

บทที่ 5

ผลกระทบต่อประเทศไทยในเรื่องการขัดข้อพิพาทภายใต้ ICSID อันเนื่องมาจาก ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย – สหรัฐอเมริกา

การที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเจรจาเพื่อทำความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ย่อมมีผลกระทบที่ประเทศไทยจะต้องเตรียมการต่างๆ ในการอนุวัติการกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ในการพิจารณาขั้นตอน, องค์กรที่รับผิดชอบเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีบ้าง แต่เนื่องจากว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แสดงผลกระทบเฉพาะเรื่องการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID หรือศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ ค.ศ. 1965 ผู้เขียนจึงขอตั้งข้อสังเกตอยู่ 4 ประเด็น ถึงผลกระทบที่จะได้รับดังนี้

1. ปัญหาและผลกระทบเรื่องการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID
2. ปัญหาและผลกระทบเรื่องการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID
3. ปัญหาและผลกระทบเรื่องการเลือกกฎหมาย
4. ปัญหาและผลกระทบของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

5.1 ปัญหาและผลกระทบเรื่องการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ปัญหาที่น่าพิจารณาในประเด็นแรก เกี่ยวกับบุคคลที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยปกติแล้ว บุคคลที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นสัญชาติของรัฐคู่ภาคี ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยข้อ 25 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันได้กำหนดนิยามของคำว่า คนชาติของรัฐอื่น (National of another contracting state) เอาไว้ โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณีบุคคลธรรมดา กับกรณีนิติบุคคล

ในข้อ 25 (2) (a) ได้กำหนดเรื่องบุคคลธรรมดาโดยหมายถึง “บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันที่คู่กรณีได้ยินยอมเสนอข้อพิพาทดังกล่าวสำหรับการประนอมข้อพิพาท หรือการอนุญาโตตุลาการ และในวันจดทะเบียนคำร้องขอตามข้อ 28(3) หรือข้อ 36(3) แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐที่เป็นคู่ภาคีในข้อพิพาทนั้นด้วยในวันใดวันหนึ่งของวันดังกล่าว”

ส่วนนิติบุคคล หมายถึง “นิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันที่คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทนั้นสำหรับการประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการ และนิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันดังกล่าว แต่เพราะเหตุที่นิติบุคคลนั้นถูกควบคุมจากต่างประเทศ คู่กรณีจึงตกลงกันให้ปฏิบัติต่อนิติบุคคลนั้นเยี่ยงคนชาติของรัฐภาคีอื่น ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้”

ถ้าเป็นกรณีทั่วไปหมายถึงข้อพิพาทที่เกิดจากรัฐ และเอกชนในปัญหาการลงทุน และเอกชนเป็นคนชาติของรัฐภาคี และรัฐซึ่งเป็นคู่พิพาทต่างเป็นภาคีของ CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES 1965 ปัญหาต่างๆ ก็ไม่เกิดขึ้น เพราะกลไกที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวได้ระบุนั้นตอนต่างๆ เอาไว้ชัดเจน แต่การศึกษาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ต้องการศึกษากายใต้ร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา จึงเกิดปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับว่า บุคคลใดบ้างที่อาศัย

“any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute.”

“any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.”

สิทธิตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ใครเป็นผู้ได้รับสิทธิประโยชน์ตามความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ดังกล่าว ความตกลงดังกล่าวได้บัญญัติถึงเอกชนผู้ได้รับสิทธิประโยชน์ไว้อย่างไร ในข้อใดของข้อตกลง และในขณะเดียวกันได้มีการปฏิเสธสิทธิแก่บุคคลบางจำพวกหรือไม่ (Denial of Benefit)

ดังนั้นผู้เขียนจะขอพิจารณาว่าใครเป็นผู้ได้รับสิทธิตามร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้ก่อน และภายหลังจากนั้นจะพิจารณาถึงว่าใครจะเป็นผู้นำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID เพราะถ้าบุคคลใดถูกปฏิเสธสิทธิจากร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาเสียแล้ว บุคคลนั้นย่อมไม่สามารถที่จะใช้สิทธิที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ตามรากฐานแห่งสิทธิที่เกิดจากร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้ได้

การพิจารณาว่าใครเป็นผู้มีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ภายใต้อาณัติของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาดังกล่าวต้องพิจารณาตาม Section B: Investor-State Dispute Settlement โดยข้อ 15 : Submission of a Claim to Arbitration

"1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Section A,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach..."

ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ร้องหรือโจทก์ (claimant) อาจนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เมื่อผู้ถูกร้องหรือจำเลย (respondent) ได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ Section A, ผู้ถูกร้องหรือจำเลยละเมิดการอนุญาตให้ลงทุน (investment authorization) หรือเมื่อผู้ถูกร้องหรือจำเลยละเมิดข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุน (investment agreement) ปัญหาที่น่าสนใจ

คือผู้ร้องหรือโจทก์ อาจหมายถึงรัฐหรือเอกชนก็ได้ แต่ในทางกลับกันผู้ถูกร้องหรือจำเลย นั้นอาจหมายถึงฝ่ายรัฐเท่านั้น

ในตาม Section B: Investor-State Dispute Settlement ไม่ได้เขียนว่าใครคือ Investor ส่วนใครคือ State อาจหมายถึง หน่วยงานของรัฐของไทย หรือของสหรัฐอเมริกาที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาท ดังนั้น Investor ที่เป็นผู้ร้องหรือโจทก์ ได้มีบัญญัติไว้ในข้อ 27: Definitions ได้กล่าวถึง claimant ไว้ว่าหมายความถึงนักลงทุนของคู่ภาคีซึ่งเป็นฝ่ายในข้อพิพาทเรื่องการลงทุนกับคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง (claimant means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party) และในข้อเดียวกันนี้ได้ให้นิยามคำว่า investor of a Party เอาไว้ว่า หมายถึง state enterprise หรือ national of a Party¹

แต่ถึงกระนั้น ในคำจำกัดความได้แยก นักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติของรัฐคู่ภาคีต่างหากออกจากนิติบุคคลของรัฐคู่ภาคีเอาไว้ โดยข้อ 27 ได้กล่าวถึง “enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there” ส่วนคนชาติ หมายถึง “national means a natural person who has the nationality of a Party according to Annex ____ [General Definitions Chapter; Country-Specific Definitions Annex]”

จึงอาจจะได้ว่าผู้ที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการได้ ถ้าเป็นเอกชน จะหมายถึงคนชาติที่เป็นบุคคลธรรมดา และวิสาหกิจ (enterprise) ที่เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของคู่กรณี และหมายถึงบริษัทสาขาที่ตั้งอยู่ในดินแดนของคู่ภาคี และดำเนินธุรกิจอยู่ที่นั่น

แต่ถึงกระนั้น บุคคลดังกล่าวต้องไม่ใช่บุคคลที่ถูกปฏิเสธสิทธิตามข้อ 11: Denial of Benefits ซึ่งระบุว่า

investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality

“1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

- (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or
- (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise”

จากบทบัญญัติข้างต้น คู่ภาคีหมายถึง สหรัฐอเมริกา หรือไทย สามารถปฏิเสธสิทธิประโยชน์ที่ให้กับนักลงทุนของอีกฝ่ายหนึ่ง (investor of the other Party) ได้ ถ้านักลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นวิสาหกิจ (enterprise) ที่บุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่บุคคลของรัฐคู่ภาคีเป็นเจ้าของ หรือควบคุมวิสาหกิจนั้น และรัฐภาคีที่ปฏิเสธ ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับรัฐที่มีได้เป็นคู่ภาคี (the non-Party) หรือมีมาตรการ และยังคงมาตรการเกี่ยวกับรัฐที่มีได้เป็นคู่ภาคี หรือบุคคลของรัฐนั้น มาตรการเช่นนั้นได้แก่ การห้ามการทำธุรกรรมกับวิสาหกิจ หรือหากสิทธิตามบทบัญญัตินี้ได้ให้แก่วิสาหกิจ หรือการลงทุนของวิสาหกิจจะเป็นการละเมิดหรือหลีกเลี่ยงพันธกรณีหรือ คู่กรณี อาจปฏิเสธสิทธิประโยชน์ของข้อบทนี้ต่อนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายซึ่งเป็นวิสาหกิจของรัฐภาคีอีกฝ่ายนั้น และต่อการลงทุนของนักลงทุนดังกล่าว ถ้าวิสาหกิจดังกล่าวไม่มีกิจกรรมทางธุรกิจอย่างน้อยสำคัญในดินแดนของรัฐภาคีอีกฝ่าย และบุคคลของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคี หรือของรัฐภาคีที่ปฏิเสธเป็นเจ้าของหรือควบคุมวิสาหกิจนั้น

เพื่อทำให้เกิดความกระจ่างชัด จะขอยกตัวอย่าง บริษัทอเมริกันจัดตั้งตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่บริษัทนี้ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นญี่ปุ่น และมีผู้จัดการเป็นชาวญี่ปุ่น หากบริษัทนี้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย และมีข้อพิพาทกับรัฐบาลไทย แต่ไม่เข้ากรณีที่จะถูกปฏิเสธสิทธิ เพราะไม่เข้าเงื่อนไขข้างต้น เนื่องจากรัฐบาลไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตกับ non-Party คือรัฐบาลญี่ปุ่น ในกรณีนี้ จากตัวอย่างเดียวกันนี้ บริษัทอเมริกันดังกล่าวที่มีเจ้าของเป็นญี่ปุ่น และมีผู้จัดการเป็น

ญี่ปุ่น เข้ามาจัดตั้งบริษัทในสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีธุรกิจที่สำคัญในสหรัฐอเมริกาเลย ไทยในฐานะเป็น denying Party จะปฏิเสธว่าบริษัทดังกล่าวไม่ได้สิทธิตามความตกลงนี้ได้

กล่าวโดยสรุปในขั้นนี้คือ ผู้ร้องหรือโจทก์ จะต้องเป็นผู้มีสิทธิตามความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ก่อน จึงจะมีสิทธิเลือกวิธีระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ ดังนั้นผู้มีสิทธิหรือผู้ร้องหรือโจทก์ จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้จะต้องผ่านเงื่อนไขนี้เสียก่อน

หากกลับมาพิจารณาว่า หากคู่กรณีฝ่ายเอกชนประสงค์จะนำคดีหรือข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการ แต่ข้อ 25 ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ได้ระบุสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายเอกชนเอาไว้ ถ้าเป็นกรณีสัญชาติของบุคคลธรรมดา ก็ย่อมไม่มีปัญหาเพราะทุกประเทศในโลกกำหนดสัญชาติของบุคคลธรรมดาเอาไว้ เพื่อคัดสรรเอกชนระหว่างประเทศ แต่ในกรณีของนิติบุคคล ข้อ 25 (2) (b) ของอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดว่า "นิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันที่คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทนั้นสำหรับการประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการ และนิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันดังกล่าว แต่เพราะเหตุที่นิติบุคคลนั้นถูกควบคุมจากต่างประเทศ คู่กรณีจึงตกลงกันให้ปฏิบัติตนนิติบุคคลนั้นเยี่ยงคนชาติของรัฐภาคีอื่น ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้" ปัญหาที่น่าพิจารณาคือ ในกรณีที่รัฐคู่ภาคีมีกฎหมายกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ปัญหาที่จะไม่มี แต่ถ้าวรัฐคู่ภาคีไม่มีกฎหมายภายในกำหนดการให้สัญชาตินิติบุคคลเอาไว้ จะทำอย่างไร ใครจะเป็นผู้พิจารณาว่า นิติบุคคลมีสัญชาติของรัฐใด ปัญหาในเรื่องนี้จะเกิดขึ้นในกรณีความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาอย่างแน่นอน เพราะทั้งสองประเทศไม่มีกฎหมายภายในกำหนดสัญชาตินิติบุคคล

"any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention."

ก่อนที่จะพิจารณาปัญหาเรื่องนี้ จะต้องดูแนวทางคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ICSID ว่ามีคดีใดบ้างที่เกี่ยวกับการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล หรือนิติบุคคลสังกัดชาติใดของรัฐใด ผู้เขียนพบว่าได้มีคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการของ ICSID อยู่ 4 คดีที่พิจารณาความเป็นบริษัทของรัฐภาคี ในกรณีที่มีได้มีกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ กำหนดการให้สัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้

1. คดี Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia (Case No. ARB/81/1)¹

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1968 Amco Asia บริษัทอเมริกัน เข้าทำสัญญาร่วมทุนกับ P.T. Wisma Kartika บริษัทอินโดนีเซีย เพื่อก่อสร้างโรงแรมในที่ดินซึ่งเป็นของ P.T. Wisma และให้ P.T. Wisma เป็นเจ้าของแต่ให้สิทธิเข้าจัดการโรงแรมแก่ Amco Asia และ P.T. Wisma จะรับส่วนแบ่งจากผลกำไร

ในการสร้างโรงแรมนั้น Amco Asia ยื่นคำร้องต่อรัฐบาลอินโดนีเซียเพื่อขอใบอนุญาตการลงทุน รัฐบาลอินโดนีเซียอนุมัติคำขอโดยมีเงื่อนไขว่าต้องตั้งบริษัทท้องถิ่นขึ้นมาดำเนินงาน และมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการของ ICSID รวมอยู่ด้วย โรงแรมสร้างเสร็จในปี ค.ศ. 1970 และมีการตั้งบริษัทอินโดนีเซียชื่อ P.T. Amco Indonesia เพื่อบริหารโรงแรม โดย Amco Asia ได้โอนสิทธิในสัญญาที่ทำกับ P.T. Wisma ให้ P.T. Amco Indonesia แต่ Amco Asia ยังคงถือหุ้นจำนวน 90% ในปี ค.ศ. 1972 Amco Asia ร้องขอต่อรัฐบาลอินโดนีเซียให้อนุญาตให้ตนโอนหุ้นบางส่วนที่ Amco Indonesia ซึ่งถือเป็น Amco Asia ให้กับ Pan American Development Limited ซึ่งเป็นบริษัทฮ่องกง

ต่อมามีข้อพิพาทระหว่าง P.T. Amco Indonesia และ P.T. Wisma โดย P.T. Wisma อ้างว่ายังไม่ได้รับส่วนแบ่งจากรายได้และ P.T. Amco Indonesia จัดการโรงแรมผิดพลาดทำให้สูญเสียรายได้ P.T. Wisma จึงเลิกสัญญากับ P.T. Amco Indonesia ซึ่งศาลชั้นต้นที่รับฟ้อง (The Central Jakarta District Court) ได้ชี้ขาดเบื้องต้นว่า P.T. Wisma มีอำนาจบริหารงานโรงแรมในระหว่างการพิจารณาคดีและต่อมาได้ตัดสินว่าการกระทำของ P.T. Amco Indonesia ทำให้ P.T. Wisma เกิดความเสียหาย นอกจากนั้นในปี ค.ศ. 1981 P.T. Wisma ได้ขับไล่ P.T. Amco

¹ ICSID Report Volume 1, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1993) หน้า 419-508

Indonesia ออกจากอินโดนีเซียโดยการช่วยเหลือของกองทหารและตำรวจ ในขณะที่เดียวกัน คณะกรรมการการลงทุนต่างประเทศของอินโดนีเซียเพิกถอนใบอนุญาตการลงทุนของ P.T. Amco Indonesia เพราะเห็นว่าละเลยไม่ลงทุนในโรงแรมตามจำนวนเงินที่กำหนดและฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอินโดนีเซีย

ด้วยเหตุดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1981 Amco Asia, Pan American, P.T. Amco Indonesia ยื่นคำร้องขอต่อ ICSID เพื่อให้มีการอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายรัฐบาลอินโดนีเซียอ้างว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจเพราะ P.T. Amco Indonesia เป็นบริษัทอินโดนีเซีย อนุญาโตตุลาการศูนย์ตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจเพราะ P.T. Amco Indonesia ถูกควบคุมโดยต่างชาติ คือ Amco Asia ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกัน และ Pan American Development Limited ซึ่งเป็นบริษัทฮ่องกง จึงเป็นบริษัทของรัฐภาคีรัฐอื่น ซึ่งสามารถทำสัญญาอนุญาโตตุลาการยินยอมให้บริการอนุญาโตตุลาการต่อ ICSID ได้

2. คดี Liberian Eastern Timber Crop (LETCO) v. The Government of Republic of Liberia (Case No. ARB/83/2)

ในคดีนี้ก็มีปัญหาส่วนหนึ่งในเรื่องสัญชาติของคู่กรณีที่เป็นนิติบุคคลเช่นกัน โดยเป็นเรื่องหลักการควบคุมโดยคนชาติอื่น ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้²

รัฐบาลไลบีเรียทำสัญญาให้สัมปทานในวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1970 แก่บริษัท LETCO ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนก่อตั้งในไลบีเรียแต่มีชาวฝรั่งเศสควบคุมโดยการบริหารงานและอื่นๆ อยู่ โดยให้บริษัทมีอำนาจและสิทธิที่จะเก็บเกี่ยว ผลิต ขนส่ง และทำการตลาดไม้สักและผลผลิตป่าไม้ และอื่นๆ เกี่ยวกับไม้สักในเขตที่กำหนดของไลบีเรีย และ LETCO จะชำระเงินให้เป็นรายปี จ่ายค่าเช่าและอื่นๆ โดยมีกำหนดระยะเวลาตามสัญญา 20 ปี และอาจต่อสัญญาได้อีก 15 ปี โดยมีข้อสัญญาเร่งบังคับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ รวมอยู่ด้วย หลังจากกระยะหนึ่งในปี ค.ศ. 1979 เริ่มมีปัญหาเกิดขึ้น กล่าวคือ กรมป่าไม้ขอให้มีการเจรจาใหม่ และในเดือนมกราคม ค.ศ. 1980 กรมป่าไม้กล่าวว่า LETCO ผิดสัญญาและต้องลดเนื้อที่สัมปทานลง LETCO ขอความช่วยเหลือจากวงการชั้นสูงในรัฐบาลแต่ไม่เป็นผล ในวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1984 กรมป่าไม้ส่งหนังสือบอกเลิกสัมปทาน

² ICSID Report Volume 2, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994, หน้า 343-479

ในคดีนี้มีการกล่าวอ้างเช่นกันว่า LETCO ซึ่งจดทะเบียนก่อตั้งในไลบีเรียเป็นบริษัท ไลบีเรียไม่ใช่บริษัทต่างชาติ ICSID จึงไม่มีเขตอำนาจ แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ICSID มีเขตอำนาจเนื่องจากการควบคุมบริษัทจากชาวฝรั่งเศสตั้งแต่การทำสัญญา การถือหุ้น การบริหารงาน ซึ่งมีกรรมการและผู้จัดการเป็นชาวฝรั่งเศส และการตัดสินใจเรื่องโครงสร้างของบริษัทในเรื่องต่างๆ และได้มีการตกลงกันว่าจะปฏิบัติต่อ LETCO ในทำนองว่าเป็นบริษัทต่างชาติจึงถือว่ามีสถานะเช่นเดียวกับบริษัทต่างชาติ

3. คดี Société Quest Africaines des Beton Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal (Case No. ARB/82/1)³

ในวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1975 รัฐบาลเซเนกัลทำสัญญากับบริษัท Naikida บริษัทปานามา หรือบริษัทอื่นๆ ที่ได้รับมอบหมายเพื่อสร้างที่อยู่อาศัยจำนวน 15,000 หน่วย เป็นเวลา 5 ปี ในสถานที่ที่กำหนดโดยรัฐบาลเซเนกัล

หลังจากนั้นสองปี SOABI ทำการศึกษาความเป็นไปได้ และในปี ค.ศ. 1978 บริษัท SOABI ได้ออกงานแสดงอสังหาริมทรัพย์ และขายอสังหาริมทรัพย์ได้บางส่วน แต่หลังจากนั้นก็มีความพิพาทกันระหว่าง SOABI กับรัฐบาลเซเนกัล ในเรื่องรูปแบบของที่อยู่อาศัย การจัดหาที่ดิน ที่ตั้ง การจัดหาเงินกู้ให้ผู้ซื้อ และอื่นๆ

ในวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 รัฐมนตรีผังเมืองที่อยู่อาศัยและสภาพแวดล้อมบอกกล่าวแก่ SOABI ว่ารัฐบาลสั่งให้ SOABI หยุดดำเนินการ และยินดีเจรจา ด้วยเหตุดังกล่าวในวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1982 จึงยื่นคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการต่อเลขาธิการ ICSID โดยอ้างว่า รัฐบาลเซเนกัลผิดสัญญา รัฐบาลเซเนกัลอ้างข้อต่อสู้หลายเรื่องรวมทั้งอ้างว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจ เพราะ SOABI เป็นบริษัทมหาชนซึ่งก่อตั้งในเซเนกัล จึงมีสัญชาติเดียวกันกับรัฐผู้รับการ

³ ICSID Report Volume 2, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994, หน้า 164-276

ลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ICSID มีเขตอำนาจเพราะบริษัท SOABI มีผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นคนปานามา และควบคุมโดยชาวเบลเยียม ซึ่งแสดงว่ามีสถานะเหมือนเป็นบริษัทต่างชาติ⁴

4. คดี American Manufacturing & Trading Corporation (Zaire), Inc., (AMT) v. Republic of Zaire⁵

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท American Manufacturing & Trading Corporation (AMT) ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันตั้งในรัฐเดลาแวร์ ซึ่งผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนอเมริกัน ได้ทำสัญญาร่วมทุนกับรัฐบาลซาอีร์ แต่ต่อมากองกำลังทหารของซาอีร์ได้เข้าไปทำลายทรัพย์สินและอาคารอุตสาหกรรมที่ใช้ในการผลิตรถยนต์และเซลล์แบตเตอรี่และเอาสินค้าที่ผลิตแล้วรวมทั้งวัตถุดิบและวัตถุดิบอื่น ๆ ที่มีค่าไปจากอาคารนั้น และไม่มีการชดเชยค่าเสียหาย บริษัท AMT จึงยื่นคำร้องขอให้บริการอนุญาโตตุลาการต่อเลขาธิการ ICSID แต่รัฐบาลซาอีร์คัดค้านเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่า ศูนย์ไม่มีเขตอำนาจ เพราะบริษัทที่ตั้งขึ้นในประเทศซาอีร์ จึงเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน อันเป็นเรื่องภายในไม่อยู่ในขอบเขตของข้อ 25

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า ICSID มีเขตอำนาจเพราะเป็นการเสนอให้ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคี คือ ประเทศซาอีร์ และเอกชนผู้ลงทุนจากประเทศภาคีอื่น คือ AMT ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกัน เพราะจดทะเบียนในสหรัฐอเมริกาและถือหุ้นโดยคนอเมริกันจำนวน 55% และถูกควบคุมโดยคนอเมริกัน และทางซาอีร์ก็ยอมรับว่า AMT ลงทุนในบริษัท SINZA ซึ่งเป็นการลงทุนอย่างหนึ่งถึง 74% นอกจากนั้นในสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันและระหว่างซาอีร์และสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1984 ในหน้าอารัมภบทก็ได้ระบุว่ารัฐทั้งสองปรารถนาจะส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจในระหว่างกันให้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการลงทุนระหว่างคนชาติและบริษัทของคู่ภาคีแต่ละฝ่ายในดินแดนของอีกฝ่ายหนึ่ง และในบทบัญญัติข้อ 1 ก็ได้ให้คำนิยามของคำว่า การลงทุน ว่าหมายถึงการลงทุนทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรงหรือโดยทางอ้อม เช่น การลงทุนโดยเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทหรือการมีผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรืออื่นๆ ดังนั้น SINZA จึงเป็นบริษัทที่ลงทุนโดย AMT ตามความหมายของสนธิสัญญาทางการลงทุน และ SINZA เป็นนิติบุคคลตามข้อ 25(2) ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน

⁴ ICSID Report Volume 2, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994, หน้า 180-189

⁵ XXXVI (6) International Legal Materials 1531-1561 (November 1997).

ในคดี Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia อนุญาโตตุลาการของ ICSID ตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจเพราะบริษัท P.T. Amco Indonesia ถูกควบคุมโดยบริษัทต่างชาติซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันและบริษัทฮ่องกง จึงทำให้บริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทของรัฐภาคีอื่น จากคำตัดสินในคดีนี้เห็นว่า แม้ไม่มีกฎหมายภายในกำหนดสัญชาตินิติบุคคล อนุญาโตตุลาการของ ICSID จะถือหลักการควบคุมมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทของรัฐภาคีอื่นหรือไม่

ในคดีที่ 2 คดี Liberian Eastern Timber Crop (LETCO) v. The Government of Republic of Liberia อนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID เห็นว่าบริษัท LETCO เป็นบริษัทต่างชาติ แม้ว่าบริษัทดังกล่าวจะจดทะเบียนจัดตั้งในไลบีเรียก็ตาม อนุญาโตตุลาการเห็นว่า บริษัท LETCO ถูกชาวฝรั่งเศสถือหุ้น กรรมการและผู้จัดการของบริษัทเป็นชาวฝรั่งเศส จึงถือว่าบริษัทนี้เป็นบริษัทต่างชาติ มิใช่บริษัทไลบีเรีย อนุญาโตตุลาการไม่ได้กล่าวถึงสัญชาติของบริษัทเลย แต่ อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่าบริษัท LETCO เป็นบริษัทต่างชาติ มิใช่บริษัทของไลบีเรียเท่านั้น อันเนื่องจากหลักการควบคุมและการเป็นเจ้าของนั่นเอง

ในคดีที่ 3 คือคดี Société Quest Africaines des Beton Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal บริษัท SOABI มีผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นคนปานามา และควบคุมโดยชาวเบลเยียม ซึ่งแสดงว่ามีสถานะเหมือนเป็นบริษัทต่างชาติ ข้อคิดที่ได้รับจากคดีนี้ก็คือ อนุญาโตตุลาการไม่ได้วินิจฉัยเรื่องสัญชาติของบริษัท SOABI แต่วินิจฉัยว่าบริษัทนี้เป็นบริษัทต่างชาติ มิใช่บริษัทของสาธารณรัฐเซเนกัล

ในคดีที่ 4 American Manufacturing & Trading Corporation (Zaire), Inc., (AMT) v. Republic of Zaire ในคดีนี้บริษัท AMT เป็นบริษัทอเมริกันเพราะจดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา ถือหุ้นโดยคนอเมริกัน และถูกควบคุมโดยคนอเมริกัน

ดังนั้นจากการพิจารณาแนวทางคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการของ ICSID เห็นว่านิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท ซึ่งกำหนดในข้อ 25 (2) (b) กรณีที่ไม่มีหรือไม่รู้สัญชาติของนิติบุคคล อนุญาโตตุลาการถือหลักในการพิจารณาว่านิติบุคคลต้องไม่ใช่นิติบุคคลของรัฐที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทเท่านั้น โดยดูจากหลักความเป็นเจ้าของ

นิติบุคคล, หลักการบริหารจัดการนิติบุคคล, หลักการควบคุม, หลักการจดทะเบียน โดยพิจารณาจากน้ำหนักของจุดเกาะเกี่ยวที่ผูกพันนิติบุคคลนั้น

จากการพิจารณาข้างต้นทำให้ผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่ประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีกฎหมายกำหนดสัญชาตินิติบุคคล การไม่มีกฎหมายดังกล่าวไม่เป็นอุปสรรคต่อการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยดูจากเงื่อนไขที่ว่านิติบุคคลต้องไม่ใช่นิติบุคคลที่เป็นคนชาติของรัฐที่เป็นคู่กรณีเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น บริษัท A จดทะเบียนในประเทศไทย แต่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นชาวอเมริกัน มีกรรมการผู้จัดการเป็นชาวญี่ปุ่น บริษัทนี้แม้จดทะเบียนในประเทศไทยก็ตาม แต่ต้องถือว่าเป็นบริษัทของคู่ภาคีอื่น มิใช่ประเทศไทย

เพื่อให้เกิดความแน่ชัด และเป็นผลอันเนื่องจากการนำเอาข้อบทเกี่ยวกับร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกามาใช้ นิติบุคคลโดยอยู่ในความหมายว่าเป็นคนชาติของรัฐใด ควรจะให้กระทรวงการต่างประเทศของรัฐที่เกี่ยวข้องออกหนังสือรับรองความเป็นคนชาติของนิติบุคคลนั้นๆ

5.2 ปัญหาและผลกระทบเรื่องการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ปัญหาในเรื่องการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ ประเทศไทยไม่ได้เข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว แต่ถ้าหากมาพิจารณาว่าความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา พบว่า ข้อ 15.3 กำหนดว่า "a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1 :

(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;

(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;..."

นั่นหมายความว่า ถ้าคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายเป็นภาคี ICSID ก็จะต้องเอา ICSID Convention กับ the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings มาใช้ แต่ถ้าผู้ถูกร้อง หรือรัฐ

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีของ ICSID Convention ก็ให้นำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่ ICSID Additional Facility Rules^{*}

การที่ร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา¹ ได้กำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนนี้ จะถือว่าประเทศไทยหรือประเทศสหรัฐอเมริกา ยอมรับเขตอำนาจของการอนุญาโตตุลาการของ ICSID หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยไม่เคยภาคยานุวัติเข้าร่วมอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ เลย หากในอนาคตประเทศไทยเข้าผูกพันตามความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่าประเทศไทยแสดงการยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID

คำตอบคือ ไม่ การที่ประเทศไทยลงนามผูกพันในความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยแสดงเจตนายอมรับเขตอนุญาโตตุลาการของ ICSID เพราะข้อตกลงใน Section B: Investor-State Dispute Settlement เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชนที่เป็นฝ่ายในคู่กรณีพิพาทเท่านั้น คู่กรณีย่อมมีสิทธิที่จะตกลงกันเรื่องการระงับข้อพิพาท หากประเทศไทยกับบริษัทอเมริกันที่เป็นฝ่ายในข้อพิพาทตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็จะต้องนำเอา ICSID Additional Facility Rules มาใช้ ในทางกลับกัน หากประเทศไทยต้องการฟ้องบริษัทเอกชนอเมริกันก็ต้องดำเนินการภายใต้กระบวนการ ICSID Additional Facility Rules เพื่อให้เกิดความกระจ่างชัดในเรื่องนี้ ผู้เขียนจะขอแสดงข้อบทเกี่ยวกับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID Additional Facility Rules และกระบวนการที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการหากประสงค์จะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Additional Facility Rules

การรับเขตอำนาจของ ICSID ภายใต้กระบวนการของ ICSID Additional facility rules นั้นจะต้องพิจารณาเรื่องเขตอำนาจของการใช้ ICSID Additional facility rules ตามข้อ 2 ของ ICSID Additional facility rules^{**} ก่อน ซึ่งบัญญัติว่า

^{*} ข้อบังคับอำนาจความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID หรือ ICSID Additional Facility Rules นี้ได้ให้เลขาธิการ ICSID มีอำนาจจัดการระงับข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญากรุงวอชิงตันได้ หากได้รับการร้องขอจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

^{**} ตาม Article 2 Additional Facility ซึ่งบัญญัติว่า

“เลขาธิการศูนย์มีอำนาจตามระเบียบนี้ ในกระบวนการระหว่างรัฐ (หรือหน่วยงานย่อยของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) กับคนชาติของรัฐอื่น ที่ตกอยู่ภายใต้กรณีดังต่อไปนี้

(a) กระบวนการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่เป็นเรื่องการลงทุน แต่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศูนย์ฯ เพราะรัฐคู่พิพาทหรือรัฐของคนชาติที่เป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นประเทศภาคีอนุสัญญาฯ

(b) การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศูนย์ฯ เพราะไม่ใช่เรื่องการลงทุน โดยที่รัฐคู่พิพาทหรือรัฐของคนชาติที่เป็นคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นประเทศภาคีอนุสัญญาฯ

(c) กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง

การจัดการกระบวนการต่างๆ ได้รับอำนาจจากระเบียบที่อ้างถึงความสะดวกเพิ่มเติมนี้”

ดังนั้น ในกรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะดังนี้

(1) ข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมิได้เป็นรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันหรือมิใช่คนชาติของรัฐภาคี

“The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:

(a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;

(b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and

(c) fact-finding proceedings.

The administration of proceedings authorized by these Rules is hereinafter referred to as the Additional Facility.”

(2) ข้อพิพาทซึ่งมิใช่เป็นเรื่องการลงทุน แต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน หรือเป็นชนชาติของรัฐภาคี แต่ก็ไม่ใช่เรื่องการลงทุนพาณิชย์ทั่วไป

(3) การหาข้อเท็จจริง มิใช่เป็นกรณีที่มีปัญหาข้อกฎหมาย

จากการพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการเปิดช่องให้ประเทศไทยซึ่งยังมีได้เป็นภาคีของ ICSID ให้สามารถให้การอนุญาตโตตุลาการของ ICSID ได้ โดยผ่านบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งก็สอดคล้องกับ ข้อบทการลงทุนของร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ข้อ 15.3 (2) (b) ซึ่งให้ให้การอนุญาตโตตุลาการโดยกระบวนการ ICSID Additional facility rules ได้

ในส่วนของกระบวนการที่ประเทศไทยจะต้องทำหากประสงค์จะให้การอนุญาตโตตุลาการตามกระบวนการของ ICSID Additional facility rules นั้นจะต้องเป็นไปตามข้อ 2 ของ Schedule C ของ ICSID Additional facility rules ซึ่งบัญญัติเรื่องการร้องขอใช้กระบวนการของการอนุญาตโตตุลาการของศูนย์ว่า

“ข้อ 2 คำร้อง

(1) รัฐใด หรือชนชาติของรัฐที่ประสงค์จะเริ่มกระบวนการอนุญาตโตตุลาการ จะส่งคำร้องเป็นหนังสือต่อเลขาธิการของศูนย์ โดยเขียนในภาษาราชการของศูนย์ ซึ่งลงวันที่ และลงนามคู่กรณีพิพาทที่ร้องขอ หรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

(2) คำร้องอาจถูกทำร่วมกันโดยคู่กรณีพิพาทก็ได้”

จากการพิจารณาข้อ 2 จะเห็นได้ว่าการที่รัฐใด หรือชนชาติรัฐใด ประสงค์จะเริ่มกระบวนการอนุญาตโตตุลาการก็เท่ากับว่ายอมรับเขตอำนาจอนุญาตโตตุลาการแล้ว แต่ทั้งนี้ต้องไม่สับสนกับการเข้าผูกพันตามความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ตามข้อตกลงดังกล่าว ประเทศภาคีทั้งคู่เข้าผูกพันตามบทบัญญัติของความตกลง ในส่วนของการขจัดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐผูกพันที่จะเลือกวิธีการขจัดข้อพิพาทอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามที่ปรากฏในหมวดว่า

Article 2 The Request

(1) Any State or any national of a State wishing to institute arbitration proceedings shall send a request to that effect in writing to the Secretariat at the seat of the Centre. It shall be drawn up in an official language of the Centre, shall be dated and shall be signed by the requesting party or its duly authorized representative.

(2) The request may be made jointly by the parties to the dispute.

ด้วยการขจัดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐทั้งสองผูกพันที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท ไม่ได้ แสดงว่ายอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นเมื่อใด ผู้เขียนจะศึกษาว่าการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID เกิดขึ้นเมื่อใด โดยศึกษาจากแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคดีในเรื่องนี้มีอยู่ 6 คดีดังนี้

1. คดี South Pacific Properties (Middle East) Ltd. And South Pacific Properties Ltd. (Hong Kong) v. The Arab Republic of Egypt (Case No. ARB/84/3)⁶

บริษัทกลุ่ม South Pacific Properties ได้ทำสัญญากับรัฐบาลอียิปต์โดยตกลงว่าจะทำโครงการท่องเที่ยวระหว่างประเทศในอียิปต์ โดยรัฐบาลให้ SSP และ EOTH ซึ่งเป็นองค์การท่องเที่ยวและโรงแรมแห่งชาติอียิปต์เป็นผู้ทำสัญญา โดยไม่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาดังกล่าว แต่ในบทบัญญัติของกฎหมายการลงทุนต่างประเทศของอียิปต์ ค.ศ. 1974 มีบทบัญญัติว่าประเทศอียิปต์จะทำการระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยใช้ ICSID

ต่อมาได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นและฝ่ายบริษัทกลุ่ม South Pacific Properties ได้ยื่นคำร้องขอให้บริการของ ICSID รัฐบาลอียิปต์คัดค้านว่าไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการและไม่เคยให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนเองมีอำนาจ เพราะ บทบัญญัติของกฎหมายการลงทุนต่างประเทศของอียิปต์มีข้อความว่า ประเทศอียิปต์ยินยอมที่จะระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในส่วนของรัฐบาลอียิปต์แล้ว ในส่วนของบริษัทนั้น การตกลงหรือความยินยอมมีอยู่ในจดหมายที่บริษัทมีไปถึงรัฐมนตรีกระทรวงการท่องเที่ยวก่อนที่จะเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการโดย ICSID และการที่คำขอลำบากขอให้บริการของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น ก็เป็นการยอมรับเขตอำนาจของ ICSID เช่นกัน⁷

⁶ ICSID Reports Volume 2, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994) หน้า 45-78

⁷ เฟ็งอ้าง, หน้า 105

2. คดี Asian Agriculture Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka (Case No.ARB/87/3)

ผู้ร้อง AAPL บริษัทฮ่องกงได้เข้าทำสัญญากับประเทศศรีลังกาเพื่อร่วมลงทุนทำฟาร์มเลี้ยงกุ้งในศรีลังกา แต่ในสัญญาร่วมลงทุนไม่มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการ ต่อมาเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลศรีลังกากับบริษัทดังกล่าว บริษัทอ้างว่ารัฐบาลศรีลังกาผิดสัญญาร่วมลงทุน และได้ร้องขอให้มีการให้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID รัฐบาลศรีลังกาคัดค้านโดยอ้างเหตุผลหลายประการ โดยเหตุผลหนึ่งก็คือรัฐบาลไม่เคยให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID

ในข้อเท็จจริงดังกล่าวอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจ เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลศรีลังกาได้ให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจ ICSID แล้ว โดยอยู่ในข้อ 8 (1) แห่งสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างศรีลังกากับอังกฤษ⁸

3. คดี MAT v. Zaire

ในคดีดังกล่าวมีประเด็นในเรื่องความยินยอมอยู่ว่ารัฐบาลซาอีร์ได้ให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID หรือไม่ ซึ่งในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่า ICSID มีเขตอำนาจ เพราะรัฐบาลซาอีร์ได้ให้ความยินยอมแล้วโดยอยู่ในสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างซาอีร์และสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1984 ข้อ 7 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า คู่กรณีแต่ละฝ่ายยินยอมเสนอข้อพิพาททางการลงทุนต่อ ICSID เพื่อการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการที่ผูกพัน และบริษัท MAT ก็ได้เลือกใช้การอนุญาโตตุลาการที่ ICSID และขอให้ตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาอันเป็นการแสดงความยินยอมตามสนธิสัญญาแล้ว⁹

4. คดี Ceskoslovenska Onchodni Banka, AS. v. The Slovak Republic

ธนาคาร Ceskoslovenska Onchodni Banka, AS. (CSOB) ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็กได้ทำสัญญาปรับปรุงกิจการทางการเงินของธนาคารกับกระทรวงการคลังของสาธารณรัฐเช็กและกระทรวงการคลังของสาธารณรัฐสโลวาเกีย เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1993 เพื่อ

⁸ Yearbook Commercial Arbitration Volume XVII 150-110 (1992), หน้า 107-110

⁹ International Legal Materials 1531-1561 (November 1997), หน้า 1545

แปรรูปธนาคาร CSOB และการประกอบกิจการในสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก หลังจากที่มีการแบ่งแยกประเทศเช็กโกสโลวาเกียเป็นสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก โดยระบุให้โอนหนี้เงินกู้ที่ยังไม่ได้ชำระของบุคคลต่างๆ ที่มีอยู่กับธนาคาร CSOB ให้กับบริษัทบริหารหนี้ 2 แห่งที่ตั้งขึ้น ซึ่งแห่งหนึ่งอยู่ในสาธารณรัฐเช็กและอีกแห่งหนึ่งอยู่ในสาธารณรัฐสโลวัก บริษัท 2 แห่งดังกล่าวต้องจ่ายเงินสำหรับหนี้ที่โอนให้กับธนาคาร CSOB แต่บริษัทจะได้รับเงินทุนที่จำเป็นจากธนาคาร CSOB ตามสัญญากู้ยืม

ต่อมามีการกระทำที่บริษัทอ้างว่าผิดสัญญา และในวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1997 ธนาคาร CSOB ได้ยื่นคำร้องขอบริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยขอให้สาธารณรัฐสโลวักรับผิดชอบตามข้อพิพาทเกี่ยวกับการแปรรูปธนาคาร CSOB ซึ่งเลขาธิการ ICSID ได้จดทะเบียนคำร้องในวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1997

ในคดีนี้มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจของ ICSID โดยสาธารณรัฐสโลวักได้โต้แย้งเบื้องต้นว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจด้วยเหตุผลหลายประการ และเหตุประการหนึ่งคือ ไม่มีความยินยอมของฝ่ายสาธารณรัฐสโลวัก เพราะไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าจะเสนอข้อพิพาทจากการแปรรูปธนาคาร CSOB ให้คณะอนุญาโตตุลาการของ ICSID พิจารณาชี้ขาด ดังนั้นในคดีนี้จึงมีปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับความยินยอมของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายว่ามีหรือไม่และจำเป็นต้องอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันหรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณาปรากฏว่า มีความยินยอมของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายแต่ความยินยอมนั้นไม่ได้อยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันกล่าวคือ ความยินยอมของฝ่ายเอกชนคือธนาคาร CSOB นั้นอยู่ในคำร้องขอให้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และความยินยอมของฝ่ายรัฐนั้นอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก คณะอนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่า ICSID มีเขตอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทคดีนี้

5. คดี Autopista Concessionada de Venezuela, C.A. v. Bolivian Republic of Venezuela (Case No. AR/005)

ในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1996 บริษัท Autopista Concessionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายเวเนซุเอลา แต่ในขณะนั้นบริษัท AUCOVEN เป็นบริษัทที่ถูกควบคุมโดยบริษัทสาขาเม็กซิกันของบริษัท ICA ได้ทำสัญญารับสัมปทานกับกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานของเวเนซุเอลา เพื่อก่อสร้างและบำรุงรักษาทางด่วน / สาย โดยมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย ต่อมาบริษัท AUCOVEN ยื่นคำขอโอนหุ้นจำนวน

75% ของบริษัท AUCOVEN ให้กับบริษัท ICATECH ซึ่งชาวอเมริกันเป็นเจ้าของต่อกระทรวง โครงสร้างพื้นฐานของเวเนซุเอลา และเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1998 บริษัท AUCOVEN ก็ได้รับอนุญาตให้โอนหุ้นดังกล่าว

ต่อมาได้มีปัญหาพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานดังกล่าว และในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2000 บริษัท AUCOVEN ได้ยื่นคำร้องขอให้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยเรียกร้องให้ เวเนซุเอลารับผิดชอบตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน ค.ศ. 1996 และ ในวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2000 เลขาธิการ ICSID ได้รับจดทะเบียนคำร้องขอและเชื้อเชิญให้ คู่กรณีตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

หลังจากมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว เวเนซุเอลาโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจของ ICSID โดยเน้นบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ข้อ 25 (2) (b) ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในคดีนี้ เพราะบริษัท AUCOVEN ถูกควบคุมโดยบริษัท ICA ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมาย เม็กซิกัน และดังนั้นบริษัท AUCOVEN จึงไม่สามารถขอให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้ เนื่องจากเม็กซิโกไม่ได้เป็นประเทศภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน นอกจากนี้เวเนซุเอลาอ้างว่า ประเทศของตนไม่ได้ปฏิบัติต่อบริษัท AUCOVEN ในฐานะเป็นคนชาติของสหรัฐอเมริกา ส่วน บริษัท AUCOVEN นั้นอ้างว่าความยินยอมของเวเนซุเอลาในการใช้บริการ ICSID อยู่ในข้อตกลง อนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขว่าจะเกิดผลเมื่อผู้ถือหุ้นของบริษัท AUCOVEN กลายเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน อันเป็นความยินยอมต่อเขตอำนาจ ของ ICSID แล้ว

ในการทำคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 2001 คณะอนุญาโตตุลาการยืนยันว่า ICSID มีเขตอำนาจในข้อพิพาทดังกล่าวด้วยเหตุผลว่า การเลือกของคู่กรณีในการทำสัญญาเสนอ ข้อพิพาทต่อ ICSID โดยบริษัท AUCOVEN ซึ่งถูกควบคุมจากต่างประเทศแต่มีการวางเงื่อนไขว่า จะเกิดผลเมื่อผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท AUCOVEN กลายเป็นคนชาติของประเทศภาคีดังกล่าว นั้นมีเหตุผลแล้ว และเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวใช้บังคับได้

คณะอนุญาโตตุลาการตั้งข้อสังเกตว่า อนุสัญญาไม่ได้ต้องการรูปแบบของข้อตกลงตาม ข้อ 25 (2) (b) อย่างเจาะจงที่เกี่ยวกับการควบคุมจากต่างชาติ แต่เป็นเรื่องคู่กรณีจะตกลงกันหรือ เห็นพ้องกันว่าอย่างไรเป็นการควบคุมจากต่างชาติ คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจยอมรับการให้คำ

นิยามที่จำกัดในเรื่องการควบคุมจากต่างชาติ เว้นแต่คู่กรณีได้ใช้ดุลยพินิจในทางที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

6. คดี Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (Case No. ARB/94/2)

ในคดีนี้บริษัท Tradex Hellas S.A. ที่ตั้งขึ้นในประเทศกรีซ ได้ทำสัญญากิจการร่วมทุนทางการเกษตรกับบริษัท T.B. Torovitsa บริษัทที่ทำการค้าของรัฐอัลเบเนีย โดยจะทำการเกษตรทั้งปลูกพืชและเลี้ยงสัตว์ ตลอดจนทำผลิตภัณฑ์จากพืชและสัตว์และขายเป็นการค้า ในวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1992

หลังจากได้ดำเนินการตามสัญญาร่วมทุนมีเหตุการณ์หลายอย่างเกิดขึ้นในอัลเบเนียที่บริษัท Tradex Hellas S.A. เห็นว่าเป็นการยึดทรัพย์สินโดยอัลเบเนีย เช่น อัลเบเนียได้โอนที่ดินที่ตั้งของฟาร์มที่ทำกิจการไปให้ชาวบ้านในหมู่บ้านที่เป็นที่ตั้งของฟาร์ม พืชผล สัตว์ และเมล็ดพันธุ์พืชถูกชาวบ้านขโมยไป และอื่นๆ จนทำให้ไม่สามารถดำเนินการร่วมค้าได้ต่อไปทั้งบริษัท จึงตกลงกันเลิกกิจการร่วมค้า และบริษัท Tradex Hellas S.A. ได้ขอให้อัลเบเนียชดใช้สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยึดทรัพย์สินและต่อมาได้เสนอข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID ดำเนินการอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 และเลขาธิการ ICSID ได้จดทะเบียนคำร้องไว้เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1994

อัลเบเนียได้ต่อสู้หลายประการรวมทั้งโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจโดยอ้างว่า อัลเบเนียไม่เคยให้ความยินยอมที่จะมีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID แต่อย่างไร คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า ICSID มีเขตอำนาจในคดีนี้ เนื่องจากได้มีการให้ความยินยอมแล้ว กล่าวคือในส่วนของอัลเบเนียนั้นความยินยอมอยู่ในกฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ ค.ศ. 1993 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวกำหนดหลักประกันในการลงทุนว่าหากมีการยึดทรัพย์สินในการลงทุนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID เพื่อพิจารณาชี้ขาด ส่วนความยินยอมของฝ่ายบริษัท Tradex Hellas S.A. นั้น อยู่ในคำร้องขอใช้บริการการอนุญาโตตุลาการที่ยื่นต่อ ICSID แล้ว

อย่างไรก็ตามบริษัท Tradex Hellas S.A. ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าได้มีการยึดทรัพย์สินโดยรัฐอัลเบเนียจริง คณะอนุญาโตตุลาการจึงได้ปฏิเสธคำเรียกร้องของบริษัท Tradex Hellas S.A. ในเรื่องค่าเสียหายที่เรียกร้อง

ในคดีแรกได้มีกฎหมายภายในระบุดังกล่าว ผลของมันก็คือ อียิปต์มีกฎหมายภายในแสดงเจตนาชัดเจนที่จะเข้าผูกพัน ICSID แล้ว หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในคดีที่ 2 จากการอ่านคำตัดสินดังกล่าว เห็นว่าการยอมรับเขตอำนาจอาจปรากฏในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนก็ได้ เพราะศรีลังกาแสดงเจตนาชัดเจนในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนว่าหากเกิดข้อพิพาท ทางการลงทุนจะใช้การระงับข้อพิพาทโดย ICSID

ในคดีที่ 3 นั้นก็เช่นเดียวกับคดีที่ 2 โดยในคดีนี้ซาอุดีได้แสดงเจตนายอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเช่นกัน

ในคดีที่ 4 อนุญาโตตุลาการได้แสดงให้เห็นว่า มีการยอมรับเขตอำนาจของการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยแสดงเจตนาชัดเจนว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐโวลีก จะต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการของ ICSID

คดีที่ 5 เป็นเรื่องการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยมีเงื่อนไขภายหลังเมื่อเงื่อนไขนั้นได้เกิดขึ้นก็จะเท่ากับว่าเวเนซุเอลายอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในคดีสุดท้าย ความยินยอมอยู่ในกฎหมายภายในของอัลเบเนีย อันได้แก่กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ ค.ศ. 1993 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวกำหนดว่าหากมีการยึดทรัพย์สินในการลงทุนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ดังนั้นการแสดงเจตนารับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID ปรากฏในเอกสารทางกฎหมายหลายลักษณะ บางครั้งการแสดงเจตนาจะปรากฏในกฎหมายภายใน บางครั้งการแสดงเจตนาจะปรากฏในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่ทั้งนี้ต้องมีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าจะใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ด้วย

แต่คำตัดสินทั้งหมดนั้นเป็นเรื่องของข้อพิพาทที่อยู่ภายใน ICSID Convention ไม่ใช่ ICSID Additional Facility Rules คำถามที่น่าพิจารณาก็คือ การยอมรับเขตอำนาจของ

อนุญาโตตุลาการตาม ICSID Additional Facility Rules จะเกิดขึ้นเมื่อใด ผู้เขียนมีความเห็นว่า จะต้องพิจารณาตามข้อ 2 ของ Schedule C ของ ICSID Additional facility rules¹ ซึ่งบัญญัติเรื่องการร้องขอให้กระบวนการของการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ว่า

“ข้อ 2 คำร้อง

(1) รัฐใด หรือคนชาติของรัฐที่ประสงค์จะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะส่งคำร้องเป็นหนังสือต่อเลขาธิการของศูนย์ โดยเขียนในภาษาราชการของศูนย์ ซึ่งลงวันที่ และลงนามคู่กรณีพิพาทที่ร้องขอ หรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

(2) คำร้องอาจถูกทำร่วมกันโดยคู่กรณีพิพาทก็ได้”

นั่นหมายความว่าอำนาจหรือเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID Additional facility rules จะเกิดขึ้นเมื่อรัฐ หรือเอกชนได้ยื่นขอการอนุญาโตตุลาการ จึงอาจสรุปได้ว่าการเข้าร่วมความตกลงเขตการค้าเสรีฯ จะไม่ถือว่าเป็นการยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID แต่อย่างใด

5.3 ปัญหาและผลกระทบเรื่องการเลือกกฎหมาย

ถ้าพิจารณาจากปัญหาการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน โดยสำหรับประเทศไทย การลงทุนส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน เช่นสัญญาสัมปทาน, สัญญาการก่อสร้างโครงการใหญ่ๆ เพื่อการพัฒนาประเทศ สัญญาต่างๆ เหล่านี้ เป็นสัญญาที่รัฐใช้อำนาจรัฐในการเข้าผูกพันกับเอกชน ซึ่งเอกชนที่ในที่นี่มักจะหมายถึง บริษัทข้ามชาติที่เข้าลงทุนในโครงการขนาดใหญ่นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา จึงมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน และวิธีการขจัดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ดังนั้นจึงพอสรุปเป็นแนวทางได้ว่า การลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญาระหว่างรัฐเอกชนต่างชาติที่เรียกว่า State Contract

Article 2 The Request

(1) Any State or any national of a State wishing to institute arbitration proceedings shall send a request to that effect in writing to the Secretariat at the seat of the Centre. It shall be drawn up in an official language of the Centre, shall be dated and shall be signed by the requesting party or its duly authorized representative.

(2) The request may be made jointly by the parties to the dispute.

ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่เรียก State Contract นี้ มักจะเป็นคดีที่ขึ้นอนุญาโตตุลาการอย่างบ่อยครั้งที่สุด ดังนั้นปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ ข้อ 42 ของ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน กำหนดว่า

“(1) ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกัน ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกันดังกล่าวให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจใช้บังคับได้

(2) อนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธการตัดสินข้อพิพาทโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่ชัดเจนไม่ได้

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

เนื่องจากสัญญารัฐกับเอกชนต่างชาติ จัดเป็นสัญญาระหว่างประเทศประเภทหนึ่ง เมื่อเป็นสัญญาระหว่างประเทศจึงจะต้องใช้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law Rules) เนื่องจากอนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งเป็นสถาบัน จึงได้มี อนุสัญญากำหนดรายละเอียดต่างๆ ตั้งแต่กระบวนการวิธีพิจารณา กฎหมายที่ใช้บังคับ จนกระทั่งการ

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.

ยอมรับบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงพออนุมานได้ว่าข้อ 42 เป็นกฎหมายที่เป็น
 ฐานรองรับ¹⁰ ให้คู่กรณีเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา

โดยหลักของ Conflict of Law กฎหมายที่เป็นฐานรองรับคือ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกัน
 แห่งกฎหมาย จะอนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมาย เช่นมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการ
 ขัดกันแห่งกฎหมาย อนุญาตให้คู่กรณีเลือกกฎหมาย นั้นหมายความว่า คู่กรณีสามารถเลือก
 กฎหมายได้ เพราะมาตรา 13 บัญญัติรับรองสิทธิให้ทำเช่นนั้น

ในกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ค.ศ.
 1965 ข้อ 42 จึงถือว่าเป็นข้อบทที่เป็นฐานรองรับให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายได้ หลักการของ
 ข้อ 42 สะท้อนให้เห็นหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาระหว่างประเทศ นั่นคือหลักความศักดิ์สิทธิ์
 ของการแสดงเจตนา ตามหลักนี้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาทอันเกิด
 จากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนได้

ตามข้อ 42 ตีบทภาษาอังกฤษกล่าวไว้ชัดเจนว่า "The Tribunal shall decide a dispute
 in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties..." คำว่า rules of
 law มีความหมายอย่างไร คู่กรณีเลือกกฎหมายภายในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีความเกี่ยวพัน
 กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็ได้, คู่กรณีอาจเลือกกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับก็ได้,
 คู่กรณีอาจเลือกหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยระบุหลักกฎหมายไปเลย เช่น หลักสุจริต
 (Principle of good faith), หลักแห่งความมีเหตุผลและความเป็นธรรม แต่ถึงกระนั้นก็จำเป็นต้อง
 มาพิจารณาคำว่า rules of law เสียก่อนว่าหมายความว่าอะไร คำแปลเป็นภาษาไทยจะหมายถึง
 กฎเกณฑ์ของกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่า rules of law มีความหมายกว้าง หมายถึงกฎเกณฑ์ของ

¹⁰ ชุมพร บัจจุสานนท์. กฎหมายที่เป็นฐานรองรับ กับกฎหมายที่คู่กรณีเลือกในสัญญา
 ระหว่างรัฐกับเอกชน. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 9 ฉบับที่ 1
 (2527) หน้า 79

ตัวอย่าง ในปี ค.ศ. 1958 ประเทศตูนิเซียและบริษัทขนส่งทางท่อที่ Sahara Companie
 des Transports par pipeline au Sahara ซึ่งเป็นบริษัทฝรั่งเศส ได้กำหนดไว้ในข้อ 22 ว่า
 "อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาคดี โดยอาศัยหลักแห่งความเที่ยงธรรม และไม่จำเป็นต้อง
 จะต้องตามหลักกฎหมายพิเศษอื่นๆ ถ้าจำเป็น ศาลอาจจะตัดสินคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายและ
 โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศ"

กฎหมายใดก็ได้ที่ใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมายต่างๆ ของโลก ถ้าคู่กรณียอมรับหลักเกณฑ์ หรือ กฎเกณฑ์เช่นนั้นก็ยอมทำได้ ผู้บัญญัติกฎหมายไม่ต้องการจำกัดการเลือกกฎหมาย เนื่องจาก สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน มักจะเกิดจากเอกชนที่เป็นบริษัทข้ามชาติที่มาจากประเทศที่ร่ำรวย หรือประเทศอุตสาหกรรม ในขณะที่เดียวกันประเทศที่รับการลงทุนมักจะเป็นประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นกฎหมายของประเทศเหล่านี้จะมีความหลากหลาย และนับถือกฎหมายทั้งทางกฎหมายที่ แตกต่างกันไป ผู้บัญญัติข้อ 42 จึงพยายามกล่าวถึงการเลือกกฎหมายในลักษณะกว้าง โดยใช้คำว่า rules of law มากกว่าที่จะมาระบุถึงกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศ คำว่า rules of law หรือกฎหมายทั้งทางกฎหมายจึงมีความหมายกว้างมาก

เมื่อ rules of law มีความหมายกว้างมากผู้เขียนจึงพยายามอธิบายว่า rules of law ที่ คู่กรณีเลือก จะหมายถึงกฎหมายภายในของประเทศประเทศหนึ่งก็ได้, หมายถึงกฎหมายระหว่าง ประเทศก็ได้, หมายถึงหลักกฎหมายภายใน หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้ แต่การ พิจารณาถึงการเลือก rules of law จะกระจ่างชัดได้ต่อเมื่อได้มีการพิจารณาคำตัดสินของ อนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับการเลือกกฎหมาย คำตัดสินที่เกี่ยวกับเรื่องนี้มีอยู่ด้วยกัน 7 คดี ซึ่งใน แต่ละคดี อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยต่างกันดังนี้

1. คดี Atlantic Triton v. Guinea

คู่กรณีตกลงกันให้ใช้หลักความยุติธรรมและหลักความสุจริตปรับกับข้อพิพาทซึ่งระบุไว้ใน bank guarantee คณะอนุญาโตตุลาการยอมได้รับอำนาจให้ชี้ขาดโดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมายได้ แต่ใช้หลักความยุติธรรมและหลักความสุจริตปรับกับข้อพิพาทนั้น¹¹

2. คดี Benvenuti et Bonfant v. Congo (Case No.ARB/80/1)¹²

¹¹ ICSID Reports Volume 3, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1995) หน้า 42

¹² 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).

คดีนี้เป็นคดีที่มีการทำสัญญาระหว่างบริษัท Benvenuti et Bonfant ซึ่งเป็นบริษัทอิตาลี เลียนกับรัฐบาลคองโก เพื่อร่วมกันตั้งโรงงานผลิตขวดพลาสติกในคองโก และในสัญญาที่รัฐบาล คองโกสัญญาว่าจะให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการตั้งโรงงานและช่วยเหลือในเรื่องภาษีใน การที่บริษัทสัญญาว่าจะสร้างโรงงานและจัดการเรื่องการตลาดในการขายขวด ต่อมารัฐบาล คองโกเข้ายึดโรงงานบริษัทจึงยื่นคำร้องขอให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในระหว่างการพิจารณาคู่กรณีตกลงกันว่าให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทโดยใช้ หลักความยุติธรรม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักความยุติธรรมปรับกับข้อพิพาทนั้น

จากสองคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่า คู่กรณีตกลงกันเลือกหลักความยุติธรรม และหลักสุจริต ทั้งสองหลักเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ยอมรับโดยนานาอารยประเทศ ซึ่งก็ถือว่าเป็น rules of law อย่างหนึ่ง

ในคดีที่ 3. คดี AGIP v. Congo เป็นตัวอย่างของการเลือกกฎหมายภายในและกฎหมาย ระหว่างประเทศ ปัญหาความเห็นอกว่าของกฎหมายจะเกิดขึ้นในทำนองว่า หากมีการขัดกัน ระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศบังคับ

ในคดีนี้คู่กรณีระบุให้ใช้กฎหมายคองโกและหลักกฎหมายระหว่างประเทศหากมีกรณี ที่จำเป็น เช่น ถ้าไม่มีหลักกฎหมายภายในชัดเจน แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากฎหมายภายใน ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการยึดทรัพย์ จึงให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และถึงแม้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนและภายหลังรัฐผู้รับการลงทุนได้ เปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิของผู้ลงทุนอื่นทำให้ไม่มีสิทธิต่างๆ คณะอนุญาโตตุลาการก็ จะไม่พิจารณากฎหมายฉบับที่แก้ไข เพราะขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ จึง ต้องพิจารณาเฉพาะกฎหมายฉบับเดิมก่อนมีการแก้ไข¹³

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการเลือกกฎหมายในแบบผสมแล้ว อนุญาโตตุลาการ ได้ให้น้ำหนักกับกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่า เพราะแม้มีกฎหมายภายในกำหนดไว้ แต่ขัดกับ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศมาพิจารณา

¹³ ICSID Reports Volume 1, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1993) หน้า 307

ในบางครั้งเกิดความสงสัยว่าคู่กรณีเลือก rules of law หรือไม่ เนื่องจากคู่กรณีตกลงเลือกกฎหมายไม่ชัดเจน คดีที่อนุญาตตุลาการได้ตัดสินคือคดี Lecto v. Liberia และคดี AAPL v. Srilanka

4. คดี Lecto v. Liberia

คดีนี้มีปัญหาว่าเอกสารที่อธิบายเพิ่มเติมในสัญญาสัมปทานซึ่งอ้างว่าฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ปฏิบัติตามนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด เพราะมีการโต้แย้งกันในเรื่องกฎหมายว่า การใช้กฎหมายไลบีเรียทั้งที่ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดแจ้งจะทำได้หรือไม่ และเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองหรือไม่ เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลไลบีเรียเห็นว่าเห็นว่าการใช้กฎหมายของประเทศตน แต่บริษัท Lecto เห็นว่าใช้ไม่ได้ เพราะไม่ได้มีการระบุกฎหมายไว้แต่ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าต้องใช้กฎหมายไลบีเรีย (Liberian Code) บังคับ แม้คู่กรณีจะไม่ได้ระบุอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมายอื่นๆ จึงควรชี้ขาดโดยเคารพการแสดงเจตนาโดยปริยายของคู่กรณี และกฎหมายนี้ไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใดจึงใช้บังคับร่วมกันได้¹⁴

5. คดี AAPL v. Srilanka

คดีนี้มีกรณีโต้แย้งกันเรื่องหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้อพิพาทเช่นกัน เนื่องจากไม่มีการระบุกฎหมายที่ใช้บังคับไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ตามพฤติการณ์ของคู่กรณีแสดงให้เห็นว่าใช้สนธิสัญญาทางการลงทุนระหว่างอังกฤษและศรีลังกามาใช้บังคับ ซึ่งกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายภายในมาใช้บังคับ¹⁵

จากข้อ 42 กรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือกกฎหมาย บทบัญญัติข้อนี้เองได้เสนอให้นำเอากฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน กับกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับ อนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุนก่อน หากมีข้อขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ จึงจะใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ 6. คดี Amco v. Indonesia

¹⁴ เพิ่งอ้าง, หน้า 452-454

¹⁵ Yearbook Commercial Arbitration Volume XVII (1992), หน้า 109-110

ในคดีนี้คู่กรณีไม่ได้ระบุกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท แต่อนุญาโตตุลาการก็ใช้กฎหมายสารบัญญัติของอินโดนีเซีย คือ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน เพราะคู่กรณีมีปัญหาพิพาทกันในเรื่องกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากพิพาทกันเรื่องการลงทุนในอินโดนีเซีย เว้นแต่จะมีสัญญาเพิ่มเติมหรือขัดกันจึงจะใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁶

อีกตัวอย่างหนึ่งคือ 7. คดี Klockner Industries-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. and Klockner Handel-maatschappij B.Vv. v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais (Case No. ARB/81/2)¹⁷

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 % รัฐบาลแคเมอรูนตกลงที่จะจัดหาที่ดินที่ตั้งโรงงานที่เหมาะสมและค่าประกันการชำระเงินกู้ที่บริษัทกู้เพื่อนำมาสร้างโรงงาน

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

ได้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดในปี ค.ศ. 1983 ให้รัฐบาลแคเมอรูนชนะ โดยให้เหตุผลว่า หนี้สินของแคเมอรูนระงับสิ้นไปแล้ว

¹⁶ Amco v. Indonesia (Annulment), 25 *International Legal Materials*, 1441, 1446 (1986).

¹⁷ *ICSID Reports Volume 2*, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994) หน้า 3-76

เนื่องจากบริษัท Klockner ละเลยที่จะปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงต่อผู้ร่วมลงทุน

ในปี ค.ศ. 1984 บริษัท Klockner ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ ICSID ขอให้ยกเลิกคำชี้ขาด และได้มีการตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นพิจารณา ซึ่งปัญหาในเรื่องการขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดและถกเถียงกันเรื่องหนึ่งก็คือ เรื่องกฎหมายที่ใช้พิจารณา ซึ่งคณะกรรมการเฉพาะกิจได้ตัดสินใจคณะอนุญาโตตุลาการไม่จำต้องชี้ขาดโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว แต่ให้พิจารณาหลักกฎหมายภายในด้วย แต่ถ้าหลักกฎหมายภายในขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ให้ใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ปัญหาที่น่าพิจารณาคือเรื่องของประเทศไทย หากประเทศไทยจำเป็นต้องเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ประเทศไทยควรเลือกกฎหมายใด และการที่ประเทศไทยเลือกกฎหมายระหว่างประเทศด้วยจะเป็นการสมควรหรือไม่ หรือควรจะใช้ด้วยคำอย่างไร เช่น หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ประเด็นการเลือกกฎหมายมีความสำคัญอย่างไรต่อการระงับข้อพิพาท การเลือกกฎหมายภายในหมายความว่าเลือกกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับสาระ และผลของสัญญามาใช้บังคับ เพราะโดยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาแล้วหลักนี้จะจำกัดแต่เพียงความสัมพันธ์ทางแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ไม่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ หรือที่เรียกว่า "กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน" ซึ่งกฎหมายประเภทนี้ไม่ปล่อยให้คู่กรณีที่เป็นเอกชนเลือก แต่ถ้าคู่กรณีเลือกกฎหมายระหว่างประเทศ ก็จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ และสัญญาจะถูกควบคุมโดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ผลก็คือ หากรัฐออกกฎหมายภายในใดที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐก็ต้องเกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศทันที

เพื่อแสดงผลที่เด่นชัดจะขอยกตัวอย่างการเลือกกฎหมาย สมมุติประเทศไทยเรา ซึ่งหมายถึง หน่วยงานของไทยที่มีความเป็นนิติบุคคลเข้าผูกพันทำสัญญากับเอกชนต่างชาติได้ และคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายภายในของประเทศไทย สัญญาจะระหว่างประเทศฉบับนี้จะตกอยู่ใต้กฎหมายไทยทั้งฉบับ หากประเทศไทยออกกฎหมายภายในกระทบกระเทือนสิทธิของคู่กรณีที่เอกชนต่างชาติ เช่นออกกฎหมายเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างชาติ สัญญาทั้งฉบับจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายไทยทั้งหมด การกระทำของรัฐโดยอ้างฐานจากกฎหมายภายในจึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องเสมอ และไม่อาจถือได้ว่าคู่กรณีรัฐภาคีผิดสัญญา แต่เอกชนต้องหาทางเยียวยาแก้ไขตามกระบวนการของกฎหมายภายใน ในทางกลับกันหากคู่สัญญาเลือกกฎหมายระหว่างประเทศ หาก

การกระทำของรัฐขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะถือว่าคู่กรณีภาคีสัญญา เพราะสัญญาอาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อเสนอแนะคือ การเลือกกฎหมายควรเลือกกฎหมายไทย และถ้าคู่กรณีต้องการหลักประกัน อาจมีการระบุถึงหลักแห่งความเที่ยงธรรม และสุจริต ซึ่งจะทำให้เกิดการตีความหลักดังกล่าวได้อย่างกว้างขวาง

5.4 ปัญหาและผลกระทบของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

ปัญหาหนึ่งของการอนุญาโตตุลาการก็คือ เมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการบังคับตามคำชี้ขาดก็ต้องนำคดีดังกล่าวมาฟ้องศาลภายในเพื่อบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งกระบวนการนี้ทำให้ขั้นตอนยุ่งยาก เพราะถึงอย่างไรก็ต้องนำคดีขึ้นมาสู่ศาลภายในอีกอยู่ดี เพียงแต่เป็นการลดขั้นตอนทางศาลลงเท่านั้น นอกจากนี้หลักเกณฑ์ภายในเรื่องการยอมรับบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศก็อาจมีความต่างกันไป จากเหตุผลดังกล่าวจึงเป็นมูลเหตุให้มีการออกอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การยอมรับตามอนุสัญญากรุงนิววยอร์ก ก็ยังมีการกำหนดเกณฑ์ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้ เพื่อให้รัฐสมาชิกดำเนินการไปในทำนองเดียวกัน เพื่อให้การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดมีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่นการที่ประเทศภาคีต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกดินแดนของตนโดยไม่คำนึงว่าประเทศนั้นเป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิววยอร์กหรือไม่ เว้นแต่มีการตั้งข้อสงวนไว้ในขณะเข้าเป็นภาคี¹⁸ ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 1 แห่งอนุสัญญากรุงนิววยอร์กว่า

“1. อนุสัญญานี้ให้ใช้บังคับกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนอื่นนอกจากภายในรัฐที่มีการขอให้รับรองหรือบังคับตาม และเกิดจากข้อพิพาทระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และใช้บังคับกับคำชี้ขาดที่ไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศที่มีการขอให้รับรองและบังคับตาม

2. คำว่า “คำชี้ขาด” ให้หมายความรวมถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งกันเองสำหรับแต่ละคดี และรวมถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีใช้บริการ

¹⁸ เสาวนีย์ อัครโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 166

3. เมื่อลงนาม สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติ อนุสัญญาฯ นี้ หรือบอกกล่าวการขยายระยะเวลาตามข้อ X รัฐอาจตั้งข้อสงวนตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกันว่าจะบังคับตามชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีเท่านั้น และอาจประกาศว่ารัฐจะใช้อนุสัญญานี้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญญาหรือไม่ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องการพาณิชย์ตามกฎหมายภายในของรัฐที่ประกาศเช่นนั้น"

สิ่งที่คู่กรณีฝ่ายที่บังคับตามคำชี้ขาดต้องกระทำคือ เสนอคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาลที่จะบังคับตามคำชี้ขาด โดยถ้าคำชี้ขาดนั้นทำในภาษาอื่นที่ไม่ใช่ภาษาทางการของประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดก็ต้องมีการแปลคำชี้ขาดนั้นด้วย

ในการบังคับตามคำชี้ขาดตามหลักในอนุสัญญากรุงนิวยอร์กนั้น ศาลหรือองค์กรอื่นที่บังคับคำชี้ขาดต้องไม่ทบทวนในเนื้อหาของการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่นไม่เข้าไปรื้อฟื้นการปรับกฎหมายกับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ แม้ศาลหรือองค์กรที่บังคับตามคำชี้ขาดจะไม่เห็นด้วยกับการปรับกฎหมายของอนุญาโตตุลาการและเห็นว่าเป็นการปรับกฎหมายผิดก็ตาม¹⁹

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาดนี้ ด้วยเหตุที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์กแล้ว กฎหมายไทยในปัจจุบัน อันได้แก่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก็ได้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นไปตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กอยู่ด้วย ได้แก่มาตรา 41 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งบัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับมาตรา 42 มาตรา 43 และมาตรา 44 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น”

¹⁹ เสาวนีย์ อัครวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 167

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยจะบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศเฉพาะคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่ประเทศไทยเป็นภาคีเท่านั้น ไม่ว่าจะอยู่ในชื่อของสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ก็ตาม นอกจากนั้นประเทศไทยจะบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่ประเทศไทยยอมผูกพันตนเท่านั้น

การที่กฎหมายมีบทบัญญัติระบุว่าประเทศไทยจะยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีเท่านั้น จึงอาจมีข้อสงสัยว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในบางประเทศที่ประเทศไทยจะไม่บังคับตามให้มัน ในเรื่องดังกล่าวนี้จะไม่เกิดขึ้น เพราะในขณะที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ซึ่งมีบทบัญญัติระบุว่าสนธิสัญญาดังกล่าวใช้บังคับกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในดินแดนอื่นนอกดินแดนของประเทศภาคีที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่มีการตั้งข้อสงวนในขณะที่มีการลงนามให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติสนธิสัญญาดังกล่าว ว่า ประเทศที่จะเข้าเป็นภาคีนั้นจะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกัน โดยจะบังคับตามคำชี้ขาดเฉพาะที่ทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีประเทศอื่นของอนุสัญญาเท่านั้น หรือจะใช้บังคับกับคำชี้ขาดสำหรับข้อพิพาทที่ถือว่าเป็นเรื่องการพาณิชย์ตามกฎหมายของประเทศตนเท่านั้น แต่ประเทศไทยมิได้ตั้งข้อสงวนใดๆ ในขณะที่ลงนามและให้สัตยาบันการเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว จึงต้องผูกพันบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกประเทศไทย ไม่ว่าจะคำชี้ขาดนั้นจะทำขึ้นในประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์กด้วยกันกับประเทศไทยหรือไม่ และไม่ว่าข้อพิพาทที่มีคำชี้ขาดจะเป็นเรื่องทางการพาณิชย์ตามกฎหมายไทยหรือไม่ก็ตาม

ส่วนถ้าได้มีคำชี้ขาดแล้วคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามกระบวนการในการที่คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องดำเนินการนั้นจะต้องเป็นไปตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติว่า "เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รับทำการไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน

* ข้อ 1 อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก

ผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเอกสารดังต่อไปนี้ มาแสดงต่อศาล

- (1) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (2) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง
- (3) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้วหรือปฏิญาณตนต่อหน้าศาลหรือต่อหน้าเจ้าพนักงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบาน หรือปฏิญาณหรือรับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปล หรือผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไทยในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น"

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีประเด็นที่น่าพิจารณาคือการที่ต้องยื่นคำร้องต่อ "ศาลที่มีเขตอำนาจ" ซึ่งศาลที่มีเขตอำนาจนี้ได้แก่ศาลใด ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องศาลที่มีเขตอำนาจว่า "ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้" จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดศาลที่มีเขตอำนาจไว้หลายศาล และการใช้คำว่า "หรือ" คั่นระหว่างศาลต่างๆ เหล่านี้ ทำให้ตีความได้ว่าเป็นเรื่องที่คุณกรณีอาจใช้สิทธิเลือกศาลที่จะยื่นคำร้องได้

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้ ควรเป็นเรื่องที่กำหนดแน่นอนโดยลักษณะของคดี ไม่ใช่เป็นเรื่องที่ให้สิทธิคุณกรณีที่จะเลือกศาลเองได้ เพราะหากให้สิทธิคู่พิพาทในการเลือกศาลเองได้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาบังคับคำชี้ขาดได้²⁰ ดังนั้น หากข้อพิพาทที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาหรือการค้าระหว่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศไทยก็อาจยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า

²⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ กิตติ ตูจันดา. การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ. รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ "ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ" (2549) หน้า 86

ระหว่างประเทศภาค หรือถ้าข้อพิพาทที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองคู่กรณีก็สามารถยื่นคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังได้กำหนดถึงเหตุที่จะสามารถปฏิเสธตามคำชี้ขาดจากต่างประเทศในมาตรา 43 เรื่องเหตุที่จะคัดค้านและไม่บังคับตามพิสูจน์ได้ว่า

มาตรา 43 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้อำนาจขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

- (1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น
- (2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว
- (3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงผู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น
- (4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้
- (5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ
- (6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและมาตรา 44^{*} เรื่องเหตุที่ผู้คัดค้านไม่จำเป็นต้องกล่าวอ้างแต่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ เอาไว้อีกด้วย

แต่ถ้าหากเราพิจารณาเรื่องของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะเห็นได้ว่าข้อ 53^{**} ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ ได้วางหลักเกณฑ์ว่าให้คำชี้ขาดตามอนุสัญญามีผลผูกพันคู่กรณีไว้ดังนี้

“(1) คำชี้ขาดย่อมมีผลผูกพันคู่กรณีและไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด เว้นแต่ที่จะบัญญัติไว้ในอนุสัญญานี้ คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องผูกพันและปฏิบัติตามคำชี้ขาด เว้นแต่จะมีการทะเลาะการบังคับตามคำชี้ขาดตามความในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญานี้

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

และข้อ 54^{***} ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ กำหนดภาระหน้าที่ของรัฐภาคีแต่ละรัฐให้รับรองคำชี้ขาดและบังคับคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ในทางการเงิน ไว้ดังนี้

มาตรา 44 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

^{**} 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.

^{***} 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

“(1) รัฐภาคีแต่ละรัฐยอมรับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นตามอนุสัญญานี้มีผลผูกพันและจะบังคับตามภาระหรือหนี้ซึ่งเป็นเรื่องทางการเงินที่กำหนดโดยคำชี้ขาดภายในดินแดนของตน เสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้ว รัฐภาคีซึ่งมีรัฐธรรมนูญแบบสหพันธรัฐอาจบังคับตามคำชี้ขาดนั้นโดยศาลของสหพันธรัฐและอาจกำหนดให้ศาลดังกล่าวต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น เสมือนว่าเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลของรัฐที่อยู่ภายใต้สหพันธ์

(2) คู่กรณีฝ่ายที่ขอให้มีการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดในดินแดนของรัฐภาคี ต้องยื่นสำเนาคำชี้ขาดที่รับรองโดยเลขาธิการ ICSID ต่อศาลที่มีเขตอำนาจหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจในการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด แต่ละรัฐต้องบอกกล่าวเลขาธิการ ICSID ถึงการแต่งตั้งที่มีเขตอำนาจหรือองค์กรอื่น ซึ่งมีวัตถุประสงค์นี้และการเปลี่ยนแปลงการแต่งตั้งดังกล่าว

(3) การบังคับตามคำชี้ขาดให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำพิพากษาที่ใช้บังคับในรัฐที่ได้รับการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น”

จากการอ่านข้อ 53, 54 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดมีผลผูกพันคู่ภาคี คำว่าผูกพันคู่ภาคี หมายความว่า คำชี้ขาดมีผลผูกพันคู่ภาคีแล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องขึ้นไปสู่กระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดอีก ซึ่งต่างจากกระบวนการของ อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก และตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งข้อดีตามกระบวนการของ ICSID นั้นก็คือ ความรวดเร็วของกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งศาลไม่ต้องพิจารณาคำชี้ขาดนั้นอีก เพราะคำชี้ขาดไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด และรัฐภาคีต้องยอมรับคำชี้ขาดที่ทำขึ้น

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.

ภายในดินแดนของตน เสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้วด้วย ดังนั้นจึงทำได้เพียงบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น แต่ข้อเสียก็คือศาลไม่สามารถตรวจสอบคำชี้ขาดนั้นได้เลยว่าถูกต้องหรือไม่อย่างไร

ดังนั้นในอนาคตหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ แล้วศาลไทยก็จะต้องบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยไม่สามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้เช่นกัน เหตุที่เป็นเช่นนั้นเพราะ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า "ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น" ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้วก็จะยอมผูกพันเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดเท่ากับพันธกรณีที่อนุสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ตามข้อ 53 และ 54 ของอนุสัญญาดังกล่าวที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

แต่ทั้งนี้การยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น ในกรณีนี้การยื่นต่อศาลมิได้เป็นการยื่นเพื่อให้ศาลพิจารณาคำชี้ขาดอีกแต่อย่างใด เป็นเพียงการยื่นต่อองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งในอนาคตหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้ว ประเทศไทยก็ต้องแจ้งต่อเลขาธิการ ICSID ว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งอาจจะระบุให้เป็น "ศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545" ก็ได้

แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันแต่อย่างใด ดังนั้นหากในอนาคตประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐฯแล้ว หากเกิดข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว และมีการตกลงกันให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในการระงับข้อพิพาทดังกล่าว คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยผ่านทาง Additional Facility Rules ตามข้อ 15.3 (b) ของข้อบทการลงทุนดังกล่าว 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

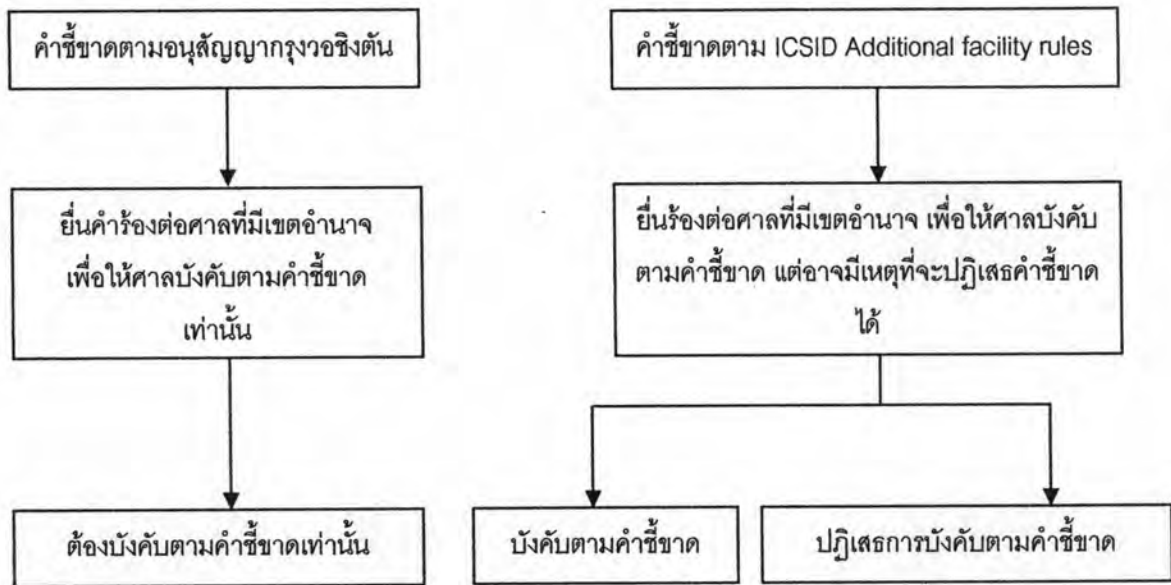
“คำชี้ขาดจะเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี คู่กรณีสามารถระงับข้อจำกัดเรื่องเวลาในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดใดๆ ที่อาจเกิดจากกฎหมายของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น”

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

ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจ ผู้เขียนจึงขอแสดงความแตกต่างของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน กับตาม ICSID Additional facility rules ในลักษณะของแผนภาพดังต่อไปนี้

* 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.



จากแผนภาพดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดตาม ICSID Additional facility rules นั้น จะเป็นประโยชน์แก่รัฐบาลไทยมากกว่า เพราะหากมีคำชี้ขาดเกิดขึ้นและคู่กรณีต้องการบังคับคำชี้ขาดดังกล่าวในประเทศไทยแล้ว หากเป็นกรณีตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ประเทศไทยจะไม่สามารถทำอะไรกับคำชี้ขาดนั้นได้เลยนอกจากบังคับตามคำชี้ขาดนั้น เพราะคำชี้ขาดนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด และรัฐภาคีต้องยอมรับคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นภายในดินแดนของตน เสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในที่ถึงที่สุดแล้วด้วย แต่หากเป็นกรณีของ ICSID Additional facility rules แล้วจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยมากกว่า เพราะศาลยังสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้ เพราะคำชี้ขาดดังกล่าวไม่ได้มีผลบังคับเหมือนกับคำชี้ขาดในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ดังนั้นในอนาคตหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกาแล้ว การที่จะใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตาม ICSID Additional facility rules ย่อมดีต่อประเทศไทยมากกว่าตามเหตุผลที่ได้กล่าวมา