

## บทที่ 4

### ปัญหาการเลือกกฎหมายและการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

หลังจากที่ได้ทราบถึงกระบวนการในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID ภายใต้บริบทของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาแล้วนั้น สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ หลังจากข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการของ ICSID แล้ว ประเทศไทยจะต้องทำอะไรต่อไปในกระบวนการดังกล่าว ซึ่งเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญก็คือการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งหากอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นจะมีผลอย่างไร และประเทศไทยจะต้องทำอย่างไรกับคำชี้ขาดนั้น หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีตามความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้แล้ว

ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงกระบวนการในการระงับข้อพิพาทสู่ ICSID ภายใต้บริบทของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา ในส่วนของการเลือกกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ และเรื่องของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID โดยผู้เขียนจะขอแบ่งเรื่องออกเป็น 2 หัวข้อใหญ่ๆ ดังนี้

#### 4.1 ปัญหาการเลือกกฎหมาย

#### 4.2 ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และปัญหาการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID

### 4.1 ปัญหาการเลือกกฎหมาย

ในเรื่องของการเลือกกฎหมายนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญในการอนุญาโตตุลาการ เพราะกฎหมายที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่อนุญาโตตุลาการจะใช้ตัดสินข้อพิพาท หากเลือกกฎหมายที่ไม่เหมาะสมแล้วประเทศไทยก็อาจเสียประโยชน์ หรืออาจแพ้ในคดีได้

ในการจะพิจารณาเรื่องของการเลือกกฎหมายนั้น จำเป็นจะต้องเข้าใจพื้นฐานของเรื่องก่อนว่า เหตุใดคู่กรณีจึงเลือกกฎหมายได้ ในกรณีนี้ต้องพิจารณาก่อนว่าใครเป็นคนอนุญาตให้

คู่กรณีเลือกกฎหมายได้ ซึ่งในเรื่องนี้ข้อบทเรื่องการลงทุนตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ไม่ได้กำหนดวิธีการเลือกกฎหมายเอาไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นจึงต้องใช้ข้อ 42 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ซึ่งได้กำหนดเรื่องของการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระของข้อพิพาทต่างๆ ซึ่งรวมทั้งสัญญาที่เกี่ยวข้องเอาไว้ดังนี้

“(1) ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกัน ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกันดังกล่าวให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจใช้บังคับได้

(2) อนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธการตัดสินข้อพิพาทโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่ชัดเจนไม่ได้

(3) บทบัญญัติใน (1) และ (2) ย่อมไม่กระทบต่ออำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินข้อพิพาทตามหลักความยุติธรรมและความสุจริตหากคู่กรณีตกลงกันเช่นนั้น”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้วางหลักเกณฑ์ว่า คู่กรณีอาจเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ข้อพิพาทได้ แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมายดังกล่าวก็ให้ใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท ก็คือ กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย นอกจากนั้นให้นำหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับด้วย นอกจากนั้นคู่กรณีอาจตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทตามหลักความยุติธรรมและความสุจริตก็ได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เหมาะสมกับลักษณะข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนต่างชาติมาก

---

#### Article 42

(1) 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.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.

ในข้อนี้ หากพิจารณาให้ลึกซึ้งจะเห็นว่า อนุญาโตตุลาการจำเป็นที่จะต้องเลือกกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาคดี โดยกฎหมายนั้นจะต้องเป็น "rules of law" ไม่ใช่คำว่า "laws" ซึ่ง "rules of law" นั้นมีความหมายกว้าง ข้อ 42 นี้ใช้หลัก autonomy of will หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งเป็นที่ได้รับการยอมรับในวิชา Private international law หรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยเฉพาะในเรื่องของ conflict of law ว่าคู่กรณีนั้นสามารถเลือกกฎหมายได้ ดังจะเห็นได้ว่าทุกคนคุ้นเคยกับคำว่า choice of law คือ การเลือกกฎหมาย กับ choice of forum คือการเลือกศาล หรืออนุญาโตตุลาการที่จะใช้พิจารณาพิพากษาคดี เพราะฉะนั้นคำว่า choice of law หรือการเลือกกฎหมาย นั้นถือหลักว่าแสดงความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายได้ แต่คู่กรณีไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมาย คือเลือกให้นิติสัมพันธ์ของตนหรือสัญญาของตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และการเลือกกฎหมายนั้นต้องเป็นการเลือกกฎหมายเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับอาณาอำนาจของคู่กรณีที่จะเลือกได้ คือคู่กรณีสามารถจะเลือกกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ หรือเกี่ยวพันกับทางแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่ไม่สามารถจะไปเลือกกฎหมายอื่นที่เป็นเรื่องทางมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทางมหาชนซึ่งเป็นอำนาจของรัฐภายในอยู่แล้ว ซึ่งในกรณีนี้ศาสตร์ว่าด้วย conflict of law มักจะพูดถึงเรื่องกฎหมายมหาชน หรือ "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ว่าเป็นกฎหมายที่รัฐจะสามารถบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ในดินแดนของตนเองได้อยู่แล้ว คู่กรณีไม่มีสิทธิที่จะเลือก<sup>1</sup>

ทั้งนี้ผู้เขียนจึงขอแบ่งเรื่องดังกล่าวออกเป็น 2 กรณีคือ คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมาย และ คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมาย

#### 4.1.1 คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมาย

ถ้าคู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้กฎหมายนั้นปรับกับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายอื่นไม่ได้

<sup>1</sup> ชุมพร บัจจุสานนท์. กฎหมายที่เป็นฐานรองรับ กับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชน. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (2527) หน้า 79

การที่คู่กรณีสามารถตกลงกันเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทได้นั้นเป็นสิ่งที่เหมาะสม เพราะการอนุญาตโดยตุลาการนั้นส่วนหนึ่งเป็นเรื่องของสัญญา จึงควรให้คู่กรณีสามารถตกลงกันในเรื่องนี้ได้ โดยในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการอนุญาตโดยตุลาการนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 4 กรณีดังนี้

- คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา
- คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา
- คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา
- คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายไม่ชัดเจน

#### คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา

การเลือกกฎหมายภายในมาใช้บังคับกับการอนุญาตโดยตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่แล้วแต่คู่กรณีจะตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด ซึ่งโดยหลักคู่กรณีมักจะเลือกกฎหมายภายในของประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการบังคับกับการอนุญาตโดยตุลาการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นไปตามกฎหมายของรัฐภาคีผู้รับการลงทุน ทั้งนี้มักเป็นเพราะเกิดจากสัญญาที่มีการทำกิจการ หรือการลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้นเพื่อเป็นการรักษาประโยชน์ของประเทศให้ได้มากที่สุด ในสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนี้ จึงมักเลือกกฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุนมาใช้บังคับกับสัญญาเสียเป็นส่วนใหญ่ นอกจากนี้การเลือกกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนนั้น อาจมีเหตุผลมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า สัญญาดังกล่าวมีจุดนิติสัมพันธ์ใกล้ชิดกับระบบกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น สถานที่ในการทำสัญญาอาจเป็นประเทศรัฐผู้รับการลงทุนเอง เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว ในสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนส่วนใหญ่นั้น มักเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการทำสัญญา (conclude jure imperii) การปฏิบัติตามสัญญาย่อมกระทำในรัฐผู้รับการลงทุนนั่นเอง นับว่ากฎหมายของรัฐนั้นมีจุดนิติสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสัญญา ซึ่งคู่กรณีอาจคำนึงถึงข้อเท็จจริงอันนี้ด้วย จึงทำให้เลือกกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน<sup>2</sup>

<sup>2</sup> เฟิงอ้าง, หน้า 80

แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าคู่กรณีจะเลือกใช้กฎหมายของประเทศอื่นไม่ได้แต่อย่างใด ในบางกรณีคู่กรณีก็อาจเลือกกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่สัญญา ก็ได้ เช่นการเลือกกฎหมายภายในของรัฐสัญชาติของเอกชนผู้ลงทุน แต่กรณีนี้มักพบได้น้อยกว่ากรณีของการเลือกกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนที่ได้กล่าวมาแล้ว

ในกรณีการเลือกกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการนี้ ไม่ว่าจะเลือกกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน หรือเลือกกฎหมายของประเทศผู้ลงทุนก็ตาม หากเห็นได้ว่าเป็นการเลือกกฎหมายที่ชัดเจนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันตามที่กำหนดไว้ใน ICSID ข้อ 42 (1)

#### คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา

ในการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีไม่จำเป็นที่จะต้องเลือกกฎหมายภายในของประเทศคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น คู่กรณีอาจตกลงกันเลือกกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในการอนุญาโตตุลาการก็ได้ ทั้งนี้อาจเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากจากการเลือกกฎหมายภายในของรัฐภาคี ซึ่งรัฐภาคีสามารถเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของตนได้ง่าย ซึ่งในการเลือกกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาพิจารณาได้นั้นมีขอบข่ายเพียงใด

การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศโดยชัดแจ้งนั้นมักจะไม่ค่อยปรากฏบ่อยนัก โดยทั่วไปแล้วมักเป็นการเลือกให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งการเลือกหลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นผลดีแก่คู่กรณีเพราะหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่กว้าง และมาจากระบบกฎหมายที่ต่างกัน เหมาะที่จะใช้กับสัญญาเกี่ยวกับการลงทุน เนื่องจากกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในปัจจุบันของบางประเทศอาจยังไม่มี ความเหมาะสมในระดับสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประเทศที่กำลังพัฒนา ดังนั้นจึงต้องอาศัยหลักการจากกฎหมายระบบต่างๆ มาช่วยในการวิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติในแต่ละเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าว

การเลือกกฎหมายทั่วไปบังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้น เท่ากับคู่กรณีแสดงเจตนาที่จะให้นิติสัมพันธ์ของตนอยู่นอกเหนือกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่มาใช้ระบบของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากว่าคู่กรณีไม่แน่ใจว่าจะมีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี

เมืองที่สามารถปรับใช้กับสัญญาได้หรือไม่ จึงเลือกเอากฎหมายภายใน ซึ่งถึงอย่างไรหลักกฎหมายทั่วไปก็มีคุณค่าในตัวเอง ในฐานะเป็นหลักกฎหมายสากลอยู่แล้ว

นอกจากนี้การเลือกกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการนั้น ยังอาจรวมถึงการที่คู่กรณีระบุให้ใช้หลักความยุติธรรมและความสุจริตก็ได้

หากเป็นกรณีที่คู่กรณีระบุว่าไม่ให้ใช้หลักกฎหมายปรับกับข้อพิพาทนั้น แต่ให้ใช้หลักความยุติธรรมและความสุจริต (amiable compositeur or ex aequo et bono) ก็ทำได้ และอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามนั้น เพราะเป็นไปตามหลักเจตนาของคู่สัญญาซึ่งทำได้และมีตัวอย่างดังคดีต่อไปนี้

#### คดี Atlantic Triton v. Guinea

คู่กรณีตกลงกันให้ใช้หลักความยุติธรรมและหลักความสุจริตปรับกับข้อพิพาทซึ่งระบุไว้ใน bank guarantee คณะอนุญาโตตุลาการย่อมได้รับอำนาจให้ชี้ขาดโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายได้ แต่ใช้หลักความยุติธรรมและหลักความสุจริตปรับกับข้อพิพาทนั้น<sup>3</sup>

#### คดี Benvenuti et Bonfant v. Congo (Case No.ARB/80/1)<sup>4</sup>

คดีนี้เป็นคดีที่มีการทำสัญญาระหว่างบริษัท Benvenuti et Bonfant ซึ่งเป็นบริษัทอิตาเลียนกับรัฐบาลคองโก เพื่อร่วมกันตั้งโรงงานผลิตขวดพลาสติกในคองโก และในสัญญานี้รัฐบาลคองโกสัญญาว่าจะให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการตั้งโรงงานและช่วยเหลือในเรื่องภาษีในการที่บริษัทสัญญาว่าจะสร้างโรงงานและจัดการเรื่องการค้าในตลาดในการขายขวด ต่อมารัฐบาลคองโกเข้ายึดโรงงานบริษัทจึงยื่นคำร้องขอให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID

<sup>3</sup> ICSID Reports Volume 3, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1995) หน้า 42

<sup>4</sup> W. Michael Tupman, "Case Studies in the Jurisdiction of the International Center for Settlement of Investment Disputes", 35(4) International and Comparative Law Quarterly, หน้า 831-824 (October 1986).

ในระหว่างการพิจารณา คู่กรณีตกลงกันว่าให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้หลักความยุติธรรม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักความยุติธรรมปรับกับข้อพิพาทนั้น

จากสองคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่า คู่กรณีตกลงกันเลือกหลักความยุติธรรม และหลักสุจริต ทั้งสองหลักเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับโดยนานาอารยประเทศ ซึ่งถือว่าเป็น rules of law อย่างหนึ่ง

นอกจากนี้ หากเป็นการที่คู่กรณีเลือกกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในทัศนะของผู้เขียน หากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นตามพันธกรณีของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้แล้ว คณะอนุญาโตตุลาการอาจจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ ที่ได้กำหนดในความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้ด้วย ซึ่งได้แก่หลัก National Treatment ตามข้อ 3, หลัก MFN ตามข้อ 4, หลัก Minimum Standard of Treatment ตามข้อ 5 และอาจรวมถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่กำหนดไว้ใน Annex A\* ของข้อบทเรื่องการลงทุนตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ด้วย

คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับสัญญา

ในเรื่องการระบุให้ใช้หลักกฎหมายนี้หากระบุหลักกฎหมายใดเพียงหลักกฎหมายเดียวก็ จะไม่เกิดปัญหาใดๆ ขึ้น เพราะอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักกฎหมายนั้นปรับกับข้อพิพาท แต่ ถ้าระบุหลักกฎหมายหลายเรื่อง ก็จะต้องปรับหลักกฎหมายเหล่านั้นให้เหมาะสม ดังเช่นคดี ดังต่อไปนี้

---

\* Annex A Customary International Law

"The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 5 and Annex B results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens."

คดี AGIP v. Congo

ในคดีนี้คู่กรณีระบุให้ใช้กฎหมายคองโกและหลักกฎหมายระหว่างประเทศหากมีกรณีที่เป็น เช่น ถ้าไม่มีหลักกฎหมายภายในชัดเจน แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายภายในขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการยึดทรัพย์ จึงให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และถึงแม้คู่กรณีเลือกให้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนและภายหลังรัฐผู้รับการลงทุนได้เปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิของผู้ลงทุนอื่นทำให้ไม่มีสิทธิต่างๆ คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่พิจารณากฎหมายฉบับที่แก้ไข เพราะขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงต้องพิจารณาเฉพาะกฎหมายฉบับเดิมก่อนมีการแก้ไข<sup>5</sup>

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหากมีการเลือกกฎหมายในแบบผสมแล้ว อนุญาโตตุลาการได้ให้น้ำหนักกับกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่า เพราะแม้มีกฎหมายภายในกำหนดไว้ แต่ขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศมาพิจารณา

คู่กรณีตกลงกันเลือกกฎหมายไม่ชัดเจน

อย่างไรก็ตามหากมีการตกลงกันในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับอย่างชัดเจน ก็ไม่ยุ่งยากสำหรับอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางครั้งความตกลงนั้นอาจไม่ชัดเจน จึงต้องเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จะต้องดูเจตนาของคู่กรณีจากข้อความในสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสิ่งแวดล้อมอื่นๆ ประกอบด้วย ซึ่งในเรื่องนี้มีคดีที่เป็นตัวอย่างดังนี้

คดี Lecto v. Liberia

คดีนี้มีปัญหาว่าเอกสารที่อธิบายเพิ่มเติมในสัญญาสัมปทานซึ่งอ้างว่าฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ปฏิบัติตามนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด เพราะมีการโต้แย้งกันในเรื่องกฎหมายว่า การใช้กฎหมายไลบีเรียทั้งที่ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนจะทำได้หรือไม่ และเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองหรือไม่ เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลไลบีเรียเห็นว่าเห็นสมควรใช้กฎหมายของประเทศตน แต่บริษัท Lecto เห็นว่าใช้ไม่ได้ เพราะไม่ได้มีการระบุกฎหมายไว้แต่ให้ใช้

<sup>5</sup> ICSID Reports Volume 1, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1993) หน้า 307



กฎหมายระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าต้องใช้กฎหมายไลบีเรีย (Liberian Code) บังคับ แม้คู่กรณีจะไม่ได้ระบุอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมายอื่นๆ จึงควรชี้ขาดโดยเคารพการแสดงเจตนาโดยปริยายของคู่กรณี และกฎหมายนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดจึงใช้บังคับร่วมกันได้<sup>6</sup>

#### คดี AAPL v. Srilanka

คดีนี้มีการโต้แย้งกันเรื่องหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทเช่นกัน เนื่องจากไม่มีการระบุกฎหมายที่ใช้บังคับไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ตามพฤติการณ์ของคู่กรณีแสดงให้เห็นว่าใช้สนธิสัญญาทางการลงทุนระหว่างอังกฤษและศรีลังกามาใช้บังคับ ซึ่งกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายภายในมาใช้บังคับ<sup>7</sup>

#### 4.1.2 คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมาย

ถ้าคู่กรณีมิได้ตกลงกันเลือกกฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการก็ยังคงใช้กฎหมายปรับกับข้อพิพาท เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและผู้ลงทุนจากต่างประเทศนั้นเป็นเรื่องที่ประเทศต่างๆ เห็นว่าเกี่ยวข้องกับกฎหมายและต้องใช้กฎหมายปรับกับข้อพิพาทหากไม่มีการตกลงกันชัดแจ้งว่าไม่ให้ใช้กฎหมาย

สำหรับกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการต้องปรับใช้กับข้อพิพาทนั้น ข้อ 42 กรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมาย บทบัญญัตินี้ได้เสนอให้ต้องใช้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากการลงทุนเกิดขึ้นภายในรัฐนั้น อย่างไรก็ตามต้องใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวมีลักษณะเป็นเรื่องระหว่างประเทศ ซึ่งมีคดีตัวอย่างดังต่อไปนี้

#### คดี Amco v. Indonesia

ในคดีนี้คู่กรณีไม่ได้ระบุกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท แต่อนุญาโตตุลาการก็ใช้กฎหมายสารบัญญัติของอินโดนีเซีย คือ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน เพราะคู่กรณีมีปัญหาพิพาท

<sup>6</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 452-454

<sup>7</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XVII (1992), หน้า 109-110

กันในเรื่องกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากพิพาทกันเรื่องการลงทุนในอินโดนีเซีย เว้นแต่จะมีสัญญาเพิ่มเติมหรือขัดกันจึงจะใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>8</sup>

คดี Klockner Industries-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. and Klockner Handelsmaatschappij B.Vv. v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais (Case No. ARB/81/2)<sup>9</sup>

ในปี ค.ศ. 1973 มีการทำสัญญาร่วมค้าระหว่างบริษัท Klockner ซึ่งเป็นบริษัทเยอรมัน และรัฐบาลของสาธารณรัฐแคเมอรูน เพื่อสร้างและบริหารงานโรงงานปุ๋ยในแคเมอรูน และสัญญาดังกล่าวได้มีการทำเพิ่มเติมอีก 3 ฉบับ จึงมีสัญญาทั้งหมด 4 ฉบับ ในสัญญา 3 ฉบับ ระบุให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และระบุให้บริษัท Klockner ก่อสร้างและบริหารงานทางเทคนิคและการค้าของโรงงานอย่างน้อย 5 ปี โดยลงทุนและถือหุ้น 51 % รัฐบาลแคเมอรูนตกลงที่จะจัดหาที่ดินที่ตั้งโรงงานที่เหมาะสมและค้ำประกันการชำระเงินกู้ที่บริษัทกู้เพื่อนำมาสร้างโรงงาน

ต่อมาได้มีการก่อสร้างและการบริหารโรงงานแต่ไม่ได้กำไร และรัฐบาลได้ให้ปิดโรงงานในปี ค.ศ. 1981 โดยอ้างว่าการก่อสร้างและการออกแบบโรงงานไม่เหมาะสม แต่รัฐบาลก็ไม่ได้ชำระเงินค่าก่อสร้างโรงงาน ในปีเดียวกันบริษัท Klockner ยื่นคำร้องขอให้บริการการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เรียกร้องเงินค่าก่อสร้างโรงงาน

ได้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดในปี ค.ศ. 1983 ให้รัฐบาลแคเมอรูนชนะ โดยให้เหตุผลว่า หนี้สินของแคเมอรูนระงับสิ้นไปแล้ว เนื่องจากบริษัท Klockner ละเลยที่จะปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงต่อผู้ร่วมลงทุน

<sup>8</sup> Amco v. Indonesia (Annulment), 25 International Legal Materials, 1441, 1446 (1986).

<sup>9</sup> ICSID Reports Volume 2, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994) หน้า 3-76

ในปี ค.ศ. 1984 บริษัท Klockner ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ ICSID ขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด และได้มีการตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นพิจารณา ซึ่งปัญหาในเรื่องการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด และถกเถียงกันเรื่องหนึ่งก็คือ เรื่องกฎหมายที่ใช้พิจารณา ซึ่งคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ตัดสินว่า คณะอนุญาโตตุลาการไม่จำต้องชี้ขาดโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว แต่ให้พิจารณาหลักกฎหมายภายในด้วย แต่ถ้าหลักกฎหมายภายในขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จะสังเกตได้ว่า จากคำชี้ขาดเหล่านี้จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการมักจะไม่ใช้กฎหมายภายในแต่เพียงอย่างเดียวในการตัดสิน แต่มักใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศมาประกอบไปด้วย โดยหากบทบัญญัติของกฎหมายภายในขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็มักใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับแทนด้วย

#### 4.2 ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และปัญหาการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID

หลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นแล้ว อนุญาโตตุลาการก็จะต้องทำคำชี้ขาดขึ้น ทั้งนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น หมายถึง คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ที่ถึงที่สุดแล้วทำให้คู่กรณีฝ่ายใดกระทำการใดๆ เช่น การกระทำการ การงดเว้นการกระทำการ การโอนกรรมสิทธิ์ การส่งมอบทรัพย์สิน หรืออื่นๆ เช่น การให้รัฐผู้รับการลงทุนชดเชยค่าสินไหมทดแทนในการริบทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุน<sup>10</sup>

ทั้งนี้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของอนุญาโตตุลาการทั่วไป ดังนั้นประเด็นที่จะต้องศึกษาเรื่องชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในกรณีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา นั้น จึงอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเด็นได้แก่

1. ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID
2. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID

<sup>10</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 252

3. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติ  
อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

#### 4.2.1 ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่ออนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีทุกฝ่าย ให้ปฏิบัติตาม ดังปรากฏในข้อ 53 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน เรื่องคำชี้ขาดตามอนุสัญญามีผลผูกพันคู่กรณี ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้

"(1) 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. Each party shall abide by and comply with the terms of award except to extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

(2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Article 50, 51 or 52."

จากข้อ 53 สามารถสรุปหลักได้ว่า คำชี้ขาดนั้นมีผลผูกพันคู่กรณีและไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์และการเยียวยาใดๆ เว้นแต่จะบัญญัติไว้ในอนุสัญญานี้ คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องผูกพันและปฏิบัติตามคำชี้ขาด เว้นแต่จะมีการทูลเกล้าขอการบังคับตามคำชี้ขาดตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามอนุสัญญานี้ และให้คำชี้ขาดนั้นรวมถึง คำตัดสินใดๆ คำแปล คำทบทวน หรือการยกเลิกคำชี้ขาดด้วย ซึ่งผู้เขียนจะขอแยกกล่าวเป็นหัวข้อต่างๆ ดังนี้

- การแก้ไขคำชี้ขาด ตามข้อ 49(2)
- การแปลคำชี้ขาด ตามข้อ 50
- การทบทวนคำชี้ขาด (Revision of the Award) ตามข้อ 51
- การยกเลิกคำชี้ขาด (Annulment of the Award) ตามข้อ 52

#### การแก้ไขคำชี้ขาด

ในกรณีที่คำชี้ขาดมีความบกพร่อง คือ วิฉัยไม่ครบทุกประเด็นที่คู่กรณีเสนอหรือมีความผิดพลาดในเรื่องการคำนวณตัวเลขผิด พิมพ์ผิด หรือเรื่องอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกัน คู่กรณีอาจร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใน 45 วันนับแต่วันที่ได้ทำคำชี้ขาด และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำชี้ขาดมีความผิดพลาดหรือบกพร่องในเรื่องที่คู่กรณีกล่าวอ้างจริงก็จะดำเนินการตามที่

คู่กรณีร้องขอ กล่าวคือ วินิจฉัยในประเด็นที่ยังขาดไป แก่ไขตัวเลขที่ผิดพลาด หรือข้อความที่พิมพ์ผิดไป หรืออื่นๆ แล้วแต่กรณี<sup>11</sup>

หลังจากที่ทำการแก้ไขคำชี้ขาดแล้วในส่วนที่แก้ไขใหม่นี้เป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดและต้องบอกกล่าวไปยังคู่กรณีโดยกระทำได้แบบเดียวกับการบอกกล่าวเมื่อมีคำชี้ขาด และหากจะมีการทบทวนคำชี้ขาดหรือยกเลิกคำชี้ขาดนั้นกรณีนี้ระยะเวลาในกรณีเหล่านั้นให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการทำคำวินิจฉัย (ข้อ 49 (2))<sup>12</sup>

สำหรับการแก้ไขคำชี้ขาดมีคดีตัวอย่างดังนี้

คดี Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica (Case No.ARB/96/1)

ในคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Compania del Desarrollo de Santa Elena (CDSE) ซึ่งจดทะเบียนในคอสตาริกา แต่มีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นคนอเมริกัน ในปี ค.ศ. 1970 เพื่อซื้อ Santa Elena โดยจะพัฒนาทรัพย์สินดังกล่าวในฐานะที่เป็นสถานที่พักผ่อนสำหรับนักท่องเที่ยว และที่อยู่อาศัยของชุมชน ต่อมารัฐบาลคอสตาริกาออกกฎหมายยึดทรัพย์สินของ Santa Elena เมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1978 และขอจ่ายเงินจำนวน 1,900,000 เหรียญสหรัฐ แต่บริษัทเห็นว่าน้อยไป คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงได้เสนอข้อพิพาทโดยขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการต่อ ICSID หลังข้อพิพาทเกิดขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดในวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 ให้คอสตาริกาจ่ายเงินจำนวน 16,000,000 เหรียญสหรัฐให้แก่บริษัทสำหรับเป็นค่าชดเชยในการยึดทรัพย์สินที่เกิดขึ้น

ในวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 2000 บริษัท ยื่นคำร้องขอให้แก้ไขคำชี้ขาด โดยเป็นการขอแก้ไขเล็กน้อยในเรื่องถ้อยคำที่ผิดพลาด เช่น ตัดคำว่า "not" และ "any" ในบรรทัดที่สองของย่อหน้าที่

<sup>11</sup> เสาวนีย์ อัครวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 254

<sup>12</sup> Moshe Hirsch, "The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes", (The Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1993), หน้า 187-188

27 ของคำชี้ขาดและขอแก้ไขข้อพยานให้ถูกต้องจากชื่อ Mr. Landauer เป็น Mr. Beauchamp และผู้  
 ถูกร้องก็ไม่ได้คัดค้านการขอแก้ไข ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงทำการแก้ไขคำชี้ขาดตามคำร้อง  
 ในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ได้

### การแปลคำชี้ขาด

ในกรณีที่คำชี้ขาดไม่ชัดเจน เช่น อ่านแล้วไม่เข้าใจความหมายหรือทำให้เข้าใจได้หลาย  
 ความหมายหรือไม่แน่ใจในขอบเขตแห่งคำชี้ขาด และทำให้เกิดปัญหาพิพาทระหว่างคู่กรณี คู่กรณี  
 ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสามารถร้องขอต่อเลขาธิการ ICSID เพื่อให้มีการแปลคำชี้ขาดได้โดยต้องทำคำ  
 ร้องเป็นหนังสือ และเมื่อเลขาธิการ ICSID รับผิดชอบเขียนคำร้องขอและคำชี้ขาดแล้วก็ต้องส่งเรื่อง  
 คือคำบอกกล่าวการจดทะเบียนคำร้องให้แปลคำชี้ขาด และสำเนาคำร้องตลอดจนเอกสารที่  
 เกี่ยวข้องให้คณะอนุญาโตตุลาการชุดเดิมที่ทำคำชี้ขาดนั้นแปลความ เพราะจำเข้าใจความหมาย  
 ในเรื่องที่เป็นปัญหาได้เป็นอย่างดี เนื่องจากเป็นผู้ที่ทำคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่สามารถส่งให้ชุดเดิม  
 ได้ เช่น เสียชีวิตหรือกลายเป็นคนไร้ความสามารถไปแล้ว ก็ต้องตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ให้ทำ  
 หน้าที่แปลความคำชี้ขาด และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ตามสถานการณ์สมควรจะหยุด  
 การบังคับตามคำชี้ขาดไว้ก่อนในระหว่างรอดำเนินการแปลคำชี้ขาดก็ให้ทำได้ (อนุสัญญากรุง  
 วอชิงตัน ข้อ 50 และข้อบังคับฯ ข้อที่ 51)<sup>13</sup>

### การทบทวนคำชี้ขาด

ในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้อง เพราะมีการค้นพบพยานหลักฐานที่มีผลกระทบต่อผลของ  
 คำชี้ขาดโดยที่ไม่สามารถพบได้ในขณะที่มีการทำคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีสามารถขอให้ทบทวนคำชี้  
 ขาดได้ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 51 ว่า<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Moshe Hirsch, "The Arbitration Mechanism of the International Center for the  
 Settlement of Investment Disputes", (The Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers,  
 1993), หน้า 235-236

<sup>14</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 188-189

“(1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาด โดยทำเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ ICSID ระบุว่ามีการค้นพบข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใหม่ที่มีผลกระทบต่อคำชี้ขาดและไม่สามารถค้นพบได้ก่อนที่มีการทำคำชี้ขาดโดยไม่ใช้ความผิดของคู่กรณีฝ่ายนั้น

(2) คำร้องนั้นต้องทำภายใน 90 วันนับแต่วันที่พบข้อเท็จจริงนั้น และในกรณีใดก็ตามไม่เกิน 3 ปีนับแต่วันที่มีการทำคำชี้ขาด

(3) ถ้าเป็นไปได้ให้เสนอคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าไม่สามารถทำได้ ก็ให้ตั้งคณะอนุญาโตตุลาการใหม่โดยใช้วิธีการตั้งเช่นเดียวกับในส่วนของ 2 ของหมวดนี้

(4) ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในสถานการณ์นั้นจำเป็นต้องหยุดการบังคับตามคำชี้ขาดไว้ก่อนเพื่อรอคำวินิจฉัยในเรื่องการทบทวนคำชี้ขาดในคำร้องขอนั้นมีเหตุผลและมีพยานต่างๆ และคู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำร้องได้ร้องขอให้หยุดการบังคับตามคำชี้ขาดด้วย ให้หยุดการบังคับตามคำชี้ขาดไว้ชั่วคราว จนกว่าคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยคำร้องนั้น”

---

\* Article 51

(1) 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 applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.

(2) 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.

(3) 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.

(4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าการทบทวนคำชี้ขาดนั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างสำคัญเนื่องจากมีผลต่อคู่กรณีมาก เนื่องจากอาจมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงผลของคำชี้ขาดได้ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้<sup>15</sup>

1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ ICSID

ผู้ที่จะยื่นคำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาด คือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ดำเนินการได้ ซึ่งมักจะเป็นฝ่ายที่ตนแพ้ตามคำชี้ขาดนั้น หรือได้ประโยชน์ไม่เต็มที่ โดยต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อเลขาธิการ ICSID

2) เหตุที่อ้างนั้นต้องเป็นเรื่องการค้นพบพยานหลักฐานใหม่

คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาดนั้นสามารถอ้างเหตุผลได้เพียงประการเดียว คือ ค้นพบพยานหลักฐานใหม่ที่ไม่สามารถพบได้ก่อนมีการทำคำชี้ขาด และพยานหลักฐานนั้น เป็นหลักฐานที่สำคัญอันจะทำให้เปลี่ยนแปลงผลของคำชี้ขาด กล่าวคือ จะทำให้ผลของคำชี้ขาดเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เช่น จะทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ทำคำร้องขอขณะตามคำชี้ขาดไม่ใช่แพ้มแบบที่เป็นอยู่ หากไม่มีพยานหลักฐานใหม่หรือพยานหลักฐานใหม่นั้นไม่ใช่เรื่องที่จะมีผลกระทบต่อผลของคำชี้ขาด เลขาธิการ ICSID ก็จะไม่ปฏิเสธคำร้องขอ หรือหากเลขาธิการ ICSID รับผิดชอบคำร้องขอไปแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องปฏิเสธคำร้องขอให้ทบทวนคำชี้ขาดนั้น

3) ต้องยื่นคำร้องขอภายในเวลาที่กำหนด

คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ทบทวนคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องขอดังกล่าวภายใน 90 วันนับแต่วันที่ค้นพบพยานหลักฐานนั้น และต้องอยู่ภายในระยะเวลา 3 ปี นับแต่วันที่ทำการชี้ขาดนั้น หากยื่นช้ากว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น ยื่นเมื่อครบกำหนด 100 วันนับแต่พบพยานหลักฐานนั้น หรือยื่นภายในเวลา 90 วันนับแต่พบพยานหลักฐาน แต่เกิน 3 ปีนับแต่มีการทำคำชี้ขาด ดังนี้ เลขาธิการ ICSID ต้องปฏิเสธไม่รับผิดชอบคำร้องขอนั้น และถึงแม้รับผิดชอบไปแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องปฏิเสธไม่ทบทวนคำชี้ขาดนั้น

4) เลขาธิการ ICSID ต้องส่งเรื่องให้คณะอนุญาโตตุลาการ

หากเลขาธิการ ICSID เห็นว่าคำร้องขอของคู่กรณีนี้มีเหตุผลก็ต้องรับผิดชอบคำร้องขอและส่งเรื่องคำร้องที่จดทะเบียนแล้วและเอกสารต่างๆ (ข้อบังคับฯ ข้อที่ 51) ให้คณะ

<sup>15</sup> เสาวนีย์ อัครวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 256



อนุญาโตตุลาการชุดเดิมที่เป็นผู้ทำคำชี้ขาด เพราะเป็นผู้ที่รู้เรื่องและรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทและคำชี้ขาดเป็นอย่างดี และจำทำให้การพิจารณาดำเนินการในเรื่องนั้นเป็นไปโดยรวดเร็ว อย่างไรก็ตามอาจมีปัญหาในเรื่องที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการชุดเดิมพิจารณา เช่น ชุดเดิมเสียชีวิตไปแล้ว หรือกลายเป็นคนไร้ความสามารถ หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเหตุประการอื่นๆ ก็จำเป็นต้องตั้งคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ขึ้นมา เพื่อพิจารณาว่าจะทบทวนคำชี้ขาดหรือไม่ การตั้งคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ก็ใช้วิธีการตั้งแบบเดิม ดังที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 ของหมวดนี้ และอาจมีการระงับการบังคับตามคำชี้ขาดชั่วคราวไว้ก่อน เพื่อรอการวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้หากคู่กรณีร้องขอเช่นนั้น

หลังจากคณะอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอแล้วถ้าเห็นว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่และมีผลกระทบต่อผลของคำชี้ขาดอันทำให้ผลของคำชี้ขาดเปลี่ยนแปลงไปก็ต้องทบทวนคำชี้ขาดนั้นและทำคำชี้ขาดขึ้นใหม่ แต่ถ้าไม่เป็นไปตามคำร้องขอก็ต้องปฏิเสธการทบทวนคำชี้ขาดนั้น

### การยกเลิกคำชี้ขาด

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นแล้วอาจถูกยกเลิกได้โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้ยกเลิกอันทำให้คำชี้ขาดนั้นใช้บังคับไม่ได้เลยตามข้อ 52 ดังนี้

“(1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดโดยทำคำร้องเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ ICSID โดยระบุสาเหตุหนึ่งหรือหลายสาเหตุดังต่อไปนี้

- (a) การตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง
- (b) คณะอนุญาโตตุลาการกระทำเกินขอบอำนาจโดยชัดแจ้ง
- (c) คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนรับสินบน
- (d) มีการดำเนินการระบวนการพิจารณาที่ผิดอย่างร้ายแรง คือไม่คำนึงถึงหลักพื้นฐานของวิธีพิจารณา
- (e) คำชี้ขาดไม่ระบุเหตุผล

(2) คำร้องขอต้องทำภายใน 120 วัน นับแต่วันที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่การขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดเกิดจากสาเหตุที่อนุญาโตตุลาการรับสินบน ซึ่งจะต้องทำคำร้องภายใน 120 วันนับแต่พบว่าการรับสินบนและไม่ว่าเหตุใดๆ จะต้องดำเนินการภายใน 3 ปี นับแต่วันทำคำชี้ขาด

(3) เมื่อได้รับคำร้องขอประธานต้องแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจประกอบด้วย อนุญาโตตุลาการ 3 คน ซึ่งจะต้องไม่เคยมีบุคคลใดเคยเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทนั้นมาใน คณะอนุญาโตตุลาการชุดที่ทำคำชี้ขาด ไม่มีสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายที่เป็นผู้ลงทุน และไม่มีสัญชาติ ของประเทศที่เป็นคู่กรณีพิพาท (ผู้รับการลงทุน) ไม่เคยได้รับการระบุให้เป็นอนุญาโตตุลาการหรือ ได้เคยปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทนั้น ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจยกเลิกคำชี้ขาด ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ โดยเหตุที่ระบุไว้ในวรรค 1

(4) ให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 41-45, 48, 49, 53 และ 54 และของหมวด 6 และ 7 มาใช้ บังคับโดยอนุโลมกับกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการฯ

(5) คณะกรรมการฯ อาจระงับการบังคับตามคำชี้ขาดระหว่างรอการวินิจฉัย หาก เห็นสมควรในสถานการณ์เช่นนั้น ถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดขอให้ระงับการบังคับ ตามคำชี้ขาด ก็ให้ระงับการบังคับตามคำชี้ขาดชั่วคราวจนกว่าคณะกรรมการวินิจฉัยคำร้องนั้น

(6) ถ้าคำชี้ขาดถูกยกเลิก อาจมีกาเสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ซึ่ง ตั้งขึ้นตามวิธีการใน ส่วนที่ 2 ของหมวดนี้ได้ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ"

---

#### Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
- (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

(2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

(3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้อาจพิจารณาในเรื่องการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ดังนี้<sup>16</sup>

1) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจยื่นคำร้องขอเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ ICSID

ผู้ที่จะยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด คือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ดำเนินการได้ ซึ่งมักจะเป็นฝ่ายที่แพ้ตามคำชี้ขาดนั้น หรือได้ผลประโยชน์ไม่เต็มที่ โดยต้องทำคำร้องขอเป็นหนังสือต่อเลขาธิการ ICSID

2) เหตุที่จะอ้างนั้นต้องเป็นเหตุที่กฎหมายกำหนด

คู่กรณีฝ่ายที่จะขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดต้องอ้างเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้และต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ กล่าวคือ การตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ถูกต้อง ซึ่งทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและคำชี้ขาดนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ ใช้บังคับไม่ได้ คณะอนุญาโตตุลาการทำเกินขอบอำนาจโดยชัดแจ้งซึ่งก็เห็นได้ชัดเจนเช่นกันว่าคำชี้ขาดย่อมใช้บังคับไม่ได้ เพราะอำนาจของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามสัญญาหรือตามที่คู่กรณีระบุให้อำนาจไว้ไม่มีอำนาจเกินจากที่ระบุไว้ คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนรับสินบน ซึ่งยอม

---

be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

(4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee.

(5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.

(6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

<sup>16</sup> เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 258

ทำให้อนุญาตตุลาการล่าเอียงและตัดสินหรือกระทำการเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายที่ให้สินบนและทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ อันทำให้คำชี้ขาดไม่ถูกต้องและใช้บังคับไม่ได้ มีการดำเนินการพิจารณาโดยฝ่ายหนึ่งหลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาอย่างร้ายแรง เช่น รับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งโดยไม่ให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับรู้หรือไม่ให้โต้แย้งพยานหลักฐานนั้น ซึ่งทำให้ฝ่ายที่ไม่ได้รับรู้เสียเปรียบในการพิจารณา อันขัดต่อหลักพื้นฐานที่ว่าต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานของตนหรือเข้าร่วมในการพิจารณา และทำให้คำชี้ขาดนั้นใช้บังคับไม่ได้ และคำชี้ขาดไม่ระบุเหตุผล ซึ่งก็เป็นเรื่องและผู้ร่างอนุสัญญากรุงวอชิงตัน เห็นว่ามีความสำคัญ และอาจเป็นเพราะประเทศภาคีส่วนใหญ่ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเคยชินต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาดเนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้นบัญญัติให้คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผล ดังนั้นในความเห็นของประเทศเหล่านั้นเหตุผลของคำชี้ขาดจึงเป็นสาระสำคัญที่ต้องระบุ หากไม่ระบุอาจเป็นช่องทางให้อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบได้ง่าย อันจะทำให้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณีได้

### 3) ต้องยื่นคำร้องขอภายในเวลาที่กำหนด

คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้ยกเลิกคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องขอดังกล่าวภายใน 120 วัน นับแต่วันที่ทำการชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการรับสินบนให้ยื่นคำร้องภายใน 120 วันนับแต่วันที่ค้นพบว่าการรับสินบน แต่ต้องอยู่ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่ทำการชี้ขาดนั้น หากมีการยื่นคำร้องขอช้ากว่าระยะเวลาดังกล่าว เช่น ยื่นเมื่อครบกำหนด 130 วันนับจากวันที่ทำการชี้ขาดในกรณีอื่นนอกจากอนุญาโตตุลาการรับสินบน แต่เกิน 3 ปีนับแต่วันที่ทำการชี้ขาด เลขาธิการ ICSID ก็ต้องปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนคำขอนั้น และถึงแม้ว่ารับจดทะเบียนไปแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจก็ต้องปฏิเสธการยกเลิกคำชี้ขาดนั้น

### 4) เลขาธิการ ICSID ต้องส่งเรื่องให้คณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ

หลักจากที่เลขาธิการ ICSID รับจดทะเบียนคำร้องขอแล้ว เพราะเห็นว่าคำร้องขอมีเหตุผลตามกฎหมาย ก็ต้องตั้งคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่ เรียกว่าคณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคำร้องขอและพยานหลักฐานของคู่กรณีว่าฟังไม่ขึ้น โดยบุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการในคณะกรรมการเฉพาะกิจนั้นต้องไม่ใช่บุคคลที่มีคุณสมบัติบางประการที่อาจทำให้การพิจารณาใหม่ไม่ได้ผล กล่าวคือ เคยเป็นอนุญาโตตุลาการในชุดที่ทำคำชี้ขาดซึ่งอาจชี้ขาดเหมือนเดิมได้ เพราะการเปลี่ยนแปลงอาจเท่ากับยอมรับว่าตนผิดหรือต้องไม่มีสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายใด เพราะอาจมีการตัดสินเข้าข้างคู่กรณีที่มีสัญชาติเดียวกันได้ นอกจากนั้น

ต้องไม่เคยได้รับการระบุให้เป็นอนุญาโตตุลาการโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมาก่อนเพราะอาจตัดสินเข้าข้างฝ่ายนั้น หรือไม่เคยปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกลเกลี่ยมาก่อน เพราะอาจตัดสินตามที่ตนไกลเกลี่ยได้

ในเรื่องการยกเลิกคำชี้ขาดมีตัวอย่างทั้งสิ้น 4 คดีดังต่อไปนี้

คดีแรกที่มีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด คือ Klöckner et al v. Cameroon (ARB/81/2)<sup>17</sup>

ในคดีนี้มีการอ้างว่าคำชี้ขาดควรถูกยกเลิก โดยเหตุที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และคณะอนุญาโตตุลาการไม่เคารพต่อหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานหรือ ความเท่าเทียมกันของคู่กรณี คณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจยอมรับตามข้อเรียกร้องที่ขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดว่า คณะอนุญาโตตุลาการละเลยที่จะใช้กฎหมายปรับกับข้อพิพาท ตามข้อ 42(1) และ ดังนั้นจึงเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจ จึงได้มีคำสั่งให้ยกเลิกคำชี้ขาดตามที่มีการร้องขอ และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาใหม่ หลังจากคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ทำคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ขอยกเลิกคำชี้ขาดอีก แต่ครั้งหลังนี้คำร้องถูกปฏิเสธ<sup>18</sup>

คดีที่สองที่มีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดคือ คดี Amco v. Indonesia ซึ่งให้อินโดนีเซียจ่ายเงินให้กลุ่ม Amco จำนวน 3,200,000 เหรียญสหรัฐ พร้อมดอกเบี้ย 6% จากวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1981 คือวันที่มีการละเมิดจนถึงวันที่มีการชำระหนี้ แต่ได้มีการขอให้ยกเลิกโดยฝ่ายรัฐบาลอินโดนีเซียในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1985 โดยอ้างสาเหตุว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อ 42 เพราะตัดสินข้อพิพาทโดยอาศัยหลักความยุติธรรม และหลักความเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่ใช้กฎหมายของอินโดนีเซีย และไม่ระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจได้สั่งให้ยกเลิกคำชี้ขาดบางส่วน ในวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1988 และหลังจากคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ได้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วก็ได้ทำคำชี้ขาดโดยให้อินโดนีเซียชดใช้เงินจำนวน 2,677,126.20 เหรียญสหรัฐ พร้อมดอกเบี้ย 6% จากวันที่มี

<sup>17</sup> *Yearbook Commercial Arbitration Volume X* (1985), หน้า 71-78

<sup>18</sup> *Yearbook Commercial Arbitration Volume XVIII* (1993), หน้า 689-690; *Yearbook Commercial Arbitration Volume XVII* (1992), หน้า 75-76

คำชี้ขาดจนถึงวันที่มีการชำระหนี้<sup>19</sup> และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ขอให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดนี้อีก โดยเหตุผลที่คณะกรรมการชุดใหม่ไม่ได้ตัดสินในบางปัญหา คณะกรรมการชุดใหม่ได้ปฏิเสธการขอให้ยกเลิก เว้นแต่ในเรื่องคำชี้ขาดเพิ่มเติมและแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อย<sup>20</sup>

คดีที่สามที่มีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด คือ คดี MINE v. Guinea โดยมีหลายสาเหตุรวมทั้ง คณะอนุญาโตตุลาการกระทำเกินขอบอำนาจอย่างชัดเจนไม่ปฏิบัติตามหลักพื้นฐานในเรื่องการพิจารณาที่ต้องให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน และละเลยในการปรับใช้กฎหมาย ทั้งในเรื่องความรับผิดและค่าสินไหมทดแทน คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจปฏิเสธคำร้องขอของผู้ร้องในเรื่องความรับผิด แต่ก็ได้มีการยกเลิกคำชี้ขาดในบางส่วนที่เกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทน แต่ต่อมากู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงประนีประนอมยอมความกัน<sup>21</sup>

คดีที่สี่ที่มีการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด คือ APP/SPP (ME) v. Egypt โดยเหตุที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของ ICSID แต่ในที่สุดได้มีการถอนคำร้องขอและประนีประนอมยอมความกัน โดยรัฐบาลอียิปต์จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เรียกร้อง เป็นเงิน 17.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แทนที่จะต้องจ่ายตามคำชี้ขาดซึ่งสั่งให้จ่าย 27.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ<sup>22</sup>

#### 4.2.2 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID

ในเรื่องของการบังคับและยอมรับตามคำชี้ขาดนี้เป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID นั้นมีความแตกต่างจากการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศทั่วไป ทั้งนี้ตามข้อบทการลงทุนข้อ 25.6 (a)

<sup>19</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XVII (1992), หน้า 75-76

<sup>20</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 689-694

<sup>21</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 689

<sup>22</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 688-689

\* "Article 25: Award

6. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

(a) in the case of a final award made under the ICSID Convention

(i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award; or

ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้ได้กำหนดให้คู่ภาคีสามารถบังคับคำชี้ขาดได้เมื่อพ้น 120 วัน จากวันที่คำชี้ขาดได้ถูกทำขึ้น และไม่มีคู่ภาคีได้ร้องขอให้ทบทวนหรือแก้ไขคำชี้ขาด หรือกระบวนการทบทวนหรือแก้ไขคำชี้ขาดนั้นเสร็จสิ้นลงแล้ว ส่วนกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ข้อบทการลงทุนข้อ 25.9 ได้กำหนดให้เป็นไปตามอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ

ในเรื่องของกระบวนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุสัญญากรุงวอชิงตันนั้น ผู้เขียนจะขอแบ่งออกเป็นเรื่องต่างๆ ดังนี้

1. หลักการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID
2. กระบวนการในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด
3. ปัญหาของการบังคับตามคำชี้ขาด

### หลักการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID

ในเรื่องของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID นั้น ได้กำหนดไว้ใน CHAPTER III Conciliation Sector 6 Recognition and Enforcement of Award ในข้อ 53, 54 และ 55 ซึ่งวางหลักเรื่องการยอมรับคำชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาด โดยกำหนดไว้ดังนี้

ข้อ 53<sup>\*</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ว่าให้คำชี้ขาดตามอนุสัญญามีผลผูกพันคู่กรณีไว้ดังนี้

---

(ii) revision or annulment proceedings have been completed; "

#### \* Article 53

(1) 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. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

(2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

“(1) คำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีและไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด เว้นแต่ที่จะบัญญัติไว้ในอนุสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องผูกพันและปฏิบัติตามคำชี้ขาด เว้นแต่จะมีการทะเลาะการบังคับตามคำชี้ขาดตามความในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญานี้

(2) เพื่อความประสงค์ของข้อนี้ “คำชี้ขาดให้หมายรวมถึงคำตัดสินใดๆ คำแปล คำทบทวน หรือยกเลิกคำชี้ขาดนั้น ตามบทบัญญัติข้อ 50, 51 หรือ 52”

ข้อ 54 กำหนดภาระหน้าที่ของรัฐภาคีแต่ละรัฐให้รับรองคำชี้ขาดและบังคับคำชี้ขาดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ในทางการเงิน ไว้ดังนี้

“(1) รัฐภาคีแต่ละรัฐยอมรับคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นตามอนุสัญญานี้ว่ามีผลผูกพันและจะบังคับตามภาระหรือหนี้ซึ่งเป็นเรื่องทางการเงินที่กำหนดโดยคำชี้ขาดภายในดินแดนของตน เสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้ว รัฐภาคีซึ่งมีรัฐธรรมนูญแบบสหพันธรัฐอาจบังคับตามคำชี้ขาดนั้นโดยศาลของสหพันธรัฐและอาจกำหนดว่าให้ศาลดังกล่าวต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น เสมือนว่าเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลของรัฐที่อยู่ภายใต้สหพันธ์

---

Article 54

(1) 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 if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.



(2) คู่กรณีฝ่ายที่ขอให้มีการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดในดินแดนของรัฐภาคี ต้องยื่นสำเนาคำชี้ขาดที่รับรองโดยเลขาธิการ ICSID ต่อศาลที่มีเขตอำนาจหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจในการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด แต่รัฐต้องบอกกล่าวเลขาธิการ ICSID ถึงการแต่งตั้งที่มีเขตอำนาจหรือองค์กรอื่น ซึ่งมีวัตถุประสงค์นี้และการเปลี่ยนแปลงการแต่งตั้งดังกล่าว

(3) การบังคับตามคำชี้ขาดให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำพิพากษาที่ใช้บังคับในรัฐที่ได้รับการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น"

จากข้อ 54 นั้น จะเห็นได้ว่ารัฐภาคีจะยอมรับคำชี้ขาดตามอนุสัญญาโดยให้มีผลบังคับเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้ว ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้จะต่างกับกรณีของการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

### กระบวนการในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

จากบทบัญญัติต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วมีหลักเกณฑ์ในการบังคับตามคำชี้ขาดดังนี้

#### 1) ผู้ขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

ผู้ที่มีสิทธิดำเนินการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด คือ คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ซึ่งตามปกติก็คือ คู่กรณีฝ่ายที่ชนะตามคำชี้ขาดในข้อพิพาท เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทและคำชี้ขาด เพราะเป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาด ส่วนอนุญาโตตุลาการไม่มีสิทธิในการดำเนินการดังกล่าวเนื่องจากได้หมดหน้าที่แล้วตั้งแต่ทำคำชี้ขาดเสร็จสิ้น

#### 2) ต้องยื่นคำชี้ขาดต่อองค์กรที่มีอำนาจ

คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นคำร้องต่อองค์กรที่มีอำนาจในประเทศที่จะขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

องค์กรที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น คือ องค์กรที่รัฐภาคีแต่ละรัฐแจ้งต่อเลขาธิการ ICSID ว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งอาจเป็นศาลหรือองค์กรอื่นๆ แต่ตามปกติมักเป็นศาลภายในของรัฐภาคี ซึ่งมีตัวอย่างดังนี้<sup>23</sup>

<sup>23</sup> เสาวนีย์ อัครวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 262

จอร์แดน ระบุใช้ศาลชั้นต้น  
 มาเลเซีย ระบุใช้ศาลชั้นต้นที่เรียกว่า High Court  
 ออสเตรเลีย ระบุใช้ศาลฎีกาของรัฐต่างๆ เช่น รัฐนิวเซาท์เวลส์ รัฐวิกตอเรีย และอื่นๆ  
 อินโดนีเซีย ระบุใช้ศาลฎีกา

ส่วนรัฐที่ระบุใช้องค์กรอื่นๆ มีตัวอย่างดังนี้  
 สาธารณรัฐเช็ก ระบุให้ใช้กระทรวงยุติธรรม  
 สวีเดน ระบุให้ใช้กระทรวงต่างประเทศ  
 อียิปต์ ระบุให้ใช้กระทรวงยุติธรรม

นอกจากนั้นในการยื่นคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้นผู้ยื่นคำร้องต้องส่งสำเนาคำชี้ขาดที่รับรองโดยเลขาธิการ ICSID ต่อศาลหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจในประเทศที่ตนขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

### 3) รายละเอียดอื่นๆ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยรัฐภาคี

ส่วนหลักเกณฑ์อื่นๆ เช่น ระยะเวลาในการบังคับตามคำชี้ขาด วิธีพิจารณาในการดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาด กฎหมายที่ใช้กับการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น เนื่องจากถือเสมือนคำชี้ขาดเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลภายในรัฐนั้น

ด้วยเหตุที่คำชี้ขาดมีผลเสมือนเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของรัฐภาคีที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดจึงไม่อาจตรวจสอบคำชี้ขาดหรือพิจารณาข้อพิพาทใหม่หรือทบทวนคำชี้ขาดนั้นได้<sup>24</sup>

ในการบังคับตามคำชี้ขาดนี้มีตัวอย่างในคดีต่อไปนี้

<sup>24</sup> Aron Broches, "Award Rendered Pursuant to the ICSID Convention : Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement" Execution. 2(2) ICSID Review : Foreign Investment Law Journal หน้า 287, 318 (Fall 1987).

### คดี B & B v. Congo

ในคดี B & B v. Congo นั้น มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งฝ่ายบริษัท B & B ได้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นของฝรั่งเศสเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดโดยยึดทรัพย์ของคองโก ศาลยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดให้แต่มีข้อจำกัดว่าจะไม่มีการใช้มาตรการต่างๆ ในการบังคับตามคำชี้ขาดหรือปกป้องผลประโยชน์ใดๆ และได้มีการอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้ยกเลิกคำจำกัดดังกล่าว เพราะเห็นว่าศาลชั้นต้นทำเกินขอบอำนาจเกี่ยวกับขั้นตอนการพิจารณาในเรื่องความคุ้มกันจากการบังคับคดี<sup>25</sup>

### คดี SOABI v. Senegal

ในคดีนี้ ก็มีการร้องขอให้ศาลฝรั่งเศส (ศาลในปารีส) บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID ซึ่งศาลก็บังคับให้ และมีการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ยกเลิกการบังคับโดยเหตุผลว่าผู้เรียกร้องไม่ได้แสดงให้เห็นว่ากาบังคับคำชี้ขาดในฝรั่งเศสน่าจะกระทบถึงทรัพย์สินที่ไม่ได้รับความคุ้มกันจากการถูกบังคับคดีเท่านั้น และการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวน่าจะขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศ ต่อมาจึงมีการฎีกาคำพิพากษาดังกล่าว ศาลฎีกาพิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ โดยระบุว่าคำบังคับนั้นในตัวของมันเองไม่ใช่มาตรการในการบังคับที่นำมาซึ่งความคุ้มกันจากการถูกบังคับคดีของรัฐที่เกี่ยวข้อง และดังนั้น ข้อ 53 และ 54 แห่งอนุสัญญานี้ได้ก่อตั้งระบบสำหรับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ง่าย และเป็นเอกเทศ<sup>26</sup>

นอกจากนี้ ยังมีคดีที่ศาลสหรัฐอเมริกาก็ได้เคยบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในคดี LETCO v. Liberia ซึ่งศาลชั้นต้นของนิวยอร์กได้ ได้ออกคำสั่งและคำพิพากษาระบุว่า LETCO มีสิทธิบังคับคำชี้ขาดและสั่งให้คำชี้ขาดนั้นมีผลเช่นเดียวกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลนี้<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Georges R. Delaume, *ICSID Arbitration and the Courts*, 77(4) *American Journal of International Law* หน้า 784, 799 (October 1983).

<sup>26</sup> *Yearbook Commercial Arbitration Volume XVIII* (1993), หน้า 702

<sup>27</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 703

## ปัญหาของการบังคับตามคำชี้ขาด

ปัญหาหนึ่งที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการก็คือ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องนำคดีดังกล่าวมาฟ้องศาลภายในเพื่อบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งกระบวนการนี้ทำให้ขั้นตอนยุ่งยาก เพราะถึงอย่างไรก็ต้องนำคดีขึ้นมาสู่ศาลภายในอีกอยู่ดี เพียงแต่เป็นการลดขั้นตอนทางศาลลงเท่านั้น นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ภายในเรื่องการยอมรับบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศก็อาจมีความต่างกันออกไป แต่กรณีการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น คำชี้ขาดมีผลผูกพันคู่ภาคี ไม่จำเป็นที่จะต้องขึ้นไปสู่กระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดอีก ซึ่งต่างจากกระบวนการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั่วไป แต่ถึงกระนั้นคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีและต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดก็ยังสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของ ICSID ได้ ซึ่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดแน่นอน ซึ่งผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ต้องหาวิธีการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอแบ่งอธิบายเป็น 2 เรื่องคือ การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด และการแก้ไขเยียวยา

## การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด

แม้ว่าคำชี้ขาดตามอนุสัญญานี้มีผลบังคับเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้วก็ตาม แต่ก็อาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ใน 2 กรณีคือ เรื่องของ Immunity และ เรื่องของความสงบเรียบร้อย

### Immunity

เหตุเรื่อง Immunity ก็คือ การที่รัฐที่จะถูกบังคับคดีมีความคุ้มกันจากการถูกบังคับคดี ซึ่งเรื่องนี้มีบัญญัติในข้อ 55 ของอนุสัญญา ซึ่งวางหลักว่าข้อ 54 ไม่เป็นการยกเลิกกฎหมายของรัฐ เรื่องความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี อันมีใจความว่า

“ไม่มีสิ่งใดในข้อ 54 ที่จะแปลความให้ยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับในรัฐภาคีใดที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐหรือของรัฐต่างประเทศจากการบังคับคดี”

ความคุ้มกันจากการบังคับคดี หมายถึง ความคุ้มกันจากการถูกยึดอายัด หรือการควบคุมทรัพย์สินจากรัฐบาลต่างประเทศหรือการกระทำใดๆ ที่จะทำให้บรรลุถึงการกระทำดังกล่าวตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล เนื่องจากรัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน และเหนือทรัพย์สินของตน แต่จะทำได้ก็ต่อเมื่อรัฐสละความคุ้มกันจากการบังคับคดี

ถึงแม้ว่าทรัพย์สินของรัฐอาจถูกบังคับคดีได้แต่ต้องเป็นทรัพย์สินในทางพาณิชย์หรือทรัพย์สินของรัฐที่ไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำของเอกชน หรือการกระทำในลักษณะทางแพ่งเท่านั้น ทรัพย์สินที่มีไว้ใช้เกี่ยวกับการกระทำของรัฐหรือการบริการสาธารณะหรือการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือทรัพย์สินที่ใช้สำหรับการกระทำตามความมุ่งหมาย หรือวัตถุประสงค์ในการกระทำในฐานะรัฐบาลนั้น ไม่อาจถูกบังคับคดีได้ เว้นแต่รัฐจะได้สละความคุ้มกันในทรัพย์สินที่ใช้ในความมุ่งหมายต่างๆ ของรัฐแล้ว<sup>28</sup>

ในเรื่องนี้มีตัวอย่างจากคดี LETCO v. Liberia คือหลังจากที่ศาลชั้นต้นนิวยอร์กได้บังคับตามคำชี้ขาดให้ผู้ร้องขอตามทีระบุไว้ในคำชี้ขาด รัฐบาลไลบีเรียได้ยื่นคำขอให้ยกเลิกคำพิพากษาดังกล่าวหรือยกเลิกการบังคับตามคำพิพากษาในเรื่องทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา ศาลพิพากษาว่ารัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลสหรัฐอเมริกาและจากรัฐต่างๆ ยกเว้นแต่ในกรณีทีระบุไว้อย่างชัดแจ้งและว่าข้อยกเว้นดังกล่าวนี้คือในกรณีที่มีการสละความคุ้มกันอย่างชัดเจนหรือโดยปริยาย ศาลพิพากษาว่าไลบีเรียได้สละความคุ้มกันและปฏิเสธคำร้องขอให้ยกเลิกคำพิพากษาที่ให้อำนาจตามคำชี้ขาด<sup>29</sup> หลังจากนั้น LETCO ได้ให้ศาลในวอชิงตัน ดีซี ออกหมายยึดทรัพย์สินที่อยู่ในบัญชีของสถานทูตไลบีเรีย ไลบีเรียจึงยื่นคำร้องฉุกเฉินให้ปล่อยการยึดและศาลได้ออกคำสั่งให้ยกเลิกหมายยึดเนื่องจากทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นของสถานทูตได้รับ

“Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.”

<sup>28</sup> จิตรา ลิ้มเจริญ. ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536 หน้า 9

<sup>29</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XVIII (1993), หน้า 704-705

ความคุ้มกันจากการถูกยึดตามบทบัญญัติของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต และไม่มีข้อยกเว้นในกฎหมายความคุ้มกันของรัฐบาลต่างประเทศที่ใช้บังคับหรือที่จะให้ยึดบัญชี ในธนาคารของรัฐบาลต่างประเทศได้ ซึ่งศาลเห็นว่า มีลักษณะหรือสภาพเป็นรัฐบาลหรือสาธารณะ โดยแท้ ซึ่งได้รับความคุ้มกันจากต่างประเทศ<sup>30</sup>

### ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

แม้ว่าอนุสัญญากรุงวอชิงตัน จะมีได้บัญญัติถึงกรณีที่ศาลจะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการของ ICSID เพราะเหตุที่คำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนใน ประเทศที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งเป็นเหตุที่ตามปกติจะมีอยู่ในอนุสัญญาอื่นๆ ที่ เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่จากบทบัญญัติทั้งหลายของอนุสัญญา กรุงวอชิงตัน อาจกล่าวได้ว่าหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักการที่สำคัญของ อนุสัญญา เช่นในข้อ 42 (1) เรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ที่กำหนดว่าให้ใช้ หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและจะต้องคำนึงถึงหลักความสงบเรียบร้อยนั้นนำมาใช้ด้วย<sup>31</sup>

### การแก้ไขเยียวยา

ถึงแม้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะมีสิทธิบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดย การดำเนินการบังคับตามคำชี้ขาดในดินแดนของฝ่ายที่แพ้ โดยยื่นคำร้องต่อองค์กรของรัฐที่มี หน้าที่บังคับคดีตามคำชี้ขาดและคำชี้ขาดนั้นเปรียบเสมือนคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลภายใน ในรัฐนั้น แต่องค์กรของรัฐที่จะต้องบังคับตามคำชี้ขาดอาจไม่ยอมบังคับตามคำชี้ขาดนั้น หากเป็น คำชี้ขาดที่ทำให้ประเทศของตนต้องแพ้ เช่น รัฐผู้รับการลงทุนเป็นฝ่ายแพ้และต้องปฏิบัติตามคำชี้ ขาดและมีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดโดยการยึดทรัพย์สินของรัฐนั้นภายในรัฐนั่นเอง องค์กร ของรัฐที่มีหน้าที่ยังบังคับตามคำชี้ขาดอาจอ้างเหตุต่างๆ ที่จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น รัฐมี ความคุ้มกัน หรือการบังคับตามคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในรัฐนั้น ดังนี้

<sup>30</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 705

<sup>31</sup> สุรางคนา แก้วจางง. ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อ พิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2539, หน้า 134

คู่กรณีฝ่ายที่ขอให้บังคับตามคำชี้ขาดอาจต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาโดยทางอื่นๆ เช่น การขอให้รัฐของตนให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือให้ฟ้องคดีระหว่างประเทศได้

### Diplomatic protection

ในเรื่องความคุ้มครองทางการทูตนั้น เป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่คนชาติของตนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐหนึ่งเพราะรัฐย้อมมีอำนาจเหนือบุคคล<sup>32</sup>

หลักของการที่รัฐสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตของคนชาติของตนได้นั้นได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งต้องมีหลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และตามอนุสัญญาวอชิงตัน ดังนี้

ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศมีกรณีที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติของตน ดังนี้

- 1) มีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น โดยเป็นความรับผิดชอบของรัฐที่ถูกเรียกร้อง และ
- 2) มีความเสียหายต่อผู้ลงทุนต่างประเทศ ซึ่งไม่ได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเหมาะสม และ
- 3) ได้มีการดำเนินการตามวิธีการต่างๆ จนหมดหนทางเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ภายในประเทศนั้นแล้ว
- 4) สามารถพิสูจน์จนเป็นที่พอใจได้ว่ารัฐที่ให้ความคุ้มครองทางการทูตนั้นเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์กับผู้ลงทุนต่างชาติในทางสัญชาติที่ได้รับการรับรองจากตุลาการระหว่างประเทศผู้วินิจฉัยคดี

สำหรับอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ก็ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการคุ้มครองทางการทูตอยู่ในข้อ 27 ซึ่งอาจทำได้ในกรณีที่รัฐละเลยไม่ยอมผูกพันตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังนี้

---

<sup>32</sup> นพนิธิ สุริยะ. ความรับผิดชอบของรัฐ. เอกสารการสนทนาวิชาหน่วยที่ 8 ในกฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7-15. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2535, หน้า 94

“(1) รัฐภาคีจะต้องไม่ให้ความคุ้มครองทางการทูต...เกี่ยวกับข้อพิพาทที่คนชาติของตน และรัฐภาคีอื่นได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้ทำการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานี้ เว้นแต่รัฐภาคีนั้นจะเลยต่อการผูกพันและปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว”

การที่รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ในกรณีนี้ก็เพื่อให้รัฐใช้มาตรการเรียกร้องให้ประเทศภาคีอื่น เช่น รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งกระทำผิดหน้าที่ คือ ไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID ให้รับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ เพราะรัฐเจ้าของสัญชาติสามารถใช้ดุลอำนาจเหนือบุคคลคุ้มครองคนชาติของตนซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐที่มีดุลอำนาจเหนือดินแดนของตน โดยมีข้อเท็จจริงต่างๆ คือ มีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยความผิดของรัฐที่มีดุลอำนาจเหนือดินแดน มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อบุคคลนั้น โดยไม่ได้รับการชดเชยอย่างเหมาะสม และมีการดำเนินการเยียวยาตามกฎหมายแล้ว

นอกจากนั้นหากรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งต้องรับผิดชอบต่อรัฐซึ่งให้ความคุ้มครองทางการทูต ปฏิเสธความรับผิดชอบต่อรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน ก็อาจเกิดข้อพิพาทระหว่างสองรัฐนั้น ซึ่งจะ เป็นข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับรัฐโดยตรง ซึ่งจะอยู่ภายใต้บังคับกฎเกณฑ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนก็อาจใช้มาตรการตอบโต้ต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ เช่น อาจยึดกิจการและทรัพย์สินของคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนที่ก่อปัญหานั้น ในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน

#### การฟ้องร้องคดีระหว่างประเทศ

นอกจากนั้นการที่รัฐไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID คู่กรณี อาจขอให้รัฐของตนฟ้องคดีระหว่างประเทศเพราะเหตุที่อีกรัฐหนึ่งทำผิดหน้าที่หรือผิดตามพันธะ ตามสนธิสัญญาได้คือ ทำผิดบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

---

“(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.”



การฟ้องร้องคดีของรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติของรัฐผู้ลงทุนนั้นกระทำต่อรัฐผู้รับการลงทุน ในฐานะที่ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน โดยต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการในการแก้ไขเยียวยาอย่างหนึ่ง

มาตรการดังกล่าวนี้ก็ได้รับการอนุญาตจากบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน เช่นกัน โดยบัญญัติอยู่ในข้อ 27(1) ดังนี้

“รัฐภาคีจะต้องไม่ให้...หรือเรียกร้องในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อพิพาทของตนและรัฐภาคีอื่นได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้ทำการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานี้ เว้นแต่รัฐภาคีนั้นจะเลยต่อการผูกพันและการปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว”

การที่รัฐสามารถฟ้องคดีระหว่างประเทศได้ในกรณีนี้ ก็เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการแก้ไขเยียวยาให้กับคนชาติของตนได้ โดยเฉพาะเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นฝ่ายที่กระทำการอันไม่ยุติธรรมต่อคนชาติของตน จนกระทั่งได้ตกลงเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการมีการอนุญาโตตุลาการและมีคำชี้ขาดแล้ว ซึ่งก็เป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นตามสนธิสัญญา แต่ยังไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดจึงเป็นการสมควรที่จะให้มีการฟ้องคดีได้เพราะกระทำการที่ผิดต่อบทบัญญัติของสนธิสัญญาต่างๆ ดังกล่าวมาแล้ว

#### 4.2.3 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

แม้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีผลเป็นที่สุด และผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม แต่หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่กรณีอีกฝ่ายจะบังคับตามคำชี้ขาดเองไม่ได้ เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐ

---

“(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.”

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาดนี้ ด้วยเหตุที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิววยอร์กแล้ว กฎหมายไทยในปัจจุบัน อันได้แก่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ได้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิววยอร์กอยู่ด้วย ได้แก่มาตรา 41 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งบัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะดำเนินการขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจยอมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนผูกพันเท่านั้น”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยจะบังคับตามคำชี้ขาดที่กระทำขึ้นในต่างประเทศเฉพาะคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่ประเทศไทยเป็นภาคีเท่านั้น ไม่ว่าจะอยู่ในชื่อของสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม นอกจากนั้นประเทศไทยจะบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่ประเทศไทยยอมผูกพันตนเท่านั้น

การที่กฎหมายมีบทบัญญัติระบุว่าประเทศไทยจะยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีเท่านั้น จึงอาจมีข้อสงสัยว่าอาจมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในบางประเทศที่ประเทศไทยจะไม่บังคับตามให้มัน ในเรื่องดังกล่าวนี้จะไม่เกิดขึ้น เพราะในขณะที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ซึ่งมีบทบัญญัติระบุว่าสนธิสัญญาดังกล่าวใช้บังคับกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในดินแดนอื่นนอกดินแดนของประเทศภาคีที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่มีการตั้งข้อสงวนในขณะที่มีการลงนามให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติสนธิสัญญาดังกล่าวไว้ ประเทศที่จะเข้าเป็นภาคีนั้นจะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกัน โดยจะบังคับตามคำชี้ขาดเฉพาะที่กระทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีประเทศอื่นของอนุสัญญาเท่านั้น หรือจะใช้บังคับกับคำชี้ขาดสำหรับข้อพิพาทที่ถือว่าเป็นเรื่องการพาณิชย์ตามกฎหมายของ

ข้อ 1 อนุสัญญากรุงนิววยอร์ก

ประเทศตนเท่านั้น แต่ประเทศไทยมิได้ตั้งข้อสงวนใดๆ ในขณะที่ลงนามและให้สัตยาบันการเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว จึงต้องผูกพันบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกประเทศไทย ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะเกิดขึ้นในประเทศที่เป็นภาคีอนุญาตรุงนวิยอร์กด้วยกับประเทศไทยหรือไม่ และไม่ว่าข้อพิพาทที่มีคำชี้ขาดจะเป็นเรื่องทางการพาณิชย์ตามกฎหมายไทยหรือไม่ก็ตาม

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังได้กำหนดถึงเหตุที่จะสามารถปฏิเสธตามคำชี้ขาดจากต่างประเทศในมาตรา 43 เรื่องเหตุที่จะคัดค้านและไม่บังคับตาม

มาตรา 43 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะเกิดขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

- (1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น
- (2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว
- (3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู่อคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น
- (4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้
- (5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ
- (6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตาม

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและมาตรา 44<sup>33</sup> เรื่องเหตุที่ผู้คัดค้านไม่จำเป็นต้องกล่าวอ้างแต่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ เอาไว้อีกด้วย

ปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ยังมีไม่ได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญานี้แต่อย่างใด จึงยังไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นเพราะบทบัญญัติในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่วางหลักเกณฑ์ว่าให้รัฐภาคีที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเสมือนเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของรัฐของตน จึงทำให้มีความลังเลอยู่ว่าควรจะให้สัตยาบันอนุสัญญานี้หรือไม่เพราะหากประเทศไทยเป็นผู้รับการลงทุนจากเอกชนต่างประเทศและมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการลงทุนและยอมระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และหากรัฐบาลไทยหรือองค์กรของรัฐเป็นฝ่ายแพ้ และต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ศาลไทยก็ต้องบังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้เสมือนเป็นคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลไทย อนุสัญญานี้จึงยังไม่มีผลผูกพัน หรือบังคับใช้ต่อประเทศไทย และหากได้มีการให้สัตยาบันก็ยังคงต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการเพื่อให้มีผลบังคับในราชอาณาจักรเพื่อให้เป็นกฎหมายภายใน และให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 41 วรรคสอง แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ก็มีความเห็นของนักกฎหมายในบางส่วนเห็นว่าประเทศไทยอาจถูกผูกพันได้ตามความปฏิบัติตามหลักสุจริตที่ทำให้เกิดพันธกรณีได้<sup>33</sup>

ด้วยเหตุผลที่อนุสัญญากรุงวอชิงตัน มีประโยชน์และมีความชัดเจนในเรื่องต่างๆ ซึ่งได้ให้ความเป็นธรรมกับทุกประเทศและคู่กรณีที่เกี่ยวข้องดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ประเทศไทยน่าจะพิจารณาให้สัตยาบันอนุสัญญานี้เพราะประเทศไทยยังคงต้องการการลงทุนจากต่างประเทศ เนื่องจากการเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน เป็นสิ่งหนึ่งที่เป็นหลักประกันในสายตาของนักลงทุน

---

คำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>33</sup> สุรางคนา แก้วจันทน์, "ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) , หน้า 140-171

ต่างประเทศว่าตนจะได้รับความเป็นธรรมหากมีข้อพิพาทกับประเทศผู้รับการลงทุนและมีการใช้การระงับข้อพิพาทที่ ICSID และการเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ก็ได้มีผลบังคับว่า ประเทศภาคีถูกผูกพันโดยอัตโนมัติให้ต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่ ICSID แต่ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายว่าจะใช้บริการการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID หรือไม่ นอกจากนั้นประเทศไทยมิได้เป็นเพียงประเทศผู้รับการลงทุนเท่านั้น แต่นักธุรกิจไทยและบริษัทต่างๆ ของประเทศไทยก็ได้ทำการลงทุนในต่างประเทศด้วย และประเทศอื่นๆ ส่วนใหญ่ในโลกก็เป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน กันแทบทั้งสิ้น แม้แต่ประเทศที่อยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และตะวันออกไกล เช่น จีน ดังนั้นหากนักลงทุนจากประเทศไทยมีข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุนและมีข้อตกลงที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID ก็จะเป็นหลักประกันว่าคู่กรณีฝ่ายไทยจะได้รับความคุ้มครองและได้รับความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาททางการลงทุน โดยที่รัฐบาลไทยไม่จำเป็นต้องเข้าไปช่วยเหลือให้ความคุ้มครองในกรณีอย่างนั้นแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามก่อนที่จะให้สัตยาบันอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ก็ควรตรวจสอบว่าประเทศไทยมีกฎหมาย สนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่ระบุว่าประเทศไทยจะต้องใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID เท่านั้นหรือไม่ หากมีก็ควรดำเนินการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายสนธิสัญญาหรือข้อตกลงเหล่านั้นก่อน เพื่อที่จะไม่ต้องถูกผูกพันว่าประเทศไทยจะต้องระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID เพราะในเรื่องความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนที่จะใช้บริการระงับข้อพิพาทที่ ICSID นั้นไม่จำเป็นต้องอยู่ในข้อตกลงที่เสนอต่อ ICSID ก็ได้ โดยอาจอยู่ในกฎหมายหรือสนธิสัญญา หรืออื่นๆ และอาจให้ความตกลงยินยอมล่วงหน้าก่อนเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ก็ได้ ดังที่ได้เคยกล่าวแล้ว

แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันแต่อย่างใด ดังนั้นหากในอนาคตประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐแล้ว หากเกิดข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว และมีการตกลงกันให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยผ่านทาง Additional Facility Rules ตามข้อ 15.3 (b) ของข้อบถการลงทุนดังกล่าว เพราะประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคี ICSID แต่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคีดังกล่าว

ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ผ่านทางกระบวนการ Additional Facility Rules นั้นจะต่างจากกระบวนการของ ICSID ตามข้อ 53 และ 54 โดยในข้อ 52 (4) ของ Schedule C ของ ICSID Additional facility rules ซึ่งบัญญัติเรื่องคำชี้ขาดเอาไว้ว่า

“คำชี้ขาดจะเป็นที่ยุติและผูกพันคู่กรณี คู่กรณีสามารถระงับข้อจำกัดเรื่องเวลาในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดใดๆ ที่อาจเกิดจากกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น”

จากข้อ 52 (4) จะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ที่ผ่านทางกระบวนการ Additional facility rules ไม่ได้ข้อห้ามในการอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด และไม่ได้มีผลเสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้วด้วย ดังนั้นในกรณีนี้ หากคู่กรณีต้องการนำคำชี้ขาดดังกล่าวมาบังคับในประเทศไทย คู่กรณีต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 41 และ 42 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ในกรณีนี้จะต่างจากกรณีของคำชี้ขาดของ ICSID คือคำชี้ขาดดังกล่าวสามารถถูกคัดค้านและไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 43 หรือศาลอาจยกเหตุกล่าวอ้างในการปฏิเสธคำชี้ขาดตามมาตรา 44 ได้ด้วย หรือกล่าวโดยสรุปก็คือ คำชี้ขาดดังกล่าวสามารถถูกตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งได้ ไม่ใช่การบังคับตามคำชี้ขาดโดยอัตโนมัติอย่างคำชี้ขาดตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน

---

Article 52 The Award

(4) The award shall be final and binding on the parties. The parties waive any time limits for the rendering of the award which may be provided for by the law of the country where the award is made.