

## บทที่ 2

### ระบบอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุน ระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ศูนย์ ICSID)

โดยที่ระบบอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) เป็นระบบที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากระบบการอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ในบทนี้จะได้กล่าวถึงระบบอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น โดยจะได้อธิบายถึงภูมิหลังและประวัติความเป็นมาของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (อนุสัญญา ICSID) โครงสร้างของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น หน้าที่และลักษณะพิเศษของกลไกการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ผลงานหรือความสำเร็จของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น และนโยบายของประเทศไทยเกี่ยวกับอนุสัญญา ICSID ตามลำดับ

#### 1. ภูมิหลังของอนุสัญญา ICSID

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น เป็นพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เด่นชัด (Sutherland, 1979 : 367) หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ได้มีการยอมรับว่าความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความมั่นคงทางการเมืองระหว่างประเทศในระยะยาวขึ้นอยู่กับการพัฒนาประเทศกำลังพัฒนา เพราะความแตกต่างทางเศรษฐกิจซึ่งเกิดขึ้นระหว่างประเทศทางตะวันตกกับประเทศทางแอฟริกา ประเทศทางเอเชีย และประเทศทางละตินอเมริกา นับเป็นบ่อเกิดแห่งความวุ่นวายในอนาคตที่เห็นได้ชัด

(Sutherland : 368)

ปัจจัยที่สำคัญในการพัฒนา เศรษฐกิจของประเทศที่กำลังพัฒนาเหล่านี้คือ การลงทุนจากต่างประเทศหรือการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาจะมีทรัพยากรธรรมชาติ และทรัพยากรมนุษย์เป็นจำนวนมาก แต่ขาดแหล่งทางการเงินภายในประเทศที่จะใช้สำหรับการพัฒนา และการลงทุนจากต่างประเทศที่ต้องการนี้ไม่เพียงแต่เป็นการลงทุนทางด้านการเงินเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการลงทุนที่มีการทำให้เทคโนโลยีสมัยใหม่ การฝึกหัดและพัฒนาแรงงานท้องถิ่น ดังนั้นการลงทุนจากต่างประเทศระหว่างรัฐบาลของประเทศเหล่านี้กับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยให้มีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์แก่ทั้งสองฝ่าย โดยปกติสัญญาการลงทุนจะกำหนดว่านักลงทุนต่างชาติจะต้องสร้างโครงการอุตสาหกรรมหรือเกษตรกรรม ซึ่งยังไม่ได้รับการพัฒนามาในประเทศผู้รับการลงทุน และโครงการดังกล่าวจะต้องมีความสำคัญต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมในประเทศผู้รับการลงทุน (Curtis, 1988 : 317-318) สำหรับด้านการตอบแทนการลงทุน นักลงทุนก็จะได้รับผลกำไรที่เกิดจากโครงการและผลประโยชน์ต่าง ๆ เช่น สิทธิประโยชน์ทางภาษี หลักประกันและความคุ้มครองจากรัฐบาล เป็นต้น (โกลด์มันธิกุล, 2531 : 63-68) แม้ว่าการลงทุนจะให้ประโยชน์เป็นการตอบแทนแก่ทั้งฝ่ายผู้รับการลงทุนและผู้ลงทุน ซึ่งน่าจะดึงดูดให้มีการลงทุนก็ตาม แต่ก็ยังมีอุปสรรคที่ขัดขวางการลงทุนอยู่ (เอกสารเสนอต่อคณะกรรมการกฎหมายเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1963 โปรดดู Documents Concerning the Origin and the Formulation of the ICSID Convention (History), Vol. II, Pt. I, Doc. 15 : 73) เพราะลักษณะการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาจะใช้ระยะเวลาที่นานกว่าธุรกิจระหว่างประเทศประเภทอื่น ๆ (เช่นการซื้อขายระหว่างประเทศ) ดังนั้นความสัมพันธ์ของผู้รับการลงทุนและผู้ลงทุนในการลงทุนระหว่างประเทศจึงนานกว่าธุรกิจระหว่างประเทศประเภทอื่น โดยปกติระยะเวลาที่การลงทุนจะเริ่มเกิดผลจะต้องใช้เวลาประมาณ 20-30 ปี และอาจจะมากถึง 90 ปี (Vagts, 1987 : 80-81) ระยะเวลาการลงทุนที่ยาวนานนี้ทำให้ทั้งผู้ลงทุนและนักลงทุนเกิดความเสียว เช่น อาจเกิดการเลิกสัญญาก่อนโครงการสำเร็จ ซึ่งถือเป็นการทำลายการลงทุนในภาคหน้าต่อไป

การลงทุนระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกับธุรกิจประเภทอื่น ที่มีความเสี่ยงในแง่ผลผลิต



ที่เกิดขึ้นมีคุณภาพด้อยกว่าที่คาดไว้ หรือในแง่การเปลี่ยนแปลงของตลาดภายหลังการทำสัญญา แต่ความเสี่ยงของการลงทุนระหว่างประเทศจะมีสูงกว่า เพราะคู่กรณีที่เกี่ยวข้องคือรัฐอธิปไตยและบริษัทต่างประเทศ

นอกจากนี้ การลงทุนจากต่างประเทศมักจะเป็นการลงทุนที่มาจากเอกชนเป็นสำคัญ (เอกชนหมายถึงการลงทุนที่ไม่ใช่ภาครัฐบาล) ทั้งนี้เพราะการลงทุนภาครัฐ (public sector) มักจะไม่เพียงพอ (สุนทรพจน์ของนาย G.D. Wood ประธานธนาคารโลก กล่าวกับสมาคมนายธนาคารสวีตเซอร์แลนด์ เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1967, อ้างถึงใน Sutherland, 369) และการลงทุนจากภาครัฐอาจจะมีเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งทำให้ประเทศกำลังพัฒนาถึงเลที่จะยอมรับการลงทุนนั้น

เมื่อการลงทุนระหว่างประเทศมีลักษณะพิเศษคือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐ ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ที่แตกต่างไปจากเอกชน ผลที่คาดหวังจากการลงทุนจึงแตกต่างกัน ุโดยมากแล้ว การที่รัฐจะเข้าไปทำสัญญากับนักลงทุนต่างชาติจะไม่เพียงแต่คำนึงถึงผลกำไรที่จะได้รับจากโครงการเท่านั้น แต่จะพิจารณาไปถึงปัจจัยทางการเมือง (ทั้งภายนอกและภายใน) สังคม วัฒนธรรม และปัจจัยอื่น ๆ ที่แตกต่างจากนักลงทุน ตัวอย่างเช่น ในการที่จะให้นักลงทุนเข้ามาลงทุน นอกจากรัฐจะเห็นว่าโครงการนั้นเป็นโครงการที่จำเป็นในการพัฒนาประเทศของตนแล้ว รัฐผู้รับการลงทุนจะระวังที่จะไม่ให้นักลงทุนนั้นกลายเป็นการผูกขาด เพราะจะเป็นการทำลายเศรษฐกิจภายในประเทศได้

นอกจากนี้ รัฐผู้รับการลงทุนก็ยังต้องการให้นักลงทุนที่นักลงทุนได้รับจากการลงทุนมาลงทุนในประเทศของตนโดยไม่ส่งออกไปนอกประเทศอีกด้วย เพราะเห็นว่ากำไรนั้นเกิดจากการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติในประเทศของตน และรัฐผู้รับการลงทุนก็พยายามที่จะให้นักลงทุนถ่ายทอดเทคโนโลยีต่าง ๆ ให้แก่คนชาติของตน

ส่วนในด้านนักลงทุนต่างชาตินั้น นักลงทุนต่างชาติก็มีวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายที่ต่างออกไป ซึ่งผลประโยชน์และความมุ่งหมายที่แตกต่างกันออกไประหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนทำให้อาจเกิดข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่รุนแรงได้

โดยปกติคู่กรณีมักจะตกลงถึงวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาตั้งแต่ขณะทำสัญญา ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทที่ตกลงกันไว้ในสัญญา มักจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าใน



ขณะเจรจาและทำสัญญา ซึ่งเดิมรัฐผู้รับการลงทุนจะเป็นผู้ได้เปรียบ แต่นับตั้งแต่ ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา อานาจนการต่อรองและเจรจານี้กลับเป็นของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้สาเหตุหลักเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นและการเจริญเติบโตของบริษัทข้ามชาติ และการลงทุนระหว่างประเทศก็จะผูกขาดโดยบริษัทใหญ่ ๆ ซึ่งมีเงินทุนหลายพันล้านเหรียญและมีลูกจ้างในประเทศต่าง ๆ เป็นจำนวนมากเพียงไม่กี่แห่ง ทำให้บริษัทเหล่านี้มีอำนาจเจรจาต่อรองเหนือกว่ารัฐ ในการเจรจาต่อรองสัญญา บริษัทเหล่านี้จึงพยายามที่จะป้องกันตัวเองจากความเสี่ยงทางเศรษฐกิจและการเมืองต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นมากที่สุด (Vagts, 1987 : 23-24)

แม้ว่าจะมีการตกลงถึงการดำเนินการตามโครงการที่ลงทุนหรือกระทั่งการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นก็ตาม แต่ในตอนเริ่มโครงการนั้น บริษัทต่างชาติก็จะเป็นผู้ลงทุน เป็นผู้นำเทคโนโลยีมาใช้ รัฐผู้รับการลงทุนจึงมักจะไม่สามารถทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อดำเนินการไปได้ระยะหนึ่งแล้ว หากมีผลกำไรเกิดขึ้น รัฐจะมองว่าผลกำไรที่เกิดจากโครงการเป็นสิ่งที่ได้มาง่าย และได้มาจากทรัพยากรธรรมชาติของตน รัฐผู้รับการลงทุน จึงมักจะไม่นับปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับนักลงทุน โดยรัฐอาจจะแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายภาษี ซึ่งอาจจะทำให้มีผลต่อผลกำไรที่นักลงทุนได้รับจากการลงทุน หรืออาจจะทำให้โครงการที่ลงทุนกลายเป็นโครงการที่ไม่แสวงหาผลกำไร หรืออาจถึงกับทำการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนมาเป็นของตนก็ได้ ซึ่งการเวนคืนนี้เป็นที่แพร่หลายเป็นพิเศษนับแต่มีการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนในอิหร่านในปี ค.ศ. 1979

ปัญหาจะยิ่งมีมากขึ้นเมื่อเป็นการลงทุนเพื่อแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติในประเทศกำลังพัฒนา เพราะประเทศกำลังพัฒนาจะถือว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นทรัพย์สินของคนในชาติ เนื่องจากในช่วงปี ค.ศ. 1960-1970 เป็นช่วงที่สหประชาชาติประกาศให้เป็นทศวรรษแห่งการพัฒนาครั้งที่ 1 (First United Nations Development Decade โปรดดู Resolution 1710 (XVI) of December 19, 1961) เพราะเห็นว่าโครงสร้างทางเศรษฐกิจไม่เอื้ออำนวยแก่ประชากรโลก กล่าวโดยเฉพาะคือ ประเทศที่ร่ำรวยอยู่แล้ว ก็ยิ่งร่ำรวยมากขึ้น ในขณะที่ประเทศที่ยากจน ก็ยิ่งจะยากจนลงไปอีก สหประชาชาติจึงได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยการสร้างระเบียบใหม่ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (Declaration of Establishment of a New International Economic Order (UN Doc. A/RES/3201 (S-VI) May 9, 1974) โดยมาตรา 1



ของปณิธานดังกล่าวบัญญัติว่ารัฐทุกรัฐมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนอย่างสมบูรณ์และมีอธิปไตยเหนือกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกประเภท (full permanent sovereignty of every state over its natural resources and all economic activities) ต่อมา United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ซึ่งเป็นหน่วยงานของสหประชาชาติได้ตั้งคณะกรรมการ (Working Group) ขึ้นเพื่อออกกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ และเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 1974 สหประชาชาติได้มีมติรับกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States (UN Doc. A/RES/3281 (XXIX) December 12, 1974) นับได้ว่าเป็นก้าวแรกของการพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ เพราะหลักกฎหมายในกฎบัตรดังกล่าวได้กลายมาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (public international law) ยกตัวอย่างเช่น หลักกฎหมายเรื่องอาณาจออธิปไตย การไม่อาจแบ่งแยกดินแดน และความเป็นอิสระทางการเมืองของรัฐ (sovereignty, territorial integrity and political independence of states) หลักกฎหมายเรื่องความเท่าเทียมของรัฐ (sovereign equality of states) หลักกฎหมายเรื่องห้ามการรุกราน (non aggression) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี (the peaceful settlement of disputes) หลักกฎหมายเรื่องการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศโดยสุจริต (fulfillment in good faith of International Obligations) และหลักกฎหมายเรื่องเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (respect of human rights and fundamental freedom) ดังนั้นการที่จะทำให้อำนาจอธิปไตยของรัฐได้รับการยอมรับโดยสากลและเข้ามาแสวงหาผลกำไรจากการควบคุมทรัพยากรธรรมชาติในรัฐตนจึงเป็นเรื่องยาก

ในช่วง ค.ศ. 1950 ประเทศกำลังพัฒนาได้อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ในการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนในรัฐของตน โดยอ้างว่าเพื่อเป็นการป้องกันและพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของรัฐตน และในการชดเชยค่าเสียหายตามกฎหมายของตนแก่นักลงทุน (Shihata, 1987 : 266-280) ซึ่งนักกฎหมายของประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นที่เห็นว่า รัฐ



อาจทำการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติในรัฐของตนได้ ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่รัฐจะทำการเวนคืนเพียงเพราะนักลงทุนเป็นคนต่างชาติไม่ได้ และเมื่อมีการเวนคืนการลงทุน นักลงทุนก็จะต้องได้รับค่าทดแทนที่อย่างเหมาะสม เพียงพอและรวดเร็ว ซึ่งเท่ากับว่าหากมีการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนแล้ว นักลงทุนก็จะต้องได้รับการชดเชยตามมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน และจะต้องได้รับค่าเสียหายที่จะเกิดจากการขาดกำไรในอนาคตด้วย (Shihata : 267-268)

จากข้อพิพาทระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและนักลงทุนซึ่งเป็นคนชาติของประเทศที่พัฒนา นี้ ทำให้กลายเป็นข้อขัดแย้งระหว่างประเทศในกลุ่มโลกที่สามหรือประเทศกำลังพัฒนากับประเทศทางตะวันตกหรือประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยในช่วงทศวรรษ 1970 นักกฎหมายของประเทศกำลังพัฒนาอ้างว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่กำหนดขึ้นโดยประเทศพัฒนาแล้ว โดยนักกฎหมายของประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศพัฒนาแล้วและเป็นประโยชน์ของภาคธุรกิจในประเทศพัฒนาแล้ว ดังนั้น ประเทศกำลังพัฒนาจึงเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้กฎหมายระหว่างประเทศสอดคล้องกับความเป็นจริงและความถูกต้อง

### 1.1 มาตรการในอดีตที่ใช้ในการคุ้มครองการลงทุนในต่างประเทศ

ในอดีต ประเทศที่มีการนำเงินทุนออกนอกประเทศได้พยายามคิดค้นวิธีการต่าง ๆ ที่จะคุ้มครองการลงทุนของคนชาติของตนในต่างประเทศ เริ่มตั้งแต่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้ส่งออกเงินทุนเหล่านี้ (ประเทศภายใต้เครือจักรภพอังกฤษรวมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย) ได้ใช้มาตรการการคุ้มครองการลงทุนในรูปของสนธิสัญญาสองฝ่าย (bilateral treaty) และหลักปฏิบัติเสมือนชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation) โดยสนธิสัญญาหรือความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนนี้ มีวิวัฒนาการมาจากสนธิสัญญาทางการค้าและการเดินเรือ ทั้งนี้ เนื่องจากความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศได้เริ่มมาจากการเดินเรือเป็นหลัก ในช่วงศตวรรษที่ 17 ได้มีสนธิสัญญาทางการค้าและการเดินเรือเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก สนธิสัญญาเหล่านี้ได้ระบุถึงสิทธิที่คนต่างชาติจะได้รับตามสนธิสัญญาหลายประการ เช่น สิทธิใน





การทำการค้าโดยเสรี การรับรองสิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น สนธิสัญญาการค้าและการเดินเรือที่รู้จักกันดีคือ สนธิสัญญาที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษทำกับประเทศต่าง ๆ ซึ่งเรียกว่า สนธิสัญญามิตรภาพการพาณิชย์และการเดินเรือ (Friendship, Commerce and Navigation Treaty; FCN) (Simpson and Fox, 1959 : 1) การฝ่าฝืนสนธิสัญญาสองฝ่ายหรือหลักปฏิบัติเสมือนชาติที่ได้อ่อนนุเคราะห์ยิ่ง จะเป็นผลให้มีการตอบโต้ทางการค้าและทางการคลังทหาร ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น ก็จะมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration tribunal) ขึ้นทำการชี้ขาดข้อพิพาท และหลังจากสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace Treaty) ซึ่งทำให้สงครามในปี ค.ศ. 1914-1918 สิ้นสุดลง การอนุญาโตตุลาการก็ยิ่งเป็นรูปร่างมากขึ้น และมีการตั้ง mixed arbitral tribunal และ Permanent Court of International Justice ขึ้น (Simpson and Fox : 16-19) อย่างไรก็ตาม การอนุญาโตตุลาการทั้งโดย mixed arbitral tribunals และ Permanent Court of International Justice ก็ยังเป็นการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อจำกัดและไม่เหมาะสมที่จะใช้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางการลงทุน สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ส่งออกเงินทุนได้นำวิธีการที่เรียกว่า "lump sum" มาใช้ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 วิธีการแบบนี้เป็นการระงับข้อพิพาทโดยการชดเชยการสูญเสียทรัพย์สินของนักลงทุนเนื่องจากการเวนคืนทรัพย์สิน (expropriation) แต่วิธีการนี้จะสำเร็จได้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐผู้เวนคืนจะยอมชดเชยค่าเสียหายหรือไม่ ซึ่งเป็นข้อจำกัดของวิธีการนี้ (Sassoon, 1966 : 28)

ประเทศผู้ส่งออกเงินทุนจึงได้พยายามที่จะทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนปฏิบัติตามนักลงทุนของตนในระดับที่เหนือกว่าคนชาติของประเทศผู้รับการลงทุนนั่นเอง โดยได้มีการทำเป็นข้อตกลงทั้งในระดับทวิภาคี (bilateral treaty) และระดับพหุภาคี (multilateral convention) นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังได้ยกเลิกการช่วยเหลือประเทศผู้รับการลงทุนที่ไม่ยอมรับข้อตกลงดังกล่าวด้วย โดยได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการยกเลิกการช่วยเหลือประเทศผู้รับการลงทุนที่ไม่ยอมรับข้อตกลงดังกล่าวออกมามากมายฉบับ เช่น The Hickenlooper Amendment, s. 620 (e)(1) และ Foreign Assistance Act 1961 (76 stat. 260 (1962)) (Sutherland, 1979 : 368) อย่างไรก็ตาม มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีต่อ



การเจรจาต่อรองหรือการไกล่เกลี่ยระหว่างนักลงทุนที่เสียหายกับรัฐผู้รับการลงทุนแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม กลับทำให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ต่อกันมากขึ้น

นอกจากการซื้อขวนขวายให้มีการเข้ามาลงทุนโดยใช้มาตรการการตกลงกันเรื่องค่าเสียหายทั้งวิธีการแบบ "lump sum" และการตกลงกันในระดับอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาแล้ว มาตรการการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศอีกวิธีหนึ่งคือ การประกันภัยระหว่างประเทศ (international insurance schemes) เพื่อให้นักลงทุนที่ได้รับความเสี่ยงจากความเสียหายทางการเมืองได้รับการชดเชยจากรัฐของนักลงทุนเอง (แม้ว่าการเวนคืนเป็นเหตุก่อให้เกิดข้อพิพาทมากที่สุด แต่ก็ไม่ใช่สาเหตุเพียงอย่างเดียว ความขัดแย้งอาจเกิดจากสาเหตุสำคัญที่ไม่เกี่ยวกับการค้า 3 ประการคือ (1) การเกิดสงครามระหว่างประเทศหรือสงครามภายใน (2) การนำกฎเกณฑ์การห้ามหรือจำกัดการโอนเงินทุนหรือรายได้กลับประเทศของนักลงทุน และ (3) การลดค่าเงินในประเทศผู้รับการลงทุน (Schwarzenberger, 1963 : 173-174)

ตัวอย่างประเทศที่มีการประกันการลงทุน เช่น ประเทศออสเตรเลีย โดยมีองค์กร Export Payments Insurance Corporation (EPIC) EPIC เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อประกันการลงทุนในต่างประเทศของนักลงทุนออสเตรเลีย โดยจะรับประกันความเสี่ยงที่ไม่เกี่ยวกับการค้า (non-commercial risks) ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่บริษัทประกันภัยทั่วไปไม่รับประกันภัย การลงทุนที่จะประกันได้จะต้องเป็นการลงทุนโดยนักลงทุนออสเตรเลียในต่างประเทศ และเป็นการลงทุนที่ส่งเสริมตลาดการส่งออกของออสเตรเลีย EPIC มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่ซิดนีย์ (De Lupis, 1988 : 136-137) หรือประเทศสหรัฐอเมริกา มีองค์กรที่เรียกว่า Overseas Private Investment Corporation (OPIC) OPIC เป็นองค์กรที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด โดยจะรับประกันความเสี่ยงที่ไม่เกี่ยวกับการค้าเช่นเดียวกับ EPIC แต่มีเงื่อนไขว่าประเทศที่นักลงทุนจะเข้าไปลงทุนต้องมีข้อตกลงเกี่ยวกับการรับประกันการลงทุน (investment guarantee agreement) กับประเทศสหรัฐอเมริกา และการลงทุนนั้นจะต้องเป็นการพัฒนาประเทศที่เข้าไปลงทุนด้วย (De Lupis, 1988 : 147-149)

มาตรการการคุ้มครองการลงทุนในต่างประเทศที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ส่วนหนึ่งถึงเพียงเรื่องการเจรจาชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืนเป็นสิ่งสำคัญ เท่ากับป้องกันเอกชนจากความ



เสียหายที่ได้รับจากรัฐบาลเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้ว ข้อพิพาทอาจเกิดจากคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ใช่รัฐก็ได้ และข้อพิพาทอาจจะสลับซับซ้อนกว่าการชดเชยค่าเสียหายเพียงอย่างเดียว การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการจึงมีความเหมาะสมกว่า

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 เป็นต้นมา ได้มีการพยายามที่จะสร้างรูปแบบการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบพิธีสัญญาระดับพหุภาคีขึ้น เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุน ที่สำคัญ ๆ ได้แก่ Havana Charter on Trade and Employment ในปี ค.ศ. 1948 Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Aboard ในปี ค.ศ. 1959 (Abs-Shawcross เป็นต้นแบบของอนุสัญญา ICSID) และ OECD Draft Conventions on the Protection of Foreign Property ในปี ค.ศ. 1962 และ 1967 (David, 1985 : 174) รูปแบบการอนุญาโตตุลาการทั้ง 4 ส่วนไม่ประสบความสำเร็จ ทั้งนี้เนื่องจากไม่สามารถทำให้นักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนเกิดความมั่นใจได้ นอกจากนี้ ประเทศในกลุ่มคอมมิวนิสต์ก็คัดค้านว่าสหประชาชาติไม่ใช่อสถานที่ระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม (Broches, 35-36 และ Sassoon, 1966 : 29)

## 1.2 สถานภาพของนักลงทุนต่างชาติ

เนื่องจากสถานะที่แตกต่างกันระหว่างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงก่อให้เกิดปัญหาอย่างมาก เพราะหาไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทอย่างแท้จริง จึงต้องใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท เพราะหากจะให้ใช้ศาลของรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนก็จะไม่เกิดความมั่นใจ และในขณะเดียวกัน รัฐผู้รับการลงทุนก็ไม่ยอมให้ศาลของนักลงทุน ดังนั้น การใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาลท้องถิ่น จึงไม่ใช่วางทางออกที่ดีสำหรับทั้งสองฝ่าย (ความเห็นของผู้แทนชาวเอธิโอเปียในการประชุมหารือผู้เชี่ยวชาญกฎหมายที่ Addis Ababa เมื่อวันที่ 16-20 ธันวาคม ค.ศ. 1963; History, Vol. II, Pt. II, Doc. 23 : 243) และการใช้ศาลของประเทศที่สามในการระงับข้อพิพาท ก็ขัดกับหลักการอธิปไตยของรัฐด้วย (Chukwumrije, 1990 : 169-170 อ้างแล้วในบทที่ 1 หน้า 13)



เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติ (ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) เป็นเอกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้เกิดปัญหาในการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ทั้งนี้เพราะนักลงทุนไม่มี locus standi ที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แม้ว่าจะมีสถาบันจำนวนมากที่สร้างขึ้นโดยเฉพาะ เพื่อใช้เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (Sutherland, 1979 : 371) และแม้คณะอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชน จะยอมรับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนก็ตาม (เช่น ICC หรือ AAA) แต่ก็ยังไม่เป็นที่น่าพอใจ เหตุผลประการแรกที่ทำให้สถาบันเหล่านี้ไม่เป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐ เพราะว่าเดิมทีสถาบันเหล่านี้เป็นสถาบันที่มีความสัมพันธ์กับองค์กรเอกชน (Cherian, 1975 : 66) และเหตุผลประการที่สองคือ โครงสร้างและกฎเกณฑ์ของสถาบันเหล่านี้สร้างขึ้นมาเพื่อใช้กับธุรกิจการค้าแบบดั้งเดิมและไม่สลับซับซ้อน มากกว่าที่จะสร้างขึ้นมาเพื่อใช้กับโครงการการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (Khan, 1968 : 1-2) และแม้ว่าในปี ค.ศ. 1962 Permanent Court of Arbitration จะได้สร้างกฎเกณฑ์ที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐขึ้นก็ตาม แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ จนถึงปี ค.ศ. 1970 มีเพียงคดีเดียวที่ใช้กฎเกณฑ์ของ Permanent Court of Arbitration และกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่ไม่ผูกมัด เพราะคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถถอนการเสนอข้อพิพาทต่อ Permanent Court of Arbitration ได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของ ICSID ที่ไม่อาจถอนความยินยอมได้ฝ่ายเดียว (Szasz, 1970 : 25) การที่ไม่มีศาลระหว่างประเทศที่จะทำการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนโดยเฉพาะ จึงมีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนแทน ตัวอย่างเช่น ในคดี Petroleum Development (Trucial Coast) v. Sheikh of Abu Dhabi และคดี Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco) (Redfern and Hunter, 1991 : 103, 112-113) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเป็นวิธีการที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงมีปัญหาในการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ปัญหาว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นหรือไม่ ปัญหาเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการลงทุนและกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (เช่นคดี Sapphire International Petroleum Ltd v.



National Iranian Oil) ปัญหาเรื่องการไม่สามารถบังคับตามคำสั่งขาด (Sutherland, 1979 : 370) ดังนั้น เพียงแต่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจแก้ปัญหาก็เกิดจากข้อพิพาทได้ทั้งหมด

เมื่อการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ดีที่สุดทางการลงทุนระหว่างประเทศ ธนาคารโลกจึงได้สังเกตเห็นถึงความจำเป็นที่จะทำให้นักลงทุนต่างชาติ (ซึ่งเป็นเอกชน) มีความสามารถในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นพัฒนาการหรือความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมาก เพราะเดิมถือว่าเฉพาะรัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือรัฐเท่านั้นที่มี locus standi ที่จะเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่ต่อมาประเทศต่าง ๆ ก็ได้ยอมรับว่าควรให้เอกชนสามารถที่จะฟ้องรัฐได้โดยตรง ตัวอย่างร่างอนุสัญญาที่แสดงถึงการยอมรับแนวคิดนี้ เช่น Abs-Shawcross, Draft Convention on Investments Aboard (1959); OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1962) มาตรา 7 เป็นต้น

### 1.3 การระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

แต่ก่อนที่จะมีอนุสัญญา ICSID สถานที่ที่จะใช้สำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นจำกัด กล่าวคือ ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติเห็นว่าตนถูกละเมิดสิทธิและต้องการที่จะฟ้องรัฐผู้รับการลงทุน หากไม่มีข้อตกลงกันไว้ระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุนเป็นอย่างอื่นแล้ว กฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทคือ กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน และนักลงทุนต่างชาติย่อมต้องใช้การระงับข้อพิพาทตามกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมท้องถิ่นของรัฐนั้น ๆ เสียก่อน และเนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์จากฐานะที่เป็นองค์อธิปัตย์ ดังนั้นนักลงทุนจึงต้องใช้กระบวนการทางศาลภายในประเทศเสียก่อนเสมอ จึงยอมเป็นธรรมดาว่ากฎหมายของรัฐใดก็ออกมาเพื่อประโยชน์ของรัฐนั้น นักลงทุนจึงไม่แน่ใจว่าจะไว้วางใจการพิจารณาของศาลได้เพียงใด และศาลจะมีความเป็นกลางได้เพียงใด (Vagts, 1987 : 82) นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาในบางประเทศยังอาจล่าช้าอีกด้วย เมื่อนักลงทุนได้ใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมาย



ท้องถิ่นแล้ว หากนักลงทุนไม่ได้รับการเยียวยาหรือได้รับความไม่เป็นธรรมจากการเยียวยา (exhaustion of local remedy) จึงจะสามารถร้องขอความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) จากรัฐของตน หรือขอให้ประเทศของตนเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ (และในบางประเทศ ซึ่งโดยมากเป็นประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา อาจกำหนดเป็นเงื่อนไขก่อนการลงทุนให้นักลงทุนต่างชาติต้องสละสิทธิในการขอความคุ้มครองทางการทูต ข้อกำหนดนี้รู้จักกันในนามของ Calvo Clause ซึ่งคิดขึ้นโดยนักการทูตชาวอาเจนตินาที่ชื่อ นาย Carlos Calvo) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่นักลงทุนขอให้รัฐของตนให้ความคุ้มครองทางการทูต รัฐของนักลงทุนก็อาจจะปฏิเสธได้เนื่องจากเหตุผลทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และแม้แต่มีการเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว รัฐผู้รับการลงทุนก็ยังสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมก็ได้ ทั้งสองกรณีต่างก็ทำให้นักลงทุนไม่สามารถที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้

นอกจากการเยียวยาตามกฎหมายท้องถิ่นและการขอความคุ้มครองทางการทูตแล้ว นักลงทุนต่างชาติอาจจะใช้วิธีการเจรจากับรัฐขอใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่แม้ว่ารัฐจะยินยอมให้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการและมีการกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการในชั้นอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทเป็นต้นก็ตาม รัฐท้องถิ่นผู้รับการลงทุนก็อาจปฏิเสธสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ และแม้ว่าการลงทุนระหว่างประเทศจะเป็นสิ่งสำคัญต่อการพัฒนาประเทศผู้รับการลงทุน จนทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเจรจาทันทีกับรัฐผู้รับการลงทุนให้ระงับข้อพิพาทที่หากมีขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการ หรือกำหนดกฎหมายและวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการก็ตาม (ตัวอย่างเช่น คดี Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.) แต่ก็จะมีเพียงนักลงทุนจำนวนน้อยที่จะมีโอกาสได้เจรจาทันทีในการลงทุน หรือแม้จะมีโอกาสได้เจรจาทันทีก็ตาม ถ้าหากรัฐผู้รับการลงทุนปฏิเสธที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ นักลงทุนก็ต้องหันกลับไปใช้มาตรการการขอความคุ้มครองจากรัฐของตนอยู่นั่นเอง ดังนั้นธนาคารโลกจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องสร้างกลไกและสถานที่การอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมสำหรับรัฐภาคีและนักลงทุนต่างชาติ (อนุสัญญา ICSID มาตรา 1(2))



จากข้อบกพร่องของการใช้กฎหมายหรือองค์กรภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนี้ ทำให้นักลงทุนกระตือรือร้นที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทจากองค์กรอื่นที่อยู่ภายนอกรัฐผู้รับการลงทุน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะให้ศาลของรัฐอื่นที่ไม่ใช่ทั้งศาลของรัฐผู้รับการลงทุนและศาลของนักลงทุนเป็นผู้พิจารณาระงับข้อพิพาทก็ตาม แต่หลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องทฤษฎีความคุ้มกันขององค์อธิปัตย์ (sovereign immunity) ก็ยังคงติดตามไปให้ประโยชน์แก่คู่กรณีที่เป็นรัฐเสมอ ตามทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐ รัฐส่วนมากยังถือว่าศาลภายในของรัฐสามารถที่จะปฏิเสธที่จะพิจารณาคำฟ้องกรณีที่ฟ้องรัฐในฐานะเป็นองค์อธิปัตย์ (ซึ่งไม่ใช่กรณีที่รัฐกระทำการในทางการค้า) ซึ่งศาลภายในของรัฐต่าง ๆ มักจะขยายให้ความคุ้มครองไปถึงกิจกรรมของรัฐอธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐนั้น (DeLaume, 1988 : 246-249) นอกจากนี้ศาลของรัฐต่าง ๆ ยังขยายความคุ้มครองไปถึงการบังคับคดีรัฐเหล่านี้ด้วย (DeLaume, 1988 : 259-267 และ Bernini and Van den Berg, 1987 : 359)

#### 1.4 การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ปัญหาต่าง ๆ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติโดยศาลภายในที่ได้กล่าวไปแล้ว ทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกลายเป็นสิ่งที่ได้รับความนิยม เพราะการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีข้อได้เปรียบกว่าการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในและการอนุญาโตตุลาการยังเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ คู่กรณีก็ยังสามารถตกลงกันถึงกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ได้อีกด้วย

ข้อดีของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจะเห็นชัดเมื่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะเฉพาะทางการค้าที่ต้องการความเชี่ยวชาญของผู้ตัดสิน เพราะการทำให้ผู้เชี่ยวชาญไปเบิกความเป็นพยานในศาลเกี่ยวกับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการค้า จะทำให้คู่กรณีเสียทั้งเวลาและสิ้นเปลืองเงินทอง หากให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ตัดสินเองจะลดความสูญเสียเหล่านี้ได้ การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนด้วย ซึ่งสอดคล้องกับความต้องการของคู่กรณีในคดีบางคดี เช่น คู่กรณีในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความลับทางการค้า (สิทธิบัตร





สถานะทางการเงินของบริษัท เป็นต้น) คู่กรณีในข้อพิพาทที่เป็นประเด็นทางการเมืองที่ละเอียดอ่อน (โดยเฉพาะเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ) นอกจากนี้ การที่คู่กรณีเป็นผู้ที่เลือกผู้ตัดสินเองก็ย่อมง่ายแก่การที่จะให้คู่กรณียอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นด้วย (David, 1985 : 11-13)

ข้อดีของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ ทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน เพราะในกรณีนี้ คู่กรณีต่างฝ่ายต่างก็ต้องการองค์กระระหว่างประเทศที่เป็นกลางในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เนื่องจากไม่ไว้วางใจในคณะบุคคลที่ประกอบด้วยคนชาติของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย และก็ไม่ไว้วางใจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการของรัฐใดรัฐหนึ่ง ดังนั้น จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจริง ๆ มีบทบาทต่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

จากข้อดีของการอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศถูกนำมาใช้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศมากขึ้นในหลายทศวรรษที่ผ่านมา อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นสิ่งที่เอกชนนิยมมาเป็นเวลานานแล้ว แต่สำหรับรัฐนั้น เพิ่งจะยอมรับวิธีระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมากขึ้นเมื่อไม่กี่ปีนี้เอง (David : 35) ปัจจัยที่สำคัญที่ทำให้รัฐเปลี่ยนแนวทางมาใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นเพราะการขยายตัวทางกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศของรัฐ การขยายตัวทางเศรษฐกิจนี้เห็นได้ชัดในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ในด้านการลงทุน รัฐก็ได้เข้าไปมีส่วนร่วมมากขึ้น และในสนธิสัญญาการลงทุนสองฝ่าย (bilateral treaty) ก็มีการกำหนดให้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ (Salacuse, 1990 : 659)

เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติตกลงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ทั้งสองฝ่ายก็อาจเลือกอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (*ad hoc arbitration*) หรือ อนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน (*arbitral institution*) ก็ได้ ข้อแตกต่างที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการทั้งสองรูปแบบคือระดับการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ คู่กรณีจะเป็นผู้ตัดสินว่าจะเลือกอนุญาโตตุลาการอย่างไร กระบวนการอนุญาโตตุลาการ



จะทำที่ใด จะใช้กฎหมายสารบัญญัติใด จะใช้วิธีพิจารณาแบบใด เป็นต้น เท่ากับว่าในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ คู่กรณีมีอำนาจที่จะควบคุมการอนุญาโตตุลาการได้ และอาจปรับให้สามารถใช้ได้กับข้อพิพาทเฉพาะนั้น ส่วนข้อเสียของการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่สำคัญคือ แม้ว่าคู่กรณีสามารถที่จะกำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ตนต้องการได้ แต่คู่กรณีก็อาจขาดความเชี่ยวชาญและความรู้ทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับที่จะใช้กำหนดกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด (โปรดดูในบทที่ 1 ข้อ 2.2 หน้า 8)

ข้อดีของอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันก็คือ อนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันจะมีการกำหนดกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่จะใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่ากฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติหรือวิธีพิจารณา นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการยังช่วยคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นด้านเอกสารที่ใช้ในคดี การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนอนุญาโตตุลาการที่ขาดไป หรือบันทึกกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ สถาบันการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ได้แก่ หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce), American Arbitration Association, International Centre for the Settlement of Investment Disputes, London Court of International Arbitration (Branson and Tupman, 1994 : 917)

แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันจะเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมมากก็ตาม แต่ในกรณีข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐ ก็มักจะมีการใช้การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจแทน ทั้งนี้เพราะรัฐคู่กรณีมักจะไม่ค่อยจะใช้การอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน (David, 1985 : 35) โดยเฉพาะถ้าเป็นสถาบันของเอกชน (เช่น ICC หรือ AAA เป็นต้น) หรือแม้แต่สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเป็นส่วนรวม (public) เช่น Permanent Court of Arbitration อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1976 UNCITRAL ก็ได้ร่าง Arbitration Rules ขึ้นมา กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ใช้ได้กับทั้งการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจและการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

แม้ว่าในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการจะได้รับการพัฒนาไปอย่างมาก และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่นิยมมากขึ้นในของรัฐ แต่ก็ปรากฏว่าคงมีประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศที่ไม่ยอมรับการ



ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพราะเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทไม่เป็นธรรมสำหรับตนและคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการมีแต่จะเป็นผลเสียสำหรับตน (Ziade, 1988 : 5) ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือมีการคิดทฤษฎี Calvo ซึ่งเป็นที่มาของ Calvo Clause ที่ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาไปกำหนดไว้ในสัญญาที่รัฐของตนทำกับนักลงทุนต่างชาติ โดยเป็นการกำหนดไว้ว่ากรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้ระงับข้อพิพาทได้แต่เฉพาะภายในศาลและกฎหมายภายในของตนเท่านั้น และรัฐของนักลงทุนก็จะไม่เข้ามาแทรกแซงกิจการภายในของรัฐผู้รับการลงทุนหรือให้ความคุ้มครองทางการทูต

แม้แต่ในกรณีที่รัฐและนักลงทุนต่างชาติจะได้ตกลงกันว่าให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็ตาม อุปสรรคก็ยังคงเกิดขึ้นหลายประการ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะทำงานในประเทศที่ได้ตกลงกันไว้ และในบางครั้งอาจต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลของประเทศที่ตกลงนั้นด้วย คู่กรณีจึงอาจโต้แย้งกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อศาลของประเทศนั้นได้ หรือคู่กรณีอาจไม่ให้ความร่วมมือในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอื่น ๆ หรือในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้รู้สึกว่าคำชี้ขาดไม่ได้ตัดสินตามกฎหมายที่จะต้องไปใช้กับข้อพิพาท หรือไม่ยุติธรรม คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ก็ยังไม่อาจอุทธรณ์ต่อสถาบันระหว่างประเทศที่เป็นกลางและมีความเหมาะสมได้ ดังนั้นคู่กรณีฝ่ายที่แพ้จึงเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายที่ชนะก็ต้องไปขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศต่าง ๆ ซึ่งในการขอบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่จะขอบังคับตามคำชี้ขาด (DeLaume, 1981 : 199-201) ทำให้เกิดปัญหาในการขอบังคับตามคำชี้ขาดเพราะกฎหมายของแต่ละประเทศจะแตกต่างกันไป และแม้ว่าตามอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) ประเทศต่าง ๆ จะต้องบังคับตามคำชี้ขาดของประเทศภาคีก็ตาม แต่อนุสัญญาดังกล่าวก็ยอมให้ประเทศที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาดปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดได้ (David, 1985 : 395-403)

เมื่อปราศจากสถาบันระหว่างประเทศที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาทสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งทำให้ขัดขวางการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาประเทศกำลังพัฒนา



และนักลงทุนต่างก็พยายามหาวิธีการที่ดีที่สุด กล่าวคือในด้านของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งให้มีการเข้ามาลงทุนในประเทศของตน ก็พยายามที่จะหาวิธีที่จะดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ นอกจากการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนแล้ว ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ก็ยอมให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติ แต่แม้ว่าจะมีการให้หลักประกันแล้วก็ตาม การให้หลักประกันนั้นก็ เป็นเพียงข้อตกลงฝ่ายเดียวของรัฐผู้รับการลงทุน การจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ยังไม่มีความแน่นอน เพราะเป็นเพียงความเชื่อถือนะหว่างกัน แม้ว่าในบางประเทศอาจมีการบัญญัติการให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติไว้ในประมวลกฎหมายของตน ในกฎหมายพิเศษ หรือแม้กระทั่งในรัฐธรรมนูญ นักลงทุนต่างชาตียังไม่แน่ใจว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะปฏิบัติตามบทบัญญัติการให้หลักประกันนั้นหรือไม่ และจะมีการแก้ไขบทบัญญัติการให้หลักประกันในภายหลังหรือไม่

นอกจากวิธีการที่รัฐผู้รับการลงทุนให้การรับรองคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติแล้ว ในด้านนักลงทุนเองก็มีการร้องขอให้รัฐบาลของตนตกลงเจรจาให้รัฐผู้รับการลงทุนให้การคุ้มครองการลงทุนอย่างแท้จริง โดยให้การคุ้มครองต่อความเสี่ยงต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น ตลอดจนถึง ความเสี่ยงทางการเมือง และทางการเงิน ซึ่งนักลงทุนมักจะประสบเมื่อเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน จากการเรียกร้องนี้รัฐต่าง ๆ เช่น สาธารณรัฐเยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา จึงได้หาวิธีการแก้ไขปัญหานี้โดยการยกร่างกติกามิตรการลงทุนระหว่างประเทศ (International Charter of Investments) ซึ่งเป็นข้อตกลงในระดับประเทศที่รัฐของนักลงทุนสามารถที่จะฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุนได้เพื่อประโยชน์ของคนชาติของตน แต่กติกามิตรการลงทุนเหล่านี้ เช่น กติกามิตรฮาวานา ปี 1948 (The Havana Charter of 1948) หรืออนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของชาวต่างชาติที่ร่างขึ้นโดย OECD ในปี ค.ศ. 1964 เป็นต้น ต่างก็ไม่ประสบความสำเร็จทั้งสิ้น (Broches, 1972 : 343) องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนา เศรษฐกิจ (The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)) จึงก่อตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทขึ้นในปี ค.ศ. 1980 สาเหตุที่ข้อตกลงเหล่านี้ไม่ประสบความสำเร็จก็เนื่องจากรัฐต่าง ๆ ต่างลังเลที่จะยอมสละอธิปไตยของตนโดยการรับรอง "กฎหมายธรรมชาติ" (natural law) ที่ตนเห็นว่าเอื้อประโยชน์แต่เฉพาะแก่รัฐที่มุ่งคั่งเท่านั้น และการที่จะให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ระงับข้อพิพาทก็เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก เพราะปกติรัฐต่าง ๆ มักจะไม่



ยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอยู่แล้ว และยิ่งหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตนกับเอกชนของอีกรัฐหนึ่ง รัฐต่าง ๆ เหล่านี้จึงจะไม่ยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพราะเห็นว่าหากตนยอมรับอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ก็จะเท่ากับทำให้นักลงทุนเอกชนต่างชาติได้รับสิทธิมากกว่าเอกชนคนชาติของตน ทั้ง ๆ ที่เป็นการลงทุนในรัฐเดียวกัน ดังนั้นจึงได้มีแนวคิดว่าจะไม่ควรจะมีศาลระหว่างประเทศที่ถาวรและมีอำนาจเหนือรัฐใด (supranational) แต่ควรจะใช้วิธีการให้รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติกำหนดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา ทั้งนี้เพราะในช่วงเวลานั้นมีแนวความคิดว่าการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ จะเป็นการระงับข้อพิพาทที่ทำให้เกิดความเป็นธรรม (Schwarzenberger, 1969 : 136, 153-169) ดังนั้น ธนาคารโลกจึงได้ริเริ่มในการยกร่างอนุสัญญา ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นขึ้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งจะทำให้มีการลงทุนมากขึ้น (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 1 :2)

#### 1.5 ปัจจัยแวดล้อมที่มีผลต่อการเกิดอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐ

ปัจจัยที่มีผลต่อการเกิดอนุสัญญา ICSID จริง ๆ อาจเริ่มตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่แล้วจนถึงตอนต้นของศตวรรษนี้ โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีการใช้ความคุ้มกันทางการทูตในข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุนกันมาก และในบางครั้งก็ตามมาด้วยการชักล้าง จนกลายเป็นข้อพิพาททางการเมืองไป การไร้ความคุ้มครองทางการทูตโดยไม่ชอบโดยมากจะเกิดกับกลุ่มประเทศละตินอเมริกา โดยรัฐของนักลงทุนจะเข้าแทรกแซงรัฐผู้รับการลงทุน ตัวอย่างเช่น คดี Jecker ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินของเม็กซิโกจากธนาคารสวิสฝรั่งเศสจำนวน 75 ล้านดอลลาร์ และรัฐบาลได้เข้าแทรกแซงในเม็กซิโกในปี ค.ศ. 1861-1862 โดยอ้างเหตุจากการไม่ชำระเงินกู้ของเม็กซิโก (Shihata, 1990 :1) ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จึงมีปฏิกิริยาโดยการสร้างกลไกกฎหมายที่จะทำให้นักลงทุนอยู่ในเขตอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างเด็ดขาด ในตอนแรกมีการ



สร้างทฤษฎี Drago (Drago Doctrine) ขึ้นมา โดยทฤษฎีนี้มุ่งหมายที่จะห้ามการใช้กำลังในการเรียกเก็บหนี้สาธารณะ (public debt) ของประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา (Shihata: 2) อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีที่มีชื่อเสียงมากซึ่งสร้างขึ้นโดยนักการทูตชาวอาเจนตินาที่มีชื่อว่า Carlos Calvo เพื่อต่อต้านการใช้ความคุ้มครองทางการทูต คือทฤษฎี Calvo (Calvo Doctrine) โดยการอ้างหลักความเท่าเทียมกันของรัฐ ทฤษฎี Calvo ได้ปฏิเสธการที่นักลงทุนต่างชาติจะมีสิทธิหรือประโยชน์พิเศษไปกว่าคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน และกำหนดให้ข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐจะต้องระงับภายใต้กฎหมายและองค์กรของรัฐผู้รับการลงทุน ผลจากทฤษฎีนี้ทำให้ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาห้ามรัฐของนักลงทุนใช้ความคุ้มครองทางการทูต เว้นแต่รัฐผู้รับการลงทุนจะยินยอมให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรืออาจกล่าวได้ว่าทฤษฎี Calvo ได้พยายามสร้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นไว้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตย ทฤษฎี Calvo นี้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาหลายประเทศ เช่น ในรัฐธรรมนูญของประเทศชิลี วรรค 24 ในรัฐธรรมนูญของประเทศฮอนดูรัส วรรค 33 และในรัฐธรรมนูญของประเทศเวเนซุเอลา วรรค 127 เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาด้วย ต่อมาประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาได้นำหลักของทฤษฎีนี้ไปบรรจุไว้ในข้อตกลงที่ทำขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติ โดยสัญญาที่รัฐของประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาทำกับนักลงทุนต่างชาตินี้ จะกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสละสิทธิในการขอความคุ้มครองทางการทูตจากรัฐของนักลงทุน และจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีศาลและกฎหมายท้องถิ่นของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น จากทฤษฎี Calvo นี้ทำให้เกิดความเกรงกลัวที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา เพราะเกรงว่าจะไม่ได้การระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรมหากเกิดกรณีพิพาทขึ้น

อย่างไรก็ตาม การใช้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นสิทธิภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนไม่อาจปฏิเสธได้ แม้นักลงทุนจะสละสิทธิในการขอให้รัฐของตนให้ความคุ้มครองทางการทูตก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐของนักลงทุนจะใช้สิทธิในฐานะรัฐให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นักลงทุนคนชาติของตน และเสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้

นอกจากนี้การได้รับเอกราชคืนของประเทศต่าง ๆ ก็ทำให้ประเทศเหล่านี้เวนคืนกิจการ



การของนักลงทุน จากเหตุการณ์นี้ทำให้นักลงทุนเกรงกลัวที่จะไปลงทุนในประเทศต่าง ๆ ธนาคารโลกจึงเข้ามามีบทบาทในการผลักดันให้เข้าไปลงทุน โดยการร่างอนุสัญญา ICSID

2. ประวัติความเป็นมาของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐ (อนุสัญญา ICSID)

อนุสัญญา ICSID เกิดจากการสนับสนุนของธนาคารโลก เนื่องจากธนาคารโลกได้สังเกตเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ เพื่อส่งเสริมให้มีการเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา แรงผลักดันของธนาคารโลกที่สร้างอนุสัญญา ICSID เกิดมาจากบทบาทในการระงับข้อพิพาทเป็นครั้งคราวของธนาคารโลกในอดีต

แม้ว่าโดยปกติแล้ว องค์การพิเศษดังเช่นสหประชาชาติจะไม่เข้าสู่สนับสนุนอนุสัญญาระหว่างประเทศก็ตาม แต่ธนาคารโลกซึ่งเป็นหน่วยงานของสหประชาชาติที่มีบทบาทในฐานะเป็นหน่วยงานพัฒนา ก็ได้เข้ามาสร้างกลไกระงับข้อพิพาทขึ้น โดยตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ธนาคารโลกได้มีบทบาทในการเคลื่อนย้ายทุนจากประเทศพัฒนาแล้วไปยังประเทศกำลังพัฒนา (ข้อสังเกตของประธานธนาคารโลกถึงคณะกรรมการบริหาร โปรดดู History, Vol. II, Pt. I, Doc. 3 : 4) และธนาคารโลกก็ได้สร้าง IFC (International Finance Corporation) และ International Development Association ขึ้น เนื่องจากปัญหาทางการเมืองในอดีตที่ประสบมา (Sutherland, 1979 : 373) ตัวอย่างการระงับข้อพิพาทที่ธนาคารโลกที่ทำการให้กับสมาชิกของตน เช่น การระงับข้อพิพาทในเรื่องค่าชดเชยที่อียิปต์จะต้องจ่ายให้กับผู้ถือหุ้นในการเวนคืนทรัพย์สินในคดีที่เกิดระหว่างบริษัท Suez Canal กับรัฐบาลอียิปต์ โดยธนาคารโลกได้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในคดีนั้น นอกจากนี้ ธนาคารโลกยังได้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่าง City of Tokyo กับฝรั่งเศสในเรื่องการจ่ายคืนเงินกู้ (ความเห็นของนาย Gardiner ในการประชุมผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย ณ Addis Ababa, History, Vol. II, Pt. I, Doc. 25 : 240 ; History, Vol. II, Pt. I, Doc. 4 : 6 และ Nwogugu, 1965 : 230-231) แต่แม้ว่าธนาคารโลกจะได้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในหลาย ๆ คดีก็ตาม แต่ธนาคารโลกก็ยังคงไม่เข้า



หน่วยงานที่จะทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทอย่างแท้จริง ธนาคารโลกและสหประชาชาติจึงเล็งเห็นว่า จะต้องมียุติธรรมพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่นี้ โดยองค์กรดังกล่าวจะต้องเป็นองค์กรที่เป็นที่ยอมรับด้วย

อนุสัญญา ICSID (อนุสัญญาอชิงตัน) เกิดขึ้นมาจากความริเริ่มและการสนับสนุนของ ธนาคารโลก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนให้มีการเข้าไปลงทุนในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะ ในประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราชและมีการจัดตั้งรัฐบาลใหม่ ที่มีความต้องการเงินทุนนอกประเทศสูง เพื่อเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจให้แก่ประเทศเหล่านี้ โดยมีการจัดความไม่แน่นอนและอุปสรรคที่นักลงทุนต่างชาติอาจจะประสบ (History, Vol. I, Pt. II, Doc. 1 : 2) เพื่อให้เกิด บรรยากาศที่ดีในการลงทุนที่ดี ในตอนแรกธนาคารโลกได้พิจารณาถึงแนวทางการพัฒนาบรรยากาศ การลงทุนถึง 3 ประการ ประการแรก นำ Draft Convention on the Protection of Private Foreign Property ของ OECD มาใช้ ประการที่สอง นำระบบการประกันภัยมาใช้ และประการที่สาม นำกลไกการระงับข้อพิพาทมาใช้ (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 15 : 73) และในที่สุดธนาคารโลกก็ได้ตัดสินใจที่จะนำกลไกการประนีประนอมข้อพิพาท (conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) มาใช้และเห็นว่าควรหาความตกลงในระดับอนุสัญญาระหว่างประเทศ การที่โครงการของธนาคารโลกประสบความสำเร็จเป็นอนุสัญญา ไปได้ เพราะไม่มีการกำหนดเรื่องการปฏิบัติต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไว้ และไม่มีการบังคับว่าหากรัฐใดเป็นภาคีแล้ว จะต้องเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยเด็ดขาด ธนาคารโลกเพียงแต่ ให้ความสะดวกแก่นักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน โดยกลไกการอนุญาโตตุลาการและการ ประนีประนอมข้อพิพาทเท่านั้น (History : 75) หลังจากที่ธนาคารโลกได้เล็งเห็นความจำเป็นที่จะ ให้มีการตั้งสถาบันและกลไกเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนขึ้นแล้ว ก็ได้มอบหมายให้คณะกรรมการ จัดทำเอกสารต่างๆ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการบริหาร (Board of Executive)

ผู้มีบทบาทในการร่างอนุสัญญา ICSID มากที่สุดคือ นาย Aron Broches ซึ่งเป็น General Counsel (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 1 : 2) ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1961 General Counsel ได้รายงานไปยังคณะกรรมการบริหารของธนาคารโลก (History : 1) ประธานธนาคารโลกได้นำข้อเสนอของนาย Broches เสนอต่อที่ประชุมคณะผู้ว่าการธนาคาร โลก (Board of Governors) ณ กรุงเวียนนา ในเดือนกันยายน ค.ศ. 1961 (History,



Vol. II, Part. I, Doc. 2 : 3) และได้มีการประชุมของคณะกรรมการบริหารเพื่อพิจารณารายละเอียดของข้อเสนออีกในเดือนธันวาคมปีเดียวกัน (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 3 : 4) ต่อมาในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1962 General Counsel ได้เสนอ Draft Convention for the Resolution of Disputes between States and Nationals of Other States (ซึ่งถือเป็น working paper และถือว่าเป็นร่างอนุสัญญาฉบับแรก (First Preliminary Draft)) (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 6 : 19) ร่างอนุสัญญานี้ได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการบริหารในระหว่างเดือนธันวาคม ค.ศ. 1962 และเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1963 (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 12 : 52) หลังจากนั้นก็ได้มีการประชุมกันในระดับภูมิภาค

ธนาคารโลกได้จัดให้มีการประชุมเพื่อสร้างระบบการระงับข้อพิพาททางการลงทุนขึ้นโดยจัดให้มีการประชุมผู้เชี่ยวชาญในระดับภูมิภาคขึ้น 4 ครั้งคือที่ Addis Ababa (จัดขึ้นเมื่อวันที่ 16 -20 ธันวาคม ค.ศ. 1963) (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 25 : 236) ที่ Santiago de Chile (จัดขึ้นเมื่อวันที่ 3-7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1964) (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 27 : 298) ที่ Geneva (จัดขึ้นเมื่อวันที่ 17-22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1964) (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 29 : 367) และที่กรุงเทพมหานคร (จัดขึ้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน -1 พฤษภาคม ค.ศ. 1964) (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 31 : 458) โดยมีที่ปรึกษาทั่วไปของธนาคารโลกทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุม เพื่อให้มีการหารือและนำผลที่ได้จากการประชุมเสนอต่อคณะกรรมการบริหารเพื่อพิจารณากำหนดแนวทางต่อไป ร่างอนุสัญญานี้ได้รับการแก้ไขน้อยมาก (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 24 : 184) ร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นอย่างดีในบรรดาประเทศต่าง ๆ เว้นแต่ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา ในการประชุมที่ Santiago de Chile ผู้แทนของประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาได้คัดค้านแนวความคิดในอนุสัญญา การคัดค้านนี้รู้จักกันในชื่อ "El No de Tokyo" อย่างไรก็ตามประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ รวมทั้งประเทศทางแอฟริกาเห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 25 : 28)





จากผลการประชุมดังกล่าว คณะกรรมการบริหารเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะยกร่างอนุสัญญาดังกล่าวขึ้น และในการประชุมประจำปี ค.ศ. 1964 ของคณะผู้ว่าการธนาคารโลก (Board of Governors) ที่ประชุมก็ได้มีคำสั่งให้คณะกรรมการบริหารยกร่างอนุสัญญาขึ้นโดยให้แนวทางไว้ว่าจะต้องคำนึงถึงความเห็นของรัฐบาลของประเทศสมาชิกต่าง ๆ และจะต้องให้อนุสัญญาได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 38 : 605) จึงได้มีการตั้งคณะกรรมการกฎหมายขึ้นในปี ค.ศ. 1964 และได้มีธนาคารโลกได้มีหนังสือเชิญไปยังประเทศสมาชิกต่าง ๆ ให้ส่งผู้แทนเข้าร่วมในคณะกรรมการกฎหมายเพื่อช่วยเหลืองานของคณะกรรมการกฎหมาย คณะกรรมการกฎหมายได้ประชุมร่วมกัน 22 ครั้ง ใช้เวลา 3 สัปดาห์ในระหว่างวันที่ 23 พฤศจิกายน ถึง 11 ธันวาคม ค.ศ. 1964 ณ สำนักงานใหญ่ของธนาคารโลกที่กรุงวอชิงตันโดยมีผู้แทนจาก 61 ประเทศเข้าร่วมในการประชุม คณะกรรมการกฎหมายได้พิจารณาทบทวนร่างอนุสัญญาดังกล่าว (History, Vol. II, Pt. I, Doc. 25: 69) โดยที่ประชุมสามารถตกลงกันในประเด็นต่าง ๆ ได้เกือบทั้งหมด และมีการแก้ไขร่างดังกล่าวเล็กน้อย (Revised Draft) (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 123 : 911) (สำหรับข้อแตกต่างระหว่างร่างอนุสัญญานับแรกกับร่างอนุสัญญาที่ได้รับการแก้ไข โปรดดู History, Vol. II, Pt. II, Doc. 124 : 934) หลังจากการประชุมดังกล่าวแล้ว ในวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 คณะผู้ว่าการธนาคารโลกได้มีมติรับร่างอนุสัญญาดังกล่าว (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 114 : 1039) และให้คณะกรรมการบริหารส่งร่างอนุสัญญา พร้อมทั้งข้อเสนอแนะตามที่เห็นสมควรไปยังประเทศสมาชิกต่าง ๆ (History, Vol. II, Pt. II, Doc. 145 : 1041 และ Doc. 146 : 1086)

อนุสัญญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 ซึ่งเป็นเวลา 30 วันหลังจากที่ประเทศต่าง ๆ ได้เข้าเป็นภาคีครบถึง 20 ประเทศ (มาตรา 68(2)) ปัจจุบันนี้มีประเทศภาคี 115 ประเทศ (ณ วันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1994 รายชื่อประเทศที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID โปรดดูภาคผนวก) ถือว่าเป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญและมีประเทศที่เข้าเป็นภาคีมากกว่าอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาด ค.ศ. 1958



3 การพัฒนาการลงทุน : บัณฑิตยแวดล้อมที่มีผลต่อการเกิดอนุสัญญา ICSID และต่อความสำคัญ  
อย่างต่อเนื่องของอนุสัญญา ICSID

อนุสัญญา ICSID เกิดผลอย่างเต็มที่ในช่วงเวลาที่มีความขัดแย้งอย่างรุนแรงระหว่างประเทศที่นำเข้าและส่งออก

เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของอนุสัญญาก็คือ การพัฒนาทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศโดย การสร้างบรรยากาศแห่งความมั่นใจแก่ทั้งสองฝ่าย ซึ่งจะกระตุ้นให้มีการลงทุนในประเทศที่ต้องการให้มีการเข้ามาลงทุน .(to facilitate the cause of international economic development by promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into countries which want to attract it จากรายงานที่เสนอต่อรัฐบาลประเทศต่าง ๆ โปรดดู International Legal Material, 1965 : 524 ) นอกจากธนาคารโลกจะเป็นสถาบันที่กู้ยืมเงินแล้ว ยังมีฐานะเป็นสถาบันการพัฒนา (development institution) อีกด้วยธนาคารโลกจึงเข้ามามีบทบาทในการสนับสนุนอนุสัญญา (Broches, 1972 : 331, 342)

อนุสัญญาได้ช่วยจัดความกลัวของนักลงทุนที่มีต่อนโยบายที่ไม่เป็นธรรมซึ่งรัฐผู้รับการลงทุน อาจนำมาใช้ นโยบายต่าง ๆ เหล่านี้เช่นการเวนคืน (expropriations) การละเมิดสิทธิการขอความคุ้มครองทางการทูต เป็นต้น โดยอนุสัญญา ICID ไม่ได้มีผลกระทบต่ออธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม อนุสัญญา ICSID จะช่วยในการพัฒนา เพราะอนุสัญญา ICSID เป็นกลไกที่เป็นกลางที่มุ่งหมายให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจในสถานการณ์ของรัฐผู้รับการลงทุน และเป็น การช่วยแก้ไขวิกฤติการณ์เงินเฟ้อในหลาย ๆ ประเทศ (Menchaca, 1976: 337, 424, 464)

เหตุการณ์ที่เพิ่มความสำคัญให้แก่อนุสัญญา ICSID คือ วิกฤติการณ์นี้ระหว่างประเทศ และผลจากภาวะนี้เองที่ทำให้ต้องช่วยเหลือประเทศที่เป็นหนี้ต่าง ๆ โดยการชักชวนให้มีการลงทุน ในประเทศเหล่านั้น แต่การเข้าไปลงทุนในประเทศเหล่านี้ก็เป็นรูปแบบการลงทุนแบบใหม่ที่จะต้อง ได้รับความคุ้มครองไม่น้อยกว่าการลงทุนในรูปแบบเก่า



### 3.1 วิกฤตการณ์หนี้ การลงทุนรูปแบบใหม่ และความต้องการให้มี การคุ้มครองการลงทุน

วิกฤตการณ์ทางการเงินโลกในครั้งนั้น เริ่มมาจากการห้ามส่งน้ำมันออกของอาหรับซึ่งเกิดขึ้นหลังจากสงครามระหว่างอาหรับกับอิสราเอลในปี ค.ศ. 1973 เป็นผลให้ราคาน้ำมันเพิ่มขึ้นเป็นสี่เท่า ประเทศอาหรับซึ่งได้รับผลกำไรอย่างมากจากการขายน้ำมันจึงนำเงินกำไรที่ได้จากการขายน้ำมันไปฝากกับสถาบันการเงินระหว่างประเทศทั้งในยุโรปและในสหรัฐอเมริกา

เมื่อสถาบันการเงินระหว่างประเทศเหล่านี้มีเงินฝากเหลืออยู่มาก จึงต้องการที่จะนำเงินเหล่านี้ออกให้ประเทศกำลังพัฒนา ในขณะที่เดียวกันประเทศกำลังพัฒนาที่มีความต้องการเงินกู้เป็นอย่างมากเพื่อใช้ในการเริ่มต้นทางเศรษฐกิจของตน จึงทำให้มีการกู้ยืมเงินระหว่างสถาบันการเงินและประเทศกำลังพัฒนาขึ้น แต่ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ก็ไม่สามารถหาเงินมาใช้หนี้ได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ

วิกฤตการณ์หนี้ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1982 นี้ ทำให้ประเทศที่เป็นผู้กู้ยืมเงินที่สำคัญอยู่ในภาวะตกต่ำทางเศรษฐกิจเกือบเท่า ๆ กับที่วิกฤตการณ์ในช่วง ค.ศ. 1930-1940 การขาดแคลนเงินทุนและเงินตราแลกเปลี่ยนต่างประเทศ ทำให้ประเทศเหล่านี้ไม่สามารถชำระดอกเบี้ยเงินกู้ได้ (Goldsbrough, 1986 : 173 อ้างถึงใน Padilla, 1988 : 325)

จากเหตุการณ์นี้เองที่ทำให้เกิดการเข้าไปลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ เพื่อเข้าไปพยุงเศรษฐกิจของประเทศเหล่านี้ โดยมีการเพิ่มจำนวนการลงทุนขึ้นอย่างมาก (ตัวอย่างเช่นในปี ค.ศ. 1986 มีการเพิ่มการลงทุนทางตรงขึ้นประมาณ 40 เปอร์เซ็นต์หลังจากที่ปริมาณการลงทุนตกลงมากกว่า 28 เปอร์เซ็นต์ในช่วงปี ค.ศ. 1982-1983 และหลังจากนั้นก็เพิ่มขึ้นอีก 3.25 เปอร์เซ็นต์ต่อปี) (Padilla : 327)

แม้ว่าจะมีปริมาณการลงทุนที่เพิ่มขึ้นก็ตาม แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ภาวะหนี้ท่วมท้นจึงมีการคิดหาวิธีการหรือรูปแบบการลงทุนที่จะเร่งให้มีการเข้ามาลงทุนมากขึ้น รูปแบบการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในครั้งนี้เป็นรูปแบบใหม่ต่างจากที่เคยลงทุน คือเป็นการลงทุนในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (joint venture) ซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุนจะไม่เกิน 50 เปอร์เซ็นต์



และมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) สัญญาจัดการ (Management Contract) สัญญาแฟรนไชส์ (Franchise Agreement) สัญญาเหมาเบ็ดเสร็จ (Turn-key Contract)

จากการที่มีการลงทุนในรูปแบบใหม่ทำให้การอนุญาตตุลาการกลายเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สำคัญขึ้นมา เพราะวาทันกิจการร่วมค้าเหล่านี้จะมีข้อตกลงอนุญาตตุลาการทั้งสิ้น เนื่องจากรูปแบบการลงทุนใหม่มักจะไม่มีการลงทุนด้วยเงินทุนหรือมีแต่เป็นจำนวนน้อย แต่มักจะเป็นในรูปแบบการให้เทคโนโลยี (โรสคัล ฉันทิกุล, 2533) ทำให้นักลงทุนต่างชาติต้องการให้มีมาตรการการป้องกันการเวนคืนและการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ

การลงทุนในรูปแบบใหม่ เช่น ในการกลั่นน้ำมันหรือผลิตพลังงานในประเทศกำลังพัฒนา จะมีการทำสัญญาเหมาเบ็ดเสร็จระหว่างรัฐและบริษัทนักลงทุนต่างชาติ โดยในสัญญาดังกล่าวจะกำหนดให้บริษัทนักลงทุนต่างชาติเป็นผู้ศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ ให้เทคโนโลยี และ Know-how สร้างและควบคุมรูปแบบและโครงสร้างของสิ่งก่อสร้าง การเข้าไปลงทุนในรูปแบบนี้จึงมีความเสี่ยงอย่างเห็นได้ชัด เพราะการชำระเงินแก่นักลงทุนจะคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์จากผลกำไรของโครงการหลังจากได้ดำเนินงานไประยะหนึ่งแล้ว ดังนั้น หากมีการเวนคืนกิจการจากรัฐผู้รับการลงทุนก็จะก่อให้เกิดความสูญเสียอย่างมากแก่นักลงทุน และหากบริษัทนักลงทุนฟ้องร้องต่อศาลท้องถิ่น ซึ่งแม้ว่าจะมีมาตรฐานหรือชื่อเสียงที่ดีเท่ากับศาลของนักลงทุนก็ตาม แต่นักลงทุนก็ยังไม่แน่ใจในความเป็นกลางของศาลภายในรัฐผู้รับการลงทุนเหล่านี้ ความไม่ไว้วางใจในศาลภายใน ทำให้เกิดข้อตกลงอนุญาตตุลาการขึ้นในระหว่างเจรจาสัญญา (การลงทุนในรูปแบบใหม่นี้ เช่น กรณี Klockner และ AMCO)

### 3.2 รัฐในฐานะเป็นหุ้นส่วนในการพัฒนา

โดยที่ประเทศกำลังพัฒนายังขาดแคลนเงินทุนอยู่ รัฐในฐานะที่เป็นแหล่งเงินของประเทศจึงต้องเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการที่เคยสงวนไว้ให้เอกชนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจให้แก่ประเทศ ในปัจจุบันรัฐจึงเข้าทำสัญญาร่วมทุนกับบริษัทข้ามชาติในโครงการใหญ่ ๆ ที่ใช้เงินทุนสูงมากขึ้น ยิ่งถ้า



เป็นการลงทุนประเภทที่ต้องใช้เทคโนโลยีที่ซับซ้อน เช่น อุตสาหกรรมปิโตรเคมีก็มีแนวโน้มว่ารัฐจะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในกิจการร่วมค้ามากขึ้น บริษัทข้ามชาติซึ่งเดิมมีความลังเลที่จะเข้าร่วมในกิจการร่วมค้ากับรัฐก็ได้เริ่มที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนมากขึ้น ในกิจการร่วมค้านี้ โดยมากรัฐจะเป็นผู้ให้เงินทุน หาเงินทุนจากสถาบันการเงินภายในและระหว่างประเทศ รับผิดชอบในการบริหาร และให้ความสนับสนุนของรัฐบาล ในทางตรงข้าม บริษัทข้ามชาติก็จะเป็นฝ่ายให้เทคโนโลยีและการฝึกอบรม อาจกล่าวได้ว่าบริษัทร่วมค้าเป็นฝ่ายรับผิดชอบทางด้านเทคโนโลยีและผลผลิต ในขณะที่รัฐรับผิดชอบในการบริหารทั่วไปของกิจการร่วมค้า

ตัวอย่างการลงทุนของรัฐในการลงทุนแบบใหม่ เช่น ในประเทศมาเลเซียซึ่งเป็นประเทศที่มียางธรรมชาติเป็นจำนวนมาก บริษัท Goodyear Tire and Rubber ได้ถือหุ้นในกิจการร่วมค้าเพื่อผลิตยางรถยนต์ร่วมกับบริษัท Pernas ซึ่งเป็นบริษัทของรัฐบาลมาเลเซีย โดยบริษัท Goodyear ถือหุ้นจำนวน 51 เปอร์เซ็นต์และมีหน้าที่สร้างโรงงาน ให้เทคโนโลยี บริหารงานที่ต้องใช้ความชำนาญ และให้เงินทุนบางส่วน ในขณะที่บริษัท Pernas ถือหุ้นจำนวน 49 เปอร์เซ็นต์ที่เหลือและมีหน้าที่ให้เงินทุน บริหารงานทั่วไป และให้ความสนับสนุนจากรัฐ หรือบริษัท Kobe Steel ในประเทศญี่ปุ่นได้เข้าร่วมทุนกับบริษัท Sindermax ซึ่งเป็นบริษัทของรัฐบาลเม็กซิโกและธนาคารเพื่อการพัฒนาของรัฐบาลเม็กซิโก เพื่อสร้างโรงงานผลิตสินค้าที่สำคัญในประเทศเม็กซิโก เป็นต้น (Padilla, 1988 : 329)

จากการที่รัฐต่าง ๆ ได้เข้ามาลงทุนในกิจการร่วมค้ามากขึ้น ทำให้อนุสัญญา ICSID ได้รับความสำคัญมากขึ้น ทั้งนี้เพราะอนุสัญญา ICSID ทำให้นักลงทุนต่างชาติมั่นใจว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นก็จะมีกระบวนการที่เป็นธรรมมากขึ้น โดยไม่ต้องกลัวความไม่เป็นธรรมของศาลภายใน

#### 4. โครงสร้างของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (ICSID) เป็นส่วนหนึ่งของธนาคารโลก ตั้งขึ้นตามอนุสัญญา ICSID มีสำนักงานตั้งอยู่ที่สำนักงานใหญ่ของธนาคารโลก ณ กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. สมาชิกของ ICSID ได้แก่ รัฐซึ่งเป็นสมาชิกของธนาคารโลกที่ไว้สัตยาบัน



แก่นอนุสัญญา ICSID อย่างไรก็ตาม รัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของธนาคารโลกก็อาจเป็นสมาชิกของ ICSID ได้ ถ้าเป็นภาคี (parties) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคณะกรรมการบริหาร (The Administrative Council) ของ ICSID โดยเสียงส่วนใหญ่สองในสามของคะแนนเสียงทั้งหมด ธิญาให้ลงนามในอนุสัญญา (มาตรา 67) ICSID ไม่ใช่ผู้ดำเนินการ ประenomข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการเอง แต่เป็นเพียงสำนักงานเลขาธิการที่ทำหน้าที่เป็น ฝ่ายสนับสนุนภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการบริหารที่จะช่วยให้กระบวนการประenomข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นและดำเนินไปตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา ICSID และตามที่บัญญัติไว้ใน ข้อบังคับว่าด้วยการประenomข้อพิพาทและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

คณะกรรมการบริหารจะประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐภาคีรัฐละหนึ่งคน (มาตรา 4) ประธาน ของธนาคารโลกจะทำหน้าที่เป็นประธานของคณะกรรมการบริหาร (มาตรา 5) คณะกรรมการ บริหารจะเป็นผู้บัญญัติข้อบังคับว่าด้วยการประenomข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการขึ้น ตลอดทั้ง วางกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการเงินของ ICSID (มาตรา 6) ตำแหน่งสูงสุดของ ICSID คือ เลขาธิการ (Secretary-General) ซึ่งมีหน้าที่บริหารงานของ ICSID โดยมีรองเลขาธิการ หลายคนเป็นผู้ช่วยในการบริหารงาน ตำแหน่งเลขาธิการและรองเลขาธิการของ ICSID จะ เลือกโดยคณะกรรมการบริหารเป็นผู้เลือกโดยใช้คะแนนเสียงส่วนใหญ่สองในสามส่วนของคะแนน เสียงทั้งหมด เลขาธิการและรองเลขาธิการมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี และอาจได้รับ การเลือกใหม่ (มาตรา 9-10) เลขาธิการของ ICSID มีอำนาจในการตัดสินใจเบื้องต้นว่าข้อ เรียกร้องที่ได้เสนอต่อ ICSID อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID หรือไม่ (มาตรา 36(3))

ICSID จะมีบัญชีรายชื่อผู้ประenomข้อพิพาทและบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการของตน โดย บัญชีรายชื่อผู้ประenomข้อพิพาทและบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการแต่ละบัญชี ได้มาจากบุคคลซึ่งรัฐภาคี แต่ละรัฐเป็นผู้เลือก โดยบุคคลเหล่านี้จะมีสัญชาติหรือไม่มีสัญชาติของรัฐภาคีก็ได้จำนวน 4 คน และบุคคลซึ่งประธานคณะกรรมการบริหารเป็นผู้เลือกโดยจะต้องมีสัญชาติต่างกันจำนวน 10 คน ในการเลือกผู้ประenomข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ คู่กรณีไม่จำเป็นต้องเลือกจากบัญชีรายชื่อดังกล่าว ก็ได้ แต่ในกรณีที่ประธานคณะกรรมการบริหารเป็นผู้เลือกจะต้องเลือกจากบัญชีรายชื่อดังกล่าว เท่านั้น (มาตรา 40(1)) บุคคลที่จะเป็นผู้ประenomข้อพิพาทในบัญชีรายชื่อผู้ประenomข้อพิพาท



หรือเป็นอนุญาโตตุลาการในบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ จะต้องเป็นบุคคลที่มีศีลธรรมและคุณธรรมสูงและมีความสามารถเป็นที่ยอมรับในด้านกฎหมาย การค้า อุตสาหกรรม และการเงิน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านกฎหมาย) และจะต้องเป็นที่เชื่อถือและไว้วางใจได้ว่าจะตัดสินอย่างเป็นอิสระ (มาตรา 14) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในอนุสัญญา ICSID จะกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้มีความสามารถทางด้านกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้กำหนดเด็ดขาดว่าจะต้องมีคุณสมบัติทางกฎหมายประการใดบ้าง ในทางปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการส่วนมากจะเป็นนักกฎหมาย (Cherian, 1987 : 5,6)

ธนาคารโลกจะเป็นผู้รับผิดชอบการเงินของ ICSID โดยได้รับงบประมาณจากคณะกรรมการบริหาร ในกรณีที่ค่าธรรมเนียมที่ได้รับจากผู้กรณีไม่เพียงพอสำหรับค่าใช้จ่ายของ ICSID ค่าใช้จ่ายส่วนที่ขาดไปนี้จะตกแก่รัฐภาคีซึ่งเป็นสมาชิกของธนาคารโลกตามสัดส่วนของทุนสำรองในธนาคารโลก และแก่รัฐภาคีซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกของธนาคารโลกตามข้อบังคับของคณะกรรมการบริหาร (มาตรา 17)

##### 5. หน้าที่และลักษณะพิเศษของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

ดังได้กล่าวไปแล้วว่า ICSID ไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการเอง แต่เป็นเพียงผู้ช่วยเหลืองานบริหารของ ICSID ที่จำเป็นในการดำเนินการประนอมข้อพิพาทและกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาและข้อบังคับว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ จนถึงปัจจุบันมีการเสนอข้อพิพาทเพื่อขอให้ ICSID ประนอมข้อพิพาทเพียง 2 คดี (ICSID Cases, Doc. ICSID/16/Rev. 3 March 31, 1994 : 3) ICSID เป็นหนึ่งในศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีกลไกทันสมัยและสลับซับซ้อนที่สุด (Fox, 1988 : 255 และ Redfern, 1987 : 97) ICSID จะมีข้อแตกต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการพาณิชย์อื่น ๆ เพราะ ICSID ไม่เป็นทั้งสถาบันเอกชนและสถาบันของรัฐที่ดำเนินการภายใต้กฎหมายของรัฐใด ๆ โดยเฉพาะ ในทางตรงกันข้าม ICSID ก่อตั้งจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศและบริหารงานโดยองค์กรระหว่างประเทศ และกระบวนการ





การอนุญาโตตุลาการของ ICSID อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของ ICSID คือความเป็นอิสระหรือความเป็นเอกเทศ (autonomy) จากระบบกฎหมายภายในประเทศ ความเป็นอิสระและความเป็นเอกเทศของระบบอนุญาโตตุลาการของ ICSID มีอยู่หลายประการ เช่น กฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ ความสามารถของ ICSID ที่จะระงับข้อพิพาทแม้ว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะปฏิเสธที่จะเข้าร่วมในกระบวนการ การห้ามการตรวจสอบคำชี้ขาดหรือจำกัดการเยียวยาจากศาลภายในประเทศ และบทบัญญัติของ ICSID ในการเยียวยาคำชี้ขาด

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนได้ตกลงยินยอมให้เสนอข้อพิพาทที่อาจมีขึ้นต่อ ICSID ก็จะทำให้รัฐของนักลงทุนไม่สามารถใช้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) หรือเสนอข้อพิพาทต่อศาลระหว่างประเทศ (มาตรา 27) ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่ต้องกังวลว่าจะมีการแทรกแซงกิจการภายในรัฐของตนจากรัฐของนักลงทุน เท่ากับว่าเป็นการช่วยป้องกันไม่ให้ข้อพิพาทนั้นกลายเป็นข้อพิพาททางการเมือง ส่วนนักลงทุนก็ได้รับประโยชน์จากการที่ตนสามารถที่จะฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนโดยไม่ต้องคำนึงถึงความคุ้มกันของรัฐ (sovereign immunity) เท่ากับเป็นการยอมรับสิทธิและหน้าที่ของเอกชนที่จะฟ้องรัฐ ซึ่งตามปกติในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนั้น (public international law) เอกชนไม่อาจฟ้องรัฐได้ (Broches, 1972 : 349) นอกจากนี้อนุสัญญา ICSID ยังได้สร้างความมั่นใจแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่า ICSID ในฐานะที่เป็นสถาบันระหว่างประเทศที่เป็นกลางจะเป็นสถาบันเพียงสถาบันเดียวที่จะพิจารณาข้อพิพาท จะไม่มีการแทรกแซงจากศาลภายในของทั้งรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐของนักลงทุน (มาตรา 26)

ข้อพิพาทที่จะเสนอต่อ ICSID ได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสามประการดังนี้

- (1) คู่กรณีทุกฝ่ายยินยอมให้เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID
- (2) ข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน (เขตอำนาจ *ratione materiae*) และ
- (3) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นรัฐที่ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา ICSID และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นคนชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา ICSID อีกรัฐหนึ่ง (เขตอำนาจ *ratione personae*)



จากเงื่อนไขข้างต้นจะเห็นได้ว่าการที่รัฐภาคีสัตยบันแก่อนุสัญญา ICSID ไม่ได้หมายความว่ารัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID ในทันที หากแต่รัฐภาคีนั้นจะต้องให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เป็นลายลักษณ์อักษรอีกชั้นหนึ่งเสียก่อน ข้อพิพาทนั้นจึงจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID ในทำนองเดียวกัน คนชาติของรัฐที่ให้สัตยบันแก่อนุสัญญา ICSID แล้วก็ยังคงต้องให้ความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เป็นลายลักษณ์อักษรเสียก่อนเพื่อให้ข้อพิพาทอยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID เช่นกัน คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID แล้ว ไม่อาจถอนความยินยอมนั้นโดยลำพังฝ่ายเดียว (มาตรา 25(1)) นอกจากนี้ไม่ได้หมายความว่าข้อพิพาททุกชนิดจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID ข้อพิพาทที่จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID จะต้องเป็นข้อพิพาททางการลงทุนเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปที่จะพิจารณาข้อพิพาททุกประเภท และแตกต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการพิเศษที่จะพิจารณาข้อพิพาทเฉพาะ (David, 1985 : 43)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อพิพาทที่จะเสนอต่อ ICSID ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 3 ประการที่ได้กล่าวข้างต้นก็ตามก็ยังสามารถเสนอข้อพิพาทนั้นต่อ ICSID ได้ กล่าวคือ ในวันที่ 27 กันยายน 1978 คณะกรรมการบริหารของ ICSID ได้บัญญัติ Additional Facility ขึ้นสำหรับการระงับข้อพิพาทที่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID โดยให้อำนาจแก่เลขาธิการของ ICSID ระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดไม่ใช่รัฐภาคีหรือไม่ใช่คนชาติของรัฐภาคี หรือเมื่อข้อพิพาทนั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน และคณะกรรมการบริหารก็ยังให้อำนาจแก่เลขาธิการของ ICSID ในการค้นหาข้อเท็จจริง (fact finding) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ใช้กับ Additional Facility นี้มาจากข้อบังคับของ ICSID เป็นส่วนใหญ่ แต่ก็มีข้อบังคับบางข้อที่มาจาก UNCITRAL และ ICC สนธิสัญญาว่าด้วยการลงทุนสองฝ่าย (bilateral investment treaty) โดยมากมีการระบุให้ใช้การระงับข้อพิพาทของ Additional Facility อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเลขาธิการจะเป็นผู้ระงับข้อพิพาทตาม Additional Facility แต่การระงับข้อพิพาทตาม Additional Facility ก็ไม่ถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญา ICSID (ICSID Additional Facility, Document ICSID/11, 1979)











(มาตรา 42) นอกจากนี้คู่กรณียังสามารถเลือกสถานที่ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการได้อีกด้วย ซึ่งหากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ในเรื่องสถานที่ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการ ก็ให้ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำนักงานของ ICSID ที่กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. (มาตรา 62-63) ในทางปฏิบัติ ประมวลครั้งหนึ่งของข้อพิพาทที่เสนอต่อศูนย์ฯ ICSID เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ส่วนอีกครึ่งหนึ่งใช้ประเทศทางยุโรปเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (Hirsch, 1993 : 30) กรณีการอนุญาโตตุลาการของ ICC คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้เลือกสถานที่ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICC ข้อ 12 และกรณี UNCITRAL Model Law ก็เช่นเดียวกัน ปรกติข้อ 16 แต่กรณีของ AAA คู่กรณีสามารถเลือกสถานที่ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน และหากคู่กรณีไม่ได้เลือกสถานที่ที่จะทำการอนุญาโตตุลาการไว้ administrator ก็จะเป็นผู้เลือก ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการก็อาจเปลี่ยนแปลงสถานที่ที่ administrator เลือกได้ภายใน 60 วัน) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะตัดสินข้อพิพาทนั้น แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะไม่มาหรือไม่ต่อสู้คดีตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ให้อำนาจแก่เลขาธิการหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการที่จะชักชวนคู่กรณีให้มีการไต่สวนเบื้องต้น (pre-hearing conference) เพื่อสรุปข้อเท็จจริงและประเด็นคาฟ้องของคู่กรณี (ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อ 21) นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังสามารถที่จะตัดสินข้อพิพาทได้ แม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะไม่เสนอคดีของตน และการที่คู่กรณีอีกฝ่ายไม่เสนอคดีของตนก็ไม่มีผลกระทบต่อคำชี้ขาดแต่อย่างใด แต่จะถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้เสนอคดียอมรับข้อกล่าวหาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้วไม่ได้ (มาตรา 45 ของอนุสัญญา ICSID ในกรณีของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC และ UNCITRAL Model Law ก็เช่นเดียวกัน ปรกติข้อ 15(2) และข้อ 28 ศาลาadb)

โดยปกติแล้ว ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจมีมาตรการชั่วคราวได้ (provisional measure or interim measure) คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเช่นนั้นได้ ก็ต่อเมื่อมีการให้อำนาจเช่นนั้นไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (compromis) หรือตามกฎหมายของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นอนุญาตให้ทำได้ ซึ่งจะแตกต่างจากศาลภายในเพราะศาลภายในอาจสั่งให้มีคำสั่งระหว่างพิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่กรณีได้ ในทางตรงกันข้ามการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำสั่งระหว่าง



พิจารณาได้ (มาตรา 47 กรณี UNCITRAL Model Law และ American Arbitration Association ก็เช่นเดียวกัน โปรดดูข้อ 26 และข้อ 22 ตามลำดับ เท่าที่ผ่านมามีการขอให้ใช้มาตรการชั่วคราวแล้วในคดี Holiday Inns v. Morocco และคดี Amco v. Indonesia) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะสามารถขอให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่ก็จำกัดว่าจะต้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จะขอต่อศาลภายในไม่ได้ ซึ่งต่างจาก UNCITRAL Model Law ข้อ 26 (1) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC ข้อ 8(5) และของ AAA (ข้อ 22(3))

คำสั่งขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทที่เสนอต่อตน (ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID) และจะต้องให้เหตุผลในการชี้ขาดด้วย (มาตรา 48(3)) คำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามเสียงข้างมาก และลงนามโดยอนุญาโตตุลาการที่ลงคะแนนให้กับคำสั่ง (มาตรา 48(1) และมาตรา 48(2)) อนุญาโตตุลาการแต่ละคนอาจจะทำความเข้าใจของตนเองได้ไม่ว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับคำสั่ง (มาตรา 48(4)) การพิมพ์เผยแพร่คำสั่งจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี (กรณี UNCITRAL Model Law ข้อ 48(5) ICC (ข้อ 23) และ AAA (ข้อ 28(5) ก็เช่นเดียวกัน)

กลไกของ ICSID ที่ต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ที่เด่นคือ การเยียวยาคำสั่งขาด ได้แก่ การตีความคำสั่งขาด การทบทวนคำสั่งขาด และการยกเลิกคำสั่งขาด คู่กรณีอาจยื่นคำร้องขอให้ตีความความหมายและขอบเขตของคำสั่งขาดได้ (มาตรา 50) และคู่กรณีก็อาจยื่นคำร้องขอให้ทบทวนคำสั่งขาดได้ ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งมีผลกระทบต่อคำสั่งขาดในภายหลังและเป็นข้อเท็จจริงที่คณะอนุญาโตตุลาการและผู้ร้องไม่ทราบ โดยไม่ใช้ความประมาทเลินเล่อของผู้ร้อง (มาตรา 51(1)) การเยียวยาที่สำคัญและเป็นปัญหามากที่สุดของอนุสัญญา ICSID คือ การยกเลิกคำสั่งขาดตามมาตรา 52 ซึ่งให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำสั่งขาดได้เมื่อมีเหตุตามที่บัญญัติเกิดขึ้น

เมื่อมีคำสั่งขาดแล้ว รัฐภาคีจะต้องยอมรับและบังคับตามคำสั่งขาดนั้นเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของรัฐตน (มาตรา 54)





คำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาดได้ ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งมีผลกระทบต่อคำชี้ขาดในภายหลังและเป็นข้อเท็จจริงที่คณะอนุญาโตตุลาการและผู้ร้องไม่ทราบ โดยไม่ใช้ความประมาทเลินเล่อของผู้ร้อง (มาตรา 51(1)) การเยียวยาที่สำคัญและเป็นปัญหามากที่สุดของอนุสัญญา ICSID คือ การยกเลิกคำชี้ขาดตามมาตรา 52 ซึ่งให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้เมื่อมีเหตุตามที่บัญญัติเกิดขึ้น

เมื่อมีคำชี้ขาดแล้ว รัฐภาคีจะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของรัฐตน (มาตรา 54)

#### 7. ผลงานและความสำเร็จของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

ในปัจจุบัน (ณ 19 ตุลาคม 1994) ประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นมีจำนวน 115 ประเทศ (โพรตูดูภาคผนวก) ประเทศภาคีเหล่านี้มาจากภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก เช่น ประเทศที่เป็นผู้ส่งออกที่สำคัญที่สุด (ประเทศ OECD จำนวน 20 ประเทศจาก 24 ประเทศ) ประเทศในแถบเอเชียและแอฟริกา ประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปตะวันออก และอีกหลายประเทศในแถบตะวันออกกลาง (อิสราเอล จอร์แดน อียิปต์ คูเวต ซาอุดีอาระเบีย และสาธารณรัฐอาหรับอิมเรต) ข้อสังเกตประการหนึ่งก็คือ ในการประชุมคณะผู้ว่าการธนาคารโลก ณ ประเทศญี่ปุ่น ในปี ค.ศ. 1964 ผู้แทนของประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาได้คัดค้านการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศทุกรูปแบบ โดยได้ลงคะแนนเสียงคัดค้านข้อเสนอที่จะร่างอนุสัญญา (ซึ่งการลงคะแนนเสียงคัดค้านนี้ต่อมาถูกเรียกว่า "El Ne de Tokoy" แต่ประเทศเหล่านี้บางประเทศ เช่น บารากวัย เอลซาวาดอร์ และอีกหลายประเทศก็ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาแล้ว (โพรตูดูภาคผนวก) อย่างไรก็ตาม ในประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น ลิเบีย อัลจีเรีย แองโกลา และโรมซัมบิกก็ยังคงมองว่าอนุสัญญา ICSID เป็นการแสวงหาประโยชน์ของประเทศตะวันตก (Agyemang, 1988 : 177)

ในปี ค.ศ. 1971 มีการยื่นคำร้องขอใช้ออนุญาโตตุลาการของ ICSID เป็นคดีแรก ในคดี Holiday Inns (Doc. ICSID/16/Rev.3 March 31, 1994) จนวันที่ 31 มีนาคม



สนธิสัญญาสองฝ่าย ปัจจุบันมีมากกว่า 150 สนธิสัญญา (ICSID Annual Report, 1989 : 4) หรือแม้แต่ในกฎหมายภายใน (News from ICSID, 1986 : 8)

ข้อพิพาทจำนวน 30 คดีที่เสนอต่อศูนย์ ICSID ส่วนมากเป็นข้อพิพาทที่บริษัทผู้ลงทุนซึ่งอยู่ในประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกเรียกร้องเอาจากรัฐผู้รับการลงทุนในโลกที่สาม แต่มีเพียง 3 คดีที่เป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ คดีแรกเป็นคดีที่คู่กรณีทั้งสองต่างก็เป็นประเทศกำลังพัฒนา (Mobil Oil Corp. v. New Zealand) (ICSID Annual Report, 1987 : 4) คดีที่สองเป็นคดีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นนักลงทุนเอกชน ไม้เข้าบริษัทเอกชน (Pharaon v. Tunisia) (ICSID Annual Report, 1987 : 4) และคดีที่สามเป็นคดีที่รัฐผู้รับการลงทุนเป็นฝ่ายเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ (Klockner v. Cameroon) (News from ICSID, 1989 : 4)

ความสำเร็จของศูนย์ ICSID ไม้อาจประเมินได้จากจำนวนข้อพิพาทที่เสนอต่อ ICSID เพราะวัตถุประสงค์หลักของ ICSID ไม้อะเพื่อเพิ่มจำนวนคดีที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ แต่เพื่อสนับสนุนการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา (Rowat, 1992 : 103, 134-136) นอกจากนี้เจตนาของ ICSID ก็จำกัดไว้เฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุน และคู่กรณีจะต้องเป็นรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งกับคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งเงื่อนไขนี้ทำให้คดีที่เสนอต่อ ICSID มีจำนวนน้อยลง

## 8. นโยบายของประเทศไทยเกี่ยวกับอนุสัญญา ICSID

เนื่องจากการเจรจาความตกลงเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ ประเทศต่าง ๆ ในอาเซียน เช่น มาเลเซีย อินโดนีเซีย สิงคโปร์ และฟิลิปปินส์ ได้เสนอขอให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID เพื่อให้มีหลักประกันการลงทุนและเพื่อเป็นการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทย (ประจิตต์ วิจารณ์พฤษ, 2534 : 20-21) ดังนั้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2528 (ค.ศ. 1985) คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบด้วยกับมติคณะกรรมการรัฐมนตรีฝ่ายเศรษฐกิจที่จะให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID และได้มอบหมายให้กระทรวงการคลังเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ ต่อมาในวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2528 ประเทศไทยก็ได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว แต่จนถึงปัจจุบันนี้ ก็ยังไม่มีกรให้สัตยาบันแก่อนุสัญญา เพื่อ



ให้เกิดความพร้อมก่อนที่จะให้สัตยาบัน กระทรวงการคลังได้มีคำสั่งที่ 145/2536 ลงวันที่ 6  
ธันวาคม พ.ศ. 2536 แต่งตั้งคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังปฏิบัติ  
การเกี่ยวกับศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย