฝ่ายได้หรือไม่

6.8.3.1 การสละสิทธิในการขอหยกเลิกคำชี้ขาด ตามมาตรา 52 ของอนุสัญญา ICSID

ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะมีกระบวนการสองกระบวนการที่เกี่ยวข้องกันอยู่ กระบวนการแรกคือ กระบวนการพิจารณาเนื้อหาข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเป็นผู้เลือกซึ่งจะทำในรูปของคำชี้ขาด ส่วนกระบวนการที่สองคือ กระบวนการพิจารณายกเลิกคำชี้ขาดโดยคณะกรรมการ เฉพาะกิจที่มาจากการแต่งตั้งของประธานกรรมการบริหาร โดยคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีจะอ้างเหตุผลต่าง ๆ ตามมาตรา 52 เพื่อขอให้คณะกรรมการเฉพาะกิจยกเลิกคำชี้ขาด (กระบวนการที่สองอาจไม่ได้เกิดขึ้นในทุกคดีแต่จะเกิดเฉพาะในกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอหยกเลิกคำชี้ขาด และคณะกรรมการเฉพาะกิจเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นมีเหตุที่ยกเลิกคำชี้ขาดให้ได้ตามคำขอ) หากคณะกรรมการเฉพาะกิจตัดสินยกเลิกคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีก็ยังสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่ได้อีก (มาตรา 52 (6)) กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเป็นวัฏจักรเช่นนี้ไปเรื่อย ๆ และจะยุติลงต่อเมื่อคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ หรือไม่มีการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่อีก หรือ

คณะกรรมการเฉพาะกิจปฏิบัติที่จะยกเลิกคำชี้ขาดให้ แม้ว่ากระบวนการในการตรวจสอบคำชี้ขาด หรือควบคุมระบบการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ดูเหมือนว่าจะเป็นการเป็นเยื่อและเสียเวลา และเป็นการทำลายลักษณะที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น เสรีภาพในการ แสดงเจตนาของคู่กรณี (party autonomy) และความถึงที่สุดของคำชี้ขาด (finality of award) ก็ตาม แต่คู่กรณีก็ยังคงคำนึงถึงข้อดีประการอื่นของ ICSID ด้วย

ในขั้นตอนการเจรจาตกลงทำสัญญา โดยมากคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะมองว่า การยกเลิกคำชี้ขาดเป็นสิ่งที่ขัดกับผลประโยชน์ของตนเอง แต่เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการทาคำชี้ขาด ออกมาแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ซึ่งแม้ว่าในตอนต้นจะเห็นว่ามาตรา 52 เป็นสิ่งที่ขัดกับประโยชน์ของตน ก็จะไม่เปลี่ยนมุมมองว่ามาตรา 52 เป็นสิ่งที่ดีและมีประโยชน์ และจะอาศัยมาตรา 52 ขอให้ยกเลิก คำชี้ขาดเสมอ ส่วนคู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะรู้สึกว่ามีมาตรา 52 เป็นสิ่งที่ขัดกับประโยชน์ของตนอย่างยิ่ง ปัญหาจึงมีว่าถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันตั้งแต่ต้นเลยว่าจะไม่ใช้มาตรา 52 จะทำได้หรือไม่

6.8.3.2 การสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดทำได้หรือไม่

โดยปกติมักจะเข้าใจกันว่าคู่กรณีไม่อาจตกลงสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดได้ เพราะว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเป็นไปตามอนุสัญญาและข้อ บังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ที่มีสมบูรณ์ในตัวเอง (Broches, 1991 : 332) ดังนั้น เมื่อข้อพิพาทเป็นไปตามเงื่อนไขของ ICSID และอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID แล้ว คู่กรณีก็ไม้อาจยกเว้นกระบวนการของ ICSID ได้ (Broches : 350) นอกจากนี้ ยังมีผู้เห็นว่าแม้ว่าคู่ กรณียกเลิกสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดแล้วก็ตาม คู่กรณีก็ยังสามารถที่จะยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ ซึ่งเท่ากับข้อตกลงสละสิทธิยกเลิกคำชี้ขาดไม่มีผลใช้บังคับได้ (Amerasinghe, 1976 : 803) อย่างไรก็ตาม นักวิชาการผู้เชี่ยวชาญเรื่อง ICSID ที่มีชื่อเสียงสองท่านได้กล่าวว่าการ สละสิทธิในการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดอาจจะทำได้ในบางกรณี เพราะว่าการสละสิทธิจะทำให้ระบบ การควบคุมของ ICSID มีประสิทธิภาพ (Delaume, 1989 : 129 และ Reisman, 1989 : 805) และเพราะว่าหัวใจของอนุสัญญา ICSID คือการทำให้เสรีภาพแก่คู่กรณีในการแสดงเจตนา (party autonomy) (Padilla, 1988 : 348 และ Jacob, 1992 : 152) และมาตรา 52 ก็ไม่ได้ห้ามการสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดไว้ นอกจากนี้ การสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาด

ตามมาตรา 52 อาจจะทำให้การระงับข้อพิพาทรวดเร็วขึ้น ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ICSID (Padilla, 1988 : 348)

Reisman เห็นว่าคู่กรณีอาจสละสิทธิในการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ เพราะมาตรา 44 ของอนุสัญญา ICSID บัญญัติว่า "Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provision of this section [3] and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration...." และมาตรา 44 อยู่ในหมวด 3 แต่มาตรา 52 อยู่ในหมวด 5 เมื่อตีความเนื้อความมาตรา 44 ตามตัวอักษรแล้ว จะเห็นว่าคู่กรณีไม่ได้ถูกห้ามไม่ให้สละสิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 52 เพราะในมาตรา 44 มีเฉพาะข้อห้ามที่ว่าคู่กรณีไม่อาจตกลงกันให้ผิดแปลกไปจากที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 เท่านั้น (Reisman, 1989 : 805) นอกจากนี้ยังมีกฎการตีความที่ว่า "expressio unius est exclusio alterius" ซึ่งหมายถึงหากกำหนดว่าสิ่งหนึ่งตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ใดแล้ว สิ่งนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์อื่นอีก

สำหรับ Delaume เห็นด้วยกับ Reisman ว่าคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการของ ICSID อาจจะสละสิทธิในการร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ แต่เห็นว่าการสละสิทธิเช่นนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตที่จำกัด (Delaume, 1989 : 33-34) โดยอ้างถ้อยคำในมาตรา 52 (1) ที่บัญญัติว่า "Either party may request annulment of the award." ถ้อยคำนี้แสดงเป็นนัยว่าการสละสิทธิหรือไม่เป็นดุลพินิจของคู่กรณี (Delaume อ้างแล้ว) Delaume เห็นว่าถ้าคู่กรณีทุกฝ่ายในการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เห็นว่าถ้าตนแพ้คดีก็จะไม่ขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด ก็ไม่จำเป็นต้องให้รอจนกระทั่งมีคำชี้ขาดเสียก่อนจึงค่อยใช้สิทธิในการขอสละสิทธิการชี้ขาด มาตรา 52 เท่ากับว่าคู่กรณีทุกฝ่ายสามารถตกลงที่จะสละสิทธิตามมาตรา 52 เป็นการล่วงหน้าได้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักความถึงที่สุดของคำชี้ขาด และเป็นการลดค่าใช้จ่ายและความล่าช้าที่จะเกิดจากกระบวนการยกเลิกคำชี้ขาด (Delaume อ้างแล้ว)

Padilla เห็นว่าการสละสิทธิและการจำกัดการยกเลิกคำชี้ขาดจะทำให้หรือไม่จะต้องพิจารณามาตรา 41 แห่ง Vienna Convention on the Law of Treaties (U.N. Doc.A/CONF. 39/27, 23 May 1969, 8 ILM 679(1969)) ซึ่งบัญญัติว่า

" 1. Two or more parties to a multilateral treaty

may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

(a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty, or

(b) the modification in question is not prohibited by the treaty, and

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their right under the treaty of the performance of their obligations;

(ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

จากอนุสัญญาดังกล่าว Padilla เห็นว่ามาตรา 41(1)(a) และ (b) อนุญาตให้มีการแก้ไขสนธิสัญญาหลายฝ่ายโดยสนธิสัญญาสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายได้ ถ้าสนธิสัญญาหลายฝ่ายนั้นบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าให้แก้ไขได้หรือไม่ได้ห้ามการแก้ไขไว้ อย่างไรก็ตามเงื่อนไขประการหนึ่งสำหรับความสำเร็จของการแก้ไขสนธิสัญญาหลายฝ่ายคือ การแก้ไขนั้นจะต้องไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเดิม ในประวัติการร่าง Vienna Convention on the Law of Treaties (travaux preparatoires) ได้มีการยกตัวอย่างการแก้ไขที่ไม่สอดคล้องหรือขัดกับอนุสัญญาไว้ เช่น การแก้ไขบทบัญญัติที่มีความเป็นกลางในสนธิสัญญา เมื่อพิจารณามาตราดังกล่าวแล้ว Padilla เห็นว่าการสละหรือจำกัดการยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 ของอนุสัญญา ICSID อาจทำได้โดยการตกลงกันระหว่างคู่กรณี เพราะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของอนุสัญญา (Padilla, 1988 : 347) ผู้เขียนเห็นว่าการสละสิทธิหรือจำกัดการยกเลิกคำชี้ขาดจะทำได้หรือไม่นั้น ไม่อาจพิจารณาจาก Vienna Convention เพราะถ้อยคำในมาตรา 41 ที่ว่า "Two or more parties

to a multilateral treaty..." หมายถึงคู่กรณีในสนธิสัญญาหลายฝ่าย ไม่ใช่คู่กรณีในข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

Jacob มีความเห็นว่าอนุสัญญา ICSID มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองการแสดงเจตนาของคู่กรณีในการเลือกกระบวนการอนุญาโตตุลาการของตน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้กฎหมายผิดอย่างเห็นได้ชัด และอาจจะส่งผลต่อชื่อเสียงของ ICSID อนุสัญญา ICSID ก็ได้บัญญัติไว้ชัดเลยว่าไม่อาจขอให้อัยกเลิกคำชี้ขาดกรณีที่มีการใช้กฎหมายผิดอย่างเด็ดขาด และอำนาจของ ICSID ก็มาจากความยินยอมของคู่กรณี ดังนั้น แม้ว่าการสละสิทธิในการขอให้อัยกเลิกคำชี้ขาด จะไม่ควรถูกกรณีก็ตาม ก็จะต้องตีความว่าอนุสัญญาอนุญาตให้คู่กรณีตกลงสละสิทธิตามมาตรา 52 ไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้ โดยอาศัยหลักการตีความตามมาตรา 31 ของ Vienna Convention on the Law of Treaties ซึ่งบัญญัติว่า "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." (Jacob, 1992 : 159)

6.8.3.3 ขอบเขตการสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาด

หากการสละสิทธิในการยกเลิกคำชี้ขาดเป็นสิ่งที่เป็นไปได้แล้ว ปัญหาที่คือว่าขอบเขตในการสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดจะมีเพียงใด

Reisman เห็นว่าคู่กรณีอาจตกลงสละสิทธิการขอให้อัยกเลิกคำชี้ขาดได้เฉพาะกรณีการฟ้องและการรับสินบนเท่านั้น ข้อตกลงนี้เป็นแนวทางเดียวกับที่ศาลภายในของบางประเทศใช้ในการจำกัดการตรวจสอบคำชี้ขาด เช่น ในประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1979) คู่กรณีสามารถที่จะสละสิทธิการขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดได้ทุกกรณี เว้นแต่กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยผิดพลาด ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ คู่กรณีสามารถสละสิทธิการตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศทุกกรณี และในประเทศเบลเยียม ไม่ว่าคู่กรณีจะสละสิทธิการยกเลิกคำชี้ขาดหรือไม่ก็ตาม ศาลก็ไม่อาจตรวจสอบคำชี้ขาดได้ (Code Judiciaire (ออกโดย Law of March 27, 1985) มาตรา 1717) (Reisman, 1992 : 104)

แม้ว่า Delaume จะเห็นว่าคู่กรณีอาจจะสละสิทธิตามมาตรา 52 ได้ก็ตาม แต่ก็เห็นว่าข้อตกลงนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตที่จำกัด กล่าวคือการสละสิทธินี้จะทำไม่ได้เมื่อเป็นการสละสิทธิในการขอหักเลิกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นที่เกิดจากข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณา เช่น เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินโดยความล่าเอียง (Delaume, 1989 : 33-34) ตามความเห็นของ Delaume การอนุญาตให้คู่กรณีสละสิทธิตามมาตรา 52 ได้ในทุกกรณีจะกระทบกระเทือนต่อวัตถุประสงค์ของ ICSID ที่ต้องการรักษาความยุติธรรม (Delaume ใช้คำว่า "legal purity") ของกลไกในระบบของ ICSID ไว้ (Delaume, 1989 : 33) เหตุที่ไม่ควรให้สละสิทธิในการขอหักเลิกค่าเสียหายตามมาตรา 52(1)(a) ได้ เพราะก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เลขานุการของ ICSID จะตรวจตราการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดี (Delaume, 1989 : 30) ส่วนเหตุตามมาตรา 52(1)(c) เกี่ยวกับการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการนั้น แม้ว่าแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่อนุญาโตตุลาการของ ICSID จะรับสินบนก็ตาม แต่การรับสินบนเป็นเหตุร้ายแรงจึงทำให้คู่กรณีไม่อาจสละสิทธิในการขอหักเลิกค่าเสียหายได้ (Delaume, 1989 : 30) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับ Delaume ที่ว่าการรับสินบนเป็นเหตุร้ายแรงที่ไม่ควรให้มีการสละสิทธิได้ แต่ที่ว่าอนุญาโตตุลาการของ ICSID ไม่รับสินบนนั้น แม้ว่าจะยังไม่เคยปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการของ ICSID รับสินบนก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ชัดเจนที่ยืนยันว่าจะไม่เกิดกรณีเช่นนี้ขึ้น สำหรับเหตุตามมาตรา 52(1)(d) นั้น เหตุที่ไม่ควรให้สละสิทธิการยกเลิกค่าเสียหายตามมาตรา 52(1)(d) ได้ เพราะว่าเหตุตามมาตรา 52(1)(d) นี้ เกิดจากการที่คณะอนุญาโตตุลาการมีความอคติ ซึ่งเป็นเหตุร้ายแรง

Jacob เห็นว่าการสละสิทธิควรให้สละสิทธิยกเลิกค่าเสียหายตามมาตรา 52(1)(b) และ (c) โดยสิ้นเชิงได้ส่วนการสละสิทธิตามมาตรา 52(1)(d) จะต้องเป็นการสละสิทธิการยกเลิกค่าเสียหายเฉพาะที่เป็นกรณีฝ่าฝืนความยุติธรรมตามธรรมชาติเท่านั้น โดยคู่กรณีอาจจะตกลงการสละสิทธิการยกเลิกค่าเสียหายไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังนี้

In any proceeding under Article 52(1) of the Convention, the only ground on which annulment may be sought are (a) that the Tribunal was not properly constituted, (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal, and (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of

procedure.

The parties thus agree to waive all rights under Article 52(1)(b) and (e). The parties state that Article 52(1)(d) should be interpreted to include only a breach of a principle of natural justice as discussed in the History of the Convention. (Vol. II Pt. I : 480) The parties agree that any request for annulment which seeks annulment on grounds not included in this clause should be denied registration by the Secretary-General. (Jacob, 1992 : 156-157)

6.8.3.4 การสนับสนุนการสละสิทธิการขอหยกเลิกคำชี้ขาด

ข้อตกลงสละสิทธิในการขอหยกเลิกคำชี้ขาดของคู่กรณี จะไม่เกิดผลถ้าไม่ได้ความร่วมมือจากเลขาธิการของ ICSID ทั้งนี้เพราะแม้ว่าจะมีข้อตกลงดังกล่าว แต่คู่กรณีก็อาจจะขอหยกเลิกคำชี้ขาดได้ หากมีการขอหยกเลิกคำชี้ขาดในกรณีที่คู่กรณีได้ตกลงที่จะไม่ใช้กลไกการยกเลิกคำชี้ขาดของ ICSID แล้ว วิธีที่ดีที่สุดที่ทำให้เกิดความแน่ใจว่าเลขาธิการของ ICSID จะไม่ยอมรับคำร้องขอหยกเลิกคำชี้ขาดคือ การขอให้เลขาธิการพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวเมื่อมีการตกลงกัน ซึ่งมีแนวโน้มว่าเลขาธิการของ ICSID จะยอมรับข้อตกลงดังกล่าว เพราะเลขาธิการของ ICSID คนปัจจุบัน (นาย Ibrahim Shihata) ยอมรับถึงปัญหาของการยกเลิกคำชี้ขาด (โปรดดูหน้า 178) อย่างไรก็ตาม หากเลขาธิการของ ICSID ปฏิเสธที่จะตัดสินว่าข้อตกลงสละสิทธิในการยกเลิกคำชี้ขาดมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ หรือตัดสินว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ ก็ยังมีทางออก เพราะมาตรา 64 แห่งอนุสัญญา ICSID บัญญัติว่าถ้ามีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีเกี่ยวกับการตีความหรือการระงับข้อพิพาทนี้ ก็ให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทให้แก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เท่ากับว่าอนุสัญญา ICSID ให้เสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความตามมาตรา 52 ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็จะเป็นบรรทัดฐานว่าจะสามารถตกลงสละสิทธิตามมาตรา 52 ได้หรือไม่ (Reisman, 1992 : 104) ปัญหาคือยังไม่มีคดีตัวอย่างที่มีการขอหยกเลิกคำชี้ขาดโดยมีข้อตกลงสละสิทธิตามมาตรา 52 และ

คงไม่มีคู่สัญญาใดที่จะยอมเป็นตัวอย่างในกรณีนี้ ดังนั้นการที่ไม่มีคำตัดสินของเลขาธิการของ ICSID ว่าข้อตกลงสละสิทธิในการยกเลิกคำชี้ขาดใช้ได้หรือไม่ หรือมีคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในขณะที่มีการเจรจา ก็น่าจะเป็นเหตุให้คู่กรณีไม่ตกลงที่จะสละสิทธิตามมาตรา 52 หรือยิ่งกว่านั้นคือไม่ใช้ออนุญาโตตุลาการของ ICSID เลย

ผู้เขียนเห็นว่าหากเลขาธิการของ ICSID หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าคู่กรณีสามารถที่จะตกลงสละสิทธิตามมาตรา 52 ได้ คู่กรณีก็จะต้องระมัดระวังในการเลือกอนุญาโตตุลาการด้วย เพราะการสละสิทธิตามมาตรา 52 เท่ากับเป็นการแสดงเจตนาที่จะให้คำชี้ขาดถึงที่สุดและไม่ควบคุมการใช้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

7. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุสัญญา ICSID

เมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดอื่น ๆ แล้ว อนุสัญญา ICSID มีข้อดีที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งคือ การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเป็นไปได้ง่ายกว่า เพราะศาลของประเทศที่จะบังคับตามคำชี้ขาดไม่อาจแม้กระทั่งยกเหตุความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีมาเป็นเหตุปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด (Delaume, 1983 : 801) ในขณะที่วิธีการบังคับตามคำชี้ขาดที่รู้จักกันดีคือ อนุสัญญานิวยอร์คว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ. 1958 มีการบัญญัติถึงเหตุ 7 ประการที่ทำให้ศาลปฏิเสธการยอมรับและนับถือคำชี้ขาดได้ (มาตรา V วรรคต้น หน้า 115-120)

ในกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดจะแบ่งเป็น 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนแรก การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในรัฐภาคี ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 54(1) ว่า

...each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as though it were a final judgment of the courts of a constituent

state."

มาตรา 54(1) เป็นบทบังคับเด็ดขาดให้ศาลต้องยอมรับคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลในประเทศตน โดยคู่กรณีที่ยื่นคำชี้ขาดเพียงแต่ยื่นสำเนาคำชี้ขาดที่เลขานุการรับรองถูกต้องก็เพียงพอแล้ว (มาตรา 54(2)) รัฐภาคีจะปฏิเสธไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดไม่ได้เด็ดขาด การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามอนุสัญญา ซึ่งจะส่งผล 2 ประการ ประการแรก รัฐของนักลงทุนสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตตามมาตรา 27 ได้ และประการที่สอง ถ้าการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเกิดจากข้อพิพาทในเรื่องการตีความ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะเสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ (มาตรา 64) (Broches, 1983 : 8)

ขั้นตอนที่ 2 การบังคับคดี (execution) มาตรา 54(3) บัญญัติว่า "execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force on the State in whose territories such execution is sought." ในขั้นตอนที่การบังคับคดีนี้จะมีการอ้างความคุ้มกันจากการบังคับคดี (immunity from execution) ได้ ทั้งนี้เพราะในระหว่างร่างอนุสัญญามีการแสดงความเห็นว่าควรจะให้มีการอ้างความคุ้มกันจากการบังคับคดี (immunity from execution) ได้ จึงเป็นการนำเสียดาย (Delaume, 1983 : 800) อย่างไรก็ตาม ในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วเริ่มที่จะจำกัดการอ้างความคุ้มกันจากการบังคับคดี (immunity from execution) (Delaume, อ้างแล้ว)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย