

แนวคำตัดสินของ ICSID เกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม
: ศึกษากรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน



นางสาวภาวดี โชตะมะโน

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE PRINCIPLE OF FAIR AND EQUITABLE TREATMENT UNDER
ICSID'S AWARD : STUDY ON STATE - INVESTOR DISPUTES



Miss Paradee Chotamano

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

แนวคำตัดสินของ ICSID เกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและ
เที่ยงธรรม : ศึกษากรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

โดย

นางสาวภาวดี โชตะมะโน

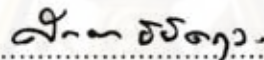
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

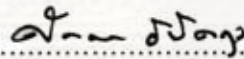
ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

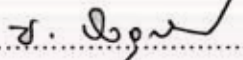


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา อนิตกุล)

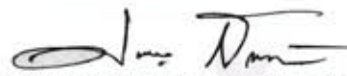
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา อนิตกุล)



..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์)



..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา อนิตกุล)



..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร. พรชัย ด่านวิวัฒน์)

ภารดี โชติมะโน : แนวคำตัดสินของ ICSID เกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและ
 เทียงธรรม : ศึกษากรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน. (THE PRINCIPLE OF FAIR AND
 EQUITABLE TREATMENT UNDER ICSID'S AWARD : STUDY ON STATE-INVESTOR
 DISPUTES) อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศ.ดร. ชุมพร ปัจจุบันนท์, 284 หน้า.

หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเทียงธรรมในกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศปรากฏในสนธิสัญญา
 หรือความตกลงระหว่างประเทศ โดยถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนเพื่อให้มีการคุ้มครอง
 การลงทุนระหว่างรัฐภาคี คือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อคนต่างด้าว แต่มาตรฐานดังกล่าวยังไม่มีความ
 ชัดเจน เนื่องจากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี โดยข้อบกพร่องของกฎหมายระหว่าง
 ประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี คือ มิได้อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษรทำให้ไม่ทราบขอบเขตที่ชัดเจนจึงส่งผลต่อ
 การปฏิบัติของรัฐต่างๆ ทำให้ต้องศึกษาค้นคว้าจากแนวคำพิพากษาของศาลต่างๆ รวมทั้งอนุญาโตตุลาการถือเป็น
 บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นกัน คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาท
 ทางการลงทุน (ICSID) ในเรื่องนี้มีหลายคดี แต่จะศึกษาจำกัดเฉพาะ 12 คดีว่าสามารถช่วยขยายความให้ชัดเจน
 ขึ้นได้หรือไม่ เพียงใด

ในการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการว่ารัฐผู้รับการลงทุนละเมิดต่อหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเทียงธรรม
 หรือไม่นั้น คณะอนุญาโตตุลาการ ICSID จึงต้องวินิจฉัยคดีพิพาทโดยอาศัยมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ
 ขึ้นมาประกอบในการวินิจฉัย ได้แก่ หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรม หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่
 ขอบด้วยกฎหมาย หลักการคุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักการชำระค่าชดเชย
 อันเกิดจากการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ หลักการสุจริต และหลักความโปร่งใส

อย่างไรก็ตาม แม้คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ICSID จะช่วยให้เกิดความชัดเจน
 แต่อนุญาโตตุลาการก็จำกัดอยู่แต่เฉพาะเพียงคดีนั้นๆ เท่านั้น เนื่องจากแต่ละคดีมีข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ที่
 แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวสามารถช่วยให้รัฐต่างๆ นำไปปรับใช้ในการเจรจาเพื่อทำความตกลง
 ในสนธิสัญญาการลงทุนต่อไป

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....
 ปีการศึกษา.....2552.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

4986273134 : MAJOR LAWS

KEY WORDS: FAIR / EQUITABLE / TREATMENT / ICSID / AWARD

PARADEE CHOTAMANO : THE PRINCIPLE OF FAIR AND EQUITABLE TREATMENT UNDER ICSID'S AWARD : STUDY ON STATE-INVESTOR DISPUTES. THESIS ADVISOR : PROF. CHUMPORN PATCHUSANONTRA, Ph.D. , 284 pp.

Fair and equitable treatment principle which appears in Treaties or International Agreements is a provision in International Investment Law regarding investment protection provided for investment protection between or among the parties, the minimum standard of treatment to aliens. Due to the standard was recognized as a customary international law, the minimum standard of treatment has a crucial deficiency, its non-written form, which left its scope in uncertainty and affect the States practice. Thus, further study from adjudication, whether judicial or arbitration is called for. This thesis is confined to study certain cases.

In order to resolve fair and equitable treatment disputes, the ICSID's Tribunals decide the cases by applying the other international minimum standards namely non-denial of justice, due process of law, full protection and security, non-discrimination, compensation for expropriation and nationalization, good faith and transparency.

Although the aforementioned Arbitral Awards give us a better more understanding of the principles and rules for fair and equitable principle, there were some limitations because many factors including circumstances had to be considered on a case by case basis. However, it can form guidelines for States to consider with a view to reaching an agreement on International Investment.

Field of Study :.....LAWS.....Student's Signature.....

Academic Year :..... 2009.....Advisor's Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุบันนท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล ประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้แนวคิด คำแนะนำ ชี้แนะแนวทางแก้ไขปัญหาทั้งหมด ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่องในการทำวิจัยด้วยดีตลอดมา ผู้วิจัยขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศรทูล สันติवासะ และอาจารย์ ดร. พรชัย ด่านวิวัฒน์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาดำเนินการสอบให้แก่ข้าพเจ้า ตลอดจนให้ข้อเสนอแนะในการนำมาปรับปรุงวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาที่ฝ่ายการเงิน บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด ทุก ๆ ท่านที่เข้าใจและเห็นใจผู้เขียน รวมถึงเพื่อน ๆ ร่วมงาน และน้อง ๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศที่ช่วยเหลือในเรื่องต่างๆรวมทั้งให้กำลังใจกับผู้เขียนเสมอมา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงไม่ได้หากไม่ได้รับการสนับสนุนด้านแรงใจจากครอบครัวของข้าพเจ้า คือ คุณพ่อ และ คุณแม่ที่คอยช่วยเหลือและห่วงใยมาตลอดจนผู้เขียนสำเร็จการศึกษา

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	2
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
บทที่ 2 ขอบข่ายของหลักประดิษฐ์อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมและปัญหา ความไม่ชัดเจนของการปรับใช้ในกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศ.....	4
2.1 ขอบข่ายของหลักประดิษฐ์อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามมาตรฐาน ขั้นต่ำในการประดิษฐ์ต่อคนต่างด้าว.....	15
2.2 เอกสารที่เกี่ยวข้องกับหลักประดิษฐ์อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม.....	19
2.2.1 สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี.....	22
2.2.2 ความตกลงระดับภูมิภาค.....	31
2.2.3 ความตกลงระดับพหุภาคี.....	39
2.3 สถานะของหลักประดิษฐ์อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในการเป็น หลักกฎหมายทั่วไป.....	48
2.4 ปัญหาความไม่ชัดเจนของการนำหลักประดิษฐ์อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม มาปรับใช้ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ.....	52
2.4.1 การกำหนดแนวทางไว้กว้างๆแต่ไม่ได้กำหนดวิธีการ.....	53
2.4.2 การไม่มีคำนิยามศัพท์.....	54
2.4.3 การนำไปปฏิบัติของรัฐที่แตกต่างกัน.....	56

บทที่ 3 ข้อพิพาทและคำตัดสินของ ICSID ประเด็นหลักประวัติข้อพิพาทอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ในการลงทุนระหว่างประเทศ.....	60
3.1 American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997	
3.1.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	61
3.1.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	62
3.1.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	65
3.1.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	65
3.2 Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999	
3.2.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	70
3.2.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	71
3.2.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	73
3.2.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	74
3.3 Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000	
3.3.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	77
3.3.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	78
3.3.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	82
3.3.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	82
3.4 Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000	
3.4.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	86
3.4.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	88
3.4.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	89
3.4.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	90
3.5 Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000	
3.5.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	94
3.5.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	97
3.5.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	98
3.5.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	99

3.6 Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001	
3.6.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	103
3.6.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	105
3.6.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	112
3.6.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	113
3.7 Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002	
3.7.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	116
3.7.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	116
3.7.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	120
3.7.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	120
3.8 Monde International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002	
3.8.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	124
3.8.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	125
3.8.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	129
3.8.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	129
3.9 ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003	
3.9.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	136
3.9.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	138
3.9.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	141
3.9.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	142
3.10 Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003	
3.10.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	148
3.10.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	150
3.10.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	154
3.10.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	154

3.11 The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United States of America, 2003	
3.11.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	161
3.11.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	163
3.11.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	166
3.11.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	166
3.12 Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004	
3.12.1 ข้อเท็จจริงในคดี.....	171
3.12.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี.....	172
3.12.3 ประเด็นข้อกฎหมาย.....	175
3.12.4 คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ.....	175
3.13 วิเคราะห์มุมมองของคู่กรณี.....	186
3.13.1 ประเทศผู้ลงทุน (Home Country).....	186
3.13.2 ประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country).....	187
3.14 วิเคราะห์บทบาท ICSID ในการตัดสินข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ.....	190
3.14.1 เป็นแบบอย่างให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีหลังและแก่รัฐ ต่างๆถือปฏิบัติ.....	192
3.14.2 มีส่วนช่วยวางหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรม	194
บทที่ 4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID.....	200
4.1 ความสัมพันธ์ของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับหลักการอื่นที่ เกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ.....	200
4.1.1 หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรม.....	200
1. Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States,1999.....	204
2. Mondev International Ltd. (Canada) v. United states of America , 2002.....	205
3. The Loewen Group , Inc. and Raymond L. Loewen	

(Canada) v. United States of America , 2003.....	206
4. Waste Management , Inc. (US) v. United Mexican States, 2004.....	208
4.1.2 หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย.....	209
1. Alex Genin , Eastern Credit Limited , Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia , 2001.....	211
2. Middle East Cement Shipping and Handling Co.S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002.....	211
3. Waste Management , Inc. (US) v. United Mexican States, 2004.....	213
4.1.3 หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่.....	214
1. American Manufacturing & Trading (AMT) , Inc. (US) v. Republic of Zaire , 1997.....	215
2. Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt , 2000.....	217
3. Middle East Cement Shipping and Handling Co.S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002.....	218
4. ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America , 2003.....	218
5. Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States , 2003.....	220
6. The Loewen Group , Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United States of America , 2003.....	221
4.1.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ.....	222
1. Alex Genin , Eastern Credit Limited , Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia , 2001.....	224
2. ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America , 2003.....	225
3. Waste Management , Inc. (US) v. United Mexican	

States, 2004.....	226
4.1.5 หลักการชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืนและการโอนกิจการ คนต่างด้าวเป็นของรัฐ.....	227
I. ประเด็นการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าว เป็นของรัฐของประเทศพัฒนาแล้ว.....	231
ก) การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ โดยมีเงื่อนไข	231
ข) การชำระค่าชดเชย (an effective compensation).....	234
II. ประเด็นการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าว เป็นของรัฐของประเทศกำลังพัฒนา.....	236
ก) การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ โดยอาศัยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากร ธรรมชาติ.....	236
ข) การชำระค่าชดเชย (an appropriate compensation)...	238
1. Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States,1999.....	241
2. Metaclad Corporation (US) v. United Mexican States , 2000.....	242
3. Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt , 2000.....	243
4. Middle East Cement Shipping and Handling Co.S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002.....	244
5. Mondev International Ltd. (Canada) v. United states of America , 2002.....	245
6. Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States , 2003.....	246
7. Waste Management , Inc. (US) v. United Mexican States, 2004.....	246

4.1.6 หลักการสุจริต.....	248
1. Mondev International Ltd. (Canada) v. United states of America , 2002.....	252
2. Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States , 2003.....	252
4.1.7 หลักความโปร่งใส.....	253
1. Metaclad Corporation (US) v. United Mexican States , 2000.....	256
2. Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain , 2000.....	258
4.2 แนวโน้มในการตีความเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ในอนาคต.....	259
4.2.1 ประเทศพัฒนาแล้ว.....	259
4.2.2 ประเทศกำลังพัฒนา.....	260
4.3 หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในกฎหมายการลงทุน ระหว่างประเทศของไทย.....	262
4.4 วิเคราะห์ว่าคำตัดสินของ ICSID ช่วยให้หลักประติบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรมชัดเจนหรือไม่อย่างไร.....	269
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอ.....	272
รายการอ้างอิง.....	278
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	284

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การลงทุนระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาประเทศ ปัจจุบันการลงทุนระหว่างประเทศได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและมีได้จำกัดอยู่ในวงของประเทศที่พัฒนาแล้วเท่านั้นแต่ยังขยายตัวออกไปยังประเทศกำลังพัฒนาด้วยในฐานะผู้รับการลงทุน การขยายตัวด้านการลงทุนเป็นผลมาจากการเปิดการค้าเสรีอย่างก้าวหน้าของการค้าระหว่างประเทศ การพัฒนาด้านการลงทุนทำให้ภาครัฐและเอกชนต้องพึ่งพาอาศัยกันและกัน ซึ่งการขยายการลงทุนระหว่างประเทศจะมีผลดีต่อเศรษฐกิจโดยรวมหลายประการคือ การลงทุนจะช่วยให้มีการจ้างแรงงาน นอกจากนี้การใช้ปัจจัยการผลิตจากต่างประเทศเป็นการช่วยส่งเสริมให้ประเทศที่ได้รับการลงทุนได้รับประโยชน์ในรูปของผลตอบแทน อีกทั้งช่วยขยายการบริโภค และได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ๆที่จะช่วยเพิ่มความสามารถในการผลิตสินค้าได้ในปริมาณมากขึ้น

เมื่อรัฐผู้ลงทุนได้ทำความตกลงในการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อขยายการลงทุนไปยังรัฐที่รับการลงทุน ผู้ลงทุนจึงต้องดำเนินการด้านต่างๆ เช่น การนำเข้าอุปกรณ์ เครื่องมือเงินทุน ทรัพย์สิน และเทคโนโลยีไปยังรัฐที่รับการลงทุนซึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยอยู่ในรูปของสนธิสัญญาพหุภาคี หรืออยู่ในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคี

มาตรฐานในการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศที่มักมีการกำหนดในสนธิสัญญาการลงทุนทั้งระดับทวิภาคีและพหุภาคีได้แก่ หลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม หากพิจารณาจากสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนมักปรากฏข้อบทเกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในการคุ้มครองการลงทุนปรากฏอยู่เสมอ ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีการคุ้มครองการลงทุนโดยใช้หลักประติบัติที่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี สำหรับหลักการประติบัตินี้ยังมีปัจจัยอื่นในการควบคุมหลักดังกล่าวด้วยคือ หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ (Full Protection and Security) หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law) หลักการไม่ปฏิเสธความ

ยุติธรรม (Non-Denial of Justice) หลักความโปร่งใส (Transparency) หลักสุจริต (Good Faith) เป็นต้น

เมื่อข้อบทในสนธิสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนกำหนดเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไว้โดยระบุให้มีการตีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี จึงเห็นควรศึกษาว่าการตีความกฎหมายด้านการลงทุนระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณีมีได้อยู่ในรูปหลายลักษณะอักษรทำให้การประติบัติของประเทศต่างมีแนวทางประติบัติที่ไม่ชัดเจน เช่น กรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนอาจประสบปัญหาเรื่องการเวนคืนกิจการเป็นของรัฐและได้รับค่าชดเชยที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ได้รับค่าชดเชยเนื่องจากมีแนวความคิดในการตีความที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นปัญหาที่เป็นประเด็นขัดแย้งในเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศมาโดยตลอด และยังมีปัญหาในทางประติบัติที่ยังไม่ชัดเจนเรื่อยมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่สามารถหาข้อยุติได้

ดังนั้นการศึกษาถึงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ในส่วนของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมของการลงทุนระหว่างประเทศจากคดีตัวอย่างที่น่าสนใจทั้ง 12 คดีว่ามีส่วนช่วยวางหลักเกณฑ์ให้หลักประติบัติดังกล่าวมีความหมายชัดเจนขึ้นอย่างไร จึงมีความสำคัญเพราะคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID จะเป็นอุทธานุพันธ์สำหรับรัฐและเอกชนที่มีข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศและเป็นแบบอย่างให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินข้อพิพาท

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่ได้จากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID เกี่ยวกับการกำหนดหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจากข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน โดยการนำคดีต่างๆระหว่างปี ค.ศ. 1997 ถึงปี ค.ศ. 2004 มาศึกษาซึ่งจะทำให้เห็นถึงวิวัฒนาการของหลักประติบัติดังกล่าวโดยทำการศึกษาเปรียบเทียบคำตัดสินในแต่ละคดีว่าเหมือนหรือแตกต่างอย่างไร รวมทั้งคำตัดสินดังกล่าวจะมีส่วนช่วยกำหนดหลักเกณฑ์ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศอย่างไร และศึกษาถึงแนวโน้มคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในอนาคต

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในด้านการลงทุนระหว่างประเทศมีความหมายกว้างและไม่ชัดเจน แนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการของ ICSID ช่วยวางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ให้ชัดเจนขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์หลักกฎหมายจากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID เฉพาะกรณีสัญญาของรัฐและเอกชน กฎบัตรแห่งสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The Charter of Economic Rights and Duties of States) สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties หรือ BIT) ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Area Agreement หรือ NAFTA) และจากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ ตำราทางวิชาการ วารสาร บทความ ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวเพื่อประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ใช้ในการตัดสิน
2. แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการพัฒนาหลักประติบัติด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่เกิดจากจารีตประเพณีของทั้งกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว และกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาโดยคำนึงถึงข้อดีและข้อเสียจากการคุ้มครองการลงทุนที่ตั้งอยู่บนแนวคิดที่แตกต่างกัน
3. แสดงให้เห็นว่าคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ช่วยวางหลักเกณฑ์เรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในด้านการลงทุนระหว่างประเทศได้อย่างไร
4. เพื่อนำเสนอข้อคิดเห็นจากการศึกษาและวิเคราะห์ต่อผู้เกี่ยวข้องในเรื่องที่วิจัยนี้เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการกำหนดนโยบายและมาตรการในการแก้ไขต่อไป
5. เพื่อส่งเสริมความเข้าใจและเผยแพร่หลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมให้กับนิสิต นักศึกษา ประชาชน ผู้สนใจ โดยการเชื่อมโยงข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายที่เกิดขึ้น

บทที่ 2

ขอบข่ายของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมและปัญหาความ ไม่ชัดเจนของการปรับใช้ในกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศ

จากอดีตที่ผ่านมาคดีส่วนมากที่ยื่นฟ้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศล้วนเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติในประเด็นการเวนคืนกิจการและทรัพย์สินของ คนต่างด้าว (Expropriation) โดยวิธีการโอนกิจการและทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของรัฐ (Nationalization) รวมทั้งประเด็นที่รัฐผู้รับการลงทุนปฏิเสธที่จะจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติ สถานการณ์นี้ เกิดขึ้นในยุคหลังสงครามการปลดแอกอาณานิคมซึ่งทัศนคติที่มีต่อการลงทุนของต่างชาติยังคง มีความไม่ชัดเจนมากนัก ดังนั้นผลประโยชน์จึงเป็นผลให้รัฐผู้รับการลงทุนกำหนดนโยบายได้ยาก ตามปกติผู้ลงทุนมุ่งเน้นที่จะปกป้องสินทรัพย์ของตนจากการกระทำต่างๆของรัฐผู้รับการลงทุนที่ มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลเสียต่อทรัพย์สินของผู้ลงทุน ในกรณีที่เกิดความเสียหายผู้ลงทุนสามารถ ใช้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) ของรัฐผู้ลงทุนเพื่อระงับข้อพิพาทที่ เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามกลไกนี้เป็น การให้ความคุ้มครองทางอ้อมแก่ผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐ นั้นในการที่จะฟ้องร้องต่อรัฐอื่น ดังนั้นผู้ลงทุนที่เป็นเอกชนจึงถูกตัดสิทธิจากกลไกทางตรงที่จะ ใช้สิทธิฟ้องร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุน

เมื่อเกิดปัญหาข้อพิพาทจากการลงทุนเพิ่มขึ้นจึงส่งผลให้หลักมาตรฐานการปฏิบัติ อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเริ่มมีความสำคัญสำหรับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ตั้งแต่ ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization หรือ ITO) ในปี ค.ศ. 1948 มาตรฐานนี้ได้เริ่มมีขึ้นในมาตรา 11 (2)¹ ของกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ซึ่งกำหนดให้องค์การการค้าโลกรับรองหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Just and Equitable) แก่ผู้ลงทุนของรัฐสมาชิก² โดยวัตถุประสงค์ของกฎบัตรนี้เพื่อกระตุ้นให้

¹ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Vol.3, UNCTAD Series on Issues in International investment agreements. (Geneva; Switzerland: United Nations Publication, 1999), p.7

² The Article provided that the International Trade Organisation (ITO) could:

1. make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed...
2. to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another.

เกิดการค้ำระหว่างประเทศและยังสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งต้องการให้เป็นพื้นฐานการประติบัติต่อการลงทุนแก่ต่างชาติ ถึงแม้ว่ากฎบัตรนี้จะไม่ได้มีผลบังคับเกิดขึ้น แต่เป็นสิ่งอ้างอิงได้ว่าหลักมาตรฐานการประติบัติอย่างเท่าเทียมได้เกิดเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกลไกสำหรับการประติบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการสนธิสัญญาไมตรีทางการค้าและการเดินเรือ (Friendship , Commerce and Navigation Treaties หรือ FCN) ขึ้นในปี ค.ศ. 1950 ซึ่งกำหนดให้มีหลักประกันต่อบุคคลต่างด้าว ทรัพย์สินต่างๆ บริษัท และผลประโยชน์อื่นๆ ให้ได้รับมาตรฐานการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ต่อมาในช่วงต้นปี ค.ศ. 1960 สนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศแบบทวิภาคี (BIT) ระหว่างเยอรมนี และ สวิตเซอร์แลนด์ก็ได้ระบุหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีเป็นครั้งแรก

การพัฒนาการครั้งสำคัญปรากฏในร่างอนุสัญญาที่ชื่อว่า The Draft Convention on Investments Aboard ซึ่งถูกเสนอในปี ค.ศ. 1959 โดยกลุ่มนักธุรกิจและนักกฎหมายชาวยุโรป ภายใต้การนำของนาย Hermann Abs และ Lord Shawcross โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองนักลงทุน โดยร่างของ Abs – Shawcross Draft ได้เป็นที่ยอมรับกันในวงกว้างในบรรดาระัฐผู้ส่งออกการลงทุน หลังจากนั้นการประชุมเกี่ยวกับการลงทุนที่มีส่วนสำคัญที่สุดในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ OECD Draft Convention สำหรับอนุสัญญานี้ได้ถูกตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1963 และปรับปรุงใหม่ในปี ค.ศ. 1967 ซึ่งมีการปรับปรุงโดยคณะมนตรีของ OECD สิ่งเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงแนวโน้มในการลงทุนระหว่างประเทศที่มีความต้องการคุ้มครองการลงทุนของทั้งประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาต่างมีความต้องการให้ความคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติแต่ละฝ่ายให้ได้มากที่สุด²

ประเด็นใหม่ที่เกิดขึ้นในช่วงต้นปี ค.ศ. 1980 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการประติบัติต่อผู้ลงทุนมากกว่าจะเป็นเรื่องของการคุ้มครองการลงทุน³ อย่างเช่นในอดีต เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจจากการลงทุนจากต่างประเทศมีผลต่อเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้นรัฐต่างๆจึงออกมาตรการเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศซึ่งปรากฏใน

² Ibid., p.8

³ P Juillard , *L'évolution des sources du droit de l'investissement*, 250 RCADI 13 (1994).

สนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศทั้งแบบทวิภาคีและแบบพหุภาคี⁴ จากเหตุดังกล่าวข้างต้น ทำให้ปริมาณการลงทุนจากต่างประเทศสูงขึ้นพร้อมกันนั้นการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศด้านการลงทุนก็มีมากขึ้นตามการลงทุนด้วย โดยมุ่งเน้นหลักประติบัติต่อการลงทุนมากกว่าจะเน้นที่การคุ้มครองการลงทุนเพื่อเป็นการประกันมาตรฐานของหลักประติบัติและประกันระดับของการคุ้มครองที่มีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐ

การนำกฎเกณฑ์ใหม่มาใช้ก่อให้เกิดคำถามแก่สถาบันต่างๆถึงบรรทัดฐานด้านการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น สภาตัดสินการลงทุนระหว่างประเทศ (The International fora adjudicating investment cases) ซึ่งก่อตั้งเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐจึงไม่อาจตัดสินคดีที่ผู้ลงทุนเป็นเอกชนได้ จากสถานการณ์ดังกล่าวจึงนำไปสู่การก่อตั้งหน่วยงานเฉพาะเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยยินยอมให้ผู้ลงทุนนำคดีพิพาทกับรัฐขึ้นฟ้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ หากเกิดกรณีที่เป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐโดยอาศัยมาตรฐานการประติบัติในทางระหว่างประเทศแบบใหม่มาใช้ ต่อมาธนาคารโลกได้ก่อตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (The International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID) ขึ้นในปี ค.ศ. 1987 ซึ่งเป็นปีแรกที่มีการรับพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนเอกชนกับรัฐตามสนธิสัญญา BIT จนถึงเดือนเมษายน ค.ศ. 2007 ICSID รับพิจารณาคดีถึง 222 คดี⁵ และก็มีแนวโน้มที่จะมีคดีพิพาทเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จากการที่มีคดีพิพาทเข้าสู่กระบวนการของ ICSID เพิ่มขึ้นเป็นการแสดงให้เห็นความมีประสิทธิภาพของ ICSID ส่วนความสำเร็จของ ICSID สังเกตได้จากจำนวนของประเทศที่เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการโดยประเทศต่างๆจาก 5 ทวีปได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาดังกล่าว

แม้หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในสนธิสัญญา BIT ในยุคแรกของปี 1960 แต่หลักประติบัติดังกล่าวกลับปรากฏในคำฟ้องของผู้ลงทุนเมื่อสิ้นยุคปี 1990* เมื่อมีการก่อตั้ง NAFTA ขึ้นคดีพิพาทภายใต้ความตกลงในบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุนก็

⁴ S Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *BYBIL*, 17, (1999) : 99, 119.

⁵ E Gaillard, "CIRDI-Chronique des sentences arbitrales", *Journal du Droit International*, 1 (2007) : 225, 256

* The AMT award, rendered on 21 February 1997, that a tribunal discussed for the first time the violation by a State of its FET obligation. *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire (AMT case)*, ICSID, ARB/93/1, Final rendered on 21 February 1997 (Sucharitkul, Golsong, Mbaye).

มีเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะมาตรา 1105 (1) ที่กำหนดเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม⁵ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 ถึงเดือนสิงหาคม 2007 มีคดีถึง 34 คดีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจึงกลายเป็นประเด็นสำคัญในคดีข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ เหตุที่เกิดข้อพิพาทประเด็นหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเนื่องจากรัฐผู้ลงทุนไม่กำหนดหน้าที่โดยเฉพาะให้แก่ผู้ลงทุนจึงเกิดผล 2 ประการคือ ประการแรกผู้ลงทุนอยู่บนหลักการของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่กว้างเกินไป ประการที่สองนักวิชาการจำนวนมากเห็นว่ารัฐผู้รับการลงทุนเริ่มละเมิดต่อมาตรฐานการประติบัติเนื่องจากความไม่สมดุลที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน

สำหรับมาตรฐานการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment) เป็นมาตรฐานในการประติบัติของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องมีการประกันว่าจะมีการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ซึ่งเป็นที่เรียกร้องกันในทางระหว่างประเทศและเป็นมาตรฐานที่ต้องการให้เป็นมาตรฐานในการคุ้มครองต่อผู้ลงทุนต่างชาติ⁶

เมื่อพิจารณาจากคำว่า “ยุติธรรม” จะมีความหมายว่าเป็นอิสระจากการลำเอียง การขู่โงหรือการกระทำใดๆ ที่แสดงถึงความไม่ยุติธรรม การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

ส่วนคำว่า “เที่ยงธรรม” หมายความว่าความเที่ยงธรรม หรือ ความยุติธรรม หรือ การมีเหตุผลอันสมควร

⁵ The NAFTA came into force in 1994 and the first NAFTA award was rendered in 1999, in the Azinian case : Robert Azinian v United Mexican States, ICSID, ARB (AF)/97/ 2.

⁶ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, Vol.3, UNCTAD Series on Issues in international investment . (Geneva : Switzerland: United Nations Publication, 1999), p.7-12.

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรฐานในการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะต้องเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติของอีกรัฐหนึ่งโดยปราศจากการลำเอียง การขู่โก่ง หรือการกระทำใดๆ ที่แสดงถึงความไม่ยุติธรรม หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปราศจากเหตุผลอันสมควรโดยเป็นการเลือกปฏิบัติอันเหตุผลมาจากผู้ลงทุนนั้นเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ และจะต้องประกอบไปด้วยการปฏิบัติอย่างยุติธรรมโดยมีความเที่ยงธรรมและมีการปฏิบัติที่มีเหตุผลสมควร

ดังนั้นรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้ความยุติธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ ทั้งกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลและแก่ทรัพย์สินและวิสาหกิจของคนชาติ โดยจะต้องไม่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและกระบวนการยุติธรรมของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นจะต้องกระทำไปภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยละเว้นการใช้มาตรการที่ไม่สมเหตุผลหรือเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่การลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองนั้นและจะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ

สำหรับหลักประตบัตินี้มีการตีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละกรณี ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากการประตบัตินี้ของรัฐและคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ โดย Kronfol, Z.A. ได้กล่าวไว้ใน A Protection of Foreign Investment : A study in International Law ว่าหลักประตบัตินี้มีความหมายเช่นเดียวกับมาตรฐานขั้นต่ำในการประตบัตินี้ ซึ่งหลักการประตบัตินี้ยุติธรรมและเที่ยงธรรมได้กลายเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณีแล้ว⁷

นอกจากนี้ Mann F.A. ยังให้ความเห็นสอดคล้องกับ Kronfol, Z.A. และยังคงกล่าวเพิ่มเติมอีกว่ามาตรฐานการประตบัตินี้ยุติธรรมและเที่ยงธรรมมีขอบเขตที่กว้างกว่ามาตรฐานการประตบัตินี้เกี่ยวกับคนชาติ และมาตรฐานการประตบัตินี้เสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง⁸

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวถึงความคิดของความเป็นธรรมในคดี Tunisia-Libya 1982 ดังต่อไปนี้

⁷ Kronfol, Z.A. Protection of Foreign Investment : A study in International Law (Netherlands : A.W.Sijthaff Leiden, 1972) p.17

อ้างถึงในวิชิตฐ์ ธนากรเมธา . "การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT)," วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540. หน้า 72

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 72

“ความเป็นธรรมในฐานะความคิดทางกฎหมายเป็นการเกิดขึ้นมาโดยตรงของความคิดของความยุติธรรม งานของศาลโดยการนิยามคือเพื่อบริหารความยุติธรรมถูกผูกมัดที่จะใช้มั่นในเรื่องราวของระบบกฎหมาย คำว่า”ความเป็นธรรม” (equity) ถูกใช้ในการกำหนดแนวคิดทางกฎหมายหลายประการ บ่อยๆที่มันถูกเปรียบเทียบกับกฎเกณฑ์ที่ไม่ยืดหยุ่นของกฎหมายที่ใช้อยู่ ความเคร่งครัดที่ต้องถูกรวบรวมเพื่อที่จะให้เกิดความยุติธรรม ความคิดทางกฎหมายของความเป็นธรรมเป็นหลักทั่วไปใช้ได้โดยตรงในฐานะกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ ศาลอาจเลือกกระหว่างการแปลความหมายของกฎหมายที่อาจเป็นไปได้หลายประการอันหนึ่งซึ่งปรากฏเนื่องมาจากสภาพการณ์ของกรณีว่าใกล้ชิดที่สุดต่อความต้องการของความยุติธรรม การใช้หลักที่เป็นธรรมต้องถูกแยกจากคำตัดสิน *ex aequo et bono* ศาลสามารถมีคำตัดสินเช่นนั้นเพียงแค่บนเงื่อนไขที่รัฐคู่กรณีตกลง (ข้อ 38 (2) ของธรรมนูญศาล) ศาลเป็นอิสระจากการใช้ที่เคร่งครัดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อที่จะนำมาซึ่งการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม งานของศาลในคดีนี้แตกต่างที่เดียว ศาลถูกผูกมัดในการใช้หลักความเป็นธรรมในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ (as part of international law) และในการซึ่งนำนักข้อพิจารณาที่หลากหลายซึ่งศาลเห็นว่าเกี่ยวข้องเพื่อที่จะก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่เป็นธรรม ขณะที่มันชัดเจนว่าไม่มีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดคงอยู่ในส่วนนำนักที่แน่นอนที่จะถูกให้ความสำคัญแก่แต่ละส่วนในกรณี มันไม่ใช่การใช้ดุลยพินิจหรือการประนอมหรือการใช้ความยุติธรรมที่ถูกแบ่งแยก”⁹

ความเป็นธรรม หรือ equity นั้นเป็นกฎหมายซึ่งศาลพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ มิใช่ใช้ดุลยพินิจซึ่งอาจจะไปตามอำเภอใจ (arbitrary) และเป็นอัตวิสัย (subjective)

⁹ ICJ Rep., 1982, para 71.

จากการค้นคว้ายังพบว่านอกจากคำว่า “fair” และ “equitable” จะปรากฏในกฎหมาย การลงทุนและกฎหมายทะเลแล้ว ก็ยังปรากฏในหลักการต่างๆ ดังที่ได้แสดงในตารางข้างล่างนี้

Fair ¹⁰	
หมวดบทบัญญัติของกฎหมาย	
Fair Credit Billing Act	พระราชบัญญัติเพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับ ใบแจ้งหนี้บัตรเครดิต
Fair Credit reporting Act	พระราชบัญญัติการรายงานสถานะผู้ถือบัตร เครดิต
Fair Cross Section requirement	สิทธิของประชาชนที่จะได้รับการตัดสินโดย ปราศจากอคติ
Fair debt collection Practices Act	พระราชบัญญัติการเรียกเก็บหนี้
Fair Labor Standards Act	พระราชบัญญัติมาตรฐานแรงงาน
Fair trade Law	กฎหมายป้องกันผู้ค้าขายสินค้าตัดราคากันเอง
Fair value Law	กฎหมายอนุญาตให้ลูกหนี้นำเงินส่วนที่ขาดจากการ ประเมินขายที่ดินหลุดจำนองมาชำระในภายหลัง
Fair warning (Criminal Law)	การกำหนดข้อหาแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายอาญา
หมวดกฎหมายแรงงาน	
Fair consideration	สินจ้างโดยชอบธรรม
Fair Knowledge or skill	ระดับของความรู้หรือทักษะ
Fair representation	การแถลงข้อเท็จจริงของสหภาพแรงงาน
หมวดวิธีพิจารณาความ	
Fair and impartial jury	การตัดสินคดีของลูกขุน
Fair and impartial trial	การนั่งพิจารณาคดีของศาล
Fair and proper legal assessment	การทำให้เกิดความเสมอภาคทางกฎหมาย
Fair comment	สำนวนการต่อสู้อันดีที่ทำให้ไม่มีความผิดฐาน หมิ่นประมาท

¹⁰ Black Henry Campbell, M.A., *Black's Law Dictionary*, 8th ed., 2004. p.633-634.

Fair	
หมวดวิธีพิจารณาความ	
Fair hearing	การพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม
Fair on its face	การนำเอกสารมาเสนอต่อศาล
Fair play and substantial justice	ศาลพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงเขตอำนาจศาล
Fair pleader	การแก้ต่างคดี
Fair preponderance of the evident	พยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อเท็จจริง
Fair trial	การพิจารณาคดีโดยปราศจากความลำเอียง
หมวดสัญญา	
Fair dealing	การทำธุรกิจต้องทำด้วยความเปิดเผย
Fair play	การทำธุรกิจโดยยึดความเที่ยงธรรม
Fair trade agreement	ข้อตกลงที่ผู้ขายสินค้าจะขายสินค้าในราคาที่เท่ากับ หรือสูงกว่าราคาขั้นต่ำ
หมวดเศรษฐกิจ	
Fair and reasonable value	ราคาตลาดที่เป็นธรรม
Fair and valuable consideration	ค่าชดเชยสำหรับการโอนทรัพย์สิน
Fair cash market value	ราคาตลาดที่เป็นธรรม
Fair cash value	ราคาตลาดที่เป็นธรรม
Fair competition	การแข่งขันโดยชอบธรรม
Fair equivalent	ค่าตอบแทนโดยธรรมจากการซื้อขายโดยราคาที่ซื้อขายกันในตลาด
Fair market price	ราคาซื้อขายสินค้าแท้จริงในท้องตลาด
Fair market value	ราคาตลาดที่เป็นธรรม
Fair trade	การค้าขายโดยยุติธรรม
Fair value	ราคาตลาดที่เป็นธรรม

Fair	
หมวดเบ็ดเตล็ด	
Fair averaging	การประเมินภาษีโดยหาค่าเฉลี่ย
Fairness doctrine	ทฤษฎีความยุติธรรมในการแพร่ภาพออกอากาศ
Fair notice	หนังสือบอกกล่าว หรือ ประกาศโดยยุติธรรม
Fair persuasion	การเกลี้ยกล่อม หรือ การชักชวนโดยยุติธรรม
Fair rate of return	ผลประโยชน์ที่กิจการด้านสาธารณูปโภคพึงได้รับ
Fair report privilege	การแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม
Fair return on investment	ผลประโยชน์ที่พึงได้จากการลงทุนในกิจการสาธารณูปโภค
Fair sale	การขายทรัพย์สินหลุดจำนองอย่างยุติธรรม
Fair share membership	สมาชิกภาพหลักด้านการเงิน
Fair use (Copyright)	การใช้ลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบ
Fair value accounting method	วิธีการคำนวณราคาตามบัญชี
Fair wear and tear	ความเสื่อมสภาพตามปกติเนื่องจากการใช้สอย

Equitable ¹¹	
หมวดวิธีพิจารณาความ	
Equitable abstention doctrine	เขตอำนาจศาลในการตัดสินคดีของคนต่างชาติ
Equitable action	การเยียวยาหรือการปลดเปลื้องทุกข์โดยศาล
Equitable defense	คำให้การต่อสู้คดีของจำเลย
Equitable doctrine of approximation	สิทธิของศาลในการจัดการทรัพย์สินที่บริจาค
Equitable estoppel	การกระทำ หรือ คำรับซึ่งทำให้บุคคลถูกตัดบท
Equitable relief	การปลดเปลื้องทุกข์โดยศาล
Equitable remedy	การเยียวยาความเสียหาย

¹¹ Black Henry Campbell, M.A., *Black's Law Dictionary*, 8th ed., 2004. p.578-579.

Equitable	
หมวดวิธีพิจารณาความ	
Equitable restraint doctrine	การงดเว้นการกักขังผู้เยาว์
Equitable tolling	การไม่ปิดกั้นใจทักในการฟ้องคดี
หมวดกฎหมายครอบครัว	
Equitable adoption	การรับบุตรบุญธรรม
Equitable distribution	การแบ่งสินสมรสอย่างเท่าเทียม
Equitable division	การแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา
Equitable jointure	กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ภรรยาได้รับหลังสามีตาย
Equitable parent	อำนาจปกครองของบิดามารดา
Equitable parent doctrine	สิทธิในการเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมหลังการหย่า
หมวดการตีความกฎหมาย	
Equitable construction	การตีความตามเจตนารมณ์
Equitable fraud	การฉ้อโกง หรือหลอกลวงจากการตีความตามกฎหมาย
หมวดสัญญา	
Equitable conversion	สัญญาต่างตอบแทนระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายที่ดิน
Equitable remuneration	ค่าตอบแทน หรือค่าจ้างที่เที่ยงธรรม
Equitable right to set off	สิทธิในการหักบัญชีของลูกค้าเพื่อชำระหนี้ที่ถึงกำหนดของธนาคาร
หมวดภาษี	
Equitable duty	ภาษี หรืออากรที่เท่าเทียม
Equitable recoupment	การหักกลบลบหนี้อย่างเท่าเทียม
หมวดทรัพย์สิน	
Equitable asset	สินทรัพย์
Equitable assignment	การโอนสิทธิ หรือทรัพย์สินอย่างเท่าเทียม

Equitable	
หมวดทรัพย์สิน	
Equitable easement	ภาระจำยอม
Equitable ejectment	การขับไล่
Equitable estate	สิทธิต่างๆในที่ดิน
Equitable foreclosure	การเอาทรัพย์สินหลุดจำนองเป็นสิทธิแก่เจ้าหนี้
Equitable levy	การบังคับยึดทรัพย์สิน
Equitable lien	สิทธิยึดหน่วงทรัพย์สิน
Equitable life-estate	สิทธิเก็บกินในที่ดินตลอดชีวิต
Equitable life tenant	สิทธิเช่าที่ดินตลอดชีวิต
Equitable mortgage	การจำนอง
Equitable owner	สิทธิที่จะได้รับความยุติธรรมในฐานะเป็นเจ้าของ
Equitable ownership	กรรมสิทธิ์ที่พึงได้รับจากความเที่ยงธรรม
Equitable redemption	การไถ่ถอนทรัพย์สินที่จำนอง
Equitable reversion	การได้คืนทรัพย์สิน
Equitable seisin	การถือครองที่ดินที่ตกทอดสืบกันมา
Equitable servitude	ภาระจำยอม
Equitable title	กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือสิทธิครอบครอง
Equitable waste	การทำให้ทรัพย์สินเสียหายเพราะจัดการไม่ดี
หมวดเบ็ดเตล็ด	
Equitable adjustment theory	เจ้าพนักงานสัญญาต้องทำการตกลงกับผู้ทำสัญญาก่อนเวลาที่จะระงับข้อพิพาทกับผู้รับจ้างช่วง
Equitable dower	มรดกของสามีซึ่งภรรยาได้รับ
Equitable benefit doctrine	การจัดการที่ดินในคดีล้มละลาย
Equitable election	ทางเลือกในการใช้สิทธิเพื่อเยียวยาความเสียหายในทางแพ่ง

Equitable	
หมวดเบ็ดเตล็ด	
Equitable interest	ดอกเบี้ยที่ผู้ได้รับประโยชน์จากบริษัทพริสต์
Equitable jettison	การโยนทิ้ง หรือการกำจัด
Equitable right	สิทธิอันชอบธรรม
Equitable subrogation	การรับช่วงสิทธิ

2.1 ขอบข่ายของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อคนต่างด้าว

มาตรฐานในการประติบัติต่อคนต่างด้าวของรัฐแต่ละรัฐนั้นมีความแตกต่างกันและบางรัฐก็ประติบัติต่อคนต่างด้าวในลักษณะที่รัฐอื่น ๆ เห็นว่าเป็นการประติบัติที่ต่ำกว่าที่รัฐต่างๆ จะยอมรับได้ ถึงแม้รัฐจะไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้อง หรือบังคับให้รัฐอื่นต้องประติบัติต่อคนต่างด้าวในมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐนั้นใช้ในการประติบัติต่อคนต่างด้าวก็ตาม¹² แต่ก็เป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่กว่ารัฐมีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐซึ่งประติบัติต่อคนต่างด้าวต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศในการประติบัติต่อคนต่างด้าว¹³ ประเทศที่พัฒนาแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในยุโรปตะวันตกและสหรัฐอเมริกาได้สนับสนุนการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับรัฐต่างๆ ในการประติบัติต่อคนต่างด้าว โดยประเทศเหล่านี้มักมีคนชาติของตนเข้าไปลงทุนในรัฐอื่นเป็นจำนวนมาก การยอมรับให้รัฐใช้มาตรฐานการประติบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศเป็นเกณฑ์ในการประติบัติต่อคนต่างด้าวย่อมทำให้คนต่างด้าวและรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นได้รับความเสียหาย เช่น ในกรณีของการยึดทรัพย์สิน หรือกิจการของคนต่างด้าวโดยไม่ยอมชดใช้ค่าชดเชย ให้คุ้มหรือได้สัดส่วนกับทรัพย์สิน หรือกิจการของคนต่างด้าวที่ถูกยึดไปยอมทำให้คนต่างด้าว และรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวได้รับความเสียหาย ทั้งนี้รัฐซึ่งสนับสนุนมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศก็ได้ปฏิเสธมาตรฐานการประติบัติเยี่ยงคนชาติ หากการประติบัติเยี่ยงคนชาติของรัฐเช่นว่านั้นสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ

¹² I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed., 1979, p. 524.

¹³ M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 5th ed., George Allen and Unwin, 1984, p. 89.

ในร่างข้อบทว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (Draft Articles on State Responsibility) ซึ่งยกร่างโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ในข้อที่ 22 ได้กล่าวถึงความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่รัฐนั้นกระทำการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิบัติของรัฐต่อคนต่างด้าวว่ารัฐจะมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ในกรณีที่รัฐนั้นมีพันธกรณีระหว่างประเทศเช่นว่านั้นก็ต่อเมื่อคนต่างด้าวนั้นได้ใช้วิธีการเยียวยาแห่งท้องถิ่นจนหมดสิ้นแล้ว แต่ยังไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวนั้นก็ยังไม่ได้รับการปฏิบัติจากรัฐตามที่มีพันธกรณีระหว่างประเทศกำหนดไว้สำหรับรัฐนั้น¹⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเมื่อมีการกำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวไว้ และรัฐกระทำการฝ่าฝืนมาตรฐานเช่นว่านั้น รัฐที่ฝ่าฝืนจะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹⁴

สำหรับวิธีการในการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศมีด้วยกัน 2 วิธีการ คือ ประการแรก พิจารณาว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำตามจารีตประเพณี (แนวคิดแบบดั้งเดิม) และประการที่สองระบุว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นมาตรฐานที่มีความเป็นอิสระซึ่งอาจจะเข้าข่ายการก้าวไปสู่การเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ (แนวคิดแบบสมัยใหม่) โดยแนวคิดทั้ง 2 แนวนี้ปรากฏในตัวอย่างกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น ในความตกลง NAFTA และสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ¹⁵

ในสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีของสหรัฐอเมริกา (US BIT Model 2005) ข้อ 5 ระบุว่า

¹⁴ Draft Article 22 Exhaustion of local remedies

When the conduct of a State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation concerning the treatment to be accorded to aliens, whether natural or juridical persons, but the obligation allows that this or an equivalent result may nevertheless be achieved by subsequent conduct of the State, there is a breach of the obligation only if the aliens concerned have exhausted the effective local remedies available to them without obtaining the treatment called for by the obligation or, where that is not possible, an equivalent treatment.

¹⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548 หน้า 217

¹⁵ I Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford University Press, 2008, p.56.

“คู่สัญญาตกลงที่จะให้การประติบัติต่อการลงทุนโดยสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมทั้งการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และการคุ้มครองรวมถึงความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

จากข้อความในสนธิสัญญาข้างต้นแสดงว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อคนต่างด้าวตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติที่คู่สัญญาต้องให้เพื่อคุ้มครองการลงทุน^{*}

สำหรับความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) ระบุว่า

“คู่ภาคีแต่ละฝ่ายต้องตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมาตรฐานการประติบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

หัวข้อของมาตรานี้คือ “มาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติ” เมื่อภาคี NAFTA ตระหนักถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐาน “การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศจึงได้นำมาตรานี้มาบรรจุในความตกลง NAFTA สำหรับแคนาดาได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

“ข้อ 1105 ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้การประติบัติสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อการลงทุนของผู้ลงทุนใน NAFTA”^{**}

นอกจากนี้คณะกรรมการการค้าเสรี NAFTA (FTC) ได้ตีความข้อ 1105(1) เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2001^{***} ไว้ว่า

^{*} US Model Bilateral Treaty, available at (<http://www.state.gov>).

^{**} The North American Free Trade Agreement, Canadian Statement of Implementation for NAFTA, Canada Gazette, Part I (1) January 1994, p.149.

“ข้อ 1105 (1) กำหนดไว้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติที่ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนจากภาคีอีกฝ่าย

แนวคิดของ”การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ไม่ต้องการการปฏิบัติที่เป็นพิเศษหรือนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว”

จากการตีความของคณะกรรมการ FTC ก่อให้เกิดคำวิจารณ์จากผู้ลงทุน อาทิเช่น ในคดี *Mondev* ที่ผู้ร้องกล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัติในความตกลง NAFTA ในช่วงกลางๆของคดี ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นส่วนที่สำคัญ¹⁶ นอกจากนี้ผู้ลงทุนยังระบุว่า การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวซึ่งอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาคดีถือว่าการละเมิดต่อหลักสุจริต โดยผู้ลงทุนเห็นว่าการตีความของคณะกรรมการ FTC ไม่ถือว่าการตีความอย่างแท้จริงตามที่ภาคี NAFTA ได้ตกลงกันไว้ แต่การตีความดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขความตกลง NAFTA มากกว่า

ในแง่ของคณะกรรมการ FTC เห็นว่าการวิเคราะห์คดีต่างๆโดยการโยงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศกับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นเรื่องซ้ำซ้อนกัน ประการแรกเพราะหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถูกแยกออกจากมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ และประการที่สองเพราะเป็นการยืนยันถึงวิวัฒนาการของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่ว่า การตีความหลักปฏิบัตินี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดี

¹⁵ Such an interpretation was made pursuant to NAFTA article 2001 (2) c, which grants the FTC the power to resolve disputes that may arise regarding the Agreement interpretation or application. Article 1131(2) stipulates that an interpretation by the Commission of a provision of the Agreement shall be binding on a tribunal established under section B of Chapter XI.

¹⁶ *Mondev* case para 102.

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Mondev* ระบุว่า “ข้อ 1105 ถือเป็นวิวัฒนาการของมาตรฐานที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติของรัฐและการนำไปใช้ในสนธิสัญญา¹⁷ นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังระบุเพิ่มเติมอีกว่าไม่สามารถระบุความหมายของการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของต่างชาติได้

ในคดี *ELSI* มักถูกนำมาวิจารณ์ถึงการปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนที่ให้แก่คนต่างด้าวในดินแดนของตน คดีนี้เกี่ยวกับการออกข้อบังคับชั่วคราวโดยนายกเทศมนตรีเมือง Palermo กับโรงงานอุตสาหกรรมของอิตาลีซึ่งมีสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ถือหุ้น ประเด็นที่เกิดขึ้นในคดีนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมโดยตรง แต่เป็นกรณีข้อห้ามการปฏิบัติตามอำเภอใจ และการเลือกปฏิบัติตามที่ระบุในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังกำหนดหลักเกณฑ์ว่าข้อกำหนดต้องได้รับการควบคุมโดยมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (*minimum international standard*) อีกทั้งกระบวนการตัดสินของศาลเป็นเวลา 16 เดือนไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรฐานดังกล่าว อย่างไรก็ตาม Judge Schwebel ได้แสดงความเห็นแย้งเอาไว้โดยท่านได้วิจารณ์ไว้ในส่วนงานเตรียมร่าง (*travaux préparatoires*) และอารัมภบทของข้อตกลงเพิ่มเติมและอนุমানว่าหนึ่งในหลักการที่เป็นรากฐานของข้อตกลงและสนธิสัญญานี้ถือเป็นส่วนเสริมของสิ่งที่เรียกว่า “การปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรม”¹⁸ เมื่อตระหนักถึงหลักการดังกล่าวแล้วท่านจึงสรุปว่าการถอดถอนผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิควบคุมดูแลถือว่าเป็นการละเมิดต่อหลักปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรม¹⁹

2.2 เอกสารที่เกี่ยวข้องกับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

จากการที่หลักการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นการกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนให้หลักประกันกับผู้ลงทุนต่างชาติว่าจะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม และเมื่อรัฐต่างๆ ได้ถือปฏิบัติหลักนี้เป็นการกว้างขวางขึ้นจึงได้รับยอมรับให้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว

¹⁷ *Ibid.*, para 105.

¹⁸ *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI) (US. V. Italy)*, 1989, I.C.J. 15, reprinted in 28 *International Legal Materials* 1109. Also see Murphy, “The *ELSI* Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice”, *Yale Journal of International Law*, 16 (1991), p. 391-452.

¹⁹ OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, September 2004. p. 14.

ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี โดยเป็นการยืนยันว่ารัฐผู้ลงทุนจะมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติตามข้อตกลงกับผู้ลงทุนของรัฐตนให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมนี้จะขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ว่ารัฐได้มีการปฏิบัติตามหลักนี้หรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาว่ารัฐได้มีมาตรการที่จำเป็นที่จะเป็นการประกันต่อผู้ลงทุนต่างชาติว่าจะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมหรือไม่

การอภิปรายถึงการหาข้อกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ในกรณีพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศเริ่มต้นในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นปีที่มีการอนุญาตตุลาการเป็นครั้งแรก ในขณะนั้นเป็นการนำหลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (private international law rules) หรือหลักเกณฑ์เรื่องกฎหมายขัดกัน (conflict of laws rules) มาใช้กับกรณีการลงทุนระหว่างประเทศเนื่องจากคู่พิพาทเป็นภาคเอกชน คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องหาหลักกฎหมายมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้น จากการทำรัฐเข้าเป็นฝ่ายคู่สัญญาในทางระหว่างประเทศก็ทำให้การอภิปรายในเรื่องการปรับใช้ข้อกฎหมายที่เหมาะสมยืดเยื้อออกไปอีกจนกระทั่งมีการเสนอให้ปรับใช้หลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (international public law) อย่างไรก็ตามการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองก็เกิดความยุ่งยากเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ลงทุนไม่ถือว่าเป็นสภาพบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นสภาพบุคคลตามกฎหมายภายในเท่านั้นเป็นผลให้ผู้ลงทุนไม่อาจเป็นคู่กรณีพิพาทตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้

จากการที่กฎหมายระหว่างประเทศด้านการลงทุนมีหลายส่วนที่สัมพันธ์กับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง²⁰ ดังนั้นหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมก็ควรมีกรอบทางกฎหมายกำกับไว้ ประการแรกข้อสัญญาเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนระดับทวิภาคี ระดับภูมิภาค และระดับพหุภาคีโดยมีรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศต่างๆเป็นผู้กำหนดขึ้น ประการที่สองหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมได้นำมาบังคับใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการถูกก่อตั้งขึ้นตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ดังนั้นสิทธิของผู้ลงทุนต่างชาติในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงมีรากฐานมาจากการลงนามใน

²⁰ P Weil, ' The state, the foreign investor, and international law: the no longer stormy relationship of a ménage à trois'. *Foreign Investment Law Journal* 15 (2000) : 401.

สนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศแบบทวิภาคีระหว่างรัฐนั้นเองกับรัฐผู้รับการลงทุนหรือจากการลงนามในสนธิสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งสนธิสัญญาแบบทวิภาคี (BIT) และสัญญา (contract) ต่างก็ยึดติดกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ประการที่สามคณะอนุญาโตตุลาการเองก็ได้รับการจัดตั้งมาจากหลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองที่มีรัฐต่างๆ ร่วมลงนาม

เมื่อหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นพันธกรณีทั้งในด้านตัวบทกฎหมายหรือด้านจารีตประเพณี ในทางปฏิบัติรัฐซึ่งมีหน้าที่รับรองต่อการนำกฎหมายภายในมาปรับใช้ และต้องรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้นจากพันธกรณีที่รัฐได้ให้ไว้

ในคดี Roberts Case ซึ่งได้รับการตัดสินโดยคณะกรรมการร่วมของสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโก (United States – Mexican General Claims Commission, 1924) ได้ชี้แจงว่าหลักการประติบัติโดยเท่าเทียมกัน (Equal Treatment) ต่อคนชาติเป็นสิ่งสำคัญ แต่ในขณะเดียวกันคนต่างด้าวจะต้องได้รับการปกป้องจากอำนาจรัฐตั้งที่มาตรฐานของนานาชาติอารยประเทศที่เจริญแล้วยอมรับนับถือกัน โดยการกำหนดเรื่องมาตรฐานการประติบัติต่อคนต่างด้าวนั้น รัฐต่างๆ จะทำเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีโดยจะมีการกำหนดเรื่องมาตรฐานการประติบัติต่อคนต่างด้าว ซึ่งจากคดีนี้แสดงให้เห็นว่ามาตรฐานในการประติบัติต่อคนต่างด้าวมีความสำคัญกับการคุ้มครองการลงทุนของต่างชาติ โดยมีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนเพื่อเป็นการยืนยันว่ามาตรฐานนี้เป็นสิ่งที่นานาชาติอารยประเทศยอมรับนับถือมาโดยตลอดนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1924

ในกระบวนการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment) มีหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องที่สำคัญได้แก่ ผู้ลงทุน (Investor) ประเทศของผู้ลงทุน (Home Country) และประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ในการไปลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่งผู้ลงทุนต้องการความมั่นใจในโอกาสการแสวงหาผลตอบแทนจากการลงทุนนั้น ตลอดจนความมั่นใจในความปลอดภัยสำหรับกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุน ประเทศของผู้ลงทุนมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนพลเมืองของตนซึ่งรวมถึงการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนที่ไปลงทุนนอกประเทศด้วย ดังนั้นสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุน (Investment

Treaties) จึงเป็นกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างหนึ่งที่จะประสานผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ

2.2.1 สนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศแบบทวิภาคี (Bilateral Treaty : BIT)

ในระดับสนธิสัญญาแบบทวิภาคี สนธิสัญญาในฉบับแรกๆ ที่บรรจุมตรฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สัมพันธ์กับการคุ้มครองคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติ คือ สนธิสัญญาไมตรีทางการค้าและการเดินเรือ (the United States Friendship, Commerce and Navigation Treaties – FCN) ที่ได้ลงนามในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง อย่างไรก็ตามคำว่า “หลักปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรม” และ “หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” ก็ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญา US FCN¹ เพียงบางฉบับเท่านั้น

สนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีในช่วงแรกของยุคใหม่เป็นการลงนามระหว่างสาธารณรัฐเยอรมนีกับปากีสถานในปี ค.ศ. 1959 การที่เยอรมนีหันมาทำสนธิสัญญาแบบทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุนเป็นผลมาจากการที่ผู้ลงทุนเยอรมนีสูญเสียทรัพย์สินไปภายหลังสงครามโลกทั้งสองครั้ง จนกระทั่งปลายยุค ค.ศ. 1980 เยอรมนีก็เป็นผู้บุกเบิกในการทำสนธิสัญญา BIT ต่อมาในปี ค.ศ. 1961 สวิตเซอร์แลนด์ก็ได้ลงนามสนธิสัญญา BIT เป็นครั้งแรกกับตูนิเซีย

เมื่อประเทศต่างๆ มีแนวโน้มในการทำสนธิสัญญา BIT มากขึ้น ในปี ค.ศ. 1967 องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Co-operation and Development – OECD) ได้เสนอร่างอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของคนต่างชาติ (Draft Convention on the Protection of Foreign Property)²¹ แม้ร่างอนุสัญญานี้จะไม่เปิดให้ลงนามแต่ประเทศสมาชิกต่างๆ ก็ใช้เป็นต้นแบบในการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของคนต่างชาติ จากเหตุการณ์นั้นทำให้ร่างอนุสัญญานี้ดังกล่าวมีความสำคัญในแง่การเป็น

¹ US FCN treaties with Ireland (1950), Greece (1954), Israel (1954), France (1960), Pakistan (1961), Belgium (1963), and Luxembourg (1963) contained the express assurance that foreign persons, properties, enterprises, and other interests would receive 'equitable treatment' while others including those with the Federal Republic of Germany, Ethiopia and the Netherlands used the terms 'fair and equitable treatment' for a similar set of items involved in the foreign investment process.

²¹ OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property , (1967).

เอกสารต้นแบบสำหรับบัญญัติพื้นฐานในเรื่องหลักประติบัติและการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งต่อมาก็ได้นำมารวมเข้าไว้ในสนธิสัญญา BIT ฉบับต่างๆ ด้วย

ก. อารัมภบท (Preamble)

อารัมภบทเป็นลักษณะเฉพาะในสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งประกอบด้วยชื่อของสนธิสัญญาและรัฐคู่สัญญา รวมทั้งเนื้อหาของสนธิสัญญาซึ่งเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดเพราะเป็นส่วนที่แสดงถึงเหตุจูงใจ วัตถุประสงค์ และเป้าหมายอันจะนำมาซึ่งความร่วมมือระหว่างรัฐคู่สัญญา อีกทั้งเป็นการเกริ่นนำถึงสาระของสนธิสัญญา²²

อารัมภบทที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญา BIT อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะดังนี้ คือ อารัมภบทที่ไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และอารัมภบทที่กล่าวอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

อารัมภบทที่ไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมักเป็นอารัมภบทที่กล่าวถึงเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเพื่อกำหนดกรอบของการลงทุน เช่น

“คู่สัญญาตกลงว่ากรอบของการลงทุนที่มั่นคงจะขยายประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรเชิงเศรษฐกิจศาสตร์ อีกทั้งจะยกระดับมาตรฐานการครองชีพ”

“Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards.”^{*}

²² P You, *Le préambule des traités internationaux* (Fribourg : Librairie de l'Université, 1941); Blix and Emerson, *The Treaty Maker's Handbook* (New York : Oceana, 1973)

^{*} This type of preamble is mostly found in US BITs.

สำหรับอารัมภบทอีกลักษณะหนึ่งที่ไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมักเป็นอารัมภบทที่อ้างถึงมาตรฐานการประติบัติแบบอื่น เช่น สนธิสัญญา BIT ระหว่างสหรัฐอเมริกา และ เซเนกัล ระบุว่า

“การเลือกประติบัติบนพื้นฐานของสัญชาติโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อการลงทุนในดินแดนของตนโดยคนชาติหรือบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สอดคล้องกับทั้งกรอบของการลงทุนที่มั่นคง หรือการเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรเชิงเศรษฐศาสตร์”

“Discrimination on the basis of nationality by either Party against investment in its territory by nationals or companies of the other Party is not consistent with either a stable framework for investment or a maximum effective utilization of economic resources.”²³

ส่วนอารัมภบทที่กล่าวอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในสนธิสัญญา BIT ก็พอมืออยู่บ้างเพื่อเป้าหมายในการบรรลุถึงกรอบของการลงทุนที่มั่นคง เช่น

“คู่สัญญาตกลงว่าหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมของการลงทุนถูกกำหนดขึ้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมรอบการลงทุนและเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรเชิงเศรษฐศาสตร์”

“Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources”^{*}

ข. ตัวบทของสนธิสัญญา (Body of the Treaty)

²³ Ibid.

^{*} This type of preamble is scarcely found in US BITs.

หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมปรากฏอยู่ในตัวบทของสนธิสัญญา โดยอาจอยู่รวมกับมาตรฐานหลักประติบัติอื่น ๆ หรืออาจปรากฏเพียงลำพัง รูปแบบของสนธิสัญญา BIT อาจแบ่งได้เป็น 4 ลักษณะ คือ

1. สนธิสัญญาที่ไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม (Treaties not referring to the FET standard) จากสนธิสัญญา BIT จำนวน 365 ฉบับมีเพียง 19 ฉบับเท่านั้นที่ไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม* เช่น ในข้อ 3 ของสนธิสัญญา BIT ระหว่างโรมาเนีย กับ แอลเบเนีย ระบุว่า

“คู่สัญญาต้องดำเนินการต่อการลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยประติบัติไม่น้อยไปกว่าข้อตกลงด้านการลงทุนที่ให้กับผู้ลงทุนของตน หรือที่ให้กับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างๆ หรือที่ให้กับรัฐที่สาม”

“Neither Contracting Party shall subject investments of the other Contracting Party to treatment less favorable than that which is accorded to investments of its own investors or to investments of Investors or any third State.”**

2. สนธิสัญญาที่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพัง หรืออยู่รวมกับกฎหมายระหว่างประเทศ (Clauses that contain a reference to FET alone or in combination with a reference to international law) เช่น ในข้อ 4 ของสนธิสัญญา BIT ระหว่างอาร์เจนตินา กับ ออสเตรเลีย เป็นตัวอย่างของสนธิสัญญาที่อ้างหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพัง โดยระบุว่า

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรับรองหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในการ

* Lists of the specific BIT's entering this category ; US-Japan , Japan-Bangladesh , Japan-China , Japan-Pakistan , Japan-Sri Lanka , Japan-Turkey , Romania-China , Romania-Denmark , Romania-Egypt , Romania-Germany , Romania-Ghana , Romania-Indonesia , Romania-Pakistan , Romania-Senegal , Romania-Turkey , Romania-Albania , Romania-Cameron , Bangladesh-Japan , France-Tunisia

** Romania-Albania BIT.

ลงทุนตลอดเวลา”

“Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to investments.”*

ลักษณะการอ้างอิงถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพังโดยไม่อ้างอิงถึงมาตรฐานอื่นที่ปรากฏในสนธิสัญญา BITs มีอยู่น้อยมาก แต่ก็ยังเป็นรูปแบบที่พบได้ในสนธิสัญญา BIT ที่ลงนามโดยออสเตรเลีย

ในกรณีที่มีการอ้างอิงถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมโดยอยู่รวมกับกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในสนธิสัญญา BIT ฉบับต่างๆของแคนาดาที่กำหนดว่า

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตกลงเรื่องการลงทุนต่างๆ หรือให้การปฏิบัติแก่ผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย

(ก) หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ และ

(ข) หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

“Each Contracting Party shall accord investments or returns of investors of the other Contracting Party

(a) fair and equitable treatment in accordance with principles of international law, and

(b) full protection and security”**

การผสมผสานพันธกรณีเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเข้ากับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศมีความสำคัญเนื่องจากเป็นแนวทางให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการตีความเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

* Argentina-Australia BIT.

** Canadian BITs

การอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการเน้นถึงความจริงที่ว่าหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นส่วนหนึ่งของหลักการกฎหมายระหว่างประเทศและไม่อาจตีความให้ขัดกับบรรทัดฐานและหลักเกณฑ์ได้

3. สนธิสัญญาที่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมโดยผสมผสานกับบทบัญญัติอื่นสำหรับการเข้าไปลงทุนและการคุ้มครองการลงทุน (Clauses that refer to FET in conjunction with other Provisions for the Admission and Protection of Investment)

ความแตกต่างที่สำคัญสำหรับสนธิสัญญา BIT ที่ลงนามร่วมกันระหว่างประเทศกำลังพัฒนากับประเทศพัฒนาแล้ว กับอีกกรณีที่เป็นการลงทุนแบบทวิภาคีของประเทศพัฒนาแล้วคือ ในกรณีแรกหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะปรากฏอยู่ในมาตรการส่งเสริมและการคุ้มครอง (promotion and protection) ส่วนในอีกกรณีหลักประติบัติดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในหัวข้อการประติบัติ (treatment issues)

ความแตกต่างนี้ Juillard ได้นำมากำหนดเป็นทฤษฎีและบรรยายที่ Hague Academy²⁴ Juillard ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างการคุ้มครอง (protection) และการประติบัติ (treatment) ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศว่า “การคุ้มครองการลงทุนเป็นหัวข้อที่นำมาอภิปรายสักระยะหนึ่งแล้ว ส่วนการประติบัติต่อการลงทุนเพิ่งเริ่มมีความสำคัญเมื่อ 2-3 ปีนี้เพราะมีความเกี่ยวข้องกับการลงทุนของต่างประเทศในลักษณะที่เจาะจงและมีทิศทางมากขึ้น หลักเกณฑ์ของการประติบัติต่อการลงทุนจะคำนึงถึงความยืดหยุ่นและการสนองตอบต่อการลงทุน”

กรณีตัวอย่างของบทบัญญัติที่อาร์เจนตินาให้การคุ้มครองการลงทุนและการประติบัติต่อการลงทุนรวมทั้งระบุถึงพันธกรณีเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไว้ในบทบัญญัติทั้งสองส่วนดังนี้

²⁴ P Juillard, 'L'évolution des sources du droit de l'investissment.'

¹ BITs signed with Czech Republic and Korea.

“ข้อ 2 การส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน

- (2) การลงทุนของผู้ลงทุนของคู่สัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และต้องได้รับการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ภายในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย

ข้อ 3 หลักปฏิบัติเสมือนคนชาติและหลักปฏิบัติเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง

- (1) คู่สัญญาแต่ละฝ่ายภายในดินแดนของตนตกลงเรื่องการลงทุนต่างๆและให้การปฏิบัติแก่ผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่ายตามหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และต้องไม่น้อยไปกว่าข้อตกลงด้านการลงทุนที่ให้กับการลงทุนของผู้ลงทุนของตน หรือที่ให้การลงทุนของผู้ลงทุนจากรัฐที่สาม”

“Article 2 Promotion and Protection of Investments

- (2) Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment, and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.

“Article 3 National and Most Favoured Nation Treatment

- (1) Each Contracting Party shall in its territory accord investments and returns of investors of the other Contracting Party treatment which is fair and equitable and not less favourable than that which it accords to investments and returns of its own investors or to investments and returns of investors of any third State.”

4. สนธิสัญญาที่อ้างถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับมาตรฐานหลักปฏิบัติอื่น (Clauses that refer to FET together with other standards of

treatment) โดยส่วนมากหลักประติบัติเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most favoured nation) และหลักประติบัติเสมือนคนชาติ (national treatment) จะปรากฏอยู่ในสนธิสัญญา BIT อยู่เสมอ

หลักประติบัติเสมือนคนชาติ (National Treatment) กำหนดว่าผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับการประติบัติในระดับเดียวกับคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน ส่วนหลักประติบัติเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment) หมายความว่าเมื่อไรก็ตามที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงที่จะประติบัติต่อผู้ลงทุนของประเทศที่สามตามเงื่อนไขความอนุเคราะห์ยิ่งผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับประโยชน์จากเงื่อนไขความอนุเคราะห์ยิ่งนั้นด้วย สนธิสัญญา BIT ส่วนมากจะกำหนดเรื่องหลักประติบัติเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งไว้โดยมีภาคผนวกเพื่อจำกัดการนำไปใช้ การจำกัดดังกล่าวส่วนใหญ่จะเป็นกรณีสำหรับผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติของรัฐสมาชิกสหภาพศุลกากร (Custom Union) หรือสหภาพเขตการค้าเสรี (Free Trade Union)

การอ้างอิงถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับมาตรฐานหลักประติบัติอื่น เช่น ในสนธิสัญญา BIT ระหว่างฝรั่งเศส กับ เอล ซัลวาดอร์ ระบุว่า

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีภาระต้องรับรองถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม โดยให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในการลงทุนของคนชาติและบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่าย และต้องรับรองว่าการดำเนินการตามสิทธินี้จะไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมาย

การประติบัตินี้อย่างน้อยที่สุดจะต้องเทียบเท่ากับการตกลงที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ให้ไว้กับคนชาติ หรือบริษัทของประเทศที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง”

“Each one of the Contracting Parties engages to ensure within its territory fair and equitable treatment, in conformity with the principles of international law, to investments of the nationals and companies of the other Party and to ensure that the exercise of this recognized right is not

limited de jure or de facto.

This treatment will be at least equal to that accorded by each Contracting Party to the nationals or companies of the most favoured nation.”*

การตีความสนธิสัญญา BIT ในลักษณะที่หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ผนวกกับมาตรฐานอื่นต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากมาตรฐานหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมีลักษณะไม่ชัดเจนเมื่อเทียบกับมาตรฐานอื่น หรือเมื่อเทียบกับมาตรการเสมือนคนชาติของรัฐต่างๆ มาตรฐานหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นบรรทัดฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระของหลักปฏิบัตินี้และต้องละเว้นจากความพยายามของรัฐต่างๆที่จะกำหนดให้หลักปฏิบัติดังกล่าวเป็นรองกว่ามาตรฐานอื่นๆ

ค. วิเคราะห์เนื้อหาของสนธิสัญญา (Analysis of the Findings)

จากผลการศึกษาสนธิสัญญา BIT ทำให้พอสสรุปลักษณะสำคัญได้ดังนี้

1. ในสนธิสัญญา BIT มาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมีระดับการถือปฏิบัติที่มีความแตกต่างกันไม่เป็นเอกภาพ
2. ความแตกต่างดังกล่าวเป็นผลมาจากการร่างสนธิสัญญาในรูปแบบที่หลากหลาย
3. คณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่เคารพต่อถ้อยคำในสนธิสัญญาและต้องคำนึงถึงเอกสารเพิ่มเติมที่ระบุถึงเจตนาของคู่สัญญาต่างๆให้ชัดเจนขึ้น (เช่น ภาคผนวกต่างๆ)
4. หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมร่างขึ้นโดยผสมผสานกับมาตรฐานการปฏิบัติอื่นและเมื่อนำมาปรับใช้อาจจะขัดต่อมาตรฐานอื่น

* France-El Salvador BIT.

ในยุคแรกๆของการร่างสนธิสัญญา BIT ผู้ร่างอาจไม่ได้ให้ความสำคัญและไม่ได้ให้ความกระจ่างที่เพียงพอในเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมทำให้เกิดปัญหาต่อรัฐต่างๆ ปัจจุบันรัฐต่างๆหันมาใส่ใจกับมาตรฐานหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

การทำบทบัญญัติให้ชัดเจนขึ้นและเพิ่มรายละเอียดต่างๆจะสามารถหลีกเลี่ยงความผิดพลาดจากการตีความหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม อีกทั้งจะช่วยย่นเวลาสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อต้องพิสูจน์เจตนาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามเราต้องไม่ลืมว่าหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นมาตรฐานอย่างหนึ่งซึ่งมีค่านิยมที่ค่อนข้างยืดหยุ่นและคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้นำไปใช้ค่อนข้างมาก ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงมีบทบาทอย่างมากในการนำหลักประติบัตินี้ไปใช้

การร่างสนธิสัญญา BIT นอกจากต้องคำนึงถึงบทบัญญัติในเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแล้วยังต้องคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นในสนธิสัญญาด้วย การตีความหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไม่เพียงตีความตามถ้อยคำในบทบัญญัติเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงเนื้อหาต่างๆของสนธิสัญญาด้วย

2.2.2 ความตกลงระดับภูมิภาค (Regional Agreement)

บทบัญญัติในเรื่องการประติบัติต่อการลงทุนปรากฏอยู่ในความตกลงระดับภูมิภาคฉบับต่างๆเป็นจำนวนมาก ซึ่งความตกลงระดับภูมิภาคนี้เพิ่มมากขึ้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา อีกทั้งการจัดการลงทุนตามภูมิศาสตร์ค่อยๆมีความสำคัญขึ้นในการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศซึ่งปรากฏขึ้นในยุโรปและอเมริกา ในอนาคตก็จะปรากฏการลงทุนตามภูมิศาสตร์เพิ่มขึ้นอีก**

* One of the reasons for the reinforcement of the regional level negotiations is the weak result of the multilateral level initiatives.

** The UNCTAD World Investment Report (2004) reports that there are three main geographical approaches : the Western Hemisphere, the European approach, and the South – South approach. (United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report : The shift towards Services).

ความตกลงระดับภูมิภาคมีความเกี่ยวข้องกับความตกลงระดับทวิภาคีเนื่องจากการลงนามในความตกลงระดับภูมิภาคอาจมีผลกระทบต่อนโยบายระดับทวิภาคีของสมาชิกแต่ละประเทศที่เป็นคู่สัญญากัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเมื่อรัฐใดเป็นสมาชิกของกลุ่มระดับภูมิภาคในกรอบของเขตการค้าเสรีหรือสหภาพศุลกากรก็จะนำพันธกรณีในระดับภูมิภาคมากำหนดในนโยบายระดับทวิภาคีด้วย

ในทางกลับกันอิทธิพลของสนธิสัญญา BIT ที่มีต่อความตกลงระดับภูมิภาค คือ กรณีที่เกิดการรวมตัวเป็นองค์ระระดับภูมิภาคใหม่ๆล้วนมีรากฐานมาจากการทำสนธิสัญญา BIT และเกิดจากประสบการณ์ของสมาชิก ตัวอย่างเช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีในทวีปอเมริกาเหนือ (NAFTA) บทที่ 11 เป็นบทบัญญัติที่สะท้อนถึงประวัติศาสตร์อันยาวนานของสหรัฐอเมริกาและแคนาดาในภาคปฏิบัติของระดับทวิภาคี ดังนั้นอิทธิพลที่เกิดขึ้นในระดับภูมิภาคและระดับทวิภาคีจึงเป็นในลักษณะต่างตอบแทนซึ่งไม่อาจจะมองข้ามไปได้

ก. อารัมภบท (Preamble)

อารัมภบทในความตกลงระดับภูมิภาคมีลักษณะแตกต่างจากอารัมภบทในสนธิสัญญา BIT คือจะไม่กล่าวถึงการประดับติดต่อการลงทุนจากต่างประเทศมากนัก เนื่องจากความตกลงระดับภูมิภาคส่วนมากจะมีขอบเขตที่กว้างเกินกว่าจะกำหนดเป็นกฎเกณฑ์การลงทุน ความตกลงเหล่านี้มักจะครอบคลุมการค้าซึ่งจะมีบทบัญญัติของการลงทุนรวมอยู่ด้วย

อารัมภบทของความตกลงระดับภูมิภาคจะอยู่ในรูปแบบของการแสดงเจตนา (declaration of intention) ของฝ่ายต่างๆและ/หรือวัตถุประสงค์ทั่วไป เช่น ในอนุสัญญา APC-EEC ฉบับที่ 4 ระบุถึงหนึ่งในวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาว่า “การก่อตั้งนี้จะได้รับความเป็นธรรมและความสมดุลในการจัดระเบียบโลกมากขึ้น” (the establishment of a new, more just and more balanced world order.)¹ แม้ว่าจะเป็นการกล่าวโดยทางอ้อมวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็เป็นการกล่าวถึงความหมายของหลักประดับติดอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่ได้กล่าวถึงการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์แบบสมดุลจากหลายฝ่ายในเวทีโลก แนวคิดเรื่องการ

¹ The Fourth APC-EEC Convention (Lomé IV)

ถ่วงดุลและความสมดุลในผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นถือเป็นพื้นฐานของมาตรฐานหลักประติบัติอย่าง ยุติธรรมและเที่ยงธรรม

อารัมภบทความตกลงระดับทวิภาคีเป็นส่วนน้อยที่จะกล่าวถึงการลงทุนจาก ต่างประเทศเป็นการเฉพาะ ตามปกติจะกล่าวถึงความสำคัญของการสร้างบรรยากาศที่ ให้ ความอนุเคราะห์สำหรับการลงทุนและรับรองถึงการคุ้มครองและการส่งเสริมการลงทุนเพื่อ กระตุ้นภาคเอกชนและเป็นการหล่อเลี้ยงความสัมพันธ์ในเชิงเศรษฐกิจในกลุ่มภาคต่างๆ* สำหรับการสร้างบรรยากาศที่ให้ความอนุเคราะห์ (favourable climate) อาจบรรลุถึงความ ชัดเจนตามกฎหมายและหลักเกณฑ์เรื่องความโปร่งใส (legal order with clear and transparent rules)** ดังที่ได้กำหนดไว้ในส่วนอารัมภบทของสนธิสัญญาการลงทุนและการค้า บริการที่ลงนามโดยคอสตาริกา เอล ซัลวาดอร์ กัวเตมาลา ฮอนดูรัส และนิการากัว

ความตกลงระดับภูมิภาคล้วนมีเป้าหมายที่เหมือนกันคือ สร้างความสมดุล เป็น ธรรม และแลกเปลี่ยนการให้ความอนุเคราะห์ในเชิงเศรษฐกิจ (รวมทั้งการลงทุน) ในกลุ่ม ภาควิชาซึ่งหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะถูกกล่าวถึงในความตกลงดังกล่าวโดยอ้อม

ข. ตัวบทของความตกลง (Body of the Text)

โครงสร้างของตัวบทในความตกลงระดับภูมิภาคจะคล้ายคลึงกับโครงสร้างของ สนธิสัญญา BIT ใน 4 เรื่องดังต่อไปนี้ คือ

1. การไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม (No reference to the FET standard)

ความตกลงระดับภูมิภาคเป็นส่วนน้อยที่จะไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่าง ยุติธรรมและเที่ยงธรรมซึ่งเป็นการประติบัติที่ต้องให้กับการลงทุนจากต่างประเทศ ความตกลงที่

* Cologne Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of investment in MERCOSUR.

** Treaty on investment and trade of services among the Republics of Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua.

ไม่อ้างถึงหลักประติบัติดังกล่าวมีเพียง 2 ความตกลง ได้แก่ ANDEAN Pact และความตกลงสำหรับการลงทุนในกลุ่มอาหรับ (Agreement for Investment of Arab Capital)

แม้หัวข้อการลงทุนจะเป็นวาระในการเปิดการเจรจาในปี ค.ศ. 1969 แต่สมาชิกของ ANDEAN Pact ก็ไม่อาจมีมติเป็นเอกฉันท์ในเรื่องมาตรฐานหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ซึ่งในความตกลงข้อ 2 มติที่ 291 ระบุว่า

“ผู้ลงทุนต่างชาติต้องได้รับสิทธิและมีพันธกรณีเช่นเดียวกับผู้ลงทุนในประเทศ ได้รับ เว้นแต่เป็นการกำหนดตามกฎหมายภายในประเทศของประเทศสมาชิกแต่ละแห่ง”

“Foreign investors shall have the same rights and obligations as those to which national investors are subject, except as provided for in the national legislation of each Member Country.”*

ความตกลงสำหรับการลงทุนในกลุ่มอาหรับถือว่ากลุ่มอาหรับมีบ่อเกิดของการประติบัติเช่นเดียวกับที่ให้กับคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องให้ภาคีเห็นชอบกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อผู้ลงทุนต่างชาติ

ความตกลงระดับภูมิภาคทั้งสองฉบับนี้อยู่บนฐานของระบบแห่งชาติ (national system) และไม่อ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อใช้ประติบัติต่อการลงทุนจากต่างประเทศแต่อย่างใด

2. การอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพัง (FET standard standing alone)

การอ้างถึงพันธกรณีหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่ให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นครั้งแรกในระดับภูมิภาคปรากฏในปีค.ศ. 1948 คือ ความตกลงโบโกต้า (Economic

* Article 2 of the Decision 291-ANDEAN Pact

Agreement of Bogotá) ความตกลงนี้มีบทบัญญัติให้การปกป้องผู้ลงทุนต่างชาติตั้งระบุไว้ในข้อ 22 ของความตกลงดังนี้

“การลงทุนจากต่างประเทศต้องได้รับการปฏิบัติที่เที่ยงธรรม รัฐต่างๆตกลงจะไม่ก่อให้เกิดความไม่เที่ยงธรรม ความไม่สมเหตุสมผล หรือมาตรการที่เลือกปฏิบัติที่อาจกระทบต่อกฎหมายที่รับรองสิทธิ หรือผลประโยชน์ของประเทศต่างๆในวิสาหกิจ เงินทุน ทักษะ งานศิลปะ หรือเทคโนโลยีที่ผู้ลงทุนได้จัดหา”

“Foreign capital shall receive equitable treatment. The States therefore agree not to take unjustified, unreasonable, or discriminatory measures that would impair the legally accepted acquired rights or interests of nationals of other countries in the enterprises, capital, skills, arts or technology they have supplied.”^{*}

ความตกลงนี้ประสงค์ให้ภาคีต่างๆให้การปฏิบัติที่เที่ยงธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติและมีข้อห้ามในเรื่องความไม่เที่ยงธรรม ความไม่สมเหตุสมผล หรือมาตรการที่เลือกปฏิบัติเพื่อป้องกันรัฐอื่นจากการได้รับเงื่อนไขที่เที่ยงธรรมซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคภายในกลุ่มของตน

ในข้อ 3 ของพิธีสารว่าด้วยหลักต่างตอบแทนในการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุน (Colonia Protocol on Reciprocal Promotion and Protection of Investment) ที่ลงนามในกรอบของ MERCOSUR ถอดแบบข้อความมาจากความตกลงโบโกต้า โดยระบุให้การลงทุนของแต่ละคู่สัญญาต้องอยู่บนหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมโดยตลอดและไม่ต้องการให้คู่สัญญานำมาตรการที่ก่อให้เกิดความไม่เที่ยงธรรม หรือการเลือกปฏิบัติมาใช้^{**}

^{*} Article 22 of Economic Agreement of Bogotá.

^{**} In addition to the FET, the Colonia Protocol grants national treatment for establishment, acquisition, expansion, management, operation and disposition of investment to Mercosur members. This is complemented by the provision of MFN

ในข้อ 159 ของสนธิสัญญาก่อตั้ง COMESA ประสงค์ให้รัฐสมาชิกปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อผู้ลงทุนเอกชนโดยไม่มีข้อกำหนดพิเศษต่อการใช้หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมดังกล่าว

ภายใต้สนธิสัญญา Lomé IV (Lomé IV Convention ACP) ระบุให้รัฐปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อผู้ลงทุนเอกชนเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความสำคัญของการร่วมมือในภูมิภาค ACP-EEC โดยให้เหมาะสมกับกฎหมายและระเบียบต่างๆของรัฐ^{*}

วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมคือ ความประสงค์ที่จะให้มีการปฏิบัติที่สูงกว่าระดับประเทศ (national level) ทั้งนี้เพื่อทดแทนการปฏิบัติในระดับประเทศของรัฐต่างๆที่มีมาตรฐานต่ำ มาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจึงมีความสำคัญในแง่กฎหมายระหว่างประเทศมิใช่เพียงแค่มกฎหมายภายใน

3. การอ้างถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับการคุ้มครองการลงทุนและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ (FET together with full protection and security and reference to International law)

ตามความตกลง ASEAN ผู้ลงทุนต้องได้รับการปฏิบัติตามหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมรวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ด้วย อีกทั้งรัฐผู้รับการลงทุนไม่อาจก่อให้เกิดความไม่เที่ยงธรรมหรือใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุน

ส่วนความตกลง NAFTA บทที่ 11 ในข้อ 1105 (1) ระบุว่า

“คู่ภาคีแต่ละฝ่ายต้องตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งโดยมาตรฐานการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมและมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

^{*} Lomé IV Convention, Article 258 (a) and (b).

“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”^{*}

ความตกลงข้างต้นกำหนดให้ผู้ลงทุนจากแคนาดา เม็กซิโก และสหรัฐอเมริกา ได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมรวมทั้งการได้รับความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ NAFTA เป็นความตกลงระดับภูมิภาคฉบับแรกที่กำหนดรูปแบบการลงทุนจากต่างประเทศรวมทั้งการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนกับรัฐได้อย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ยังเป็นความตกลงฉบับแรกๆ ที่ให้ความกระจ่างในเรื่องความจำเป็นที่ต้องอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศอ้างอิงในการอธิบายเมื่อต้องพิจารณาตัดสินคดีพิพาทในข้อ 1105

4. การอ้างอิงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับมาตรฐานหลักปฏิบัติอื่น (FET referred to together with other standards of treatment)

ในความตกลง ASEAN กำหนดว่าการบรรลุถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมรวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ที่ต้องได้รับไม่น้อยไปกว่าพันธกรณีขั้นสูงสุดที่ให้แก่อุ้ลงทุนต่างชาติตามมาตรฐานการปฏิบัติเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ความสัมพันธ์อันเหนียวแน่นระหว่างหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมและหลัก MFN ปราบกฏชัดภายใต้ความตกลงนี้ นอกจากนี้ภาคีอาจเจรจากับผู้ลงทุนต่างชาติเพื่อจะตกลงตามหลักปฏิบัติเสมือนคนชาติ (National Treatment)^{**}

^{*}The North American Free Trade Agreement (NAFTA) represented the first north-south regional integration agreement of its kind in the Western Hemisphere. The investment provisions laid out in chapter 11 are particularly liberal as they also apply to establishment of the foreign investment on the territory of the Host State.

^{*}In addition to the FET and full protection and security, Chapter 11 grants national treatment for the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of Investment (Article 1102). This is complemented and strengthened by the provision of MFN treatment (Article 1103).

^{**}ASEAN Agreement, articles III (2) ; (IV (1), (2) and (4)).

ในหมู่ความตกลงระดับภูมิภาค บทบัญญัติในเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรมที่สมบูรณ์ที่สุดปรากฏในข้อ 10 ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (Energy Charter) ตามรายละเอียดดังนี้

“เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในสนธิสัญญานี้ คู่ภาคีแต่ละฝ่ายต้องส่งเสริมและสร้างความมั่นคง ความเที่ยงธรรม ความอนุเคราะห์ และความโปร่งใสให้แก่ผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่ายที่จะลงทุนในอาณาเขตของภาคี เงื่อนไขดังกล่าวต้องรวมถึงข้อผูกพันที่จะตกลงการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตลอดเวลาแก่การลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่าย การลงทุนดังกล่าวต้องให้การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างมั่นคงที่สุด อีกทั้งคู่ภาคีต้องไม่ใช้มาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล หรือที่เป็นการเลือกประติบัติต่อการจัดการ การบำรุงรักษา การใช้ การใช้สิทธิ หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน ไม่ว่าจะกรณีใดๆการลงทุนต้องได้รับการประติบัติไม่น้อยไปกว่าที่กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งพันธกรณีตามสนธิสัญญา...”

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make investments in its area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to investments of investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations...”^{*}

^{*} Energy Charter Treaty.

ความตกลงระดับภูมิภาคแทบทุกฉบับมักปรากฏหลักประติบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรมซึ่งต่างกับสนธิสัญญาทวิภาคีในแง่ที่ว่าความตกลงเหล่านี้ให้สิทธิแก่ภาคีต่างๆ ในการทำข้อสงวนเกี่ยวกับการนำหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมาใช้ ความสำคัญของการทำข้อสงวนคือ โดยทั่วไปแล้วภาคีต่างๆสามารถใช้สิทธิเพื่อจำกัดขอบเขตของมาตรฐานหลักประติบัติดังกล่าว พันธกรณีของรัฐที่จะประติบัติต่อผู้ลงทุนโดยยุติธรรมและเที่ยงธรรมอาจถูกจำกัดอย่างมาก ดังนั้นสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องจึงควรตรวจสอบภาคผนวกต่างๆของความตกลงก่อนตีความหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

ค. วิเคราะห์เนื้อหาของความตกลง (Analysis of the Findings)

ความตกลงระดับภูมิภาคโดยมากที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงทุนมักจะปรากฏหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมอยู่เสมอ แม้จะมีความตกลงบางฉบับที่ไม่ระบุหลักประติบัติดังกล่าวไว้แต่ก็มีเป็นส่วนน้อย จากการที่หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเป็นเพราะหากรัฐใดที่ไม่ให้การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมก็จะถูกบังคับจากแรงกดดันในด้านต่างๆ จนในที่สุดต้องนำหลักประติบัติดังกล่าวมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการสูญเสียผู้ลงทุนจากต่างชาติที่มักจะมาลงทุนในประเทศที่เสนอให้มีการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมากกว่าประเทศที่ไม่ให้การรับรองหลักประติบัตินี้

สำหรับคณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการตีความหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่มีความเฉพาะในความตกลงฉบับต่างๆ เนื่องจากรัฐอาจตั้งข้อสงวนในการใช้หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแทรกไว้ในภาคผนวกของความตกลง

2.2.3 ความตกลงระดับพหุภาคี (Multilateral Instruments)

ในระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมาจากความร่วมมือในระดับองค์กรต่างๆ เช่น องค์กรการค้าระหว่างประเทศ (ITO) องค์กรเพื่อการพัฒนาและความร่วมมือทางเศรษฐกิจ (OECD) ธนาคารโลก (World Bank) สภาหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce) องค์กรการค้าโลก (World Trade Organization) เป็นต้น ที่

พยายามเสนอหัวข้อในการเจรจาเกี่ยวกับการลงทุนจึงทำให้มีการริเริ่มการเจรจาเรื่องหลักเกณฑ์การลงทุนในระดับพหุภาคีขึ้น ในปีค.ศ. 1948 ซึ่งถือเป็นปีแรกที่กฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกับมาตรฐานหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ในยุคใหม่ ต่อมาในปีค.ศ. 1967 คำว่า “หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” ปรากฏขึ้นในร่างความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศที่ชื่อร่างอนุสัญญา OECD ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property)

หลังจากแผนการร่างอนุสัญญา OECD ฉบับดังกล่าวล้มเหลว องค์การสหประชาชาติได้จัดการอภิปรายเกี่ยวกับรูปแบบต่างๆในการร่างมาตรฐานหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ ต่อมาในปีค.ศ. 1997 OECD ได้จัดทำร่างความตกลงระดับพหุภาคีสำหรับการลงทุนขึ้น (OECD Draft Multilateral Agreement for Investment) โดยร่างความตกลงดังกล่าวได้นำพันธกรณีหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมาบรรจุไว้เพื่อวางหลักเกณฑ์การลงทุนให้แก่รัฐสมาชิก แต่สุดท้ายเหล่าสมาชิก OECD ก็ไม่ได้ให้การรับรองร่างอนุสัญญาฉบับนี้แต่อย่างใด

ต่อมาองค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ประสงค์ให้นำหลักเกณฑ์การลงทุนมาใช้ในระดับพหุภาคี ดังนั้นปฏิญญาโดฮา (Doha Declaration) จึงปรากฏขึ้นอันเป็นจุดเริ่มต้นของการปรึกษาหารือเกี่ยวกับหัวข้อดังกล่าวและมีการจัดตั้งคณะทำงานด้านการค้าและการลงทุนขึ้น สำหรับการประชุมระดับรัฐมนตรีที่แคนคูน (Cancun ministerial meeting) มีการตกลงให้แยกเรื่องการลงทุนออกจากวาระการเจรจาเนื่องจากความตกลงยังขาดหัวข้อสำคัญตามที่องค์การการค้าโลกกำหนด อาทิ เรื่องการเกษตร

ก. อารัมภบท (Preamble)

อารัมภบทในความตกลงระดับพหุภาคีที่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นฉบับแรกปรากฏขึ้นในปีค.ศ. 1949 ในความตกลงที่จัดทำขึ้นโดยสภาการค้าระหว่างประเทศ (ICC) คือ ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยการประติบัติอย่างยุติธรรมสำหรับการลงทุนของต่างชาติ (ICC International Code on Fair Treatment for Foreign Investments) ซึ่งมีใจความดังนี้

“ภาคีตกลงกำหนดโดยบทบัญญัติที่ให้การปกป้องเกี่ยวกับพลเมือง เกี่ยวกับกฎหมายและงบประมาณให้ใช้เงื่อนไขการประติบัติอย่างยุติธรรมและไม่เลือกปฏิบัติสำหรับการลงทุนที่กระทำขึ้นโดยคนชาติ (บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล) ภายในดินแดนของภาคีอีกฝ่าย”

“[The Contracting Parties] decide to establish, by the provision of civil, legal and fiscal safeguards, conditions of fair and non-discriminatory treatment for investments made in their territories by the nationals (physical or legal persons) of the other High Contracting Parties.”^{*}

ในอนุสัญญาก่อตั้งสถาบันประกันการลงทุนแบบพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA) กำหนดในส่วนอารัมภบทว่า ตัวแทนมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มพูน “การไหลของกระแสเงินทุนและเทคโนโลยีไปยังกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา...” บนพื้นฐานของมาตรฐานที่ยุติธรรมและมั่นคงสำหรับการประติบัติต่อการลงทุนของต่างชาติ

ส่วนร่างความตกลงระดับพหุภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของ OECD^{**} (The OECD Draft Multilateral Agreement on Investment) มีการเพิ่มข้อสังเกตในส่วนอารัมภบทโดยระบุว่า “ระบบการลงทุนที่ยุติธรรม โปร่งใส และคาดการณ์ได้จะช่วยส่งเสริมและเป็นประโยชน์แก่ระบบการค้าโลก”

ข. ตัวบทของความตกลง (Body of the Text)

^{*} ICC International Code on Fair Treatment for Foreign Investments.

^{**} The MAI was intended to provide a broad multilateral framework for international investment with high standards for the liberalization of investment regimes, the protection of investment, and effective dispute settlement procedures. Between September 1995 and early 1997, the negotiating process was mostly of a technical nature. Since early 1997, the negotiations began to encounter significant difficulties and, at the OECD Council meeting at the ministerial level on 28 April 1998, the ministers agreed to have a six-month pause in order to reflect and consult on the negotiations on the MAI were no longer taking place. The text of the MAI reproduced in this volume reflects the status of the negotiations as of 24 April 1998. It consolidates the texts of the agreement considered in the course of the MAI negotiations as a result mainly of the work of expert groups. It is presented with footnotes and proposals that were still under consideration at the time when the negotiations were discontinued.

การวิเคราะห์ตัวบทของความตกลงระดับพหุภาคีจะคล้ายคลึงกับที่วิเคราะห์ในสนธิสัญญา BIT และความตกลงระดับภูมิภาค ดังนี้คือ

1. การอ้างถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพัง (FET standard standing alone)

กฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) เป็นความตกลงระดับพหุภาคีเพียงฉบับเดียวที่อ้างถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพัง โดยไม่มีการกล่าวถึงการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ หรือ มาตรฐานอื่นใด แต่การอ้างถึงหลักปฏิบัติดังกล่าวเป็นการวางรากฐานให้องค์การระหว่างประเทศในสมัยต่อมาปฏิบัติดังบทบัญญัติดังนี้

“(ก) ให้คำแนะนำเพื่อส่งเสริมความตกลงแบบทวิภาคีหรือแบบพหุภาคีตามมาตรฐานดังนี้

รับรองหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมแก่วิสานกิจ ทักษะ เงินทุน ศิลปะ และเทคโนโลยีที่นำมาจากประเทศสมาชิกแห่งหนึ่งไปยังประเทศสมาชิกอีกแห่งหนึ่ง...”

“(a) make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed:

to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member Country to another...”^{*}

2. การอ้างถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ (FET in conjunction with full protection and security and reference to International law)

^{*} Havana Charter

ในปีค.ศ. 1959 ร่างอนุสัญญา Abs / Shawcross ว่าด้วยการลงทุนจากต่างประเทศ (Abs / Shawcross Draft Convention on Investments Aboard) กำหนดเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างมั่นคงที่สุดสำหรับทรัพย์สินของคนต่างชาติ อีกทั้งไม่อาจใช้มาตรการที่ไม่สมเหตุสมผลหรือที่เป็นการเลือกปฏิบัติ

ภายหลังที่เกิดความล้มเหลวในการนำอนุสัญญานี้มาใช้ เยอรมนีเสนอว่า OECD ควรพัฒนาอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนระหว่างประเทศโดยอาศัยฐานของตัวบทของร่างอนุสัญญา Abs / Shawcross ดังมีใจความดังนี้

“ภาคีแต่ละฝ่ายต้องรับรองหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่ทรัพย์สินของคนชาติของภาคีอีกฝ่ายตลอดเวลา รวมทั้งต้องตกลงเรื่องการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างมั่นคงที่สุดแก่ทรัพย์สินดังกล่าวภายในดินแดนของตน และต้องไม่ใช้มาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล หรือที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อการจัดการบำรุงรักษา การใช้ การใช้สิทธิ หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน”

“Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures.”*

ในอนุสัญญาดังกล่าวเป็นการใช้มาตรฐานหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเฉพาะทรัพย์สินแต่ไม่รวมถึงผู้ลงทุนแต่อย่างใด

ในปีค.ศ. 1983 ร่างประมวลกฎหมายของสหประชาชาติ ว่าด้วยการประติบัติต่อบริษัทข้ามชาติ (Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations

* Abs / Shawcross Draft Convention, Article 1

* OECD Draft Convention (1967)

– UNCTC) กำหนดให้มีการตกลงเรื่องการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่ผู้ลงทุนต่างชาติดังนี้

“บริษัทข้ามชาติควรได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยให้สอดคล้องกับกฎหมาย หลักเกณฑ์ และการปฏิบัติทางปกครองของประเทศซึ่งได้ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างรัฐ โดยรัฐบาลของประเทศเหล่านั้นได้ลงนามโดยอิสระเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ หรือให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ”

“Transnational corporations should receive [fair and] equitable [and non-discriminatory] treatment [under][in accordance with] the laws, regulations and administrative practices of the countries in which they operate [as well as intergovernmental obligations to which the Governments of these countries have freely subscribed] [consistent with their international obligations] [consistent with international law].”^{*}

แม้รัฐต่างๆ จะไม่มีมติเป็นเอกฉันท์เกี่ยวกับมาตรานี้ แต่รัฐต่างๆ ก็เห็นชอบกับความจริงที่ว่าประมวลกฎหมายควรกำหนดให้มีการปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรมแก่บริษัทข้ามชาติ

ในปีค.ศ. 1985 อนุสัญญาก่อตั้ง MIGA ระบุในข้อ 12 (d) ว่า เพื่อประกันการลงทุนตัวแทน MIGA ต้องทำให้มั่นใจว่าประเทศที่รับการลงทุนจะให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองทางกฎหมายสำหรับการลงทุน^{**} ในกรณีของ MIGA การเคารพในมาตรฐานนี้เป็นเงื่อนไขเพื่อให้การสนับสนุนการใช้หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นรูปธรรม หากรัฐต่างๆ เคารพในหลักปฏิบัตินี้ความเสี่ยงต่อการประกันการลงทุนในการ

^{*} Article 48 of the UNCTC Draft Code.

^{**} Article 12 (d) of the Convention stipulates that 'In guaranteeing an investment, the Agency shall satisfy itself as to' ; (i) the economic soundness of the investment and its contribution to the development of the host country ; (ii) compliance of the investment with the host country's laws and regulations ; (iii) consistency of the investment with the declared development objectives and priorities of the host country ; and (iv) the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment.

เวนคืนกิจการ หรือความเสียหายจะลดน้อยกว่าการที่ไม่ให้การประกันหลักประติบัติอย่าง ยุติธรรมและเที่ยงธรรม

ต่อมาปีค.ศ. 1992 พันธกรณีหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมได้ ปรากฏขึ้นในแนวทาง ว่าด้วย การประติบัติต่อการลงทุนทางตรงของธนาคารโลก (World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment) ซึ่งระบุไว้ในข้อ 3 (2) ดังนี้

“รัฐแต่ละรัฐจะขยายการลงทุนภายในดินแดน โดยกำหนดให้มีการประติบัติ อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่คนชาติของรัฐอื่นใดตามมาตรฐานที่ได้แนะนำไว้ ในแนวทางนี้”

“[e]ach State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in the Guidelines.”^{*}

นอกจากนี้หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมยังปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1998 ในร่างความตกลงระดับพหุภาคีเกี่ยวกับการลงทุนของ OECD (The OECD Draft Multilateral Agreement on Investment) ที่อ้างถึงมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะ เป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับใช้ตกลงแก่การลงทุนของต่างชาติซึ่งระบุว่า

“ภาคีแต่ละฝ่ายตกลงให้การลงทุนของผู้ลงทุนจากภาคีอีกฝ่ายในดินแดนของตน ได้รับการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่และมั่นคง ไม่ว่าในกรณีใดๆภาคีต้องตกลงให้การประติบัติ ไม่น้อยไปกว่าที่ให้โดยกฎหมายระหว่างประเทศ”

^{*} Article III (3) refers to the ‘standards of treatment’ mentioned in article III (2). The understanding retained by the World Bank is that the treatment of the foreign investors ‘...will, subject to the requirement of fair and equitable treatment mentioned above, be as favorable as that accorded by the State to national investors in similar circumstances. In all cases, full protection and security will be accorded to the investor’s rights regarding ownership, control and substantial benefits over his property, including intellectual property.’

“Each Contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of another Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security. In no case shall a Contracting Party accord treatment less favourable than that required by international law.”^{*}

3. การอ้างถึงหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับมาตรฐานหลักปฏิบัติอื่น (FET in conjunction with other standards of treatment)

ในร่างประมวลกฎหมายของสหประชาชาติ ว่าด้วย การปฏิบัติต่อบริษัทข้ามชาติ (The UNCTC Draft) พิจารณาว่าการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในฐานะเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อผู้ลงทุนควรได้รับการปฏิบัติที่ได้รับความอนุเคราะห์ที่ไม่น้อยไปกว่าที่ตกลงให้กับบริษัทต่างๆภายในประเทศ การจำกัดนี้ปรากฏเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งสาธารณะและความปลอดภัยของชาติ (public order and national security) โดยต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศและวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาประเทศกำลังพัฒนา[†]

ค. วิเคราะห์เนื้อหาของความตกลง (Analysis of the Findings)

ความตกลงที่อยู่ในรูปของอนุสัญญาโดยส่วนมากมักบรรจุหลักเกณฑ์ที่ใช้กับการลงทุนของต่างชาติและอ้างถึงมาตรฐานหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

รูปแบบของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในอนุสัญญามีความหลากหลายและเป็นไปได้ยากที่จะทำให้อยู่ในรูปแบบเดียวกัน ซึ่ง Dolzer กล่าวสนับสนุนว่าหลักการทั่วไปเกี่ยวกับมาตรฐานต้องกำหนดด้วยความระมัดระวังเนื่องจากไม่มีรูปแบบที่เป็นรูปแบบตายตัว²⁵ แต่มีทฤษฎีที่นักวิชาการบางท่านเห็นแย้งกับทฤษฎีของ Dolzer กล่าวคือ

^{*} OECD, Draft Multilateral Agreement on Investment

[†] UNCTC Draft

²⁵ R Dolzer, 'Fair and equitable treatment'

รูปแบบการร่างพันธกรณีการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมซึ่งปรากฏอยู่ในการเจรจาทั้ง 3 ระดับ ได้แก่ ระดับทวิภาคี ระดับภูมิภาค และระดับพหุภาคีมีลักษณะสำคัญอยู่ 5 ประการ ดังนี้

1. การไม่อ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม (The FET not mentioned)
2. การอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพียงลำพัง (The FET alone)
3. การอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมซึ่งอยู่ร่วมกับมาตรฐานการประติบัติอื่น (The FET combined with other standards of treatment)

3.1 มาตรฐานที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาด อย่างเช่น มาตรฐานการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ (full protection and security) หรือ

3.2 มาตรฐานที่มีความสัมพันธ์กับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม อย่างเช่น การประติบัติเสมือนคนชาติ (National Treatment) หรือ การประติบัติเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation)

4. การอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับกฎหมายระหว่างประเทศ (The FET together with a reference to international law)

5. การอ้างถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมพร้อมกับพันธกรณีหรือข้อห้ามพิเศษบางประการ (The FET together with some specific obligations or prohibitions)

พัฒนาการที่ปรากฏขึ้นในสนธิสัญญาในระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาคฉบับปัจจุบันแสดงให้เห็นว่าแนวโน้มในการร่างสนธิสัญญาที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งรายละเอียดของการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในข้อกำหนดก็ชัดเจนขึ้น ข้อกำหนดในสนธิสัญญาสมัยใหม่จะมีความเจาะจงมากกว่าสนธิสัญญาสมัยเก่า เพราะมีการระบุถึงเนื้อหาสาระและจำกัดหลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไว้ การกำหนดคำนิยามของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ถ้อยคำในสนธิสัญญา และภูมิหลังทั่วไป (วัตถุประสงค์

และเป้าหมายของคู่สัญญา รวมทั้งส่วนอาร์มภบท) ล้วนเป็นสิ่งที่ต้องให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง นอกจากนี้ผลคำตัดสินจากคดีพิพาทอาจนำมาสู่ความเป็นเอกภาพในการกำหนดรูปแบบสนธิสัญญา BIT ได้

ในส่วนลักษณะการร่างสนธิสัญญาโดยการอ้างอิงมาตรฐานการปฏิบัติอื่นเข้า กับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นมาตรฐานที่มีความแน่นอนซึ่งถือเป็นความแตกต่างจากมาตรฐานการปฏิบัติอย่างอื่น

2.3 สถานะของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในการเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

การวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบระบบกฎหมายภายในกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นวิธีการที่นิยมใช้กันมากที่สุดเพื่อพิสูจน์การอภิปรายในเรื่อง “หลักกฎหมายทั่วไป” ของมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม¹ เป็นที่ทราบกันดีว่าการค้นคว้าเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในกฎหมายภายในนั้นทำได้ยาก รวมทั้งยังขาดการรวบรวมหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของกฎหมายภายในด้วย อย่างไรก็ตามเพื่อชดเชยความพยายามในการทำให้ระบบเกิดความโปร่งใส ดังนั้นมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจึงได้รับประโยชน์จากการที่คณะอนุญาโตตุลาการและนักวิชาการทางกฎหมายนำมาอ้างอิงบ่อยครั้ง

ในปี ค.ศ. 1934 ซึ่งเป็นช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง นักวิชาการทางกฎหมายได้ตั้งข้อสังเกตว่าเป็นช่วงที่บรรยากาศความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแย่ง โดยมีการระบุว่าแต่เดิมนั้นการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถือเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ได้รับการยอมรับและได้รับการเคารพโดยประชาคมระหว่างประเทศต่อการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวดังข้อความต่อไปนี้

¹ Juillard argues that the fair and equitable treatment is not a general principle of law but a general principle of international law which means that its existence is independent from domestic laws; it is recognized as being part of the body of international law, as such. He adds that in this function, it is independent of any treaty which may provide for it. P Juillard, L'evolution des sources du droit des investissements , p.133.

“ในช่วงปี ค.ศ. 1930 ถึง ค.ศ. 1934 เป็นช่วงที่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีแนวโน้มแย่ลง ส่วนด้านความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจนั้นก็ซบเซาลงไปอย่างมาก เนื่องจากการไม่สนใจต่อการค้าเสรี รวมทั้งการมีนโยบายผูกขาดการค้าและการเลือกปฏิบัติ ภายหลังจากช่วงปีดังกล่าวผ่านพ้นไปบรรยากาศในทางระหว่างประเทศก็ดีขึ้น เนื่องจากมีการรับรองถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม”²⁶

การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่อ้างถึงข้างต้นถือเป็นบรรทัดฐานทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะ แต่คำว่าคนต่างด้าวที่กล่าวนี้เป็นความหมายที่กว้าง

ในปี ค.ศ. 1981 ได้ปรากฏรายงานของที่ประชุมใหญ่ระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายเปรียบเทียบ ครั้งที่ 10 ณ กรุงบูดาเปส ซึ่งผู้รายงานชาวเยอรมันได้เขียนถึงระบบกฎหมายเยอรมันดังนี้

“ไม่มีสถาบันใดที่จะกำหนดเรื่องเกี่ยวกับคนต่างชาติและการลงทุนของคนต่างชาติได้ อีกทั้งไม่มีบทบัญญัติใดที่จะก่อให้เกิดการกระตุ้นหรือคล้อยตามกับการลงทุน นอกจากจะใช้ความสัมพันธ์เกี่ยวกับเรื่องการปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรม”^{*}

แม้จะปรากฏว่ากฎหมายเยอรมันไม่ได้บรรจุหลักเกณฑ์เฉพาะเกี่ยวกับการลงทุนต่างประเทศ แต่ “การปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรม” เป็นเพียงหลักฐานเพียงอย่างเดียวที่ปรากฏในตัวกฎหมาย ลักษณะของการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่กล่าวอ้างในวรรคข้างต้นถือเป็นสิ่งที่ระบุถึงผู้ลงทุนต่างชาติ

ในช่วงเวลาใกล้เคียงกันนี้ องค์การเพื่อการพัฒนาและความร่วมมือทางเศรษฐกิจ (OECD) ได้ระบุถึงประสบการณ์ของประเทศสมาชิกต่างๆกับการทำความตกลงระหว่างประเทศในหลาย

²⁶ Hamel, The Van der Lubbe Case and Diplomatic Protection of Citizens Aboard, *Iowa Law Review* 19 (1933-1934) : 237.

^{*} In the original: 'Il n'existe aucune institution speciale qui puisse orienter l'etranger dans ses investissements et il n'existe non plus aucunes dispositions motivant ou favorisant ce genre d'investissement, sauf celles qui sont relatives au traitement equitable.' (Translation supplied by the author) in L Peteri and V Lamm (eds) (1981). General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law. Budapest, Akademiai Kiado, p.315.

รูปแบบเพื่อการคุ้มครองและสนับสนุนการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา อาทิเช่น สนธิสัญญาทางไมตรีว่าด้วยการค้าและการเดินเรือ ความตกลงเพื่อประกันการลงทุน สนธิสัญญาเพื่อคุ้มครองการลงทุน และความตกลงทั่วไปเกี่ยวกับความร่วมมือทางเศรษฐกิจและข้อบ่งชี้เกี่ยวกับการลงทุนที่เกี่ยวข้อง จากการศึกษาดังกล่าวพบว่าประเทศสมาชิกต่างๆแสดงความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมว่าเป็นหลักการที่ใช้อธิบายถึงมาตรฐานของกฎหมายสารบัญญัติตามที่ได้ระบุไว้ในหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าหลักการนี้จะไม่ชัดเจนมากนัก แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้กับการปฏิบัติต่อการลงทุนได้ หากเกิดกรณีที่ไม่มีการระบุถึงการรับรองการลงทุนไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้หลักประติบัติดังกล่าวยังนำมาใช้เป็นแนวทางทั่วไปในการตีความความตกลงและขจัดความยุ่งยากต่างๆที่อาจเกิดขึ้น²⁷

ข้อโต้แย้งในเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมของแต่ละประเทศนั้นต้องนำมาโยงเข้ากับแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการลงทุนของต่างชาติในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา แต่เดิมที่ข้อสงสัยที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องการลงทุนของต่างชาติในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งต่อมาข้อสงสัยดังกล่าวกลายเป็นเรื่องของผลประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนที่สูงขึ้น ข้อสงสัยนี้เป็นผลมาจากมาตรการของรัฐที่ทำให้การปฏิบัติโดยอนุเคราะห์แก่การลงทุนซึ่งมีรัฐต่างๆที่สนับสนุนมาตรการดังกล่าว เนื่องจากนโยบายเปิดเสรีทางเศรษฐกิจในช่วงปี ค.ศ. 1990 ที่ผลักดันให้เกิดการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศเพิ่มขึ้น

ภายหลังจากการนำมาตรการภายในประเทศมาปรับใช้แล้วจึงก่อให้เกิดการปฏิบัติเป็นการทั่วไปของกลุ่มประเทศที่นำเงินทุนซึ่งทำให้เกิดการแข่งขันโดยตรงกับประเทศในกลุ่มนี้ การแข่งขันขึ้นอยู่กับการตีความกฎหมายที่จะให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติ โดยศึกษาจากการตัดสินใจในการลงทุนของผู้ลงทุนโดยเฉพาะในเรื่องกรอบทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน และการคุ้มครองทางกฎหมายที่ให้แก่การลงทุน กฎหมายภายในประเทศส่วนใหญ่ในเรื่องการลงทุนของต่างชาติมักกำหนดให้มีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งบางครั้งอาจจะเป็นการปฏิบัติที่ดีกว่าที่ให้แก่คนชาติ

ในปี ค.ศ. 1981 มีผู้สังเกตว่ากฎหมายภายในของประเทศที่ส่งออกทุนและประเทศที่นำเงินทุนมักมีการยอมรับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในเรื่องทรัพย์สิน

²⁷ OECD, *Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries*, (1984).

ของต่างชาติ โดยหลักการสำคัญที่ถูกลำเอียงมาใช้เสมอคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (การปฏิบัติ อย่างเท่าเทียม หรือ การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียม)²⁸ นอกจากนี้ยังมีความ เปลี่ยนแปลงในเรื่องความเข้มงวดของกฎเกณฑ์ไปสู่แนวทางที่มีความยืดหยุ่นหรือเปิดเสรีมากขึ้น ทั้งนี้สังเกตได้จากการตีความในหลักการต่างๆของรัฐผู้รับการลงทุน

จากการศึกษาถึงระบบกฎหมายภายในและองค์การระหว่างประเทศต่างๆจะพบคำว่า “ยุติธรรม” และ “เที่ยงธรรม” ปรากฏในเรื่องของการลงทุน หรือในเรื่องของการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าคำทั้ง 2 คำนี้เป็นพื้นฐานของความยุติธรรมที่ปรากฏในระบบกฎหมาย ทำให้รัฐต่างๆไม่อาจจะวางนโยบายทางเศรษฐกิจที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ในเรื่องความยุติธรรมและ ความเที่ยงธรรมได้

อย่างไรก็ตามสิ่งที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอย่างที่ปรากฏในกฎหมายภายในของ ประเทศต่างๆ แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับบริบทที่ปรากฏในแต่ละการลงทุน ในคำตัดสินของคณะ ออนุญาโตตุลาการ ICSID บางคดีนำมาซึ่งความกระจ่างที่ว่ามีความจำเป็นต้องกำหนดหลักทั่วไป ในการตัดสินกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศ สำหรับการอ้างอิงถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรมสามารถครอบคลุมถึงพันธกรณีกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย การคุ้มครอง และความปลอดภัย รวมทั้งหลักความโปร่งใสด้วย ดังนั้นการผสมผสานระหว่างหลักทั่วไปเข้ากับ หลักการพิเศษเพื่อนำหลักทั่วไปมาใช้ นั่นถือเป็นการยืนยันถึงบ่อเกิดของหลักการนั้นๆ การที่ผู้พิพากษา ยืนยันถึงความเหนียวแน่นของความสัมพันธ์นี้คือ เมื่อขณะที่ผู้พิพากษานำหลักทั่วไปมาใช้ กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีต่างๆ

แม้หลักทั่วไปจะไม่ปรากฏเด่นชัดนักแต่ผู้พิพากษาก็มักนำหลักนี้มาใช้เพื่อหาหลักเกณฑ์ มาปรับใช้กับความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ²⁹ เมื่อคำนึงถึงกฎหมายเปรียบเทียบถือได้ ว่าเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานในการนำมาพิจารณาเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป สถานการณ์ในปัจจุบัน

²⁸ I Meznerics, “Guarantees for Foreign Investors” in Zoltan Peteri and Vanda Lamn (eds), *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, (Akademiai Kiado, Budapest, 1981) 350.

²⁹ E Gaillard, “Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts”, *International Business Lawyer*, (May 1999): 214,215.

ของคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมของประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนามักคำนึงถึงกฎหมายภายในของตนที่ว่า การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถูกนำมาปรับใช้กับการลงทุนจากต่างชาติ แม้คำว่าการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยลำพัง แต่สาระของหลักปฏิบัติที่ระบุในกระบวนการรับรองต่อผู้ลงทุนต่างชาตินั้นก็ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายภายใน

การขยายขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของต่างชาติไปยังรัฐต่างๆ หากอยู่ในส่วนที่เป็นการบังคับจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง โดยส่วนหนึ่งก็ควรนำสาระของการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเข้าไปผสมผสานกับกฎหมายภายใน ดังที่ Elihu Root ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1910 ว่ามาตรฐานเรื่องความยุติธรรมถือเป็นรากฐานและได้รับการยอมรับโดยอารยประเทศทั่วไป ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสากล³⁰ นอกจากนี้ การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยสังเกตได้จากการยอมรับให้บรรจอยู่ในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีในหลายๆรัฐ³¹

2.4 ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ในกฎหมายการลงทุนสำหรับประเทศ

เนื่องจากมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมนี้มีลักษณะที่หลากหลาย ซึ่งสังเกตได้จากการที่มาตรฐานดังกล่าวได้นำมากำหนดในความตกลงด้านการลงทุนหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศแบบทวิภาคี (BIT)

จากการที่มาตรฐานการปฏิบัตินี้ได้ปรากฏในความตกลงที่หลากหลาย ดังนั้นจึงทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในด้านการตีความของมาตรฐานนี้ ซึ่งการตีความจะต้องคำนึงถึงการไปปรากฏในความตกลงนั้นๆ บริบท วัตถุประสงค์ของความตกลง รวมทั้งประวัติการเจรจาหรือเจตนารมณ์ของคู่สัญญา นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นดังต่อไปนี้

³⁰ E Root, 'The Basis of Protection of Citizens Residing Aboard', *American Journal of International Law* (1990) : 517,520.

³¹ C McLachlan, L Shore, and M Weiniger, 259.

2.4.1 การกำหนดแนวทางไว้กว้างๆ แต่ไม่ได้กำหนดวิธีการ

หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมีกลไกการใช้แตกต่างกันโดยอาจจะมีค่าที่แตกต่างกันซึ่งอาจมีการระบุถึงมาตรฐานที่ “เที่ยงธรรม” (Equitable) หรือ “เป็นธรรม” (Just and Equitable) แทนที่ “การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” (Fair and Equitable) แต่อย่างไรก็ตามก็ได้มีความหมายแตกต่างกันอย่างไหนด ซึ่งในสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนโดยส่วนใหญ่จะบัญญัติ “การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” (Fair and Equitable Treatment) ไว้เสมอ และยังคงอ้างถึงมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ หรือสม่ำเสมอ (Full or Constant Protection and Security) มาด้วยกันตลอด ดังเช่น มาตรา 3 (1) (2) ของ BIT ต้นแบบของประเทศออสเตรเลีย

“(1) รัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะตกลงร่วมกันว่าจะคุ้มครองการลงทุนต่อผู้ลงทุนของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมาตรฐานการหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อการลงทุนและมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่และสม่ำเสมอ”

“(2) คู่สัญญาจะไม่กระทำการใดๆที่ทำให้เกิดความเสียหายโดยมาตรการที่ไม่มีเหตุผลสมควรหรือเป็นการเลือกประติบัติต่อการจัดการ การปฏิบัติการ การบำรุงรักษา สนับสนุนการใช้การได้รับประโยชน์ การจำหน่ายจ่ายโอน และการชำระบัญชีการลงทุนต่อผู้ลงทุนของผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

“(1) Each Contracting Party shall accord to investments by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security.”

“(2) A Contracting Party shall not impair by unreasonable or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use enjoyment, sale and liquidation of an investment by investors of the other Contracting Party.”

นอกจากนี้ ในบางกรณีมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะประกอบกับข้อเรียกร้องให้มาตรฐานนี้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ สืบกันได้จากมาตรา 1105(1) ของ NAFTA คือ

“คู่ภาคีแต่ละฝ่ายจะคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งโดยมาตรฐานการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

สำหรับสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนฉบับต่างๆก็จะมีข้อบทเกี่ยวกับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพื่อการคุ้มครองการลงทุนของคนชาติของรัฐภาคีแต่ละฝ่ายในสนธิสัญญาแต่ละฉบับ โดยหลักการดังกล่าวเป็นมาตรการที่สำคัญสำหรับกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันในการลงทุนให้เกิดความสำเร็จ แต่หลักการนี้ยังมีช่องโหว่อยู่ กล่าวคือ การขาดความชัดเจนในเนื้อหาและหลักการ แต่ประโยชน์ของมาตรการนี้คือ จะทำให้การปรับใช้สนธิสัญญานั้นๆ ต้องกระทำไปโดยคำนึงถึงความยุติธรรมเสมอ

2.4.2 การไม่มีนิยามคำศัพท์

พันธกรณีของรัฐภาคีต่างๆที่มีต่อข้อตกลงการลงทุนที่ต้องให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่ผู้ลงทุนจากรัฐภาคีอื่นได้รับการตีความโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล คณะอนุญาโตตุลาการ และนักวิชาการ การอภิปรายถึงมาตรฐานนี้มุ่งเน้นตรงประเด็นที่ว่ามาตรฐานของการปฏิบัตินี้เป็นกรวางแนวที่ค้ำกับมาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ การกำหนดมาตรฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งรวมทั้งแหล่งที่มาอื่นที่มีขอบเขตที่กว้างเกินไปหรือไม่ เช่น พันธกรณีคุ้มครองการลงทุนดังที่ปรากฏในสนธิสัญญาและหลักทั่วไป หรือในกรณีที่มาตราฐานนี้มีความเป็นอิสระพอหรือไม่เมื่อปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาฉบับต่างๆ อีกทั้งมีความไม่ชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ การอภิปราย

นี้กระจายตัวไปสู่วงกว้างโดยเฉพาะอย่างยิ่งสังเกตได้จากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีปริมาณเพิ่มขึ้นในกรณีที่ต้องพิจารณาข้อเรียกร้องอันเกิดจากการปฏิเสธการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

อย่างไรก็ตามรัฐบางรัฐเห็นว่าการกำหนดแนวทางให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีน้อยจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องใช้ความรอบคอบเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งวิธีพิจารณาการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องหลักความยุติธรรมและสุจริต (*ex aequo et bono*) ก็ยังขึ้นอยู่กับความเข้าใจในเรื่องของ “ความยุติธรรม” และ “ความเที่ยงธรรม” ของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย³²

จากการที่ข้อตกลงทั่วไปขาดเนื้อหาของมาตรฐานที่ยุติธรรมและเที่ยงธรรม” จึงก่อให้เกิดการโต้แย้งในแง่ของบทบาทที่ถูกต้องในการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ และการบังคับต่อรัฐต่างๆ³³

แม้ว่าข้อตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนส่วนมากประสงค์ให้การลงทุนและผู้ลงทุนได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม แต่ก็ไม่มีข้อตกลงฉบับใดที่กำหนดความหมายที่ชัดเจนของหลักประตบิตินี้³⁴ ซึ่งศาสตราจารย์ Muchlinski³⁵ ได้กล่าวไว้ว่า

“แนวคิดในเรื่องการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไม่ได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่มีข้อสังเกตถึงข้อโต้เถียงว่า ผู้ลงทุนต่างชาติไม่ได้รับการปฏิบัติที่ดีด้วยเหตุผลของการเลือกปฏิบัติ หรือโดยมาตรการที่ไม่ยุติธรรมต่อผลประโยชน์ที่พึงได้จากการลงทุน แนวคิดในเรื่องการตีความจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้เสนอให้ใช้หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ”

³²OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, September 2004, pp. 2-3

³³ Patrick G. Foy and Robert J.C. Deane, see op.cit. n. 104.

³⁴ Rudolf Dolzer and Magrets Stevens, see op. cit. n. 34; Mahmoud Salem, in “Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers”, *Journal du Droit International*, No.3 (1986) : 579-626.

³⁵ Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, (1995) p. 625.

ศาสตราจารย์ Juillard³⁶ เสนอแนะว่ามาตรฐานอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในข้อตกลง การลงทุนกำหนดให้มีปัจจัยอื่นที่เป็นตัวช่วยในการตีความบทบัญญัติอื่นในข้อตกลง และเพื่ออุด ช่องว่างของสนธิสัญญา Juillard ยังยืนยันอีกว่าการตีความการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม จะพัฒนาไปได้อย่างก้าวไกลก็โดยอาศัยการทำงานของคณะอนุญาโตตุลาการ

2.4.3 การนำไปปฏิบัติของรัฐที่แตกต่างกัน

หากพิจารณาถึงคดีต่างๆที่เกิดขึ้นจะเห็นได้ว่าจากผลของการที่รัฐปฏิบัติแตกต่างกันอาจ นำมาสู่ความขัดแย้งจนกลายเป็นข้อพิพาท อาทิเช่น ในคดี ADF Group Inc. v. United States of America³⁷ สหรัฐอเมริกาแสดงความเห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ระบุใน ความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) นั้นเป็นสิ่งที่ไม่ตายตัว และมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติก็ ยังคงมีการวิวัฒนาการต่อไป

ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐาน “การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ มาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ ณ เวลาที่ความตกลง NAFTA มีผลบังคับใช้ โดย แคนาดาได้แจ้งถึงคำแถลงเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังนี้³⁸

“ข้อ 1105 ซึ่งกำหนดไว้สำหรับการประติบัติให้คล้ายตามกฎหมายระหว่าง ประเทศถือเป็นเจตนาเพื่อให้มีการรับรองมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อการ ลงทุนแก่ผู้ลงทุนของความตกลง NAFTA ข้อบทนี้จัดให้มีมาตรฐานขั้นต่ำในการ ประติบัติบนพื้นฐานของหลักการเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”

กรณีนี้แคนาดามีความเห็นเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาที่ว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติ ยังคงมีการพัฒนาต่อไป เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังคงมีวิวัฒนาการสืบ ต่อไป

³⁶ P. Juillard see op. cit. n. 32.

³⁷ ADF Group Inc. v. United States of America, *ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award*, 9 January, 2003, para 179, p.86.

³⁸ Canadian Statement of Implementation for NAFTA, *Canada Gazette*, Part I, Jan 1, 1994. p.149.

³⁹ Second Submission of Canada Pursuant to NAFTA Article 1128, 19 July 2002, para 33.

หากพิจารณาจากสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีของสหรัฐอเมริกาในรูปแบบของสนธิสัญญา US Model Treaty 1994 ข้อ 2 (3) (a) จะพบว่ามิมีบทบัญญัติเรื่องการ प्रतिบัติผสมผสานเข้ากับการ प्रतिบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังนี้

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องตกลงให้มีการ प्रतिบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ และต้องไม่ให้การ प्रतिบัติที่ให้การอนุเคราะห์น้อยกว่าที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ”

แต่เมื่อพิจารณาจาก US Model BIT 2004 ในข้อ 5 ซึ่งต่อมาได้นำมาบรรจุไว้ในความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาจะพบว่ามีความพยายามที่จะกำหนดค่านิยามมาตรฐานขั้นต่ำในการ प्रतिบัติ ดังนี้

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องตกลงให้มีการ प्रतिบัติโดยสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมทั้งการ प्रतिบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่

ในวรรคข้างต้นอธิบายว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศในการ प्रतिบัติต่อคนต่างด้าวถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการ प्रतिบัติที่ต้องให้เพื่อคุ้มครองการลงทุน” สำหรับพันธกรณี “การ प्रतिบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” ต้องรวมถึงพันธกรณีการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในคดีอาญา คดีแพ่ง หรือคดีปกครอง โดยให้คล้ายตามหลักกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายหลักของโลก

จากการตีความบทบัญญัติของความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาทำให้ทราบว่า “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ” เป็นเสมือน “หลักทั่วไปที่ประกอบด้วย การปฏิบัติของรัฐที่ให้กระทำคล้ายตามพันธกรณีตามกฎหมาย” เพื่อคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจและผลประโยชน์ของคนต่างด้าว

ในกรณีของแคนาดาจะพบรูปแบบความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศซึ่งมีบทบัญญัติที่เชื่อมโยง “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” กับมาตรฐานขั้นต่ำดังนี้

“มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติมีเพื่อรับประกันการลงทุนของผู้ลงทุนตามหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ โดยสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มาตรฐานขั้นต่ำถือเป็นบรรทัดฐานเพื่อรับประกันว่าการปฏิบัติต่อการลงทุนจะไม่ได้แย่ไปกว่าการปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับโดยมาตรฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”

นอกจากนี้ “มาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” ยังมิได้จำกัดอยู่เพียงแค่มาตรฐานขั้นต่ำตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ยังหมายความรวมถึงที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะต่างๆด้วย ซึ่งรวมถึงหลักทั่วไปสนธิสัญญา และพันธกรณีตามตัวบทกฎหมาย

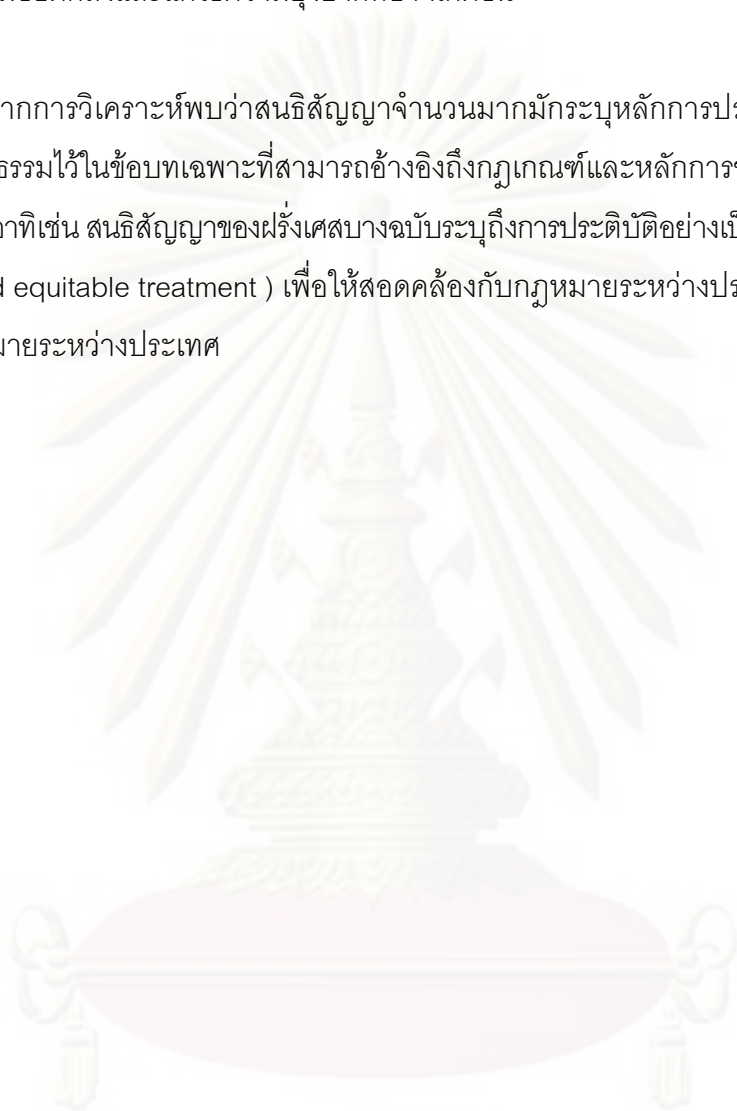
องค์การ OECD ได้ทำการศึกษาจากประเทศสมาชิกของ OECD รวมทั้งความตกลงระหว่างประเทศต่างๆที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศทำให้พบความคิดที่หลากหลายของประเทศในสมาชิกกลุ่ม OECD

ประเทศสมาชิกกลุ่ม OECD ให้ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมว่าเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁹ แม้ว่าการกล่าวอ้างนี้จะไม่ชัดเจน เนื่องจากเป็นหลักการทั่วไปที่ใช้ได้กับทุกลักษณะของการปฏิบัติต่อการลงทุนหากไม่มีข้อกำหนดเรื่อง

³⁹ A large number and a wide variety of international legal rules are generated by means other than the explicit consent of states expressed in treaties. “Sometimes these other kinds of international law are grouped together under descriptive rubrics like ‘general international law’ or ‘international common law’, but they are usually better known by their more specific appellations: customary international law, the general principles of international law, natural law, jus cogens and equity. Despite diverse sources, international rules not based on treaties share certain characteristics; among other things, they may sometimes be more generally applicable to states than are rules emanating from international agreements; however such rules are typically less definite in their formulation and thus often more subject to doubt in practice”. *An Introduction to International Law*, Mark. W. Janis, Second edition, Little, Brown and Company, 1993 p.41.

การคุ้มครองการลงทุนไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้หลักประติบัติดังกล่าวยังใช้เป็นหลักการทั่วไปในการตีความข้อตกลงและแก้ไขความยุ่งยากที่อาจเกิดขึ้น

จากการวิเคราะห์พบว่าสนธิสัญญาจำนวนมากมีระบุหลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไว้ในข้อบทเฉพาะที่สามารถอ้างอิงถึงกฎเกณฑ์และหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิเช่น สนธิสัญญาของฝรั่งเศสบางฉบับระบุถึงการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม (just and equitable treatment) เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ



ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

ข้อพิพาทและคำตัดสินของ ICSID ประเด็นหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและ เที่ยงธรรมในการลงทุนระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะเป็นกรณีศึกษาคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ใน 12 คดี โดยเรียงตามลำดับดังนี้ คือ

1. คดี American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997
2. คดี Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999
3. คดี Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000
4. คดี Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000
5. คดี Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000
6. คดี Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001
7. คดี Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002
8. คดี Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002
9. คดี ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003
10. คดี Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003
11. คดี The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United States of America, 2003
12. คดี Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

โดยศึกษาถึงข้อเท็จจริงในคดี ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี ประเด็นข้อกฎหมาย เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน รวมถึงหลักกฎหมายจากคำตัดสินเหล่านี้ว่ามีหลักใดที่เหมือนกันและหลักใดที่แตกต่างกัน

3.1 American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997

3.1.1 ข้อเท็จจริงในคดี

American Manufacturing & Trading Corporation (Zaire), Inc. (AMT) ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทอเมริกันจดทะเบียนก่อตั้งที่มลรัฐเดลาแวร์ ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนสัญชาติอเมริกัน AMT ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1993 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับสาธารณรัฐซาอีร์ (Republic of Zaire) ฝ่ายผู้ถูกร้อง (Respondent)

คำร้องของ AMT อ้างถึงบทบัญญัติของสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT) ระหว่างสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐซาอีร์ ในเรื่องการสนับสนุนและการคุ้มครองการลงทุนระหว่างกันฉบับที่ลงนามเมื่อวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 1984 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1989

เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 AMT (ผู้ร้อง) ได้มีหนังสือแจ้งไปยัง ICSID เพื่อแจ้งการเปลี่ยนชื่อเป็น “American Manufacturing & Trading, Inc.”

AMT ยื่นคำร้องเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาและตัดสินดังนี้

1. สาธารณรัฐซาอีร์กระทำการละเมิดต่อสิทธิที่ AMT พึ่งมี และได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาทวิภาคี ค.ศ. 1984
2. สาธารณรัฐซาอีร์ล้มเหลวต่อการให้คำมั่นตามพันธกรณีการคุ้มครองที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการทำลายล้างจากการใช้กำลังทางอาวุธของซาอีร์เมื่อวันที่ 23 – 24 กันยายน ค.ศ. 1991 และเมื่อวันที่ 28 – 29 มกราคม ค.ศ. 1993 การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินและสิ่งก่อสร้างของ Société Industrielle Zaïroise (SINZA) ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนประเภทจำกัดความรับผิด โดย AMT เป็นผู้ถือหุ้นร้อยละ 94 รวมทั้ง SINZA ต้องประสบกับความเสียหายอันเนื่องจากการปล้นสะดม และ
3. สาธารณรัฐซาอีร์ต้องรับผิดชอบทำให้ AMT ในค่าชดเชยต่อความเสียหายและดอกเบี้ยได้แก่

a) ราคาตลาดยุติธรรม (Fair market value) ของความสูญเสียอันเกิดจากการลงทุนของ AMT ในซาอีร์

b) การสูญเสียกำไรซึ่ง AMT ควรจะได้รับ และ

c) ดอกเบี้ยจากจำนวนค่าชดเชยภายใต้ข้อ a) และ b) โดยคิดอัตราเชิงพาณิชย์เทียบเท่ากับอัตราระหว่างประเทศสำหรับธุรกรรมเป็นสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐอเมริกา นับตั้งแต่วันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1991 จนถึงวันที่ชำระเสร็จสิ้น¹

3.1.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามของ American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT)

ในบันทึกความจำพร้อมภาคผนวก 8 ฉบับที่ร้องโดยฝ่ายผู้ร้องเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1993 ได้ระบุถึงข้อตกลงการลงทุนที่กระทำโดย AMT ในนามของ SINZA เพื่อประกอบกิจกรรมด้านอุตสาหกรรมและด้านการค้าในซาอีร์อันประกอบด้วย (a) การผลิตและการขายแบตเตอรี่ชนิด automotive and dry cell และ (b) การนำเข้าและการขายสินค้าอุปโภคและบริโภค

AMT ได้ระบุรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับความเสียหายที่ SINZA ได้รับจากการทำลายทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในศูนย์อุตสาหกรรมที่ผลิตแบตเตอรี่ คือ เมื่อวันที่ 23 – 24 กันยายน ค.ศ. 1991 สมาชิกกองทัพติดอาวุธของซาอีร์บางคนซึ่งมีค่ายตั้งอยู่ที่ Kolole ในเขต de la Gombe ได้ปล้นทรัพย์สินของ SINZA ไป ทหารเหล่านี้ยังบุกเข้าไปในศูนย์การค้าและร้านค้า โดยทำลายและนำสินค้า วัสดุต่าง ๆ รวมทั้งสิ่งของมีค่าที่พบในบริเวณอาคารไป ศูนย์การค้าเปิดทำการอีกครั้งเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 แต่เมื่อมีการเข้าทำลายซ้ำในครั้งที่สอง เมื่อวันที่ 28 – 29 มกราคม ค.ศ. 1993 ศูนย์การค้าจึงปิดตัวไปอย่างถาวร

ในบันทึกความจำ AMT ร้องโดยอ้างอิงถึงบทบัญญัติในมาตรา 42(1) ของอนุสัญญา ICSID และมาตรา 2(4) มาตรา 3(1) และมาตรา 4(2) ของ BIT²

¹ ICSID Case No. ARB/ 93/1(United States / Zaire BIT) Rep. p.1-2

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

² Ibid., p.6-7.

ในคำตอบที่ร้องโดย AMT เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1994 ซึ่งได้ตอบข้อคัดค้านที่ยกขึ้นโดยรัฐบาลซาอีร์เกี่ยวกับเขตอำนาจของ ICSID และความสามารถของคณะอนุญาโตตุลาการในการตัดสินคดี AMT ได้นำเสนอเกี่ยวกับข้อสังเกตที่เป็นปัญหาการไม่อาจนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของ ICSID รวมทั้งข้อเท็จจริงของคดี

AMT ยังปฏิเสธคำคัดค้านและข้อยกเว้นต่างๆที่ยกขึ้นโดยฝ่ายผู้ถูกร้องที่แสดงให้เห็นว่า AMT คือ ผู้ลงทุนที่แท้จริงในซาอีร์ในฐานะผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของ SINZA ซึ่งประกอบการอุตสาหกรรมที่ก่อตั้งในซาอีร์ แต่ถือว่าเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่าอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID³

ในนามของสาธารณรัฐซาอีร์ (Republic of Zaire)

ในบันทึกความจำโต้ตอบของฝ่ายผู้ถูกร้องเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1994 ที่ระบุถึงการสรุปข้อเท็จจริงที่ว่า SINZA “เป็นบริษัทที่ถูกปล้นสะดมเมื่อปี ค.ศ. 1991”

ในบันทึกความจำโต้ตอบยังได้มีการยกคำคัดค้านเบื้องต้นเกี่ยวกับเขตอำนาจของ ICSID รวมทั้งความสามารถของคณะอนุญาโตตุลาการในการตัดสินคดีในประเด็นของข้อบกพร่องในสถานะของ AMT ที่ไม่อาจกระทำในนามของ SINZA ได้ ฝ่ายผู้ถูกร้องตั้งคำถามถึงเขตอำนาจของ ICSID ในการรับคำร้องของ AMT โดยปราศจากข้อพิพาทระหว่าง AMT กับสาธารณรัฐซาอีร์

ซาอีร์ยกคำคัดค้านในเรื่องความล้มเหลวของ AMT ในการปฏิบัติตามมาตรา 8 ของ BIT ที่ว่าด้วยเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยวิธีปรึกษาหารือ (Consultation) ระหว่างตัวแทนของทั้งสองฝ่าย รวมทั้งการใช้ช่องทางทางการทูตด้วย ในบันทึกความจำโต้ตอบยังระบุว่า หากคู่พิพาทได้ดำเนินการตามวิธีระงับข้อพิพาทข้างต้นแล้วประสบความสำเร็จจะสามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้

³ Ibid., p.8-9.

ในบันทึกความจำโต้ตอบยังระบุถึงคำคัดค้านอื่นในประเด็นที่ฝ่ายผู้ถูกร้องไม่อาจยอมรับคำร้องของ AMT ที่ระบุว่าซาอีร์ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 2 มาตรา 4 และมาตรา 9 ของ BIT โดยที่ AMT ไม่อ้างถึงถึงหลักฐานที่ว่าซาอีร์ “ได้ให้การประติบัติแก่ SINZA ไม่น้อยไปกว่าที่ให้กับคนชาติหรือบริษัทต่างๆ”

นอกจากนี้ซาอีร์ยังกล่าวอ้างถึงมาตรา 9 ของ BIT ซึ่งระบุว่าสนธิสัญญา BIT ฉบับนี้ไม่อาจใช้แทนที่ ทำให้เสียหาย หรือบั่นทอนกฎหมาย หลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับการบริหาร หรือขั้นตอน หรือคำวินิจฉัยของฝ่ายใด ทั้งนี้โดยอาศัยกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งของซาอีร์ หมายเลข 69-044 ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1966 เกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลของความไม่สงบ โดยการกระทำดังกล่าวไม่อาจยอมรับได้ตามกฎหมายทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบพลเรือน โดยการหาวิธีการเพื่อตัดสินลงโทษรัฐให้ชำระค่าเสียหายสำหรับการสูญเสีย หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องจากการก่อความไม่สงบ หรือการก่อกบฏ ในบันทึกความจำโต้ตอบยืนยันถึงผลที่เกิดขึ้นว่าคำร้องของ AMT ไม่อาจกระทำได้เพราะสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวไม่อาจบั่นทอนตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ

ท้ายที่สุดรัฐบาลของซาอีร์ยกคำคัดค้านเพิ่มเติมในเรื่องที่ AMT ไม่อาจยื่นคำร้องได้เนื่องจากละเมิดต่อมาตรา 45 และมาตรา 46 ของประมวลกฎหมายการลงทุนของซาอีร์ อีกทั้ง AMT เป็นบริษัทสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่ได้ลงทุนทางตรงในซาอีร์ ในขณะที่ SINZA เป็นผู้ลงทุนทางตรงซึ่งถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติซาอีร์จึงเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีกระบวนการอนุญาตไต่สวนการภายใต้มาตรา 45 ของประมวลกฎหมายการลงทุนของซาอีร์⁴

ในคำโต้ตอบร่วมกันของสาธารณรัฐซาอีร์เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 ยืนยันซ้ำถึงสถานะของรัฐบาลซาอีร์ตามที่ได้แสดงไว้ในบันทึกความจำโต้ตอบถึงเรื่องการขาดเขตอำนาจของ ICSID และการไม่มีอำนาจร้องของ AMT โดยซาอีร์ปฏิเสธข้อกล่าวหาทั้งหมดของ AMT เพื่อเรียกค่าชดเชยพร้อมดอกเบี้ย

สาธารณรัฐซาอีร์ไม่เคยโต้แย้งถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ทรัพย์สินของ SINZA ไม่ได้ถูกทำลาย SINZA ถือเป็นผู้ได้รับความเสียหายเช่นเดียวกับผู้ได้รับความเสียหายรายอื่นอันเกิดจากการ

⁴ Ibid., p.7-8.

ปล้นสะดมเมื่อ ค.ศ. 1991 และ ค.ศ. 1993 แต่ในคำโต้ตอบร่วมกันยืนยันว่า “ปัญหาในเรื่องการชดเชยนั้นไม่ว่าผู้ได้รับความเสียหายรายใดก็ได้รับการประติบัติที่ได้รับความอนุเคราะห์ไม่น้อยไปกว่าที่ให้แก่ SINZA” รัฐบาลซาอุดีระบอบว่าไม่มีผู้ได้รับความเสียหายรายใดที่ถูกปล้นสะดมเมื่อ ค.ศ. 1991 และ ค.ศ. 1993 ได้รับการชดเชยจากรัฐบาลซาอุดี ดังนั้น AMT จึงไม่อาจร้องในเรื่องการชดเชยได้

ท้ายที่สุดสาธารณรัฐซาอุดีระบอบยืนยันต่อ ICSID ว่าไม่ได้กระทำผิดตามที่ AMT กล่าวหา⁵

3.1.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

สาธารณรัฐซาอุดีระบอบต้องรับผิดชอบสำหรับการสูญเสียและความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 23 – 24 กันยายน ค.ศ. 1991 และวันที่ 28 -29 มกราคม ค.ศ. 1993 ภายใต้สนธิสัญญา BIT มาตรา 2(4) หรือมาตรา 4(1)(b) หรือทั้งสองมาตรา ตามที่ AMT ร้องหรือไม่ โดยมาตรา 4(1)(b) เป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดของซาอุดี และมาตรา 2(4) เป็นเรื่องการประติบัติต่อการลงทุนเพื่อรับรองการคุ้มครองและความปลอดภัยสำหรับการลงทุนของ AMT ภายในดินแดนของซาอุดี⁶ อีกทั้งประเด็นปัญหาในเรื่องการคำนวณค่าเสียหายและดอกเบี้ยตามคำร้องของ AMT เพื่อให้สาธารณรัฐซาอุดีระบอบชดใช้ให้โดยคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง⁷

3.1.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

AMT กล่าวหาว่าสาธารณรัฐซาอุดีระบอบละเมิดต่อพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญา BIT ระหว่างซาอุดี และสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1984 ซึ่งพันธกรณื่อดังกล่าวบรรจุอยู่ในบทบัญญัติของ BIT โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 2(4) มาตรา 3 และมาตรา 4(1)(b) และ (2)(b)

a) พันธกรณีเรื่องการคุ้มครองและความปลอดภัยสำหรับการลงทุน

⁵ Ibid., p.9-10.

⁶ Ibid., p.31.

⁷ Ibid., p.33.

AMT ร้องขอสิทธิการปฏิบัติเรื่องการคุ้มครองและความปลอดภัยที่ระบุไว้ใน มาตรา 2 วรรค 4 ของ BIT ดังมีข้อความต่อไปนี้

มาตรา 2 การปฏิบัติต่อการลงทุน

- (4) “การลงทุนของชนชาติและบริษัทของคู่สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติ อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตลอดเวลา และต้องได้รับการคุ้มครองและความปลอดภัยในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย การปฏิบัติเพื่อการ คุ้มครองและความปลอดภัยต่อการลงทุนต้องคล้อยตามกฎหมายภายใน และต้องไม่น้อยไปกว่าที่ได้รับจากกฎหมายระหว่างประเทศ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษาพันธกรณีในเรื่องการลงทุนของชนชาติ หรือบริษัทของ คู่สัญญาอีกฝ่าย”

Article 2 : Treatment of Investment

- (4) “Investment of nationals and companies of either Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and security in the territory of the other Party. The treatment, protection and security of investment shall be in accordance with applicable national laws, and may not be less than that recognized by international law....Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of nationals or companies of the other Party.”

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าพันธกรณีดังกล่าวข้างต้นที่สร้างขึ้นโดย สาธารณรัฐซาอุดีและสหรัฐอเมริกา เป็นพันธกรณีที่รับประกันการคุ้มครองและความปลอดภัยใน การลงทุนของชนชาติหรือบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่าย ในกรณีที่น่าขึ้นสู่การพิพาทนี้ คือ บริษัท หรือ คนสัญชาติอเมริกา (AMT) ที่เข้ามาลงทุนในซาอุดีที่เมืองคินซาซา พันธกรณีนี้เป็น พันธกรณีที่ซาอุดีต้องเฝ้าระวังให้การลงทุนที่กระทำขึ้นโดย AMT ได้รับการคุ้มครองและความ

ปลอดภัยอย่างเต็มที่ ซาอีร์ต้องแสดงถึงมาตรการทั้งหลายที่เป็นการคุ้มครองการลงทุนของ AMT ภายในดินแดนของซาอีร์ แต่ซาอีร์ก็ไม่ได้ให้การคุ้มครองเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ SINZA ซึ่งเป็นบริษัทที่ถูกแต่งตั้งโดย AMT ซาอีร์อ้างว่ากฎหมายภายในปลดเปลื้องพันธกรณีทั้งหลายที่ต้องทำการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในดินแดนของซาอีร์ โดยเฉพาะกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนี้ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้แสดงถึงการไม่เห็นด้วย⁸

การปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและความปลอดภัยต่อการลงทุนตามบทบัญญัติของ BIT ดังนั้น AMT ในฐานะผู้ลงทุนต้องได้รับตามกฎหมายภายในแต่ต้องไม่น้อยไปกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินถึงความรับผิดชอบของซาอีร์ซึ่งพันธกรณีต้องไม่น้อยไปกว่ามาตรฐานขั้นต่ำการเฝ้าระวังและการดูแลที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ

ปัญหาที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับวิธีการที่ต้องพิสูจน์ให้รู้แน่ชัดว่ามีการละเมิดต่อพันธกรณีของซาอีร์ในเรื่องการเฝ้าระวังดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 วรรค 4 ของ BIT หรือไม่ อีกทั้งต้องใช้หลักเกณฑ์ใดในการตัดสินถึงมาตรการที่ผู้ลงทุนพึงได้รับโดยต้องสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ และมาตรการใดที่จะถือเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่ซาอีร์พึงใช้เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยในการลงทุนของ AMT ซาอีร์ได้ใช้มาตรการต่างๆแล้วหรือไม่ โดยคำถามต่างๆเหล่านี้ไม่ได้รับคำตอบจากซาอีร์

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าซาอีร์ละเมิดต่อพันธกรณีที่ได้ลงนามไว้ใน BIT ซึ่งพิสูจน์ได้จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามที่ได้บรรยายมาในคำร้อง ซาอีร์ต้องรับผิดชอบต่อการที่ไม่สามารถป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งมีผลต่อการลงทุนของ AMT โดยซาอีร์มีพันธกรณีที่ต้องคุ้มครอง⁹

สภาพความเสียหายที่เกิดขึ้นอธิบายถึงสิ่งที่เกิดด้วยตัวเองอยู่แล้วโดยไม่ต้องหาข้อพิสูจน์จากภายนอก แม้ว่าซาอีร์ไม่เคยปฏิเสธถึงการละเมิดต่อพันธกรณีการเฝ้าระวังก็ตาม ดังนั้นซาอีร์จึงต้องยอมรับว่า SINZA “ถูกปล้นสะดมเมื่อ ค.ศ. 1991 เช่นเดียวกับกรณีที่เกิด

⁸ Ibid., p.27-28.

⁹ Ibid., p.29.

ขึ้นกับบริษัทอื่นๆจริง” แต่ซาอีร์ยังอ้างว่า AMT ไม่เคยอ้างหลักฐานเพื่อเป็นข้อพิสูจน์ว่าซาอีร์ “ได้ให้การประติบัติต่อ SINZA โดยให้ความอนุเคราะห์ที่น้อยกว่าที่ให้แก่คนชาติหรือบริษัทในซาอีร์”

สำหรับความจริงที่ว่าซาอีร์ล้มเหลวอย่างชัดเจนในการเคารพต่อมาตรฐานขั้นต่ำที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเท่ากับเป็นการตอกย้ำว่าซาอีร์ล้มเหลวต่อพันธกรณีที่มีต่อรัฐที่สาม หรือรัฐที่สามอื่นๆ ในกรณีข้อโต้แย้งที่กล่าวอ้างโดยซาอีร์ที่จะไม่ให้การคุ้มครองคนชาติ หรือบริษัทของคู่สัญญา หรือกรณีการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นชอบด้วย จากกรณีที่ซาอีร์ละเมิดพันธกรณีหลายครั้งและล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีให้แก่รัฐที่สามจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงต่อความรับผิดชอบของซาอีร์ที่ละเมิดต่อพันธกรณี การประติบัติเพื่อการคุ้มครองและความปลอดภัยที่พึงให้แก่ AMT ตามบทบัญญัติในมาตรา 2 วรรค 4 ของ BIT

แม้เหตุผลต่างๆที่นำเสนอโดยซาอีร์จะไม่ได้รับการยอมรับ แต่ซาอีร์ก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองและรับรองต่อความปลอดภัยของการลงทุนที่ AMT ได้ลงทุนในดินแดนของซาอีร์¹⁰

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินอย่างเป็นเอกฉันท์

1. ในเรื่องความสามารถ ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีความสามารถในการตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีภายใต้เขตอำนาจของ ICSID
2. ในเรื่องการขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ ว่าคำขอให้มีการอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1993 สามารถกระทำได้
3. ในเรื่องความรับผิดชอบของซาอีร์ ว่าความรับผิดชอบของสาธารณรัฐซาอีร์ในฐานะเป็นผู้ถูกร้องอันเนื่องมาจากความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์เมื่อวันที่ 23 - 24 กันยายน ค.ศ. 1991 และเมื่อวันที่ 28 -29 มกราคม ค.ศ. 1993 เป็นข้อเรียกร้องของ AMT เพื่อให้มีการชดเชย
4. ในเรื่องข้อเรียกร้องเพื่อให้มีการชดเชย ว่าสาธารณรัฐซาอีร์ถูกตัดสินลงโทษให้ชำระค่าความเสียหายแก่ AMT ดังต่อไปนี้ (รวมทั้งเงินต้น ดอกเบี้ย และข้อเรียกร้องต่างๆ)

¹⁰ Ibid., p.30.

ยอดรวมทั้งสิ้นเป็นจำนวน 9,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมดอกเบี้ยค้างชำระร้อยละ 7.5 ต่อปี นับจากวันที่ตัดสินหากยอดเงินจำนวนนี้ไม่ได้รับชำระภายใน 60 วันนับจากที่มีการประกาศคำตัดสินนี้

5. ในเรื่องค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทจากการดำเนินการอนุญาตไต่สวนการ ว่า คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องเฉลี่ยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอันเนื่องจากการดำเนินการอนุญาตไต่สวนการ อีกทั้งสาธารณรัฐชวาอีร์ต้องชำระเงินเพิ่มให้แก่ AMT เป็นจำนวน 104,828.96 ดอลลาร์สหรัฐ ที่ต้องชำระล่วงหน้าเพื่อดำเนินการอนุญาตไต่สวนการนี้¹¹



ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹ Ibid., p.41-42.

3.2 Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999

3.2.1 ข้อเท็จจริงในคดี

ฝ่ายผู้ร้องประกอบด้วย Mr. Robert Azinian พำนักที่ Los Angeles รัฐ California Mr. Kenneth Davitian พำนักที่ Burbank รัฐ California และ Ms. Ellen Baca พำนักที่ Sherman Oaks รัฐ California ทั้งหมดเป็นผู้มีสัญชาติอเมริกันและเป็นผู้ถือหุ้นบริษัทในเม็กซิโก ที่ชื่อ Desechos Solidos de Naucalpan S.A. de C.V. (DE SONA) เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 บริษัท DESONA เป็นผู้ได้รับสิทธิในสัญญาสัมปทานในการจัดเก็บและกำจัดของในเมือง Naucalpan de Juarez ต่อมาฝ่ายผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของ ICSID เมื่อวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 1997 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับฝ่ายผู้ถูกร้อง คือ รัฐบาลของ สาธารณรัฐเม็กซิกัน¹² (the Government of the United Mexico States)

เมือง Naucalpan เป็นแหล่งอุตสาหกรรมหนักที่สำคัญของเม็กซิโกในปี ค.ศ. 1993 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาสัมปทาน Naucalpan มีประชากรเกือบ 2 ล้านคน และมีแหล่งการค้า หรือแหล่งอุตสาหกรรมประมาณ 21,800 แห่ง การจัดการขยะจากที่อยู่อาศัยและธุรกิจเป็นหน้าที่ สำคัญของเทศบาล บางส่วนของขยะมากกว่า 900 ตันต่อวันจากที่อยู่อาศัยที่ถูกจัดเก็บ และ บางส่วนของขยะน้อยกว่า 900 ตันต่อวัน จากแหล่งการค้าและอุตสาหกรรมที่ถูกจัดเก็บ (ขยะอัน หลังนี้สร้างรายได้ให้แก่ผู้จัดเก็บและทำลายขยะได้สูงกว่า) เมื่อ DESONA เข้ามาจัดเก็บ ดูแล และกำจัดขยะจึงทำได้ดีขึ้น เนื่องจากอุปกรณ์ทั้งหลายของเทศบาลมีไม่เพียงพอและล้าสมัย¹³

ต่อมาเมื่อเมือง Naucalpan ยกเลิกสัญญาสัมปทานกับบริษัท DESONA ผู้ร้องในฐานะ ที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท DESONA จึงหาวิธีการเยียวยาความเสียหายของ “มูลค่าจากสัมปทานใน สถานะที่เป็นผู้รับสิทธิดำเนินงาน” (value of the concession as an on-going enterprise) ซึ่งมี

¹² ICSID Case No. ARB (AF)/97/2 (NAFTA) Rep. p.1

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

¹³ Ibid., p.5.

มูลค่าประมาณ 19.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ผู้ร้องกล่าวหาว่าการกระทำของสภาเทศบาลเมือง Naucalpan รวมถึงรัฐบาลเม็กซิโกเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA¹⁴

3.2.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามฝ่ายผู้ร้อง

ผู้ร้องกล่าวหาว่าผู้ถูกร้องละเมิดต่อบทบัญญัติในความตกลง NAFTA 2 ข้อ¹⁵ ดังนี้

ข้อ 1110(1)

“ไม่มีภาคีฝ่ายใดที่อาจถูกโอนหรือเวนคืนการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายเป็นของรัฐทั้งทางตรงหรือทางอ้อมในดินแดนของภาคีอีกฝ่าย หรือใช้วิธีการที่เทียบเท่ากับการโอนหรือการเวนคืนการลงทุนดังกล่าว เว้นแต่

- (ก) เพื่อประโยชน์สาธารณะ
- (ข) บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ
- (ค) ตามกระบวนการที่สอดคล้องกับกฎหมาย และมาตรา 1105(1) และ
- (ง) โดยการชำระค่าชดเชยตามวรรค 2 ถึง 6”

Article 1110(1)

“No party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such investment (“expropriation”) except :

- (a) for a public purpose ;
- (b) on a non-discriminatory basis ;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1) ; and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.”

¹⁴ Ibid., p.6.

¹⁵ Ibid., p.24.

ข้อ 1105(1)

“คู่ภาคีแต่ละฝ่ายต้องตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งโดยมาตรฐานการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมและมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

Article 1105(1)

“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

ในนามฝ่ายผู้ถูกร้อง

ฝ่ายผู้ถูกร้องโต้แย้งว่าสัญญาสัมปทานสิ้นสุดลงด้วย 2 สาเหตุ คือความไม่สมบูรณ์ของสัญญา (invalidity) และการยกเลิกสัญญา (recision)

สภาเทศบาลเมือง Naucalpan มีสิทธิยกเลิกสัญญาสัมปทานเนื่องจากการดำเนินงานที่ล้มเหลวของ DESONA หากสภาเทศบาลเมืองไม่บอกเลิกสัญญาสัมปทานดังกล่าว สภาเทศบาลเมือง Naucalpan จะเป็นผู้ละเมิดสัญญาเสียเอง เนื่องจากหลักฐานและการโต้แย้งในชั้นพิจารณาได้มุ่งเน้นถึงเรื่องที่ว่าในความเป็นจริงแล้ว บริษัท DESONA ปฏิบัติคล้ายตามสัญญาสัมปทานหรือไม่

สภาเทศบาลเมืองเชื่อว่ามีมูลเหตุที่ทำให้สัญญาสัมปทานด้านบริการสาธารณะเป็นโมฆะภายใต้กฎหมายเม็กซิโกได้ ในขณะที่ DESONA เริ่มต้นคดี มูลเหตุต่าง ๆ ได้รับการตรวจสอบถึง 3 ระดับจากศาลเม็กซิโก ดังนั้นฝ่ายผู้ร้องจะกล่าวได้อย่างไรว่าเม็กซิโกละเมิดต่อความตกลง NAFTA ทั้ง ๆ ที่สภาเทศบาลเมือง Naucalpan อ้างว่าได้แจ้งถึงความเป็นโมฆะของสัญญาสัมปทาน ซึ่งเงื่อนไขต่าง ๆ นั้นสอดคล้องกับกฎหมายเม็กซิโกและกับเขตอำนาจศาลเม็กซิโก อีกทั้งศาลต่าง ๆ ของเม็กซิโกล้วนเห็นชอบกับการตัดสินใจของสภาเทศบาลเมือง นอกเหนือไปจากนี้ฝ่ายผู้ร้องไม่เคยโต้แย้งหรือพิสูจน์ว่ามาตรฐานกฎหมายเม็กซิโกในการยกเลิก

สัมปทานละเมิดต่อพันธกรณี ในบทที่ 11 ของความตกลง NAFTA หรือแม้กระทั่งกรณีฝ่ายผู้ร้องไม่เคยพิสูจน์ว่ากฎหมายปกครองเม็กซิโกถือว่าการยกเลิกสัญญาเป็นการเวนคืน

เมื่อวางกรอบคำถามจึงปรากฏว่าหลักฐานของฝ่ายผู้ร้องที่เสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาไม่เพียงพอที่จะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นชอบกับการตัดสินใจของสภาเทศบาลเมือง ทั้งนี้จากการที่ศาลเม็กซิโกตัดสินว่าการตัดสินใจของสภาเทศบาลเมืองที่ให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะนั้นสอดคล้องกับกฎหมายเม็กซิโกที่ว่าด้วยการควบคุมความสมบูรณ์แห่งสัมปทานบริการสาธารณะ คำถามจึงมีว่าคำตัดสินของศาลเม็กซิโกนั้นละเมิดต่อพันธกรณีของเม็กซิโกภายใต้บทที่ 11 ของความตกลง NAFTA หรือไม่¹⁶

3.2.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

การตรวจสอบว่าการยกเลิกสัญญาสัมปทานเป็นการเวนคืนและเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA มาตรา 1110 หรือไม่ หากพบว่าไม่เป็นตามที่ระบุข้างต้นคำร้องต้องยุติลง

ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะตรวจสอบคำร้องในส่วนสำคัญนี้ต้องระลึกว่าฝ่ายผู้ร้องได้แสดงมูลเหตุในคำร้องเพื่อกล่าวหาว่ามีการละเมิดต่อมาตรา 1105 รวมทั้งมาตรา 1110 ด้วย ฝ่ายผู้ร้องไม่ละทิ้งประเด็นในมาตรา 1105 จึงทำให้เห็นความสำคัญของหลักการในมาตรา 1105 ว่าผู้ลงทุนใน NAFTA ต้องไม่ดำเนินการโดยขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในคำร้องนี้ไม่มีการระบุถึงการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ นอกเหนือไปจากกรณีที่เป็นการเฉพาะเจาะจงในมาตรา 1110 ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องตัดสินว่า จากสถานการณ์ในคดีนี้ หากปรากฏว่าไม่มีการละเมิดต่อมาตรา 1110 ก็จะไม่มีการละเมิดต่อมาตรา 1105 ด้วย¹⁷

¹⁶ Ibid., p.27.

¹⁷ Ibid., p.26.

3.2.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

คณะอนุญาโตตุลาการระลึกถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการคล้อยตามของรัฐบาลต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าต้องไม่ด้อยไปกว่าข้อเท็จจริงที่ว่าศาลภายในเห็นชอบกับพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ปกครอง ซึ่งอดีตประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวไว้ว่า

“หลักการแบ่งแยกและการเป็นอิสระของศาลตามกฎหมายเทศบาล และโดยเคารพการตัดสินขั้นสุดท้ายของศาลเป็นอิทธิพลสำคัญต่อรูปแบบของหลักการทั่วไปของการรับผิดชอบของรัฐซึ่งก่อให้เกิดการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำขององค์กรศาล

หลักพื้นฐานขององค์กรศาลแสดงให้เห็นถึงสิ่งที่พบในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะยอมรับส่วนขยายของกฎเกณฑ์ฝ่ายตุลาการที่ว่ารัฐมีความรับผิดชอบต่อการกระทำทั้งหลายขององค์กรต่าง ๆ ในศาล

อย่างไรก็ตามในสภาพปัจจุบัน ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำขององค์กรศาลได้รับการตระหนัก แม้ว่ารัฐบาลจะมีความเป็นอิสระ แต่ฝ่ายตุลาการต้องยึดโยงกับรัฐสำหรับการตัดสินที่ทำโดยผู้มีอำนาจทางตุลาการที่แต่งตั้งมาจากรัฐตามวิถีทางแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้หรือการตัดสินที่กระทำโดยฝ่ายบริหาร

ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำของผู้มีอำนาจทางตุลาการอาจเป็นผลให้เกิดการตัดสินทางศาลใน 3 รูปแบบต่างกัน

ประการแรกเป็นการตัดสินของศาลเทศบาลที่ขัดกับหลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจน

ประการที่สองเป็นสิ่งที่เรียกว่า “การปฏิเสธความยุติธรรม” (denial of justice)

ประการที่สามในบางกรณี รัฐต้องรับผิดชอบสำหรับการตัดสินทางศาลที่ขัดกับกฎหมายเทศบาล”¹⁸

¹⁸ Ibid., p.28.

ความเป็นไปได้ในการที่จะถือว่ารัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ สำหรับการตัดสินทางศาลหรือไม่ คือ การที่ฝ่ายผู้ร้องต้องแสดงว่าการตัดสินของศาลถือเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา แม้ว่าฝ่ายผู้ร้องสามารถทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อว่าศาลเม็กซิโกตัดสินผิดที่ทำให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะ แต่ก็ยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA สิ่งที่ฝ่ายผู้ร้องต้องแสดงเพิ่มเติมคือ ฝ่ายผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมรวมทั้งสิ่งที่ถือว่าการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

สำหรับคดีนี้ฝ่ายผู้ร้องไม่ได้ยกข้อต่อสู้ต่อศาลเม็กซิโก คือไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม โดยฝ่ายผู้ร้องได้ยกข้อต่อสู้ทั้งหลายต่อสภาเทศบาลเมือง Naucalpan เท่านั้น ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องไม่สมบูรณ์และอาจไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องการปฏิบัติต่อสัญญาสัมปทาน ในกรณีที่ไม่มีการยกข้อต่อสู้ในเรื่องคำตัดสินของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาสัญญา คำร้องดังกล่าวจะเป็นอันไร้ผลตามกฎหมายเม็กซิโกซึ่งเท่ากับว่าไม่มีสัญญาที่ก่อให้เกิดการเวนคืน

ในเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมสามารถนำมาอ้างอิงได้ หากศาลต่าง ๆ ปฏิเสธที่จะรับพิจารณาคดี หรือพิจารณาล่าช้า หรือไม่ให้การปฏิบัติทางศาลอย่างเพียงพอ ซึ่งหากฝ่ายผู้ร้องไม่มีหลักฐานหรือข้อโต้แย้ง คณะอนุญาโตตุลาการอาจตัดสินให้เป็นคุณแก่กระบวนการยุติธรรมของเม็กซิโก¹⁹

รูปแบบการปฏิเสธความยุติธรรมอีกแบบคือ การนำกฎหมายมาปรับใช้โดยเจตนาที่ไม่สุจริต ซึ่งรูปแบบของการปฏิเสธนี้ถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า การตัดสินของศาลเม็กซิโกไม่จัดว่าเป็นการตัดสินโดยอำเภอใจ หรือเป็นการปรับใช้กฎหมายโดยไม่สุจริต²⁰

คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าฝ่ายผู้ร้องไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าคำตัดสินของศาลเม็กซิโกขัดกับหลักกฎหมายภายในของเม็กซิโก หลักฐานของฝ่ายผู้ถูกร้องเกี่ยวกับมาตรฐานทางกฎหมาย

¹⁹ Ibid., p.29.

²⁰ Ibid., p.30.

ในการยกเลิกสัญญาบริการสาธารณะที่นำมาแสดงนั้นเป็นหลักฐานที่ไม่อาจโต้แย้งได้ อีกทั้งฝ่ายผู้ร้องก็ไม่ได้โต้แย้งว่ามาตรฐานทางกฎหมายเหล่านี้ละเมิดต่อความตกลง NAFTA ในมาตรา 1110 คณะอนุญาโตตุลาการยังพบอีกว่าการปรับใช้มาตราเหล่านี้ในประเด็นการตัดสินให้สัญญาเป็นโมฆะไม่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจแต่อย่างใด ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาจากหลักฐานประกอบ

นอกจากนี้การสังเกตของคณะอนุญาโตตุลาการในชั้นสรุปพบว่าสภาเทศบาลเมืองได้รับการชักนำให้ลงนามในสัญญาสัมปทานโดยไม่สุจริต²¹

คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าการยกเลิกสัญญาสัมปทานในคดีนี้ไม่ถือว่ารัฐบาลเม็กซิโกละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ความตกลง NAFTA คำร้องในคดีนี้ของฝ่ายผู้ร้องฟังไม่ขึ้นทั้งหมดสำหรับการตัดสินในเรื่องค่าใช้จ่าย คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ทั้ง 2 ฝ่ายเป็นผู้รับผิดชอบสำหรับค่าใช้จ่ายในส่วนของตน ส่วนค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระให้ ICSID ให้ทั้งสองฝ่ายเฉลี่ยกันฝ่ายละเท่า ๆ กัน

ด้วยเหตุผลทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธคำร้องในทุกประเด็นของฝ่ายผู้ร้อง และตัดสินให้เป็นคุณแก่ฝ่ายผู้ถูกร้อง²²

²¹ Ibid., p.33.

²² Ibid., p.35.

3.3 Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000

3.3.1 ข้อเท็จจริงในคดี

Metalclad Corporation ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทอเมริกันจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ สำหรับ Eco-Metalclad Corporation (Eco) เป็นบริษัทอเมริกันจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายของมลรัฐยูทาห์ Metalclad เป็นเจ้าของบริษัท ECO และเป็นผู้ถือหุ้น 100 เปอร์เซ็นต์ ในบริษัท Ecosistemas Nacionales, S.A.de C.V. (ECONSA) ซึ่งเป็นบริษัทเม็กซิกัน²³

ในปี ค.ศ.1993 ECONSA ซึ่งบริษัทเม็กซิกันชื่อ Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (COTERIN) เพื่อการเข้าถือสิทธิ์ การพัฒนาและการดำเนินการเป็นสถานีขนถ่ายขยะอันตราย และนำไปทิ้งที่หุบเขา La Pedrera ซึ่งตั้งอยู่ที่เมือง Guadalcazar บริษัท COTERIN เป็นเจ้าของผู้มึกรรมสิทธิ์ในที่ทิ้งขยะ รวมทั้งได้รับการอนุญาตและใบอนุญาตให้ดำเนินการซึ่งเป็นประเด็นพิพาทในคดีนี้

COTERIN เป็นบริษัทในนามของ Metalclad ซึ่ง Metalclad ถือเป็นผู้ลงทุนของฝ่ายคู่กรณี (investor of a Party) ได้ยื่นคำร้องเพื่อการอนุญาตไต่ตุลาการภายใต้ความตกลง NAFTA²⁴

Metalclad ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ.1997 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาตไต่ตุลาการกับรัฐบาลของเม็กซิโก²⁵

²³ ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (NAFTA) Rep. p.4

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

²⁴ Ibid., p.5.

²⁵ Ibid., p.6.

3.3.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามของผู้ร้อง

ข้อพิพาทนี้เกิดขึ้นจากกิจกรรมที่ Metalclad ฝ่ายผู้ร้องไปกระทำในเทศบาลเมือง Guadalcasar ซึ่งตั้งอยู่ในจังหวัด San Luis Potosi (SLP) Metalclad กล่าวหาว่าเม็กซิโกผู้ถูกร้อง ตลอดถึงสภาท้องถิ่นของ SLP และ Guadalcasar เข้าแทรกแซงการพัฒนาและการดำเนินการ สถานที่ทิ้งขยะอันตราย

Metalclad กล่าวหาว่าการแทรกแซงนี้เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติการลงทุนในบทที่ 11 ของความตกลง NAFTA โดยเฉพาะอย่างยิ่งประการแรก เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 ซึ่งกำหนดให้คู่ภาคีแต่ละฝ่ายในความตกลง NAFTA “ต้องตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุน อีกฝ่ายหนึ่งโดยมาตรฐานการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐาน การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และมาตรฐานการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

ประการที่สอง เป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ซึ่งระบุว่า “ไม่ให้คู่ภาคีฝ่ายใดในความตกลง NAFTA เวนคืนหรือโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือใช้มาตรการที่ เทียบเท่าได้กับการเวนคืนหรือการโอนกิจการ เว้นแต่ (ก) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ (ข) บน พื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ (ค) ต้องสอดคล้องกับกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย และข้อ 1105 (1) และ (ง) ต้องชำระค่าชดเชยให้สอดคล้องกับวรรค 2 ถึง 6” แต่เม็กซิโกปฏิเสธข้อ กล่าวหาเหล่านี้²⁶

ในปี ค.ศ.1990 รัฐบาลแห่งสหพันธ์ของเม็กซิโกอนุญาตให้ COTERIN ก่อสร้างและ ดำเนินการย้ายสถานีขยะอันตรายเข้าไปในหุบเขา La Pedrera ซึ่งตั้งอยู่ในเมือง Guadalcasar จังหวัด SLP พื้นที่นี้มีขนาด 814 เฮกเตอร์ และอยู่ห่างจากเมืองหลวงของ SLP ไปทางทิศ ตะวันออกเฉียงเหนือ 100 กิโลเมตร โดยมีแนวเขา Sierra Guadalcasar คั่นอยู่เป็นระยะทาง 70

²⁶ Ibid., p.1.

กิโลเมตร เมือง Guadalcazar มีประชากรประมาณ 800 คน อาศัยอยู่ในรัศมี 10 กิโลเมตรในแถบนี้

เมื่อวันที่ 23 มกราคม ค.ศ.1993 สถาบันนิเวศน์แห่งชาติ (INE) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระของเลขาธิการสหพันธ์ด้านสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรแห่งชาติและการประมง (SEMARNAP) ยินยอมให้บริษัท COTERIN ได้รับใบอนุญาตระดับสหพันธ์เพื่อก่อสร้างที่ทิ้งขยะอันตรายในหุบเขา La Pedrera²⁷

เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ.1993 สถาบันนิเวศน์แห่งชาติรับทราบเรื่องใบอนุญาตการดำเนินการที่ทิ้งขยะระดับสหพันธ์ของบริษัท COTERIN ในวันที่ 10 กันยายน ค.ศ.1993 Metalclad เข้าใช้สิทธิและซื้อบริษัท COTERIN รวมทั้งพื้นที่ทิ้งขยะ และใบอนุญาตต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง²⁸

Metalclad กล่าวว่าภายในเวลาไม่นานจากที่ซื้อบริษัท COTERIN ผู้ว่าการจังหวัด SLP เริ่มการรณรงค์สาธารณะเพื่อบอกเลิกและป้องกันการดำเนินการที่ทิ้งขยะ

Metalclad ยังกล่าวเพิ่มเติมว่าในเดือนเมษายน ค.ศ.1994 หลังการเจรจา Metalclad เชื่อว่าได้รับความมั่นใจจากข้อตกลงของ SLP เพื่อสนับสนุนโครงการ ดังนั้นในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1994 เมื่อ Metalclad ได้รับการต่ออายุสัญญาใบอนุญาตก่อสร้างจาก INE อีก 18 เดือน จึงเริ่มการก่อสร้างที่ทิ้งขยะเรื่อยมา โดยมีเจ้าหน้าที่สหพันธ์และตัวแทนของรัฐเข้าตรวจสอบการก่อสร้าง Metalclad ยังเสนอรายงานความก้าวหน้าให้แก่เจ้าหน้าที่ของทั้งสหพันธ์และรัฐทราบ

ต่อมาเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ.1994 ได้มีคำสั่งเทศบาลให้หยุดกิจกรรมการก่อสร้างทั้งหมด เนื่องจากขาดใบอนุญาตการก่อสร้างของเทศบาล การก่อสร้างจึงต้องยุติลงทันที

²⁷ Ibid., p.12.

²⁸ Ibid., p.13.

ในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1994 Metalclad จึงเริ่มต้นการก่อสร้างและได้ยื่นคำขอใบอนุญาตการก่อสร้างจากเทศบาล²⁹

Metalclad เสร็จสิ้นการก่อสร้างที่ทั้งขยะในเดือนมีนาคม ค.ศ.1995 และได้ทำพิธีเปิดที่ทั้งขยะเมื่อวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ.1995 โดยมีผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงจากสหรัฐอเมริกาเม็กซิกันและจากสหพันธ์เม็กซิโก รวมทั้งจากมลรัฐและจากท้องถิ่นเข้าร่วมงาน³⁰

ในวันที่ 23 กันยายน ค.ศ.1997 ผู้ว่าการจังหวัดในขณะนั้น ประกาศพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับระบบนิเวศน์เพื่อแจ้งเขตอนุรักษ์ธรรมชาติสำหรับปกป้องพันธุ์กระบองเพชรหายาก โดยเขตอนุรักษ์ธรรมชาติล้อมรอบพื้นที่ที่ทั้งขยะดังกล่าว Metalclad ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชกฤษฎีกานี้ และถือเป็นส่วนหนึ่งของคำร้องเรื่องการโอนกิจการเป็นของรัฐ ซึ่งพระราชกฤษฎีกานี้มีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการทำให้การดำเนินการที่ทั้งขยะเป็นไปได้³¹

ในนามผู้ถูกร้อง

เม็กซิโกปฏิเสธว่าไม่เคยรับทราบเรื่องข้อตกลง หรือการสนับสนุนของ SLP แต่อย่างใด³²

เม็กซิโกอ้างว่า Metalclad รับทราบถึงความรับผิดชอบในการให้ข้อมูลที่ว่าใบอนุญาตของเทศบาลอาจมีความจำเป็นในกรณีของบริษัท COTERIN และโครงการต่าง ๆ ในอดีตที่ผ่านมาในจังหวัด SLP Metalclad ไม่เคยระบุถึงการประชุมของสภาเทศบาลในเรื่องการขอใบอนุญาตซึ่งนำไปสู่การอภิปรายและการปฏิเสธในเวลาต่อมา อีกทั้ง Metalclad ก็ไม่เคยเข้าร่วมกระบวนการดังกล่าวเลย คำร้องของ Metalclad มีเพียงการขอให้พิจารณาการปฏิเสธใบอนุญาตเท่านั้น

²⁹ Ibid., p.14.

³⁰ Ibid., p.15.

³¹ Ibid., p.17.

³² Ibid., p.14.

นับตั้งแต่เดือนพฤษภาคม ค.ศ.1996 จนถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1996 Metalclad และ SLP พยายามแก้ไขปัญหามุ่งเน้นในเรื่องการดำเนินการที่ทึบซบ แต่ความพยายามดังกล่าวล้มเหลว ต่อมาเมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ.1997 Metalclad ได้เสนอให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อรัฐบาลเม็กซิโก ภายใต้บทที่ 11 ของความตกลง NAFTA³³

เม็กซิโกยืนยันว่าการพิจารณาเรื่องพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับระบบนิเวศน์อยู่นอกเหนือเขตอำนาจการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากพระราชกฤษฎีกานี้ประกาศใช้เป็นกฎหมายภายหลังการยื่นคำบอกกล่าวว่าจะทำการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้เม็กซิโกยังโต้แย้งว่าความตกลง NAFTA ข้อ 1119 ให้สิทธิผู้ลงทุนในการส่งคำบอกกล่าวเพื่อขอดำเนินการอนุญาโตตุลาการแก่คู่ภาคีอีกฝ่าย แต่จะตัดสิทธิสำหรับคำร้องที่กล่าวหาว่ามีการละเมิดทั้ง ๆ ที่ยังไม่มีการละเมิดแต่อย่างใด ดังความที่ปรากฏในข้อ 1119 ดังนี้

“ผู้ลงทุนคู่กรณีต้องส่งคำบอกกล่าวเพื่อขอยื่นคำร้องในการอนุญาโตตุลาการแก่คู่ภาคีอีกฝ่ายอย่างน้อย 90 วันก่อนการยื่นคำร้อง โดยคำบอกกล่าวต้องระบุ

...

(ข) บทบัญญัติในความตกลง NAFTA ที่ได้กล่าวหาว่าถูกละเมิดและบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้อง

(ค) ประเด็นและข้อเท็จจริงของคำร้อง”³⁴

“The disputing investor shall deliver to the disputing Party written notice of its intention to submit a claim to arbitration at least 90 days before a claim is submitted, which notice shall specify:

...

(b) The provisions of [the NAFTA] alleged to have been breached and any other relevant provisions.

(c) The issues and factual basis for the claim.”

³³ Ibid., p.17.

³⁴ Ibid., p.18.

3.3.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการตัดสินคดีพิพาทหรือไม่ การที่เม็กซิโก ตลอดจนรัฐบาลท้องถิ่นของ SLP และ Guadalcazar เข้าแทรกแซงและตัดสิทธิการดำเนินการเกี่ยวกับที่ทิ้งขยะจะถือว่าการแทรกแซงนี้เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 และ 1110 ในบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุนของความตกลง NAFTA หรือไม่ และเม็กซิโกรับประกันผิดต่อการกระทำของ SLP และ Guadalcazar ในทางระหว่างประเทศอย่างไร³⁵

3.3.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าแม้พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับระบบนิเวศน์จะมีผลภายหลังจากการยื่นคำร้องของ Metalclad แต่การยื่นคำร้องดังกล่าวกระทำได้เหมาะสมกับกาลเทศะและสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมและความชัดเจน เม็กซิโกมีโอกาสเพียงพอที่จะชี้แจงและไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างมีอคติแต่อย่างใด ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงวินิจฉัยว่าการพิจารณาพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับระบบนิเวศน์จึงอยู่ในเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีได้³⁶

ในประเด็นความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการลงทุนของ Metalclad ไม่ได้ได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเห็นว่าเม็กซิโกละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) เนื่องจากความตกลง NAFTA มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและเพิ่มโอกาสในการลงทุนของภาคี และยังรับรองความสำเร็จในการริเริ่มการลงทุนด้วยตามความตกลง NAFTA ข้อ 102(1)

คำแถลงในหลักการและกฎเกณฑ์ที่ระบุในความตกลงเป็นการอ้างอิงถึง “ความโปร่งใส” (NAFTA ข้อ 102(1)) คณะอนุญาโตตุลาการเข้าใจว่าสิ่งนี้คือการรวมแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับความต้องการทางกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการริเริ่ม การทำให้สมบูรณ์และการดำเนินการด้านการลงทุนให้ประสบความสำเร็จ หรือแสดงเจตนาที่จะลงทุนภายใต้ความตกลงที่แจ้งให้ผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่ายทราบก่อนการลงทุน ซึ่งผู้ลงทุนไม่ควรจะต้องมีข้อสงสัย หรือความไม่แน่นอน

³⁵ Ibid., p.22.

³⁶ Ibid., p.21.

เกี่ยวกับความตกลง เมื่อผู้มีอำนาจของรัฐบาลกลางของคู่ภาคีฝ่ายใด (ซึ่งมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ) ตระหนักถึงขอบเขตของความเข้าใจผิด หรือความสับสนในเรื่องนี้ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจที่จะรับรองความถูกต้องเพื่อการตัดสินใจและเพื่อให้ผู้ลงทุนสามารถดำเนินการลงทุนได้อย่างเหมาะสม โดยเกิดความเชื่อมั่นว่าประเทศผู้รับการลงทุนจะปฏิบัติตามคล้ายตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง³⁷

การกระทำของเทศบาลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธเรื่องใบอนุญาตการก่อสร้างของเทศบาล รวมทั้งการขาดกระบวนการในการแก้ไขปัญหา การปฏิเสธดังกล่าวทำให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการกระทำของเทศบาลที่ปฏิเสธใบอนุญาตในการก่อสร้างเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม

บทสรุปนี้ไม่มีผลต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1114 ที่ระบุให้ภาคีรับรองว่ากิจกรรมการลงทุนต้องคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม โดยข้อสรุปของข้อตกลง และการออกใบอนุญาตการก่อสร้างในระดับสหพันธ์แสดงอย่างชัดเจนว่าเม็กซิโกพอใจในโครงการก่อสร้างนี้ เนื่องจากสอดคล้องและใส่ใจในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของเม็กซิโก

เม็กซิโกล้มเหลวต่อการรับรองถึงความโปร่งใสและกรอบการทำงานที่พึงคาดหมายได้สำหรับการวางแผนธุรกิจและการลงทุนของ Metalclad จากสถานการณ์ทั้งหลายเหล่านี้แสดงถึงการขาดขั้นตอนที่เป็นระบบและขาดการจัดการที่สัมพันธ์กับการลงทุนที่ผู้ลงทุนพึงคาดหมายได้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามความตกลง NAFTA

นอกเหนือไปจากการกระทำของจังหวัด เทศบาล รวมทั้งรัฐบาลเม็กซิโกล้มเหลวต่อการปฏิบัติให้สอดคล้องกับความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) ที่ว่าคู่ภาคีแต่ละฝ่ายต้องตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายโดยมาตรฐานการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เมื่อพิจารณาถึงหลักการควบคุมที่ว่ากฎหมายภายใน (อาทิเช่น การที่เทศบาลกล่าวอ้างถึงเรื่องใบอนุญาตของเทศบาล) นั้นล้มเหลวต่อการปฏิบัติให้เกิดความเป็นธรรมแก่สนธิสัญญาการลงทุนของคู่ภาคี (Vienna Convention on the Law of Treaties, Arts. 26, 27)

³⁷ Ibid., p.23.

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่า Metalclad ไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรมภายใต้ความตกลง NAFTA และกรณีนี้ถือว่า Metalclad ประสบความสำเร็จในการยื่นคำร้องในประเด็นข้อ 1105³⁸

สำหรับประเด็นการเวนคืนกิจการภายใต้ความตกลง NAFTA ไม่ใช่เพียงแค่การตระหนักถึงการยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย หรือเป็นทางการ หรือข้อผูกพันการโอนสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ยังรวมถึงการปิดบัง หรือการแทรกแซงโดยใช้เหตุการณ์บางอย่างเพื่อจะใช้ทรัพย์สินนั้นซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมด หรือบางส่วนในการใช้ หรือคาตหมายถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับจากทรัพย์สินนั้น แม้ว่าความคาตหมายนั้นจะไม่แสดงถึงผลประโยชน์อย่างชัดเจนให้รัฐผู้รับการลงทุนได้รับทราบก็ตาม

กรณีการกระทำของ Guadalcazar ต่อ Metalclad คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่ยุติธรรม และไม่เที่ยงธรรม โดยเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 และการกระทำดังกล่าวซึ่งก็คือ การปฏิเสธสิทธิของ Metalclad ในการดำเนินการสร้างที่ทิ้งขยะโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าโครงการนี้ได้รับอนุมัติและลงนามโดยรัฐบาลสหพันธ์แล้ว ซึ่งถือได้ว่าเม็กซิโกใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนอันเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1110(1)³⁹

คณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องตัดสิน หรือพิจารณาเหตุจูงใจ หรือเจตนากรณีในการนำพระราชกฤษฎีการะบบนิเวศน์มาใช้ เพราะการตัดสินประเด็นการเวนคืนไม่จำเป็นต้องอาศัยฐานของการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับระบบนิเวศน์ เพื่อจะระบุว่าเม็กซิโกละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1110 แต่อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอาจจะถือเป็นการกระทำที่เทียบเท่ากับการเวนคืน

โดยสรุปแล้วคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเม็กซิโกเวนคืนการลงทุนของ Metalclad ทางอ้อม โดยปราศจากการชดใช้ให้แก่ Metalclad สำหรับการเวนคืนนี้ ดังนั้นเม็กซิโกจึงละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA

³⁸ Ibid., p.27.

³⁹ Ibid., p.28.

สำหรับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลง NAFTA ข้อ 1105 และการชดเชยภายในความตกลง NAFTA ข้อ 1110 อันเนื่องจากการไม่สามารถดำเนินการสร้างที่ทิ้งขยะ และไม่อาจทำให้การลงทุนของ Metalclad เกิดขึ้นได้ Metalclad จึงเป็นฝ่ายสูญเสียในการลงทุนนี้⁴⁰

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าฝ่ายผู้ถูกร้องต้องชำระค่าชดเชยให้ Metalclad ภายใน 45 วัน นับแต่วันที่ที่มีคำตัดสินคดีนี้ เป็นจำนวนเงิน 16,685,000 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมที่เกิดขึ้นจากทั้งฝ่ายผู้ร้องและฝ่ายผู้ถูกร้อง คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ทั้งสองฝ่ายรับภาระเท่ากัน⁴¹

⁴⁰ Ibid., p.30.

⁴¹ Ibid., p.35.

3.4 Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000

3.4.1 ข้อเท็จจริงในคดี

นาย Emilio Agustín Maffezini ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นคนสัญชาติอาร์เจนตินา มีถิ่นพำนักอยู่ที่ Buenos Aires ประเทศอาร์เจนตินา นาย Maffezini ได้ยื่นคำร้องต่อ ICSID เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ.1997 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับราชอาณาจักรสเปน (Kingdom of Spain) ฝ่ายผู้ถูกร้อง (Respondent)⁴²

กรณีพิพาทเกิดจากการกล่าวหาในประเด็นของการปฏิบัติที่นาย Maffezini ได้รับจากบริษัทสเปนในเรื่องของการลงทุนในบริษัทผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์เคมีในประเทศสเปน เมือง Galicia ในคำร้องผู้ร้องกล่าวอ้างถึง “ข้อตกลงต่างตอบแทนเพื่อสนับสนุนและคุ้มครองการลงทุนระหว่างราชอาณาจักรสเปนและสาธารณรัฐอาร์เจนตินา” เมื่อปี ค.ศ.1991 (the Argentine – Spain Bilateral Investment Treaty or BIT) นอกจากนี้คำร้องยังระบุถึงข้อสัญญาเสมือนคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN clause) ในสนธิสัญญา BIT ระหว่างอาร์เจนตินาและสเปน รวมทั้งสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐชิลีและสเปน ค.ศ.1991 ด้วย⁴³

ในปี ค.ศ.1989 นาย Emilio Agustín Maffezini ตัดสินใจเพื่อเริ่มการผลิตผลิตภัณฑ์เคมีหลายชนิดที่เมือง Galicia ประเทศสเปน โดยการก่อตั้งและลงทุนในบริษัทที่ชื่อ Emilio A. Maffezini S.A.(EAMSA) บริษัท EAMSA จดทะเบียนก่อตั้งบริษัทภายใต้กฎหมายสเปนเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1989 นาย Maffezini ถือหุ้นร้อยละ 70 เป็นเงินจำนวน 35 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) โดยชำระค่าหุ้นร้อยละ 66.36 ตอนจัดตั้งบริษัทและจะชำระส่วนที่เหลือต่อไป บริษัท Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (SODIGA) ซึ่งเป็นบริษัทสเปนถือหุ้นร้อยละ 30 เป็นเงินจำนวน 15 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) ต่อมาบริษัท SODIGA อนุมัติเงินกู้จำนวน 40 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) ให้แก่บริษัทใหม่นี้ โดยคิด

⁴² ICSID Case No. ARB (AF)/97/ 1 (NAFTA) Rep. p.3

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

⁴³ Ibid., p.4.

ดอกเบี้ยเงินกู้ในอัตราต่ำอย่างน้อยในช่วงปีแรก นอกจากนี้บริษัทยังขอกู้เงินจากแหล่งอื่น และได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลังของสเปนและเมือง Galicia (Xunta de Galicia)

บริษัท EAMSA ขอข้อมูลที่พึงคาดหวังได้ทางการตลาดจากหน่วยงานของรัฐบาลสเปนหลายแห่ง นอกจากนี้ EAMSA ได้ดำเนินการจ้างบริษัทที่ปรึกษาเอกชนเพื่อหาซื้อที่ดินแปลงที่เหมาะสม และรับผิดชอบในการศึกษาต้นทุนการก่อสร้าง รวมทั้งองค์ประกอบต่าง ๆ ที่สำคัญต่อบริษัทก่อตั้งใหม่ซึ่งจะมีเพื่อตั้งต้นการผลิต หลังจากทำการศึกษาแล้วจึงได้มีการซื้อที่ดิน และทำสัญญาฉบับบริษัท รวมทั้งผู้จัดหาสินค้าต่าง ๆ ในส่วนของบริษัท SODIGA เป็นผู้ดูแลด้านการประเมินทางเศรษฐกิจของโครงการและตัดสินใจว่าควรจะมีเมื่อดำเนินการกับใคร⁴⁴

ในวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1991 ศูนย์การประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (environmental impact assessment [EIA]) ได้ยื่นคำร้องต่อ Xunta de Galicia ซึ่งเป็นเขตปกครองตนเองเมือง Galicia ต่อมาเมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ.1992 EIA ได้ยื่นข้อมูลเพิ่มเติมเพื่อประกอบคำร้องให้ชัดเจนขึ้น แต่ก่อนการยื่นข้อมูลดังกล่าว บริษัท EAMSA ได้เริ่มงานการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่ซื้อไว้

ในขณะที่การเตรียมการสำหรับการทำโครงการให้เป็นผลสำเร็จดำเนินการอยู่นั้น บริษัท EAMSA ก็เริ่มประสบปัญหาด้านการเงิน จึงได้มีการตกลงเพิ่มเงินทุน รวมทั้งคำขอกู้เงินและการขอเพิ่มเงินสนับสนุน แม้ความพยายามบางอย่างจะไม่เป็นผล แต่ก็ได้มีการโอนเงินจำนวน 30 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) จากบัญชีส่วนตัวของนาย Maffezini ไปยังบริษัท EAMSA

ต่อมาประมาณช่วงต้นเดือนมีนาคม ค.ศ.1992 นาย Maffezini สั่งให้ยุติการก่อสร้างและไล่นักงาน EAMSA ออกจากงาน ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1994 ทนายความของนาย Maffezini ติดต่อกับบริษัท SODIGA เพื่อขอยกเลิกหนี้ที่บริษัท EAMSA ค้างชำระ โดยนาย Maffezini จะขอแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินต่าง ๆ ของบริษัท EAMSA บริษัท SODIGA ระบุว่า จะยอมรับข้อเสนอนี้ หากว่านาย Maffezini ตกลงจะจ่ายเงินเพิ่มอีก 2 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) แต่นาย Maffezini กลับปฏิเสธเงื่อนไขนี้ และได้ติดต่อกับสถานทูตอาร์เจนตินาในเมือง Madrid เพื่อเข้าแทรกแซงเหตุการณ์นี้ภายหลังจากที่ได้เจรจาตกลงใหม่ ในวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ.1996

⁴⁴ Ibid., p.13.

บริษัท SODIGA ตกลงที่จะยอมรับตามข้อเสนอที่ทนายความของนาย Maffezini เสนอ แต่นาย Maffezini กลับไม่ใส่ใจกับข้อเสนอของบริษัท SODIGA และต่อมาไม่นานก็ได้ขอให้ทบวงการชำนัญญาโตตุลาการโดย ICSID

3.4.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณีในนามของนาย Maffezini

นาย Maffezini ได้ยื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการใน 4 ประเด็นหลัก คือ

ประการแรก สถานะของบริษัท SODIGA ในฐานะที่เป็นเสมือนองค์กรของรัฐ ดังนั้นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำทั้งหมดของบริษัท SODIGA จึงถือว่าการกระทำของราชอาณาจักรสเปน

ประการที่สอง โครงการของบริษัท EAMSA ที่ล้มเหลวเป็นผลมาจากการให้คำแนะนำที่ผิดพลาดของบริษัท SODIGA โดยประมาณการต้นทุนของโครงการที่สูงกว่าการประมาณการในขั้นแรก

ประการที่สาม บริษัท SODIGA ต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมที่เกิดขึ้นจากศูนย์การประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (EIA) เนื่องจากบริษัท EAMSA ถูกกดดันให้ทำการลงทุนก่อนที่ขั้นตอนของ EIA จะเสร็จสิ้นลง

ประการที่สี่ นาย Maffezini ไม่ได้ตกลงที่จะจ่ายเงินให้บริษัท EAMSA เป็นจำนวน 30 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) และการโอนยอดเงินนี้จากบัญชีส่วนตัวของนาย Maffezini ไปยังบริษัท EAMSA นั้นผิดปรกติ⁴⁵

ในนามของราชอาณาจักรสเปน

⁴⁵ Ibid., p.14.

ราชอาณาจักรสเปนคัดค้านข้อกล่าวหาทั้งหมด โดยระบุว่า SODIGA เป็นบริษัทเอกชน ดังนั้นการกระทำทั้งหลายของ SODIGA ไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ

สำหรับประเด็นที่สอง สเปนโต้แย้งว่านาย Maffezini ต้องรับผิดชอบต่อความเป็นไปได้ในการดำเนินโครงการ รวมทั้งความเป็นไปได้ในการทำตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์และต้นทุนต่าง ๆ อีกทั้งการทำการศึกษาและการประมาณการของบริษัท SODIGA เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าจะตัดสินใจร่วมลงทุนด้วยหรือไม่

สเปนยังโต้แย้งอีกว่า นาย Maffezini ตระหนักดีถึงความต้องการของศูนย์การประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (EIA) จึงเป็นผลให้นาย Maffezini ตัดสินใจเพื่อซื้อที่ดินและดำเนินการก่อสร้างก่อนได้รับความเห็นชอบจาก EIA ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวแย้งกับคำแนะนำของพนักงาน รวมทั้งที่ปรึกษาของนาย Maffezini เอง

ในประเด็นที่สี่ สเปนระบุว่า การโอนเงินไปยังบริษัท EAMSA นั้นได้รับอนุมัติโดยนาย Maffezini ซึ่งดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของบริษัท SODIGA ที่มีหน้าที่ดังกล่าวตามคำบอกกล่าวของนาย Maffezini

สเปนยังระบุอีกว่า สำหรับประเด็นคำเสนอของนาย Maffezini ที่ต้องการตกลงเจรจาเพื่อยุติสัญญาการลงทุนนั้นถือว่า คำเสนอดังกล่าวนั้นคงอยู่ รวมทั้งมีผลผูกพันเมื่อบริษัท SODIGA ทำคำสนองในปี ค.ศ.1996⁴⁶

3.4.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการต้องตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับคำคัดค้านของสเปนในเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาคดี รวมทั้งประโยชน์สถานะทางกฎหมายของบริษัท SODIGA ประเด็นความรับผิดชอบการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาด ประเด็นความรับผิดชอบเกี่ยวกับศูนย์การประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม ประเด็นการโอนเงินเข้าสู่บัญชีบริษัท EAMSA โดยไม่ชอบ และการชดใช้ค่าเสียหาย

⁴⁶ Ibid., p.15.

3.4.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

ประเด็นสถานะทางกฎหมายของบริษัท SODIGA ในราชอาณาจักรสเปน คณะอนุญาโตตุลาการมีประเด็นต้องพิจารณาใน 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรกคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการตัดสินคดีพิพาทหรือไม่ สำหรับประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการมีมติเป็นเอกฉันท์เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ.2000 ยกคำโต้แย้งของสเปนในเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดี ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าผู้ร้องมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องกรณีพิพาทเพื่อเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการโดยไม่ต้องนำคดีพิพาทเข้าสู่ระบบศาลของสเปนก่อนได้ อีกทั้งผู้ร้องมีมูลในการยื่นคำร้องคดีนี้ เนื่องจากบริษัท SODIGA เป็นองค์กรของรัฐกระทำการในนามของราชอาณาจักรสเปน ดังนั้น ICSID จึงมีเขตอำนาจ รวมทั้งคณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถตัดสินคดีพิพาทระหว่างคู่กรณีได้ตามสนธิสัญญา BIT ระหว่างอาร์เจนตินาและสเปน⁴⁷

ประเด็นที่สอง ในเรื่องสถานะของบริษัท SODIGA คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าการกระทำและการงดเว้นการกระทำของบริษัท SODIGA ตามคำร้องของผู้ร้องนั้น ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ณ เวลาที่บริษัท EAMSA ก่อตั้งขึ้นนั้น บริษัท SODIGA อยู่ในขั้นตอนของการแปลงสภาพจากระบบงานราชการไปสู่ระบบงานเอกชน ซึ่งลักษณะงานที่แบ่งออกนี้เป็นจุดกึ่งกลางระหว่างราชการและเอกชน ดังนั้นในประเด็นของการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของรัฐหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องจำแนกลักษณะของการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำที่เกิดขึ้นกับคดีพิพาทนี้⁴⁸

สำหรับประเด็นเรื่องความรับผิดชอบการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาดของบริษัท SODIGA ตามคำร้องของผู้ร้องนั้นเกี่ยวกับต้นทุนของโครงการซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากที่ประมาณการไว้สูงมากนั้น ผู้ร้องอ้างว่าตามร่างโครงการการลงทุนฉบับแรกที่เสนอโดยบริษัท SODIGA เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1989 ทำขึ้นเพื่อให้ผู้ร้องตัดสินใจในเรื่องความเป็นไปได้ของโครงการ⁴⁹

⁴⁷ Ibid., p.8-9,15.

⁴⁸ Ibid., p.17,19.

⁴⁹ Ibid., p.19.

ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีไม่มีนโยบายประกันต่อการตัดสินใจการลงทุนในธุรกิจที่ผิดพลาด แม้ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงที่ว่ามิชอบพ่วงในทางนโยบายและการปฏิบัติของบริษัท SODIGA และบริษัทในเครือที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุน แต่บริษัท SODIGA ก็ไม่อาจประกันต่อความเสี่ยงของผู้ลงทุนในธุรกิจได้ ซึ่งหมายความว่าสเปนไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับนาย Maffezini รวมทั้งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัทเอกชนอื่นภายใต้สถานการณ์เดียวกันนี้⁵⁰

ประเด็นความรับผิดเกี่ยวกับศูนย์การประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (EIA) ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าบริษัท SODIGA ต้องรับผิดชอบต่อต้นทุนที่เพิ่มขึ้นอันเนื่องจากการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม เพราะบริษัท EAMSA ถูกกดดันให้ดำเนินการลงทุนก่อนขั้นตอนการประเมินจะเสร็จสิ้นลง อีกทั้งการดำเนินการดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากผู้มีอำนาจทางการเมืองทั้งในส่วนของ Xunta de Galicia และเทศบาลท้องถิ่น ดังนั้นผู้ร้องจึงตัดสินใจหยุดการก่อสร้างเพราะต้นทุนโครงการเพิ่มขึ้นสูงมาก⁵¹

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องอย่างรอบคอบ เนื่องจากกระบวนการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมเป็นพื้นฐานของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและเป็นการใช้มาตรการป้องกันที่เหมาะสม ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายสเปนและกฎหมายประชาคมเศรษฐกิจยุโรป [European Economic Community (EEC)] รวมทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁵²

สำหรับประเด็นนี้ถือว่าราชอาณาจักรสเปนและบริษัท SODIGA ไม่ได้กระทำการที่นอกเหนือไปจากสิ่งที่กำหนดไว้ในกฎหมายประชาคมเศรษฐกิจยุโรปและกฎหมายสเปน ดังนั้นสเปนจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการล้มเลิกการก่อสร้างของผู้ร้องอันเนื่องจากการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้การกระทำของราชอาณาจักรสเปนยังสอดคล้องกับข้อ 2(1) ของ

⁵⁰ Ibid., p.21.

⁵¹ Ibid., p.21.

⁵² Ibid., p.22.

สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและสเปน ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงยกข้อกล่าวอ้างของผู้ร้อง⁵³

ประเด็นการโอนเงินเข้าสู่บัญชีบริษัท EAMSA ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าเงินจำนวน 30 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) ถูกโอนจากบัญชีส่วนตัวของนาย Maffezini ในฐานะที่เป็นเงินกู้ไปยังบริษัท EAMSA ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว นาย Maffezini ไม่ได้อนุญาตเงินกู้ดังกล่าว ผู้ร้องร้องทุกข์ว่าการโอนเงินดังกล่าวผิดปรกติ เนื่องจากการดำเนินการของธนาคารเอกชนที่กระทำต่อบัญชีเงินฝากของนาย Maffezini ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือเป็นความรับผิดชอบของ Banco de Espana (ธนาคารกลางของสเปน)⁵⁴

เนื่องจากการกระทำของบริษัท SODIGA ในเรื่องการกู้เงินไม่ถือว่าเป็นเรื่องในเชิงพาณิชย์ แต่เกี่ยวข้องกับหน้าที่สาธารณะ ดังนั้นราชอาณาจักรสเปนจึงต้องรับผิดชอบในกรณีนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำดังกล่าวเทียบเท่ากับการละเมิดต่อพันธกรณีในการคุ้มครองการลงทุนของสเปนตามที่ระบุไว้ในข้อ 3(1) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและสเปน นอกเหนือไปจากนี้การขาดความโปร่งใสเกี่ยวกับธุรกรรมการเงินขัดแย้งกับการให้คำมั่นของสเปนในการรับรองหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่ผู้ลงทุนตามข้อ 4(1) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี อีกทั้งผู้ร้องสามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องมีมูลทำให้ผู้ร้องได้รับการชดเชยความเสียหายดังกล่าว⁵⁵

ประเด็นการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการโอนเงินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นจำนวน 30 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ายอดเงินนี้ต้องได้รับการชำระดอกเบี้ยโดยนับตั้งแต่การถอนเงินดังกล่าวจากบัญชีเงินฝากประจำของนาย Maffezini ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรให้มีการชำระดอกเบี้ยเป็นรายปีนับตั้งแต่วันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 จนถึงวันที่มีคำตัดสิน⁵⁶

⁵³ Ibid., p.24.

⁵⁴ Ibid., p.24.

⁵⁵ Ibid., p.27.

⁵⁶ Ibid., p.30.

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่ายอดค่าชดเชยทั้งหมดรวมทั้งดอกเบี้ยที่ราชอาณาจักรสเปนต้องชำระให้แก่ผู้ร้องเป็นจำนวนเงิน 57,641,265.28 เพเซตา (Spanish Pesetas) โดยต้องชำระยอดเงินดังกล่าวภายใน 60 วันนับแต่วันที่มามีคำตัดสิน หากยอดเงินนี้ไม่ได้รับการชำระภายในเวลาที่กำหนดไว้ข้างต้นจะต้องมีการคิดดอกเบี้ยเพิ่มเติมอีกร้อยละ 6 ต่อปี โดยคิดดอกเบี้ยเป็นรายเดือนนับตั้งแต่วันที่มามีคำตัดสินจนถึงวันที่ชำระเงินเสร็จสิ้น⁵⁷

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการมีมติเป็นเอกฉันท์ในการตัดสินว่า

- (1) ราชอาณาจักรสเปนต้องชำระเงินให้ผู้ร้องจำนวน 57,641,265.28 เพเซตา (Spanish Pesetas)
- (2) คู่กรณีพิพาทต้องรับภาระค่าใช้จ่ายรวมทั้งค่าธรรมเนียมในการปรึกษาด้านกฎหมายของฝ่ายตน
- (3) ยกคำร้องในประเด็นอื่นทั้งหมด⁵⁸

⁵⁷ Ibid., p.31.

⁵⁸ Ibid., p.31.

3.5 Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000

3.5.1 ข้อเท็จจริงในคดี

Wena Hotels Limited ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทอังกฤษ (British company) จัดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายของอังกฤษและเวลส์ (under the laws of England and Wales) Wena ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1998 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับสาธารณรัฐอียิปต์ (Arab Republic of Egypt) ฝ่ายผู้ถูกร้อง (Respondent)

ข้อพิพาทนี้เกิดจากข้อตกลงระยะยาวเพื่อเช่าและพัฒนาโรงแรม 2 แห่ง ที่ตั้งอยู่ใน Luxor และCairo ประเทศอียิปต์ โดยผู้ร้องยื่นคำร้องกล่าวหาสาธารณรัฐอียิปต์ว่าจากผลการเวนคืนของอียิปต์และการล้มเหลวต่อการคุ้มครองการลงทุนของ Wena ในอียิปต์ทำให้ Wena ต้องแบกรับความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งนำไปสู่ความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจเกือบทั้งหมด Wena ยื่นคำร้องเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการเยียวยา ดังนี้

- (ก) คำประกาศที่ว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีที่มีต่อ Wena โดยการเวนคืนการลงทุนของ Wena โดยปราศจากการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ รวมทั้งล้มเหลวต่อการตกลงที่จะใช้การประนีประนอมและยุติธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของ Wena
- (ข) คำสั่งว่าอียิปต์ต้องชำระค่าเสียหายให้แก่ Wena ตามความเสียหายที่ Wena ได้รับจากการกระทำของอียิปต์ตามที่ได้ระบุไว้ข้างต้น ในจำนวนที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในกระบวนการวิธีแต่ต้องไม่น้อยกว่า 62,820,000 ดอลลาร์สหรัฐ และ
- (ค) คำสั่งว่าอียิปต์ต้องชำระค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการอนุญาโตตุลาการนี้ รวมทั้งค่าธรรมเนียมของคณะอนุญาโตตุลาการและค่าดำเนินการตามที่ ICSID กำหนด ได้แก่ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการ ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของ

ผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายทางด้านกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคู่พิพาท (รวมทั้ง ค่าธรรมเนียมของการให้คำปรึกษา)⁵⁹

เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ.1975 สหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ร่วมลงนามในข้อตกลงการสนับสนุนและความคุ้มครองการลงทุน [Agreement for the Promotion and Protection of Investments (IPPA)] ภายใต้ข้อตกลง IPPA ข้อ 2(1) อียิปต์และสหราชอาณาจักรตกลงที่จะ“สนับสนุนและกำหนดเงื่อนไขที่อนุเคราะห์แก่คนชาติหรือบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่ายเพื่อลงทุนในดินแดนของตน” คู่สัญญายังต้องรับประกันว่าการลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเที่ยงธรรมและยุติธรรมตลอดเวลา และต้องให้การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย สุดท้ายอียิปต์และสหราชอาณาจักรตกลงว่าการลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องไม่โอนกิจการ เวนคืนกิจการ หรือใช้มาตรการซึ่งมีผลเทียบเท่ากับการโอนกิจการหรือการเวนคืนกิจการ...ในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยภายในประเทศของคู่สัญญาอีกฝ่าย และต้องชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ ในกรณีนี้ Wena ถือเป็นบริษัทอังกฤษตามความหมายของข้อตกลง IPPA⁶⁰

เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1989 Wena และบริษัทการโรงแรมแห่งอียิปต์ [Egyptian Hotels Company (EHC)] ซึ่งเป็นบริษัทมหาชนได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการท่องเที่ยว โดยเข้าทำสัญญาในข้อตกลงการเช่าและการพัฒนาโรงแรม Luxor เมือง Luxor ในประเทศอียิปต์เป็นเวลา 21 ปี 6 เดือน ตามข้อตกลง Wena ต้องดำเนินการและจัดการเกี่ยวกับโรงแรมหรือ ขยายเวลาการเช่าเพื่อพัฒนาการดำเนินงานให้มีประสิทธิภาพและยกระดับมาตรฐานของโรงแรมให้เป็นโรงแรม 4 ดาวตามการระบุของกระทรวงการท่องเที่ยวอียิปต์ หรือยกระดับให้เป็นโรงแรม 5 ดาว ตามความต้องการของ Wena ในข้อตกลงนี้กำหนดว่าบริษัท EHC ต้องไม่แทรกแซงในการจัดการและหรือการดำเนินการของโรมแรม หรือแทรกแซงสัญญาการเช่าของ Wena และข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ต่อมาได้มีการตัดสินการเช่าให้เป็นของ Wena จากการแข่งขันการประมูล

⁵⁹ ICSID Case No. ARB/98/4 (United Kingdom / Egypt BIT) Rep. p.898

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

⁶⁰ Ibid., p.900.

เมื่อวันที่ 28 มกราคม ค.ศ.1990 Wena และบริษัท EHC ได้ทำสัญญาในลักษณะเดียวกับสัญญาข้างต้นเป็นเวลา 25 ปี สำหรับการดำเนินการและการจัดการโรงแรม El Nile เมือง Cairo ประเทศอียิปต์ ต่อมาเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ.1989 Wena ได้ทำข้อตกลงการฝึกหัดงานร่วมกับบริษัท EHC และกระทรวงการท่องเที่ยวอียิปต์ “เพื่อฝึกหัดงานในสหราชอาณาจักร... ให้คนอียิปต์มีทักษะในการจัดการโรงแรม...”

ภายหลังจากการลงนามในข้อตกลงได้ไม่นานก็เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างบริษัท EHC กับ Wena เนื่องจากการละเมิดต่อพันธกรณี โดย Wena อ้างว่า “สภาพของโรงแรมแยกว่าที่ระบุไว้ในสัญญาเช่าเป็นอย่างมากและบางส่วนก็จะจับไม่เข้าตามที่ได้ตกลงไว้” ในแง่ของอียิปต์อ้างว่า Wena ไม่ชำระค่าเช่าให้บริษัท EHC ซึ่งเป็นเหตุให้บริษัท EHC เลิกล้มการกระทำตามข้ออ้างของผู้ร้อง

ความขัดแย้งในข้อตกลงระหว่าง Wena และบริษัท EHC ยังคงดำเนินต่อไปจนกระทั่งวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1991 นาย Nael El-Faragy ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้ง Wena มีจดหมายไปยัง Minister Sultan เพื่อหาวิธีระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและขอปลงล้างปัญหาทางการเงินที่เกิดจากสงครามอ่าวเปอร์เซีย (Gulf War) นอกจากนั้นนาย Faragy ยังกล่าวอ้างในจดหมายว่า บริษัท EHC ข่มขู่ว่าจะเข้ายึดโรงแรมโดยใช้กำลังตั้งข้อความต่อไปนี้

“เจ้าหน้าที่จากบริษัทการโรงแรมอียิปต์ข่มขู่จะเข้ายึดโรงแรมและขับไล่ Wena ซึ่งเป็นเหตุการณ์ภายหลังจากที่ Wena ได้ชำระค่าเช่าแล้ว ประเด็นที่เกิดขึ้นคือ ประธานกรรมการบริษัทการโรงแรมอียิปต์ตัดสินใจที่จะเข้าครอบครองโรงแรม Luxor โดยปราศจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดที่รองรับการตัดสินใจดังกล่าว”⁶¹

ต่อมาเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1991 Minister Sultan จัดการประชุมเพื่อเจรจาถึงความขัดแย้งระหว่างบริษัทการโรงแรมอียิปต์ และ Wena โดยมีตัวแทนจากบริษัท EHC (ได้แก่ประธานบริษัท EHC นาย Kamal Kandil) และทนายความของ Wena เข้าร่วมการประชุมดังกล่าว ในระหว่างการประชุม Minister Sultan กล่าวว่ากระทรวงรู้สึกไม่สบายใจจาก

⁶¹ Ibid., p.901.

เหตุการณ์ความเข้าใจผิดที่เกิดกับผู้ลงทุน และได้เสนอการประนีประนอมระหว่างคู่สัญญา แต่ Wena ไม่ยอมรับในข้อเสนอลงของ Minister Sultan

นาย Kandil มีเจตนาหมายถึง Wena โดยกล่าวอ้างถึงการประชุมและการปฏิเสธคำเสนอประนีประนอมของ Wena เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1991 ในคำลงท้ายจดหมายดังกล่าว นาย Kandil ช่มชู้ว่า “บริษัทซึ่งเป็นเจ้าของจะใช้มาตรการที่จำเป็นทั้งหลายเพื่อปกป้องสิทธิของตนในฐานะที่บริษัทอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐ”⁶²

ในวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ.1991 ประธานกรรมการบริษัท EHC ต้องตัดสินใจว่าจะดำเนินการกับปัญหานี้อย่างไร ซึ่งคณะกรรมการบริษัทตัดสินใจว่าจะเสนอให้ Wena ปฏิบัติตามข้อเสนอลงประนีประนอมเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1991 เนื่องจาก Wena ล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามกำหนดเวลา บริษัท EHC จึงต้องเข้าครอบครองโรงแรม Nile เมื่อ Wena ละเมิดต่อสัญญา ประธานกรรมการของบริษัท EHC จึงตัดสินใจเข้ารับช่วงกิจการโรงแรม Luxor และดูแลกิจการโรงแรมเองนับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1991⁶³

3.5.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามผู้ร้อง

ในบันทึกความจำ (Memorial on the merits) Wena อ้างว่าอียิปต์ละเมิดต่อข้อตกลง IPPA กฎหมายอียิปต์และกฎหมายระหว่างประเทศประเด็นการเวนคืนการลงทุนของ Wena โดยปราศจากการชำระค่าชดเชย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเมื่อเกิดการเวนคืนอียิปต์ไม่ชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพจึงเป็นการละเมิดต่อข้อ 5 ของข้อตกลง IPPA รวมทั้งกฎหมายอียิปต์และกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งอียิปต์ยังละเมิดต่อข้อตกลง IPPA และบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศ โดยล้มเหลวต่อการคุ้มครองและให้ความปลอดภัยแก่การลงทุนของ Wena ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 2 (2) ของ

⁶² Ibid., p.902.

⁶³ Ibid., p.903.

IPPA และบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศที่กำหนดให้มีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งให้การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่กับการลงทุนของ Wena⁶⁴

อียิปต์ปฏิเสธข้อกล่าวหาของ Wena ที่ว่าผู้ร้องไม่มีสิทธิตามกฎหมายในการยื่นคำร้อง ซึ่งผู้ถูกร้องไม่มีอำนาจหรือไม่มีส่วนในการเข้ายึดโรงแรม Luxor และโรงแรม Nile เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1991 และไม่มีส่วนในการกระทำทั้งหลายที่ผู้ร้องได้กล่าวอ้างมาในคำร้อง รวมทั้งยืนยันว่าอียิปต์ไม่ได้ละเมิดต่อข้อตกลง IPPA ในประเด็นการเวนคืนกิจการโดยไม่ชำระค่าชดเชย และไม่ได้ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองและความปลอดภัยแก่การลงทุนของผู้ร้อง ในการคัดค้านคำร้องของ Wena อียิปต์ยกข้อต่อสู้ใน 2 ประเด็น คือ

ประการแรก อียิปต์ยืนยันว่าคำร้องของผู้ร้องเรื่องการยึดโรงแรมและกระทำ ความเสียหายต่อทรัพย์สินนั้นหมดอายุความแล้ว (time barred)

ประการที่สอง อียิปต์โต้แย้งว่า ผู้ร้องใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสมกับประธานกรรมการบริษัท EHC (นาย Kamal Kandi) เพื่อให้มีการตัดสินใจในสัญญาเช่าโดยใช้วิธีการอนุญาตตุลาการ รวมทั้งอียิปต์ได้กล่าวหา Wena เรื่องการรับสินบน ซึ่งผู้ร้องไม่สามารถนำคดีเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ตามข้อตกลง IPPA ส่วนคำร้องในเรื่องค่าชดเชยอันเนื่องมาจากความเสียหายจากผลประโยชน์ที่ควรได้จากทรัพย์สินที่เช่า นั้น ผู้ร้องก็ไม่สมควรที่จะได้รับค่าชดเชยดังกล่าว⁶⁵

3.5.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าคดีนี้มีการละเมิดต่อพันธกรณีของสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ในการให้การสนับสนุนและการคุ้มครองการลงทุนที่มีผลใช้บังคับเมื่อ ค.ศ.1976 ระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ รวมทั้งอียิปต์ละเมิดต่อข้อตกลง IPPA หรือไม่⁶⁶

⁶⁴ Ibid., p.910-911.

⁶⁵ Ibid., p.910-911.

⁶⁶ Ibid., p.910.

3.5.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาคำร้องอย่างรอบคอบ รวมทั้งรับฟังคำอธิบายของที่ปรึกษาของอีลิปต์แล้ว จึงสรุปว่าอีลิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง IPPA โดยล้มเหลวต่อการให้การประคับประคองอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของ Wena นอกจากนี้อีลิปต์ยังล้มเหลวต่อการชำระค่าชดเชยให้ Wena โดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพจากการเวนคืนการลงทุนของ Wena ประเด็นการยื่นคำร้องของ Wena นั้นยังไม่หมดอายุความ สำหรับกรณีที่อีลิปต์กล่าวหาว่า Wena ดำเนินการผิดพลาดและมีการตัดสินบนนั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอีลิปต์ซึ่งมีภาระในการพิสูจน์ข้อกล่าวหานี้ ล้มเหลวต่อการพิสูจน์ข้อกล่าวหาดังกล่าว⁶⁷

คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับอีลิปต์ในประเด็นที่ว่า แม้เจ้าหน้าที่อีลิปต์ที่อยู่คนละส่วนกับเจ้าหน้าที่ของบริษัท EHC จะไม่ได้มีส่วนร่วมในการยึดโรงแรมทั้ง 2 เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1991 แต่

1. อีลิปต์ต้องตระหนักถึงเจตนาของบริษัท EHC ในการยึดโรงแรมทั้ง 2 ซึ่งอีลิปต์ไม่ได้ทำอะไรเพื่อป้องกันการยึดดังกล่าว
2. เจ้าหน้าที่ตำรวจแม้จะทราบถึงการยึด แต่ก็ไม่ได้ทำอะไรเพื่อป้องกันการลงทุนของ Wena
3. เป็นเวลาเกือบหนึ่งปีที่อีลิปต์ไม่ได้ทำอะไรเพื่อนำโรงแรมทั้ง 2 กลับคืนสู่การดำเนินการของ Wena
4. อีลิปต์ล้มเหลวต่อการป้องกันความเสียหายที่เกิดกับโรงแรมทั้ง 2 ก่อนส่งคืนสู่ Wena
5. อีลิปต์ล้มเหลวต่อการใช้มาตรการลงโทษกับบริษัท EHC หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท EHC ที่มีส่วนกับการยึดโรงแรม และ
6. อีลิปต์ปฏิเสธที่จะชำระค่าชดเชยแก่ Wena สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคำร้องของ Wena ในแต่ละประเด็น โดยเริ่มจากข้อกล่าวหาที่ว่าอีลิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 2(2) ของข้อตกลง IPPA ที่ระบุให้มีการประคับประคอง

⁶⁷ Ibid., p.910.

ยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่กับการลงทุนของ Wena⁶⁸

ในประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับ Wena ว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณี ภายใต้ข้อ 2(2) ของข้อตกลง IPPA ที่กำหนดให้การลงทุนของ Wena ได้รับ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” แม้จะไม่ปรากฏชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่อียิปต์ที่อยู่คนละส่วนกับเจ้าหน้าที่บริษัท EHC มีส่วนร่วมโดยตรงในการยึดโรงแรมเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1991 แต่ก็มีหลักฐานว่าอียิปต์ตระหนักถึงเจตนาของบริษัท EHC ที่เข้ายึดโรงแรมทั้ง 2 โดยไม่มีการกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้บริษัท EHC กระทำการดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อเกิดการยึด เจ้าหน้าที่ตำรวจและกระทรวงการท่องเที่ยวไม่ได้ใช้มาตรการเพื่อให้โรงแรมทั้ง 2 กลับคืนสู่การดำเนินการของ Wena โดยทันที อีกทั้งไม่กำหนดมาตรการลงโทษแก่บริษัท EHC หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงที่เสนอเรื่องให้รัฐบาลอียิปต์เห็นชอบกับการกระทำของบริษัท EHC

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แม้อียิปต์จะไม่ได้ยุ้ง หรือมีส่วนร่วมในการยึดโรงแรมทั้ง 2 ตามที่ Wena กล่าวอ้าง แต่ก็มีหลักฐานเพียงพอว่าอียิปต์รับรู้ถึงเจตนาของบริษัท EHC และอียิปต์ไม่ได้กระทำการใดเพื่อป้องกันการยึดหรือออกมาตรการเพื่อให้ Wena ได้ดูแลโรงแรมทั้ง 2 แห่ง โดยทันที⁶⁹

ท้ายสุดทั้งบริษัท EHC หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัทก็ไม่ได้ถูกลงโทษอย่างรุนแรงสำหรับการขับไล่ Wena โดยใช้กำลังและเข้าครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเป็นเวลาประมาณ 1 ปี แม้ว่าตัวแทนของบริษัท EHC จะถูกตัดสินลงโทษสำหรับการกระทำของพวกเขา แต่พวกเขาก็ไม่ได้ถูกตัดสินให้จำคุก เพียงแค่ต้องโทษปรับจำนวน 200 อียิปต์ปอนด์ ซึ่งตัวแทนของบริษัท EHC ก็ไม่ได้ชำระค่าปรับดังกล่าว อีกทั้งเจ้าหน้าที่ของบริษัท EHC ก็ไม่ได้รับผลกระทบในหน้าที่การงานแต่อย่างใด ดังนั้นการที่อียิปต์ไม่ลงโทษบริษัท EHC และเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของบริษัทถือว่าอียิปต์ละเลยต่อการกระทำของบริษัท EHC

⁶⁸ Ibid., p.911.

⁶⁹ Ibid., p.912.

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 2(2) ของข้อตกลง IPPA โดยล้มเหลวต่อการให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของ Wena⁷⁰

สำหรับประเด็นการเวนคืนกิจการ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับ Wena ที่ว่าการกระทำของอียิปต์ถือเป็นการเวนคืนโดยปราศจากการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อข้อ 5 ของข้อตกลง IPPA

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าไม่ว่าอียิปต์จะอนุญาตหรือมีส่วนร่วมในการยึดโรงแรมหรือไม่ อียิปต์ตัดสิทธิ Wena จาก “สิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นเจ้าของ” โดยการอนุญาตให้บริษัท EHC ยึดโรงแรมทั้ง 2 แห่งโดยใช้กำลัง รวมทั้งเข้าครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเกือบ 1 ปี และก่อนการคืนโรงแรมให้ Wena ก็ได้เคลื่อนย้ายเครื่องเรือนและอุปกรณ์ภายในอาคารออกไปเป็นจำนวนมาก อียิปต์กล่าวว่าการตัดสิทธิดังกล่าวเป็นเพียงการกระทำเพียงชั่วคราวไม่ถึงว่าเป็นการเวนคืน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยในประเด็นนี้ และได้มีความเห็นว่ามีกรกระทำที่ไม่สมควรมากมายที่อียิปต์อนุญาตให้บริษัท EHC ยึดและครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเป็นเวลาเกือบ 1 ปี ถือเป็นการแทรกแซงที่มากกว่าเพียงชั่วคราว ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้ทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่พึงได้ของ Wena

ภายหลังจากการคืนโรงแรมให้ Wena แล้ว อียิปต์ยังล้มเหลวต่อพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง IPPA และบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศ โดยปฏิเสธการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอและมีประสิทธิภาพสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากเหตุผลทั้งหลายที่ได้กล่าวมา คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 5 ของข้อตกลง IPPA โดยล้มเหลวต่อการชำระค่าชดเชยให้ Wena โดยทันที เพียงพอและมีประสิทธิภาพ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ายึดโรงแรม Luxor และโรงแรม Nile⁷¹

⁷⁰ Ibid., p.914.

⁷¹ Ibid., p.915.

คณะอนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินให้ Wena ได้รับเงินจำนวน 20,600,986.43 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับความเสียหายต่าง ๆ ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมของทนายความและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งอียิปต์ต้องชำระเงินจำนวนดังกล่าวภายใน 30 วันนับตั้งแต่วันที่ที่มีคำตัดสิน หากอียิปต์ไม่ชำระเงินภายในกำหนดจะคิดดอกเบี้ยเพิ่มอีกร้อยละ 9 เป็นรายไตรมาสจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น⁷²



ศูนย์วิจัยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷² Ibid., p.920.

3.6 Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Boltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001

3.6.1 ข้อเท็จจริงในคดี

นาย Alex Genin เป็นคนสัญชาติอเมริกันและเป็นประธานกรรมการธนาคาร Estonian Innovation Bank (EIB) ซึ่งเป็นสถาบันทางการเงินจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายเอสโตเนีย ธนาคาร EIB มีผู้ถือหุ้นรายสำคัญในช่วงกระบวนการอนุญาตตุลาการ คือ บริษัท A.S. Boltoil (Boltoil) บริษัท Eastern Credit Limited, Inc. (Eastern Credit) และบริษัท Eurocapital

นอกจากนี้ นาย Genin ยังเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ และผู้ถือหุ้นเพียงรายเดียวของบริษัท Eastern Credit ซึ่งจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายของมลรัฐเท็กซัส สหรัฐอเมริกา สำหรับ A.S. Boltoil เป็นบริษัทจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายเอสโตเนีย โดยมีบริษัท Eastern Credit เป็นเจ้าของหรืออีกนัยหนึ่งผู้เป็นเจ้าของก็คือ นาย Genin ส่วนบริษัท Eurocapital เป็นบริษัทซึ่ง นาย Genin กล่าวอ้างว่าเป็นเจ้าของอีกทั้งเป็นผู้รับผลประโยชน์จากหุ้นทั้งหมด

นาย Alex Genin บริษัท A.S. Boltoil และบริษัท Eastern Credit ฝ่ายผู้ร้อง (Claimants) ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการกับสาธารณรัฐเอสโตเนีย (Republic of Estonia) ฝ่ายผู้ถูกร้อง (Respondent)

ในคำร้องฝ่ายผู้ร้องระบุว่า ข้อพิพาททางการลงทุนเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกร้องที่ละเมิดต่อบทบัญญัติต่าง ๆ ของสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT) ในส่วนการลงทุนของฝ่ายผู้ร้องในธนาคาร Estonian Innovation Bank (EIB) ซึ่งเป็นสถาบันการเงินภายใต้กฎหมายของเอสโตเนีย⁷³

เมื่อวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1994 ธนาคารแห่งเอสโตเนีย ซึ่งเป็นธนาคารกลางแห่งสาธารณรัฐเอสโตเนีย (Bank of Estonia, the central bank of the Republic of Estonia) ได้

⁷³ ICSID Case No. ARB/99/2 (United States / Estonia BIT) Rep. p.4,10,11

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

ประกาศให้มีการประมูลขึ้น ธนาคาร EIB เข้าประมูลและตกลงซื้อสาขาธนาคาร Estonian Social Bank Limited ซึ่งเป็นสถาบันการเงินที่ล้มละลาย โดยธนาคาร EIB ตกลงซื้อเป็นเงินจำนวน 3,000,000 เอสโนเนียครูน [Estonian kroons (EEK)] สาขาดังกล่าวคือสาขา “Koidu” ต่อมาประธานบริษัท EIB และรองประธานธนาคารแห่งเอสโตเนีย (กระทำในนามของธนาคารที่ล้มละลาย) เข้าลงนามในสัญญาการซื้อขายสาขา Koidu

ในวันที่ 16 กันยายน ค.ศ.1994 ธนาคาร EIB มีจดหมายแจ้งไปยังธนาคารแห่งเอสโตเนียถึงข้อแตกต่างว่าธนาคาร EIB พบว่ามีการจัดตั้งบุคคลของสาขา Koidu ให้แก่ผู้ซื้อหลายรายก่อนการเปิดขายจริง ซึ่งธนาคารแห่งเอสโตเนียในฐานะเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการดูแลธนาคาร Social ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับธนาคาร EIB เนื่องจากข้อแตกต่างดังกล่าว

ธนาคารแห่งเอสโตเนียปฏิเสธความรับผิดชอบสำหรับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและธนาคาร EIB ต้องเป็นผู้รับสภาพกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั่นเอง

ธนาคาร EIB จึงฟ้องร้องธนาคาร Social ต่อศาลท้องถิ่นเมือง Tallin ประเทศเอสโตเนียเพื่อขอให้ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการนำเสนอข้อมูลของสาขา Koidu ที่ผิดพลาด ต่อมาเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1995 ศาลท้องถิ่นตัดสินให้ธนาคาร EIB ได้รับชำระค่าเสียหายซึ่งธนาคาร Social ชำระให้แก่ธนาคาร EIB เพียงบางส่วนเท่านั้น⁷⁴

ในเดือนมีนาคม ค.ศ.1996 ธนาคารแห่งเอสโตเนียและธนาคาร EIB ได้เจรจาถึงความเป็นไปได้ของธนาคาร EIB ในการผ่อนชำระหนี้จากผลขาดทุนที่เกิดขึ้นกับสาขา Koidu เป็นเวลามากกว่า 5 ปี ต่อมาธนาคารแห่งเอสโตเนียแสดงความต้องการให้ธนาคาร EIB ตัดหนี้ที่เกิดจากการขาดทุนของสาขา Koidu ออก

เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1997 ธนาคารแห่งเอสโตเนียได้ออกคำสั่งหมายเลข 19-2-406 (the “March 1997 Prescription”) ต้องการให้ธนาคาร EIB บริษัท Eastern Credit บริษัท Baltoil และบริษัท Eurocapital ขอใบอนุญาตและให้สิทธิบริษัทเหล่านี้ถือหุ้นในธนาคาร EIB อย่างเป็นทางการภายใต้กฎหมายเอสโตเนีย

⁷⁴ Ibid., p.12.

แม้ธนาคาร EIB จะทำตามคำสั่งของธนาคารแห่งเอสโตเนีย แต่ธนาคาร EIB ก็ส่งข้อมูลการขอใบอนุญาตไปยังศาลปกครองเมือง Tallin เพื่อขอให้ศาลพิจารณถึงความสมบูรณ์ตามกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว

ในเดือนสิงหาคม ค.ศ.1996 ธนาคาร EIB ได้โอนเรื่องหนี้ที่เกิดขึ้นจากสาขา Koidu ไปให้บริษัท Eastern Credit เพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา เพื่อหาทางเยียวยาผลขาดทุนที่เกิดขึ้นจากการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนีย⁷⁵

ในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ.1997 ธนาคาร EIB ริเริ่มขั้นตอนการฟ้องต่อศาลปกครองโดยระบุถึงการเพิกถอนใบอนุญาตของผู้มีอำนาจของธนาคารแห่งเอสโตเนียและความชอบธรรมของการตัดสินใจในการกระทำดังกล่าว

เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ.1999 คำฟ้องของธนาคาร EIB เกี่ยวกับการเพิกถอนใบอนุญาตถูกยกฟ้อง เนื่องจากธนาคารตกอยู่ในฐานะชำระบัญชีแล้ว⁷⁶

3.6.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามฝ่ายผู้ร้อง

ในคำร้องของฝ่ายผู้ร้องมีประเด็นหลักคือ การกล่าวหาในเรื่องการกระทำของผู้ถูกร้องที่มุ่งทำลายธนาคาร EIB โดยเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบกิจการธนาคาร ซึ่งผู้ถูกร้องต้องการเลี่ยงความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนียเกี่ยวกับกิจการของธนาคาร Social สาขา Koidu อีกทั้งผู้ถูกร้องมีเจตนาตอบโต้ฝ่ายผู้ร้องที่ทำการฟ้องคดีต่อศาลมลรัฐเทกซัส

ประเด็นคำร้องของฝ่ายผู้ร้องมีทั้งหมด 8 ประเด็น ดังนี้

⁷⁵ Ibid., p.13.

⁷⁶ Ibid., p.14-15.

คำร้องที่ 1 ธนาคารแห่งเอสโตเนียมีหน้าที่รับผิดชอบสำหรับความเสียหายของธนาคาร EIB อันเนื่องจากการซื้อสาขา Koidu

ผู้ร้องกล่าวว่าธนาคาร EIB ซื้อสาขา Koidu ของธนาคาร Social ตามคำเชิญและเอกสารแสดงบุคคลที่จัดทำโดยรองประธานธนาคารแห่งเอสโตเนีย ภายหลังจากการทำสัญญาซื้อขายผู้ร้องพบว่าตัวเลขที่แสดงในงบดุลไม่ถูกต้อง ผู้ร้องจึงขอให้ธนาคารแห่งเอสโตเนียชดใช้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ธนาคารดังกล่าวปฏิเสธความรับผิดชอบอันเนื่องจากการแสดงข้อมูลที่ผิดพลาดในสินทรัพย์ของสาขา Koidu ดังกล่าว

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนียละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) ของสนธิสัญญา BIT นอกจากนี้ธนาคารดังกล่าวยังล้มเหลวต่อการให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อการลงทุนของธนาคาร EIB ในสาขา Koidu อีกทั้งยังล้มเหลวต่อการให้ความคุ้มครองอย่างเต็มที่สำหรับการลงทุน และการปฏิบัติดังกล่าวยังต่ำกว่ามาตรฐานที่ระบุในกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁷

คำร้องที่ 2 ธนาคารแห่งเอสโตเนียเข้าทำข้อตกลง ต่อมาได้ละเมิดต่อข้อตกลง

ผู้ร้องกล่าวหาว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียรับรู้ว่าธนาคารมีส่วนรับผิดชอบในความเสียหายของธนาคาร EIB เนื่องจากการซื้อสาขา Koidu

เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ.1996 นาย Genin ในนามของธนาคาร EIB ได้ส่งจดหมายปฏิเสธการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงการหักล้างบัญชีของ Koidu และแจ้งต่อธนาคารเอสโตเนียว่าการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงถือเป็นการละเมิดต่อข้อตกลงดังกล่าว

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนียเกี่ยวกับข้อตกลงการหักล้างบัญชีของ Koidu ถือเป็นการละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ค) ของสนธิสัญญา BIT ที่ระบุให้มีการปฏิบัติ

⁷⁷ Ibid., p.20-21.

อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมต่อการลงทุน อีกทั้งเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน⁷⁸

คำร้องที่ 3 ธนาคารแห่งเอสโตเนียพยายามทำให้เงินลงทุนของธนาคาร EIB ลดน้อยไปกว่าข้อกำหนดของเงินลงทุนขั้นต่ำ

ผู้ร้องกล่าวหาว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียมีเจตนาเพื่อตกลงให้ธนาคาร EIB ผ่อนชำระค่าเสียหายที่เป็นผลจากการซื้อสาขา Koidu ของธนาคาร Social ผู้ร้องกล่าวเพิ่มเติมว่าเจตนาของธนาคารแห่งเอสโตเนียต้องการแสดงให้เห็นว่าธนาคาร EIB มีสถานะการเงินที่ดี และสามารถเข้าจัดการต่อความเสียหายทั้งหลายโดยให้ยอมรับหนี้ของสาขา Koidu ที่เกิดขึ้นและจัดการหนี้ให้เสร็จสิ้นภายในสิ้นปีที่ 5 ของการดำเนินการของธนาคาร EIB

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนียละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ค) ของสนธิสัญญา BIT รวมทั้งธนาคารดังกล่าวยังละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ข) ที่ห้ามให้มีการกระทำตามอำเภอใจ หรือวิธีการที่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁷⁹

คำร้องที่ 4 คำสั่งของธนาคารแห่งเอสโตเนียเมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1997 เป็นการผิดกฎหมาย

ธนาคารแห่งเอสโตเนียกำหนดให้มีคำสั่งหมายเลข 19-2-406 ต้องการให้ธนาคาร EIB และผู้ถือหุ้นบางรายของธนาคาร EIB (บริษัท Eastern Credit บริษัท Baltoil และบริษัท Eurocapital) ขอใบอนุญาตเพื่อถือหุ้นในธนาคาร EIB ในจำนวนที่เกินกว่าเงินทุนของธนาคาร EIB โดยได้รับสิทธิภายใต้กฎหมายเอสโตเนีย

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการที่ธนาคารแห่งเอสโตเนียออกคำสั่งเมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ.1997 เป็นการละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ข) และข้อ 9 วรรค 2 ของสนธิสัญญา BIT รวมทั้งมาตรา 2 วรรค 11 ในเรื่องของการแทรกแซงสิทธิ ใบอนุญาต และการขออนุญาต⁸⁰

⁷⁸ Ibid., p.22.

⁷⁹ Ibid., p.23.

คำร้องที่ 5 การใช้กฎเกณฑ์ที่ยังไม่ประกาศและไม่มีฐานอ้างอิงได้ตามกฎหมาย

ผู้ร้องกล่าวหาว่าวัตถุประสงค์ของธนาคารแห่งเอสโตเนียในการขอข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นของธนาคาร EIB โดยเฉพาะการใช้กฎเกณฑ์ คู่มือแนะนำ เมื่อ ค.ศ.1997 นั้นไม่เกี่ยวข้องกับ การประกอบธุรกิจ การขอข้อมูลดังกล่าวผู้ร้องเห็นว่าเป็นเพียงข้ออ้างที่ธนาคารแห่งเอสโตเนียจะ ใช้ข้อมูลที่ได้จากการต่อสู้คดีที่บริษัท Eastern Credit นำคดีขึ้นสู่ศาลสหรัฐอเมริกา จากมูลคดีที่ ธนาคาร EIB ถูกเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียไม่มีสิทธิตาม กฎหมายที่จะขอข้อมูลดังกล่าว

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการที่ธนาคารแห่งเอสโตเนียใช้กฎเกณฑ์ที่ยังไม่ประกาศ และไม่มีฐาน อ้างอิงได้ตามกฎหมาย พร้อมทั้งการขอข้อมูลต่าง ๆ เป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย เป็นการละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 8 ของสนธิสัญญา BIT ที่ระบุให้กฎหมาย หลักเกณฑ์ วิธีปฏิบัติ ฯลฯ ที่เกี่ยวกับการลงทุนต้องประกาศให้รับทราบ⁸¹

คำร้องที่ 6 การเพิกถอนใบอนุญาตธนาคาร EIB ถือเป็นข้ออ้างของธนาคารแห่งเอสโตเนีย

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิกถอน ใบอนุญาตธนาคาร EIB เป็นการกระทำเพื่อให้ธนาคารแห่งเอสโตเนียหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ ต่อธนาคาร EIB เนื่องจากภาวะขาดทุนของสาขา Koidu อีกทั้งผู้ร้องยังถูกปฏิเสธจาก กระบวนการที่ขอด้วยกฎหมายจากการที่ผู้ร้องถูกเพิกถอนใบอนุญาต

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการเพิกถอนใบอนุญาตธนาคาร EIB ของธนาคารแห่งเอสโตเนียเป็น การกระทำโดยปราศจากกระบวนการที่ขอด้วยกฎหมาย โดยไม่มีการแจ้งเหตุผลล่วงหน้าถือเป็น ข้ออ้าง ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ข) มาตรา 2 วรรค 11 มาตรา 3 วรรค 1 มาตรา 9 วรรค 2 ของสนธิสัญญา BIT รวมทั้งข้อ 4 วรรค 1⁸²

⁸⁰ Ibid., p.24.

⁸¹ Ibid., p.25.

⁸² Ibid., p.26.

คำร้องที่ 7 ผู้ถูกร้องต้องรับผิดชอบต่อการบังคับให้ชำระบัญชีของธนาคาร EIB และการฟ้องคดีการเพิกถอนใบอนุญาต

การฟ้องคดีเรื่องการถูกเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB ได้รับการยกฟ้องโดยศาลปกครอง เนื่องจากธนาคาร EIB อยู่ในสถานะชำระบัญชีแล้ว

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการที่ศาลเอสโตเนียปฏิเสธผลการพิจารณาเรื่องการชำระบัญชีของธนาคาร EIB ที่ยังคงค้างอยู่และยกฟ้องในเวลาต่อมา นั้น สาธารณรัฐเอสโตเนียต้องรับผิดชอบตามข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ข) รวมทั้งข้อ 2 วรรค 7 ที่ระบุให้ผู้ลงทุนได้รับการพิจารณาโดยศาลภายในด้วยวิธีที่มีประสิทธิภาพ⁸³

คำร้องที่ 8 สาธารณรัฐเอสโตเนียต้องรับผิดชอบต่อการก่อวิน

ผู้ร้องกล่าวหาว่า เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ.1999 นาย Alex Genin ได้รับจดหมายจากเจ้าหน้าที่ตำรวจเอสโตเนียเพื่อขอสืบสวนคดีอาญาที่ยังคงค้างอยู่กับบริษัท Eastern Credit เนื่องจากบริษัท Eastern Credit ฟ้องเท็จในหลายประเด็น แต่ผู้มีอำนาจของเอสโตเนียไม่เคยฟ้องคดีอาญากับบริษัทแต่อย่างใด เพราะมีวัตถุประสงค์เพียงแต่ทำให้กลัวมากกว่าจะฟ้องร้องคดี

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการที่สาธารณรัฐเอสโตเนียข่มขู่ว่าจะฟ้องคดีอาญาต่อผู้ร้องในรูปแบบของการก่อวิน ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ข) ของสนธิสัญญา BIT⁸⁴

ในนามฝ่ายผู้ถูกร้อง

ฝ่ายผู้ถูกร้องกล่าวได้ตอบข้อกล่าวหาของผู้ร้องทั้ง 8 ประเด็นในบันทึกความจำดังนี้

คำร้องของฝ่ายผู้ร้องข้อที่ 1 สาขา Koidu

⁸³ Ibid., p.26.

⁸⁴ Ibid., p.27.

ผู้ถูกร้องกล่าวว่าไม่มี “ข้อตกลงการลงทุน” หรือ “การอนุญาตให้ลงทุน” ระหว่างฝ่ายผู้ร้อง กับสาธารณรัฐเอสโตเนีย เนื่องจากข้อกำหนดเหล่านี้ระบุไว้ในสนธิสัญญา BIT ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงไม่มี “ข้อพิพาททางการลงทุน” ภายใต้สนธิสัญญา BIT เกิดขึ้นในคดีนี้

ผู้ถูกร้องระบุว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียไม่ได้แสดงข้อมูลที่ผิดพลาดในการขายสาขา Koidu เนื่องจากการแสดงข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับสินทรัพย์ของสาขา Koidu นั้นกระทำโดยเจ้าหน้าที่ธนาคาร Social อีกทั้งประธานกรรมการธนาคารแห่งเอสโตเนียไม่ได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินทรัพย์ต่าง ๆ ของสาขา Koidu ณ เวลาที่นำออกขายประมูล ดังนั้นธนาคารแห่งเอสโตเนีย จึงไม่ได้แสดงข้อมูลเกี่ยวกับสินทรัพย์ตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างแต่อย่างใด

ผู้ถูกร้องยังได้โต้แย้งว่าการที่บริษัท Eastern Credit นำคดีขึ้นฟ้องในนามของธนาคาร EIB จากมูลคดีการซื้อขายสาขา Koidu คำฟ้องดังกล่าวได้หมดอายุความไปแล้ว เมื่อ ค.ศ.1996 ตามกฎหมายที่กำหนดเรื่องการฟ้องคดีข้อฉลของเอสโตเนีย ซึ่งกำหนดไว้เป็นเวลา 1 ปี⁸⁵

คำร้องของฝ่ายผู้ร้องข้อที่ 2 ข้อตกลงการหักล้างบัญชีสาขา Koidu ที่ยังไม่แน่นอน

ผู้ถูกร้องโต้แย้งว่า ข้อตกลงระหว่างธนาคาร EIB และธนาคารแห่งเอสโตเนียเป็นเพียงข้อตกลงการหักล้างบัญชีสาขา Koidu ที่ยังไม่แน่นอน และยังไม่เข้าข่ายเป็นบันทึกความตกลงแต่อย่างใด รวมทั้งไม่มีผลบังคับภายใต้กฎหมายเอสโตเนีย

การที่นาย Alex Genin ปฏิเสธข้อเสนอเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ.1996 จึงมีผลทำให้ข้อตกลงการหักล้างบัญชีที่ยังไม่แน่นอนฉบับลงวันที่ 12 เมษายน ค.ศ.1996 ไม่มีผลและเป็นโมฆะ ดังนั้นผู้ร้องจึงไม่ได้เป็นผู้เสียหายจากเหตุการณ์ดังกล่าว⁸⁶

คำร้องของฝ่ายผู้ร้องข้อที่ 3 เงินทุนที่ลดลงของธนาคาร EIB

⁸⁵ Ibid., p.43-44.

⁸⁶ Ibid., p.44-45.

ผู้ถูกร้องระบุว่าคำร้องในประเด็นเงินทุนที่ลดลงของธนาคาร EIB ไม่อาจถือเป็น “ข้อตกลงการลงทุน” ระหว่างผู้ร้องกับสาธารณรัฐเอสโตเนียแต่อย่างใด

ผู้ถูกร้องยังโต้แย้งว่าธนาคาร EIB และธนาคารแห่งเอสโตเนียไม่ได้ทำข้อตกลงในเรื่องการผ่อนชำระความเสียหายของสาขา Koidu อีกทั้งความสามารถของธนาคาร EIB ในการผ่อนชำระความเสียหายนั้นไม่เกี่ยวข้องกับคำแนะนำของธนาคารแห่งเอสโตเนียในเรื่องการบริหารสินทรัพย์ ซึ่งกรณีนี้เป็นสิ่งที่ธนาคาร EIB คาดการณ์ผิดพลาดเอง⁸⁷

คำร้องของฝ่ายผู้ร้องข้อที่ 4 และ 5 คำสั่งเกี่ยวกับการถอนหุ้น

ผู้ถูกร้องระบุว่าจากการเข้าตรวจสอบกิจการธนาคารของผู้ตรวจสอบจากธนาคารแห่งเอสโตเนียพบว่าข้อแตกต่างเกิดขึ้นในบัญชีและบันทึกรายงานบัญชีของธนาคาร EIB ผู้ถูกร้องกล่าวหาว่าธนาคาร EIB ปฏิเสธการจัดเตรียมข้อมูลเพื่อชี้แจงข้อแตกต่างและให้ข้อมูลที่ไม่เพียงพอ

ผู้ถูกร้องกล่าวว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียมีอำนาจที่จะได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสถาบันการเงิน การดำเนินงานของสถาบันการเงินและผู้ถือหุ้นตามพระราชบัญญัติสถาบันเครดิตและพระราชบัญญัติธนาคารของเอสโตเนีย (Credit Institutions Act and Bank of Estonia Act) การที่ธนาคารแห่งเอสโตเนียขอข้อมูลต่าง ๆ ล้วนเป็นสิ่งที่ได้รับสิทธิให้กระทำได้

ผู้ถูกร้องยังกล่าวอีกว่า ผู้ร้องล้มเหลวต่อการแสดงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดเหล่านี้และคำร้องดังกล่าวก็หมดอายุความแล้วตามกฎหมายเอสโตเนีย⁸⁸

คำร้องของฝ่ายผู้ร้องข้อที่ 6 และ 7 การเพิกถอนใบอนุญาต

ผู้ถูกร้องระบุว่าใบอนุญาตของธนาคาร EIB ถูกเพิกถอน เนื่องจากธนาคาร EIB กระทำละเมิดอย่างร้ายแรงต่อประมวลกฎหมายธนาคารแห่งเอสโตเนีย โดยเฉพาะการที่ธนาคาร EIB

⁸⁷ Ibid., p.45.

⁸⁸ Ibid., p.45-46.

ปฏิเสธการจัดเตรียมข้อมูล หรือ แสดงรายงานที่ผิดพลาด และให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

ผู้ถูกร้องระบุเพิ่มเติมว่าศาลเอสโตเนียไม่เคยปฏิเสธเรื่องความยุติธรรม และคำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้เกิดเนื่องมาจากกระบวนการวิธีทางกฎหมายของเอสโตเนียที่มีความซับซ้อนและคำร้องของผู้ร้องหมดอายุความแล้ว⁸⁹

คำร้องของฝ่ายผู้ร้องข้อที่ 8 การก่อกวน

ผู้ถูกร้องระบุว่า การสืบสวนคดีอาญา นาย Genin กรณีการหนีภาษีและปัญหาของประธานธนาคาร EIB เกี่ยวกับการเข้าเมืองล้วนไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของธนาคาร EIB

ผู้ถูกร้องกล่าวว่า คำร้องนี้ไม่เกี่ยวข้องกับ “ข้อพิพาทการลงทุน” ภายใต้สนธิสัญญา BIT และผู้ร้องล้มเหลวต่อการแสดงถึงความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวหาว่ามีการก่อกวน⁹⁰

3.6.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ถูกร้องหรือหน่วยงานต่าง ๆ ของผู้ถูกร้อง ที่ถูกกล่าวหาในคดีนี้ได้ฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญา BIT หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของธนาคารแห่งเอสโตเนียที่เกี่ยวข้องกับการขายสาขา Koidu และการเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB รวมทั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจต่อ นาย Genin และ นาย Dashkovsky (ประธานกรรมการธนาคาร EIB) ถือเป็น การละเมิดต่อมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน รวมทั้งเป็นการละเมิดต่อการไม่เลือกปฏิบัติและหลักการไม่ปฏิบัติตามอำเภอใจของการลงทุนซึ่งระบุในข้อ 2 วรรค 3 (ก) และ (ข) ของสนธิสัญญา BIT หรือไม่⁹¹

⁸⁹ Ibid., p.47.

⁹⁰ Ibid., p.47.

⁹¹ Ibid., p.76.

3.6.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียยกเลิกใบอนุญาตของธนาคาร EIB ตามขั้นตอนตามกฎหมาย การตัดสินยกเลิกใบอนุญาตไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติตามความหมายในสนธิสัญญา BIT

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่ากระบวนการบางอย่างที่ผู้มีอำนาจของเอสโตเนียกระทำถือเป็นการกระทำที่สอดคล้องตามกฎหมายเอสโตเนีย ไม่ถือว่าเป็นการปฏิเสธกระบวนการที่ชอบธรรมอันเป็นลักษณะพิเศษที่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของการธนาคาร เช่น ไม่มีการแจ้งแก่ธนาคาร EIB อย่างเป็นทางการว่าจะมีการเพิกถอนใบอนุญาต เว้นแต่ธนาคาร EIB จะขอให้ธนาคารแห่งเอสโตเนียแจ้งอย่างเป็นทางการภายในเวลาที่เหมาะสม เป็นต้น

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาหลักฐานต่าง ๆ และสรุปว่าการตัดสินของธนาคารแห่งเอสโตเนียในการเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB ไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทบัญญัติในสนธิสัญญา BIT⁹²

ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาประเด็นหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมรวมทั้งการไม่เลือกปฏิบัติและการไม่กระทำตามอำเภอใจต่อการลงทุนซึ่งได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกาและเอสโตเนีย

ตามข้อ 2 วรรค 3 (ก) ของสนธิสัญญา BIT ต้องการให้รัฐบาลที่ลงนามในสนธิสัญญาปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต้องการให้มีมาตรฐานขั้นต่ำพื้นฐานโดยแยกออกจากกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน แม้เนื้อหาของมาตรฐานจะไม่ชัดเจน แต่คณะอนุญาโตตุลาการเข้าใจว่าต้องมีมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศที่แยกออกจากกฎหมายภายใน สำหรับการกระทำที่เป็นการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำจะหมายถึงการเจตนาที่ละเลยต่อหน้าที่ การกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานในทางระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งเจตนาที่ไม่สุจริต ซึ่งภายใต้สถานการณ์นี้ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกร้องละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ก) ของสนธิสัญญา BIT

⁹² Ibid., p.90-91.

สำหรับสนธิสัญญา BIT ข้อ 2 วรรค 3 (ข) ต้องการให้รัฐบาลที่ลงนามในสนธิสัญญาไม่ทำให้การลงทุนเสียหายโดยการกระทำตามอำเภอใจ หรือเลือกปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่ากฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต้องการให้รัฐละเว้นจากการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติ แม้ความต้องการที่จะให้รัฐปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับคนต่างชาติ หรือ ปฏิบัติต่อคนต่างชาติเสมือนคนชาติอาจจะไม่เกิดขึ้นได้จริง แต่บทบัญญัติที่ระบุไว้ในข้อ 2 (1) ของสนธิสัญญา BIT กำหนดว่ารัฐต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของต่างชาติบนฐานของการให้ความอนุเคราะห์ที่ไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติกับคนชาติ

ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีข้อบ่งชี้ว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียเลือกปฏิบัติต่อธนาคาร EIB หรือปฏิบัติต่อธนาคาร EIB โดยให้ความอนุเคราะห์น้อยกว่าธนาคารต่างๆ ของเอสโตเนีย ยิ่งไปกว่านั้นผู้ร้องล้มเหลวต่อการพิสูจน์ว่าการเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB ถือเป็นเจตนาที่มุ่งให้เกิดความเสียหายแก่ธนาคาร หรือเป็นการกระทำตามอำเภอใจ หรือเป็นการกระทำโดยเลือกปฏิบัติกับธนาคาร EIB

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับคำอธิบายของผู้ร้องที่ว่า การตัดสินใจเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB เพื่อควบคุมการประกอบกิจการธนาคารในเอสโตเนีย และจากสถานการณ์การเมืองและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในเอสโตเนีย ทำให้ต้องตรวจสอบกิจการธนาคารอย่างละเอียด การที่รัฐใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อให้เกิดความชัดเจนและถูกต้องตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ

สำหรับคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การเพิกถอนใบอนุญาตไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจและการกระทำทั้งหลายของธนาคารแห่งเอสโตเนียก็ไม่ละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ข) แห่งสนธิสัญญา BIT แต่ในอนาคตธนาคารแห่งเอสโตเนียควรใช้กฎเกณฑ์และการควบคุมที่รอบคอบมากกว่านี้

ท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าผู้ร้องล้มเหลวต่อการแสดงให้เห็นว่าการเพิกถอนใบอนุญาตธนาคาร EIB ของธนาคารแห่งเอสโตเนียเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา BIT หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁹³

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่า

- (1) ให้ยกฟ้องคำคัดค้านของผู้ถูกร้องเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาคดี
- (2) สาธารณรัฐเอสโตเนีย ธนาคารแห่งเอสโตเนียไม่ได้ละเมิดต่อสนธิสัญญา BIT หรือกฎหมายเอสโตเนียในเรื่องการขายสาขา Koidu ของธนาคาร Social ให้แก่ธนาคาร EIB
- (3) สาธารณรัฐเอสโตเนีย ธนาคารแห่งเอสโตเนียไม่ได้ละเมิดต่อสนธิสัญญา BIT หรือกฎหมายเอสโตเนียในเรื่องการเพิกถอนใบอนุญาตธนาคาร EIB
- (4) สาธารณรัฐเอสโตเนียไม่ได้กระทำการก่อกวนนาย Genin หรือ นาย Dashkovsky อันเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา BIT หรือกฎหมายเอสโตเนียแต่อย่างใด
- (5) ยกคำร้องทั้งหลายของผู้ร้อง
- (6) ยกคำร้องแย้งทั้งหลายของผู้ถูกร้อง และ
- (7) ให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีเอง ส่วนค่าใช้จ่ายจากการอนุญาโตตุลาการให้ผู้ร้องและผู้ถูกร้องรับผิดชอบเท่า ๆ กัน⁹⁴

⁹³ Ibid., p.92-93.

⁹⁴ Ibid., p.96.

3.7 Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v.Arab Republic of Egypt, 2002

3.7.1 ข้อเท็จจริงในคดี

Middle East Cement Shipping and Handling Co., S.A. ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทกรีซ มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่เอเธนส์ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับสาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ (Arab Republic of Egypt) ฝ่ายผู้ถูกร้อง (Respondent)

คำร้องเพื่อให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการนี้เป็นเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับการกล่าวหาว่าอียิปต์ได้เวนคืนผลประโยชน์ที่ได้จากธุรกิจสัมปทานของบริษัท Middle East Cement ในอียิปต์ และผู้ร้องได้กล่าวหาว่าอียิปต์ล้มเหลวต่อการรับรองการขายปูนซีเมนต์ของบริษัท Middle East Cement (re-exportation of Middle East Cement's assets)⁹⁵

3.7.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามผู้ร้อง

ผู้ร้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงในคำร้องที่เสนอเพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ.1999 ดังข้อความต่อไปนี้

จากข้อมติที่ 512/82 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1982 ขององค์การการลงทุนและเขตเสรีแห่งอียิปต์ (Egyptian General Authority for Investment and Free Zones) ได้รับจดทะเบียนสาขาบริษัทของผู้ร้องภายใต้ชื่อ “Badr Cement Terminal” ณ เมือง Suez โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งออกและเก็บปูนซีเมนต์จำนวนมากในเรือเก็บสินค้าซึ่งเทียบท่าที่สะพานจอดเรือใกล้กับ

⁹⁵ ICSID Case No. ARB/99/6 (Greece / Egypt BIT) Rep. p.605

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

ท่าเรือ Adabiyea ในเมือง Suez และเพื่อการบรรจุหีบห่อ รวมทั้งจัดส่งปูนซีเมนต์ภายในอียิปต์ ให้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยการลงทุนต้องอยู่ในรูปแบบของเงินดอลลาร์สหรัฐ สำหรับระยะเวลาโครงการต้องมีกำหนดไม่เกิน 10 ปี

เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับข้อมติข้างต้นรวมทั้งกฎหมายอียิปต์ฉบับที่ 43 ปี ค.ศ. 1974 ซึ่งต่อมาได้ถูกแก้ไขโดยกฎหมายฉบับที่ 32 ปี ค.ศ. 1977 และพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 375 ปี ค.ศ. 1977 ของกระทรวงความร่วมมือทางเศรษฐกิจและเศรษฐกิจ ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการลงทุนและความร่วมมือระหว่างประเทศ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1982 รวมทั้งพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 13 ปี ค.ศ. 1983 ซึ่งประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1983 และได้ตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาของอียิปต์

โดยอาศัยความแห่งกฎหมายข้างต้น สาขาของบริษัท Middle East Cement จึงได้รับอนุญาตให้กระทำกิจกรรมต่าง ๆ ตามที่ได้ระบุไว้ข้างต้น จาก Badr Anchorage เป็นระยะทาง 17 กิโลเมตร บนถนน Suez-Adabia (Adabiyea) และบริเวณใกล้เคียงตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาถือเป็นสถานที่ดำเนินงานและประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ของ “Badr Cement Terminal” ซึ่งเป็นสาขาของผู้ร้อง ในมาตรา 9 พระราชกฤษฎีการะบุไว้ชัดเจนว่าการลงทุนจะได้รับการคุ้มครองเป็นเวลา 10 ปี จนถึงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1993 ต่อมาผู้ร้องได้ยื่นคำร้องเพื่อขอขยายระยะเวลาการลงทุน และองค์การการลงทุนและเขตเสรีแห่งอียิปต์ได้มีจดหมายตอบเมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1993 ว่าระยะเวลาโครงการคือ 10 ปี ซึ่งเป็นการยืนยันครั้งสุดท้ายจากเจ้าหน้าที่ของอียิปต์ในเรื่องระยะเวลาในการลงทุน

ตามผลของพระราชกฤษฎีกาอียิปต์ ฉบับที่ 13 ค.ศ. 1983 ข้างต้น และความเชื่อมั่นที่ว่าผู้ร้องจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายและรัฐบาลของอียิปต์ให้ผู้ร้องดำเนินการลงทุนดังต่อไปนี้

- (ก) อาคารขนถ่ายฝั ง 6,784,429 ดอลลาร์สหรัฐ
- (ข) เรือเก็บสินค้า 6,532,049 ดอลลาร์สหรัฐ

ด้วยการเห็นชอบขององค์การการลงทุนและเขตเสรี รวมทั้งตามความในกฎหมายการลงทุน ฉบับที่ 43 ปี ค.ศ.1974 เรือยนต์ชื่อ Poseidon ถูกเช่าเหมาลำโดยผู้ร้องเพื่อให้สาขาของผู้ร้องในอียิปต์ใช้ประกอบกิจการการลงทุน

ผู้ร้องดำเนินงานผ่านสาขาของตนในอียิปต์ คือ ส่งออก เก็บปูนซีเมนต์จำนวนมากในเรือเก็บสินค้า ตู้จอดเรือ บรรจุหีบห่อ และจัดส่งปูนซีเมนต์ในอียิปต์ให้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ต่อมาเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1989 ซึ่งเป็นเวลา 3 ปี 8 เดือน ก่อนสิ้นสุดระยะเวลาประกัน และให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุน กระทรวงการก่อสร้างของสาธารณรัฐอียิปต์ประกาศพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 195 ปี ค.ศ.1989 ห้ามการส่งออกปูนซีเมนต์ปอร์ตแลนด์ทุกชนิดให้กับภาคราชการ หรือภาครัฐบาล หรือแม้กระทั่งภาคเอกชน เว้นแต่มีข้อตกลงการขอส่งออกปูนซีเมนต์ภายในอียิปต์ ข้อห้ามการส่งออกดังกล่าวครอบคลุมถึงสัญญาฉบับปัจจุบันที่ทำกับสำนักงานปูนซีเมนต์อียิปต์ ซึ่งตัดสินใจให้สาขาของผู้ร้องในอียิปต์ไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ตามพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว ผู้ร้องไม่ได้รับอนุญาตให้ขายปูนซีเมนต์ให้กับตลาดในอียิปต์รวมทั้งให้กับผู้จัดหาและลูกค้าได้ตามปกติ สิ่งที่ย่ำแย่ไปกว่านั้นคือ การระงับข้อตกลงให้ส่งออกปูนซีเมนต์อีกครั้งไปจนถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1995

เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ.1995 ผู้ร้องพยายามที่จะส่งออกปูนซีเมนต์ที่ค้างค้างอีกครั้ง อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นได้ต่อต้านการส่งออกโดยใช้วิธีทางปกครอง แต่ไม่ถึงขั้นให้มีคำสั่งศาลซึ่งเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติทั้งหลายที่ระบุไว้ในกฎหมายการลงทุน ต่อมาเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ.1999 ข้อพิพาทเกี่ยวกับการขอส่งออกปูนซีเมนต์ยังคงค้างอยู่ เนื่องจากการลงทุนของผู้ร้องเกี่ยวพันทั้งกับพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 195 ปี ค.ศ.1989 และปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากองค์การของอียิปต์ยังมีอย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่ก่อนวันที่ 6 เมษายน ค.ศ.1995 ซึ่งเป็นวันที่สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างอียิปต์และกรีซจะมีผลใช้บังคับ

เมื่อปี ค.ศ.1992 พระราชกฤษฎีกาห้ามการส่งออกปูนซีเมนต์ได้ถูกยกเลิกไปและองค์การการลงทุนและเขตเสรีแห่งอียิปต์ได้แจ้งให้ผู้ร้องทราบ การยกเลิกแสดงให้เห็นถึงการทำตามอำเภอใจและความไม่เป็นธรรม สำหรับการห้ามตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 195 ปี ค.ศ.1989

แต่ความเสียหายที่เกิดกับผู้ร้องเป็นการยืนยันถึงความล้มเหลวในการลงทุนของผู้ร้อง ยิ่งไปกว่านั้นผู้ร้องไม่สามารถกลับไปเริ่มต้นลงทุนใหม่ได้ เพราะเกิดความไม่เชื่อมั่นว่าจะมีการห้ามส่งออกปูนซีเมนต์อีกหรือไม่⁹⁶

ในนามผู้ถูกร้อง

ฝ่ายผู้ถูกร้องกล่าวโต้คำร้องของผู้ร้องเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ.2001 ดังข้อความต่อไปนี้

ผู้ร้องเป็นผู้ลงทุนดำเนินการลงทุนในอียิปต์แบบไม่เป็นมืออาชีพและขาดความเข้าใจในกฎหมายอียิปต์ และสิทธิของบุคคลภายนอก รวมทั้งอำนาจของหน่วยงานรัฐ อาทิเช่น องค์การท่าเรือทะเลแดง (Red Sea Ports Authority) และองค์การคลองสุเอซ (Suez Canal Authority) การขาดความเข้าใจ และความไม่เป็นมืออาชีพของผู้ร้องนำไปสู่การขายทอดตลาดเรือของผู้ร้อง ซึ่งเงินที่ได้มาก็ไม่พอกับหนี้ที่เกิดขึ้น

สำหรับมูลค่าการลงทุนของผู้ร้องมีไม่เกิน 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เมื่อมีการห้ามส่งออกปูนซีเมนต์ปอร์ตแลนด์ในปี ค.ศ.1989 เป็นช่วงที่ใบอนุญาตลงทุนของผู้ร้องเหลืออยู่ไม่เกิน 4 เดือน คำร้องขอของผู้ร้องเกี่ยวกับสัญญาของบริษัท Halkis (Halkis Cement International S.A., a Greek Company) กับสำนักงานปูนซีเมนต์อียิปต์ [Egyptian Cement Office (ECO)] ลงวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ.1985 ไม่มีส่วนช่วยผู้ร้องแต่อย่างใด เพราะเป็นสัญญากับ Halkis เท่านั้น โดยมีการอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างไปจาก ICSID และสัญญาดังกล่าวสิ้นสุดไปแล้วเมื่อปี ค.ศ.1986 แต่สถานะของสัญญา Halkis บางส่วนยังคงมีผลอยู่จนกระทั่งปี ค.ศ.1989 จากข้อพิพาทที่ยาวนาน ซึ่งมีผลให้ Halkis ยังต้องเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ใบอนุญาตการลงทุนของผู้ร้องจึงสิ้นสุดในเดือนกันยายน ค.ศ.1989 จึงทำให้ไม่สามารถขายปูนซีเมนต์แก่ภาคราชการได้นับแต่วันดังกล่าว

ผู้ร้องไม่ได้ถูกเลือกปฏิบัติจากองค์กรที่มีอำนาจของอียิปต์แต่อย่างใด และจากการจัดการที่ไม่เป็นมืออาชีพและไม่มีความรับผิดชอบจึงทำให้ศาลออกคำสั่งยึดเรือตั้งแต่ ค.ศ.1996 ภายหลังจากนั้นก็อยู่ภายใต้วิธีการปกครองและถูกขายประมูลใน ค.ศ.1989 กลยุทธ์ของผู้ร้องที่

⁹⁶ Ibid., p.618-620.

พยายามนำคดีขึ้นสู่การอนุญาตตุลาการก็เพื่อบีบบังคับให้สาธารณรัฐอาหรับอียิปต์ชำระเงินให้กับผู้ร้อง⁹⁷

3.7.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่ามีเขตอำนาจในการตัดสินคดีภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคี ค.ศ.1993 ระหว่างอียิปต์และกรีซหรือไม่ รวมทั้งการเพิกถอนใบอนุญาต โดยพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 195 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ.1989 และการกระทำต่าง ๆ ของผู้ถูกร้องเข้าข่ายเป็นการเวนคืน (Expropriation) ภายใต้ข้อ 4 ของสนธิสัญญา BIT หรือไม่⁹⁸

3.7.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาและยอมรับคำร้องของผู้ลงทุนภายใต้ขอบเขตของสนธิสัญญา BIT ได้ ต่อมาจึงได้พิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลกระทบและผลลัพธ์ของพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 195 และการกระทำใดซึ่งเป็นมาตรการที่อาจเข้าข่ายเป็นการเวนคืนของผู้ถูกร้อง

ผู้ถูกร้องยอมรับว่าช่วงเวลาอย่างน้อย 4 เดือนที่ผู้ร้องถูกเพิกถอนใบอนุญาตโดยพระราชกฤษฎีกาจากสิทธิต่าง ๆ ที่พึงได้รับนั้น ไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการเวนคืนแต่อย่างใด เมื่อมีมาตรการเวนคืนโดยรัฐจึงเกิดผลกระทบคือ การถอดถอนผู้ลงทุนจากการใช้และผลประโยชน์ที่ได้จากการลงทุน แม้จะได้รักษาสิทธิของผู้ลงทุนไว้แต่เพียงในนามก็ตามมาตรการต่าง ๆ เหล่านี้มักถูกเรียกว่าเป็น “การเวนคืนทางอ้อม” หรือ หากปรากฏในสนธิสัญญา BIT ก็มักจะเรียกว่า “เป็นผลกระทบที่เทียบเท่ากับการเวนคืน” จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผู้ลงทุนถูกถอดถอนจากการลงทุนโดยมาตรการดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นเทียบเท่ากับการเวนคืนภายใต้ความหมายของข้อ 4 แห่งสนธิสัญญา BIT และผู้ถูกร้องต้องรับผิดชอบในการชำระค่าชดเชยให้กับผู้ร้อง ในการคำนวณจำนวนค่าชดเชย คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดให้คำนวณตามมูลค่าตามราคาตลาด (market value) ของการลงทุนที่ได้รับผลกระทบ⁹⁹

⁹⁷ Ibid., p.620-621.

⁹⁸ Ibid., p.622,626.

⁹⁹ Ibid., p.627-628.

สำหรับประเด็นคำร้องที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่ง คือ การขอให้จ่ายเงินชดใช้เกี่ยวกับ เรือยนต์ Poseidon 8 รวมทั้งมูลค่าของเรือนับตั้งแต่วันที่เวนคืนในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1999

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่อาจโต้แย้งได้ว่าเรือ Poseidon มีแนวโน้มที่จะถูกยึด โดยองค์การการทำเรือทะเลแดง เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ.1999 ต่อมาได้นำออกประมูลเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 โดยผู้ประมูลได้จ่ายเงินค่าเรือในราคา 301,000.00 ดอลล่าร์ปอนด์ ตามรายงานการประมูล ผู้ร้องกล่าวหาว่าการยึดและการประมูลผิดกฎหมายและราคาจากการประมูลเรือ Poseidon ก็มีมูลค่าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับราคาจริงที่เรือมีมูลค่าขั้นต่ำ 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ผู้ถูกร้องเห็นว่าการประมูลดังกล่าวมีผลสมบูรณ์¹⁰⁰

ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าเรือ Poseidon มีฐานะเทียบเท่ากับ “การลงทุน” ภายใต้สนธิสัญญา BIT และบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครอง

คณะอนุญาโตตุลาการต้องตรวจสอบว่าการยึดเรือ Poseidon ถือเป็นการยึดและการประมูลตามคำสั่งของศาลภายในโดยไม่อาจถือว่าเป็นการยึดได้หรือไม่ หากผู้ถูกร้องใช้มาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนนั้นไม่ได้กระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰¹

ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณานี้ คือ “กฎหมายฉบับที่ 308 ปี ค.ศ.1955 เรื่อง การยึดทรัพย์สินทางปกครอง” ในมาตรา 7 ซึ่งระบุว่า

- “1. ...สำเนาของการแจ้ง การเตือน และรายงานการยึดต้องส่งให้แก่ลูกหนี้ หรือ บุคคลผู้ลงนามแทนลูกหนี้ได้ ส่วนสำเนาอีกฉบับให้ส่งถึงผู้ยึดทรัพย์สิน
2. สำเนารายงานการยึดทรัพย์สินต้องส่งไปถึงสถานีตำรวจ... เมื่อมีทรัพย์สินเข้าข่ายถูกยึด
3. หากลูกหนี้ หรือตัวแทนไม่อยู่เพื่อรับทราบการยึด ต้องบันทึกในรายงานการยึดทรัพย์สินด้วย และสำเนาดังกล่าวต้องส่งไปยังสถานีตำรวจ...ส่วนสำเนาอีกฉบับให้ส่งไปยังสำนักงานของลูกหนี้ ขั้นตอนดังกล่าวถือเป็นการแจ้งให้ทราบแล้ว”

¹⁰⁰ Ibid., p.634.

¹⁰¹ Ibid., p.635.

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ขั้นตอนในวรรค 3 ของมาตรา 7 นำมาใช้เฉพาะ “เมื่อลูกหนี้หรือตัวแทนของลูกหนี้ไม่อยู่” ในขณะที่รายงานตามที่แนบแสดงว่าผู้ร้องไม่ได้มาในคดีเรือ Poseidon เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 ซึ่งถือว่าเข้าข่ายการเข้าสู่ขั้นตอน “กรณีไม่อยู่” แล้วการที่กิจกรรมทั้งหลายบนเรือ Poseidon หยุดลงก่อน เวลาห้ามการส่งออกปูนซีเมนต์จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีใครอยู่บนเรือ คำกล่าวของผู้ร้องและทนายความของผู้ร้องในอียิปต์ได้ส่งถึงหน่วยงานต่าง ๆ ที่ผู้ร้องได้ทำสัญญาด้วยซึ่งสามารถอ่านได้จากจดหมายที่มีไปถึงผู้ว่าการของหน่วยงานเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ.1996 อีกทั้งในข้อ 2.2 ของสนธิสัญญา BIT กำหนดว่า “การลงทุนของผู้ลงทุนที่เป็นคู่สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตลอดเวลาและต้องได้รับการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ภายในดินแดนของคู่สัญญา อีกฝ่าย” ข้อบทของสนธิสัญญา BIT เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเป็นพิเศษภายใต้ข้อ 4 ที่คัดค้านต่อมาตรการที่ “เทียบเท่ากับการเวนคืน” และ “กระบวนการที่ขอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นการยึดและการประมูลเรือของผู้ร้องต้องทำการแจ้งโดยตรงตามกฎหมายฉบับที่ 308 ในมาตรา 7 วรรค 1 โดยไม่ต้องคำนึงถึงเนื้อหาที่ระบุไว้ในกฎหมาย หรือวิธีการปฏิบัติที่ให้ส่งจดหมายลงทะเบียนพร้อมให้มีใบตอบรับจากผู้ร้อง สำหรับกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าขั้นตอนที่ผู้ถูกร้องกระทำนั้น ไม่สอดคล้องกับข้อ 2.2 และข้อ 4 ของสนธิสัญญา BIT

คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า เรือ Poseidon ถูกยึดโดย “มาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับการเวนคืน” และผู้ร้องมีสิทธิได้รับชำระค่าชดเชยตามที่ระบุไว้ในข้อ 4 (ค) ของสนธิสัญญา BIT¹⁰²

ท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินคดีดังต่อไปนี้

1. ผู้ถูกร้องละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีกับกรีซ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยึดเรือโดยใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนต่อผู้ร้อง โดยปราศจากการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ (ข้อ 4 ของสนธิสัญญา BIT)
2. ผู้ถูกร้องต้องชำระเงินให้แก่ผู้ร้องเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 2,190,430.00 ดอลลาร์สหรัฐ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ที่มีคำตัดสินนี้

¹⁰² Ibid., p.637.

3. ผู้ถูกร้องต้องชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ร้องเป็นจำนวน 1,558,970.00 ดอลลาร์สหรัฐ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ มีคำตัดสินนี้
4. หากไม่ชำระเงินตามข้อ 2 และ 3 ภายในกำหนดเวลาต้องคิดดอกเบี้ยเพิ่มอีกร้อยละ 6 ต่อปีจนกว่าจะชำระเงินจนเสร็จสิ้น
5. ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการอนุญาโตตุลาการ ICSID และของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทรับภาระฝ่ายละเท่า ๆ กัน¹⁰³



ศูนย์วิจัยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁰³ Ibid., p.645.

3.8 Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002

3.8.1 ข้อเท็จจริงในคดี

ข้อพิพาทนี้เกิดขึ้นจากสัญญาพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ทำขึ้นในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1978 ระหว่างเมือง Boston (City of Boston) และองค์การพัฒนาเมืองใหม่แห่ง Boston [Boston Redevelopment Authority (BRA)] กับสมาคมจัดการสถานที่ Lafayette [Lafayette Place Associates (LPA)] ซึ่งเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดจดทะเบียนที่มลรัฐ Massachusetts โดยมีบริษัท Mondev International Ltd. (ผู้ร้อง) เป็นเจ้าของ โดยจดทะเบียนก่อตั้งตามกฎหมายของแคนาดา ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ ICSID เมื่อวันที่ 1 กันยายน ค.ศ.1999 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับสหรัฐอเมริกา

เมื่อ ค.ศ.1992 สมาคม LPA ยื่นฟ้องเมือง Boston และองค์การ BRA ต่อศาลสูงมลรัฐ Massachusetts การพิจารณาคดีเริ่มใน ค.ศ.1994 และบทสรุปของคำตัดสินของลูกขุนก็เป็นคุณแก่สมาคม LPA ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นได้สนับสนุนคำตัดสินของลูกขุนในแง่การละเมิดต่อข้อตกลงสามฝ่ายของเมือง Boston แต่สำหรับกรณีขององค์การ BRA ศาลพิพากษาโดยไม่คำนึงถึงคำตัดสินของลูกขุน เนื่องจากถือว่าองค์การ BRA ได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบสำหรับการเข้าแทรกแซงต่อความสัมพันธ์ในสัญญาด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายของมลรัฐ Massachusetts ให้ความคุ้มครองแก่องค์การ BRA จากการถูกฟ้องกรณีเจตนากระทำละเมิด ต่อมาเมือง Boston และสมาคม LPA ได้ยื่นอุทธรณ์ ซึ่งศาลสูงแห่งมลรัฐ Massachusetts [Massachusetts Supreme Judicial Court (SJC)] ได้ยื่นตามคำตัดสินของศาลชั้นต้นสำหรับกรณีขององค์การ BRA แต่สนับสนุนอุทธรณ์ของเมือง Boston กรณีการฟ้องร้องตามสัญญา สมาคม LPA ได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลสูง SJC พิจารณาคดี เมือง Boston และองค์การ BRA ใหม่อีกครั้ง และได้ส่งหมายพิพากษาคดีใหม่ (Certiorari) ให้แก่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Supreme Court) เพื่อให้ทราบถึงการฟ้องร้องตามสัญญาต่อเมือง Boston แต่คำร้องทั้งหมดถูกปฏิเสธทำให้สมาคม LPA ไม่อาจฟ้องคดีได้ในทั้ง 2 กรณี

ต่อมาภายหลังบริษัท Mondev ฟ้องร้องคดีภายใต้ข้อ 1116 ของความตกลงเขตการค้าเสรีทวีปอเมริกาเหนือ [North American Free Trade Agreement (NAFTA)] และนำคดีขึ้นสู่

ICSID ในฐานะที่บริษัท Mondev ได้รับความสูญเสียและเสียหายจากผลประโยชน์ที่พึงได้รับจากสมาคม LPA บริษัท Mondev ร้องว่าจากคำพิพากษาของศาลสูง SJC และการกระทำของเมือง Boston และองค์การ BRA รวมทั้งสหรัฐอเมริกาละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้บทที่ 11 Section A ของความตกลง NAFTA นอกจากนี้ผู้ร้องยังกล่าวหาว่ามีการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1102 (การปฏิบัติเสมือนคนชาติ) ข้อ 1105 (การปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ) และข้อ 1110 (การเวนคืนและการชำระค่าชดเชย) รวมทั้งให้สหรัฐอเมริกาชำระค่าชดเชยไม่น้อยกว่า 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ พร้อมทั้งดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ¹⁰⁴

3.8.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามผู้ถูกร้อง

สหรัฐอเมริกาได้ทำคำคัดค้านต่าง ๆ เกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการตัดสินคดี คำคัดค้านมุ่งเน้นถึงสถานการณ์ที่ว่าข้อพิพาทเกิดขึ้นในช่วง ค.ศ.1985 ถึง ค.ศ.1991 ซึ่งเป็นช่วงเวลาก่อนที่ความตกลง NAFTA จะมีผลใช้บังคับ แม้ว่าท้ายที่สุดคำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐอเมริกาจะได้ปฏิเสธคำร้องของสมาคม LPA ที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ก็ตาม สหรัฐอเมริกายังอ้างว่า ประการแรกสำหรับการคัดค้านเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น เนื่องจากภายใต้ข้อ 1116 (1) (ก) และข้อ 1117 (1) (ก) ระบุว่า เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจำกัดเฉพาะการละเมิดต่อพันธกรณีที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ความตกลง NAFTA มีผลใช้บังคับ ประการที่สองเรื่องกรรมอายุความ เนื่องจากภายใต้ข้อ 1116 (2) และข้อ 1117 (2) ระบุว่าต้องยื่นคำร้องไม่เกินกว่าเวลา 3 ปี นับตั้งแต่วันที่ผู้ลงทุนมีเจตนายื่นคำร้องได้ในครั้งแรก หรือ มีเหตุที่จะยื่นคำร้องได้ในครั้งแรกเพื่อกล่าวหาเรื่องการละเมิดและซึ่งผู้ลงทุนได้รับความสูญเสียหรือความเสียหาย และประการที่สามเรื่องคำร้องไม่มีมูล เนื่องจากไม่อาจถือได้ว่ามีการกระทำที่ถือเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ณ เวลาที่ความตกลงดังกล่าวยังไม่ มีผลใช้บังคับ สหรัฐอเมริกายังคัดค้านคำร้องจากมูลเหตุที่ว่าความสูญเสียหรือเสียหายเป็นสิ่งที่สมาคม LPA ได้รับ ดังนั้นคำร้องจึงควรจัดทำในนามของสมาคม LPA ภายใต้ข้อ 1117 มิใช่บริษัท Mondev ที่ทำคำร้องในนามของตนเอง

¹⁰⁴ ICSID Case No. ARB (AF)/99/2 (NAFTA) Rep. p.1-2,4

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

ต่อเมื่อมีหนังสือแสดงเจตนายื่นฟ้องคดีเพื่อกระทำการอนุญาตตุลาการแต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวอ้างถึงข้อ 1117 และสมาคม LPA แต่อย่างไรก็ดี ดั่งนั้นคำร้องจึงนำขึ้นสู่กระบวนการภายใต้ข้อ 1116 สหรัฐอเมริกาขอสงวนสิทธิในการโต้แย้งว่าบริษัท Mondev เองไม่ได้รับความสูญเสียหรือเสียหายภายใต้ความหมายของข้อ 1116 (2) นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังโต้แย้งว่าผลประโยชน์ทั้งหมดของบริษัท Mondev และสมาคม LPA ในโครงการนี้ได้สิ้นสุดลงใน ค.ศ.1991 จากการเพิกถอนสิทธิจำนอง ฉะนั้นบริษัท Mondev จึงไม่ถือเป็นผู้ลงทุนรวมทั้งสมาคม LPA ก็ไม่ถือเป็นวิสาหกิจ (enterprise) หรือการลงทุน (investment) ตามนิยามในข้อ 1139 ณ เวลาที่ความตกลง NAFTA มีผลใช้บังคับ¹⁰⁵

สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าการยกเว้นในเรื่องคำตัดสินของศาล Massachusetts เกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ซึ่งความตกลง NAFTA มีผลใช้บังคับนั้น ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องตามความตกลงดังกล่าวได้ และหากว่าคำตัดสินของศาล Massachusetts เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) หรือเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 คำตัดสินเหล่านี้อาจถือเป็นหลักการที่ NAFTA ต้องพิจารณาใหม่ ส่วนสหรัฐอเมริกาปฏิเสธว่าคำตัดสินดังกล่าวถือเป็นการละเมิดต่อมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติข้อ 1105 เพียงเล็กน้อยเท่านั้น¹⁰⁶

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังเห็นว่าหนังสือแสดงเจตนาฟ้องคดีของ Mondev ภายใต้ข้อ 1119 ไม่ได้กล่าวอ้างถึงข้อ 1117 รวมทั้งไม่ได้กล่าวถึงวิสาหกิจ (สมาคม LPA) ที่ได้ระบุไว้ในข้อ 1119 (ก) ดั่งนั้นการฟ้องคดีภายใต้ข้อ 1116 สามารถฟ้องได้โดยผู้ลงทุนและในนามของผู้ลงทุนเอง แต่บริษัท Mondev ไม่ได้แสดงถึงความสูญเสียหรือเสียหายที่ตนได้รับ สหรัฐอเมริกาจึงขอสงวนสิทธิในการโต้แย้งว่าบริษัท Mondev ไม่อาจฟ้องคดีภายใต้ข้อ 1116 ได้ หากบริษัท Mondev ต้องการฟ้องร้องคดีในนามของสมาคม LPA ที่เป็นวิสาหกิจ บริษัท Mondev สามารถยื่นหนังสือแสดงเจตนาการฟ้องคดีภายในข้อ 1119 (แต่สำหรับกรณีนี้หมดอายุความแล้ว)

สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าประเด็นพิพาทของบริษัท Mondev ในเรื่องการละเมิดต่อข้อ 1102 ข้อ 1105 และข้อ 1110 ถือได้ว่าการละเมิดที่จะนำฟ้องคดีภายใต้ความตกลง NAFTA ได้

¹⁰⁵ Ibid., p.15-16.

¹⁰⁶ Ibid., p.16.

ต้องเกิดขึ้นอย่างช้าเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ซึ่งการเริ่มกระบวนการอนุญาตโตตุลาการของบริษัท Mondeve ถือว่าหมดอายุความแล้วตามข้อ 1116 (2) สำหรับการคัดค้านในส่วนนี้ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นคำร้องการปฏิเสธความยุติธรรมของศาลสหรัฐอเมริกา เพราะกระบวนการอนุญาตโตตุลาการควรกระทำภายใน 3 ปีนับแต่วันที่มามีคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกา¹⁰⁷

สำหรับประเด็นสิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดิน สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าเมื่อบริษัททริสต์ Manufacturers Hanover Trust Co.(Manufacturers Hanover) ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกาได้เพิกถอนสิทธิจำนองในโครงการทั้งหมดเมื่อ ค.ศ.1991 จึงหมายความว่าความรวมถึงสิทธิและทรัพย์สินต่าง ๆ ของสมาคม LPA ที่มีใน Hayward Parcel ตามที่ระบุในเอกสารโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นจึงถือได้ว่าบริษัท Mondeve ไม่ได้มีการลงทุนที่ก่อให้เกิดกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือมีการควบคุมดูแลโดยบริษัท Mondeve แต่อย่างใด และบริษัท Mondeve ก็ไม่มีสิทธิต่าง ๆ ในการดำเนินโครงการอีกต่อไป¹⁰⁸

ในนามผู้ร้อง

บริษัท Mondeve โต้แย้งถึงการอ้างว่ามีการละเมิดต่าง ๆ ในคำร้องที่ไม่อาจสมบูรณ์ได้เมื่อสหรัฐอเมริกาได้โยกคำฟ้องของสมาคม LPA เข้ากับกฎหมายแห่งมลรัฐ Massachusetts การกระทำของเมือง Boston และองค์การ BRA ตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ.1994 นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ หรือกฎหมายแห่งมลรัฐ Massachusetts หรือทั้ง 2 ประการ ซึ่งการกระทำเหล่านี้ก่อให้เกิดสถานการณ์ภายใต้ข้อ 1105 ทำให้สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีต้องเยียวยาต่อสิ่งที่เกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ.1994 ภายหลังจากคำตัดสินของศาลภายในสหรัฐอเมริกาล้มเหลวต่อการจัดให้มีการเยียวยา ความล้มเหลวนี้เป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA จึงก่อให้เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่สัญญา¹⁰⁹

บริษัท Mondeve ระบุว่าคำร้องที่นำขึ้นสู่กระบวนการอนุญาตโตตุลาการนั้นได้ดำเนินการอย่างถูกต้องภายในข้อ 1116 นอกจากนี้บริษัท Mondeve ยังได้กระทำการลงทุนและควบคุมดูแล

¹⁰⁷ Ibid., p.17.

¹⁰⁸ Ibid., p.18.

¹⁰⁹ Ibid., p.16.

ทางอ้อม ซึ่งความตกลง NAFTA ได้ระบุถึงขั้นตอนก่อนการลงทุนและระบุถึง “ความเป็นเจ้าของ หรือควบคุมดูแลทางตรง หรือทางอ้อม” ในคำนิยามของ “การลงทุนของผู้ลงทุนที่เป็นคู่ภาคี” ใน ข้อ 1139 โดยไม่เกี่ยวข้องกับคำนิยามการลงทุนทางตรงตามหลักการแบ่งแยกลักษณะของ บริษัทที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดไว้ในคดี Barcelona Traction¹¹⁰ อย่างไรก็ตามคดีหากมีความจำเป็นต้องฟ้องร้องภายใต้ข้อ 1117 ในนามของสมาคม LPA คณะอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจพิจารณาคดีได้ สำหรับรายละเอียดของข้อมูลที่ต้องมีตามระบุไว้ในข้อ 1119 ซึ่งบริษัท Mondev ไม่ได้กล่าวอ้างถึงสมาคม LPA นั้น บริษัท Mondev จะแก้ไขให้ถูกต้องในภายหลัง

สำหรับประเด็นการหมดอายุความ บริษัท Mondev ได้แย้งว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น จนกระทั่งมีคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งล้มเหลวต่อการให้การชดเชย หรือตั้งแต่ที่คำตัดสิน เหล่านั้นระบุว่าบริษัท Mondev ไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะได้รับความสูญเสีย หรือคำตัดสินที่ว่าบริษัท Mondev “รับรู้ตั้งแต่ครั้งแรก หรือควรรับรู้ตั้งแต่ครั้งแรกว่าผู้ลงทุนได้รับความสูญเสียหรือเสียหาย” ซึ่งคำว่า “รับรู้” (knowledge) ในข้อ 1116 (2) และข้อ 1117 (2) กำหนดให้มีการรับรู้ที่แน่ชัด จากคำนิยามดังกล่าวบริษัท Mondev เห็นว่าตนไม่ได้มีการรับรู้ สำหรับประเด็น การหมดอายุความเป็นเพียงชนวนเหตุที่ต้องการให้ผู้ลงทุนรับรู้ถึงการละเมิดและรับรู้ถึงการ สูญเสียหรือเสียหาย ซึ่งการหมดอายุความไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีนี้¹¹¹

บริษัท Mondev แสดงให้เห็นถึงการถูกกีดกันจากสิทธิทั้งหลายของผู้จำนองในการ พัฒนาที่ดินที่ติดกับตัวอาคารภายหลังการโอนสิทธิจำนอง และได้ระบุว่าบริษัททริสต์ Manufacturers Hanover ไม่เคยอ้างถึงความเป็นเจ้าของในสัญญาและสาเหตุอื่น ๆ ของการ กระทำซึ่งสมาคม LPA ได้กล่าวอ้างต่อศาลสหรัฐอเมริกา สมาคม LPA และในนามของบริษัท Mondev ยังคงมีสิทธิต่าง ๆ ในโครงการและตามข้อตกลงสามฝ่ายเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 ที่ กำหนดให้ความตกลง NAFTA ต้องคุ้มครองผู้ลงทุน¹¹²

¹¹⁰ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970 p.3. In this respect Mondev cited K.J. Vandeveld, United States Investment Treaties: Policy and Practice (Kluwer, Boston, 1992), pp.45-46.

¹¹¹ Ibid., p.17-18.

¹¹² Ibid., p.18.

3.8.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการมีประเด็นข้อกฎหมายต้องตัดสินว่าการกระทำของผู้ถูกร้องที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่องค์การ BRA ละเมิดต่อข้อ 1105 (1) ภายหลังจากที่ความตกลง NAFTA มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 หรือไม่ การที่ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธคำฟ้องของสมาคม LPA เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ และการที่ผู้ร้องสูญเสียสิทธิในโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์จากการเพิกถอนสิทธิจำนองโดยผู้ถูกร้องนั้นถือเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของผู้ร้องหรือไม่

3.8.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

คู่สัญญายอมรับว่าข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อนที่ความตกลง NAFTA จะมีผลบังคับใช้และความตกลง NAFTA ไม่มีผลย้อนหลัง แม้การกระทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่ความตกลงจะมีผลบังคับใช้ แต่การกระทำดังกล่าวก็ยังมีต่อเนื่องจนภายหลังจากที่ความตกลงมีผลบังคับใช้ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาความตกลงว่าวางหลักเกณฑ์การกระทำดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการละเมิดหรือไม่

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับคู่สัญญาว่าความตกลง NAFTA ไม่มีผลย้อนหลังและความเป็นไปได้ที่การกระทำผิดก่อนความตกลง NAFTA จะมีผลบังคับใช้ หากมีการกระทำผิดบางอย่างที่ถือว่าเป็นการกระทำผิดต่อเนื่องภายหลังจากที่ความตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้วซึ่งต้องมีผลผูกพันภายใต้พันธกรณี แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็พบว่ามีความแตกต่างระหว่างการกระทำผิดที่มีความต่อเนื่องและการกระทำผิดที่ได้จบสิ้นไปแล้ว สำหรับการก่อให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหายอย่างต่อเนื่อง¹¹³

สำหรับการสูญเสียสิทธิของสมาคม LPA และของบริษัท Mondev ในโครงการทั้งหมดเกิดขึ้น ณ วันที่มีการเพิกถอนจำนองและได้จบสิ้นไปแล้ว หากมีการเวนคืนเกิดขึ้นเหตุการณ์นั้นจะต้องเกิดไม่ช้าไปกว่า ค.ศ.1991 ในกรณีนี้เป็นการยากที่จะยอมรับว่ามีการเวนคืนโครงการทั้งหมดภายหลังปี ค.ศ.1991 สิ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาคือ การที่สมาคม LPA

¹¹³ibid., p.19.

ฟ้องร้องคดีเมือง Boston และองค์การ BRA สำหรับการละเมิดสัญญาหรือมีการละเมิดทำให้โครงการล้มเหลว นั้น การฟ้องคดีดังกล่าวเป็นการฟ้องภายใต้กฎหมายแห่งมลรัฐ Massachusetts และหากมีความล้มเหลวเกิดขึ้นจากศาลสหรัฐอเมริกา ในการตัดสินคดีตามกฎหมายของ Massachusetts หรือเพื่อให้ปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อ 1105 สิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนสิทธิต่าง ๆ ของผู้ร้อง

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นของคุณลักษณะ หรือสาเหตุ หรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียในสิทธิตามสัญญาที่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110¹¹⁴

คำร้องของผู้ร้องเป็นประเด็นที่ข้อพิพาทเกิดก่อนความตกลง NAFTA จะมีผลบังคับใช้ และบริษัท Mondev ไม่อาจยอมรับการเลือกปฏิบัติ หรือคำตัดสินที่มีอคติของศาลสหรัฐอเมริกาภายหลังที่ความตกลง NAFTA มีผลบังคับใช้ สำหรับคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเมือง Boston และองค์การ BRA ไม่ได้เลือกปฏิบัติ เนื่องจากมีเหตุผลสนับสนุนต่อมาภายหลังว่าบริษัท Campeau ซึ่งเป็นบริษัทแคนาดาที่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสมาคม LPA เช่นกัน แม้บริษัท Mondev ย้ำว่าการที่โครงการของบริษัท Campeau ไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ เพราะเกิดการล้มละลาย แต่สมาคม LPA ก็ไม่ได้ติดตามการดำเนินคดีเรื่องการเลือกปฏิบัติในศาลแห่งมลรัฐ Massachusetts อีก ดังนั้นการกล่าวหาว่ามีการละเมิดในข้อ 1102 จึงตกไปสำหรับสาระของข้อเท็จจริงในคดี และไม่เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ในประเด็นการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของสหรัฐอเมริกาภายหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994¹¹⁵

สหรัฐอเมริกาได้ส่งสำเนาการตีความของคณะกรรมการการค้าเสรี [Free Trade Commission (FTC)] ในบทที่ 11 ของความตกลง NAFTA เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2001 ให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการ โดยในข้อ 1131 ของความตกลง NAFTA คำว่า “คณะกรรมการ” หมายถึง คณะกรรมการการค้าเสรีซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นตามข้อ 2001 ของความตกลง NAFTA ประกอบไปด้วยตัวแทนระดับคณะรัฐมนตรีของคู่ภาคี NAFTA หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย โดยหน้าที่

¹¹⁴ Ibid., p.20.

¹¹⁵ Ibid., p.21.

ประการหนึ่งของคณะกรรมการคือการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากการตีความ หรือการใช้ความตกลง NAFTA ตามที่ระบุไว้ในข้อ 2001 (2) (ค)

การตีความบทที่ 11 ของคณะกรรมการการค้าเสรีเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2001 มีเพื่อให้เกิดความชัดเจนและยืนยันความหมายที่แน่ชัดในบทบัญญัติดังนี้

“การปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ

1. ข้อ 1105 (1) กำหนดว่าการปฏิบัติกับคนต่างด้าวตามมาตราฐานขั้นต่ำในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำที่จะให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่ง
2. หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ไม่ต้องมีการการปฏิบัติพิเศษ หรือนอกเหนือไปกว่าที่กำหนดไว้ในการปฏิบัติกับคนต่างด้าวตามมาตราฐานขั้นต่ำในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
3. การตัดสินว่ามีการละเมิดต่อบทบัญญัติอื่นของความตกลง NAFTA หรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศอื่น ไม่เป็นการกำหนดว่ามีการละเมิดต่อข้อ 1105 (1)¹¹⁶

คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าไม่อาจนำมาตรฐานอื่นใดตามดุลยพินิจมาปรับใช้แทนมาตรฐานที่ระบุไว้ในข้อ 1105 (1) ได้ ในแง่ของการตีความของคณะกรรมการ FTC ในข้อ 1105 มีเจตนาเพื่อผ่อนปรนข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นเป็นเวลานานเกี่ยวกับการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำของการลงทุนในกฎหมายระหว่างประเทศว่าแท้จริงแล้วมีลักษณะอย่างไร ซึ่งข้อ 1105 แก้ไขปัญหาประเด็นนี้ได้โดยยืนยันหลักการนี้แก่ภาคีของความตกลง NAFTA นอกจากนี้ยังเป็นการแสดงความชัดเจนว่ามาตรฐานการปฏิบัติรวมทั้งการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมถึงการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ถูกอ้างอิงในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้มีการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ

คณะกรรมการ FTC ได้เพิ่มความกระจ่างในอีก 2 ประเด็นคือ ประการแรก คณะกรรมการทำให้เกิดความชัดเจนว่าข้อ 1105 (1) หมายถึงมาตรฐานภายใต้กฎหมายจารีต

¹¹⁶ Ibid., p.33-34.

ประเพณีระหว่างประเทศซึ่งไม่ใช่มาตรฐานที่กำหนดโดยสนธิสัญญาอื่นใดจากภาคีในความตกลง NAFTA การอนุญาตไต่สวนการในบทที่ 11 ไม่อาจขยายไปถึงการฟ้องร้องที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ในส่วนอื่น ซึ่งเป็นการจำกัดเฉพาะใน Section A ของบทที่ 11 และข้อ 1503 (2) รวมทั้งข้อ 1502 (3) (ก) * เท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นคำว่า “การปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำ” มีประวัติความเป็นมาที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นการอ้างอิงถึงมาตรฐานขั้นต่ำภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้จะมีการโต้เถียงว่าอาจมีเนื้อหาที่มากกว่าที่ระบุไว้ในมาตรฐานนั้นก็ตาม¹¹⁷

ประการที่สองการตีความของคณะกรรมการ FTC ทำให้เกิดความชัดเจนว่าในข้อ 1105 (1) คำว่า “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” เป็นความต้องการของภาคี NAFTA ที่จะอ้างอิงถึงเนื้อหาของมาตรฐานตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและไม่ต้องการให้เพิ่มเนื้อหาอื่นใดเข้าไปในมาตรฐานดังกล่าวอีก คำว่า “รวมอยู่ด้วย” (including) ในวรรค (1) เป็นการสนับสนุนถึงข้อสรุปนี้ การกล่าวหาว่าเนื้อหาเหล่านี้ถูกรวมอยู่ในมาตรฐานการปฏิบัติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศระบุว่าข้อ 1105 ไม่ถือเป็นส่วนเพิ่มเติมแก่มาตรฐานแต่อย่างใด แต่คณะกรรมการก็ไม่ได้ระบุคำว่า “รวมถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ไม่ถือเป็นการเพิ่มเติมความหมายของข้อ 1105 (1) การปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำที่ศาลต่าง ๆ นำมาปรับใช้และถือปฏิบัติของรัฐ ในช่วงก่อนปี ค.ศ.1994 มุ่งเน้นถึงเนื้อหาเพื่อยืนยันถึงการปฏิบัติตามที่ระบุไว้ในข้อ 1105 (1)¹¹⁸

ต่อมาได้มีวิวัฒนาการในการตีความข้อ 1105 (1) ให้สอดคล้องกับงานในการตีความหลักการและความจริงที่ว่า ผู้ถูกร้องยอมรับมาในการโต้แย้งถึงเงื่อนไข “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” รวมทั้ง “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ว่าผู้ถูกร้องก็ได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวในสนธิสัญญาทวิภาคีหลังยุคสงครามเช่นกัน¹¹⁹ ดังนั้นจากสถานการณ์ต่าง ๆ จึงทำให้เนื้อหามาตรฐานขั้นต่ำในยุคปัจจุบันไม่อาจจำกัดอยู่เพียงเนื้อหาตามกฎหมาย

* See Art. 1116 (1), 1117 (1).

¹¹⁷ Ibid., p.41-42.

¹¹⁸ Ibid., p.42-43.

¹¹⁹ As noted in UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (United Nations, NY, 1998), pp.53-55.

จารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่ระบุไว้ในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในช่วงปี 1920s เท่านั้น¹²⁰

สำหรับประเด็นที่ผู้ร้องไม่ได้รับการเยียวยาจากคำตัดสินของศาลสูงสหรัฐอเมริกา นั้น ภายใต้ความตกลง NAFTA คู่สัญญาสามารถหาวิธีการเยียวยาจากกระบวนการภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หากผู้ร้องได้รับการดำเนินการแล้ว แต่เมื่อคดีไม่มีมูล คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกระทำในฐานะศาลอุทธรณ์ ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ได้ระบุไว้ในคดี *Azinian v. United Mexican States* ว่า

“ความเป็นไปได้ในการถือว่ารัฐมีความรับผิดชอบในระหว่างประเทศ สำหรับการตัดสินของศาล ไม่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ร้องที่จะหาทางเยียวยาในทางระหว่างประเทศจากคำตัดสินของศาลในประเทศ แม้ว่าเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์จะมีอยู่โดยสมบูรณ์ก็ตาม ซึ่งก็ไม่อาจนำไปปรับใช้ได้เป็นการทั่วไปรวมถึงในกรณีของ NAFTA ด้วย”¹²¹

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังกล่าวเพิ่มเติมว่า

“การปฏิเสธความยุติธรรมอาจถือเป็นข้ออ้าง หากศาลที่เกี่ยวข้องปฏิเสธที่จะพิจารณาคดี หรือหากศาลรับพิจารณาคดีแล้ว แต่การดำเนินการล่าช้า หรือหากศาลจัดให้มีการยุติธรรมที่ไม่เพียงพอ...

การปฏิเสธความยุติธรรมมี 4 ลักษณะ ได้แก่ การมุ่งร้ายอย่างชัดแจ้งในการนำกฎหมายมาใช้ในทางที่ผิด ความผิดลักษณะนี้มีความเหลื่อมล้ำกับข้ออ้างที่จะปกปิดการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับคดีนี้ไม่เพียงพอที่จะกล่าวหาว่ามีการกระทำละเมิด และคณะอนุญาโตตุลาการยังได้บันทึกว่ามีหลักฐานเพียงพอที่ไม่อาจสรุปได้ว่าการตัดสินของเม็กซิโกนั้นไม่สุจริต และคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจระบุได้ว่าการกระทำตามอำเภอใจ หรืออีกนัยก็คือไม่มีเจตนาร้ายนั่นเอง”¹²²

¹²⁰ Ibid., p.43.

¹²¹ *Azinian v. United Mexican States* (1999) 39 ILM 537 at P.552 (para.99)

¹²² Ibid., p.44,48.

ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจากสถานการณ์ทั้งหลายไม่พบว่าสหรัฐอเมริกา ปฏิเสธการจัดให้มีการยุติธรรม (no trace of a procedural denial of justice)

ตามความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้น สามารถทำให้เห็นว่าการให้ความคุ้มครองจากการผูกฟองร้องอันเนื่องจากการกระทำของหน่วยงานราชการซึ่งมีผลต่อการลงทุนตามความตกลง NAFTA อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 (1) ของความตกลง NAFTA ซึ่งในประเด็นนี้สหรัฐอเมริกาเห็นชอบด้วย¹²³

สำหรับความแตกต่างระหว่างการดำเนินการฟ้องคดี หรือการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ในข้อ 1105 (1) นั้นไม่อาจครอบคลุมถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำละเมิดและการฝ่าฝืนต่อสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ตามกฎหมายของมลรัฐ Massachusetts ให้การคุ้มครองหน่วยงานราชการจากความรับผิดชอบทำร้ายร่างกาย กรณีพนักงานของผู้ลงทุนถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจทำร้ายในระหว่างการทำงาน ผู้ลงทุนอาจฟ้องร้องคดีได้ว่า การลงทุนของตนไม่ได้รับ “การปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” หากรัฐบาลให้การคุ้มครองหน่วยงานราชการจากการฟ้องร้องในข้อหาทำร้ายร่างกาย ในกรณีนี้ การกระทำละเมิดในฐานะส่วนต่อพนักงานของผู้ลงทุนไม่อาจเล็งได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 (1)

คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจพิจารณาข้อสมมุติฐานจากสถานการณ์ หรือการคุ้มครองตามกฎหมายสำหรับการแทรกแซงที่เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญตามสัญญา ความคุ้มครองที่องค์การ BRA ได้รับนั้น เป็นสิ่งที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ให้การสนับสนุน โดยจากเนื้อหาในกฎหมายทำให้เข้าใจถึงเหตุผลว่าเหตุใดสถานการณ์บัญญัติต้องตัดสินใจให้มีการคุ้มครองแก่หน่วยงานที่ออกกฎระเบียบ หรือคำสั่งที่ต้องติดต่อกับผู้ลงทุนในโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เพื่อการค้า โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อการแทรกแซงที่ถือเป็นการละเมิด เนื่องจากหน่วยงานเหล่านี้มีความจำเป็นที่ต้องทราบรายละเอียดของการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาและมีอำนาจในการเข้าแทรกแซงความสัมพันธ์โดยยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ใบอนุญาตก็ได้ หากมีการฟ้องร้องเกิดขึ้นหน่วยงาน

¹²³ Ibid., p.54.

นี้จะสามารถอ้างได้ว่าตนกระทำโดยสุจริต และกระทำตามขอบข่ายของกฎหมาย กรณีที่การฟ้องร้องคดีสามารถกระทำได้นั้นต้องเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำที่มีขอบของหน่วยงานเท่านั้น¹²⁴

หลังจากการพิจารณาหลักฐานคำกล่าวอ้างของคู่พิพาทอย่างรอบคอบแล้วคณะอนุญาโตตุลาการ เห็นว่าการให้ความคุ้มกันตามกฎหมายจากการถูกฟ้องร้องในข้อหาการเข้าแทรกแซงต่อความสัมพันธ์ของคู่สัญญาไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 (1) แม้ว่าทำให้ความคุ้มกันนี้ไม่อาจปกป้องรัฐภาคีในความตกลง NAFTA จากการฟ้องร้องว่ามีการละเมิดต่อมาตรฐานในความตกลง NAFTA แต่สำหรับ NAFTA เองก็จัดให้มีการเยียวยาในเรื่องนี้อยู่แล้ว โดยการให้ผู้ลงทุนมีสิทธิฟ้องร้องคดีโดยตรงไปที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หากเกิดการละเมิดภายหลังจากที่ความตกลง NAFTA มีผลใช้บังคับ ในบทที่ 11 เรื่องการอนุญาโตตุลาการระบุว่า ไม่อาจนำเรื่องการให้ความคุ้มกันจากกฎหมายภายในมาปรับใช้ได้ แต่สำหรับการตัดสินใจของรัฐที่จะให้การคุ้มกันแก่หน่วยงานที่ออกกฎระเบียบจากการถูกฟ้องเป็นอำนาจของรัฐที่จะตัดสินในเรื่องดังกล่าวได้¹²⁵

ด้วยเหตุผลทั้งหลายเหล่านี้คณะอนุญาโตตุลาการจึงยกคำร้องของบริษัท Mondev ทั้งหมด และมีคำตัดสินอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ว่า

- (ก) เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการมีจำกัดในการที่จะตัดสินคำร้องของบริษัท Mondev ที่เกี่ยวข้องกับคำตัดสินของศาลต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา
- (ข) ไม่อาจยอมรับคำร้องของบริษัท Mondev ได้
- (ค) คำตัดสินของศาลต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาไม่ถือเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 (1) ของความตกลงของ NAFTA
- (ง) คำร้องต่าง ๆ ของบริษัท Mondev ถูกยกฟ้องทั้งหมด
- (จ) คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายของตน และต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการและเลขาธิการ ICSID ฝ่ายละเท่า ๆ กัน¹²⁶

¹²⁴ Ibid., p.55.

¹²⁵ In the present case the conduct immunized took place well before NAFTA entered into force, and NAFTA protections do not apply to it as such.

¹²⁶ Ibid., p.55.

¹²⁶ Ibid., p.58.

3.9 ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003

3.9.1 ข้อเท็จจริงในคดี

ADF Group Inc. (ADF) ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายแคนาดา ADF ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ.2000 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับรัฐบาลของสหรัฐอเมริกา (United States of America) ฝ่ายผู้ถูกร้อง (Respondent)¹²⁷

ข้อพิพาทในคดีนี้มีป้เกิดจากการก่อสร้างในโครงการ Springfield Interchange ทางแยก Springfield มีลักษณะเป็นจุดเชื่อมต่อ (Junction) ทางหลวงที่มีสภาพการใช้งานหนักและเป็นจุดที่มีแนวโน้มเกิดอุบัติเหตุได้ง่าย ทางแยกนี้ตั้งอยู่ที่ทางตอนเหนือของมลรัฐ Virginia โดยมีระยะห่างประมาณ 20 กิโลเมตรจากตอนใต้ของกรุง Washington D.C. จุดเชื่อมต่อนี้เป็นการรวมทางหลวงระหว่าง 3 มลรัฐ และทางหลวงมลรัฐ Virginia เข้าด้วยกัน (ทางหลวงหลักจากเหนือจรดใต้ของฝั่งตะวันออกของสหรัฐอเมริกา) ซึ่งทางหลวงมลรัฐ Virginia มีบริเวณพื้นที่อยู่ติดกับศูนย์การค้าขนาดใหญ่ รวมทั้งสถานที่ทำงานและโครงการอื่น ๆ ผลลัพธ์ที่ได้ คือเป็นการผสมผสานการจราจรระหว่างมลรัฐ รวมทั้งมลรัฐและท้องถิ่นเข้าด้วยกัน โครงการในระยะแรกเริ่มของทางแยก Springfield มีขึ้นในช่วงปี ค.ศ.1960 แต่เมื่อปริมาณการจราจรหนาแน่นมากขึ้น เงื่อนไขการก่อสร้างโครงการดังกล่าวก่อให้เกิดอุบัติเหตุและสภาพการจราจรที่ติดขัด¹²⁸

ต่อมาเมื่อช่วงต้นปี ค.ศ.1990 เจ้าหน้าที่มลรัฐ Virginia และเจ้าหน้าที่สหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกาได้จัดการประชุมหลายครั้งและรับฟังความเห็นเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงรูปแบบดั้งเดิมของทางแยก Springfield ในปี ค.ศ.1998 สภาแห่งมลรัฐ Virginia (Commonwealth of Virginia) ได้ขออนุมัติและรับความเห็นชอบจากองค์การทางหลวงแห่งสหพันธ์ [Federal Highway Administration (FHWA)] ของกองการขนส่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Department of Transportation) ในการขอเงินสนับสนุนเพื่อใช้ในโครงการก่อสร้างหลายระยะสำหรับปรับปรุง

¹²⁷ ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA) Rep. p.4

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

¹²⁸ Ibid., p.20.

ด้านความปลอดภัย และควมมีประสิทธิภาพของทางแยก โครงการในระยะที่ 2 และระยะที่ 3 มีความเกี่ยวข้องกับคดีนี้เพราะโครงการกำหนดให้เพิ่มช่องทางเดินรถ สะพานยกระดับ (สะพานคร่อมทางหลวง) และช่องทางเดินรถที่เชื่อมต่อกับทางแยก Springfield ซึ่งเป็นทางหลวงมลรัฐ Virginia หมายเลข 644 ตัดกับ I-95 สะพานยกระดับเหล่านี้ต้องมีคานเหล็กขนาดใหญ่ที่ผลิตมาโดยเฉพาะเพื่อรองรับน้ำหนัก โครงการในระยะที่ 2 และระยะที่ 3 เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างสะพานยกระดับตามสัญญา ซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้โครงสร้างคานเหล็กขนาดใหญ่เป็นองค์ประกอบ โดยสรุปคือ โครงการ Springfield Interchange มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของทางหลวงที่ออกแบบไว้แต่เดิม ทั้งการก่อสร้างในส่วนของโครงสร้างต่าง ๆ เพิ่มเติมและทางหลวงยกระดับหลายชั้น เพื่อเพิ่มความสามารถในการเดินทาง ความปลอดภัย ความมีประสิทธิภาพ รวมทั้งความสะดวกสบายในการใช้ทางแยก

เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ.1998 กองการขนส่งของสภาแห่งมลรัฐ Virginia [Department of Transportation of the Commonwealth of Virginia (VDOT)] เชิญชวนให้เสนอราคาก่อสร้างโครงการในระยะที่ 2 และระยะที่ 3 บริษัท Shirley Contracting Corporation (Shirley) ยื่นเสนอราคาต่ำสุดและได้เข้าทำสัญญาในโครงการ การประมาณการในค่าเสนอราคาของ Shirley ระบุไว้ว่า 16.8 ล้านดอลลาร์สหรัฐสำหรับโครงสร้างคานเหล็กตามที่โครงการกำหนดไว้

สำหรับบริษัท Shirley ในฐานะคู่สัญญาหลักประกาศให้มีการเสนอราคาในบางส่วนของบริษัท Shirley รับผิดชอบ รวมทั้งการจัดหาโครงสร้างคานเหล็กตามที่โครงการกำหนดไว้ บริษัท ADF International Inc. (ADF International) เสนอราคาต่ำสุด ต่อมาเมื่อวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ.1999 บริษัท Shirley และบริษัท ADF International จึงได้ลงนามในสัญญาช่วงเพื่อจัดหาและส่งมอบส่วนประกอบของโครงสร้างคานเหล็ก จำนวน 9 สะพาน¹²⁹

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท Shirley เห็นด้วยกับการร้องขอของบริษัท ADF ที่จะขอระงับสิทธิ ต่อมาจึงได้ส่งจดหมายไปยังกองการขนส่ง (VDOT) เพื่อขอสละสิทธิจากโครงการ ซึ่งกองการขนส่ง (VDOT) ได้มีจดหมายฉบับลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ.1999 ไปยังบริษัท Shirley โดยแจ้งว่าขอปฏิเสธการขอระงับสิทธิ เนื่องจากไม่มีระเบียบฉบับใดที่อนุญาตให้ระงับสิทธิดังกล่าว

¹²⁹ Ibid., p.20-21.

ในจดหมายยังมีเนื้อความว่า กองการขนส่ง (VDOT) แนะนำให้บริษัท Shirley ดำเนินการติดต่อกับองค์การความร่วมมือด้านสะพานเหล็กแห่งชาติ [National Steel Bridge Alliance (NSCA)] เพื่อให้ช่วยเหลือด้านการหาแหล่งผลิตภายในประเทศ เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ.1999 องค์การ NSBA ได้มีจดหมายแจ้งไปยังองค์การทางหลวงแห่งชาติ (FHWA) ว่า “ความสามารถในการผลิตสะพานเหล็กของสหรัฐอเมริกา นั้นมีอย่างเพียงพอ” และได้แนบรายชื่อของบริษัทผู้ผลิตสะพานเหล็กที่ได้รับการรับรองคุณภาพจำนวนเกือบ 50 บริษัท ซึ่งจำนวนบริษัทดังกล่าวสามารถดำเนินงานได้ตามความต้องการที่ได้ระบุไว้ในโครงการ Springfield Interchange ต่อมาบริษัท Shirley จึงส่งข้อมูลดังกล่าวไปให้บริษัท ADF International ใน 2 – 3 วันต่อมา

ทางด้านบริษัท ADF International พยายามดำเนินการให้บรรลุตามสัญญาช่วงโดยใช้เครื่องมือและอุปกรณ์ทั้งหลายของตนเองที่ตั้งอยู่ในมลรัฐ Florida แต่สำหรับงานผลิตโครงสร้างคานเหล็กส่วนมากแล้วจะให้ผู้ผลิตในสหรัฐอเมริกาเป็นผู้รับผิดชอบ ประธานบริษัท ADF กล่าวว่า ADF ต้องผลิตคานเหล็กโดยอาศัยผู้รับเหมาช่วง 5 ราย จึงเป็นผลให้ต้นทุนเพิ่มขึ้นอย่างมาก ซึ่งประกอบด้วย (1) ค่าจ้างผู้ผลิตคานเหล็กในสหรัฐอเมริกาจำนวน 5 ราย (2) ค่าทดสอบ ค่าเช่าอุปกรณ์ ค่าขนส่ง และค่าปรับเกินกำหนดเวลา (3) เงินที่ต้องชำระเพิ่มเติมสำหรับค่าจัดการในโครงการ ค่างานวิศวกรรม ค่างานการขนส่ง และค่าปรับเกินกำหนดเวลาในส่วนที่มีการระบุไว้ (4) ค่าวางระบบพิเศษเพื่อใช้ในการควบคุมและค่าการจัดส่งสินค้า ทั้งนี้เพื่อเป็นการยืนยันว่าเหล็กกล้าได้ถูกส่งมอบไปยังผู้ผลิตจำนวน 5 รายแน่นอนตามจำนวนและตามกำหนดเวลา ในส่วนงานที่บริษัท Shirley รับผิดชอบนั้นเสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลา ทำให้กองการขนส่ง (VDOT) ให้เงินโบนัสแก่บริษัท Shirley เป็นจำนวน 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹³⁰

3.9.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามผู้ร้อง

ผู้ร้องระบุว่าข้อ 1105 (1) ต้องตีความในลักษณะที่ขจัดอุปสรรคต่อการค้าและบริการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความตกลง NAFTA ส่วนข้อโต้แย้งในเนื้อหาของ “การคุ้มครองและ

¹³⁰ Ibid., p.25.

ความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ที่มักจะปรากฏในข้อ 1105 (1) นั้น ไม่ควรเป็นการคุ้มครองและ
ความปลอดภัยจากรัฐบาลที่ก่อให้เกิดความขัดแย้ง หรือเป็นการคุ้มครองและความปลอดภัยจาก
การกระทำต่าง ๆ ที่ทำให้กลุ่มประชาคมนานาชาติไม่ยอมรับ ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือ
ว่าข้อ 1105 (1) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากในกฎหมายจารีต
ประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดให้มีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการ
คุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุน แต่ผู้ลงทุนก็ได้โต้แย้งว่าหากเป็นเช่นนั้นจริง
สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีหลายฉบับก็ไม่จำเป็นต้องระบุหลักการดังกล่าวไว้ในสนธิสัญญา

สำหรับผู้ร้องแล้ว ข้อ 1105 (1) ไม่ถือเป็นข้อห้ามในการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดการกระทำ
ผิดอย่างมหันต์ (egregious conduct) แต่เป็นข้อห้ามต่อการปฏิบัติชนิดที่ไม่มีความยุติธรรม
หรือไม่มีความเป็นธรรมในตัวเอง หรือไม่ให้การคุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่
กฎหมายระหว่างประเทศระบุถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการให้ความ
คุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่ว่าเป็นสิ่งที่ต้องมีตามกฎหมาย กรณีนี้ถือเป็นข้อขัดแย้ง
ต่อการปฏิบัติที่สหรัฐอเมริกาให้แก่ผู้ลงทุนและต่อการลงทุนซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้อง
พิจารณาในประเด็นนี้¹³¹

ผู้ร้องกล่าวหาว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาล้มเหลวต่อข้อบังคับตามกฎหมายในหลาย ๆ
กรณี ประการแรกบทบัญญัติในเรื่องการให้ซื้อสินค้าในสหรัฐอเมริกา (Buy America Provision)
ในข้อ 165 ของ STAA ปี ค.ศ.1982 ฉบับแก้ไขเป็นการไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรมในตัว
กฎหมายเองภายใต้เนื้อหาของความตกลง NAFTA ประการที่สองบทบัญญัติ Buy America
ล้มเหลวต่อการควบคุมการใช้ดุลยพินิจขององค์การทางหลวงแห่งสหพันธ์ (FHWA) เนื่องจาก
องค์การนี้ปรับใช้กฎหมายโดยไม่คำนึงถึงสาระในข้อ 165 อีกทั้งในข้อ 165 ก็ไม่ได้กำหนดให้มี
การคุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่าย ประการที่สามการปรับใช้
บทบัญญัติ Buy America แก่ผู้ลงทุนเป็นการกระทำตามอำเภอใจไม่เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย
ดังที่ศาลสหรัฐอเมริกาและหน่วยงานทางการปกครองได้เคยตัดสินไว้ก่อนหน้านี้ในเรื่องของ
นโยบายการซื้อสินค้าภายในประเทศ ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อความตกลงข้อ 1105 (1) และ
ประการสุดท้าย หลังจากที่สหรัฐอเมริกาตกลงว่าจะไม่นำบทบัญญัติ Buy America มาใช้ใน

¹³¹ Ibid., p.33-34.

ระดับรัฐบาลสหพันธ์ตามความตกลงในบทที่ 10 ของ NAFTA แต่ปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาไม่อาจบังคับมลรัฐต่าง ๆ เพื่อไม่ให้ปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้¹³²

เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2001 ซึ่งเป็นวันก่อนที่ผู้ร้องจะยื่นบันทึกความจำ (Memorial) เพียง 1 วัน คณะกรรมการการค้าเสรีใน NAFTA (FTC) ได้มีการตีความในข้อ 1105 (1) ของความตกลง NAFTA ดังนั้นผู้ร้องและผู้ถูกร้องจึงแนบเอกสารการตีความเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา ซึ่งการตีความในข้อ 1105 (1) มีใจความดังนี้

“B.มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

1. ข้อ 1105 (1) ระบุว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเสมือนการปฏิบัติ ตามมาตรฐานขั้นต่ำที่ต้องให้แก่ผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่าย
2. เนื้อหาของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ไม่ต้องการการปฏิบัติที่เป็น พิเศษหรือนอกเหนือไปจากสิ่งที่จะพบได้ในมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ ต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
3. การที่จะกำหนดว่ามีการละเมิดต่อบทบัญญัติอื่นของความตกลง NAFTA หรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศอื่น ไม่อาจถือว่าเป็นการ ละเมิดต่อข้อ 1105 (1)”¹³³

ในนามผู้ถูกร้อง

สำหรับฝ่ายผู้ถูกร้องแล้ว การที่ผู้ร้องกล่าวหาว่ามาตรการต่าง ๆ ไม่สอดคล้องกับความตกลง ในข้อ 1105 (1) นั้นขึ้นอยู่กับ การคาดคะเนว่าข้อ 1105 (1) เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน ต่างชาติและการลงทุนของต่างชาติ ซึ่งไม่ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้ถูกร้อง ระบุว่า การตีความหมายของคณะกรรมการ FTC ที่ว่า “ข้อ 1105 (1) นั้นเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการ

¹³² Ibid., p.35.

¹³³ Ibid., p.35-36.

ประติบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่าย” ผู้ถูกร้องยังเน้นย้ำว่าภายใต้ข้อ 1131 (2) ของความตกลง NAFTA การตีความของคณะกรรมการ FTC มีผลผูกพันคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ เช่นเดียวกับคณะอนุญาโตตุลาการอื่นที่ตัดสินคดีใน NAFTA บทที่ 11

เมื่อยึดตามการตีความของคณะกรรมการ FTC ผู้ถูกร้องยื่นคำโต้แย้งในประเด็นหลัก ๆ ว่าหากผู้ร้องสนับสนุนคำร้องของตนว่ามีการละเมิดต่อข้อ 1105 (1) ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกร้องใช้มาตรการใดที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้ถูกร้องเห็นว่าผู้ร้องไม่ได้ระบุและไม่สามารถระบุได้ว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในสวนใดที่ห้ามสหรัฐอเมริกาในการกำหนดให้ใช้สินค้าภายในประเทศ โดยมีรัฐบาลเป็นผู้จัดหาให้ นอกจากนี้ผู้ร้องก็ไม่ได้อ้างถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่กำหนดว่าขบวนการของฝ่ายปกครองในลักษณะใดที่ถือว่าเป็นการละเมิด ดังกรณีขององค์การทางหลวงแห่งสหพันธ์ (FHWA) ที่ประกาศใช้กฎหมาย Buy America ซึ่งกำหนดว่าขบวนการในการผลิตผลิตภัณฑ์จากเหล็กกล้า รวมทั้งกระบวนการหลังการผลิตทั้งหลายที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาต้องใช้วัสดุของสหรัฐอเมริกา ผู้ถูกร้องสรุปว่าผู้ร้องไม่ได้แสดงว่ามีการละเมิดต่อพันธกรณีในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อ 1105 (1) แต่อย่างใด¹³⁴

3.9.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่า ประการแรกมาตรการต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาเข้าข่ายเป็นการประติบัติอย่างไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรมตามความตกลง NAFTA หรือไม่ ประการที่สอง การกระทำขององค์การทางหลวงแห่งสหพันธ์ (FHWA) ถือเป็น การปฏิเสศที่จะปฏิบัติตามแนวทางคำวินิจฉัยของศาลในระบบจารีตประเพณีหรือไม่ ประการที่สาม องค์การทางหลวงแห่งสหพันธ์ (FHWA) กระทำเกินขอบเขตอำนาจและไม่ปฏิบัติตาม บทบัญญัติ STAA ปี ค.ศ.1982 หรือไม่ ประการสุดท้ายสหรัฐอเมริกาล้มเหลวต่อการประติบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อ 1105 (1) ด้วยความสุจริต และละเมิดต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยความสุจริตหรือไม่

¹³⁴ Ibid., p.48-49.

3.9.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

ในคดีนี้ประเด็นที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับโครงสร้างและเนื้อหาของมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติและการลงทุนของผู้ลงทุนดังกล่าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ผู้ร้องระบุว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น รวมถึงพันธกรณีทั่วไปที่ต้องตกลงให้ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” รวมทั้ง “การให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” แก่ผู้ลงทุนและการลงทุนด้านผู้ถูกร้องปฏิเสธ โดยระบุว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ นั่นถือเป็นหน้าที่ที่กว้างเกินไปสำหรับรัฐที่ต้องให้ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” แก่คนต่างด้าว รวมทั้งทรัพย์สินของคนต่างด้าว รวมถึงผู้ลงทุนและการลงทุนด้วย ผู้ถูกร้องยืนยันว่าหากผู้ร้องต้องการให้คำร้องสมบูรณ์ตามความตกลงข้อ 1105 (1) ผู้ร้องต้องแสดงถึงการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งการลงทุนด้วย¹³⁵

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าประเด็นเกี่ยวกับโครงสร้างและเนื้อหาของมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีไม่เพียงพอที่จะนำมาฟ้องร้องในส่วนผู้ร้องและผู้ถูกร้องก็ไม่สามารถแสดงถึงความถูกต้องในเนื้อหาข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจเชื่อมั่นได้ว่าผู้ร้องสามารถแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปและเป็นอิสระที่มีอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์เฉพาะ ข้อจำกัด หรือบริบทที่ตกลงให้มีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของต่างชาติ สำหรับผู้ร้องไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อกำหนดทางกฎหมายที่นำมาสู่การก่อเกิดเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจากสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีหลายพันฉบับที่มีอยู่ในปัจจุบัน สิ่งที่เกิดขึ้นนี้อาจเป็นเพราะไม่เคยมีการกำหนดเรื่องการปฏิบัติของรัฐ (State practice) หรือคำตัดสินของศาล หรือของคณะอนุญาโตตุลาการในกฎหมายจารีตประเพณีเพื่อเป็นการยืนยันถึงหลักฐานที่เกิดขึ้นจริงที่จะเป็นคุณแก่คำร้องของผู้ร้อง นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังได้อ้างอิงถึงคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Mondev* ที่ระบุว่า

¹³⁵ Ibid., p.88.

“สนธิสัญญาการลงทุนระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาคจำนวนมาก (มากกว่า 2,000 ฉบับ) เกือบทั้งหมดมีการกำหนดให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม แก่การลงทุนของต่างชาติ ซึ่งสนธิสัญญาส่วนมากกำหนดให้มีการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุน ในมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อตกลงในการปฏิบัติมีอิทธิพลต่อสาระของหลักเกณฑ์ในการควบคุมการปฏิบัติ สำหรับการลงทุนของต่างชาติในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน สิ่งที่น่าประหลาดใจคือการปฏิบัติและบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาจำนวนมากสะท้อนให้เห็นถึงการตีความความหมายในลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจาก คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Neer เมื่อ ค.ศ.1927”¹³⁶

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Mondev ยังระบุว่า

“ข้อ 1105 (1) ไม่ได้กำหนดได้คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ใช้ดุลยพินิจในการตัดสินด้วยตัวเองว่าอะไรคือ “ยุติธรรม” หรือ “เที่ยงธรรม” ในสถานการณ์ของแต่ละคดี สหรัฐอเมริกาอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการต้องยึดกับมาตรฐานขั้นต่ำดังที่ปรากฏในการปฏิบัติของรัฐ (State practice) และในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงไม่เป็นการง่ายที่จะนำมาตรฐานเฉพาะมาปรับใช้ว่าอะไรคือ “ยุติธรรม” หรือ “เที่ยงธรรม” โดยปราศจากการก่อเกิดของแหล่งที่มาทางกฎหมาย”

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยจากคดี Mondev ว่าความต้องการ เพื่อให้ตกลง “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” รวมทั้ง “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ต้องอยู่บนข้อบังคับที่มีรากฐานมาจากการปฏิบัติของรัฐ และคำตัดสินของ

¹³⁶ See, in this connection: e.g., S. Vasciannie, *The Fair and Equitable Treatment Standard International Investment Law and Practice*, 70 *Brit. Yb. Int'l L.* 99 (1999); and *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999) (based on manuscript prepared by S. Vasciannie); and R. Dolzer and M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, chap.3 (1995); and J.C. Thomas, *supra*, note 167, pp. 39-51. Note may also be taken of the continuing efforts of a number of countries to achieve, during the ongoing Doha Round of trade negotiations, a general multilateral convention on the promotion and protection of foreign investment within the framework of the World Trade Organization.

ศาล หรือของอนุญาโตตุลาการ หรือแหล่งต่าง ๆ ของจารีตประเพณี หรือกฎหมายระหว่างประเทศ¹³⁷

ผู้ร้องได้ทำคำร้องในหลายประเด็นที่ระบุว่ามาตรการต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับสิ่งที่กำหนดไว้ในข้อ 1105 (1) คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยประเด็นต่าง ๆ ตามลำดับดังนี้

ประเด็นแรก ผู้ร้องเห็นว่าเนื้อหาของมาตรการของสหรัฐอเมริกามีลักษณะ “ไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม” ตามบริบทของความตกลง NAFTA คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ผู้ร้องไม่สามารถแสดงหลักฐานให้ชัดเจนในประเด็นนี้ เนื่องจากการให้ใช้สินค้าภายในประเทศ และการจัดหาวัสดุต่าง ๆ โดยรัฐบาลทั้งระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐถือเป็นเรื่องปกติของภาคี NAFTA ทั้ง 3 ฝ่าย แม้ว่าการจัดหาวัสดุโดยตัวแทนของสหพันธ์ หรือนิติบุคคลที่ระบุไว้เฉพาะและได้จัดเรียงรายชื่อโดยภาคีของ NAFTA ไว้ในภาคผนวกของความตกลง NAFTA บทที่ 10 ถือเป็นข้อบังคับของบทที่ 10 การให้ใช้สินค้าภายในประเทศและการจัดหาวัสดุต่าง ๆ โดยรัฐบาลไม่เป็นวิธีการที่จำกัดเฉพาะอยู่ในภาคี NAFTA เท่านั้น แต่ยังพบในกฎหมายภายใน หรือการปฏิบัติทางปกครองของรัฐต่าง ๆ มากมาย ดังนั้น มาตรการของสหรัฐอเมริกาจึงไม่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่ผิดปกติ และทำตามอำเภอใจแต่อย่างใด¹³⁸

ประเด็นที่สอง ผู้ร้องเห็นว่าองค์การทางหลวงแห่งสหพันธ์ (FHWA) ของกองการขนส่งสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามและปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณีสำหรับโครงการ Springfield Interchange ของบริษัท ADF อีกทั้งองค์การ FHWA ยังเพิกเฉยต่อหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ผู้ร้องคาดว่าจะได้รับ คณะอนุญาโตตุลาการไม่เชื่อว่าองค์การ FHWA ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ หรือ คำตัดสินของศาลตามที่ปรากฏในคำร้องของคดีนี้ที่ระบุว่า เป็นการไม่ยุติธรรมหรือไม่มีเหตุผล คณะอนุญาโตตุลาการได้รับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกร้องว่าข้อกฎหมายที่ผู้ร้องอ้างอิงนั้นไม่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ Buy America ค.ศ.1982 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการช่วยเหลือของสหพันธ์ในโครงการก่อสร้างของรัฐบาลระดับมลรัฐ (ดังเช่นในกรณีโครงการ Springfield Interchange Project of the Commonwealth of Virginia) แต่เป็น

¹³⁷ Ibid., p.88-89

¹³⁸ Ibid., p.90-91.

บทบัญญัติ Buy America ค.ศ.1933 ที่ระบุเรื่องการจัดหาวัสดุโดยตรงของรัฐบาลระดับสหพันธ์ ซึ่งเนื้อหาของบทบัญญัติทั้ง 2 นี้มีความแตกต่างกัน ในมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าผู้ร้องไม่ประสบความสำเร็จในการอธิบายว่า ทำไมกฎหมายจารีตประเพณีจากบทบัญญัติ เมื่อ ค.ศ.1933 จึงนำมาปรับใช้กับบทบัญญัติในปี ค.ศ.1982 ได้ทั้ง ๆ ที่กฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้มีความแตกต่างกัน ยิ่งไปกว่านั้นคณะอนุญาโตตุลาการคาดว่ากฎหมายจารีตประเพณีที่ผู้ร้องนำมาอ้างนั้นไม่ได้เกิดจากการนำเสนอข้อมูลที่เกิดผลมาจากเจ้าหน้าที่รัฐของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา แต่เป็นความผิดพลาดของผู้ให้คำปรึกษาเอกชนของผู้ร้องเอง¹³⁹

ประเด็นที่สาม ผู้ร้องเห็นว่าองค์การ FHWA กระทำนอกเหนืออำนาจที่มีอยู่ และไม่ใส่ใจต่อบทบัญญัติในปี ค.ศ.1982 STAA คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องของผู้ร้องไม่มีมูลเพียงพอที่จะถือว่ากฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาละเมิดอำนาจองค์การ FHWA กระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือทำนอกเหนืออำนาจตามที่บทบัญญัติไว้ในกฎหมาย1982 STAA แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดคือคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการพิจารณามาตรการของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่ได้อยู่ในฐานะของศาลที่จะมีเขตอำนาจในการรับอุทธรณ์อันเนื่องมาจากมาตรการของสหรัฐอเมริกา เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดโดยความตกลง NAFTA ข้อ 1131 (1) เพียงแค่การตรวจสอบถึงความสอดคล้องของมาตรการของสหรัฐอเมริกาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของ NAFTA ในบทที่ 11 และการปรับใช้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ คณะอนุญาโตตุลาการเน้นว่าหากมาตรการของสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำเกินอำนาจจากกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ถือเป็นมาตรการที่ไม่ยุติธรรมหรือไม่เที่ยงธรรมภายใต้การประติบัติตามมาตรฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ปรากฏในข้อ 1105 (1)¹⁴⁰ การกระทำที่ไม่ได้รับอำนาจ หรือกระทำเกินเขตอำนาจของหน่วยงานรัฐบาลในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นต้องเป็นการกระทำของรัฐซึ่งให้อำนาจบางส่วนแก่หน่วยงานนั้น แต่หน่วยงานนั้นกลับกระทำเกินอำนาจของตน หากมีการกระทำที่เป็นการผิดกฎหมาย หรือไม่ได้รับอำนาจภายใต้กฎหมายภายในของรัฐซึ่งก่อให้เกิดการกระทำ หรือมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณี

¹³⁹ Ibid., p.91-92.

¹⁴⁰ Cf. the statements of a Chamber of the International Court of Justice in the *Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A. (ELSI)* (U.S.v Italy) (1989) I.C.J. Rep. 4, para.124.

^{*} See Article 7 of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts; text in J. Crawford, *supra*, note 161, p.106.

ระหว่างประเทศ ตามที่ระบุไว้ในข้อ 1105 (1) หรือภายใต้มุมมองของผู้ร้องเอง จึงเป็นหน้าที่ของผู้ร้องที่ต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจน¹⁴¹

ประเด็นที่สี่ ผู้ร้องเห็นว่าสหรัฐอเมริกาล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีภายในข้อ 1105 (1) โดยสุจริตและละเมิดต่อหน้าที่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีโดยสุจริต ผู้ถูกร้องชี้แจงว่าผู้ถูกร้องยืนยันว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้พันธกรณีโดยสุจริตจัดอยู่ในข้อ 1105 (1) และปฏิเสธว่าพันธกรณีดังกล่าวนี้มีอยู่จริง การยืนยันว่ามีการละเมิดต่อหน้าที่โดยสุจริตตามกฎหมายจารีตประเพณีเป็นเพียงสิ่งเล็กน้อยในการช่วยตัดสิน หรือกำหนดเนื้อหาของมาตรฐานของการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าผู้ร้องไม่ได้พยายามที่จะพิสูจน์ว่า การปฏิเสธคำร้องในการระงับสิทธิตามข้อกำหนดของ Buy America โดยองค์การ FHWA เป็นการกระทำตามอำเภอใจ ผู้ร้องไม่ได้แสดงว่าบริษัทอื่นที่ประสบกับเหตุการณ์เดียวกันนี้ในฐานะผู้ลงทุนใช้สิทธิระงับตามข้อกำหนดขององค์การ FHWA อีกทั้งผู้ร้องไม่ได้ระบุว่าคุณลักษณะพิเศษของวัสดุโครงสร้างเหล็กกล้าภายใต้สัญญาช่วงกับบริษัท Shirley ถือเป็นการสั่งทำเฉพาะที่บริษัทผลิตเหล็กกล้าในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่จะทำตามคุณลักษณะพิเศษนั้นได้ นอกจากนี้ผู้ร้องไม่ได้ระบุว่าการใช้มาตรการของสหรัฐอเมริกาเป็นการก่อให้เกิดต้นทุนเพิ่ม หรือก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ร้องทำให้ผู้ร้องไม่ประสบความสำเร็จในการเข้ารับทำโครงการ Springfield Interchange สุดท้ายผู้ร้องไม่ได้ระบุว่าบริษัท ADF ได้รับการปฏิบัติจากองค์การ FHWA หรือองค์การขนส่ง VDOT ในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ รวมถึงมาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1105 (1) อย่างไร

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาว่าผู้ร้องไม่ได้กล่าวอ้างมาในคำร้องว่ามาตรการใดของสหรัฐอเมริกาที่ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดในข้อ 1105 (1)¹⁴²

ท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการไม่พบว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาที่เป็นประเด็นพิพาทนี้ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดในความตกลง NAFTA ข้อ 1105 (1) แต่อย่างใด¹⁴³

¹⁴¹ Ibid., p.92-93.

¹⁴² Ibid., p.93-94.

ในบันทึกความจำ (Counter Memorial) ผู้ถูกร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ผู้ร้องเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายจากการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่าย และค่าธรรมเนียมของเลขาธิการ ICSID รวมถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นรวมทั้งความซับซ้อนของประเด็นพิพาทของคู่พิพาท คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นแบ่งเป็นฝ่ายละเท่า ๆ กัน ซึ่งรวมถึงค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมของเลขาธิการ ICSID ด้วย ส่วนค่าใช้จ่ายของแต่ละฝ่าย ให้แต่ละฝ่ายรับผิดชอบค่าใช้จ่ายของตนเอง¹⁴⁴



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴³ Ibid., p.98.

¹⁴⁴ Ibid., p.99.

3.10 Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003

3.10.1 ข้อเท็จจริงในคดี

TECMED, TECNICAS MEDIOAMBIENTALES DE MEXICO, S.A. de C.V. (TECMED) ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทแม่ในสเปนจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายเม็กซิโก โดยถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 99 นอกจากนี้บริษัท TECMED ยังถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 99 ในบริษัท CYTRAR, S.A. DE C.V. (Cytrar) ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายเม็กซิโก บริษัท TECMED ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ ICSID เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ.2000 เพื่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการกับฝ่ายผู้ถูกร้อง คือ สาธารณรัฐเม็กซิกัน (United Mexican States)

คำร้องของ TECMED อ้างถึงบทบัญญัติของข้อตกลงเรื่องสนับสนุน และการคุ้มครองการลงทุนระหว่างกัน ซึ่งลงนามโดยราชอาณาจักรสเปนและสาธารณรัฐเม็กซิกัน มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ.1996¹⁴⁵

คำร้องของผู้ร้องเกี่ยวข้องกับการลงทุนในที่ดิน อาคาร และสินทรัพย์อื่นซึ่งมีหน่วยงานที่ชื่อ Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (Promotora) สังกัดเทศบาลเมือง Hermosillo ตั้งอยู่ที่มลรัฐ Sonora เป็นผู้ขายทอดตลาด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท Cytrar ซึ่งบริษัทนี้เป็นผู้ดูแลที่ทิ้งขยะพิษจากภาคอุตสาหกรรม บริษัท Tecmed เป็นผู้ประมูลได้ตามคำตัดสินของคณะกรรมการ Promotora เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1996 ภายหลังจากนั้นสิทธิและพันธกรณีทั้งหลายของบริษัท Tecmed ตามสัญญาการประมูลได้โอนมายังบริษัท Cytrar เพื่อให้ Cytrar ดำเนินการเกี่ยวกับที่ทิ้งขยะต่อไป

ที่ทิ้งขยะนี้สร้างขึ้นเมื่อ ค.ศ.1988 บนที่ดินของรัฐบาลแห่งมลรัฐ Sonora ในเขต Las Víboras ของเทศบาลเมือง Hermosillo ที่ทิ้งขยะนี้ได้รับใบอนุญาตฉบับใหม่ให้ดำเนินงานเป็น

¹⁴⁵ ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Spain / Mexico BIT) Rep. p. 4

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

เวลา 5 ปี นับตั้งแต่วันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ.1988 ประกาศโดยกระทรวงพัฒนาเมืองและระบบนิเวศน์ [Ministry of Urban Development and Ecology (SEDUE)] แห่งรัฐบาลสหพันธ์เม็กซิโกไปยัง Parques Industriales de Sonora ซึ่งเป็นหน่วยงานท้องถิ่น (decentralized municipal agency) ของรัฐบาลแห่งมลรัฐ Sonora ในระหว่างเหตุการณ์นี้ผู้ดำเนินการในที่ทิ้งขยะนี้ไม่ใช่หน่วยงานข้างต้น แต่เป็นคณะนิติบุคคลอื่น คือ Parque Industrial de Hermosillo ซึ่งเป็นหน่วยงานอีกแห่งหนึ่งของมลรัฐ Sonora ความเป็นเจ้าของในที่ทิ้งขยะถูกโอนไปยังหน่วยงานท้องถิ่นแห่งเทศบาล Hermosillo ที่ชื่อ Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D. การอนุญาตนี้มีขึ้นเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ.1994 โดยแผนกกำจัดวัสดุอันตราย และสิ่งปฏิภูลของสถาบันนิเวศน์แห่งเม็กซิโก [National Ecology Institute of Mexico (INE)] ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐบาลสหพันธ์แห่งเม็กซิโกสังกัดกระทรวงสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและประมง [Ministry of the Environment, Natural Resources and Fisheries (SEMARNAP)] การอนุญาตในครั้งนี้เป็นกรยกเลิกการอนุญาตเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ.1988 สถาบัน INE และกระทรวง SEMARNAP จึงเข้ารับหน้าที่กำหนดนโยบายเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศน์ของเม็กซิโก รวมทั้งออกกฎระเบียบเกี่ยวกับประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม

เมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ.1995 ผู้ว่าการมลรัฐ Sonora มีคำสั่งให้ Parque Industrial de Hermosillo ล้มละลาย ดังนั้นสินทรัพย์ต่าง ๆ ในที่ทิ้งขยะจึงกลายเป็นทรัพย์สินของรัฐบาลแห่งมลรัฐ Sonora ต่อมาเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ.1995 รัฐบาลและเทศบาลเมือง Hermosillo ได้ทำสัญญาการบริจาค (donation agreement) ขึ้น ทรัพย์สินทั้งหลายจึงถูกโอนมาที่หน่วยงานชื่อ Promotora

ต่อมาบริษัท Tecmed ได้มีจดหมายไปยังสถาบัน INE เพื่อขอใบอนุญาตดำเนินการในที่ทิ้งขยะ จากนั้นชื่อ Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D. ได้เปลี่ยนชื่อเป็น Cytrar เทศบาลเมือง Hermosillo สนับสนุนคำขอนี้จึงมีจดหมายไปยังสถาบัน INE เพื่อขอความช่วยเหลือในเรื่องขั้นตอนการเปลี่ยนชื่อเพื่อนำไปขอใบอนุญาตตามความประสงค์ของบริษัท Tecmed เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ.1996 สถาบัน INE มีจดหมายแจ้งการเปลี่ยนชื่ออย่างเป็นทางการจาก Promotora เป็น Cytrar ซึ่งบริษัท Cytrar ได้จดทะเบียนกับสถาบัน INE เรียบร้อยแล้ว สถาบัน INE จึงโอนสิทธิทั้งหลายในที่ทิ้งขยะให้แก่นิติบุคคลในชื่อบริษัท Cytrar เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ.1996 การอนุญาตให้ดำเนินการนี้จะมีการขยาย

เวลาทุกปีนับจากวันที่ผู้ต่อใบอนุญาตแจ้งคำขอภายใน 30 วันก่อนใบอนุญาตหมดอายุ ซึ่งการขยายเวลาใบอนุญาตมีผลต่อเนื่องจนถึงเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1998¹⁴⁶

3.10.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามผู้ร้อง

คำร้องของผู้ร้องระบุถึงความเสียหาย รวมถึงค่าชดเชยสำหรับความเสียหายต่อชื่อเสียงและผลประโยชน์ที่พึงได้รับนับตั้งแต่วันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ซึ่งเป็นวันที่สถาบัน INE ปฏิเสธคำขอต่ออายุใบอนุญาตที่หมดอายุไปเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 รวมทั้งมติที่สถาบัน INE ประกาศให้บริษัท Cytrar รับผิดชอบต่อการปิดที่ทิ้งขยะ ภายหลังจากนั้นผู้ร้องได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ผู้ร้องสามารถดำเนินการในที่ทิ้งขยะต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดสภาพการปฏิบัติงาน รวมทั้งค่าชดเชยสำหรับความเสียหาย

ผู้ร้องกล่าวหาว่าใบอนุญาตที่สถาบัน INE ออกให้บริษัท Cytrar เพื่อดำเนินการในที่ทิ้งขยะถือเป็นการละเมิดต่อเงื่อนไขการลงทุนเนื่องจาก

- i. ระยะเวลาและเงื่อนไขในใบอนุญาตแตกต่างจากใบอนุญาต ณ เวลาที่ผู้ร้องได้ลงทุนในที่ทิ้งขยะ และ
- ii. ค่าใบอนุญาตรวมทั้งค่าโอนสิทธิเพื่อดำเนินการในที่ทิ้งขยะของบริษัท Cytrar ซึ่งในท้ายที่สุดผู้ร้องไม่อาจลงทุนได้ตามวัตถุประสงค์

ผู้ร้องระบุว่านอกจากจะมีการละเมิดต่อเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ยังมีการละเมิดต่อบทบัญญัติในข้อ 2 และ 3 (1) ตามข้อตกลงการลงทุน รวมทั้งกฎหมายเม็กซิโกด้วย

ผู้ร้องกล่าวหาว่าการปฏิเสธใบอนุญาตครั้งใหม่เพื่อดำเนินการในที่ทิ้งขยะตามมติของสถาบัน INE เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ถือเป็นการเวนคืนการลงทุนโดยปราศจากการ

¹⁴⁶ Ibid., p.9-10.

ชดเชยและเป็นการละเมิดต่อข้อ 3(1) 3(2) 4(1) 4(5) 5(1) 5(2) และ 5(3) ของข้อตกลงการลงทุน รวมทั้งกฎหมายเม็กซิโกด้วย¹⁴⁷

ผู้ร้องระบุว่าเงื่อนไขการขายทอดตลาดและคำเชื้อเชิญเพื่อประมูลที่ทิ้งขยะ หรือสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการลงทุนของผู้ร้องถูกเปลี่ยนแปลงภายหลังที่ผู้ร้องได้ทำการลงทุน ถือเป็นการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของเทศบาล มลรัฐ และสหพันธ์ของเม็กซิโก ผู้ร้องร้องว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลกระทบในเชิงลบต่อการลงทุน และจากการที่รัฐบาลสหพันธ์ ปฏิเสธการขยายการดำเนินการในที่ทิ้งขยะเนื่องจากสถานการณ์ทางการเมือง รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงการบริหารงานในเทศบาลเมือง Hermosillo ซึ่งที่ทิ้งขยะดังกล่าวอยู่ ณ ที่นั้น เป็นสถานการณ์ที่ต้องอาศัยอำนาจทางกฎหมายในการพิจารณา การเปลี่ยนแปลงนี้เป็นผลเนื่องมาจากการที่เทศบาลเมือง Hermosillo จัดการเลือกตั้งและได้นายกเทศมนตรีคนใหม่ซึ่งสนับสนุนให้ประชาชนต่อต้านที่ทิ้งขยะโดยให้ถอน หรือไม่ต่อใบอนุญาตการดำเนินการในที่ทิ้งขยะซึ่งนำไปสู่เหตุการณ์การเผชิญหน้ากันของฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายต่อต้าน จนถึงขั้นปิดทางเข้าสู่ที่ทิ้งขยะ ดังนั้นรัฐบาลของมลรัฐ Sonora ซึ่งดูแลเทศบาลเมือง Hermosillo จึงถูกฟ้องร้องว่ามีส่วนสนับสนุนการกระทำของเทศบาล

ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการที่สถาบัน INE ปฏิเสธการขยายใบอนุญาตเพื่อดำเนินการที่ทิ้งขยะ เป็นการกระทำตามอำเภอใจซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อตกลงการลงทุน กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายเม็กซิโก การที่ผู้ร้องถูกยกเลิกใบอนุญาตเนื่องจากถูกกล่าวหาว่าละเมิดต่อข้อตกลง ซึ่งการละเมิดดังกล่าวถูกสอบสวนโดยสำนักงานทนายความเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของสหพันธ์ [Federal Environmental Protection Attorney's Office (PROFEPA)] ซึ่งเป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้สังกัดกระทรวง SEMARNAP เช่นเดียวกับสถาบัน INE ผู้ร้องเน้นย้ำว่าสำนักงาน PROFEPA ไม่พบว่ามีการละเมิดที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพของประชากร หรือหากต้องการลงโทษก็เพียงเรียกค่าปรับจากบริษัท Cytrar เท่านั้น¹⁴⁸

การกระทำที่เป็นการเวนคืนและการละเมิดต่อข้อตกลงการลงทุนเป็นสาเหตุให้ผู้ร้องขาดทุน รวมทั้งขาดรายได้ที่พึงได้จากการดำเนินการในที่ทิ้งขยะ ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้แก่

¹⁴⁷ Ibid., p.10.

¹⁴⁸ Ibid., p.11.

เงินที่ผู้ร้องชำระไปในการประมูลซื้อที่ทิ้งขยะ ค่าเตรียมการต่าง ๆ สำหรับประกอบธุรกิจนี้ ค่าก่อสร้างที่ทิ้งขยะ ค่าเสียโอกาสทางธุรกิจ รวมทั้งการที่ผู้ร้องไม่สามารถดำเนินการลงทุนได้ตามสัญญาซึ่งนำไปสู่การระงับสัญญา จากการกระทำของผู้ถูกร้องทำให้ผู้ร้องเสียชื่อเสียงจนไม่อาจขยายและพัฒนาธุรกิจในเม็กซิโกได้¹⁴⁹

ในนามผู้ถูกร้อง

ผู้ถูกร้องชี้แจงว่าการที่สถาบัน INE ปฏิเสธการอนุญาตให้ดำเนินงานในที่ทิ้งขยะถือว่าเป็นดุลยพินิจไม่ถือว่าเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และจากการปฏิเสธดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจเพราะเป็นอำนาจในการใช้ดุลยพินิจ การปฏิเสธใบอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมซึ่งมีความสัมพันธ์กับผลประโยชน์สาธารณะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษแต่อย่างใด

ตามเอกสารที่ลงนามโดยหน่วยงาน Promotora บริษัท Tecmed และบริษัท Cytrar เกี่ยวกับการประมูลสิทธิ์ทิ้งขยะหลายของที่ทิ้งขยะ ผู้ถูกร้องโต้แย้งว่า

(i) พันธกรณีหรือความรับผิดชอบในการได้รับอนุญาต ใบอนุญาตที่จะดำเนินการในที่ทิ้งขยะเป็นของบริษัท Cytrar

(ii) Promotora ไม่ได้พยายามที่นำการอนุญาต ใบอนุญาตไปแสวงหากำไรทั้งในนามของ Promotora เอง หรือในนามของบริษัท Cytrar หรือในนามของบริษัท Tecmed แต่อย่างใด

(iii) Promotora มีหน้าที่รับรองว่าบริษัท Cytrar สามารถดำเนินการในที่ทิ้งขยะภายใต้การอนุญาต หรือใบอนุญาตจนกว่าบริษัท Cytrar จะได้รับการอนุญาต หรือใบอนุญาตเป็นของตนเอง ซึ่งแต่เดิมเป็นของ Confinamiento Parque Industrial de Hermosillo O.P.D.

(iv) บริษัท Cytrar ประสงค์ที่จะได้รับการอนุญาต หรือใบอนุญาตเพื่อที่จะสามารถดำเนินการในที่ทิ้งขยะได้ และ

(v) ทั้งบริษัท Cytrar และบริษัท Tecmed ไม่ได้ติดต่อหน่วยงานระดับสหพันธ์เพื่อขอข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการโอนการอนุญาต หรือใบอนุญาตดังกล่าว

¹⁴⁹ Ibid., p.12.

ผู้ถูกร้องปฏิเสธในเรื่องเงินจำนวน 24,047,988.26 (เม็กซิกันเปโซ) ที่ผู้ร้องชำระเป็นค่าการอนุญาต หรือใบอนุญาตในการดำเนินการในที่ทิ้งขยะ หรือกรณีของใบแจ้งหนี้ค่าประมูลและเงินค่าขายที่ทิ้งขยะของ Promotora

ผู้ถูกร้องอ้างว่าการอนุญาตและเงื่อนไขใบอนุญาตเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ.1996 อยู่ภายใต้อำนาจของสถาบัน INE สำหรับปฏิบัติการในเชิงลบของประชาชนที่มีต่อที่ทิ้งขยะเกิดขึ้นเนื่องจากสถานที่ตั้งและการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับวิธีการขนย้าย รวมทั้งการกักเก็บขยะอันตรายของบริษัท Cytrar ซึ่งต่อมาสถาบัน INE ได้ออกระเบียบที่เข้มงวดในการดำเนินการเพื่อให้ได้รับใบอนุญาตเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1997 แก่บริษัท Cytrar

ผู้ถูกร้องระบุว่าเทศบาล มลรัฐ และสหพันธ์ รวมทั้งหน่วยงานด้านความปลอดภัยและศาลตามบริษัท Cytrar อ้างถึงนั้นกระทำการสอดคล้องตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงเพื่อการคุ้มครองแก่บริษัท Cytrar และแก่การลงทุนของผู้ร้องในที่ทิ้งขยะ รวมทั้งได้หาทางแก้ไขปัญหาการต่อต้านจากประชาชน ผู้ถูกร้องปฏิเสธประเด็นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำในฐานะส่วนรวม หรือส่วนตัวที่มีผลเป็นการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำภายใต้ข้อตกลงหรือภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ถูกร้องเน้นว่าการกระทำตามหน้าที่ของสำนักงานทนายความ PROFEPA และสถาบัน INE นั้น สถาบัน INE เท่านั้นที่สามารถตัดสินว่าจะดำเนินการต่ออายุใบอนุญาตได้หรือไม่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการประเมินตามปัจจัยและสถานการณ์ตามที่สถาบัน INE พิจารณา โดยไม่ต้องคำนึงถึงการสอบสวนของ PROFEPA ว่าจะมีผลเป็นเช่นไร ผู้ถูกร้องเห็นว่า PROFEPA เป็นผู้กระทำละเมิดในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการในที่ทิ้งขยะของบริษัท Cytrar¹⁵⁰

ท้ายที่สุดผู้ถูกร้องสรุปว่าเทศบาล มลรัฐ หรือสหพันธ์ของสาธารณรัฐเม็กซิกันไม่ได้กระทำละเมิดต่อข้อตกลง หรือต่อบทบัญญัติในกฎหมายเม็กซิโก หรือต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่มีต่อบริษัท Cytrar บริษัท Tecmed ผู้ร้อง ที่ทิ้งขยะ หรือการลงทุนของผู้ร้องแต่อย่างใด ผู้ถูกร้องยังปฏิเสธว่าการปฏิเสธที่จะให้ใบอนุญาตแก่บริษัท Cytrar เพื่อดำเนินการในที่ทิ้งขยะไม่ถือเป็นการเวนคืน และไม่เป็นการละเมิดต่อข้อ 5 ของข้อตกลงการลงทุน ผู้ถูกร้องปฏิเสธว่า ผู้ร้องไม่ได้ถูกเลือกปฏิบัติ หรือปฏิเสธการปฏิบัติเสมือนคนชาติ ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 4 ของ

¹⁵⁰ Ibid., p.13.

ข้อตกลง รวมทั้งปฏิเสธว่าไม่ได้ละเมิดต่อข้อ 2 (1) ในเรื่องการคุ้มครองหรือการเข้าลงทุน ในตอนท้ายผู้ถูกร้องระบุว่าความคิดเห็นค่าชดเชยของผู้ร้องไม่เหมาะสมและเกินกว่าเหตุ¹⁵¹

3.10.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าผู้ถูกร้องละเว้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องการเวนคืนกิจการ หรือการโอนกิจการเป็นของรัฐตามข้อตกลงการลงทุนหรือไม่ รวมทั้งผู้ถูกร้องให้การรับรองต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ และให้การคุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อตกลงการลงทุนตามที่ผู้ร้องกล่าวหาหรือไม่¹⁵²

3.10.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

มติของสถาบัน ICSID ถือว่าเป็นการละเมิด เนื่องจากปฏิเสธการตอบใบอนุญาตใหม่ ในแง่ของลายลักษณ์อักษร และการตีความเงื่อนไขภายใต้ใบอนุญาตโดยเคร่งครัด ใบอนุญาตดังกล่าวต้องได้รับการอนุญาตให้ต่ออายุ จากการพิจารณาข้อตกลงการลงทุนและกฎหมายระหว่างประเทศทำให้ทราบว่ามติดังกล่าวเป็นการละเมิดเมื่อไม่พบว่ามีความเสี่ยงต่อการทำให้ระบบนิเวศน์เสียสมดุลย์ หรือเสี่ยงต่อสุขภาพของประชาชน อีกทั้งเมื่อมีการประกาศมติดังกล่าวก็ไม่ได้จัดให้มีการชำระเงินค่าชดเชยตามที่ระบุไว้ในข้อ 5 ของข้อตกลงการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับผู้ถูกร้องในการปฏิเสธการลงทุนของผู้ร้อง ผู้ร้องมีเหตุผลทางกฎหมายที่ทำให้เชื่อได้ว่าการดำเนินการในสิ่งที่ขยะต้องได้รับการต่ออายุใบอนุญาตเป็นระยะเวลานาน ส่วนสถานการณ์ทางการเมืองและทางสังคมที่เกิดขึ้นนั้น ผู้ถูกร้องถือว่าเป็นเงื่อนไขในการออกมติ เนื่องจากแสดงว่าผู้ถูกร้องใช้มาตรการที่ไม่ชอบภายหลังจากที่เกิดการลงทุนแล้ว ซึ่งเป็นมาตรการที่ผู้ร้องไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะมีสถานการณ์เหล่านี้เกิดขึ้น แม้บริษัท Cytrar จะไม่ได้รับใบอนุญาตแบบถาวร แต่ก็สามารถต่ออายุใบอนุญาตได้เป็นรายปี ผู้ร้อง

¹⁵¹ Ibid., p.14.

¹⁵² Ibid., p.34-35.

คาดหวังว่าการลงทุนดังกล่าวเป็นการลงทุนระยะยาวและได้ประมาณการผลตอบแทนที่จะได้จาก การดำเนินการในที่ทิ้งขยะไว้ตลอดอายุการใช้งานนั้น¹⁵³

ข้อกำหนดต่าง ๆ รวมอยู่ในการเสนอประมูลที่ส่งไปให้บริษัท Tecmed ภายใต้หัวข้อการประมูลสินทรัพย์ของที่ทิ้งขยะ ซึ่งระบุว่าการลงทุนจะใช้ประโยชน์ของ “...อุตสาหกรรมจากมลรัฐ Sonora ตามเงื่อนไขระยะสั้น ระยะกลาง และระยะยาว รวมทั้งต้องไม่ออกนโยบายที่มีผลกระทบต่อความสามารถในการลงทุนในที่ทิ้งขยะ...” และ “...บริษัท Cytrar จะเพิ่มบทบาทในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการในท้องถิ่น รวมทั้งสามารถจำกัดปริมาณขยะที่อาจจะรองรับได้จากท้องถิ่นอื่น และสามารถกำหนดระดับผลกำไรขั้นต่ำได้...” การได้รับการอนุญาตให้ดำเนินการในที่ทิ้งขยะเมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1994 และใบอนุญาตที่ออกโดยสถาบัน INE รวมทั้งใบอนุญาตตามปฏิญญาผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม เมื่อ ค.ศ.1994 (Environmental Impact Declaration of 1994) เป็นการวางโครงการที่ทิ้งขยะว่าจะมีอายุการใช้งานนับสิบ ๆ ปี สิ่งนี้เป็นการแสดงว่าก่อนที่ผู้ร้องจะทำการลงทุน ผู้ลงทุนย่อมรู้ดีว่าผู้ลงทุนสามารถคาดหวังถึงการลงทุนของตนในที่ทิ้งขยะในระยะยาว และสามารถประเมินระยะเวลาในการดำเนินธุรกิจ รวมทั้งคาดหมายถึงผลตอบแทนที่ได้จากการประมูลในสินทรัพย์ต่าง ๆ ของที่ทิ้งขยะ เมื่อพิจารณาถึงการกระทำทั้งหลายของผู้ถูกร้องโดยเฉพาะข้อมติที่ออกนั้นถือเป็นการละเมิดต่อข้อตกลงการลงทุนและกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการพิจารณาการกระทำทั้งหลายของสถาบัน INE (ในฐานะเป็นนิติบุคคลของสาธารณรัฐเม็กซิกัน “...มีหน้าที่กำหนดนโยบายระบบนิเวศน์และสิ่งแวดล้อมของเม็กซิโก รวมทั้งออกกฎระเบียบและมาตรฐานต่าง ๆ ด้านสิ่งแวดล้อม”) ถือได้ว่าเป็นผู้ถูกร้องภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ถูกร้องกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องซึ่งข้อเท็จจริงที่ระบุมาในคำร้องนั้นถือว่าการละเมิดต่อข้อ 5(1) ของข้อตกลงการลงทุน เนื่องจากวันที่เกิดความเสียหาย และวันที่ผู้ร้องทราบถึงการละเมิดต่อข้อ 5(1) ของข้อตกลง คือ วันที่เกิดการกระทำอันเป็นการเวนคืนการลงทุนของผู้ร้องโดยการประกาศข้อมติดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและตัดสินว่าข้อมติรวมถึงผลของมติถือเป็นการเวนคืนซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 5 ของข้อตกลงการลงทุน และกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁵⁴

¹⁵³ Ibid., p.59.

¹⁵⁴ Ibid., p.60.

ตามข้อ 4(1) ของข้อตกลง ระบุว่า

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรับประกันการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม
ในดินแดนของตน สำหรับการลงทุนที่กระทำโดยผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย
โดยให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ”

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในข้อ 4(1)
ของข้อตกลงเป็นการแสดงถึงส่วนหนึ่งของหลักการสุจริต (bona fide principle) ตามที่ระบุไว้ใน
ในกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁵⁵ โดยไม่ต้องคำนึงถึงการไม่สุจริตของรัฐที่เป็นการละเมิด

“ในยุคนี้อะไรที่ไม่ยุติธรรม หรือไม่เที่ยงธรรม ไม่จำเป็นต้องนำไปเปรียบเทียบกับ
กับการผิดศีลธรรม หรือการกระทำผิดมหันต์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐอาจปฏิบัติ
ต่อการลงทุนของต่างชาติโดยไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม โดยปราศจากการ
กระทำที่ไม่สุจริต”¹⁵⁶

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าบทบัญญัติของข้อตกลง โดยเฉพาะหลักสุจริตที่กำหนด
ขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศต้องการให้คู่สัญญามีการปฏิบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ
ในวิธีการที่ไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่คาดหมายได้จากการลงทุน ผู้ลงทุนต่างชาติ
คาดหวังให้รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติด้วยวิธีการที่สอดคล้องกัน ปราศจากความคลุมเครือและมีความ
โปร่งใส นอกจากนี้ผู้ลงทุนต่างชาติควรได้รับรู้ถึงกฎเกณฑ์และข้อบังคับต่าง ๆ ที่ควบคุม
การลงทุน รวมทั้งเป้าหมายของนโยบายและการดำเนินการ หรือทิศทางของรัฐผู้รับการลงทุน
เพื่อที่จะให้การลงทุนนั้นสอดคล้องกับข้อบังคับต่าง ๆ ผู้ลงทุนต่างชาติคาดหมายว่ารัฐผู้รับการ
ลงทุนต้องปฏิบัติโดยไม่กระทำตามอำเภอใจในการเพิกถอนข้อตกลง หรือใบอนุญาตที่รัฐ
กำหนดไว้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ผู้ลงทุนได้วางแผนและดำเนินการในทางการค้า หรือทางธุรกิจนั้น

¹⁵⁵ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 5th Edition (1989), p.19. It is understood that the fair and equitable treatment principle included in international agreements for the protection of foreign investments express “...the international law requirements of due process, economic rights, obligations of good faith and natural justice”: arbitration case S.D. Myers, Inc.v.Government of Canada, partial award of November 13, 2000; 134, p.29

¹⁵⁶ ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, *Mondev International Ltd v United States of America*, p.40, 116, October 11, 2002.

ผู้ลงทุนยังคาดหวังให้รัฐใช้เครื่องมือทางกฎหมายโดยให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเหล่านั้นแก่ผู้ลงทุนและการลงทุน รวมทั้งต้องไม่เว้นคืนการลงทุนของผู้ลงทุนโดยปราศจากการชำระค่าชดเชย ดังนั้นการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ จึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และควรนำหลักการนี้มาบังคับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐกระทำตามอำเภอใจ ดังตัวอย่างที่รัฐให้การป้องกันไม่เพียงพอ “...โดยผู้ที่มีเหตุผลและยุติธรรม”¹⁵⁷ หรือแม้จะไม่ละเมิดต่อกฎเกณฑ์เฉพาะแต่ก็ไม่สอดคล้องกับกฎหมายเพราะ...สิ่งนั้นก่อให้เกิดความตกใจ หรือความประหลาดใจตามทัศนะที่ถูกต้องแห่งศาล¹⁵⁸

คณะอนุญาโตตุลาการรับทราบว่าขอบเขตการนำหลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในข้อ 4(1) ของข้อตกลงมาใช้เป็นผลมาจากการตีความโดยอิสระ (autonomous interpretation) ตามความหมายดั้งเดิมในข้อ 31(1) ของอนุสัญญาเวียนนา หรือ จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักสุจริตบนพื้นฐานซึ่งเป็นพันธกรณีที่พึงสันนิษฐานได้จากข้อตกลง และการกระทำทั้งหลายที่ต้องสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

การกำหนดข้อ 4(1) ในข้อตกลงตามลายลักษณ์อักษร หรือเพื่อใช้ปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา โดยการแสดงเจตนา และการให้สัตยาบันในข้อตกลงนั้น คู่สัญญามีเจตนาให้เกิดความเชื่อมั่นและความน่าเชื่อถือแก่ผู้ลงทุน ส่วนการใช้ทรัพยากรของคู่สัญญาเพิ่มขึ้นนั้นเป็นการกระตุ้นให้เกิดการกระจายตัวทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของข้อตกลง โดยแสดงไว้ในส่วนอารัมภบทที่ต้องการแสดงเจตนาของคู่สัญญา “...เพื่อให้เกิดความร่วมมือทางเศรษฐกิจและนำมาซึ่งผลประโยชน์ของทั้งสองประเทศ...” รวมทั้งกำหนดขอบเขตข้อตกลงแก่คู่สัญญา “...เพื่อสร้างเงื่อนไขที่เป็นคุณแก่การลงทุนจากผู้ลงทุนของคู่สัญญาในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย...”

สำหรับการลงทุนแล้ว สิ่งที่ผู้ร้องคาดหวังถึงความยุติธรรม คือการที่กฎหมายเม็กซิโกสามารถนำมาปรับใช้กับการลงทุนในแง่การตรวจตรา การควบคุม การป้องกัน และอำนาจในการลงโทษแก่หน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการลงทุน โดยต้องใช้ในวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับ

¹⁵⁷ Neer v. Mexico case, (1926) R. I.A.A.iv.60.

¹⁵⁸ International Court of Justice Case: Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), 128, p.65, July 20, 1989, [ICJ, General List No.76](#).

การคุ้มครองด้านสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัยของมนุษย์ และการสร้างสมดุลย์ทางระบบนิเวศน์ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว¹⁵⁹

ความขัดแย้งและความไม่ชัดเจนจากกระทำของสถาบัน INE ตามหลักฐานที่บริษัท Cytrar และบริษัท Tecmed นำมาแสดงนั้น ผนวกกับกระบวนการในชั้นแรกที่จำเป็นต่อการอนุญาตให้ดำเนินการในที่ทิ้งขยะ และการตัดสินใจของสถาบัน INE เพื่อยุติการดำเนินการโดยประกาศมติการกระทำดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความคลุมเครือและไม่ชัดเจน โดยนำมาซึ่งความเสียหายต่อผู้ลงทุนในแง่การประเมินต่อสถานการณ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน รวมทั้งการวางแผนธุรกิจและการขอสงวนสิทธิ ความคลุมเครือและไม่ชัดเจนที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการอ้างถึงผลกระทบที่เป็นอันตรายในมิติ จนนำมาสู่การปฏิเสธการให้ใบอนุญาตในที่สุด แม้การกระทำของสถาบัน INE จะเกิดขึ้นก่อนที่ข้อตกลงการลงทุนมีผลใช้บังคับ แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็รับคดีนี้ไว้พิจารณา แม้จะเข้าข่ายเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติเรื่องการเมืองมีผลใช้บังคับของข้อตกลงก็ตาม ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเรื่องสุจริต (ข้อ 18 และ 26 ของอนุสัญญา Vienna) การกระทำของผู้ถูกร้องก่อนวันเข้าทำข้อตกลงและหลังจากที่ข้อตกลงมีผลใช้บังคับไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 4(1) ของข้อตกลงเรื่องหลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม¹⁶⁰

การบรรยายถึงการกระทำของสถาบัน INE ที่ทำลายความคาดหมายของบริษัท Cytrar ที่ทำการลงทุนโดยผู้ร้อง หรือการก่อให้เกิดผลด้านลบต่อแนวทางที่ให้การอนุญาตแก่ผู้ร้อง หรือบริษัท Cytrar โดยปฏิเสธไม่ให้มีการต่อใบอนุญาตครั้งใหม่ หรือทำให้เสื่อมสิทธิในการลงทุน ในระหว่างช่วงเวลาที่จะมีมติ สถาบัน INE ไม่ได้จัดการเจรจากับบริษัท Cytrar หรือบริษัท Tecmed ทำให้ผู้ร้องไม่ทราบถึงแผนการที่จะปฏิเสธการต่อใบอนุญาต รวมทั้งการให้ย้ายสถานที่ทิ้งขยะ การกระทำดังกล่าวทำให้บริษัท Cytrar หรือ บริษัท Tecmed ไม่มีโอกาสทราบถึงมติดังกล่าวล่วงหน้าเป็นเหตุให้ผู้ร้องไม่สามารถหาวิธีการเพื่อแก้ไขการปฏิเสธการต่อใบอนุญาตใหม่ได้ แม้ว่าบริษัท Cytrar จะคาดหมายถึงความสุจริตในการต่อใบอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อให้บริษัท Cytrar ดำเนินการในที่ทิ้งขยะจนกว่าจะย้ายไปยังสถานที่ใหม่ แต่สถาบัน INE ก็ไม่ได้

¹⁵⁹ Ibid., p.61-62.

¹⁶⁰ Ibid., p.70.

พิจารณาข้อเสนอของบริษัท Cytrar โดยปฏิเสธการต่อใบอนุญาตทั้งยังไม่ให้โอกาสในการย้ายสถานที่ที่ทิ้งขยะ

การกระทำของสถาบัน INE ถือเสมือนว่าเป็นการกระทำของผู้ถูกร้องเอง ซึ่งส่งผลให้เกิดความสูญเสียและความเสียหาย¹⁶¹ แก่ผู้ลงทุนและการลงทุนตามภาคผนวกของข้อตกลงโดยเป็นผลจากมติ ลักษณะการกระทำของผู้ถูกร้องจึงเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่ตกลงให้การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่การลงทุนของผู้ร้องตามที่ระบุไว้ในข้อ 4(1) ของข้อตกลง ซึ่งผู้ร้องสามารถแสดงมาในคำร้องว่าผู้ถูกร้องได้ละเมิดตามคำร้องจริง เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการละเมิดข้อตกลง ณ วันที่ออกมติดังกล่าว¹⁶²

สำหรับประเด็นการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ภายใต้ข้อตกลงนี้ ผู้ร้องกล่าวหาว่าเทศบาลและมลรัฐของเม็กซิโกสนับสนุนให้ประชาชนเคลื่อนไหวต่อต้านการดำเนินการในที่ทิ้งขยะของบริษัท Tecmed หรือ บริษัท Cytrar นอกจากนี้ผู้ร้องยังกล่าวหาว่าหน่วยงานของเม็กซิโก รวมทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ และศาลไม่ได้กระทำการเพื่อหลีกเลี่ยง ป้องกัน หรือเพื่อยุติการต่อต้านของประชาชนอันเป็นการขัดขวางการดำเนินการในที่ทิ้งขยะ หรือการไม่ให้ความปลอดภัย หรือการไม่ให้อิสระแก่พนักงานของบริษัท Cytrar ในการเข้าไปทำงานตามความเห็นของผู้ร้องระบุว่าการกระทำของหน่วยงานต่าง ๆ ของเม็กซิโก ถือได้ว่าเป็นการกระทำของผู้ถูกร้องซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 3(1) ของข้อตกลงดังที่ระบุไว้ว่า

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุนของผู้ลงทุนจากคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องไม่กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือขัดขวางการดำเนินการ การบำรุงรักษา การพัฒนา การใช้ การมีสิทธิ การขยาย การขาย หรือการจัดการทั้งหลายเกี่ยวกับการลงทุนดังกล่าว”

¹⁶¹ “Damage” is not limited to the economic loss or detriment and shall be interpreted in a broad sense (J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 29-31 (Cambridge University Press, 2002).

¹⁶² *Ibid.*, p.71.

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าผู้ร้องไม่ได้นำหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ว่าหน่วยงานของเม็กซิโกให้การสนับสนุนประชาชน หรือกลุ่มที่มีอิทธิพลต่อชุมชนและต่อการเมืองเพื่อเคลื่อนไหวต่อต้านที่ทิ้งขยะ หรือแสดงว่าหน่วยงานต่าง ๆ นั้นเข้าร่วมในการเคลื่อนไหวด้วย นอกจากนี้ผู้ร้องยังแสดงหลักฐานไม่เพียงพอว่ากิจกรรม หรือการกระทำของประชาชน หรือกลุ่มต่าง ๆ นั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁶³

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า การปฏิเสธการต่อใบอนุญาตใหม่ นั้นไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 3(2) ของข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ว่า “ภายใต้กรอบของกฎหมายท้องถิ่น” ต้องยินยอมให้ใบอนุญาตที่จำเป็นต่อการลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าไม่มีหลักฐานที่นำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าการปฏิเสธการต่อใบอนุญาตของสถาบัน INE เป็นการขัดแย้งต่อกฎหมายเม็กซิโก¹⁶⁴

คณะอนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินดังนี้

1. ผู้ถูกร้องละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงการลงทุนในข้อ 4(1) และ 5(1)
2. ผู้ถูกร้องต้องชำระค่าชดเชยให้ผู้ร้องเป็นเงิน 5,533,017.12 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมด้วยอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 6 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 จนกว่าผู้ถูกร้องจะชำระให้แก่ผู้ร้องครบตามจำนวนภายใต้คำตัดสินนี้
3. ภายหลังจากที่ผู้ร้องได้รับการชำระเงินเต็มจำนวนภายใต้คำตัดสินนี้แล้ว ผู้ร้องจะดำเนินการโอนสินทรัพย์ในที่ทิ้งขยะให้แก่ผู้ถูกร้อง หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้ถูกร้อง
4. คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องรับภาระค่าใช้จ่าย รวมทั้งค่าธรรมเนียมการปรึกษาด้านกฎหมายของตน สำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการอนุญาโตตุลาการ และ ICSID ให้ผู้ร้องและผู้ถูกร้องรับภาระฝ่ายละเท่า ๆ กัน
5. คำร้องอื่นใดที่นำมาร้องในการอนุญาโตตุลาการนี้ ยกคำร้องทั้งหมด¹⁶⁵

¹⁶³ Ibid., p.72.

¹⁶⁴ Ibid., p.74.

¹⁶⁵ Ibid., p.80.

3.11 The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United

States of America, 2003

3.11.1 ข้อเท็จจริงในคดี

ผู้ร้องที่ 1 Loewen Group Inc. (บริษัท TLGI) เป็นบริษัทแคนาดาที่ประกอบธุรกิจใ
แคนาดาและในสหรัฐอเมริกา ผู้ร้องที่ 2 คือ นาย Raymond Lewen สัญชาติแคนาดา เป็นผู้ก่อตั้ง
บริษัท TLGI และเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ รวมทั้งเป็นประธานผู้บริหาร บริษัท TLGI ยื่นคำร้องใน
ฐานะเป็นผู้ลงทุน (investor of a Party) ภายใต้ความตกลง NAFTA ข้อ 1116 และในนามของ
Loewen Group International, Inc (บริษัท LGII) ภายใต้ความตกลง NAFTA ข้อ 1117
นอกจากนี้ นาย Raymond Loewen ได้ยื่นคำร้องในฐานะเป็นผู้ลงทุนในนามของบริษัท TLGI
ภายใต้ความตกลง NAFTA ข้อ 1117 ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องเพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 กับรัฐบาลสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกา (Federal
Government of the United States of America) ผู้ถูกร้อง¹⁶⁶

คดีนี้เป็นคดีที่สำคัญและค่อนข้างยุ่งยาก โดยเป็นเรื่องเขตอำนาจพิจารณาที่เกิดขึ้นจาก
(ก) ความตกลง NAFTA ในประเด็นความแตกต่างด้านสัญชาติระหว่างผู้ร้องและรัฐบาลฝ่ายผู้ถูกร้อง
และ (ข) การมอบหมายจาก Loewen Group, Inc. ในการฟ้องร้องคดีต่อบริษัทแคนาดาซึ่ง
ควบคุมโดยบริษัทสหรัฐอเมริกา ผู้ถูกร้องยื่นคำร้องเพื่อขอยุติคดีเนื่องจากคณะ
อนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อเท็จจริงของคดีที่เกิดขึ้น

ในการวินิจฉัยเนื้อหาสาระต่าง ๆ ของข้อเท็จจริงในคดีที่ผู้ถูกร้องได้ยื่นคำร้องเพื่อขอยุติ
คดี ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าคำร้องของผู้ร้องภายใต้ความตกลง NAFTA ถูกยกใน
ประเด็นเนื้อหาสาระของคดี เนื่องจากผู้ร้องล้มเหลวต่อการแสดงให้เห็นว่า Loewen ไม่ได้รับการ
เยียวยาที่เพียงพอและสมเหตุสมผลภายใต้กฎหมายเทศบาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเด็นที่ผู้ร้อง
แสดงในคำร้องว่าเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA

¹⁶⁶ ICSID Case No. ARB (AF)/98/3 (NAFTA) Rep. p.4

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

ข้อพิพาทนี้ผู้ร้องที่ 1 Loewen Group Inc. (บริษัท TLGI) และ Loewen Group International, Inc (บริษัท LGII) (รวมเรียกว่าบริษัท Loewen) เป็นผู้นำคดีขึ้นสู่ศาลมลรัฐมิสซิสซิปปี เพื่อฟ้องร้องต่อผู้ถือหุ้นรายย่อยในสหรัฐอเมริกา คือ นาย Jeremiah O' Keefe Sr. (Jerry O' Keefe) บุตรชายของนาย Jerry และบริษัทหลายแห่งที่มีครอบครัว O'Keefe เป็นเจ้าของ (รวมเรียกว่า O'Keefe) การฟ้องร้องเกิดขึ้นจากข้อพิพาททางการค้าระหว่าง O'Keefe และบริษัท Loewen ซึ่งเป็นคู่แข่งธุรกิจที่ให้บริการประกอบพิธีการฝังศพ และธุรกิจประกันภัยสำหรับค่าใช้จ่ายพิธีการฝังศพ (funeral home and funeral insurance) ในมลรัฐมิสซิสซิปปี ข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับสัญญา 3 สัญญาระหว่าง O'Keefe และบริษัท Loewen ซึ่งทุนทรัพย์สำหรับ O'Keefe มีมูลค่า 980,000 ดอลลาร์สหรัฐ และการแลกเปลี่ยนธุรกิจบริการฝังศพของตระกูล O'Keefe 2 แห่ง มีมูลค่า 2.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ สำหรับบริษัทประกันภัย Loewen มีมูลค่าประมาณ 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ คดีพิพาทนี้มี Judge Graves (ผู้พิพากษาสัญชาติ African-American) และคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาและตัดสินคดี ซึ่งคณะลูกขุนจำนวน 12 คน มี 8 คนที่เป็นสัญชาติ African-American¹⁶⁷

คณะลูกขุนมีคำตัดสินให้ O'Keefe ได้รับเงินค่าเสียหายจำนวน 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ รวมทั้งค่าชดเชยสำหรับผลกระทบทางจิตใจ (damages for emotional distress) จำนวน 75 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และค่าชดเชยที่จ่ายสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (punitive damages) จำนวน 400 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ผู้ร้องระบุว่าคณะลูกขุนใช้เวลาในการพิจารณาคดี 7 สัปดาห์ก่อนมีคำตัดสิน ส่วนผู้พิพากษาศาลชั้นต้นก็อนุญาตให้ทนายความของ O'Keefe อ้างอิงพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้อง และเกิดความลำเอียงอย่างมากดังนี้

- (i) ต่อสัญชาติของผู้ร้อง (ซึ่งแตกต่างจาก O'Keefe ซึ่งมีถิ่นฐานที่มลรัฐมิสซิสซิปปี)
- (ii) ต่อเชื้อชาติที่แตกต่างกันระหว่าง O' Keefe และบริษัท Loewen และ
- (iii) ต่อสภาพทางการเงินที่แตกต่างกันระหว่างบริษัท Loewen (ซึ่งที่ปรึกษาของ O' Keefe บรรยายว่า Loewen เป็นบริษัทใหญ่ที่ร่ำรวยอย่างมาก) ส่วน O' Keefe (บรรยายว่าเป็นธุรกิจภายในครอบครัว)

¹⁶⁷ Ibid., p.2.

นอกจากนี้ผู้ร้องยังระบุว่า หลังจากที่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้อ้างอิงพยานหลักฐานเหล่านั้นแล้ว ก็ยังไม่ให้คำชี้แจงแก่คณะลูกขุนว่าไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติในเรื่องสัญชาติ เชื้อชาติ และสภาพทางการเงิน

บริษัท Loewen ขออุทธรณ์คำตัดสินและคำพิพากษาสำหรับค่าเสียหายจำนวน 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งบริษัท Loewen ต้องเผชิญกับคำขอเรื่องหลักประกันสำหรับการอุทธรณ์คดี กฎหมายมิสซิสซิปปีกำหนดให้วางเงินประกันร้อยละ 125 ของคำตัดสิน แต่เงินประกันนั้นเป็นเพียงเพื่อลด หรือยกเว้นสำหรับเหตุผลเพื่อขอบรรเทาโทษจากศาล

แม้ว่าผู้ร้องจะระบุว่าไม่มีเหตุผลเพื่อขอบรรเทาโทษจากศาล เพื่อลดหลักประกันสำหรับการอุทธรณ์ แต่ศาลชั้นต้นและศาลสูงมลรัฐมิสซิสซิปปีต่างก็ปฏิเสธการลดหลักประกันอุทธรณ์ โดยต้องการให้บริษัท Loewen วางเงินประกันจำนวน 625 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ภายใน 7 วัน เพื่อเข้าสู่กระบวนการอุทธรณ์โดยไม่ต้องถูกบังคับตามคำตัดสินในทันที ผู้ร้องเห็นว่าคำตัดสินดังกล่าวเป็นการตัดสิทธิของบริษัท Loewen ในการอุทธรณ์

ผู้ร้องระบุว่าบริษัท Loewen ถูกบังคับให้ยุติคดี “ภายใต้การบีบบังคับอย่างหนัก” เมื่อวันที่ 29 มกราคม ค.ศ.1996 การบังคับตามคำตัดสินต่อรายการสินทรัพย์ทั้งหลายของ Loewen ในมลรัฐมิสซิสซิปปีมีกำหนดเริ่มในวันถัดไป โดยบริษัท Loewen เข้าทำข้อตกลงเพื่อชำระเงินให้ O' Keefe จำนวน 175 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ในคำร้องคดีนี้ ผู้ร้องต้องการให้ผู้ถูกร้องชำระค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท TLGI และบริษัท LGII รวมทั้งค่าเสียหายในผลประโยชน์ของผู้ร้องที่ 2 ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดต่อบทที่ 11 ของความตกลงเขตการค้าเสรีในทวีปอเมริกาเหนือ (ความตกลง NAFTA) โดยมลรัฐมิสซิสซิปปีอันเนื่องมาจากกระบวนการฟ้องร้องคดีที่เกิดขึ้น¹⁶⁸

3.11.2 ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี

ในนามผู้ร้อง

¹⁶⁸ Ibid., p.3.

คำร้องของผู้ร้องเกี่ยวข้องกับคำตัดสินของคณะลูกขุนที่ให้บริษัท Loewen ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และคำพิพากษาที่ปฏิเสธเรื่องหลักประกันสำหรับการอุทธรณ์คดีเป็นมาตรการที่คู่สัญญานำมาใช้ซึ่งสัมพันธ์กับ

(ก) ผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย

(ข) ภายใต้ความหมายของความตกลง NAFTA ข้อ 1101.1

ผู้ร้องระบุว่า

- (1) ศาลชั้นต้นใช้กระบวนการพิจารณาที่เลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุนแคนาดาและอนุญาตให้ที่ปรึกษาตามกฎหมายต่อสู้คดีโดยมีอคติ ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 1102 ของความตกลง NAFTA โดยความตกลงนี้ห้ามไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุนและการลงทุนของต่างชาติ
- (2) การเลือกปฏิบัตินำไปสู่คำตัดสินของคณะลูกขุนที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้อง
- (3) ศาลชั้นต้นและคณะลูกขุนที่มีคำตัดสินให้ผู้ร้องชำระเงิน 260 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยศาลชั้นต้นอนุญาตให้มีการสืบพยานโดยเลือกปฏิบัติต่อสัญชาติ เชื้อชาติ และสภาพทางการเงินที่แตกต่างของผู้ร้อง ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 ของความตกลง NAFTA ที่กำหนดให้มีการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำสำหรับการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้งต้องให้ “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” และ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” ต่อผู้ลงทุนต่างชาติ
- (4) คำตัดสินและคำพิพากษา (ในส่วนอื่นที่นอกเหนือจากการเลือกปฏิบัติ) เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105
- (5) ศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีกระทำตามอำเภอใจสำหรับกรณีหลักประกันในการอุทธรณ์เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 และ
- (6) การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ คำตัดสินที่ให้ผู้ร้องชำระค่าเสียหายมากเกินไป การปฏิเสธสิทธิในการอุทธรณ์ของ Loewen และการบังคับให้ยุติคดีเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA

ผู้ร้องระบุว่าผู้ถูกร้องต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดความตกลง NAFTA ของมลรัฐมิสซิสซิปปี ข้อ 105 ซึ่งกำหนดว่าภาคีของความตกลง NAFTA ต้องรับรองว่าจะใช้มาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็น เพื่อให้บทบัญญัติของความตกลงสามารถนำไปใช้บังคับได้ รวมทั้งต้องควบคุมให้รัฐบาลมลรัฐ และท้องถิ่นปฏิบัติตามด้วย ผู้ร้องยังระบุอีกว่าการกระทำทั้งหลายที่เกิดขึ้นในระหว่างการฟ้องคดี ต่อ O'Keefe ถือได้ว่าผู้ถูกร้องกระทำละเมิดโดยตรงต่อข้อ 1105 ที่กำหนดให้ผู้ถูกร้องต้องจัดให้มีการคุ้มครองและให้ความปลอดภัยอย่างเต็มที่” แก่การลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ รวมทั้ง “การคุ้มครองและให้ความปลอดภัยอย่างเต็มที่” แก่ผู้ลงทุนในกรณีที่บุคคลภายนอกกระทำการโดยมิชอบ¹⁶⁹

ในนามผู้ถูกร้อง

ผู้ถูกร้องคัดค้านเรื่องอำนาจและเขตอำนาจในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ เนื่องจากคำร้องนี้ไม่อาจเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ เพราะคำพิพากษาของศาลภายในเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยแท้ ไม่ถือว่าเป็น “มาตรการที่ใช้โดยภาคี” อยู่ภายใต้ขอบเขตของความตกลง NAFTA บทที่ 11

คำร้องที่ว่าคำตัดสินของศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีไม่ใช้มาตรการที่กำหนดโดยภาคี NAFTA นั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อบทที่ 11 เนื่องจากกระบวนการทางกฎหมายนั้นยังไม่ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาขั้นสุดท้ายของระบบศาลสหรัฐอเมริกา

ข้อตกลงในคดีระหว่างเอกชนเพื่อยุติคดีซึ่งเป็นการตกลงนอกศาลไม่ถือว่าเป็น “มาตรการ” ของรัฐบาลภายใต้ขอบเขตของความตกลง NAFTA บทที่ 11

คำกล่าวหาที่ระบุว่าศาลชั้นต้นของมลรัฐมิสซิสซิปปีล้มเหลวต่อการให้การคุ้มครองในการอ้างอิงเรื่องสัญชาติ เชื้อชาติ และสภาพทางการเงินของคนต่างชาติ ไม่ถือว่าเป็น “มาตรการ” เนื่องจากบริษัท Loewen ไม่เคยคัดค้านประเด็นการอ้างอิงหลักฐานต่าง ๆ ในระหว่างกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นต้นและคำร้องตามข้อ 1117 ของความตกลง NAFTA

¹⁶⁹ Ibid., p.9-10.

ของนาย Raymond Loewen ควรยกคำร้อง เนื่องจากนาย Loewen ไม่ได้ “เป็นเจ้าของหรือควบคุม” บริษัทที่เป็นคู่พิพาทในคดีนี้¹⁷⁰

3.11.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการมีประเด็นต้องพิจารณาว่าการกระทำของศาลชั้นต้นถือเป็นข้อบกพร่องที่เป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1102 ข้อ 1105 และข้อ 1110 หรือไม่ รวมทั้งคำตัดสินของคณะลูกขุนและคำพิพากษาของศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีถือเป็น “มาตรการที่ใช้โดยภาคีภายใต้ขอบเขตของความตกลง NAFTA บทที่ 11” หรือไม่ ผู้ร้องล้มเหลวในการคัดค้านว่าศาลชั้นต้นกระทำผิดต่อความตกลง NAFTA ซึ่งเป็นการละเมิดต่อความตกลงดังกล่าวตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างหรือไม่¹⁷¹

3.11.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

ข้อ 1105 มุ่งเน้นเรื่อง “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ” ซึ่งกำหนดว่า “1. คู่ภาคีแต่ละฝ่ายจะคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งโดยการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

เนื้อหาของบทบัญญัตินี้โดยเฉพาะความหมายของการอ้างอิงถึง “กฎหมายระหว่างประเทศ” และผลของข้อสรุปในตัวบทบัญญัติเป็นประเด็นที่ยังขัดแย้งกันอยู่¹⁷²

เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2001 คณะกรรมการเขตการค้าเสรีได้ตีความข้อ 1105(1) ดังต่อไปนี้

“มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁷⁰ Ibid., p.10.

¹⁷¹ Ibid., p.12.

¹⁷² Ibid., p.35.

- (1) ข้อ 1105(1) ระบุว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติที่ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนจากคู่สัญญาอีกฝ่าย
- (2) แนวทางของ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ไม่ปรารถนาให้มีการปฏิบัติที่นอกเหนือหรือเกินเลยไปกว่าสิ่งที่ระบุไว้ตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- (3) การกำหนดว่ามีการละเมิดต่อบทบัญญัติในส่วนอื่นของความตกลง NAFTA หรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105(1)

การตีความข้างต้นของคณะกรรมการเขตการค้าเสรีมีผลผูกพันกับคณะอนุญาโตตุลาการโดยผลของข้อ 1131(2) ของความตกลง NAFTA

แม้ผู้ร้องจะส่งเอกสารการตีความของคณะกรรมการ FTC แต่ผู้ร้องก็ไม่ได้นำเอกสารดังกล่าวมาประกอบในชั้นการพิจารณาคดีด้วยวาจา ในชั้นการแถลงด้วยวาจาโดยนาย Cowper QC ในนามของผู้ร้องได้แถลงสอดคล้องกับการตีความข้อ 1105(1) ของคณะกรรมการ FTC ซึ่งนาย Cowper QC ระบุว่าข้อ 1105(1) กำหนดให้มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติที่ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนจากคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งการปฏิบัติของศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีต่อบริษัท Loewen นั้น เป็นการละเมิดต่อมาตรฐานขั้นต่ำ

ผลของการตีความของคณะกรรมการ FTC คือว่า “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ไม่อาจเป็นพันธกรณีที่อยู่ได้ตามลำพังเนื่องจากมาตรฐานทั้ง 2 ประการนี้เป็นเพียงพันธกรณีที่กำหนดไว้ เพื่อให้ทราบว่าได้รับการยอมรับจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้การละเมิดต่อบทบัญญัติอื่นของความตกลง NAFTA จึงไม่ถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105(1) ด้วย¹⁷³

¹⁷³ Ibid., p.36.

คู่พิพาทในคดีนี้ไม่ได้มีข้อพิพาทกันในเรื่องที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิเสธความยุติธรรมในการฟ้องร้องคดีระหว่างคู่พิพาทที่เป็นเอกชน ศาสตราจารย์ Greenwood QC ผู้เชี่ยวชาญของฝ่ายผู้ถูกร้องระบุว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมและความมีประสิทธิภาพในระบบยุติธรรมแก่คนต่างชาติ

ผู้ถูกร้องระบุว่าเพื่อให้สอดคล้องกับการยอมรับตามมาตรฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงเป็นภาระของบริษัท Loewen ที่ต้องระบุว่าคำพิพากษาของศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีเป็นการแสดงถึงความไม่ยุติธรรม ศาสตราจารย์ Greenwood ระบุว่าความเห็นเอาไว้ว่า

“คำตัดสินและถ้อยคำทั้งหลายในคำตัดสินของศาลภายในไม่พบว่ามีข้อผิดพลาดที่ “แสดงถึงความไม่ยุติธรรม” หรือ “เป็นการไม่ยุติธรรมอย่างมาก” (Garner, “International Responsibility of States for Judgments of Courts and Verdicts of Juries amounting to Denial of Justice”, 10 BYIL (1929), p181 at p 183), “การละเมิดโดยเป็นความผิดที่ชัดเจนและไม่สามารถแก้ตัวได้” (Arechaga, [“International Law in the Past Third of a Century”, 159 “Recueil des Cours” (1978) at p 282] หรือ “การละเมิดอย่างชัดแจ้ง” ซึ่ง “ความไม่สุจริตไม่ถือเป็นความผิดพลาดในทางการศาลซึ่งเป็นเสมือนหัวใจสำคัญในเรื่องนี้” (O’ Connell, International Law, 2nd ed, 1970) p498) Baxter และ Sohn ระบุไว้ (in the Commentary to their Draft Convention on the Responsibility of States for Injuries to Aliens) “คนต่างชาติต้องรับภาระในการพิสูจน์ว่าเกิดความผิดพลาดในเนื้อหาหรือกระบวนการทางกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน”

คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวอ้างถึงคดี Elettronica Sicula SpA (ELSI) United States v Italy (1989) ที่ตัดสินโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มีใจความว่า

“การกระทำตามอำเภอใจไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ค้านต่อหลักนิติธรรม...แต่มีเจตนาเพิกเฉยต่อกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นสร้างความตระหนัก

หรืออย่างน้อยที่สุดก็ทำให้เกิดความประหลาดใจต่อความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกับศาล”¹⁷⁴

การปฏิบัติของรัฐ คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือความเห็นของนักวิจารณ์ต่าง ๆ ล้วนไม่สนับสนุนความเห็นที่ว่าความไม่สุจริต หรือเจตนาร้ายเป็นองค์ประกอบสำคัญของ การปฏิบัติที่ไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม หรือการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อความยุติธรรมในทางระหว่างประเทศ การแสดงว่ามีความไม่ยุติธรรมในด้านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำไปสู่ผลลัพธ์ซึ่งเป็นการค้านต่อความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกับศาล

ในคดี *Mondev International Ltd. v United States of America* ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award dated October 11, 2002 ระบุว่า

“คำถามที่ว่าในระดับระหว่างประเทศและการยอมรับในมาตรฐานของหน่วยงานด้านการยุติธรรม คณะอนุญาโตตุลาการสามารถสรุปข้อเท็จจริงได้ว่าคำตัดสินแสดงถึงความไม่เหมาะสมและไม่น่าเชื่อถือ โดยเหตุผลที่ว่า การลงทุนได้รับการปฏิบัติอย่างไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม”

หากคำตอบที่ได้รับเป็นการยืนยันก็ถือว่ามี การละเมิดตามข้อ 1105 เกิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าการกระทำของศาลชั้นต้นจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายเทศบาล รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจตัดสินในเรื่องนี้ได้ คำร้องตามความตกลง NAFTA ไม่อาจเปลี่ยนเป็นการอุทธรณ์ต่อคำพิพากษาของศาลเทศบาลได้

อย่างไรก็ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้เน้นถึงเรื่องการเลือกปฏิบัติอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายเทศบาล (Harvard Law School, Research in International Law, Draft Convention on the Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Persons or Property of Foreigners (“1929 Draft Convention”) 23 American Journal of International Law 133, 174 (Special Supp. 1929) “ คำพิพากษาซึ่งแสดงถึงความไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการแสดงถึงเจตนาไม่สุจริตต่อคนต่างชาติ” Adede, A Fresh Look

¹⁷⁴ Ibid., p.37.

at the Meaning of Denial of Justice under International Law, XIV Can YB International Law 91 คำตัดสินซึ่งละเมิดต่อกฎหมายเทศบาลและเลือกปฏิบัติต่อการฟ้องคดีของคนต่างชาติดี้อได้ว่าเป็นการแสดงถึงความไม่ยุติธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

แม้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นและคำตัดสินของคณะลูกขุนแสดงออกถึงความไม่เหมาะสมและไม่น่าเชื่อถือ รวมทั้งไม่สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศและการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม แต่เนื่องจากกระบวนการทางศาลของศาลภายในยังไม่ถึงขั้นศาลสูงสุด บริษัท Loewen จึงไม่อาจนำมาฟ้องได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 ของความตกลง NAFTA¹⁷⁵

จากเหตุผลทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่า

- (1) คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคำร้องของบริษัท TLGI ภายใต้ความตกลง NAFTA ในประเด็นของคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาต่อบริษัท TLGI ซึ่งเป็นบริษัทแคนาดาแต่ดำเนินการโดยบริษัทสหรัฐอเมริกา
- (2) คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคำร้องของนาย Raymond L. Loewen ภายใต้ความตกลง NAFTA กรณีของคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ในประเด็นที่ว่า นาย Loewen ไม่ได้แสดงว่าตนเป็นเจ้าของหรือควบคุมบริษัท TLGI ทั้งทางตรงหรือทางอ้อม ในขณะที่ยื่นคำร้องเพื่อการอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีภายหลังจากที่บริษัท TLGI ล้มละลายภายใต้บทที่ 11 ของประมวลกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา
- (3) คณะอนุญาโตตุลาการยกคำร้องของบริษัท TLGI และของนาย Raymond L. Loewen ทั้งหมด
- (4) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องรับภาระค่าใช้จ่ายของตนและรับภาระค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการ และเลขาธิการ ICSID ฝ่ายละเท่า ๆ กัน¹⁷⁶

¹⁷⁵ Ibid., p.38-39.

¹⁷⁶ Ibid., p.69-70.

3.12 Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

3.12.1 ข้อเท็จจริงในคดี

Waste Management Inc. (Waste Management) ฝ่ายผู้ร้อง (Claimant) เป็นบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายมลรัฐเดลาแวร์ สหรัฐอเมริกา บริษัท Waste Management ได้ยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ ICSID เมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ.2000 เพื่อดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับฝ่ายผู้ถูกร้อง คือ สาธารณรัฐเม็กซิกัน (United Mexican States) ผู้ร้องกล่าวหาว่าผู้ถูกร้องต้องรับผิดชอบข้อ 1110 และข้อ 1105 ตามความตกลง NAFTA สำหรับการกระทำทั้งหลายของหน่วยงานของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนของผู้ร้องที่ให้บริการจัดการขยะในเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero¹⁷⁷

ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากสัมปทานบริการกำจัดขยะในเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero ของเม็กซิโก เงื่อนไขของข้อตกลงในการดำเนินการปรากฏอยู่ในสัญญาสัมปทาน (Título de Concesion) คู่สัญญาคือ เมือง Acapulco โดยมีสภาเทศบาล (Ayuntamiento) เป็นผู้กระทำการแทน และบริษัท Acaverde ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนก่อตั้งภายใต้กฎหมายเม็กซิโกเมื่อ ค.ศ. 1994 บริษัทนี้มีผู้ร้อง คือ Waste Management เป็นเจ้าของ นอกจากนี้ผู้ร้องยังเป็นผู้ให้บริการกำจัดขยะในเทศบาลของสหรัฐอเมริกาและที่อื่น ๆ ประเด็นที่ว่าบริษัท Waste Management เสนอคำร้องภายใต้ข้อ 1116 หรือข้อ 1117 ของความตกลง NAFTA ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับบริษัท Acaverde นั้น สามารถทำได้หรือไม่ ในส่วนของคำตัดสินคณะอนุญาโตตุลาการระบุถึงบริษัท Acaverde ว่าเป็นคู่สัญญาที่แท้จริงและเป็นผู้ให้บริการภายใต้สัญญาสัมปทานนี้

สัญญาสัมปทานนี้จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995 ต่อมาได้แก้ไขสัญญาเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ.1995 ภายใต้สัญญาสัมปทานกำหนดให้บริษัท Acaverde เข้าดำเนินการกำจัดขยะและบริการทำความสะอาดถนนในเมือง Acapulco พื้นที่ดังกล่าวมีบ้านพัก

¹⁷⁷ ICSID Case No. ARB (AF) / 00 / 3 (NAFTA) Rep. p.3

(http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm visited at June 24, 2008)

¹ USA Waste Services Inc. merged with Acaverde's principal shareholder, Sanifill, in 1996. The merged company was subsequently renamed Waste Management, Inc.

อาศัยและสถานที่ทำงานประมาณ 9,000 แห่ง โดยครอบคลุมพื้นที่ท่องเที่ยวและบริเวณชายหาดของเมือง พื้นที่โดยรวมของเมือง Acapulco มีประชากรอยู่อาศัย ประมาณ 1 ล้านห้าแสนคน การท่องเที่ยวถือเป็นอุตสาหกรรมหลักของเมือง Acapulco ดังนั้นระบบการกำจัดขยะในพื้นที่ท่องเที่ยวจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมาก¹⁷⁸

3.12.2 ข้อกล่าวอ้างของคูกรณี

ในนามผู้ร้อง

สัญญาสัมปทานกำหนดระยะเวลาดำเนินการไว้ 15 ปี นับจากวันที่เริ่มการให้บริการ¹⁷⁹ เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1995 ซึ่งเป็นวันก่อนที่บริษัท Acaverde จะเริ่มการให้บริการภายใต้สัญญาสัมปทาน เมือง Acapulco ได้ประกาศใช้ข้อบังคับเกี่ยวกับการบริการทำความสะอาดในที่สาธารณะภายใต้สัญญาสัมปทาน ข้อบังคับเกี่ยวกับการบริการทำความสะอาดใช้บังคับกับบริการจัดเก็บขยะเป็นการเฉพาะ โดยห้ามทิ้งขยะในบริเวณเมือง รวมทั้งกำหนดอัตราค่าปรับไว้ด้วย¹⁸⁰

ต่อมาวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ.1995 บริษัท Acaverde เริ่มให้บริการภายใต้สัญญาสัมปทาน ซึ่งบริษัทก็ต้องประสบปัญหาข้อข้อบังคับข้างต้น รวมทั้งการต่อต้านของลูกค้านในการชำระค่าบริการกำจัดขยะตามอัตราที่กำหนด อีกทั้งยังมีกลุ่มบุคคลที่เก็บและ/หรือกำจัดขยะในบริเวณเขตสัมปทานโดยไม่ได้รับอนุญาตทำการต่อต้านการบริการของบริษัทด้วย ในบรรดากลุ่มผู้ต่อต้านยังรวมถึงผู้เลี้ยงสุกรซึ่งนำเศษอาหารจากภัตตาคารมาใช้เลี้ยงสุกรของตน บริษัท Acaverde จึงเข้าทำข้อตกลงกับสมาคมผู้เลี้ยงสุกร แต่ก็มีกลุ่มผู้เก็บขยะโดยไม่ได้รับอนุญาตยังคงสร้างปัญหาให้กับบริษัทต่อไป นอกจากนี้บริษัท Acaverde ได้ระบุว่า พนักงานขับรถของเมือง Acapulco ได้เก็บขยะในพื้นที่สัมปทานเพื่อแลกกับเงินค่าตอบแทน

¹⁷⁸ Ibid., p.14.

¹⁷⁹ Ibid., p.16.

¹⁸⁰ Ibid., p.15.

บริษัท Acaverde ยังระบุว่า เมือง Acapulco ล้มเหลวต่อการจัดหาที่ดินเพื่อให้บริษัทได้ดำเนินการทิ้งขยะ หรือทำสัญญาเช่าที่ทิ้งขยะแห่งใหม่โดยไม่มีค่าตอบแทน ภายใต้สัญญาสัมปทานระบุให้เมือง Acapulco จัดหาที่ทิ้งขยะถาวรโดยไม่คิดค่าเช่ากับบริษัท ซึ่งที่ดินที่กำหนดนั้นบริษัทได้ไปสำรวจและตรวจสอบแล้ว แต่เมือง Acapulco ก็ไม่ดำเนินการแต่อย่างใด จนกระทั่งบริษัทต้องจัดหาที่ทิ้งขยะชั่วคราว รวมทั้งอนุญาตให้เมืองใช้เป็นี่ทิ้งขยะ ซึ่งพื้นที่ดังกล่าวอยู่นอกเขตสัมปทาน¹⁸¹

หลังจากบริษัท Acaverde ให้บริการกำจัดขยะมากกว่า 27 เดือน บริษัทได้จัดทำใบแจ้งหนี้เรียกเก็บเงินเมือง Acapulco รวมทั้งสิ้น NP 49 ล้าน ซึ่งเมืองชำระหนี้เพียง NP 2,225,000 และ Banco Nacional de Obras y Servicios Publicos, S.N.C. (ธนาคาร Banobras) ในฐานะผู้ให้สินเชื่อเพื่อรับประกันการชำระเงินของเมือง Acapulco ภายใต้สัญญาสัมปทาน¹⁸² ชำระหนี้เพียง NP 4.9 ล้าน ซึ่งสรุปได้ว่าใบแจ้งหนี้จำนวนร้อยละ 80 ไม่ได้รับการชำระหนี้

บริษัท Acaverde ได้นำคดีขึ้นฟ้องธนาคาร Banobras ต่อศาลสหพันธ์เม็กซิโกในข้อหาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการให้สินเชื่อ ซึ่งคดีนี้ถูกยกฟ้อง ต่อมาบริษัทอุทธรณ์แต่คดีก็ถูกยกฟ้องเช่นกัน บริษัท Acaverde จึงเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อ 17 ของสัญญาสัมปทาน เพื่อดำเนินการต่อเมือง Acapulco (การอนุญาโตตุลาการ CANACO)^{**} ซึ่งภายหลังกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ยุติลง

ต่อมาเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ.2000 คดีนี้จึงได้นำขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการ ICSID เนื่องจากคำฟ้องของบริษัท Acaverde ถูกยกฟ้อง และการอนุญาโตตุลาการ CANACO ก็ยุติลง โดยไม่มีการตัดสิน¹⁸³

¹⁸¹ Ibid., p.18-19.

^{*} "NP" refers to Mexican New Pesos,

¹⁸² Ibid., p.16.

^{**} "CANACO" refers to the Permanent Commission of Commercial Arbitration of the National Chamber of Commerce.

¹⁸³ Ibid., p.24.

ผู้ร้องระบุว่า ความล้มเหลวในการดำเนินงานของบริษัท Acaverde เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น ระดับมลรัฐ และระดับสหพันธ์ รวมทั้งจากศาลและคณะอนุญาโตตุลาการของเม็กซิโก โดยเหตุการณ์ทั้งหลายที่เกิดขึ้นถือเป็นผู้ถูกร้องละเมิดต่อพันธกรณีที่มีต่อผู้ลงทุนสหรัฐอเมริกาภายใต้ความตกลง NAFTA ข้อ 1110 หรือภายใต้ข้อ 1105(1) ผู้ร้องจึงขอคิดค่าเสียหายเป็นจำนวนมากกว่า 36 ล้านดอลลาร์สหรัฐ นอกจากนี้ยังขอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการยกเลิกสัญญาสัมปทานคิดเป็นเงินประมาณ 630,000 เหรียญดอลลาร์สหรัฐ¹⁸⁴

ในนามผู้ถูกร้อง

ผู้ถูกร้องไม่ได้ปฏิเสธว่าการกระทำของเมือง Acapulco และมลรัฐ Guerrero นั้น ถือว่าไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในบทที่ 11 ของความตกลง NAFTA นอกจากนี้ข้อพิพาทยังเกิดจากการกระทำของธนาคาร Banobras ซึ่งมีรัฐบาลเม็กซิโกเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วน รวมทั้งยังเป็นผู้ควบคุมธนาคารดังกล่าวด้วย ตามคำบอกกล่าวของผู้อำนวยการภูมิภาคของธนาคาร Banobras ในมลรัฐ Guerrero ระบุว่าวัตถุประสงค์ทั่วไปของธนาคารคือ “เพื่อส่งเสริมและดำเนินการด้านการเงินของรัฐบาลระดับสหพันธ์ มลรัฐ และเทศบาลของประเทศ” สำหรับคณะอนุญาโตตุลาการแล้วยังมีประเด็นที่สงสัยว่าธนาคาร Banobras เป็นองค์กรของเม็กซิโก ภายใต้นิยามข้อ 4 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ [The International Law Commission (ILC)] ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐต่อการกระทำละเมิดในทางระหว่างประเทศ (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) หุ้นในธนาคาร Banobras แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนภาครัฐและส่วนเอกชน แม้ธนาคารจะมีผู้ถือหุ้นรายใหญ่และผู้ควบคุมคือรัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นองค์กรของรัฐ รวมทั้งข้อตกลงของธนาคารที่ทำกับเมืองและมลรัฐเรื่องวงเงินสินเชื่อ นั้นธนาคารก็ไม่ได้กระทำในฐานะผู้มีอำนาจของรัฐบาลภายใต้นิยามข้อ 5 ของคณะกรรมการ ILC ดังนั้นธนาคาร Banobras จึงไม่ใช่องค์กรของรัฐที่กระทำ “ภายใต้คำแนะนำ หรือการควบคุมของ” มลรัฐ หรือเมืองในการปฏิบัติการชำระเงินให้บริษัท Acaverde ภายใต้สัญญาสัมปทาน จึงถือได้ว่าธนาคาร Banobras กระทำสอดคล้องต่อวัตถุประสงค์ของความตกลง NAFTA

¹⁸⁴ Ibid., p.36,25.

เม็กซิโกแย้งใน 3 ประเด็น ประเด็นแรก ผู้ถูกร้องปฏิเสธว่าผู้ร้องไม่ได้อยู่ในฐานะของผู้ลงทุน ตามวัตถุประสงค์ของบทที่ 11 เนื่องจากผู้ร้องไม่ได้เป็นผู้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการลงทุนใน เม็กซิโก ซึ่งผู้ถือหุ้นโดยตรงคือ บริษัท Acaverde ดังนั้นผู้ร้องจึงไม่ใช่คู่สัญญาตามความตกลง NAFTA ประเด็นที่สอง ผู้ถูกร้องไม่ปฏิเสธว่ามีการละเมิดต่อสัญญาสัมปทานโดยเมือง Acapulco แต่เม็กซิโกขอปฏิเสธว่าการละเมิดเหล่านี้ในแง่ส่วนตัว หรือส่วนรวมไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1105 ประเด็นที่สาม ผู้ถูกร้องปฏิเสธว่ามีการ เว้นคืนการลงทุนทั้งทางตรง หรือทางอ้อมในธุรกิจของบริษัท Acaverde ตามความตกลง NAFTA ข้อ 1110¹⁸⁵

3.12.3 ประเด็นข้อกฎหมาย

คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่า การกระทำของเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero และธนาคาร Banobras เป็นการกระทำตามอำเภอใจ ขาดกระบวนการที่ชอบด้วย กฎหมาย และทำให้การลงทุนเกิดความเสียหายหรือไม่ รวมทั้งการที่บริษัท Acaverde ถูก ปฏิเสธความยุติธรรมอันเนื่องมาจากการกระทำของเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero และ ธนาคาร Banobras ถือเป็นอุปสรรคต่อกระบวนการยุติธรรมทางศาล และการอนุญาโตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานหรือไม่¹⁸⁶ การลงทุนของบริษัท Acaverde ในเมือง Acapulco ถูกเวนคืนโดยเมือง หรือถือว่าการเวนคืนจากการกระทำของเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero และธนาคาร Banobras อันเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA หรือไม่¹⁸⁷

3.12.4 เหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการตัดสินและคำตัดสิน

ในชั้นแรกคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาการกระทำทั้งหลายของเจ้าหน้าที่เม็กซิโก แยกเป็นแต่ละราย

¹⁸⁵ Ibid., p.25-26.

¹⁸⁶ Ibid., p.30.

¹⁸⁷ Ibid., p.51-52.

ก่อนจะพิจารณาข้อเท็จจริงอื่น ๆ คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวถึงเหตุการณ์ที่เป็นเบื้องหลังของคดี กรณีที่เม็กซิโกประสบวิกฤตทางการเงินโดยเริ่มตั้งแต่เดือนธันวาคม ค.ศ.1994 ซึ่งค่าเงินลดลงอย่างมากและคงสภาพต่อเนื่องมาหลายปี ในช่วงดังกล่าวค่าเงินเปโซลดลงเหลือครึ่งหนึ่ง อัตราภาวะเงินเฟ้ออยู่ที่ร้อยละ 38 ซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างมากกับรายได้ของสหพันธ์ มลรัฐ และเทศบาล สำหรับผลกระทบต่อเมือง Acapulco คือ จำนวนนักท่องเที่ยวลดลงอย่างมาก แต่สภาวะทางการเงินภายใต้พันธกรณีสัญญาสัมปทานกลับเพิ่มสูงขึ้น¹⁸⁸

คำร้องประเด็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1105

ประเด็นการกระทำของธนาคาร Banobras

ในคำร้อง Waste Management ระบุว่าการกระทำของธนาคาร Banobras ถือเสมือนว่าเป็นการกระทำของเม็กซิโกตามวัตถุประสงค์ของความตกลง NAFTA อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าธนาคารไม่ได้กระทำละเมิดต่อข้อ 1105 เนื่องจากข้อตกลงวงเงินสินเชื่อเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ.1995 ธนาคาร Banobras ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน ดังนั้นจึงไม่ต้องถูกบังคับในเรื่องวงเงินสินเชื่อ อีกทั้งธนาคารก็ไม่ถือว่าเป็นแหล่งหรือกลไกในการชำระเงินเป็นรายเดือนสำหรับค่าบริการกำจัดขยะให้แก่บริษัท Acaverde โดยธนาคารจำกัดวงเงินรับประกันที่ NP 6 ล้าน ดังนั้นธนาคารจึงไม่มีพันธกรณีที่ต้องชำระเงินให้บริษัท Acaverde เกินวงเงินรับประกัน

ต่อมาปรากฏว่าธนาคาร Banobras ชำระเงินให้แก่บริษัท Acaverde เป็นจำนวนทั้งสิ้นเกือบ NP 5 ล้าน ซึ่งจำนวนเงินดังกล่าว เมือง Acapulco ก็ไม่ได้นำมาชำระคืนให้ธนาคาร ณ เวลาที่บริษัท Acaverde ขอยกเลิกการให้บริการเมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ.1997 ในขณะที่เดียวกับธนาคาร Banobras ได้เจรจากับคู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ เพื่อเปลี่ยนแปลงการจัดการเรื่องการชำระหนี้ซึ่งอาจส่งผลให้การกระจายรายได้ของสหพันธ์ไปยังมลรัฐ Guerrero และเมือง Acapulco ลดลง เนื่องจากวิกฤตการณ์การเงินสาธารณะ บทบาทของธนาคารจึงเป็นเพียงตัวกลางในการจัดเจรจาเท่านั้น ซึ่งความล้มเหลวจากการเจรจาดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นความผิดของธนาคาร

¹⁸⁸ Ibid., p.36.

จากเหตุผลทั้งหลายข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธคำร้องที่ว่าเม็กซิโกละเมิด ข้อ 1105(1) จากการกระทำของธนาคาร Banobras¹⁸⁹

ประเด็นการกระทำของมลรัฐ Guerrero

แม้ผู้ร้องจะกล่าวหาว่าตัวแทนของมลรัฐ Guerrero มีส่วนพัวพันต่อการละเมิดสัญญาสัมปทาน แต่มลรัฐ Guerrero ก็ไม่ถือว่าเป็นคู่สัญญา หรือผู้รับประกัน เมื่อพิจารณาถึงหลักฐานประกอบแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามลรัฐ Guerrero ไม่ได้ละเมิดต่อเงื่อนไขใน ข้อ 1105(1) ของความตกลง NAFTA¹⁹⁰

ประเด็นการกระทำของเมือง Acapulco

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหลักฐานที่ผู้ร้องนำมาแสดงไม่อาจทำให้สรุปได้ว่าเมือง Acapulco กระทำตามอำเภอใจหรือกระทำในสิ่งที่ไม่ยุติธรรม แต่สิ่งที่ถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่คือ ความล้มเหลวในการชำระเงิน จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การที่เทศบาลปฏิเสธการชำระเงินไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 เนื่องจากไม่เป็นการยุติบริการ และยังมี การเยียวยาที่เปิดกว้างให้เจ้าหน้าที่แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ความล้มเหลวในการชำระเงินในคดีนี้อาจอธิบายได้ว่า เป็นผลจากวิกฤตทางการเงินที่เป็นประเด็นสำคัญที่ทำให้เมือง Acapulco ไม่อาจชำระหนี้ได้ จึงไม่ถือเป็นการกระทำตามอำเภอใจ

การเยียวยาในประเทศแก่ผู้ลงทุนสำหรับการละเมิดสัญญา รัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายจะสามารถกระทำให้สอดคล้องกับข้อ 1105(1) ได้หรือไม่นั้น หากปรากฏว่าไม่สามารถกระทำได้ บทที่ 11 จะทำหน้าที่เป็นกลไกเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมสำหรับการจัดเก็บหนี้และวัตถุประสงค์ตามสัญญาสาธารณะ

¹⁸⁹ Ibid., p.37-38.

¹⁹⁰ Ibid., p.38.

จากเหตุผลทั้งหลาย คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการละเมิดต่อสัญญา นั้น ไม่ถึงขั้นที่เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105(1) ของความตกลง NAFTA¹⁹¹

ประเด็นกระบวนการทางกฎหมายของเม็กซิโก

1. กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ.1999 ที่ปรึกษาของบริษัท Acaverde ได้มีหนังสือไปยังคณะอนุญาโตตุลาการ CANACO เพื่อให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการกับเทศบาลเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero แต่องค์กรทั้งสองได้รับการคุ้มครองสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ต่อมาคำร้องได้ถูกส่งคืนแก่บริษัทเมื่อวันที่ 14 กันยายน ค.ศ.1999

ในส่วนของ CANACO ไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ แต่มีหน้าที่คือ อำนวยความสะดวกแก่ขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ สำหรับประเด็นการสมรู้ร่วมคิดระหว่าง CANACO และเมือง Acapulco ต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือการเลือกปฏิบัติต่อบริษัท Acaverde นั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่พบหลักฐานใดที่เป็นการสนับสนุนข้อกล่าวหาดังกล่าว แม้ CANACO จะกำหนดให้วางเงินล่วงหน้าจำนวนมากสำหรับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการแต่ก็พอเข้าใจได้ว่าคดีนี้เป็นคดีสำคัญและมีความซับซ้อน จากหลักฐานที่คณะอนุญาโตตุลาการตรวจสอบแล้วพบว่า CANACO กระทำอย่างเหมาะสมและปราศจากอคติตั้งตัวอย่างคือ การที่ CANACO ปฏิเสธการยื่นคำร้องของทนายความเมือง Acapulco ที่ให้พิจารณาเขตอำนาจในการพิจารณาเบื้องต้นนั้น CANACO ได้มีคำตัดสินโดยระบุว่า CANACO มีเขตอำนาจในการรับคดีไว้พิจารณาได้¹⁹² แม้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะไม่ได้ดำเนินต่อไปจนได้ข้อสรุป แต่ก็พออนุมานได้จากคำตัดสินของศาลสหพันธ์และศาลมลรัฐว่า ผู้ร้องไม่อาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อเมือง Acapulco ได้ ซึ่งผู้ร้องก็ไม่ได้คัดค้านในประเด็นนี้ ในคดีนี้คณะ

¹⁹¹ Ibid., p.41-42.

¹⁹² Order of Permanent Arbitration Commission, National Chamber of Commerce of Mexico City, 18 June 1998.

อนุญาตตุลาการเห็นว่าการยุติการอนุญาตตุลาการของ CANACO ในประเด็นปัญหาด้านการเงินไม่ถือว่าผู้ถูกร้องกระทำละเมิดในทางระหว่างประเทศ¹⁹³

2. กระบวนการทางศาลสหพันธ์

เมื่อเดือนมกราคม ค.ศ.1997 บริษัท Acaverde นำคดีขึ้นสู่ศาลสหพันธ์ของเม็กซิโกเพื่อฟ้องร้องต่อธนาคาร Banobras ในข้อหาการไม่ชำระเงินตามใบแจ้งหนี้ปี ค.ศ.1996 ภายใต้ข้อตกลงการให้สินเชื่อ ต่อมาเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ.1998 บริษัทได้ยื่นฟ้องต่อธนาคาร Banobras ในข้อหาการไม่ชำระเงินตามใบแจ้งหนี้ปี ค.ศ.1997 แม้บริษัท Acaverde จะไม่ใช่คู่สัญญาในข้อตกลงการให้สินเชื่อภายใต้กฎหมายเม็กซิโก แต่บริษัทก็สามารถยื่นฟ้องคดีได้เนื่องจากเป็นผู้รับประโยชน์ตามข้อตกลงดังกล่าว¹⁹⁴

กระบวนการทั้ง 2 คดี สรุปในตารางดังต่อไปนี้¹⁹⁵

	กระบวนการพิจารณาคดีที่ 1	กระบวนการพิจารณาคดีที่ 2
วันฟ้องคดี	วันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1997	วันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1998
ข้อหา	ผิดสัญญาชำระหนี้เดือน พฤษภาคมถึงเดือนธันวาคม ค.ศ. 1996	ผิดสัญญาชำระหนี้เดือน มกราคมถึงเดือนตุลาคม ค.ศ. 1997
จำนวนทุนทรัพย์	ประมาณ NP 15 ล้าน	ประมาณ NP 22 ล้าน
คำพิพากษาในศาลชั้นต้น	คำฟ้องถูกยกเนื่องจาก (ก) ผู้ร้องไม่ได้พิสูจน์ว่าการที่ เมืองAcapulco ไม่ชำระเงิน เป็นเพราะขาดสภาพคล่อง (ข) ใบแจ้งหนี้ไม่ได้จัดส่งใน รูปแบบตามที่กำหนดโดยเมือง	ศาลมีคำสั่งยกคำฟ้อง เนื่องจาก เป็นข้อพิพาทในสัญญา สัมปทานและบริษัท Acaverde ต้องจัดให้มีการอนุญาตตุลาการ เพื่อระงับข้อพิพาทกับเมือง Acapulco ภายใต้ข้อ 17 ของ

¹⁹³ Ibid., p.43-44.

¹⁹⁴ Ibid., p.44.

¹⁹⁵ Ibid., p.46.

	Acapulco ในข้อตกลงวงเงิน สินเชื่อ	สัญญาสัมปทาน คดีนี้ยกฟ้อง เพราะต้องการให้ผู้ร้องไปร้องคดี กับองค์กรที่ถูกต้อง
ชั้นอุทธรณ์	ศาลฎีกาเสกการอุทธรณ์ เนื่องจาก (ก) วงเงินสินเชื่อใช้เฉพาะ กรณีที่ถูกนี้ขาดสภาพคล่อง (ข) ผู้ร้องล้มเหลวในการ พิสูจน์เรื่องใบแจ้งหนี้และการ รับรองใบแจ้งหนี้ (ค) เมื่อวันที่ 13 กันยายน ค.ศ. 1996 ธนาคาร Banobras รับหนังสือแจ้งอย่างเป็นทางการ เกี่ยวกับกรณีพิพาทระหว่าง เมือง Acapulco และบริษัท Acaverde จากการทำเมืองไม่ ชำระหนี้ไม่ใช้กรณีนี้เมืองขาด สภาพคล่อง	ศาลฎีกาเสกการอุทธรณ์ เนื่องจากผู้ร้องร้องต่อหน่วยงาน ไม่ถูกต้อง
การฟ้องคดีตามกฎหมาย รัฐธรรมนูญ (Ampro)*	ศาลฎีกาเสกคำฟ้อง แม้ว่าศาล ล่างจะตีความสัญญาวงเงิน สินเชื่อผิดพลาด แต่บริษัท Acaverde ไม่ได้พิสูจน์เรื่อง ใบแจ้งหนี้และการรับรอง ใบแจ้งหนี้	ศาลฎีกาเสกคำฟ้อง แม้ผู้ร้องจะ มีสิทธิฟ้องตามมาตรา 14 และ มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญประเด้น กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงเมื่อ ค.ศ. 1996 (ภายหลังจากที่ข้อตกลง วงเงินสินเชื่อได้บทสรุปแล้ว) แต่ ผู้ร้องกลับยอมปฏิบัติตามข้อตกลง เดิมโดยเริ่มและกระทำการ ฟ้องร้องอย่างต่อเนื่อง

*Ampro refers to a constitutional action

ประเด็นการปฏิเสธความยุติธรรม

จากการพิจารณาถึงคำตัดสินในระบบทางกฎหมายที่แตกต่างกันข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำตัดสินของศาลต่างๆไม่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมดังแนวทางที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี NAFTA ระบุไว้โดยเฉพาะในคดี Azinian^{*} คดี Mondev^{**} คดี ADF^{***} และคดี Loewen^f

คำตัดสินของศาลเม็กซิโกไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือไม่เป็นธรรม อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีการเลือกปฏิบัติกับบริษัทต่างชาติที่เป็นเจ้าของบริษัท Acaverde และไม่ปรากฏหลักฐานที่แสดงถึงความล้มเหลวต่อกระบวนการที่ขอด้วยกฎหมาย

ผู้ร้องกล่าวหาว่ากลยุทธ์ในการฟ้องร้องที่เมือง Acapulco นำมาใช้ นั่นถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและฝ่าฝืนต่อข้อ 1105 คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเมือง Acapulco เป็น

^{*} In Azinian the tribunal also addressed whether the Claimants could have successfully pursued a denial of justice claim. It said: "A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way.... There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law [which]...overlaps with the notion of 'pretence of form' to mask a violation of international law." However, in the view of the tribunal, the findings of the Mexican courts could not "possibly be said" to be in any way a denial of justice, Azinian, Davitian & Baca v. United Mexican States, Award of 1 November 1999, 5 ICSID Reports 269, 290 (paras. 102-103).

^{**} Mondev International Limited v. United States of America, Award of 11 October 2002, 6 ICSID Reports 192.

^{***} The ADF Tribunal, rejecting the investor's submission that a federal administrative body had acted ultra vires in its interpretation of the measures in question, the Tribunal said,

"...even had the investor made out a prima facie basis for its claim, the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the US measures...under US internal administrative law. We do not sit as a court with appellate jurisdiction....The Tribunal would emphasize, too, that even if the US measures were somehow shown or admitted to be ultra vires under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1)...[S]omething more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render and act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)...". ADF Group Inc. v. United States of America, Award of 9 January 2003, (para. 190). Nor was the authority's refusal to follow prior rulings "grossly unfair or unreasonable" on the facts presented by the investor.

^f The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Award of 26 June 2003, (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3). For the Tribunal's discussion of Article 1105 and the FTC interpretation see *ibid.*, paras.124-128.

คู่พิพาท อีกทั้งไม่มีหลักฐานที่แสดงว่าเมือง Acapulco สมรู้ร่วมคิดกับ CANACO หรือศาลสหพันธ์แต่อย่างใด สำหรับคดีนี้ต่างกับคดี Loewen ที่ศาลชั้นต้นละเลยต่อการแสดงข้อมูลของทนายความอีกฝ่ายจึงเป็นเหตุนำมาซึ่งการปฏิเสธความยุติธรรม¹⁹⁶ ในคดีนี้ไม่ปรากฏหลักฐานว่ามีสถานการณ์ดังที่ปรากฏกับคดี Loewen แต่อย่างใด¹⁹⁷

แม้คณะอนุญาโตตุลาการ CANACO จะเป็นเพียงช่องทางเดียวที่อาจเยียวยาความเสียหายให้แก่บริษัท Acaverde โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่คำร้องดังกล่าวก็ต้องยุติลงและคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105

จากเหตุผลทั้งหลายทำให้คำร้องในประเด็นข้อ 1105(1) ต้องถูกยกคำร้อง¹⁹⁸

คำร้องประเด็นการเวนคืนในข้อ 1110 ความตกลง NAFTA

ผู้ร้องระบุว่าบริษัท Acaverde ที่ดำเนินธุรกิจในเมือง Acapulco ถูกเวนคืนกิจการโดยเมือง Acapulco หรือเป็นการกระทำร่วมกันของเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero และธนาคาร Banobras อันเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA ความล้มเหลวในการชำระเงินภายใต้สัญญาสัมปทานของเมือง Acapulco ถือเสมือนว่าเป็นการเวนคืน ตามทัศนะของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องของผู้ร้องต้องการแสดงให้เห็นว่ามีการเวนคืนกิจการทั้งหมดของบริษัท Acaverde แต่ในความเป็นจริงแล้วอาจมีการเวนคืนสินทรัพย์เพียงบางอย่างเท่านั้น¹⁹⁹

คดี Metalclad Corporation v. United Mexican States เป็นอีกคดีหนึ่งที่เกิดข้อพิพาทจากสัญญาสัมปทานและประสบกับการต่อต้านของประชาชนในท้องถิ่นอย่างรุนแรง ในคดีดังกล่าวผู้ร้องกล่าวหาว่าเม็กซิโกโดยการกระทำของรัฐบาลมลรัฐ San Luis Potosi และเทศบาล

¹⁹⁶ Ibid., paras.119-123.

¹⁹⁷ Ibid., p.47-48.

¹⁹⁸ Ibid., p.49.

¹⁹⁹ Ibid., p.52.

เมือง Guadalupe เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 และ ข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA เนื่องจากการเข้าแทรกแซงการพัฒนาและการดำเนินการในที่ซึ่งขณะอันตรา

คณะอนุญาโตตุลาการสรุปขอบเขตของข้อ 1110 ดังนี้

“การเวนคืนภายใต้ความตกลง NAFTA หมายความว่า เจตนาที่ต้องการยึดทรัพย์สิน อาทิ เช่น การยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย หรืออย่างเป็นทางการ หรือ บังคับให้ออนไลน์ในนามของ รัฐผู้รับการลงทุน รวมทั้งเจตนาซ่อนเร้น หรือการเข้าแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินโดยมี ผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของทั้งหมด หรือบางส่วน จากการคาดหวังถึงผลตอบแทนที่ เจ้าของพึงได้จากทรัพย์สินนั้น”

คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Metalclad ถือว่าเม็กซิโกยินยอมให้เจ้าหน้าที่เทศบาล ราชการขาดช่วงการก่อสร้างที่ทิ้งขยะ แม้ว่า จะได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่สหพันธ์แล้ว เม็กซิโกจึงต้องรับผิดชอบต่อมาตรการที่เสมือนว่าเป็นการเวนคืนการลงทุนของบริษัท Metalclad อันเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 นอกจากนี้การที่เจ้าหน้าที่เทศบาลปฏิเสธใบอนุญาตก่อสร้างแม้ จะได้รับการยินยอมจากสหพันธ์แล้ว ก็ถือเสมือนว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม คณะ อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าพระราชกฤษฎีการะบบนิเวศที่กำหนดให้พื้นที่บริเวณดังกล่าวได้รับการ ยกเว้นจากการนำไปใช้ตามสัญญาสัมปทานจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เสมือนเป็นการ เวนคืนและเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110²⁰⁰

สำหรับในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการไม่ต้องการที่จะสรุปความหมายของวลี “มาตรการ ที่เสมือนว่าเป็น...การเวนคืน” ในข้อ 1110 เนื่องจากแต่ละคดีต้องคำนึงถึงสถานการณ์ตาม ความเป็นจริง และวัตถุประสงค์ของมาตรการที่นำมาใช้ สำหรับคดีนี้ไม่มีประเด็นเรื่อง “การ บังคับเอาทรัพย์สิน” (regulatory taking) แต่ก็มีประเด็นว่าการกระทำทั้งหลายขององค์กรต่างๆ ของเม็กซิโกมีผลเป็นการเวนคืนบริษัททั้งหมด หรือบางส่วนหรือไม่²⁰¹

²⁰⁰ Ibid., p.57.

²⁰¹ Ibid., p.58.

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่ากรณีที่รัฐบาลกระทำไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสัญญา ไม่เป็นสิ่งที่เทียบเท่า หรือเสมือนว่าเป็นการเวนคืน ในคดีนี้ผู้ร้องไม่ได้สูญเสียสิทธิตามสัญญา การละเมิดต่อสัญญาไม่อาจนำมาพิจารณาว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA ได้ สิ่งที่สำคัญคือ ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นถึงการปฏิเสธสิทธิที่ไม่ให้มีการเยียวยาแก่ผู้ร้อง ซึ่งส่งผลกระทบต่ออันเป็นการขัดขวางต่อการลงทุนของผู้ร้องทั้งหมด หรือบางส่วน²⁰²

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการปฏิเสธการชำระเงินของผู้ถูกร้องยังไม่ได้ข้อยุติ แต่เนื่องจากเป็นการละเลยและเป็นความล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานเท่านั้น จากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นไม่อาจถือว่าการเวนคืนสิทธิตามสัญญาสัมปทาน

ในทัศนะของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่ถือเป็นหน้าที่ของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะขจัดความเสี่ยงทางการค้าตามปกติของผู้ลงทุนต่างชาติ หรือการกำหนดให้เม็กซิโกชำระค่าทดแทนอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของธุรกิจ การที่บริษัทล้มเหลวจากข้ออ้างว่าถูกเวนคืนนั้น ไม่ใช่เพียงเพราะการไม่ได้รับการชำระหนี้ หรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสัญญา หากเกิดเหตุการณ์ที่ผู้ร้องไม่ได้รับความยุติธรรม หรือประสบปัญหาเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลก็อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างได้ แต่ในคดีนี้ไม่มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นและไม่อาจถือได้ว่าเม็กซิโกกระทำละเมิดต่อข้อ 1110

จากเหตุผลทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่พบว่าเม็กซิโกเวนคืนทรัพย์สิน สินทรัพย์ หรือการลงทุน หรือใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับเป็นการเวนคืนภายใต้นิยามของความตกลง NAFTA ข้อ 1110 แก่บริษัท Waste Management ดังนั้นคำร้องของผู้ร้องประเด็นข้อ 1110 ต้องตกไปเช่นเดียวกับประเด็นข้อ 1105²⁰³

คณะอนุญาโตตุลาการมีคำตัดสินเป็นเอกฉันท์ดังนี้

(ก) คณะอนุญาโตตุลาการรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาภายใต้บทที่ 11 ของความตกลง NAFTA

(ข) การกระทำของผู้ถูกร้องตามที่บรรยายมาในคำร้องไม่ถือเป็นการละเมิดข้อ 1105

หรือ

²⁰² Ibid., p.66-67.

²⁰³ Ibid., p.67.

ข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA

(ค) คำร้องของบริษัท Waste Management ถูกยกทั้งหมด

(ง) คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องรับภาระค่าใช้จ่าย รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการ
อนุญาตตุลาการ²⁰⁴



ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁰⁴ Ibid., p.69.

3.13 วิเคราะห์มุมมองของคู่กรณี

3.13.1 ประเทศผู้ลงทุน (Home Country)

ประเทศพัฒนาแล้วระบุว่าผู้ลงทุนต่างชาติต้องได้รับการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นมาตราฐานที่สูงกว่าที่รัฐผู้รับการลงทุนให้แก่คนชาติของตน²⁰⁵ มาตราฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศนี้ถือเป็นหลักทั่วไปที่นำมาปรับใช้กับการปฏิบัติต่อคนชาติ โดยมาตราฐานนี้มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติ จากคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีระบุว่ามาตราฐานขั้นต่ำเป็นสิ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องนำมาปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ มาตราฐานขั้นต่ำถือเป็นมาตราฐานที่ประเทศพัฒนาแล้วต้องการให้ประเทศกำลังพัฒนานำมาใช้ปฏิบัติต่อการลงทุน ซึ่งเป็นการยากสำหรับประเทศกำลังพัฒนา ความล้มเหลวในการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำก่อให้เกิดการกระทำละเมิดของรัฐ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดทางตรงมักเป็นผลมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการละเมิดทางอ้อมเป็นผลมาจากการจลาจล ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศพัฒนาแล้วและผู้ลงทุนของตนจึงได้มีการนำจารีตการปฏิบัติมากำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 สหรัฐอเมริกาได้ออกบทความเพื่อสนับสนุนแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนต่างชาติ หรือการทำลายทรัพย์สินของคนต่างชาติ โดยการใช้อำนาจของรัฐ หรือการละเลยการให้ความคุ้มครองของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งบทความดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการขยายความไปสู่การคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศด้วย

สหรัฐอเมริกายืนยันว่าต้องมีมาตราฐานเพื่อเป็นหลักปฏิบัติต่อคนต่างชาติ แต่ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกายังคงปฏิเสธการมีอยู่ของมาตราฐานดังกล่าว ซึ่งเท่ากับว่าประเทศกลุ่มละตินอเมริกาไม่ยอมรับมาตราฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศในเรื่องการปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติ²⁰⁶

²⁰⁵ E.Borchard, "The Minimum Standard of Treatment of Aliens" (1940) 38 Mich LR 445; A. Roth, The Minimum Standard of International Law as Applied to Aliens (1949).

²⁰⁶ F.V. Garcia-Amador, The Changing Law of International Claims (1984), p.356-361.

ในบริบทความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาทางด้านการลงทุนและการกล่าวอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นกลไกที่สหรัฐอเมริกาใช้เพื่อคุ้มครองเศรษฐกิจในภูมิภาค แต่มุมมองของกลุ่มละตินอเมริกาเห็นว่าสหรัฐอเมริกาพยายามใช้อิทธิพลเพื่อกดดันกลุ่มละตินอเมริกาในประเด็นการลงทุนของต่างประเทศ²⁰⁷

3.13.2 ประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country)

ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศระบุว่าผู้ลงทุนต่างชาติพึงได้รับสิทธิสูงสุดเพียงเท่าที่ให้กับคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนเท่านั้น ในช่วงยุคปีค.ศ. 1970 ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกาล้วนปฏิเสธการนำหลักเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำมาใช้ในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ

ภายหลังยุคปลดปล่อยอาณานิคมของประเทศในแอฟริกาและในเอเชีย กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าควรให้การปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำแก่ทรัพย์สินของต่างชาติ เมื่อสิ้นสุดยุคอาณานิคมแล้วจึงมีความจำเป็นต้องหามาตรการที่ใช้คุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อยุติการใช้กำลังในการระงับข้อพิพาทเหมือนในอดีต รัฐต่างๆที่ได้รับเอกราชโดยเฉพาะในกลุ่มประเทศละตินอเมริกาต่างก็ปฏิเสธหลักเกณฑ์เรื่องการปฏิบัติตามมาตราฐานขั้นต่ำ ต่อมาประเทศในแถบเอเชียและแอฟริกาได้เข้าร่วมต่อต้านการใช้มาตราฐานนี้ด้วย

ต่อมานักกฎหมายชาวละตินอเมริกาได้ออกมาได้แย้งว่าคนต่างชาติได้รับสิทธิและเอกสิทธิ์ที่กำหนดให้โดยกฎหมายภายในเท่านั้น และศาลภายในที่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้ หลักการนี้ถือได้ว่าเป็นการขัดขวางต่อมาตรฐานการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ สำหรับวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของมาตรฐานขั้นต่ำคือ เพื่อคุ้มครองชีวิตและเสรีภาพของคนต่างชาติหากเกิดสถานการณ์ความไม่สงบซึ่งมักจะเกิดขึ้นบ่อยๆในบางประเทศ²⁰⁸ แต่วัตถุประสงค์ข้างต้น

²⁰⁷ C.Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and twentieth Centuries* (1985).

²⁰⁸ M.W. Gordon, *The Cuban Nationalisations* (1973).

กลับถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการคุ้มครองการลงทุนของต่างประเทศ ซึ่งอาจทำให้วัตถุประสงค์กลายเป็นการควบคุมสถาบันทางเศรษฐกิจที่ประเทศกำลังพัฒนาพยายามปฏิรูปในแนวทางของตน²⁰⁹

ประเทศกลุ่มละตินอเมริกามีทัศนะว่าผู้ลงทุนต่างชาติต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเพียงอย่างเดียวและจะไม่ได้รับการคุ้มกันจากมาตรการอื่นใดที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้

นักกฎหมายของประเทศกลุ่มละตินอเมริกาต่างปฏิเสธเรื่องการคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติ เพราะมีความเห็นว่าการคุ้มครองการลงทุนของต่างประเทศควรถูกกำหนดโดยระบบกฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุนเท่านั้น ในอดีตสหรัฐอเมริกาที่มีแนวคิดสนับสนุนหลักการข้างต้นเนื่องจากเป็นฝ่ายรับการลงทุนจากยุโรป ต่อมาเมื่อสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงบทบาทเป็นผู้ลงทุนในกลุ่มละตินอเมริกาจึงหันมาสนับสนุนการคุ้มครองการลงทุน

การเปลี่ยนแปลงหลักการของสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นการรับรองความมั่นคงและปลอดภัยให้แก่ผู้ลงทุนตามระบบการคุ้มครองการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ในคดีที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อความปลอดภัยของคนต่างชาติเป็นหลัก สำหรับกรณีของทรัพย์สินผู้ร้องกล่าวมาในคำร้องว่าการคุ้มครองต้องหมายรวมถึงความรวมถึงทรัพย์สินในการลงทุนด้วย

สำหรับประเทศกลุ่มละตินอเมริกาโต้แย้งว่าการเข้าแทรกแซงการครอบครองทรัพย์สิน โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับเศรษฐกิจต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน

ความขัดแย้งของสหรัฐอเมริกาและประเทศกลุ่มละตินอเมริกายังคงมีอยู่ต่อไป เนื่องจากสหรัฐอเมริกาต้องการยึดถือตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กลุ่มละตินอเมริกาต้องการยึดถือตามกฎหมายภายใน ต่อมาประเทศกลุ่มอาฟริกาและเอเชียก็เข้าร่วมกับประเทศกลุ่มละตินอเมริกาในการปฏิเสธหลักการเรื่องความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายของคนต่างชาติ กรณีการคุ้มครองการลงทุนทางตรงของคนต่างชาติ ซึ่งประเด็นนี้ทั้งประเทศพัฒนาแล้วและ

²⁰⁹ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), p.142.

ประเทศกำลังพัฒนายังไม่ได้ทำข้อตกลงระหว่างกัน เนื่องจากไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ*

ในสนธิสัญญาทวิภาคี ข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนปรากฏชัดเจนเรื่องการนำรูปแบบการคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนมาใช้ตามความต้องการของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว แต่ในความตกลงระดับพหุภาคี ประเทศกำลังพัฒนาพากันต่อต้านการคุ้มครองการลงทุนโดยระบุว่าไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดเอาไว้

สำหรับข้อพิพาทที่เม็กซิโกเวนคืนทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกา ใน Hull Formula กำหนดไว้ว่าการชดเชยต่อผู้ลงทุนต่างชาติสำหรับการเวนคืนทรัพย์สินนั้นต้องกระทำโดยพลัน เพียงพอและมีประสิทธิภาพ ซึ่งหลักเกณฑ์ข้างต้นถือเป็นการอธิบายถึงส่วนประกอบในมาตรฐานขั้นต่ำโดยมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายระหว่างประเทศพอสรุปได้ดังนี้²¹⁰

1) กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ให้สิทธิแก่คนต่างชาติในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจของรัฐอื่น แต่ในกรณีที่มีนโยบายของประเทศยินยอมให้คนต่างชาติเข้าไปทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจภายในได้ กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้คนต่างชาติได้รับการปฏิบัติทางการค้าด้วยความเท่าเทียมกัน

2) ตามกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดว่าคนต่างชาติพึงได้รับเอกสิทธิ์ในการเข้าร่วมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งประเทศผู้รับการลงทุนไม่อาจเข้ายึดทรัพย์สินของคนต่างชาติ หรือกีดขวางการครอบครองทรัพย์สินทั้งหมด หรือบางส่วนไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม

3) เมื่อคนต่างชาติได้รับสิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน กฎหมายระหว่างประเทศก็ทำหน้าที่คุ้มครองทรัพย์สินเหล่านั้นโดยไม่ให้ถูกเวนคืน โดยปราศจากการชดเชยอย่างเพียงพอ

ต่อมาเมื่อมีการนำ “มาตรฐานอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” มากำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนก็เกิดเป็นข้อโต้แย้งว่ามาตรฐานนี้จะเป็นมาตรฐานที่อยู่เหนือกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ

* This statement must follow from the universalisation of the Calvo doctrine by Article 2(2) (c) of the Charter of Economic Rights and Duties of States. The Article received the support of the vast majority of the developing states.

²¹⁰ A. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, (1949), p.185-186.

ระหว่างประเทศหรือไม่²¹¹ คณะกรรมการ NAFTA จึงทำหน้าที่ตีความเพื่อกำหนดว่า “มาตรฐานอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” ที่นำมาใช้ในความตกลง NAFTA นั้นไม่ถือว่าเป็นมาตรฐานที่อยู่เหนือกว่ามาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศตามที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ^{*}

ในท้ายที่สุดสิ่งที่ยากสำหรับการสรุปว่า ณ เวลาที่เกิดมีข้อพิพาท รัฐพึงมีความรับผิดชอบการลงทุนจากต่างประเทศอย่างไร เมื่อปรากฏว่าประเทศพัฒนาแล้วระบุว่าคนต่างชาติต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการลงทุน ซึ่งประเทศพัฒนาแล้วยืนยันว่ามีกฎหมายหลายฉบับของประเทศกำลังพัฒนาเข้าข่ายเป็นการเลือกปฏิบัติเรื่องเชื้อชาติ²¹²

3.14 วิเคราะห์บทบาท ICSID ในการตัดสินข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางการลงทุนเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยาก สลับซับซ้อน และคู่กรณีอาจมีฐานะที่แตกต่างกันตามกฎหมาย นักธุรกิจต่างชาติผู้ลงทุนจึงต้องพยายามหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการที่เป็นหลักประกันว่าข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างตนกับรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องระงับลงด้วยความยุติธรรม สะดวกและรวดเร็ว นอกจากนี้จะต้องมีหลักประกันว่าตนจะไม่ถูกยึดทรัพย์สินที่ลงทุนไปเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน โดยไม่ได้รับค่าตอบแทน หรือได้รับค่าชดเชยที่ไม่เป็นธรรม

ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่กรณีกรณีพิพาทเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เมื่อรัฐไม่สามารถทำความเข้าใจกันได้ก็จะนำข้อพิพาทนั้นเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทสำหรับศาลแล้วจึงมีหน้าที่ค้นหากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการวินิจฉัยคดี

²¹¹ Francis A. Mann, *Further Studies in International Law* (1990), p.234-251.

^{*} NAFTA Commission. The issue was raised in some NAFTA awards which conformed with the interpretative statement, once it was issued. The OECD also had earlier stated the view that 'fair and equitable treatment' is a standard which 'conforms in effect to the 'minimum standard' which forms part of customary international law.

²¹² M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), p.148.

ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ลงทุนนั้นอาจทำความเสียหายให้กับผู้ลงทุน แต่ขณะเดียวกันก็เป็นอุปสรรคขัดขวางการลงทุนจากต่างประเทศ หากมีข้อพิพาทและไม่มีการระงับข้อพิพาทที่ทำให้ผู้ลงทุนพึงพอใจก็คงไม่มีชาวต่างชาติปรารถนาจะเข้าไปลงทุนในประเทศที่มีปัญหาเหล่านั้น ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development) หรือ ธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งมีหน้าที่ประการหนึ่งคือ ส่งเสริมการลงทุน จึงได้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States 1965) ซึ่งทำขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา และมักเรียกกันว่าอนุสัญญากกรุงวอชิงตันฯ (SID Convention or Washington Convention) และอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 โดยอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุน (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes) เพื่อช่วยให้การไหลเวียนของเงินทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วไปสู่ประเทศที่กำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา หากประเทศด้อยพัฒนาหรือกำลังพัฒนาเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ โดยปรับปรุงบรรยากาศการลงทุนด้วยการมีศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนดังกล่าวอันเป็นหลักประกันในการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นเพื่อที่จะใช้บริการที่ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุน ซึ่งที่ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนนี้มีความเป็นกลางและไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของรัฐใด

ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนนี้ไม่ได้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเอง แต่จัดหาหรืออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสำหรับผู้ลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วและรัฐผู้รับการลงทุน โดยแต่ละรัฐทั้งรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐของผู้ลงทุนต้องเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว และการเป็นภาคีนั้นแต่ละรัฐมีสิทธิมีเสียงและมีส่วนร่วมในกระบวนการต่างๆ รวมทั้งการวางหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการและในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็รัฐเล็กหรือใหญ่ ไม่ว่าจะพัฒนาแล้วหรือกำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนาก็ตาม

ในอนุสัญญาวอชิงตันนี้ได้มีการระบุวัตถุประสงค์ไว้ในอารัมภบทว่าเกิดจากการต้องการแก้ปัญหาและขจัดอุปสรรคในการลงทุนซึ่งทำให้ผู้ลงทุนชาวต่างชาติขาดความมั่นใจและความไว้วางใจในการที่จะไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาอันส่งผลกระทบต่อ การเคลื่อนย้ายทุนไปสู่

ประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นเพื่อส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนข้ามชาติ ธนาคารโลกจึงต้องสร้างกลไกในการระงับข้อพิพาทที่เป็นกลาง เพื่อความยุติธรรมระหว่างคู่กรณีที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนคนชาติของรัฐอื่น โดยมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

1. เพื่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วไปสู่ประเทศกำลังพัฒนาเพื่อกระตุ้นและเร่งให้มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจในประเทศที่ยากจน เนื่องจากลำพังแต่เพียงกองทุนของธนาคารโลกเองมีไม่เพียงพอที่จะทำให้ประเทศยากจนกู้ยืม

2. เพื่อให้ผู้ลงทุนมีความไว้วางใจและมั่นใจในกลไกการระงับข้อพิพาทที่เป็นกลางและสามารถให้ความยุติธรรมแก่ผู้ลงทุนได้ ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การโอนกิจการหรือเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนต่างชาติเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติวิตกกังวลและขาดความเชื่อมั่นในการเข้าไปลงทุนในประเทศที่ยากจน และทำให้เกิดความสมดุระหว่างผลประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนต่างชาติ ทั้งยังช่วยลดปัญหาความตึงเครียดทางการเมืองด้วย²¹³

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีต่างๆและคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีบทบาทดังนี้

3.14.1 เป็นแบบอย่างให้แก่ศาลและอนุญาโตตุลาการในคดีหลัง รวมทั้งรัฐต่างๆก็ถือปฏิบัติ

คำตัดสินของศาล (Judicial Decision) เป็นเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38(1) (d) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คือคำพิพากษาของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice – PCIJ) และต่อมาคือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice – ICJ) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีการอ้างหลักเกณฑ์ซึ่งศาลในคดีพิพาทก่อนๆได้วางไว้ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญและมีบทบาทในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ

²¹³ เสาวนีย์ อัครวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 181-183

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในบางคดียังได้อาศัยแนวคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาประกอบในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทในคดีด้วย

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรวมถึงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นแบบอย่างในคดีก่อนๆ ให้ศาลในคดีหลังนำมาเป็นแบบอย่างในการตัดสิน แม้ว่าจะไม่ผูกมัดศาลในคดีหลังให้ต้องตัดสินตามนั้นก็ตาม แต่ก็ยังเป็นแบบอย่างให้แก่รัฐต่างๆ ถือปฏิบัติจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาความก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิเช่น ในคดี *Mondev* คณะอนุญาโตตุลาการได้อ้างถึงคำตัดสินในคดี *Azinian* ว่า

“สำหรับประเด็นที่ผู้ร้องไม่ได้รับการเยียวยาจากคำตัดสินของศาลสูงสหรัฐอเมริกา นั้น ภายใต้ความตกลง NAFTA คู่สัญญาสามารถหาวิธีการเยียวยาจากกระบวนการภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หากผู้ร้องได้รับการดำเนินการแล้ว แต่เมื่อคดีไม่มีมูล คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกระทำในฐานะศาลอุทธรณ์ ดังที่ คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ได้ระบุไว้ในคดี *Azinian v. United Mexican States* ว่า “ความเป็นไปได้ในการถือว่ารรัฐมีความรับผิดชอบในระหว่างประเทศ สำหรับการตัดสินของศาล ไม่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ร้องที่จะหาทางเยียวยาในทางระหว่างประเทศจากคำตัดสินของศาลในประเทศ แม้ว่าเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์จะมีอยู่โดยสมบูรณ์ก็ตาม ซึ่งก็ไม่อาจนำไปปรับใช้ได้เป็นการทั่วไปรวมถึงในกรณีของ NAFTA ด้วย”²¹⁴”

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *ADF* ยังได้อ้างอิงถึงคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Mondev* ที่ระบุว่า

“สนธิสัญญาการลงทุนระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาคจำนวนมาก (มากกว่า 2,000 ฉบับ) เกือบทั้งหมดมีการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่การลงทุนของต่างชาติ ซึ่งสนธิสัญญาส่วนมากกำหนดให้มีการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุน ในมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อตกลงในการปฏิบัติ

²¹⁴ *Azinian v. United Mexican States* (1999) 39 ILM 537 at P.552 (para.99)

มีอิทธิพลต่อสาระของหลักเกณฑ์ในการควบคุมการ প্রতিบัติสำหรับการลงทุนของต่างชาติ ในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน”²¹⁵

3.14.2 มีส่วนช่วยวางหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เนื่องจากคำตัดสินมีความสำคัญด้วยเหตุผลหลายประการคือ

1. แสดงถึงการขยายบทบาทของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่ปรากฏในคดีข้างต้น โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการเวนคืนทรัพย์สินของผู้ลงทุนเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน โดยปรากฏในคดี Middle East Cement ว่า ผู้ถูกร้องยอมรับว่าช่วงเวลาอย่างน้อย 4 เดือน ที่ผู้ร้องถูกเพิกถอนใบอนุญาตโดยพระราชกฤษฎีกาจากสิทธิต่าง ๆ ที่พึงได้รับนั้น ไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการเวนคืนแต่อย่างใด เมื่อมีมาตรการเวนคืนโดยรัฐจึงเกิดผลกระทบคือ การถอดถอนผู้ลงทุนจากการใช้และผลประโยชน์ที่ได้จากการลงทุน แม้จะได้รักษาสิทธิของผู้ลงทุนไว้แต่เพียงในนามก็ตามมาตรการต่าง ๆ เหล่านี้มักถูกเรียกว่าเป็น “การเวนคืนทางอ้อม” หรือ หากปรากฏในสนธิสัญญา BIT ก็มักจะเรียกว่า “เป็นผลกระทบที่เทียบเท่ากับการเวนคืน” จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผู้ลงทุนถูกถอดถอนจากการลงทุนโดยมาตรการดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นเทียบเท่ากับการเวนคืนภายใต้ความหมายของข้อ 4 แห่งสนธิสัญญา BIT และผู้ถูกร้องต้องรับผิดชอบในการชำระค่าชดเชยให้กับผู้ร้อง ในการคำนวณจำนวนค่าชดเชย คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดให้คำนวณตามมูลค่าตามราคาตลาด (market value) ของการลงทุนที่ได้รับผลกระทบ²¹⁶

2. แสดงถึงการตัดสินต้องขึ้นอยู่กับสถานการณ์ ดังปรากฏในคดี Maffezini ว่าในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเน้นว่าสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีไม่มีนโยบายประกันต่อการตัดสินใจการลงทุนในธุรกิจที่ผิดพลาด แม้ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงที่ว่า มีข้อบกพร่องในทางนโยบายและการปฏิบัติของบริษัท SODIGA และบริษัทในเครือที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุน แต่บริษัท SODIGA ก็ไม่อาจประกันต่อความเสี่ยงของผู้ลงทุนในธุรกิจได้ ซึ่งหมายความว่าไม่เป็น

²¹⁵ ADF case p.89

²¹⁶ Middle East Cement case p.628.

ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับนาย Maffezini รวมทั้งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัทเอกชนอื่นภายใต้สถานการณ์เดียวกันนี้²¹⁷

สำหรับคดี Waste Management ในชั้นแรกคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาการกระทำทั้งหลายของเจ้าหน้าที่เม็กซิโกแยกเป็นแต่ละราย โดยก่อนจะพิจารณาข้อเท็จจริงอื่น ๆ คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวถึงเหตุการณ์ที่เป็นเบื้องหลังของคดี กรณีที่เม็กซิโกประสบวิกฤตทางการเงินโดยเริ่มตั้งแต่เดือนธันวาคม ค.ศ.1994 ซึ่งค่าเงินลดลงอย่างมากและคงสภาพต่อเนื่องมาหลายปี ในช่วงดังกล่าวค่าเงินเปโซลดลงเหลือครึ่งหนึ่ง อัตราภาวะเงินเฟ้ออยู่ที่ร้อยละ 38 ซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างมากกับรายได้ของสหพันธ์ มลรัฐและเทศบาล สำหรับผลกระทบต่อเมือง Acapulco คือ จำนวนนักท่องเที่ยวลดลงอย่างมาก แต่สภาวะทางการเงินภายใต้พันธกรณีสัญญาสัมปทานกลับเพิ่มสูงขึ้น²¹⁸

²¹⁷ Maffezini case p.21.

²¹⁸ Waste Management case p.36.



ตารางสรุปคดีพิพาทที่เกี่ยวกับหลักประกันตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมภายใต้สนธิสัญญา BIT			
บริษัทหรือผู้ลงทุน (ผู้ร้อง)	ผู้ถูกร้อง	ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี	ข้อสรุปของคดี
1. American Manufacturing (USA.) (คดีที่ 3.1)	Zaire	1. Zaire ไม่ปฏิบัติตามตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 2(4) ของ BIT 2. Zaire ไม่ให้ความคุ้มครองและความปลอดภัย อย่างเต็มที่ตามมาตรา 2(4) ของ BIT	AMT ชนะคดี Zaire ต้องชำระค่าเสียหายเนื่องจาก Zaire ละเมิดต่อการประกันตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้ง การให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่
2. Maffezini (Argentina) (คดีที่ 3.4)	Spain	1. Spain ไม่ปฏิบัติตามตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 4(1) ของ BIT 2. Spain ไม่กระทำตามหลักความโปร่งใส	Maffezini ชนะคดี Spain ต้องชำระค่าเสียหายเนื่องจาก Spain ละเมิดต่อการประกันตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม แก่ผู้ลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี รวมทั้ง Spain ยังขาดความโปร่งใสในเรื่องธุรกรรมการเงิน
3. Wena Hotels (United Kingdom) (คดีที่ 3.5)	Egypt.	1. Egypt ไม่ปฏิบัติตามตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 2(2) ของ BIT 2. Egypt ไม่ชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืน ตามมาตรา 5(1) ของ BIT	Wena ชนะคดี Egypt ต้องชำระค่าเสียหายเนื่องจาก Egypt ละเมิดต่อการประกันตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้ง การให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ นอกจากนี้ Egypt ยังล้มเหลวต่อการชำระค่าชดเชยให้ Wena อันเนื่อง จากการเวนคืนการลงทุนของ Wena Hotels
4. Alex Genin (USA.) (คดีที่ 3.6)	Estonia	1. Estonia ไม่ปฏิบัติตามตัวอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 2(3)(a) ของ BIT 2. Estonia ไม่ให้ความคุ้มครองและความปลอดภัย อย่างเต็มที่ตามมาตรา 2(3)(a) ของ BIT 3. Estonia กระทำโดยเลือกประติบัติ	ยกฟ้อง เพราะไม่มีข้อบ่งชี้ว่า Estonia เลือกปฏิบัติต่อ ธนาคารของผู้ร้อง นอกจากนี้ผู้ร้องยังล้มเหลวต่อการพิสูจน์ว่า การเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคารผู้ร้องเป็นการกระทำตาม อำเภอใจ



ตารางสรุปคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมภายใต้สนธิสัญญา BIT			
บริษัทหรือผู้ลงทุน (ผู้ร้อง)	ผู้ถูกร้อง	ข้อกล่าวอ้างของผู้กรณี	ข้อสรุปของคดี
5. Middle East Cement (Greece) (คดีที่ 3.7)	Egypt	<ol style="list-style-type: none">1. Egypt ไม่ปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามมาตรา 2(2) ของ BIT2. Egypt ไม่ให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ตามมาตรา 2(2) ของ BIT3. Egypt ไม่ชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืนตามมาตรา 4 ของ BIT4. Egypt ไม่กระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย	MEC ชนะคดี Egypt ต้องชำระค่าเสียหายเนื่องจาก Egypt กระทำต่อ MEC ด้วยกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ยึดและประมูลเรือของ MEC โดยไม่แจ้งให้ MEC ทราบซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยึดเรือนั้นถือเป็นการใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนต่อผู้ร้องโดยปราศจากการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ
6. Tecmed (Spain) (คดีที่ 3.10)	Mexico	<ol style="list-style-type: none">1. Mexico ไม่ปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามมาตรา 4(1) ของ BIT2. Mexico ไม่ให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ตามมาตรา 4(1) ของ BIT3. Mexico ไม่ชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืนตามมาตรา 5 ของ BIT	Tecmed ชนะคดี Mexico ต้องชำระค่าเสียหายเนื่องจากการที่หน่วยงานของ Mexico ประกาศข้อมติด้านสิ่งแวดล้อมทั้งก่อนและหลังจากที่ข้อตกลงการลงทุนมีผลใช้บังคับถือเป็นการกระทำอันเป็นการเวนคืนการลงทุนของผู้ร้องซึ่งขัดต่อหลักสุจริตและไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในเรื่องการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและตัดสินว่าข้อมติ รวมถึงผลของมติถือเป็นการเวนคืนการลงทุนของผู้ร้องซึ่งเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญาการลงทุน



ตารางสรุปคดีพิพาทที่เกี่ยวกับหลักประตียบติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมภายใต้ความตกลง NAFTA			
บริษัทหรือผู้ลงทุน (ผู้ร้อง)	ผู้ถูกร้อง	ข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี	ข้อสรุปของคดี
1. Azinian (USA.) (คดีที่ 3.2)	Mexico	1. Mexico ไม่ประตียบติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 2. Mexico ปฏิเสธความยุติธรรม	ยกฟ้อง เพราะคำร้องไม่สมบูรณ์ อีกทั้งศาลเม็กซิโกก็ไม่ได้ ปฏิเสธที่จะรับพิจารณาคดีหรือพิจารณาล่าช้า ดังนั้นจึงไม่ถึง ว่ามีการประตียบติอย่างไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรมของ Mexico
2. Metalclad (USA.) (คดีที่ 3.3)	Mexico	1. Mexico ไม่ประตียบติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 2. Mexico ไม่ชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืน ตามมาตรา 1110 ของ NAFTA 3. Mexico ไม่กระทำตามหลักความโปร่งใส	Metalclad ชนะคดี Mexico ต้องชำระค่าเสียหายเนื่องจาก Mexico ละเมิดต่อการประตียบติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนอันเป็นการละเมิด ต่อความตกลง NAFTA และ Mexico ยังล้มเหลวต่อการรับรอง ถึงความโปร่งใส
3. Mondev (Canada) (คดีที่ 3.8)	USA. .	1. USA. ไม่ประตียบติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 2. USA. ไม่ชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืน ตามมาตรา 1110 ของ NAFTA 3. USA. ปฏิเสธความยุติธรรม	ยกฟ้อง เพราะกระบวนการทางศาลของศาลภายในยังไม่ถึงขั้น ศาลสูงสุด ผู้ร้องจึงไม่อาจนำคดีมาร้องได้ว่าผู้ถูกร้องละเมิดต่อ มาตรา 1105(1) และคณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ ในการกระทำในฐานะของศาลอุทธรณ์
4. ADF Group (Canada) (คดีที่ 3.9)	USA.	1. USA. ไม่ประตียบติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 2. USA. กระทำโดยเลือกประตียบติ	ยกฟ้อง เพราะคำร้องไม่สมบูรณ์ โดยผู้ร้องไม่ได้พิสูจน์ว่า ผู้ถูกร้องกระทำโดยเลือกประตียบติอย่างไร เมื่อปรากฏว่าบริษัท รายอื่นก็ประสบกับเหตุการณ์เดียวกันนี้

ตารางสรุปคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมภายใต้ความตกลง NAFTA			
บริษัทหรือผู้ลงทุน (ผู้ร้อง)	ผู้ถูกร้อง	ข้อกล่าวอ้างของผู้กรณี	ข้อสรุปของคดี
5. Loewen Group (Canada) (คดีที่ 3.11)	USA.	1. USA. ไม่ปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 2. USA. ไม่ให้ความคุ้มครองและความปลอดภัย ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 3. USA. ปฏิเสธความยุติธรรม	ยกฟ้อง เพราะกระบวนการทางศาลของศาลภายในยังไม่ถึงขั้น ศาลสูงสุด ผู้ร้องจึงไม่อาจนำคดีมาฟ้องได้ว่าผู้ถูกร้องละเมิดต่อ ข้อ 1105(1)
6. Waste Management (USA.) (คดีที่ 3.12)	Mexico	1. Mexico ไม่ปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ตามมาตรา 1105(1) ของ NAFTA 2. Mexico ไม่ชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืน ตามมาตรา 1110 ของ NAFTA 3. Mexico ปฏิเสธความยุติธรรม 4. Mexico กระทำโดยเลือกปฏิบัติ 5. Mexico ไม่กระทำตามหลักความโปร่งใส	ยกฟ้อง เพราะมลรัฐ Guerrero ไม่ถือเป็นคู่สัญญาสัมปทาน จึงไม่มีการละเมิดต่อหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม นอกจากนี้การที่ Mexico ปฏิเสธการชำระเงินตามสัญญา สัมปทานเพราะประสบปัญหาทางการเงิน ไม่ถือเป็นการละเลย หรือเป็นความล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทาน และ ไม่ถือเป็นการเวนคืนการลงทุนของผู้ร้อง

บทที่ 4

วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID

4.1 ความสัมพันธ์ของหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับหลักการอื่นที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ

จากการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งพยายามตีความและนำมาตราฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีถือเป็นการค้นหาหลักการต่างๆในกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อประกอบการตัดสินคดีเกี่ยวกับมาตรฐานในการปฏิบัติดังกล่าว

การที่มีปัจจัยอื่นมาประกอบกับมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพื่อให้หลักการทางกฎหมายที่เพียงพอในการตัดสินคดีต่างๆ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนา (Vienna Convention on the Law of Treaties)

4.1.1 หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรม (Non – Denial of Justice)

หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมเป็นการขยายมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยมีคำกล่าวที่ว่ามาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม หมายความว่ารวมถึง พันธกรณีที่จะไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีในทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับหลักการภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายในระบบสากลกฎหมายหลักของโลก

รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองการลงทุนโดยจะต้องไม่มีการปฏิเสธความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีไม่ว่ากระบวนการพิจารณาคดีนั้นจะเป็นคดีปกครองหรือไม่ โดยจะต้องมีศาลปกครองที่สามารถจะประสิทธิประสาทความยุติธรรมให้แก่ผู้ลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง และจะต้องมีกระบวนการพิจารณาคดีที่รวดเร็วโดยจะปฏิเสธความยุติธรรมไม่ได้ ในกรณีที่เกิดจากการกระทำของผู้มีอำนาจของรัฐ หรือในกระบวนการพิจารณาคดีทางแพ่งจะต้องมีการชำระค่าชดเชย

อย่างสมควร หรือในกระบวนการพิจารณาในทางอาญาจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม ตามกฎหมาย

ก่อนที่จะกล่าวถึงหลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมในรายละเอียดต่อไปจะขอกล่าวถึงการปฏิเสธความยุติธรรมเสียก่อน สำหรับการปฏิเสธความยุติธรรม คือ การกระทำที่รัฐหนึ่งได้ปฏิเสธ หรือมีการขัดขวางสิทธิของคนต่างด้าวที่จะได้รับความยุติธรรมต่อระบบศาลภายในประเทศของรัฐผู้รับการลงโทษนั้น หรือสำหรับกระบวนการเยียวยา หรือการกระทำทางปกครองยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ ในทัศนะของบรรดาประเทศพัฒนาแล้วมองว่าการเข้าสู่ระบบของศาลภายในของประเทศกำลังพัฒนาอาจจะก่อให้เกิดการพิจารณาคดีที่ล่าช้า และอาจจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการตัดสินพิจารณาคดีที่ล่าช้า โดยอาจจะมีการเลือกปฏิบัติต่อคนชาติของตนให้ได้รับการชี้ขาดพิพากษาคดีให้คนชาติของตนได้เปรียบมากกว่าคนต่างชาติ เพราะถือว่ามีสัญชาติและมีการตัดสินคดีภายในดินแดนประเทศตน หากเกิดการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นจะทำให้เกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹

ทั้งนี้รายงานของ Harvard Research Draft ได้ให้คำจำกัดความของการปฏิเสธความยุติธรรมไว้ในมาตรา 9 ว่า รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความเสียหายต่อคนต่างด้าวเนื่องมาจากการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเกิดขึ้นในกรณีที่มีการปฏิเสธไม่ให้เข้าสู่กระบวนการทางศาล หรือมีความล่าช้าโดยไม่ชอบด้วยเหตุผล หรือการกีดกันไม่ให้ไปศาล หรือขัดขวางไม่ให้บุคคลต่างด้าวใช้สิทธิทางศาล หรือโดยการปฏิบัติโดยบกพร่องอย่างร้ายแรงในการประสิทธิประสาทความยุติธรรมโดยชอบ หรือการตัดสินคดีที่เห็นอย่างได้ชัดเจนว่าไม่ยุติธรรม การตัดสินคดีโดยศาลแห่งรัฐที่กระทำโดยพลาด แต่ไม่ถึงขนาดที่ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมอย่างแจ้งชัด*

ซึ่งแนวคิดนี้ได้สะท้อนอยู่ในคดี Neer Claim ที่ได้มีการชี้แจงประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายคำสั่งของฝ่ายบริหารซึ่งได้มีการเพิกถอนสัญญา โดยคณะผู้พิจารณาคดีมีกฎเกณฑ์ว่า

¹ Robert L. Bledsoe and Bolesaw A. Boczek, *The International Law Dictionary*. (Santa Barbara; Calif: ABC-clio, 1987), p.137
Article 9 of Harvard Research Draft : "State is responsible if an injury to an alien result from a denial of justice. Denial not justice exists when there is a denial, unwarranted delay or obstruction of access to courts, gross deficiency in the administration of judicial or remedial process, failure to provide those guarantees which are generally considered indispensable to the proper administration of justice, or a manifestly unjust judgment. An error of a national court which does not produce manifest injustice is not a denial of justice."

การปฏิเสธความยุติธรรมมิได้เพียงแต่จำกัดอยู่ในระบบศาลเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำอื่นโดยองค์กรอื่น ๆ ของรัฐบาลด้วย เช่น กรณีการตรากฎหมายเป็นอำนาจโดยฝ่ายนิติบัญญัติ กรณีการวินิจฉัยตัดสินคดีเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการ และการกระทำของรัฐบาลเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร เป็นต้น

ทั้งนี้หากกรณีรัฐละเมิดหรือฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอื่นหรือคนต่างด้าว การที่รัฐต้องรับผิดชอบจะต้องมีกรณีปรากฏว่าการละเมิดหรือการฝ่าฝืนนั้นสามารถวินิจฉัยได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ

ส่วนการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกระทำไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีเช่นนี้แล้วรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อสิ่งที่เกิดขึ้น หากการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ

สำหรับหลักการปฏิเสธความยุติธรรม คือ การกระทำของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมได้ปฏิเสธการให้ความยุติธรรมต่อคนต่างด้าว แต่ทั้งนี้ต้องดูองค์ประกอบด้วยว่าการกระทำนี้มีลักษณะที่ยอมรับได้หรือไม่ในสายตาของประเทศต่างๆ โดยส่วนมากแล้วการปฏิเสธความยุติธรรมจะเป็นการแทรกแซงโดยฝ่ายบริหาร ดังนั้นจึงมีการกล่าวว่าการที่จะสร้างให้มีการคุ้มครองการลงทุนให้ได้ผลอย่างชัดเจนจะต้องมีการสร้างกฎหมายที่รัฐผู้รับการลงทุนมีความรับผิดชอบในทางกฎหมาย โดยอาจจะเป็นกฎหมายในรูปของสนธิสัญญาเพื่อให้มีผลบังคับระหว่างรัฐภาคีที่ทำความตกลงในสนธิสัญญานั้น²

หน่วยงานของรัฐประกอบด้วย 3 ฝ่าย คือ

1. ฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ เช่น กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐนั้นออกกฎหมายเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดินของคนต่างด้าวโดยไม่มีการชดเชยค่าชดเชย หรือออกกฎหมายใดๆที่ไม่ยุติธรรมแก่คนต่างด้าว ตัวอย่างเช่น การออก

² M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), p. 157

กฎหมายโดยเลือกการใช้บังคับแก่บุคคล หรือออกกฎหมายให้ขัดกับสนธิสัญญาที่ทำไว้กับรัฐอื่น การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ

2. ฝ่ายบริหาร การกระทำของฝ่ายบริหารที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารกระทำในขณะปฏิบัติหน้าที่ของตน การกระทำที่จะถือว่ารรัฐต้องรับผิดชอบ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมคนต่างด้าวไปโดยไม่มีเหตุผล หรือกักขังคนต่างด้าวโดยไม่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

3. ฝ่ายตุลาการ การกระทำของฝ่ายตุลาการที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ คือ การกระทำของฝ่ายตุลาการที่กระทำไปในหน้าที่ หากเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ รัฐก็มีความผิดในทางระหว่างประเทศ เช่น กรณีที่ไม่ยอมให้คนต่างด้าวใช้สิทธิทางศาล ไม่กระทำการจับกุมคนที่ฆ่าคนต่างด้าว หรือไม่ดำเนินคดีให้แก่คนต่างด้าวโดยรวดเร็ว หรือดำเนินคดีต่อคนต่างด้าวโดยมีการตั้งศาลพิเศษ เป็นต้น

สำหรับนิยามของการปฏิเสธความยุติธรรม Adede ระบุว่า การปฏิเสธความยุติธรรมคือการที่องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการไม่จัดให้มีกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมแก่คนต่างชาติ รวมทั้งปฏิเสธกระบวนการทางศาล หรือไม่ให้มีการเข้าถึงกระบวนการทางศาลอย่างเพียงพอและคำตัดสินที่ไม่ยุติธรรม³ นอกจากนี้ศาสตราจารย์ Greenwood ระบุว่าพันธกรณีเพื่อ“ผดุงและการให้มีระบบยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพแก่คนต่างชาติ” เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁴

การปฏิเสธความยุติธรรมมีปัจจัย 2 ประการคือ การไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการของศาลภายในประเทศ และการกระทำหน้าที่โดยผิดพลาดของศาลในกระบวนการระหว่างกาพิจารณาและผลของคำตัดสิน

³ Adede, A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law, (1976).

⁴ Loewen case para 129, quoting Professor's Greenwood Second Opinion para 79.

การปฏิเสธความยุติธรรมถูกนำมาตีความในคำตัดสินหลายคดี การปฏิเสธดังกล่าวถือเป็นการละเมิดต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

จากการศึกษาพบว่าหลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมปรากฏในคดีต่างๆที่ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ ICSID ดังนี้

1. คดี Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999

ความเป็นไปได้ในการที่จะถือว่ามีรัฐมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ สำหรับการตัดสินทางศาลหรือไม่ คือ การที่ฝ่ายผู้ร้องต้องแสดงว่าการตัดสินของศาลถือเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา แม้ว่าฝ่ายผู้ร้องสามารถทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเชื่อว่าศาลเม็กซิโกตัดสินผิดที่ทำให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะ แต่ก็ยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA สิ่งที่ฝ่ายผู้ร้องต้องแสดงเพิ่มเติมคือ ฝ่ายผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมทั้งสิ่งทีถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

สำหรับคดีนี้ฝ่ายผู้ร้องไม่ได้ยกข้อต่อสู้ต่อศาลเม็กซิโก คือไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม โดยฝ่ายผู้ร้องได้ยกข้อต่อสู้ทั้งหลายต่อสภาเทศบาลเมือง Naucalpan เท่านั้น ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องไม่สมบูรณ์และอาจไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องการปฏิบัติต่อสัญญาสัมปทาน ในกรณีที่ไม่มีการยกข้อต่อสู้ในเรื่องคำตัดสินของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาสัญญา คำร้องดังกล่าวจะเป็นอันไร้ผลตามกฎหมายเม็กซิโกซึ่งเท่ากับว่าไม่มีสัญญาที่ก่อให้เกิดการเวนคืน

ในเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมสามารถนำมาอ้างอิงได้ หากศาลต่าง ๆ ปฏิเสธที่จะรับพิจารณาคดี หรือพิจารณาล่าช้า หรือไม่ให้การปฏิบัติทางศาลอย่างเพียงพอ ซึ่งหากฝ่ายผู้ร้องไม่มีหลักฐานหรือข้อโต้แย้ง คณะอนุญาโตตุลาการอาจตัดสินให้เป็นคุณแก่กระบวนการยุติธรรมของเม็กซิโก⁵

⁵ Azinian case p.29.

2. คดี Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002

สำหรับประเด็นที่ผู้ร้องไม่ได้รับการเยียวยาจากคำตัดสินของศาลสูงสหรัฐอเมริกา นั้น ภายใต้ความตกลง NAFTA คู่สัญญาสามารถหาวิธีการเยียวยาจากกระบวนการภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หากผู้ร้องได้รับการดำเนินการแล้ว แต่เมื่อคดีไม่มีมูล คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกระทำในฐานะศาลอุทธรณ์ ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ได้ระบุไว้ในคดี Azinian v. United Mexican States ว่า

“ความเป็นไปได้ในการถือว่ารัฐมีความรับผิดชอบในระหว่างประเทศ สำหรับการตัดสินของศาล ไม่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ร้องที่จะหาทางเยียวยาในทางระหว่างประเทศจากคำตัดสินของศาลในประเทศ แม้ว่าเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์จะมีอยู่โดยสมบูรณ์ก็ตาม ซึ่งก็ไม่อาจนำไปปรับใช้ได้เป็นการทั่วไปรวมถึงในกรณีของ NAFTA ด้วย”⁶

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังกล่าวเพิ่มเติมว่า

“การปฏิเสธความยุติธรรมอาจถือเป็นข้ออ้าง หากศาลที่เกี่ยวข้องปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีหรือหากศาลรับพิจารณาคดีแล้ว แต่การดำเนินการล่าช้า หรือหากศาลจัดให้มีความยุติธรรมที่ไม่เพียงพอ...”

การปฏิเสธความยุติธรรมมี 4 ลักษณะ ได้แก่ การมุ่งร้ายอย่างชัดแจ้งในการนำกฎหมายมาใช้ในทางที่ผิด ความผิดลักษณะนี้มีความเหลื่อมล้ำกับข้ออ้างที่จะปกปิดการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับคดีนี้ไม่เพียงพอที่จะกล่าวหาว่ามีการกระทำละเมิดและคณะอนุญาโตตุลาการยังได้บันทึกว่ามีหลักฐานเพียงพอที่ไม่อาจสรุปได้ว่าการตัดสินของเม็กซิโกนั้นไม่สุจริต และคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจจะบ่งชี้ได้ว่าการกระทำตามอำเภอใจ หรืออีกนัยก็คือไม่มีเจตนาร้ายนั่นเอง”⁷

ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าจากสถานการณ์ทั้งหลายไม่พบว่าสหรัฐอเมริกา ปฏิเสธการจัดให้มีความยุติธรรม (no trace of a procedural denial of justice)

⁶ Azinian v. United Mexican States (1999) 39 ILM 537 at P.552 (para.99)

⁷ Mondev case p.44,48.

ตามความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้น สามารถทำให้เห็นว่าการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องอันเนื่องจากการกระทำของหน่วยงานราชการซึ่งมีผลต่อการลงทุนตามความตกลง NAFTA อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 (1) ของความตกลง NAFTA ซึ่งในประเด็นนี้สหรัฐอเมริกาเห็นชอบด้วย⁸

3. คดี The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada)
v. United States of America, 2003

คู่พิพาทในคดีนี้ไม่ได้มีข้อพิพาทกันในเรื่องที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปฏิเสธความยุติธรรมในการฟ้องร้องคดีระหว่างคู่พิพาทที่เป็นเอกชน ศาสตราจารย์ Greenwood QC ผู้เชี่ยวชาญของฝ่ายผู้ถูกร้องระบุว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐมีพันธกรณีเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมและควมมีประสิทธิภาพในระบบยุติธรรมแก่คนต่างชาติ

ผู้ถูกร้องระบุว่าเพื่อให้สอดคล้องกับการยอมรับตามมาตรฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงเป็นภาระของบริษัท Loewen ที่ต้องระบุว่าคำพิพากษาของศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีเป็นการแสดงถึงความไม่ยุติธรรม ศาสตราจารย์ Greenwood ระบุว่าความเห็นเอาไว้ว่า

“คำตัดสินและถ้อยคำทั้งหลายในคำตัดสินของศาลภายในไม่พบว่ามีข้อผิดพลาดที่ “แสดงถึงความไม่ยุติธรรม” หรือ “เป็นการไม่ยุติธรรมอย่างมาก” (Garner, “International Responsibility of States for Judgments of Courts and Verdicts of Juries amounting to Denial of Justice”, 10 BYIL (1929), p181 at p 183), “การละเมิดโดยเป็นความผิดที่ชัดเจนและไม่สามารถแก้ตัวได้” (Arechaga, [“International Law in the Past Third of a Century”, 159 “Recueil des Cours” (1978) at p 282] หรือ “การละเมิดอย่างชัดเจน” ซึ่ง “ความไม่สุจริตไม่ถือเป็นความผิดพลาดในทางการศาลซึ่งเป็นเสมือนหัวใจสำคัญในเรื่องนี้” (O’ Connell, International Law, 2nd ed, 1970) p498) Baxter และ Sohn ระบุไว้ (in the Commentary to their Draft Convention

⁸ Loewen case p.54.

on the Responsibility of States for Injuries to Aliens) “คนต่างชาติต้อง
รับภาระในการพิสูจน์ว่าเกิดความผิดพลาดในเนื้อหาหรือกระบวนการทาง
กฎหมายซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน”

คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวอ้างถึงคดี Elettronica Sicula SpA (ELSI) United States
v Italy (1989) ที่ตัดสินโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มีใจความว่า

“การกระทำตามอำเภอใจไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ค้านต่อหลักนิติธรรม...แต่มีเจตนา
เพิกเฉยต่อกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นสร้างความตระหนก
หรืออย่างน้อยที่สุดก็ทำให้เกิดความประหลาดใจต่อความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกับ
ศาล”⁹

การปฏิบัติของรัฐ คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือความเห็น
ของนักวิจารณ์ต่าง ๆ ล้วนไม่สนับสนุนความเห็นที่ว่าความไม่สุจริต หรือเจตนาร้ายเป็น
องค์ประกอบสำคัญของการปฏิบัติที่ไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม หรือการปฏิเสธความ
ยุติธรรมซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อความยุติธรรมในทางระหว่างประเทศ การแสดงว่ามีความไม่
ยุติธรรมในด้านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำไปสู่ผลลัพธ์ซึ่งเป็นการค้านต่อความรู้สึกที่
เกี่ยวข้องกับศาล

ในคดี Mondev International Ltd. v United States of America ICSID Case No.
ARB (AF)/99/2, Award dated October 11, 2002 ระบุว่า

“คำถามที่ว่าในระดับระหว่างประเทศและการยอมรับในมาตรฐานของ
หน่วยงานด้านการยุติธรรม คณะอนุญาโตตุลาการสามารถสรุปข้อเท็จจริงได้
ว่าคำตัดสินแสดงถึงความไม่เหมาะสมและไม่น่าเชื่อถือ โดยเหตุผลที่ว่า การ
ลงทุนได้รับการปฏิบัติอย่างไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม”

⁹ Ibid., p.37.

หากคำตอบที่ได้รับเป็นการยืนยันก็ถือว่ามีกรณีละเมิดตามข้อ 1105 เกิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะการกระทำของศาลชั้นต้นจะถือว่าการละเมิดต่อกฎหมายเทศบาล รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่อาจตัดสินในเรื่องนี้ได้ คำร้องตามความตกลง NAFTA ไม่อาจเปลี่ยนเป็นการอุทธรณ์ต่อคำพิพากษาของศาลเทศบาลได้

4. คดี Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

จากการพิจารณาถึงคำตัดสินในระบบทางกฎหมายที่แตกต่างกัน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำตัดสินของศาลต่างๆไม่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมดังแนวทางที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี NAFTA ระบุไว้โดยเฉพาะในคดี Azinian^{*} คดี Mondev^{**} คดี ADF^{***} และคดี Loewen^f

^{*} In Azinian the tribunal also addressed whether the Claimants could have successfully pursued a denial of justice claim. It said: "A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way.... There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law [which]...overlaps with the notion of 'pretence of form' to mask a violation of international law." However, in the view of the tribunal, the findings of the Mexican courts could not "possibly be said" to be in any way a denial of justice, Azinian, Davitian & Baca v. United Mexican States, Award of 1 November 1999, 5 ICSID Reports 269, 290 (paras. 102-103).

^{**} Mondev International Limited v. United States of America, Award of 11 October 2002, 6 ICSID Reports 192.

^{***} The ADF Tribunal, rejecting the investor's submission that a federal administrative body had acted ultra vires in its interpretation of the measures in question, the Tribunal said,

"...even had the investor made out a prima facie basis for its claim, the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the US measures...under US internal administrative law. We do not sit as a court with appellate jurisdiction....The Tribunal would emphasize, too, that even if the US measures were somehow shown or admitted to be ultra vires under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1)...[S]omething more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)...", ADF Group Inc. v. United States of America, Award of 9 January 2003, (para. 190). Nor was the authority's refusal to follow prior rulings "grossly unfair or unreasonable" on the facts presented by the investor.

^f The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Award of 26 June 2003, (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3). For the Tribunal's discussion of Article 1105 and the FTC interpretation see *ibid.*, paras.124-128.

ผู้ร้องกล่าวหาว่ากลยุทธ์ในการฟ้องร้องที่เมือง Acapulco นำมาใช้นั้นถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและฝ่าฝืนต่อข้อ 1105 คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเมือง Acapulco เป็นคู่พิพาท อีกทั้งไม่มีหลักฐานที่แสดงว่าเมือง Acapulco สมรู้ร่วมคิดกับ CANACO หรือศาลสหพันธ์แต่อย่างใด สำหรับคดีนี้ต่างกับคดี Loewen ที่ศาลชั้นต้นจะเลยต่อการแสดงข้อมูลของทนายความอีกฝ่ายจึงเป็นเหตุนำมาซึ่งการปฏิเสธความยุติธรรม¹⁰ ในคดีนี้ไม่ปรากฏหลักฐานว่ามีสถานการณ์ดังที่ปรากฏกับคดี Loewen แต่อย่างใด¹¹

แม้คณะอนุญาโตตุลาการ CANACO จะเป็นเพียงช่องทางเดียวที่อาจเยียวยาความเสียหายให้แก่บริษัท Acaverde โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แต่คำร้องดังกล่าวก็ต้องยุติลงและคณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่เป็นการละเมิดต่อข้อ 1105

จากเหตุผลทั้งหลายทำให้คำร้องในประเด็นข้อ 1105(1) ต้องถูกยกคำร้อง¹²

4.1.2 หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law)

การกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย M. Somarajah ได้กล่าวว่าหลักการนี้มีความสัมพันธ์กับเรื่องการกระทำความผิดของฝ่ายปกครอง โดยหลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมจะมีความสัมพันธ์กับเรื่องการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังเชื่อมโยงกับหลักการกระทำที่โปร่งใส หลักความไม่สุจริต และการใช้ดุลพินิจในทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน¹³

เมื่อพิจารณาแล้วหลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายจะมุ่งเน้นต่อการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นส่วนของหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่มีคำสั่งทางปกครองนั้น¹⁴

¹⁰ Ibid., paras. 119-123.

¹¹ Waste Management case p.47-48.

¹² Ibid., p.49.

¹³ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004) , p.337

¹⁴ Ibid.,p. 338.

หลักนี้จึงต้องพิจารณาร่วมกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยหลักนี้นำมาจากหลักกฎหมายมหาชนเพื่อใช้ตรวจสอบฝ่ายปกครองอีกทางหนึ่งด้วย โดยฝ่ายผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบฝ่ายปกครองก็คือ ศาลปกครอง¹⁵

ดังนั้น “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” คือ หลักการพื้นฐานในทางกฎหมายปกครอง ซึ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัติและหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองตราขึ้น¹⁶ และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องไม่กระทำในสิ่งที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ดังนั้น เมื่อมีกฎหมายให้มีอำนาจในการกระทำใดๆ และจำต้องกระทำการเหล่านั้นภายใต้ขอบเขตกฎหมายที่กำหนด¹⁷

ทั้งนี้ หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายจะปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของประเทศทั่วโลก เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือ ประเทศอังกฤษ ที่มีการยอมรับหลักการนี้ โดยมีการจัดตั้งศาลปกครองมาดูแลเพื่อเป็นการประสิทธิประสาทความยุติธรรมให้แก่ประชาชนที่อยู่ในรัฐนั้น รวมทั้งผู้ลงทุนต่างชาติและยังให้มีการตรวจสอบอำนาจของฝ่ายปกครองได้

เมื่อรัฐภาคีต้องคุ้มครองการลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งโดยใช้หลักมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแล้ว จะต้องมีการมีพันธกรณีที่จะไม่ปฏิเสธความยุติธรรม และจะต้องประสิทธิประสาทความยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นการที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะต้องได้รับการเยียวยาตามระบบกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งผู้ลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนซึ่งหากจะต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่ว่าในทางอาญา ทางแพ่ง และทางปกครอง แต่ทั้งนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในทางปกครองทางอาญาและทางแพ่งจะต้องได้รับการประสิทธิประสาทความยุติธรรม โดยสอดคล้องกับหลักการภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายในระบบสกุลกฎหมายหลักของโลกไม่ว่ารัฐนั้นจะปกครองด้วยระบบกฎหมายใด เช่น ระบบประชาธิปไตย ระบบสังคมนิยม หรือระบบกฎหมายอิสลาม เป็นต้น

¹⁵ Ibid., p.338.

¹⁶ วรพจน์ ภาศิริรัตน์, หลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน) 2546) หน้า 19-20

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพัทธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) หน้า 16-17

ดังนั้นการปฏิเสธหลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายคือ การที่องค์กรตุลาการปฏิเสธความยุติธรรม โดยการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและ/หรือเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ได้นำหลักการนี้มาใช้ในการตัดสินคดี ดังนี้

1. คดี Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v.
Republic of Estonia, 2001

คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียยกเลิกใบอนุญาตของธนาคาร EIB ตามขั้นตอนตามกฎหมาย การตัดสินยกเลิกใบอนุญาตไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจหรือการเลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติตามความหมายในสนธิสัญญา BIT

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่ากระบวนการบางอย่างที่ผู้มีอำนาจของเอสโตเนียกระทำถือเป็นการกระทำที่สอดคล้องตามกฎหมายเอสโตเนีย ไม่ถือว่าเป็นการปฏิเสธกระบวนการที่ชอบธรรมอันเป็นลักษณะพิเศษที่ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของการธนาคาร เช่น ไม่มีการแจ้งแก่ธนาคาร EIB อย่างเป็นทางการว่าจะมีการเพิกถอนใบอนุญาต เว้นแต่ธนาคาร EIB จะขอให้ธนาคารแห่งเอสโตเนียแจ้งอย่างเป็นทางการภายในเวลาที่เหมาะสม เป็นต้น

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาหลักฐานต่าง ๆ และสรุปว่าการตัดสินของธนาคารแห่งเอสโตเนียในการเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB ไม่ถือเป็นการละเมิดต่อทบัญญัติในสนธิสัญญา BIT¹⁸

2. คดี Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece)
v. Arab Republic of Egypt, 2002

ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีนี้ คือ “กฎหมายฉบับที่ 308 ปี ค.ศ. 1955 เรื่องการยึดทรัพย์ทางปกครอง” ในมาตรา 7 ซึ่งระบุว่า

“1. ... สำเนาของการแจ้ง การเตือน และรายงานการยึดต้องส่งให้แก่ลูกหนี้ หรือ

¹⁸ Genin case p.90-91.

- บุคคลผู้ลงนามแทนลูกหนี้ได้ ส่วนสำเนาอีกฉบับให้ส่งถึงผู้ยึดทรัพย์
2. สำเนารายงานการยึดทรัพย์ต้องส่งไปถึงสถานีตำรวจ... เมื่อมีทรัพย์เข้าขาย ถูกยึด
 3. หากลูกหนี้ หรือตัวแทนไม่อยู่เพื่อรับทราบการยึด ต้องบันทึกในรายงานการยึดทรัพย์ด้วย และสำเนาดังกล่าวต้องส่งไปยังสถานีตำรวจ... ส่วนสำเนาอีกฉบับให้ส่งไปยังสำนักงานของลูกหนี้ ขึ้นตอนดังกล่าวถือเป็นการแจ้งให้ทราบแล้ว”

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า ขึ้นตอนในวรรค 3 ของมาตรา 7 นำมาใช้เฉพาะ “เมื่อลูกหนี้หรือตัวแทนของลูกหนี้ไม่อยู่” ในขณะที่รายงานตามที่แนบแสดงว่าผู้ร้องไม่ได้มาในคดีเรือ Poseidon เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 ซึ่งถือว่าเข้าข่ายการเข้าสู่ขั้นตอน “กรณีไม่อยู่” แล้วการที่กิจกรรมทั้งหลายบนเรือ Poseidon หยุดลงก่อน เวลาห้ามการส่งออกปูนซีเมนต์จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีใครอยู่บนเรือ คำกล่าวของผู้ร้องและทนายความของผู้ร้องในอียิปต์ได้ส่งถึงหน่วยงานต่าง ๆ ที่ผู้ร้องได้ทำสัญญาด้วยซึ่งสามารถอ่านได้จากจดหมายที่มีไปถึงผู้ว่าการของหน่วยงานเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ.1996 อีกทั้งในข้อ 2.2 ของสนธิสัญญา BIT กำหนดว่า “การลงทุนของผู้ลงทุนที่เป็นคู่สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตลอดเวลาและต้องได้รับการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ภายในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย” ข้อบทของสนธิสัญญา BIT เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเป็นพิเศษภายใต้ข้อ 4 ที่คัดค้านต่อมาตรการที่ “เทียบเท่ากับการเวนคืน” และ “กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นการยึดและการประมูลเรือของผู้ร้องต้องทำการแจ้งโดยตรงตามกฎหมายฉบับที่ 308 ในมาตรา 7 วรรค 1 โดยไม่ต้องคำนึงถึงเนื้อหาที่ระบุไว้ในกฎหมาย หรือวิธีการปฏิบัติที่ให้ส่งจดหมายลงทะเบียนพร้อมให้มีใบตอบรับจากผู้ร้อง สำหรับกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าขั้นตอนที่ผู้ถูกร้องกระทำนั้นไม่สอดคล้องกับข้อ 2.2 และข้อ 4 ของสนธิสัญญา BIT

คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่า เรือ Poseidon ถูกยึดโดย “มาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับเป็นการเวนคืน” และผู้ร้องมีสิทธิได้รับชำระค่าชดเชยตามที่ระบุไว้ในข้อ 4 (ค) ของสนธิสัญญา BIT¹⁹

¹⁹ Middle East case p.637.

3. คดี Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

เมื่อเดือนมกราคม ค.ศ.1997 บริษัท Acaverde นำคดีขึ้นสู่ศาลสหพันธ์ของเม็กซิโกเพื่อฟ้องร้องต่อธนาคาร Banobras ในข้อหาการไม่ชำระเงินตามใบแจ้งหนี้ปี ค.ศ.1996 ภายใต้ข้อตกลงการให้สินเชื่อ ต่อมาเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ.1998 บริษัทได้ยื่นฟ้องต่อธนาคาร Banobras ในข้อหาการไม่ชำระเงินตามใบแจ้งหนี้ปี ค.ศ.1997 แม้บริษัท Acaverde จะไม่ใช่คู่สัญญาในข้อตกลงการให้สินเชื่อภายใต้กฎหมายเม็กซิโก แต่บริษัทก็สามารถยื่นฟ้องคดีได้เนื่องจากเป็นผู้รับประโยชน์ตามข้อตกลงดังกล่าว²⁰

คำพิพากษาในศาลชั้นต้นศาลมีคำสั่งยกคำฟ้อง เนื่องจากเป็นข้อพิพาทในสัญญาสัมปทานและบริษัท Acaverde ต้องจัดให้มีการอนุญาตต่อตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกับเมือง Acapulco ภายใต้ข้อ 17 ของสัญญาสัมปทาน คดีนี้ยกฟ้องเพราะต้องการให้ผู้ร้องไปร้องคดีกับองค์กรที่ถูกต้อง

ศาลปฏิเสธการอุทธรณ์เนื่องจากวงเงินสินเชื่อใช้เฉพาะกรณีที่ถูกนี้ขาดสภาพคล่อง นอกจากนี้ผู้ร้องล้มเหลวในการพิสูจน์เรื่องใบแจ้งหนี้และการรับรองใบแจ้งหนี้ อีกทั้งเมื่อวันที่ 13 กันยายน ค.ศ. 1996 ธนาคาร Banobras รับหนังสือแจ้งอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับกรณีพิพาทระหว่างเมือง Acapulco และบริษัท Acaverde จากการที่เมืองไม่ชำระหนี้ไม่ใช่กรณีที่เมืองขาดสภาพคล่อง ในท้ายที่สุดศาลปฏิเสธการอุทธรณ์เนื่องจากผู้ร้องร้องต่อหน่วยงานไม่ถูกต้อง

การฟ้องคดีตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Ampro) ศาลปฏิเสธคำฟ้อง แม้ว่าศาลล่างจะตีความสัญญาวงเงินสินเชื่อผิดพลาด แต่บริษัท Acaverde ไม่ได้พิสูจน์เรื่องใบแจ้งหนี้และการรับรองใบแจ้งหนี้

คำตัดสินของศาลเม็กซิโกไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจ หรือไม่เป็นธรรม อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีการเลือกปฏิบัติกับบริษัทต่างชาติที่เป็นเจ้าของบริษัท Acaverde และไม่ปรากฏหลักฐานที่แสดงถึงความล้มเหลวต่อกระบวนการที่ขอบด้วยกฎหมาย

²⁰ Waste Management case p.44.

4.1.3 หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ (Full Protection and Security)

หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี ซึ่งมีพัฒนาการมาจากแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกาและได้มีการยอมรับในทางระหว่างประเทศมายาวนาน โดยหลักนี้ต้องการเรียกร้องให้มีการปกป้องการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติซึ่งถูกละเมิดจากรัฐผู้รับการลงทุน และถือเป็นหน้าที่ในแต่ละรัฐในการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาติ รัฐผู้รับการลงทุนต้องมีความรับผิดชอบของรัฐหากเกิดความล้มเหลวในการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุนต่างชาตินั้น²¹ เช่น กรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติถูกคุมขัง จะต้องได้รับการปฏิบัติในวิธีการที่สอดคล้องกับกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม และมีการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติอย่างมีมนุษยธรรมโดยจะต้องได้รับความสะดวกในการสู้คดี ผู้ลงทุนต่างชาติจะต้องได้รับความคุ้มครองและจะต้องได้รับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินทั้งกรณีเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมทั้งผลประโยชน์ต่างๆที่เกิดจากการลงทุนนั้น

หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่มุ่งเน้นในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติ ส่วนกรณีของหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะมุ่งเน้นในเรื่องการประติบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติ เมื่อหลักการนี้ต้องการให้มีการคุ้มครองและความปลอดภัยในการลงทุนจึงกำหนดให้รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจัดให้มีการคุ้มครองในระดับรัฐ เช่น ในเรื่องอำนาจของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางการทหารในการป้องกันความสงบ ส่วนกรณีในกระบวนการพิจารณาคดีทางตุลาการ จะได้รับการเสนอวินิจฉัยคดีในศาลปกครอง เป็นต้น สำหรับกรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องให้การคุ้มครองความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สินต่อผู้ลงทุนต่างชาตินั้น

ทั้งนี้ M. Somarajah มีความเห็นว่าหลักการคุ้มครองและการให้ความปลอดภัยอย่างเต็มที่จะต้องใช้ร่วมกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเพื่อให้การคุ้มครองการลงทุนนั้นมีประสิทธิภาพมากที่สุด²²

²¹ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004) , p.156

²² Ibid., p.156.

สำหรับพันธกรณีการเฝ้าระวังและการคุ้มครองเป็นสิ่งที่รัฐต้องประกันแก่การลงทุนของต่างชาติในดินแดนของตน ซึ่งพันธกรณีนี้เป็นความรับผิดชอบในการให้ข้อมูลต่างๆ ที่ถูกต้องแก่ผู้ลงทุน (Due diligence) ความรับผิดชอบดังกล่าวถือเป็นมาตรการการคุ้มครองซึ่งรัฐบาลพึงดำเนินการภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน²³

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าพันธกรณีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมที่ให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติถือเป็นพันธกรณีที่รัฐอนุเคราะห์ให้ผู้ลงทุนดำเนินกิจกรรมของตนอย่างปลอดภัย พันธกรณีนี้ต้องการให้รัฐกำหนดมาตรฐานที่เป็นกรณีเฉพาะคือ “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” เพื่อให้รัฐต้องให้การคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนและการลงทุนในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ความไม่สงบหรือการกระทำของประชาชนที่มีผลเป็นการทำลายการลงทุน นอกจากนี้หากเจ้าหน้าที่ตำรวจและทหารของรัฐที่รับการลงทุนไม่กระทำการคุ้มครองผู้ลงทุน หรือทรัพย์สินของผู้ลงทุนตามพันธกรณีก็ถือได้ว่ารัฐไม่ปฏิบัติตามหลักเที่ยงธรรมและยุติธรรม ซึ่งปรากฏในคดีต่างๆ เช่น

1. คดี American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997

AMT กล่าวหาว่าสาธารณรัฐซาอีร์ละเมิดต่อพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญา BIT ระหว่างซาอีร์ และสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1984 ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวบรรจุอยู่ในบทบัญญัติของ BIT โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 2(4)

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าพันธกรณีดังกล่าวข้างต้นที่สร้างขึ้นโดยสาธารณรัฐซาอีร์และสหรัฐอเมริกา เป็นพันธกรณีที่รับประกันการคุ้มครองและความปลอดภัยในการลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่าย ในกรณีที่น่าขึ้นสู่การพิพาทครั้งนี้ คือ บริษัท หรือ คนสัญชาติอเมริกา (AMT) ที่เข้ามาลงทุนในซาอีร์ที่เมืองคินชาซา พันธกรณีนี้เป็นพันธกรณีที่ซาอีร์ต้องเฝ้าระวังให้การลงทุนที่กระทำขึ้นโดย AMT ได้รับการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ ซาอีร์ต้องแสดงถึงมาตรการทั้งหลายที่เป็นการคุ้มครองการลงทุนของ AMT ภายในดินแดนของซาอีร์ แต่ซาอีร์ก็ไม่ได้ให้การคุ้มครองเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ SINZA ซึ่งเป็นบริษัทที่ถูกแต่งตั้งโดย AMT ซาอีร์อ้างว่ากฎหมายภายในปลดปล่อยพันธกรณีทั้งหลายที่ต้องทำการชดเชยค่าเสียหาย

²³ A Freeman, *Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces* (1956), 88 RCADI, 15-16.

สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในดินแดนของซาอีร์ โดยเฉพาะกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนี้ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วย²⁴

ปัญหาที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับวิธีการที่ต้องพิสูจน์ให้รู้แน่ชัดว่ามีการละเมิดต่อพันธกรณีของซาอีร์ในเรื่องการเฝ้าระวังดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 วรรค 4 ของ BIT หรือไม่ อีกทั้งต้องใช้หลักเกณฑ์ใดในการตัดสินถึงมาตรการที่ผู้ลงทุนพึงได้รับโดยต้องสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ และมาตรการใดที่จะถือเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่ซาอีร์พึงใช้เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยในการลงทุนของ AMT ซาอีร์ได้ใช้มาตรการต่างๆแล้วหรือไม่ โดยคำถามต่างๆเหล่านี้ไม่ได้รับคำตอบจากซาอีร์

สภาพความเสียหายที่เกิดขึ้นอธิบายถึงสิ่งที่เกิดด้วยตัวเองอยู่แล้วโดยไม่ต้องหาข้อพิสูจน์จากภายนอก แม้ว่าซาอีร์ไม่เคยปฏิเสธถึงการละเมิดต่อพันธกรณีการเฝ้าระวังก็ตาม ดังนั้นซาอีร์จึงต้องยอมรับว่า SINZA “ถูกปล้นสะดมเมื่อ ค.ศ. 1991 เช่นเดียวกับกรณีที่เกิดขึ้นกับบริษัทอื่นๆจริง” แต่ซาอีร์ยังอ้างว่า AMT ไม่เคยอ้างหลักฐานเพื่อเป็นข้อพิสูจน์ว่าซาอีร์ “ได้ให้การประติบัติต่อ SINZA โดยให้ความอนุเคราะห์ที่น้อยกว่าที่ให้แก่คนชาติหรือบริษัทในซาอีร์”

สำหรับความจริงที่ว่าซาอีร์ล้มเหลวอย่างชัดแจ้งในการเคารพต่อมาตรฐานขั้นต่ำที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศจึงเท่ากับเป็นการตอกย้ำว่าซาอีร์ล้มเหลวต่อพันธกรณีที่พึงมีต่อรัฐที่สาม หรือรัฐที่สามอื่นๆ ในกรณีข้อโต้แย้งที่กล่าวอ้างโดยซาอีร์ที่จะไม่ให้การคุ้มครองคนชาติหรือบริษัทของผู้สัญญา หรือกรณีการชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นชอบด้วย จากการที่ซาอีร์ละเมิดพันธกรณีหลายครั้งและล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีที่พึงให้แก่รัฐที่สามจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงต่อความรับผิดชอบของซาอีร์ที่ละเมิดต่อพันธกรณีการประติบัติเพื่อการคุ้มครองและความปลอดภัยที่พึงให้แก่ AMT ตามบทบัญญัติในมาตรา 2 วรรค 4 ของ BIT

แม้เหตุผลต่างๆที่นำเสนอโดยซาอีร์จะไม่ได้รับการยอมรับ แต่ซาอีร์ก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ไม่ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองและรับรองต่อความปลอดภัยของการลงทุนที่ AMT ได้ลงทุนในดินแดนของซาอีร์²⁵

²⁴ AMT case p.27-28.

²⁵ Ibid., p.30.

2. คดี Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคำร้องของ Wena ในแต่ละประเด็น โดยเริ่มจากข้อกล่าวหาที่ว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 2(2) ของข้อตกลง IPPA ที่ระบุให้มีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่กับการลงทุนของ Wena²⁶

ในประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับ Wena ว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 2(2) ของข้อตกลง IPPA ที่กำหนดให้การลงทุนของ Wena ได้รับ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” แม้จะไม่ปรากฏชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่อียิปต์ที่อยู่คนละส่วนกับเจ้าหน้าที่บริษัท EHC มีส่วนร่วมโดยตรงในการยึดโรงแรมเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.1991 แต่ก็มีหลักฐานว่าอียิปต์ตระหนักถึงเจตนาของบริษัท EHC ที่เข้ายึดโรงแรมทั้ง 2 โดยไม่มีการกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้บริษัท EHC กระทำการดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อเกิดการยึด เจ้าหน้าที่ตำรวจและกระทรวงการท่องเที่ยวไม่ได้ใช้มาตรการเพื่อให้โรงแรมทั้ง 2 กลับคืนสู่การดำเนินการของ Wena โดยทันที อีกทั้งไม่กำหนดมาตรการลงโทษแก่บริษัท EHC หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงที่เสนอเรื่องให้รัฐบาลอียิปต์เห็นชอบกับการกระทำของบริษัท EHC

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แม้อียิปต์จะไม่ได้ยุ่ง หรือมีส่วนร่วมในการยึดโรงแรมทั้ง 2 ตามที่ Wena กล่าวอ้าง แต่ก็มีหลักฐานเพียงพอว่าอียิปต์รับรู้ถึงเจตนาของบริษัท EHC และอียิปต์ไม่ได้กระทำการใดเพื่อป้องกันการยึดหรือออกมาตรการเพื่อให้ Wena ได้ดูแลโรงแรมทั้ง 2 แห่งโดยทันที²⁷

ท้ายสุดทั้งบริษัท EHC หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัทก็ไม่ได้ถูกลงโทษอย่างรุนแรงสำหรับการขับไล่ Wena โดยใช้กำลังและเข้าครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเป็นเวลาประมาณ 1 ปี แม้ว่าตัวแทนของบริษัท EHC จะถูกตัดสินลงโทษสำหรับการกระทำของพวกเขา แต่พวกเขาก็ไม่ได้ถูกตัดสินให้จำคุก เพียงแค่ต้องโทษปรับจำนวน 200 อียิปต์ปอนด์ ซึ่งตัวแทน

²⁶ Wena Hotels case p.911.

²⁷ Ibid., p.912.

ของบริษัท EHC ก็ไม่ได้ชำระค่าปรับดังกล่าว อีกทั้งเจ้าหน้าที่ของบริษัท EHC ก็ไม่ได้รับผลกระทบในหน้าที่การงานแต่อย่างใด ดังนั้นการที่อียิปต์ไม่ลงโทษบริษัท EHC และเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของบริษัทถือว่าอียิปต์ละเลยต่อการกระทำของบริษัท EHC

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 2(2) ของข้อตกลง IPPA โดยล้มเหลวต่อการให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของ Wena²⁸

3. คดี Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่าในข้อ 2.2 ของสนธิสัญญา BIT กำหนดว่า “การลงทุนของผู้ลงทุนที่เป็นคู่สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตลอดเวลาและต้องได้รับการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ภายในดินแดนของคู่สัญญาอีกฝ่าย” ดังนั้นการยึดและการประมูลเรือของผู้ร้องต้องทำการแจ้งโดยตรงตามกฎหมายฉบับที่ 308 ในมาตรา 7 วรรค 1 โดยไม่ต้องคำนึงถึงเนื้อหาที่ระบุไว้ในกฎหมาย หรือวิธีการปฏิบัติที่ส่งจดหมายลงทะเบียนพร้อมให้มีใบตอบรับจากผู้ร้อง สำหรับกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าขั้นตอนที่ผู้ถูกร้องกระทำนั้นไม่สอดคล้องกับข้อ 2.2 ของสนธิสัญญา BIT²⁹

4. คดี ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าประเด็นเกี่ยวกับโครงสร้างและเนื้อหาของมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นมีไม่เพียงพอที่จะนำมาฟ้องร้องในส่วนผู้ร้องและผู้ถูกร้องก็ไม่สามารถแสดงถึงความถูกต้องในเนื้อหาข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจเชื่อมั่นได้ว่าผู้ร้องสามารถแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปและเป็นอิสระที่มีอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์เฉพาะ ข้อจำกัด หรือบริบทที่ตกลงให้มีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการ

²⁸ Ibid., p.914.

²⁹ Middle East case p. 637.

คุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของต่างชาติ สำหรับผู้ร้องไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อกำหนดทางกฎหมายที่นำมาสู่การก่อเกิดเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจากสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีหลายพันฉบับที่มีอยู่ในปัจจุบัน สิ่งที่เกิดขึ้นนี้อาจเป็นเพราะไม่เคยมีการกำหนดเรื่องการปฏิบัติของรัฐ (State practice) หรือ คำตัดสินของศาล หรือของคณะอนุญาโตตุลาการในกฎหมายจารีตประเพณีเพื่อเป็นการยืนยันถึงหลักฐานที่เกิดขึ้นจริงที่จะเป็นคุณแก่คำร้องของผู้ร้อง นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังได้อ้างอิงถึงคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Mondev ที่ระบุว่า

“สนธิสัญญาการลงทุนระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาคจำนวนมาก (มากกว่า 2,000 ฉบับ) เกือบทั้งหมดมีการกำหนดให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่การลงทุนของต่างชาติ ซึ่งสนธิสัญญาส่วนมากกำหนดให้มีการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุน ในมุมมองของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการขัดกล้งในการปฏิบัติมีอิทธิพลต่อสาระของหลักเกณฑ์ในการควบคุมการปฏิบัติสำหรับการลงทุนของต่างชาติในกฎหมายระหว่างประเทศปัจจุบัน สิ่งที่น่าประหลาดใจคือการปฏิบัติและบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาจำนวนมากสะท้อนให้เห็นถึงการตีความความหมายในลักษณะที่ไม่แตกต่างไปจากคณะอนุญาโตตุลาการในคดี Neer เมื่อ ค.ศ.1927”³⁰

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Mondev ยังระบุว่า

“ข้อ 1105 (1) ไม่ได้กำหนดได้คณะอนุญาโตตุลาการ NAFTA ใช้ดุลยพินิจในการตัดสินด้วยตัวเองว่าอะไรคือ “ยุติธรรม” หรือ “เที่ยงธรรม” ในสถานการณ์ของแต่ละคดี สหรัฐอเมริกาอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการต้องยึดกับมาตรฐานขั้นต่ำดังที่ปรากฏในการปฏิบัติของรัฐ (State practice) และในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงไม่เป็นการง่ายที่จะนำมาตราฐานเฉพาะมาปรับ

³⁰ See, in this connection: e.g., S. Vasciannie, *The Fair and Equitable Treatment Standard International Investment Law and Practice*, 70 *Brit. Yb. Int'l L.* 99 (1999); and *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999) (based on manuscript prepared by S. Vasciannie); and R. Dolzer and M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, chap.3 (1995); and J.C. Thomas, *supra*, note 167, pp. 39-51. Note may also be taken of the continuing efforts of a number of countries to achieve, during the ongoing Doha Round of trade negotiations, a general multilateral convention on the promotion and protection of foreign investment within the framework of the World Trade Organization.

ใช้ว่าอะไรคือ “ยุติธรรม” หรือ “เที่ยงธรรม” โดยปราศจากการก่อเกิดของแหล่งที่มาทางกฎหมาย”

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้ เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยจากคดี Mondev ว่าความต้องการเพื่อให้ตกลง “การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” รวมทั้ง “การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ต้องอยู่บนข้อบังคับที่มีรากฐานมาจากการปฏิบัติของรัฐ และคำตัดสินของศาล หรือของอนุญาโตตุลาการ หรือแหล่งต่าง ๆ ของจารีตประเพณี หรือกฎหมายระหว่างประเทศ³¹

5. คดี Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003

สำหรับประเด็นการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ภายใต้ข้อตกลงนี้ ผู้ร้องกล่าวหาว่าเทศบาลและมลรัฐของเม็กซิโกสนับสนุนให้ประชาชนเคลื่อนไหวต่อต้านการดำเนินการในที่ทิ้งขยะของบริษัท Tecmed หรือ บริษัท Cytrar นอกจากนี้ผู้ร้องยังกล่าวหาว่าหน่วยงานของเม็กซิโก รวมทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ และศาลไม่ได้กระทำการเพื่อหลีกเลี่ยง ป้องกัน หรือเพื่อยุติการต่อต้านของประชาชนอันเป็นการขัดขวางการดำเนินการในที่ทิ้งขยะ หรือการไม่ให้ความปลอดภัย หรือการไม่ให้อิสระแก่พนักงานของบริษัท Cytrar ในการเข้าไปทำงาน ตามความเห็นของผู้ร้องระบุว่า การกระทำของหน่วยงานต่าง ๆ ของเม็กซิโก ถือได้ว่าเป็นการกระทำของผู้ถูกร้องซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 3(1) ของข้อตกลงดังที่ระบุไว้ว่า

“คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้การคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่ผู้ลงทุนของผู้ลงทุนจากคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องไม่กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือใช้มาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือขัดขวางการดำเนินการ การบำรุงรักษา การพัฒนา การใช้ การมีสิทธิ การขยาย การขาย หรือการจัดการทั้งหลายเกี่ยวกับการลงทุนดังกล่าว”

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าผู้ร้องไม่ได้นำหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ว่าหน่วยงานของเม็กซิโกให้การสนับสนุนประชาชน หรือกลุ่มที่มีอิทธิพลต่อชุมชนและต่อการเมืองเพื่อเคลื่อนไหว

³¹ Tecmed case p.88-89.

ต่อต้านที่ทิ้งขยะ หรือแสดงว่าหน่วยงานต่าง ๆ นั้นเข้าร่วมในการเคลื่อนไหวด้วย นอกจากนี้ผู้ร้อง ยังแสดงหลักฐานไม่เพียงพอว่ากิจกรรม หรือการกระทำของประชาชน หรือกลุ่มต่าง ๆ นั้นขัดต่อ กฎหมายระหว่างประเทศ³²

6. คดี The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada)
v. United States of America, 2003

ข้อ 1105 มุ่งเน้นเรื่อง “มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ” ซึ่งกำหนดว่า
“1. คู่ภาคีแต่ละฝ่ายจะคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งโดยการปฏิบัติ ให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรม และการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่”

เนื้อหาของบทบัญญัตินี้โดยเฉพาะความหมายของการอ้างอิงถึง “กฎหมายระหว่าง ประเทศ” และผลของข้อสรุปในตัวบทบัญญัติเป็นประเด็นที่ยังขัดแย้งกันอยู่³³

เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2001 คณะกรรมการเขตการค้าเสรีได้ตีความข้อ 1105(1) ดังต่อไปนี้

“มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่าง ประเทศ

- (1) ข้อ 1105(1) ระบุว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติดตาม กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติที่ ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนจากคู่สัญญาอีกฝ่าย
- (2) แนวทางของ “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การให้ ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่” ไม่ปรารถนาให้มีการปฏิบัติ ที่นอกเหนือหรือเกินเลยไปกว่าสิ่งที่ระบุไว้ตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ ต่อคนต่างชาติดตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

³² Ibid., p.72.

³³ Loewen case p.35.

- (3) การกำหนดว่ามีการละเมิดต่อบทบัญญัติในส่วนอื่นของความตกลง NAFTA หรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105(1)

การตีความข้างต้นของคณะกรรมการเขตการค้าเสรีมีผลผูกพันกับคณะอนุญาโตตุลาการ โดยผลของข้อ 1131(2) ของความตกลง NAFTA

แม้ผู้ร้องจะส่งเอกสารการตีความของคณะกรรมการ FTC แต่ผู้ร้องก็ไม่ได้นำเอกสารดังกล่าวมาประกอบในชั้นการพิจารณาคดีด้วยวาจา ในชั้นการแถลงด้วยวาจาโดยนาย Cowper QC ในนามของผู้ร้องได้แถลงสอดคล้องกับการตีความข้อ 1105(1) ของคณะกรรมการ FTC ซึ่งนาย Cowper QC ระบุว่าข้อ 1105(1) กำหนดให้มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติดำเนินการภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติที่ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนจากคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งการปฏิบัติของศาลมลรัฐมิสซิสซิปปีต่อบริษัท Loewen นั้น เป็นการละเมิดต่อมาตรฐานขั้นต่ำ

ผลของการตีความของคณะกรรมการ FTC คือว่า “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” และ “การให้ความคุ้มครองและปลอดภัยอย่างเต็มที่” ไม่อาจเป็นพันธกรณีที่อยู่ได้ตามลำพัง เนื่องจากมาตรฐานทั้ง 2 ประการนี้เป็นเพียงพันธกรณีที่กำหนดไว้ เพื่อให้ทราบว่าได้รับการยอมรับจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้การละเมิดต่อบทบัญญัติอื่นของความตกลง NAFTA จึงไม่ถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105(1) ด้วย³⁴

4.1.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ คือ กรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติต่อผู้ลงทุนของรัฐผู้ลงทุนหนึ่งอย่างไร ก็จะต้องปฏิบัติเช่นนั้นต่อผู้ลงทุนของรัฐผู้ลงทุนอื่นด้วยเพื่อให้ทุกรัฐภาคีได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยหลักการนี้แยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ประเด็น คือ “หลักปฏิบัติเสมือนชนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง” และ “หลักปฏิบัติเสมือนคนชาติ”

³⁴ Ibid., p.36.

การพิสูจน์การละเมิดพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติต่อคณะอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่ยากยิ่ง เนื่องจากการปฏิบัติตามที่ได้ตกลงโดยรัฐภาคีอาจมีความเหมือน หรือแตกต่างกันทั้งในแง่ผู้ลงทุนหรือการลงทุน จึงส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่ไม่สอดคล้องกัน พันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติในแง่สัญชาติ และปัจจัยอื่นๆ หรืออีกนัยหนึ่งคือ กรณีที่ผู้ลงทุนที่ได้รับการปฏิบัติโดยได้รับความอนุเคราะห์น้อยกว่าที่ผู้ลงทุนที่เป็นคนชาติได้รับ และอีกกรณีหนึ่ง คือ ผู้ลงทุนได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากผู้ลงทุนต่างชาติอื่น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม กับหลักการไม่เลือกปฏิบัติค่อนข้างเป็นเรื่องละเอียดอ่อน มาตรฐานในทางระหว่างประเทศโดยทั่วไปและโดยเฉพาะเรื่องหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้ผู้ลงทุนได้รับการปฏิบัติที่ได้รับความอนุเคราะห์มากกว่าการปฏิบัติเสมือนคนชาติ ซึ่งหลักปฏิบัติในประการหลังมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายระหว่างประเทศตระหนักถึงสิทธิของรัฐที่มีอธิปไตยในการจัดการกิจการภายในและกิจการในแง่ความเป็นรัฐ วิธีการเพียงวิธีเดียวสำหรับชุมชนระหว่างประเทศในการแสดงความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติของผู้ลงทุนต่างชาติ คือ การสร้างมาตรฐานในทางระหว่างประเทศที่จะผูกพันต่อรัฐต่างๆ ในอดีตมีความพยายามที่จะแยกมากกว่าที่จะรวมหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเข้ากับหลักปฏิบัติเสมือนคนชาติ ซึ่งลักษณะในการรวมหลักปฏิบัติทั้งสองนี้สามารถศึกษาได้จากกฎหมายจารีตประเพณี (Case law) ประการแรกหลักปฏิบัติเสมือนคนชาติและพันธกรณีหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมได้รับการพิจารณาให้เป็นพันธกรณีเดียวกัน ประการที่สองหลักปฏิบัติเสมือนคนชาติได้รับการตีความในฐานะที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำภายใต้หลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า การกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำตามอำเภอใจ และเลือกปฏิบัติของรัฐผู้รับการลงทุนถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย

การกำหนดลักษณะของการเลือกปฏิบัติโดยการใช้มาตรการ หรือการกระทำของรัฐมีลักษณะเด่นชัดกว่าการกำหนดลักษณะของการปฏิบัติตามอำเภอใจ การเลือกปฏิบัติสามารถทำการเปรียบเทียบได้กับการปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน หรือต่อผู้ลงทุนต่างชาติรายอื่นในสถานการณ์แบบเดียวกัน

ในคดี ELSI คณะอนุญาโตตุลาการพบว่า มีเงื่อนไข 4 ประการที่ถือว่ามาตรการนั้นเข้าข่ายเป็นการเลือกปฏิบัติ ได้แก่ (i) เจตนาในการปฏิบัติ (ii) เป็นคุณแก่คนชาติ (iii) ต่อต้านผู้ลงทุนต่างชาติ และ (iv) เป็นสิ่งที่ไม่เกิดขึ้นกับประเทศคู่สัญญาอื่นภายใต้สถานการณ์เดียวกัน³⁵ ในคดี ELSI มุ่งเน้นถึงการละเมิดต่อพันธกรณีการปฏิบัติเสมือนคนชาติโดยเปรียบเทียบความแตกต่างของการปฏิบัติระหว่างคนต่างชาติและคนชาติในสถานการณ์เดียวกัน

สำหรับการอธิบายถึงการปฏิบัติตามอำเภอใจคือ การปฏิบัติที่เข้าข่ายละเมิดต่อกฎหมาย หรือไม่มีมูลเหตุของฐานทางกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีการตีความการปฏิบัติตามอำเภอใจว่าเป็นการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการในคดี Tecmed เน้นว่าผู้ลงทุนคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะปฏิบัติโดยสอดคล้องกับกฎหมาย และไม่เพิกถอนเงื่อนไขต่างๆ ก่อนการเข้าลงทุนตามอำเภอใจ รวมทั้งไม่เพิกถอนใบอนุญาต...³⁶

โดยสรุปแล้วการปฏิบัติตามอำเภอใจและการเลือกปฏิบัติมีความแตกต่างจากการปฏิบัติที่คนชาติ หรือผู้ลงทุนต่างชาติรายอื่นได้รับกันตามปกติและการปฏิบัติทั้ง 2 ประการนี้ไม่มีมูลเหตุที่จะอ้างได้ตามกฎหมายและเป็นการปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลรองรับ

1. คดี Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001

สำหรับสนธิสัญญา BIT ข้อ 2 วรรค 3 (ข) ต้องการให้รัฐบาลที่ลงนามในสนธิสัญญาไม่ทำให้การลงทุนเสียหายโดยการกระทำตามอำเภอใจ หรือเลือกปฏิบัติ คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่ากฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต้องการให้รัฐละเว้นจากการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติ แม้ความต้องการที่จะให้รัฐปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับคนต่างชาติ หรือ ปฏิบัติต่อคนต่างชาติเสมือนคนชาติอาจจะไม่เกิดขึ้นได้จริง แต่บทบัญญัติที่ระบุไว้ในข้อ 2 (1) ของสนธิสัญญา BIT กำหนดว่ารัฐต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของต่างชาติบนฐานของการให้ความอนุเคราะห์ที่ไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติกับคนชาติ

³⁵ ELSI case para 61-62.

³⁶ Tecmed case para 154.

ในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีข้อบ่งชี้ว่าธนาคารแห่งเอสโตเนียเลือกปฏิบัติต่อธนาคาร EIB หรือปฏิบัติต่อธนาคาร EIB โดยให้ความอนุเคราะห์น้อยกว่าธนาคารต่างๆ ของเอสโตเนีย ยิ่งไปกว่านั้นผู้ร้องล้มเหลวต่อการพิสูจน์ว่าการเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB ถือเป็นเจตนาที่มุ่งให้เกิดความเสียหายแก่ธนาคาร หรือเป็นการกระทำตามอำเภอใจ หรือเป็นการกระทำโดยเลือกปฏิบัติกับธนาคาร EIB

นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับคำอธิบายของผู้ถูกร้องที่ว่า การตัดสินใจเพิกถอนใบอนุญาตของธนาคาร EIB เพื่อควบคุมการประกอบกิจการธนาคารในเอสโตเนีย และจากสถานการณ์การเมืองและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในเอสโตเนีย ทำให้ต้องตรวจสอบกิจการธนาคารอย่างละเอียด การที่รัฐใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เกิดความชัดเจนและถูกต้องตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ

สำหรับคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การเพิกถอนใบอนุญาตไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจและการกระทำทั้งหลายของธนาคารแห่งเอสโตเนียก็ไม่ละเมิดต่อข้อ 2 วรรค 3 (ข) แห่งสนธิสัญญา BIT แต่ในอนาคตธนาคารแห่งเอสโตเนียควรใช้กฎหมายและการควบคุมที่รอบคอบมากกว่านี้

ท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าผู้ร้องล้มเหลวต่อการแสดงให้เห็นว่าการเพิกถอนใบอนุญาตธนาคาร EIB ของธนาคารแห่งเอสโตเนียเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา BIT หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศ³⁷

2. คดี ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003

ในประเด็นที่สี่ ผู้ร้องเห็นว่าสหรัฐอเมริกาล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีภายในข้อ 1105 (1) โดยสุจริตและละเมิดต่อหน้าที่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีโดยสุจริต ผู้ถูกร้องชี้แจงว่าผู้ถูกร้องยืนยันว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้พันธกรณีโดยสุจริตจัดอยู่ในข้อ 1105 (1) และปฏิเสธว่าพันธกรณีดังกล่าวนี้มีอยู่จริง การยืนยันว่ามีการละเมิดต่อหน้าที่โดยสุจริตตามกฎหมายจารีตประเพณีเป็น

³⁷ Genin case p.92-93.

เพียงสิ่งเล็กน้อยในการช่วยตัดสินใจ หรือกำหนดเนื้อหามาตรฐานของการปฏิบัติอย่างยุติธรรม และเที่ยงธรรม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าผู้ร้องไม่ได้พยายามที่จะพิสูจน์ว่า การปฏิเสธคำร้องในการระงับสิทธิตามข้อกำหนดของ Buy America โดยองค์การ FHWA เป็นการกระทำตามอำเภอใจ ผู้ร้องไม่ได้แสดงว่าบริษัทอื่นที่ประสบกับเหตุการณ์เดียวกันนี้ในฐานะผู้ลงทุนใช้สิทธิระงับตามข้อกำหนดขององค์การ FHWA อีกทั้งผู้ร้องไม่ได้ระบุว่าคุณลักษณะพิเศษของวัสดุโครงสร้างเหล็กกล้าภายใต้สัญญาช่วงกับบริษัท Shirley ถือเป็นการสั่งทำเฉพาะที่บริษัทผลิตเหล็กกล้าในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่จะทำตามคุณลักษณะพิเศษนั้นได้ นอกจากนี้ผู้ร้องไม่ได้ระบุว่า การใช้มาตรการของสหรัฐอเมริกาเป็นการก่อให้เกิดต้นทุนเพิ่ม หรือก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ร้องทำให้ผู้ร้องไม่ประสบความสำเร็จในการเข้ารับทำโครงการ Springfield Interchange สุดท้ายผู้ร้องไม่ได้ระบุว่าบริษัท ADF ได้รับการปฏิบัติจากองค์การ FHWA หรือองค์การขนส่ง VDOT ในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการให้ความคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่ รวมถึงมาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1105 (1) อย่างไร

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณาว่าผู้ร้องไม่ได้กล่าวอ้างมาในคำร้องว่า มาตรการใดของสหรัฐอเมริกาที่ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดในข้อ 1105 (1)³⁸

ท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการไม่พบว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาที่เป็นประเด็นพิพาทนี้ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดในความตกลง NAFTA ข้อ 1105 (1) แต่อย่างใด³⁹

3. คดี Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ.1999 ที่ปรึกษาของบริษัท Acaverde ได้มีหนังสือไปยังคณะอนุญาโตตุลาการ CANACO เพื่อให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการกับเทศบาลเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero แต่องค์กรทั้งสองได้รับการคุ้มครองสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ต่อมาคำร้องได้ถูกส่งคืนแก่บริษัทเมื่อวันที่ 14 กันยายน ค.ศ.1999

³⁸ ADF case p.93-94.

³⁹ Ibid., p.98.

ในส่วนของ CANACO ไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ แต่มีหน้าที่คือ อำนวยความสะดวกแก่ขั้นตอนการอนุญาตอุตสาหกรรม สำหรับประเด็นการสมรู้ร่วมคิดระหว่าง CANACO และเมือง Acapulco ต่อกระบวนการอนุญาตอุตสาหกรรม หรือการเลือกปฏิบัติต่อบริษัท Acavede นั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่พบหลักฐานใดที่เป็นการสนับสนุนข้อกล่าวหาดังกล่าว แม้ CANACO จะกำหนดให้วางเงินล่วงหน้าจำนวนมากสำหรับการดำเนินการอนุญาตอุตสาหกรรมแต่ก็พอเข้าใจได้ว่าคดีนี้เป็นคดีสำคัญและมีความซับซ้อน จากหลักฐานที่คณะอนุญาโตตุลาการตรวจสอบแล้วพบว่า CANACO กระทำอย่างเหมาะสมและปราศจากอคติดังตัวอย่างคือ การที่ CANACO ปฏิเสธการยื่นคำร้องของทนายความเมือง Acapulco ที่ให้พิจารณาเขตอำนาจในการพิจารณาเบื้องต้นนั้น CANACO ได้มีคำตัดสินโดยระบุว่า CANACO มีเขตอำนาจในการรับคดีไว้พิจารณาได้⁴⁰ แม้กระบวนการอนุญาตอุตสาหกรรมจะไม่ได้ดำเนินต่อไปจนได้ข้อสรุป แต่ก็พออนุมานได้จากคำตัดสินของศาลสหพันธ์และศาลมลรัฐว่า ผู้ร้องไม่อาจดำเนินการอนุญาตอุตสาหกรรมต่อเมือง Acapulco ได้ ซึ่งผู้ร้องก็ไม่ได้คัดค้านในประเด็นนี้ ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการยุติการอนุญาตอุตสาหกรรมของ CANACO ในประเด็นปัญหาด้านการเงินไม่ถือว่าผู้ถูกร้องกระทำละเมิดในทางระหว่างประเทศ⁴¹

4.1.5 หลักการชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ (Expropriation , Nationalization and Compensation)

การเวนคืน (Expropriation) ตามความหมายของ The International Law Dictionary ของ Robert L. Bledsoe and Bolesaw A. Boczek คือ การกระทำยึดทรัพย์สินที่ถือครองโดยคนต่างด้าวและกระทำไปโดยการโอนความเป็นความเจ้าของไปยังผู้เวนคืน หรือ โอนไปยังบุคคลนั้น การเวนคืนนี้ถูกห้ามกระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่สำหรับทัศนคติดั้งเดิมในเรื่องนี้การกระทำการเวนคืนสามารถกระทำได้ หากแต่จะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข คือ การเวนคืนจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและในลักษณะการแก้แค้น โดยมีการชำระค่าชดเชยที่เป็นธรรมโดยทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพ (effective) ยิ่งไปกว่านั้นการเวนคืนจะต้องกระทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ต้องไม่ขัดแย้งกับสนธิสัญญาและจะต้อง

⁴⁰ Order of Permanent Arbitration Commission, National Chamber of Commerce of Mexico City, 18 June 1998.

⁴¹ Waste Management case p.43-44.

กระทำขึ้นภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law) หากเงื่อนไขเหล่านี้ไม่เกิดขึ้นแล้วการกระทำเวนคืนนี้จะเรียกว่า “การริบทรัพย์” (Confiscation) การเวนคืนมิใช่การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ (Nationalization) แต่การโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐแตกต่างจากการเวนคืนตรงที่การเวนคืนมีผลต่อคนชาติและคนต่างด้าวด้วย รวมถึงทรัพย์สินโดยส่วนรวมทำไปเพียงทรัพย์สินใดทรัพย์สินหนึ่ง เช่น การโอนระบบการขนส่งรถไฟของรัฐมากกว่าจะเป็นการเวนคืนระบบขนส่งใดโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น⁴² แต่สิ่งที่คล้ายคลึงกันของการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ คือ จะต้องกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะและจะต้องมีการชำระค่าชดเชยเดียวกัน⁴³

ดังนั้น จึงสามารถพิจารณาได้ว่าการเวนคืนนั้นไม่สามารถกระทำไปได้โดยพลการ แต่จะต้องกระทำไปภายใต้เงื่อนไข คือ การเวนคืนจะต้องกระทำไปโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) จะต้องเป็นการกระทำไปโดยเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) โดยจะต้องกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law) และสิ่งสำคัญคือ จะต้องกระทำโดยมีการชำระค่าชดเชยในลักษณะที่กระทำโดยทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพ (effective) ซึ่งแนวคิดนี้เป็นการสนับสนุนแนวความคิดของประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งจะมีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนของประเทศต่างๆกันโดยทั่วไป

ส่วนการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ (Nationalization) เป็นคำที่มีความหมายกว้างและอาจจะเข้าใจว่ามีความหมายครอบคลุมการโอนเป็นของรัฐในลักษณะอื่น เช่น การเวนคืน (Expropriation) การริบทรัพย์ (Confiscation) แต่เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของรัฐต่างๆแล้วจะเห็นว่าการเวนคืน หรือการริบทรัพย์มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป นั่นคือ การเวนคืน (Expropriation) นั้นมีวัตถุประสงค์ในการใช้สั่งหาริมทรัพย์ที่เวนคืนมาในลักษณะซึ่งแตกต่างไปจากเดิมโดยจะต้องทำตามขั้นตอนแห่งตบฏกฎหมายที่มีอยู่ คือ หลักการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน เช่น การเวนคืนที่ดินเพื่อทำถนน หรือเพื่อประโยชน์ในการชลประทาน โดยมีการจ่ายค่าชดเชยแก่ทรัพย์สินที่มีการเวนคืนซึ่งทรัพย์สินเวนคืนมาอาจจะเวนคืนมาเป็นของ

⁴² Robert L. Bledsoe and Bolesaw A. Boczek, *The International Law Dictionary*. (Santa Barbara; Calif: ABC-clio, 1987), p.130.

⁴³ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004) , p.194.

องค์กร หรือบุคคลอื่นนอกจากรัฐก็ได้ เช่น องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น หรือ ประชาชนในกรณีการเวนคืนเพื่อการปฏิรูปที่ดิน เป็นต้น แต่การริบทรัพย์สิน (Confiscation) นั้นแม้จะเป็นการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยทั่วไปมักจะได้แก่ สหกรณ์ทรัพย์ของประชาชนมาเป็นของรัฐ แต่เป็นกรณีที่มีลักษณะเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเสียมากกว่า เช่น กรณีการริบทรัพย์ที่ทำหรือมีไว้เป็นความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดอันเป็นบทบัญญัติในกฎหมายอาญา⁴⁴

การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ (Nationalization) ตามความหมายของ Encyclopedia Dalloz ได้ให้ความหมายของคำว่า “การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ” ว่า หมายถึง “การกระทำโดยอำนาจมหาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคลในประเภทแห่งกิจการใด ๆ มาเป็นของรัฐ ทั้งนี้โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและมีการชดเชยค่าชดเชยด้วย”⁴⁵ สำหรับความหมายของ “การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ” คือ กระบวนการที่มีการโอนทรัพย์สินหรือผลประโยชน์จากภาคเอกชนไปเป็นของรัฐหรือองค์กรของรัฐโดยจะต้องมีการชำระค่าชดเชยในการโอนเป็นของรัฐ แม้จะมีได้มีการกล่าวถึงกรณีต้องจ่ายค่าชดเชยด้วยก็ตาม หากไม่มีการจ่ายค่าชดเชยก็จะเป็นกรณีการริบทรัพย์สินซึ่งเป็นมาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิด นอกจากนี้การโอนเป็นของรัฐนั้นโดยทั่วไปจะมีลักษณะเป็นการโอนกิจการหรือทรัพย์สินทั้งหมดมิใช่เพียงบางส่วนจากภาคเอกชนไปเป็นของรัฐ ทั้งนี้จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ต่อทรัพย์สินของเอกชนต่างด้าว หากมีการเลือกปฏิบัติโดยโอนเป็นของรัฐเฉพาะทรัพย์สินของบุคคลเพียงบางคน หรือบุคคลเพียงบางกลุ่มอันด้วยเหตุผลอันเกี่ยวกับสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือลัทธิการเมืองเสียแล้ว การโอนเป็นของรัฐโดยเลือกปฏิบัติเช่นนี้อาจมีผลที่ไม่สมบูรณในรัฐอื่น และจะไม่รับรองการโอนเป็นของรัฐนั้นในรัฐของตน ปัญหาการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐและการคุ้มครองผู้ลงทุนจากการโอนกิจการและทรัพย์สินดังกล่าว เป็นปัญหาที่สำคัญและถกเถียงกันมาในกฎหมายระหว่างประเทศตลอดมา และยังไม่สามารถหาข้อยุติได้และเป็นสิ่งที่เป็นปัญหาต่อคนต่างด้าวที่ไปลงทุนในต่างประเทศเสมอมา

⁴⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford : Oxford University Press, 2003) , p.533.

⁴⁵ สุชาติ สัตตบุตร, “การโอนเป็นของชาติ”, *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 7, 1 (มิถุนายน พ.ศ. 2525) : 87.

สำหรับการชำระค่าชดเชยนั้นเกิดขึ้นเพื่อให้การโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐให้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ความหมายของการโอนคนต่างด้าวเป็นของรัฐนี้มีความสัมพันธ์กับเรื่อง “ค่าชดเชย” (Compensation) โดยถือว่าเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งที่จะทำให้การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁶

สำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่รัฐได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่อีกรัฐ ซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบ เช่น การโอนทรัพย์สินหรือกิจการของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ รัฐอาจจะแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง เช่น การชำระค่าชดเชย (Compensation)

หลักการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของความคิดในเรื่องการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Illegal Act) หลักการนี้จึงได้รับการยืนยันในทางปฏิบัติระหว่างประเทศและโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กล่าวคือค่าชดเชยนี้จะต้องลบล้างผลของการกระทำที่ผิดกฎหมายให้หมดสิ้นไปให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และทำให้สถานะของทั้งสองฝ่ายกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนว่าการกระทำอันผิดกฎหมายนี้ไม่ได้เกิดขึ้นเลย หรือหากว่าเป็นไปได้อีกก็ให้ชำระเงินจำนวนที่เท่ากับค่าที่จะให้กลับคืนสู่สถานะเดิมนั้น การให้ชำระค่าชดเชยสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นและการให้กลับคืนสู่สถานะเดิม หรือการชำระเงินแทนที่การให้กลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นหลักการที่ควรใช้เป็นแนวทางในการกำหนดค่าชดเชยที่เกิดจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁷

เมื่อพิจารณาเรื่องการเวนคืน การโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ และเรื่องค่าชดเชยแล้ว จะพบว่าสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์ที่แยกออกจากกันไม่ได้ เพราะว่าหากรัฐใดได้ทำการเวนคืน หรือโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐแล้วนั้น การกระทำนั้นจะมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ รัฐนั้นจะต้องมีการชำระค่าชดเชยให้แก่คนต่างด้าว หรือผู้ลงทุนต่างชาตินั้น รัฐผู้ส่งออกทุนต่างๆก็มักจะให้มีการทำความตกลงเพื่อให้มีการคุ้มครองการลงทุน

⁴⁶Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford : Oxford University Press, 2003) , p.534.

⁴⁷ Ibid., p.535.

ดังกล่าวในรูปของสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อเป็นความตกลงระหว่างรัฐให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาการลงทุนนั้น โดยจะกำหนดเงื่อนไขในการชำระค่าชดเชยไว้ให้ชัดเจน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเวนคืนกิจการหรือโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐเกี่ยวข้องกับการอธิบายถึงการใช้อำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของรัฐเหนือดินแดนของรัฐตน สำหรับการเวนคืนหรือการโอนกิจการของคนต่างด้าวซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐเหล่านั้น⁴⁸

แต่ปัญหาเรื่องการเวนคืนหรือการโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐยังคงเป็นปัญหาที่ไม่อาจหาข้อยุติได้ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการคุ้มครองการลงทุนแก่กิจการและทรัพย์สินของคนต่างด้าว

1. ประเด็นการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐของประเทศพัฒนาแล้ว

แนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่าเมื่อผู้ลงทุนของรัฐตนต้องการที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนาก็ควรได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับเรื่องการเวนคืน และการโอนกิจการนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติและประเพณีปฏิบัติของรัฐต่างๆที่เกี่ยวข้องก็พอจะสรุปถึงเงื่อนไขในเรื่องการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ซึ่งประเทศพัฒนาแล้วกำหนดเงื่อนไขไว้ 4 ประการดังนี้⁴⁹

ก) การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐโดยมีเงื่อนไข (public purpose , non –discrimination , under the due process of law and prompt , adequate)

1. การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐจะต้องเป็นการโอนเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยืนยันและรับรองตามกฎหมาย

⁴⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford : Oxford University Press) , p.536.

⁴⁹ Ibid., p.535.

ระหว่างประเทศ หากเป็นการโอนเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมเป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้ประเทศของเอกชนที่ถูกเวนคืนหรือโอนกิจการมีสิทธิโต้แย้งว่ามีการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการดังกล่าวนี้ระบุอยู่ในคดี Wena Hotels Ltd. V. Egypt คณะอนุญาโตตุลาการได้มีความเห็นว่ามีผลกระทบที่ไม่สมควรมากมายที่อียิปต์อนุญาตให้บริษัท EHC ยึดและครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเป็นเวลาเกือบ 1 ปี ถือเป็นภาระที่มากกว่าเพียงชั่วคราว ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้ทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่พึงได้ของ Wena⁵⁰

ทั้งนี้ในมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ. 1962 ก็ยอมรับว่าการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ หรือเรียกเกณฑ์จะต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลแห่งประโยชน์สาธารณะ (public utility) ความมั่นคง (security) และเพื่อผลประโยชน์ของประชาชาติ⁵¹ (national interest)

2. การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) กล่าวคือจะต้องเป็นมาตรการที่มีผลต่อทรัพย์สินอื่นๆที่อยู่ในสถานะอย่างเดียวกันเท่าเทียมกัน โดยต้องไม่เป็นการเลือกโอนเฉพาะกิจการและทรัพย์สินของคนต่างชาติหรือคนต่างชาติอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งอยู่ในสภาพและฐานะอย่างเดียวกัน⁵²

หลักการในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ในการโอนทรัพย์สินนี้ได้รับการยอมรับในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางและได้รับการยืนยันจากคดีต่างๆหลายคดี เช่น ในคดี Alex Genin v. Estonia คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่ากฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต้องการให้รัฐละเว้นจากการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติ ซึ่งบทบัญญัติที่ระบุไว้ในข้อ 2 (1)

⁵⁰ Wena Hotels case p.915.

⁵¹ United Nation, "General Assembly resolution 1803 (XVII)," of December 14, 1962.

⁵² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford : Oxford University Press) , p.535.

ของสนธิสัญญา BIT กำหนดว่ารัฐต้องให้การปฏิบัติแก่การลงทุนของต่างชาติบนฐานของการให้ความอนุเคราะห์ที่ไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติกับคนชาติ⁵³

3. การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะนั้นต้องมีการชำระค่าชดเชย หลักการในการโอนกิจการและทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างชาติที่ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นกำหนดว่ารัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติ⁵⁴

ประเทศพัฒนาแล้วมีแนวคิดว่าการชำระค่าชดเชยนั้นต้องมีการชำระแบบทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพ (effective) แต่อย่างไรก็ตามเงื่อนไขยังเป็นข้อถกเถียงกันตลอดระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งเรื่องการคำนวณค่าชดเชยด้วย

4. การโอนกิจการจะต้องกระทำโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องมีการกระทำโดยชอบด้วยระบบกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนนั้น โดยการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และกระทำโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถตรวจสอบได้⁵⁵

สำหรับหลักการในเรื่องนี้เป็นแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วในเรื่องการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐซึ่งจะมีเงื่อนไข 4 ประการที่แตกต่างกับแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป โดยจะแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาแตกต่างกันอย่างชัดเจน

⁵³ Genin case p.93.

⁵⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford : Oxford University Press),p.536.

⁵⁵ Ibid., p.535.

ข) การชำระค่าชดเชย (an effective compensation)

การโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ปัจจุบันมีการยอมรับว่าเป็นสิทธิโดยชอบธรรมอันเนื่องมาจากอำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่รัฐมิได้มีอำนาจในการโอนเป็นของรัฐได้โดยเสรี แต่ทว่าการโอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐจะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องกระทำโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติและต้องมีการจ่ายค่าชดเชย ปัญหาเรื่องการกำหนดค่าชดเชยว่าต้องชดเชยจำนวนเท่าไรและกระทำอย่างไรจึงจะถูกต้องและเป็นธรรม ในปัญหานี้ประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาต่างก็ยืนยันในแนวคิดของตนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องเป็นธรรมและเป็นหลักตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อมติของสมัชชาสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ. 1962 ได้มีการออกมายอมรับหลักการที่ว่า ในกรณีที่มีการเวนคืนและการโอนกิจการของเอกชน ดังนั้นผู้ลงทุนผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นควรจะได้รับการชำระค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate) จากมติดังกล่าวนี้ชี้ให้เห็นถึงแนวโน้มการที่จะยอมรับว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าชดเชยให้ในกรณีที่มีการเวนคืนและโอนกิจการคนต่างด้าวไปเป็นของรัฐ

ปัญหาที่สำคัญคือ ต้องพิจารณาว่าหากรัฐต้องใช้ค่าชดเชยจะต้องจ่ายในจำนวนเท่าไรเพราะยังมีความเห็นไม่ลงรอยกัน เพราะเมื่อประเทศด้อยพัฒนาและประเทศกำลังพัฒนามีปัญหาความจำเป็นทางเศรษฐกิจจึงต้องมีการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ เช่น การประสบกับปัญหาทางเศรษฐกิจภายในประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาจึงเกิดแนวคิดที่ไม่อยู่ในฐานะที่จะจ่ายค่าชดเชยโดยทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพได้ พร้อมทั้งนี้ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาซึ่งวางแนวคิดไว้ว่า มาตรฐานในเรื่องการชำระค่าชดเชยคนต่างด้าวควรจะได้รับ การชำระค่าชดเชยเหมือนดังที่พลเมืองของตนจะได้รับ (National Treatment or Equal Treatment) โดยต้องขึ้นอยู่กับความสามารถของรัฐในการจ่ายค่าชดเชย (ability to pay) อีกด้วย และมีการสนับสนุนความคิดว่าการชำระค่าชดเชยควรจะเป็นแบบเหมาะสม (appropriate compensation)⁵⁶

⁵⁶ Andreas F. Lowenfeld, *International economic law*, (Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003), 451.

ในมติสมัชชาที่ 1803 (XVII) ใช้คำว่า “ค่าชดเชยที่เหมาะสม” ซึ่งก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าค่าชดเชยเหมาะสมมีหลักเกณฑ์เช่นไร การคำนวณค่าชดเชยนี้ขึ้นอยู่กับว่าจะยอมรับทฤษฎีอันไหนมาใช้ในการที่รัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชย เช่น หากนำหลัก Doctrine of Acquired Right มาใช้ ค่าชดเชยที่เหมาะสมก็ควรจะเป็นจำนวนเงินที่ผู้ลงทุนเสียไปเนื่องจากการโอนหรือเวนคืนทรัพย์สินนั้น⁵⁷

แนวคิดของการกำหนดค่าชดเชยของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วในฐานะเป็นประเทศที่ขยายการลงทุนไปยังภูมิภาคต่างๆของโลก ซึ่งต้องการรักษาผลประโยชน์ในกิจการของผู้ลงทุนที่ไปลงทุนในต่างประเทศให้มากที่สุด ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการยืนยันว่าหากมีการเวนคืนหรือโอนกิจการจะต้องมีการชำระค่าชดเชยโดยทันที (prompt) โดยเพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพ (effective)

จากบันทึกของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาโดยนาย Cordell Hull ซึ่งมีถึงรัฐบาลเม็กซิโกในปี ค.ศ. 1938 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกร้องค่าชดเชยในที่ดินของชาวอเมริกันที่รัฐบาลเม็กซิโกโอนไปเพื่อการปฏิรูปที่ดิน ต่อมาแนวคิดนี้ได้พัฒนากลายเป็น Hull formula ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าเป็นแนวคิดเกี่ยวกับหลักการชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการโอนกิจการของคนต่างด้าวจะต้องประกอบขึ้นจากการชำระค่าชดเชยโดยทันที โดยพอเพียง และมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของบรรดาประเทศพัฒนาแล้ว นอกจากนี้ในคำแถลงนโยบายของประธานาธิบดีริชาร์ด นิกสัน ในปี ค.ศ. 1972 ว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีความคาดหวังว่าการถือเอาทรัพย์สินจากเอกชนของคนสัญชาติอเมริกันจะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำด้วยประโยชน์สาธารณะ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ และคนสัญชาติอเมริกันซึ่งถูกโอนทรัพย์สินหรือกิจการไปจะต้องได้รับค่าชดเชยที่รวดเร็ว (rapid) เต็มมูลค่า (full) และมีประสิทธิภาพ (effective)⁵⁸

เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขในการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐของประเทศพัฒนาแล้วจะพบว่า ประเทศพัฒนาแล้วยืนยันมาโดยตลอดว่าหากรัฐผู้รับการ

⁵⁷ Ibid., p.453.

⁵⁸ Wang Tieya, “The third world and international law,” in selected Articles from *Chinese Yearbook of International Law*, ed, Chinese Society of International Law (Beijing : China Translation Publishing Corporation, 1983), p.31.

ลงทุนประสงค์จะทำการเวนคืนและโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข 4 ประการข้างต้น และต้องมีการชำระค่าชดเชยโดยทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพ (effective)

II. ประเด็นการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐของ ประเทศกำลังพัฒนา

จากการศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมาจะพบว่าแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วในเรื่องการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐสามารถกระทำได้โดยประกอบด้วยเงื่อนไข 4 ประการคือ ต้องกระทำด้วยประโยชน์สาธารณะ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ต้องมีการชำระค่าชดเชย และต้องมีกระทำไปโดยกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับแนวคิดในเรื่องการเวนคืน หรือการโอนกิจการคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งยังคงขัดแย้งกับประเทศพัฒนาแล้วดังประเด็นต่อไปนี้

ก) การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (permanent sovereignty over natural resources)

ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนายอมรับว่า รัฐทุกรัฐไม่ว่ารัฐใดจะมีอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นของดินแดนของรัฐนั้น ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจอธิปไตยในการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ การเวนคืนหรือในการเรียกเกณฑ์ทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐตน แต่ทั้งนี้จะต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public utility) เพื่อความมั่นคง (security) หรือเพื่อผลประโยชน์ของชาติ (national interest) สาเหตุที่ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาเรียกร้องในเรื่องอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ เพราะในอดีตประเทศเหล่านี้บางส่วนเป็นประเทศในอาณานิคมของประเทศพัฒนาแล้ว เมื่อมีการปลดแอกอาณานิคมจึงเกิดการเรียกร้องอำนาจอธิปไตยในดินแดนของตนกลับคืนมา แต่ก็มีที่ยอมรับตามข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 1803

(XVII) ค.ศ. 1962 ว่าจะต้องมีการชำระค่าชดเชยให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาตินั้น ซึ่งตนได้มีการเวนคืน และการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ หรือการเรียกเกณฑ์ โดยจะต้องมีการกระทำด้วย ประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกัน⁵⁹

เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1974 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับข้อมติที่ 3281 (XXIX) ว่าด้วยกฎบัตรแห่งสิทธิและหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (Resolution 3281 (XXIX) The Charter of Economic Right and Duties of States) ได้ระบุว่า การโอนกิจการของคนต่างด้าว จะต้องมีการชำระค่าชดเชยที่เหมาะสม (Appropriate Compensation) หากเกิดกรณีมีปัญหา เรื่องค่าชดเชยและเกิดข้อพิพาทขึ้น จะต้องมีการระงับเรื่องการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายของรัฐที่ทำการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐโดยศาลของตน แต่หากมีวิธีอื่นก็ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

แม้ประเทศพัฒนาแล้วยังมิได้คัดค้านหลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ แต่ได้กล่าวว่าการโอนกิจการหรือการเวนคืนจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีการชดใช้ค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Just compensation) และมีการยอมรับว่า หากเกิดการประตบัติต่อกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าว หรือเกิดปัญหาความขัดแย้ง ให้มีการระงับข้อพิพาทตามระบบกฎหมายภายในของรัฐ เว้นแต่จะมีการตกลงเป็นอย่างอื่น⁶⁰

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของบรรดาประเทศกำลังพัฒนาแล้วพบว่าบรรดาประเทศกำลังพัฒนาหวงแหนอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งมีค่าของรัฐตน ซึ่งมีความพยายามในการแสดงบทบาทในเวทีสมัชชาใหญ่สหประชาชาติมาโดยตลอด เพราะมักเป็นรัฐที่รับการลงทุนมากกว่า เป็นรัฐที่ส่งออกทุน เมื่อรัฐผู้ส่งออกทุนเข้ามาลงทุนในรัฐตนย่อมเป็นการใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้เสื่อมค่าลงไป ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาจึงมีความเห็นว่าจะต้องมีการเวนคืนหรือการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ซึ่งสามารถกระทำได้โดยอาศัยเรื่องอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือ

⁵⁹ Francisco Orrego Vicana. Same International Law Problems Posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile.

P.3 [online] Available from <http://www.lexis.com>[January 11, 2005].

⁶⁰ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), p.457.

ทรัพยากรธรรมชาติที่ประเทศกำลังพัฒนาได้มีการยืนยันในข้อมติมาแล้วโดยตลอด ถือเป็น การแสดงถึงสถานะของประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องดังกล่าวได้อย่างชัดเจน⁶¹

แต่ขณะเดียวกัน Dupuy ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในคดี Texaco Overseas Petroleum et al v. Libyan Arab Republic ได้วินิจฉัยถึงข้อมติที่กล่าวมาข้างต้นว่า แม้จะมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางระหว่างประเทศในข้อมติแล้วก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการถือปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป (General Practice of States) โดยยังไม่ถือว่าเป็น หลักฐานเพียงพอที่จะสามารถถือได้ว่าข้อมติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมาย (Opinio Juris Sive Necessitatis) จนกว่าจะได้มีการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป มีลักษณะสม่ำเสมอ และมีการถือปฏิบัติกันอย่างกว้างขวางเพียงพอและมีรูปแบบเดียวกัน เนื่องจากมีรัฐซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มประเทศ พัฒนาแล้วดังเช่น สหรัฐอเมริกาที่คัดค้านหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่จึงไม่อาจถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณีได้นั่นเอง⁶²

ข) การชำระค่าชดเชย (an appropriate compensation)

สำหรับแนวคิดในการกำหนดค่าชดเชยของประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะกลุ่ม ละตินอเมริกาที่มีความเห็นที่ขัดแย้งกับประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทอย่างโดดเด่นในการ ผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศแนวใหม่ โดยยืนยันว่าแต่ละรัฐ นอกจากจะมีอำนาจอธิปไตยทางการเมืองแล้วยังมีอธิปไตยทางเศรษฐกิจอีกด้วย นอกจากนี้ รัฐยังมีสิทธิโดยชอบธรรมในการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ซึ่งนำมาสู่แนวทางการดำเนิน นโยบายทางเศรษฐกิจและการแสดงจุดยืนในการกำหนดค่าชดเชยว่าหากเกิดกรณีการโอน กิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ รัฐนั้นจะต้องมีการชำระค่าชดเชยในจำนวนที่เหมาะสม (appropriate compensation) ซึ่งปรากฏอยู่ในมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ 1803 (XVII) เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1967 เกี่ยวกับอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resources) และได้รับการยืนยันในมติที่ 3281 (XXIX) เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1974 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (The Charter of Economic Rights and Duties of States) และในข้อมติสหประชาชาติที่ 2158 (XXI) เมื่อวันที่

⁶¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford : Oxford University Press),p.536.

⁶² Ibid., p.527.

25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1966 ก็ได้ยืนยันว่าการแสวงหาทรัพย์สินสาธารณะชาติในแต่ละประเทศกระทำได้ตามหลักกฎหมายภายใน⁶³

อย่างไรก็ตามความหมายของ “จำนวนที่เหมาะสม” (appropriate compensation) นั้น แม้บรรดาประเทศพัฒนาแล้วจะได้มีการยอมรับในมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติดังกล่าวแล้ว แต่ทว่าการตีความและการปฏิบัติของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนายังมีความแตกต่างกันคือ ประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่า “จำนวนที่เหมาะสม” จะต้องเกิดขึ้นจากค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ ในทางกลับกันกลุ่มประเทศกำลังพัฒนากลับมีความเห็นเห็นว่า “จำนวนที่เหมาะสม” ควรจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสภาพเหตุการณ์ต่างๆด้วย โดยควรจะเป็นค่าชดเชยที่คำนวณเท่ากับมูลค่าของทรัพย์สินหรือกิจการที่โอนเป็นของรัฐเพียงบางส่วนในลักษณะที่มีความเป็นธรรมและเหมาะสมตามมูลค่าสุทธิในทางบัญชี (Net Book Value) ซึ่งเป็นราคาทรัพย์สินภายหลังจากการหักภาระหนี้สิน ค่าเสื่อมราคา ภาวะเงินเฟ้อ และปัจจัยอื่นๆที่จะทำให้ราคาทรัพย์สินลดลงเท่านั้น เหตุผลเพราะการดำเนินมาตรการโอนเป็นของรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตน คนต่างด้าวนั้นจึงไม่ควรจะได้รับค่าชดเชยที่เต็มจำนวน (Full Compensation) หรืออย่างเพียงพอ ตามที่ได้มีการอ้างกันว่าเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ⁶⁴

สำหรับแนวทางการกำหนดค่าชดเชยในการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐเพียงบางส่วนนี้มีนัยกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านมีความเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เช่น Oppenheim มีความเห็นว่าการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐก่อให้เกิดภาระความผูกพันอันจำกัดให้แก่รัฐผู้รับโอนที่จะชดเชยค่าทรัพย์สินของคนต่างด้าว เพราะฉะนั้นการชดเชยเพียงบางส่วนจึงเป็นหนทางที่เหมาะสมแล้ว⁶⁵ ซึ่งกลุ่มประเทศละตินอเมริกาได้ยอมรับหลักการกำหนดค่าชดเชยในลักษณะนี้ เพราะมีความเชื่อว่าการกำหนดค่าชดเชยในลักษณะที่เป็นธรรมจะต้องเกิดขึ้นโดยการคำนวณจากสภาพเศรษฐกิจและการเงินของรัฐผู้รับการลงทุนที่ได้ทำการโอนนั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ข้อมติของสหประชาชาติดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้น Jimenez Archaga เห็นว่าข้อมติของสมัชชาใหญ่เป็นข้อมติที่ผูกพันเฉพาะประเทศ

⁶³ Ibid., p.527.

⁶⁴ Ibid., p.527.

⁶⁵ Oppenheim, *International Law a Treaties*, Vol. I 8th ed. (London : Longmans, 1955) : 261-262.

ทั้งหลายที่ประสงค์จะผูกพันเท่านั้น แต่ในทางกลับกันในคดี Texaco นาย Dupuy ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีเพียงนายเดียวเห็นว่าข้อมติสหประชาชาติดังกล่าวไม่มีกฎหมายแน่นอน (Positive Law) ในการสนับสนุนกฎบัตรให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย และข้อมติสหประชาชาติไม่ได้ประกาศถึงความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีแต่อย่างใด ในความจริงแล้วข้อมติของสมัชชาใหญ่เกี่ยวกับอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาตินั้น แม้จะไม่ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายที่สนับสนุนโดยตรง แต่ก็มีพื้นฐานมาจากกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องอธิปไตยของรัฐ หลักการเคารพสัญญา หลักการชำระค่าชดเชย รวมทั้งหลักกฎหมายที่เป็นส่วนประกอบอื่น ๆ อีกมากมาย ข้อมติของสหประชาชาติจึงถือได้ว่าเป็นการวางหลักทั่วไปในการประกาศหลักกฎหมาย ดังนั้นจึงมีเหตุผลที่สรุปได้ว่า ข้อมติของสหประชาชาติเป็นหลักกฎหมายเช่นเดียวกัน การปฏิเสธข้อมติของสหประชาชาติจึงเป็นการปฏิเสธความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ นาย Dupuy ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Texaco ว่าถึงแม้ข้อมติดังกล่าวจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐในทางระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการถือปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป (General Practice of States) เท่านั้นยังไม่ถือว่าเป็นหลักฐานเพียงพอที่จะถือว่าหลักเกณฑ์ในข้อมตินั้นเป็นกฎหมาย (Opinio Juris Sive Necessitatis) จนกว่าการถือปฏิบัติโดยทั่วไปเช่นนั้นจะมีความสม่ำเสมอ (consistent) และมีการถือปฏิบัติอย่างกว้างขวาง (extensive) และเป็นรูปแบบเดียวกัน (uniform) ทั้งนี้เพราะยังมีรัฐซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วหลายรัฐคัดค้านหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ โดยเฉพาะประเทศที่เป็นแกนนำสำคัญในการคัดค้านคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับแนวคิดของกลุ่มประเทศสังคมนิยม เช่น สหภาพโซเวียตในอดีต สาธารณรัฐประชาชนจีน และกลุ่มประเทศอื่นที่มีระบอบการปกครองในลักษณะเดียวกันมีความเชื่อว่าการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นของรัฐและอำนาจอธิปไตยสูงสุดเป็นของรัฐ ประชาชนมีความเท่าเทียมกันไม่มีระบบชนชั้น ดังนั้นกลุ่มประเทศเหล่านี้จึงกำหนดให้ทรัพย์สินทั้งหมดเป็นของรัฐ โดยเอกชนไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในเรื่องการโอนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ รัฐไม่จำเป็นต้องมีการจ่ายค่าชดเชยหากมีความเห็นว่าผู้ลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในรัฐตนได้รับผลกำไรมากเกินไป อย่างไรก็ดีตามในปัจจุบันบรรดาประเทศสังคมนิยมก็เริ่มลดบทบาทลงและกลายมาเป็นประเทศที่มีความเสรีมากขึ้น⁶⁶

⁶⁶ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004), p.456.

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าแนวคิดในเรื่องการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าว เป็นของรัฐระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนายังมีความขัดแย้งกันอยู่ โดยประเทศ พัฒนาแล้วกำหนดว่าสามารถเวนคืนและโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐได้ แต่ต้องอยู่บนเงื่อนไข 4 ประการคือ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยแบบโดย ทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ รวมทั้งกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วน ประเทศกำลังพัฒนามีแนวคิดในเรื่องอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติในการที่จะสามารถโอน กิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐได้ และต้องการให้มีการชำระค่าชดเชยที่เหมาะสม

1. คดี Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999

คณะอนุญาโตตุลาการพบว่าฝ่ายผู้ร้องไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าคำตัดสินของศาลเม็กซิโกขัด กับหลักกฎหมายภายในของเม็กซิโก หลักฐานของฝ่ายผู้ถูกร้องเกี่ยวกับมาตรฐานทางกฎหมาย ในการยกเลิกสัญญาบริการสาธารณะที่นำมาแสดงนั้นเป็นหลักฐานที่ไม่อาจโต้แย้งได้ อีกทั้ง ฝ่ายผู้ร้องก็ไม่ได้โต้แย้งว่ามาตรฐานทางกฎหมายเหล่านี้ละเมิดต่อความตกลง NAFTA ในมาตรา 1110 คณะอนุญาโตตุลาการยังพบอีกว่าการปรับใช้มาตราเหล่านี้ในประเด็นการตัดสินให้ สัญญาเป็นโมฆะไม่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจแต่อย่างใด ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ พิจารณาจากหลักฐานประกอบ

นอกจากนี้การสังเกตของคณะอนุญาโตตุลาการในชั้นสรุปพบว่าสภาเทศบาลเมืองได้รับการชักนำให้ลงนามในสัญญาสัมปทานโดยไม่สุจริต⁶⁷

คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าการยกเลิกสัญญาสัมปทานในคดีนี้ถือว่ารัฐบาลเม็กซิโก ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ความตกลง NAFTA คำร้องในคดีนี้ของฝ่ายผู้ร้องฟังไม่ขึ้นทั้งหมด สำหรับการตัดสินในเรื่องค่าใช้จ่าย คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินให้ทั้ง 2 ฝ่ายเป็นผู้รับผิดชอบ สำหรับค่าใช้จ่ายในส่วนของตน ส่วนค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระให้ ICSID ให้ทั้งสองฝ่ายเฉลี่ยกันฝ่าย ละเท่า ๆ กัน

⁶⁷ Azinian case p.33.

2. คดี Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000

สำหรับประเด็นการเวนคืนกิจการภายใต้ความตกลง NAFTA ไม่ใช่เพียงแค่การตระหนักถึงการยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย หรือเป็นทางการ หรือข้อผูกพันการโอนสิทธิของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ยังรวมถึงการปิดบัง หรือการแทรกแซงโดยใช้เหตุการณ์บางอย่างเพื่อจะใช้ทรัพย์สินนั้นซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมด หรือบางส่วนในการใช้ หรือคาดหมายถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับจากทรัพย์สินนั้น แม้ว่าความคาดหมายนั้นจะไม่แสดงถึงผลประโยชน์อย่างชัดเจนให้รัฐผู้รับการลงทุนได้รับทราบก็ตาม

กรณีการกระทำของ Guadalcazar ต่อ Metalclad คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการประตักปิดบังไม่ยุติธรรม และไม่เที่ยงธรรม โดยเป็นการละเมิดต่อข้อ 1105 และการกระทำดังกล่าวซึ่งก็คือ การปฏิเสธสิทธิของ Metalclad ในการดำเนินการสร้างที่ทิ้งขยะโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าโครงการนี้ได้รับอนุมัติและลงนามโดยรัฐบาลสหพันธ์แล้ว ซึ่งถือได้ว่าเม็กซิโกใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนอันเป็นการละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1110(1)⁶⁸

คณะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องตัดสิน หรือพิจารณาเหตุจูงใจ หรือเจตนารมณ์ในการนำพระราชกฤษฎีการะบบนิเวศน์มาใช้ เพราะการตัดสินประเด็นการเวนคืนไม่จำเป็นต้องอาศัยฐานของการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับระบบนิเวศน์ เพื่อจะระบุว่าเม็กซิโกละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1110 แต่อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอาจจะถือเป็นการกระทำที่เทียบเท่ากับการเวนคืน

โดยสรุปแล้วคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเม็กซิโกเวนคืนการลงทุนของ Metalclad ทางอ้อม โดยปราศจากการชดใช้ให้แก่ Metalclad สำหรับการเวนคืนนี้ ดังนั้นเม็กซิโกจึงละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA

⁶⁸ Metalclad case p.28.

สำหรับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลง NAFTA ข้อ 1105 และการชดใช้ภายในความตกลง NAFTA ข้อ 1110 อันเนื่องจากการไม่สามารถดำเนินการสร้างที่ทิ้งขยะ และไม่อาจทำให้การลงทุนของ Metalclad เกิดขึ้นได้ Metalclad จึงเป็นฝ่ายสูญเสียในการลงทุนนี้⁶⁹

3. คดี Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000

สำหรับประเด็นการเวนคืนกิจการ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับ Wena ที่ว่าการกระทำของอียิปต์ถือเป็นการเวนคืนโดยปราศจากการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อข้อ 5 ของข้อตกลง IPPA

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าไม่ว่าอียิปต์จะอนุญาตหรือมีส่วนร่วมในการยึดโรงแรมหรือไม่ อียิปต์ตัดสิทธิ Wena จาก “สิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นเจ้าของ” โดยการอนุญาตให้บริษัท EHC ยึดโรงแรมทั้ง 2 แห่งโดยใช้กำลัง รวมทั้งเข้าครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเกือบ 1 ปี และก่อนการคืนโรงแรมให้ Wena ก็ได้เคลื่อนย้ายเครื่องเรือนและอุปกรณ์ภายในอาคารออกไปเป็นจำนวนมาก อียิปต์กล่าวว่าการตัดสิทธิดังกล่าวเป็นเพียงการกระทำเพียงชั่วคราวไม่ถือว่าการเวนคืน ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยในประเด็นนี้ และได้มีความเห็นว่ามีกรกระทำที่ไม่สมควรมากมายที่อียิปต์อนุญาตให้บริษัท EHC ยึดและครอบครองโรงแรมโดยผิดกฎหมายเป็นเวลาเกือบ 1 ปี ถือเป็นการแทรกแซงที่มากกว่าเพียงชั่วคราว ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้ทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่พึงได้ของ Wena

ภายหลังจากการคืนโรงแรมให้ Wena แล้ว อียิปต์ยังล้มเหลวต่อพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง IPPA และบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศ โดยปฏิเสธการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอและมีประสิทธิภาพสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากเหตุผลทั้งหลายที่ได้กล่าวมา คณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อ 5 ของข้อตกลง IPPA โดยล้มเหลวต่อการชำระค่าชดเชยให้ Wena โดยทันที

⁶⁹ Ibid., p.30.

เพียงพอและมีประสิทธิภาพ สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ายึดโรงแรม Luxor และ โรงแรม Nile⁷⁰

4. คดี Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece)
v. Arab Republic of Egypt, 2002

คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาและยอมรับคำร้องของผู้ลงทุนภายใต้ขอบเขตของสนธิสัญญา BIT ได้ ต่อมาจึงได้พิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลกระทบและผลลัพธ์ของพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 195 และการกระทำใดซึ่งเป็นมาตรการที่อาจเข้าข่ายเป็นการเวนคืนของผู้ถูกร้อง

ผู้ถูกร้องยอมรับว่าช่วงเวลาอย่างน้อย 4 เดือน ที่ผู้ร้องถูกเพิกถอนใบอนุญาตโดยพระราชกฤษฎีกาจากสิทธิต่าง ๆ ที่พึงได้รับนั้น ไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการเวนคืนแต่อย่างใด เมื่อมีมาตรการเวนคืนโดยรัฐจึงเกิดผลกระทบคือ การถอดถอนผู้ลงทุนจากการใช้และผลประโยชน์ที่ได้จากการลงทุน แม้จะได้รักษาสิทธิของผู้ลงทุนไว้แต่เพียงในนามก็ตามมาตรการต่าง ๆ เหล่านี้มักถูกเรียกว่าเป็น “การเวนคืนทางอ้อม” หรือ หากปรากฏในสนธิสัญญา BIT ก็มักจะเรียกว่า “เป็นผลกระทบที่เทียบเท่ากับการเวนคืน” จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผู้ลงทุนถูกถอดถอนจากการลงทุนโดยมาตรการดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นเทียบเท่ากับการเวนคืนภายใต้ความหมายของข้อ 4 แห่งสนธิสัญญา BIT และผู้ถูกร้องต้องรับผิดชอบในการชำระค่าชดเชยให้กับผู้ร้องในการคำนวณจำนวนค่าชดเชย คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดให้คำนวณตามมูลค่าตามราคาตลาด (market value) ของการลงทุนที่ได้รับผลกระทบ⁷¹

สำหรับประเด็นคำร้องที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่ง คือ การขอให้จ่ายเงินชดเชยเกี่ยวกับเรือยนต์ Poseidon 8 รวมทั้งมูลค่าของเรือนับตั้งแต่วันที่เวนคืนในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1999

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่อาจโต้แย้งได้ว่าเรือ Poseidon มีแนวโน้มที่จะถูกยึดโดยองค์การการทำเรือทะเลแดง เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ.1999 ต่อมาได้นำออกประมูลเมื่อวันที่ 28

⁷⁰ Wena Hotels case p.915.

⁷¹ Middle East case p.627-628.

พฤศจิกายน ค.ศ.1999 โดยผู้ประมูลได้จ่ายเงินค่าเรือในราคา 301,000.00 อียิปต์ปอนด์ ตามรายงานการประมูล ผู้ร้องกล่าวหาว่าการยึดและการประมูลผิดกฎหมายและราคาจากการประมูลเรือ Poseidon ก็มีมูลค่าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับราคาจริงที่เรือมีมูลค่าขั้นต่ำ 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ผู้ถูกร้องเห็นว่าการประมูลดังกล่าวมีผลสมบูรณ์⁷²

ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการสรุปว่าเรือ Poseidon มีฐานะเทียบเท่ากับ “การลงทุน” ภายใต้สนธิสัญญา BIT และบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครอง

คณะอนุญาโตตุลาการต้องตรวจสอบว่าการยึดเรือ Poseidon ถือเป็นการยึดและการประมูลตามคำสั่งของศาลภายในโดยไม่อาจถือว่าเป็นการยึดได้หรือไม่ หากผู้ถูกร้องใช้มาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนนั้นไม่ได้กระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷³

5. คดี Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America,
2002

สำหรับการสูญเสียสิทธิของสมาคม LPA และของบริษัท Mondev ในโครงการทั้งหมดเกิดขึ้น ณ วันที่มีการเพิกถอนจางงและได้จบสิ้นไปแล้ว หากมีการเวนคืนเกิดขึ้นเหตุการณ์นั้นจะต้องเกิดไม่ช้าไปกว่า ค.ศ.1991 ในกรณีนี้เป็นการยากที่จะยอมรับว่ามีการเวนคืนโครงการทั้งหมดภายหลังปี ค.ศ.1991 สิ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาคือ การที่สมาคม LPA ฟ้องร้องคดีเมือง Boston และองค์การ BRA สำหรับการละเมิดสัญญาหรือมีการละเมิดทำให้โครงการล้มเหลวนั้น การฟ้องคดีดังกล่าวเป็นการฟ้องภายใต้กฎหมายแห่งมลรัฐ Massachusetts และหากมีความล้มเหลวเกิดขึ้นจากศาลสหรัฐอเมริกา ในการตัดสินคดีตามกฎหมายของ Massachusetts หรือเพื่อให้ปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อ 1105 สิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนสิทธิต่าง ๆ ของผู้ร้อง

⁷² Ibid., p.634.

⁷³ Ibid., p.635.

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นของคุณลักษณะ หรือสาเหตุ หรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียในสิทธิตามสัญญาที่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110⁷⁴

6. คดี Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003

จากการพิจารณาการกระทำทั้งหลายของสถาบัน INE (ในฐานะเป็นนิติบุคคลของสาธารณรัฐเม็กซิกัน "...มีหน้าที่กำหนดนโยบายระบบนิเวศน์และสิ่งแวดล้อมของเม็กซิโก รวมทั้งออกกฎระเบียบและมาตรฐานต่าง ๆ ด้านสิ่งแวดล้อม") ถือได้ว่าเป็นผู้ถูกร้องภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ถูกร้องกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องซึ่งข้อเท็จจริงที่ระบุมาในคำร้องนั้นถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 5(1) ของข้อตกลงการลงทุน เนื่องจากวันที่เกิดความเสียหาย และวันที่ผู้ร้องทราบถึงการละเมิดต่อข้อ 5(1) ของข้อตกลง คือ วันที่เกิดการกระทำอันเป็นการเวนคืนการลงทุนของผู้ร้องโดยการประกาศข้อมติดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยและตัดสินว่าข้อมติรวมถึงผลของมติถือได้ว่าเป็นการเวนคืนซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อ 5 ของข้อตกลงการลงทุน และกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁵

7. คดี Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

ผู้ร้องระบุว่าบริษัท Acaverde ที่ดำเนินธุรกิจในเมือง Acapulco ถูกเวนคืนกิจการโดยเมือง Acapulco หรือเป็นการกระทำร่วมกันของเมือง Acapulco มลรัฐ Guerrero และธนาคาร Banobras อันเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA ความล้มเหลวในการชำระเงินภายใต้สัญญาสัมปทานของเมือง Acapulco ถือเสมือนว่าเป็นการเวนคืน ตามทัศนะของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องของผู้ร้องต้องการแสดงให้เห็นว่ามีการเวนคืนกิจการทั้งหมดของบริษัท Acaverde แต่ในความเป็นจริงแล้วอาจมีการเวนคืนสินทรัพย์เพียงบางอย่างเท่านั้น⁷⁶

⁷⁴ Mondev case p.20.

⁷⁵ Tecmed case p.60.

⁷⁶ Waste Management case p.52.

สำหรับในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการไม่ต้องการที่จะสรุปความหมายของวลี “มาตรการที่เสมือนว่าเป็น...การเวนคืน” ในข้อ 1110 เนื่องจากแต่ละคดีต้องคำนึงถึงสถานการณ์ตามความเป็นจริง และวัตถุประสงค์ของมาตรการที่นำมาใช้ สำหรับคดีนี้ไม่มีประเด็นเรื่อง “การบังคับเอาทรัพย์สิน” (regulatory taking) แต่ก็มีประเด็นว่าการกระทำทั้งหลายขององค์กรต่างๆ ของเม็กซิโกมีผลเป็นการเวนคืนบริษัททั้งหมด หรือบางส่วนหรือไม่⁷⁷

คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่าการที่รัฐบาลกระทำไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสัญญาไม่เป็นสิ่งที่เทียบเท่า หรือเสมือนว่าเป็นการเวนคืน ในคดีนี้ผู้ร้องไม่ได้สูญเสียสิทธิตามสัญญาการละเมิดต่อสัญญาไม่อาจนำมาพิจารณาว่าเป็นการละเมิดต่อข้อ 1110 ของความตกลง NAFTA ได้ สิ่งที่สำคัญคือ ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นถึงการปฏิเสธสิทธิที่ไม่ให้มีการเยียวยาแก่ผู้ร้อง ซึ่งส่งผลกระทบต่ออันเป็นการขัดขวางต่อการลงทุนของผู้ร้องทั้งหมด หรือบางส่วน⁷⁸

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการปฏิเสธการชำระเงินของผู้ถูกร้องยังไม่ได้ช้อยุติ แต่เนื่องจากเป็นการละเลยและเป็นความล้มเหลวต่อการปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานเท่านั้น จากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นไม่อาจถือว่าเป็นการเวนคืนสิทธิตามสัญญาสัมปทาน

ในทัศนะของคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่ถือเป็นหน้าที่ของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะขจัดความเสี่ยงทางการค้าตามปกติของผู้ลงทุนต่างชาติ หรือการกำหนดให้เม็กซิโกชำระค่าทดแทนอันเนื่องมาจากความล้มเหลวของธุรกิจ การที่บริษัทล้มเหลวจากข้ออ้างว่าถูกเวนคืนนั้นไม่ใช่เพียงเพราะการไม่ได้รับการชำระหนี้ หรือการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสัญญา หากเกิดเหตุการณ์ที่ผู้ร้องไม่ได้รับความยุติธรรม หรือประสบปัญหาเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลก็อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างได้ แต่ในคดีนี้ไม่มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นและไม่อาจถือได้ว่าเม็กซิโกกระทำละเมิดต่อข้อ 1110

จากเหตุผลทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่พบว่าเม็กซิโกเวนคืนทรัพย์สิน สินทรัพย์ หรือการลงทุน หรือใช้มาตรการที่เทียบเท่ากับเป็นการเวนคืนภายใต้นิยาม

⁷⁷ Ibid., p.58.

⁷⁸ Ibid., p.66-67.

ของความตกลง NAFTA ข้อ 1110 แก่บริษัท Waste Management ดังนั้นคำร้องของผู้ร้อง ประเด็นข้อ 1110 ต้องตกไปเช่นเดียวกับประเด็นข้อ 1105⁷⁹

4.1.6 หลักการสุจริต (Good Faith)

Anthony d'Amato กล่าวไว้ว่า หลักสุจริตมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่สัญญาทำธุรกิจต่อกัน อย่างซื่อสัตย์และอย่างเที่ยงธรรม ซึ่งเป็นการแสดงถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงและระงับจาก ผลประโยชน์ที่ได้มาโดยไม่เที่ยงธรรมซึ่งอาจเป็นผลมาจากการตีความในข้อตกลงที่ไม่ถูกต้อง

หลักสุจริตมีสถานะเป็นกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังได้รับอิทธิพลจากหลักสุจริตนี้ โดยปรากฏเป็น จารีตประเพณีของสนธิสัญญาจำนวนหลายฉบับ อีกทั้งยังให้ความชัดเจนแก่มาตรา 31(1) ของ อนุสัญญาเวียนนาด้วย⁸⁰

ในคดีพิพาทระหว่าง Tecmed S.A. กับ เม็กซิโก (TECMED S.A. v. The United Mexican States) คณะอนุญาโตตุลาการได้ตีความ “มาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและ เที่ยงธรรม” ว่าเป็นผลมาจากหลักสุจริต

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าพันธกรณีหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เป็นการแสดงออกถึงเจตนาและเป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริต (bona fide principle) ซึ่งได้รับการยอมรับจากกฎหมายระหว่างประเทศ แม้จะมีการอ้างในคดี Mondev ว่าการที่รัฐไม่ยึดหลัก สุจริตก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิด หลักสุจริตวางกรอบพื้นฐานที่อาจคาดหวังได้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับการปฏิบัติจากรัฐตามหลักความโปร่งใส โดยไม่มีการกระทำตามอำเภอใจซึ่งจะไม่ใช่การ ขัดแย้งกับสิ่งที่สมเหตุสมผลและปราศจากอคติ โดยสิ่งเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นความเที่ยงธรรมและ ยุติธรรม

⁷⁹ Ibid., p.67.

⁸⁰ “Good Faith” in *Encyclopedia of Public International Law*, 1984 pp. 107-109.

^{*} “To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith.”

ดังนี้

คณะอนุญาโตตุลาการได้แสดงทัศนะไว้โดยอ้างอิงถึงคำตัดสินในคดี Neer และคดี ELSI

“คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าบทบัญญัติของข้อตกลงในกรณีของหลักสุจริตที่ได้กำหนดไว้โดยกฎหมายระหว่างประเทศต้องการให้คู่สัญญาให้การประติบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งต้องไม่ขัดต่อความคาดหมายพื้นฐานที่ผู้ลงทุนต่างชาติจะทำการลงทุน ผู้ลงทุนต่างชาติคาดหมายให้รัฐผู้รับการลงทุนกระทำโดยสอดคล้องกับข้อตกลงปราศจากความคลุมเครือและมีความโปร่งใสต่อความสัมพันธ์ทั้งหลายที่มีต่อผู้ลงทุนต่างชาติ...ผู้ลงทุนต่างชาติยังคาดหมายให้รัฐผู้รับการลงทุนกระทำให้สอดคล้องกับข้อตกลง โดยไม่เพิกถอนสิ่งที่ผู้ลงทุนตัดสินใจก่อนการลงทุน หรือสิ่งที่รัฐผู้รับการลงทุนอนุญาตให้ผู้ลงทุนกระทำได้ตามอำเภอใจซึ่งผู้ลงทุนสันนิษฐานว่าคำมั่นทั้งหลาย รวมทั้งแผนการและริเริ่มกิจกรรมทางการค้าและธุรกิจจะเกิดขึ้น ผู้ลงทุนยังคงคาดหมายให้รัฐผู้รับการลงทุนใช้เครื่องมือทางกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำของผู้ลงทุน หรือการลงทุนให้สอดคล้องกับหน้าที่ตามที่ได้กำหนดไว้ตามกฎหมายนั้นๆ และต้องไม่ถดถอยผู้ลงทุนจากการลงทุนโดยปราศจากการชำระค่าชดเชย แม้ที่จริงแล้วรัฐผู้รับการลงทุนล้มเหลวในการปฏิบัติตามแบบแผนที่พึงกระทำต่อผู้ลงทุนต่างชาติ หรือการลงทุนของผู้ลงทุนซึ่งมีผลต่อความสามารถของผู้ลงทุนในการตรวจสอบการประติบัติและการคุ้มครองตามที่รัฐผู้รับการลงทุนจะให้นั้น และเพื่อตัดสินว่าการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นสอดคล้องกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมหรือไม่ ดังนั้นการที่รัฐผู้รับการลงทุนยอมรับแบบแผนในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุนจึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักที่กล่าวถึงข้างต้น เพื่อให้สามารถชี้บังคับหลักสุจริตได้อย่างเป็นรูปธรรม และเพื่อป้องกันความเป็นไปได้ที่รัฐผู้รับการลงทุนจะกระทำตามอำเภอใจโดยอาจแสดงถึงความไม่เพียงพอของสาระในการที่จะยอมรับได้ “โดยความสมเหตุสมผลและความยุติธรรม”⁸¹ หรือไม่ถือว่าการละเมิดต่อกฎเกณฑ์เฉพาะ ซึ่งเป็นการตรงข้ามกับกฎหมายเนื่องจาก “ตกตะลึงหรือประหลาดใจกับความหมายของความเหมาะสมทางการศาล”⁸²

“The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of

⁸¹ Neer v. Mexico case (1929) R.I.A.A.

⁸² Referring to the ELSI case.

the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor...The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any pre-existing decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State confirm to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as representing insufficiencies that would be recognized "...by any reasonable and impartial man," or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because: "...(it) shocks, or at least surprises a sense of juridical propriety."

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าการกระทำของเม็กซิโกถือว่าเป็นการละเมิดต่อสนธิสัญญา BIT ในแง่การประกันว่าจะให้ "การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม"

พันธกรณีโดยสุจริตมีนัยยะว่าความสัมพันธ์ทั้งหลายระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและผู้ลงทุนต่างประเทศต้องกระทำด้วยความสุจริต

ความสุจริตถือเป็นธรรมเนียมที่สำคัญในการพัฒนาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (Charter of Economic Rights and Duties of States) ระบุว่า การปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เรื่องความสุจริตถือเป็นหนึ่งในปัจจัยพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ประเทศอุตสาหกรรมสนับสนุนให้มีการอ้างอิงหลักการนี้ นับตั้งแต่สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 1803 (XVII) เรื่องอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty Over Natural Resources) เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1962 โดยกำหนดว่าข้อตกลงทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจากต่างประเทศต้องเคารพในหลักสุจริต⁸³

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตระหนักว่าหลักสุจริตเป็น “หนึ่งในหลักการขั้นพื้นฐานที่ควบคุมการดำเนินการตามพันธกรณีทางกฎหมาย”⁸⁴ ดังนั้นอาจจะกล่าวได้ว่าความสุจริตถือเป็นพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่นำมาใช้กันโดยทั่วไป

ในทัศนะของคณะอนุญาโตตุลาการหลักสุจริตไม่ถือว่าเป็นการเพิ่มเติมสาระของการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม แต่การนำมาตราฐานทั้ง 2 ประการมารวมไว้ในข้อตกลงเดียวกันถือเป็นสิ่งที่ช่วยสนับสนุนหลักการของมาตรฐานทั้ง 2 ประการนี้

โดยทั่วไปแล้วมักมีการนำประเด็นความไม่สุจริต หรือเจตนาอื่นใดมาแสดงว่ามีการละเมิดต่อมาตรฐานการประติบัติ ในการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดหรือไม่ละเมิดต่อการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมนั้นขึ้นอยู่กับผลกระทบที่ตามมาของมาตรการที่รัฐนำมาใช้ต่อการลงทุน

⁸³ Sm Schwebel, The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources, *American Bar Association Journal* (1963), p.467.

⁸⁴ Nuclear tests case, ICJ, *ICJ Reports* (1974), para 46 and para 49.

1. คดี Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002

คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจพิจารณาข้อสมมุติฐานจากสถานการณ์ หรือการคุ้มกัน ตามกฎหมายสำหรับการแทรกแซงที่เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญตามสัญญา ความคุ้มกันที่องค์การ BRA ได้รับนั้น เป็นสิ่งที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ให้การสนับสนุน โดยจากเนื้อหาในกฎหมาย ทำให้เข้าใจถึงเหตุผลว่าเหตุใดสถานการณ์บัญญัติต้องตัดสินใจให้มีการคุ้มกันแก่หน่วยงานที่ออก กฎระเบียบ หรือคำสั่งที่ต้องติดต่อกับผู้ลงทุนในโครงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เพื่อการค้า โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อการแทรกแซงที่ถือเป็นการละเมิด เนื่องจากหน่วยงานเหล่านี้มีความจำเป็นที่ ต้องทราบรายละเอียดของการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาและมีอำนาจในการเข้าแทรกแซง ความสัมพันธ์โดยยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ใบอนุญาตก็ได้ หากมีการฟ้องร้องเกิดขึ้นหน่วยงาน นี้จะสามารถอ้างได้ว่าตนกระทำโดยสุจริต และกระทำตามขอบข่ายของกฎหมาย กรณีที่การ ฟ้องร้องคดีสามารถกระทำได้อาจต้องเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำที่มีชอบของหน่วยงานเท่านั้น⁸⁵

2. คดี Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในข้อ 4(1) ของข้อตกลงเป็นการแสดงถึงส่วนหนึ่งของหลักการสุจริต (bona fide principle) ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ⁸⁶ โดยไม่ต้องคำนึงถึงการไม่สุจริตของรัฐที่เป็นการละเมิด

“ในยุคนปัจจุบันสิ่งที่ไม่ยุติธรรม หรือไม่เที่ยงธรรม ไม่จำเป็นต้องนำไปเปรียบเทียบกับ การผิดศีลธรรม หรือการกระทำผิดมหันต์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐอาจปฏิบัติ ต่อการลงทุนของต่างชาติอย่างไม่ยุติธรรมและไม่เที่ยงธรรม โดยปราศจากการ กระทำที่ไม่สุจริต”⁸⁷

⁸⁵ Mondev case p.55.

⁸⁶ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 5th. Edition (1989), p.19. It is understood that the fair and equitable treatment principle included in international agreements for the protection of foreign investments express "...the international law requirements of due process, economic rights, obligations of good faith and natural justice": arbitration case S.D. Myers, Inc.v.Government of Canada, partial award of November 13, 2000; 134, p.29

⁸⁷ ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, Mondev International Ltd v United States of America, p.40, 116, October 11, 2002

คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าบทบัญญัติของข้อตกลง โดยเฉพาะหลักสุจริตที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศต้องการให้คู่สัญญามีการปฏิบัติตามการลงทุนระหว่างประเทศในวิธีการที่ไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนต่างชาติที่คาดหวังได้จากการลงทุน ผู้ลงทุนต่างชาติคาดหวังให้รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติตามด้วยวิธีการที่สอดคล้องกัน ปราศจากความคลุมเครือและมีความโปร่งใส นอกจากนี้ผู้ลงทุนต่างชาติควรได้รับรู้ถึงกฎเกณฑ์และข้อบังคับต่าง ๆ ที่ควบคุมการลงทุน รวมทั้งเป้าหมายของนโยบายและการดำเนินการ หรือทิศทางของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อที่จะให้การลงทุนนั้นสอดคล้องกับข้อบังคับต่าง ๆ ผู้ลงทุนต่างชาติคาดหวังว่ารัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติตามโดยไม่กระทำตามอำเภอใจในการเพิกถอนข้อตกลง หรือใบอนุญาตที่รัฐกำหนดไว้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ผู้ลงทุนได้วางแผนและดำเนินการในทางการค้าหรือทางธุรกิจนั้น ผู้ลงทุนยังคาดหวังให้รัฐใช้เครื่องมือทางกฎหมายโดยให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเหล่านั้นแก่ผู้ลงทุนและการลงทุน รวมทั้งต้องไม่เวนคืนการลงทุนของผู้ลงทุนโดยปราศจากการชำระค่าชดเชย ดังนั้นการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ จึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม และควรนำหลักการนี้มาบังคับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐกระทำตามอำเภอใจ ดังตัวอย่างที่รัฐให้การป้องกันไม่เพียงพอ “...โดยผู้ที่มีเหตุผลและยุติธรรม”⁸⁸ หรือแม้จะไม่ละเมิดต่อกฎเกณฑ์เฉพาะแต่ก็ไม่สอดคล้องกับกฎหมายเพราะ... สิ่งนั้นก่อให้เกิดความตกใจ หรือความประหลาดใจตามทัศนะที่ถูกต้องแห่งศาล⁸⁹

4.1.7 หลักความโปร่งใส (Transparency)

ปัจจุบันมีเพียงไม่กี่คดีที่คณะอนุญาโตตุลาการนิยามหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมโดยโยงเข้ากับแนวคิดใหม่ที่ยังไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรฐานตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ หลักความโปร่งใส

ในคดีพิพาทระหว่าง Metalclad Corporation กับ เม็กซิโก (Metalclad v. United Mexican States)⁹⁰ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการขาดความชัดเจนในกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ

⁸⁸ Neer v. Mexico case, (1926) R. I.A.A.iv.60.

⁸⁹ International Court of Justice Case: Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), 128, p.65, July 20, 1989, ICJ,General List No.76.

⁹⁰ Metalclad v. Mexico, ICSID case No. ARB (AF) / 97/ 1 Award (August 30 , 2000)

ไบอนุญาตก่อสร้างในเม็กซิโกถือว่า เม็กซิโก”ล้มเหลวต่อการรับรองเรื่องหลักความโปร่งใส และความสามารถในการคาดการณ์สำหรับ Metalclad ที่จะวางแผนและลงทุน”⁹¹ คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าความล้มเหลวนี้ถือว่่าเป็นสิ่งที่เม็กซิโกต้องรับรองเรื่องความโปร่งใสตามที่ระบุไว้ในความตกลง NAFTA ในมาตรา 1802 เรื่องหลักความโปร่งใสซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อหลักประตบัตยอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมภายใต้มาตรา 1105

คณะอนุญาโตตุลาการนิยามแนวคิดเรื่อง “หลักความโปร่งใส” (ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1802) ว่ากฎหมายฉบับต่างๆที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงทุนต้องสามารถให้ผู้ลงทุนรับทราบกฎหมายเหล่านั้นได้” โดยประเทศคู่สัญญาต้องตระหนักถึง “ความสับสน หรือ การเข้าใจผิด” ที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ลงทุนอันเกี่ยวกับกฎหมายด้านการลงทุน ซึ่งประเทศคู่สัญญามี “หน้าที่รับรองว่ากฎหมายนั้นมีความถูกต้อง สามารถตรวจสอบได้โดยพลันและมีความชัดเจน ซึ่งผู้ลงทุนต่างๆสามารถดำเนินการได้โดยถูกต้องและเกิดความมั่นใจว่าผู้ลงทุนได้ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับต่างๆที่เกี่ยวข้องนั้น”⁹²

ในคดี Metalclad คณะอนุญาโตตุลาการระบุถึงพันธกรณีความโปร่งใสของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อประกอบกับแนวคิดที่ว่ากฎหมายทุกฉบับที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการริเริ่ม และการประกอบการลงทุนโดยประสบผลสำเร็จควรเปิดเผยให้ผู้ลงทุนของคู่สัญญาอีกฝ่ายรับทราบ อีกทั้งไม่ควรให้มีข้อสงสัยหรือความไม่แน่นอนในข้อกฎหมาย⁹³ คณะอนุญาโตตุลาการระบุเพิ่มเติมว่าผู้ลงทุนควรได้รับสิทธิภายใต้กรอบของกฎหมายเพื่อเป็นการยืนยันว่าผู้ลงทุนได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างถูกต้องแล้ว⁹⁴

⁹¹ Metalclad Award at para 99.

⁹² Id. at para 76.

⁹³ Metalclad case para 76.

⁹⁴ Ibid para 76.

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าเม็กซิโกละเมิดต่อพันธกรณีในการสร้างความโปร่งใสและการคาดการณ์ถึงการพัฒนาโครงการของ Metalclad รวมทั้งการดำเนินการลงทุน นอกจากนี้เม็กซิโกยังล้มเหลวต่อการให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่ Metalclad ตามความตกลง NAFTA ข้อ 1105

ในคดีพิพาทระหว่าง Maffezini กับ สเปน [Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain]⁹⁵ คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ของสเปนได้โอนเงินของผู้ร้องในคดีพิพาทโดยไม่มีอำนาจ ดังนี้

“...เนื่องจากการกระทำของ SODIGA (บริษัทมหาชน) เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นเชิงการค้าและเกี่ยวพันกับหน้าที่ต่อสาธารณะ ซึ่งความรับผิดชอบของ SODIGA คือการให้กู้ยืมแก่ราชอาณาจักรสเปน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำเหล่านี้ถือเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีของสเปนเพื่อคุ้มครองการลงทุนภายใต้เงื่อนไขมาตรา 3(1) ของสนธิสัญญาการลงทุนแบบทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินากับสเปน นอกเหนือไปจากนี้การขาดความโปร่งใสในการดำเนินการกู้ยืมเงินเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับพันธกรณีของสเปนในการรับรองต่อผู้ลงทุนถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามมาตรา 4(1) ในสนธิสัญญาฉบับเดียวกันนี้ ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่าจากข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นผู้ร้องได้พิสูจน์คำร้องแล้วและมีสิทธิได้รับการชดเชย...”

“...because the acts of SODIGA (public company) relating to the loan cannot be considered commercial in nature and involve its public functions, responsibility for them should be attributed to the Kingdom of Spain. In particular, these acts amounted to a breach by Spain of its obligation to protect the investment as provided for in Article 3(1) of the Argentine – Spain Bilateral Investment Treaty. Moreover, the lack of transparency with which this loan transaction was conducted is incompatible with Spain’s commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment in accordance with Article 4(1) of the same treaty. Accordingly, the Tribunal finds that, with regard to this contention,

⁹⁵ Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID case No. ARB/97/7 Award (November 13, 2000)

the Claimant has substantiated his claim and is entitled to compensation...”

ในคดี Maffezini คณะอนุญาโตตุลาการตีความว่าการขาดความโปร่งใสในขั้นตอนเกี่ยวกับการกู้ยืม ถือว่ารัฐผู้รับการลงทุนไม่อาจให้การรับรองแก่ผู้ลงทุนเรื่องการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม⁹⁶

พันธกรณีความโปร่งใสเกี่ยวข้องกับข้ออ้างใกล้เคียงกับพันธกรณีการคุ้มครองความถูกต้องตามกฎหมายที่ผู้ลงทุนคาดหวังไว้ ในคดี Metalclad คณะอนุญาโตตุลาการให้ความสนใจกับข้อมูลที่ Metalclad ได้รับจากเม็กซิโก ทำให้ Metalclad เกิดความเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อข้อมูลที่รัฐบาลสหพันธ์ของเม็กซิโกนำเสนอ⁹⁷

Dolzer ได้ระบุถึงความสัมพันธ์ระหว่างความโปร่งใสและการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมไว้ 2 ประการดังนี้

ประการแรก ในการพิจารณาว่าความโปร่งใสเกี่ยวข้องกับความยุติธรรมและเที่ยงธรรมหรือไม่ นั่นถือเป็นการตัดสินที่ค่อนข้างยากและ

ประการที่สอง เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าความโปร่งใสเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานสำหรับการดำเนินการลงทุน⁹⁸

1. คดี Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000

ในประเด็นความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการลงทุนของ Metalclad ไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเห็นว่าเม็กซิโกละเมิดต่อความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) เนื่องจากความตกลง NAFTA มี

⁹⁶ Maffezini case para 83.

⁹⁷ Metalclad case para 87.

⁹⁸ Dolzer, *Fair and Equitable Treatment* , p.92.

วัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและเพิ่มโอกาสในการลงทุนของภาคี และยังรับรองความสำเร็จในการริเริ่มการลงทุนด้วยตามความตกลง NAFTA ข้อ 102(1)

คำแถลงในหลักการและกฎเกณฑ์ที่ระบุในความตกลงเป็นการอ้างอิงถึง “ความโปร่งใส” (NAFTA ข้อ 102(1)) คณะอนุญาโตตุลาการเข้าใจว่าสิ่งนี้คือการรวมแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับความต้องการทางกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการริเริ่ม การทำให้สมบูรณ์และการดำเนินการด้านการลงทุนให้ประสบความสำเร็จ หรือแสดงเจตนาที่จะลงทุนภายใต้ความตกลงที่แจ้งให้ผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่ายทราบก่อนการลงทุน ซึ่งผู้ลงทุนไม่ควรจะต้องมีข้อสงสัย หรือความไม่แน่นอนเกี่ยวกับความตกลง เมื่อผู้มีอำนาจของรัฐบาลกลางของคู่ภาคีฝ่ายใด (ซึ่งมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ) ตระหนักถึงขอบเขตของความเข้าใจผิด หรือความสับสนในเรื่องนี้ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจที่จะรับรองความถูกต้องเพื่อการตัดสินใจและเพื่อให้ผู้ลงทุนสามารถดำเนินการลงทุนได้อย่างเหมาะสม โดยเกิดความเชื่อมั่นว่าประเทศผู้รับการลงทุนจะปฏิบัติตามคล้ายตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁹⁹

การกระทำของเทศบาลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธเรื่องใบอนุญาตการก่อสร้างของเทศบาล รวมทั้งการขาดกระบวนการในการแก้ไขปัญหา การปฏิเสธดังกล่าวทำให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการกระทำของเทศบาลที่ปฏิเสธใบอนุญาตในการก่อสร้างเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม

เม็กซิโกล้มเหลวต่อการรับรองถึงความโปร่งใสและกรอบการทำงานที่พึงคาดหมายได้สำหรับการวางแผนธุรกิจและการลงทุนของ Metalclad จากสถานการณ์ทั้งหลายเหล่านี้แสดงถึงการขาดขั้นตอนที่เป็นระบบและขาดการจัดการที่สัมพันธ์กับการลงทุนที่ผู้ลงทุนพึงคาดหมายได้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามความตกลง NAFTA

นอกเหนือไปจากนี้การกระทำของจังหวัด เทศบาล รวมทั้งรัฐบาลเม็กซิโกล้มเหลวต่อการปฏิบัติให้สอดคล้องกับความตกลง NAFTA ข้อ 1105(1) ที่ว่าคู่ภาคีแต่ละฝ่ายต้องตกลงเพื่อคุ้มครองการลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่ายโดยมาตรฐานการปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม เมื่อพิจารณาถึงหลักการ

⁹⁹ Metalclad case p.23.

ควบคุมที่ว่ากฎหมายภายใน (อาทิเช่น การที่เทศบาลกล่าวอ้างถึงเรื่องใบอนุญาตของเทศบาล) นั้นล้มเหลวต่อการปฏิบัติให้เกิดความเป็นธรรมแก่นักสัญญาการลงทุนของคู่ภาคี (Vienna Convention on the Law of Treaties, Arts. 26, 27)

ดังนั้นคณะอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่า Metalclad ไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรม และเพียงธรรมภายใต้ความตกลง NAFTA และกรณีนี้ถือว่า Metalclad ประสบความสำเร็จในการยื่นคำร้องในประเด็นข้อ 1105¹⁰⁰

2. คดี Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000

ประเด็นการโอนเงินเข้าสู่บัญชีบริษัท EAMSA ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าเงินจำนวน 30 ล้านเพเซตา (Spanish Pesetas) ถูกโอนจากบัญชีส่วนตัวของนาย Maffezini ในฐานะที่เป็นเงินกู้ไปยังบริษัท EAMSA ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว นาย Maffezini ไม่ได้อนุญาตเงินกู้ดังกล่าว ผู้ร้องร้องทุกข์ว่าการโอนเงินดังกล่าวผิดปรกติ เนื่องจากการดำเนินการของธนาคารเอกชนที่กระทำต่อบัญชีเงินฝากของนาย Maffezini ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือเป็นความรับผิดชอบของ Banco de Espana (ธนาคารกลางของสเปน)¹⁰¹

เนื่องจากการกระทำของบริษัท SODIGA ในเรื่องการเงินไม่ถือว่าเป็นเรื่องในเชิงพาณิชย์ แต่เกี่ยวข้องกับหน้าที่สาธารณะ ดังนั้นราชอาณาจักรสเปนจึงต้องรับผิดชอบในกรณีนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำดังกล่าวเทียบเท่ากับการละเมิดต่อพันธกรณีในการคุ้มครองการลงทุนของสเปนตามที่ระบุไว้ในข้อ 3(1) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างอาร์เจนตินาและสเปน นอกเหนือไปจากนี้การขาดความโปร่งใสเกี่ยวกับธุรกรรมการเงินขัดแย้งกับการให้คำมั่นของสเปนในการรับรองหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมแก่ผู้ลงทุนตามข้อ 4(1) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี อีกทั้งผู้ร้องสามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องมีมูลทำให้ผู้ร้องได้รับการชดเชยความเสียหายดังกล่าว¹⁰²

¹⁰⁰ Ibid., p.27.

¹⁰¹ Maffezini case p.24.

¹⁰² Ibid., p.27.

4.2 แนวโน้มในการตีความเรื่องหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในอนาคต

4.2.1 ประเทศพัฒนาแล้ว

ในอดีตแล้วโดยพลังอำนาจของชาติชาวยุโรปมักจะได้รับ การปฏิบัติสิทธิพิเศษ (Privileged Treatment) ในดินแดนรัฐที่ประเทศเหล่านี้เป็นอาณานิคมของประเทศฝั่งยุโรป ในบางครั้งสถานะสิทธิพิเศษนี้ เรียกว่า “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” เพราะคนต่างชาติได้รับการคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลและระบบศาลภายใน แต่ภายหลังกยุคปลดแอกอาณานิคม ในช่วงยุคภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการปฏิเสธจักรวรรดิยุโรป จนกระทั่งได้มีการยอมรับแนวคิดเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติขยายไปในวงกว้างมากกว่าแนวความคิดเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ โดยที่มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำของคนต่างด้าวได้รับการสนับสนุนจากประเทศฝั่งยุโรป แต่ในขณะเดียวกันมาตรฐานการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันก็ได้รับการสนับสนุนจากบรรดาประเทศฝั่งละตินอเมริกาและประเทศคอมมิวนิสต์¹⁰³

กลุ่มประเทศตะวันตกหรือประเทศพัฒนาแล้วมีความเห็นว่า คนต่างด้าวจะต้องได้รับการยอมรับในมาตรฐานการปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ ในความเห็นของฝ่ายนี้อาจจะพิจารณาข้อเท็จจริงได้ว่า คนต่างด้าวจะได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าที่รัฐนั้นปฏิบัติต่อคนชาติก็เป็นได้¹⁰⁴

เมื่อพิจารณาจากเหตุการณ์ในอดีตเรื่องการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเป็นมาตรฐานซึ่งประเทศพัฒนาแล้ว ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับนับถือกัน โดยประเทศพัฒนาแล้วต้องการให้คนชาติของตนและทรัพย์สินที่ใช้ในการลงทุน ได้รับการคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุนนั้น ซึ่งในบางครั้งประเทศกำลังพัฒนาจะมีความคิดเห็นว่าการปฏิบัตินี้อาจจะมากกว่าการปฏิบัติที่คนชาติของตนจะได้รับจากรัฐตนก็เป็นได้ เพราะบรรดาประเทศกำลังพัฒนามีแนวคิดที่ว่าคนต่างด้าวควรจะได้รับ การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (Equal Treatment) กับคนชาติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ซึ่งดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าแนวคิดของการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (Equal

¹⁰³ Robert L. Bledsoe and Bolesaw A. Boczek, *The International Law Dictionary*. (Santa Barbara; Calif:ABC-clio, 1987), p.135

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.135.

Treatment) ที่กล่าวว่าคนต่างด้าวจะต้องเคารพต่อกฎหมายภายในของรัฐซึ่งคนต่างด้าวไปอาศัยและประกอบกิจการลงทุน และต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิทางเศรษฐกิจ ซึ่งการจำกัดสิทธิบางอย่างอาจจะทำให้คนต่างด้าวไม่มีสิทธิทัดเทียมกับคนชาติ แต่ปัจจุบันแนวความคิดของประเทศกำลังพัฒนากำลังโน้มเอียงแนวคิดเรื่องการคุ้มครองการลงทุนมาทางประเทศพัฒนาแล้ว

4.2.2 ประเทศกำลังพัฒนา

กลุ่มประเทศโลกที่ 3 และฝ่ายประเทศคอมมิวนิสต์มีทรรศนะความเห็นร่วมกันว่า คนต่างด้าวควรจะได้รับการยอมรับให้มีการปฏิบัติเสมือนกับคนชาติ โดยควรจะไม่มีมากไปกว่าหรือน้อยกว่าคนชาติ ซึ่งเรียกว่า “ทฤษฎีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน” (Equal Treatment) หรือนั่นคือกฎเกณฑ์ของการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในกลุ่มประเทศละตินอเมริกา ในช่วงยุคศตวรรษที่ 19 เรียกว่าเป็นมาตรฐานการปฏิบัติเสมือนคนชาติ (National Treatment) หลักนี้หมายความว่า คนต่างด้าวจะได้รับที่ปฏิบัติที่เหมือนดังเช่นคนชาติในรัฐที่คนต่างด้าวอยู่ หลักนี้มีแนวคิดมาจากหลักเรื่องอธิปไตยในดินแดนและความเท่าเทียมของรัฐ (State Equality and Territorial Sovereignty) และด้วยเหตุผลนี้จึงมีการอ้างถึงหลักมาตรฐานการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน หลักนี้ได้มีการสนับสนุนแพร่หลายอย่างกว้างขวางในละตินอเมริกาและประเทศโลกที่ 3 โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาประเทศคอมมิวนิสต์¹⁰⁵

ในมุมมองของประเทศกำลังพัฒนามีแนวความคิดที่ว่าผู้ลงทุนต่างชาติ เมื่อมาประกอบกิจการการลงทุนในดินแดนอีกรัฐหนึ่งก็ต้องการที่จะมีฐานะเท่าเทียมกับฐานะของคนต่างชาติที่เข้ามาอาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น เพราะเหตุว่าสถานะทางกฎหมายของคนต่างชาติถูกกำหนดโดยกฎหมายภายใน แต่ในกฎหมายระหว่างประเทศรัฐแต่ละรัฐมีเสรีภาพในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนของตน ดังนั้นเมื่อฐานะของคนต่างด้าวถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในแล้ว คนต่างด้าวจึงควรได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (Equal Treatment) กับคนชาติภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น ซึ่งเรียกว่ามาตรฐานการปฏิบัติเสมือนคนชาติ (National Treatment) แม้คนต่างด้าวจะไม่มีสิทธิทางการเมืองในรัฐที่ตนไปประกอบกิจการลงทุนอยู่ แต่คนต่างด้าวจะต้องเคารพกฎหมายภายในและเคารพกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิทางเศรษฐกิจและการเลือกตั้ง รวมถึง

¹⁰⁵ Ibid., p.135.

ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว การจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงทำให้คนต่างด้าวไม่มีสิทธิทัดเทียมกับคนชาตินั้นเอง¹⁰⁶

แนวคิดนี้ดั้งเดิมมาจากประเทศอเมริกาในช่วงยุคศตวรรษที่ 19 จนมาถึงยุคศตวรรษที่ 20 ตอนต้น ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากประเทศสังคมนิยมฝั่งยุโรปตะวันออกและประเทศกำลังพัฒนา¹⁰⁷ โดยแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากบรรดาผู้พิพากษาทั้งในประเทศยุโรปตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1940 จากคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งและในการประชุม Hague Codification ในปี ค.ศ. 1930 ได้มี 17 ประเทศได้ให้การสนับสนุนหลักนี้ แต่ว่ามีถึง 21 ประเทศได้คัดค้านหลักนี้ อย่างไรก็ตามแม้จะมีประเทศต่างๆคัดค้านแต่ทว่าก็เป็นโอกาสที่ดีในการสนับสนุนหลักนี้ในเวทีระหว่างประเทศ รวมทั้งประเทศละตินอเมริกาและประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งไม่ต้องการให้ประเทศของตนถูกแทรกแซงจากรัฐบาลของรัฐผู้ส่งออกการลงทุนมากเกินไป เหตุเพราะว่าประเทศพัฒนาแล้วอ้างว่าประเทศที่คนชาติของตนเข้าไปทำการลงทุนนั้น ประติบัติต่อคนชาติของตนไม่เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) โดยอ้างว่าหลักนี้คือมาตรฐานการประติบัติของรัฐที่เจริญแล้วยอมรับนับถือกัน ซึ่งแนวความคิดหลักนี้เป็นการพยายามจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนเหนือคนต่างชาติรวมถึงทรัพย์สินของคนต่างชาติ ซึ่งแสดงว่าการใช้อำนาจอธิปไตยนั้นไม่อยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ¹⁰⁸

เมื่อพิจารณาสิ่งที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าเกิดความขัดแย้งระหว่างมาตรฐานการประติบัติต่อคนต่างชาติสองมาตรฐานอันเกิดจาก 2 กลุ่มประเทศ คือ กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วซึ่งยึดถือแนวความคิดมาตรฐานการประติบัติขั้นต่ำต่อคนต่างด้าว ได้กล่าวอ้างว่ามาตรฐานนี้คือมาตรฐานซึ่งประเทศที่เจริญแล้วยอมรับนับถือและมีความเชื่อว่าจะต้องปฏิบัติตาม เพราะประเทศพัฒนาแล้วมีระบบเศรษฐกิจและระบบกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการประติบัติต่อคนชาติของตน รวมถึงคนต่างชาติซึ่งเข้ามาลงทุนในรัฐตน จึงต้องการให้กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายและกฎเกณฑ์ภายในประเทศให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับการ

¹⁰⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., p.527.

¹⁰⁷ Rebecca M.M.Wallace, *International Law: A Student Introduction*, 3rd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1997), p.182.

¹⁰⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., p.528.

ประติบัติต่อคนต่างชาติเสมือนเป็นคนชาติของตน โดยเฉพาะสิ่งที่สำคัญที่สุด คือ ประเทศพัฒนาแล้วต้องการที่จะกำหนดให้กฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของประเทศกำลังพัฒนาที่มีมาตรฐานต่ำกว่ากฎหมายภายในของตนให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกันกับที่ประเทศพัฒนาแล้วต้องการ¹⁰⁹

4.3 หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศของไทย

ภายหลังวิกฤตเศรษฐกิจเอเชีย ประเทศไทยมีแนวโน้มเปิดเสรีการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นเพราะแรงกดดันจากกระแสโลกาภิวัตน์ที่นำไปสู่ความพยายามในการปฏิรูปกฎระเบียบภายในประเทศ การเจรจาการค้าเสรีแบบทวิภาคีได้กลายเป็นแนวนโยบายหลักของประเทศไทยในระยะ 2-3 ปีที่ผ่านมา ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นพร้อมกับประเทศอื่นๆ อีกจำนวนมากในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ในขณะที่เวทีการค้าพหุภาคีกลับชะลอตัวลงจากการเจรจาองค์การการค้าโลกรอบโดฮา บริบทระหว่างประเทศดังกล่าวประกอบกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ การเมืองภายในประเทศ ทำให้ประเทศไทยมีการปรับเปลี่ยนทิศทางนโยบายการค้าไปจากเดิมค่อนข้างมาก

ประเทศไทยตระหนักว่าระบบการค้าทั่วโลกปรับเปลี่ยนมาเปิดเสรีมากขึ้น ซึ่งประเทศต่างๆ ได้รวมตัวกันทางเศรษฐกิจมากตามไปด้วย เมื่อมองทิศทางนโยบายการค้าในอนาคต ประเทศไทยสนับสนุนให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการค้าแบบเสรีและยุติธรรมเพื่อส่งเสริมให้มีการเปิดเสรีเพิ่มขึ้น สำหรับมุมมองในการพัฒนานโยบายการเปิดเสรีคือ ความต้องการสร้างศักยภาพในการแข่งขันให้แข็งแกร่งและเพิ่มประสิทธิภาพของอุตสาหกรรมภายในประเทศให้สามารถแข่งขันกับสภาพทางการค้าที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว และสามารถเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันได้อย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ประเทศไทยยังมีเป้าหมายในการส่งเสริมให้เกิดความโปร่งใสและธรรมาภิบาลโดยบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง

ประเทศไทยยังคงส่งเสริมให้มีการส่งออกสินค้าและบริการ รวมทั้งขยายตลาดการส่งออกด้วย และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าวรัฐบาลยืนยันว่าจะคงความร่วมมืออย่างใกล้ชิด

¹⁰⁹ Ibid., p.528.

กับภาคเอกชนเพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุนและเพิ่มการลงทุนในอนาคต นอกจากนี้รัฐบาลยังสนับสนุนให้มีผู้ส่งออกรายใหม่ทั้งที่เป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง รวมทั้งผู้ผลิต 1 ตำบล 1 ผลิตภัณฑ์ รัฐบาลยังวางรากฐานเพื่อส่งเสริมให้เกิดการลงทุนภายนอกประเทศในสวนที่ผู้ประกอบการมีความพร้อมในการแข่งขัน อาทิเช่น ภาคการเกษตร และธุรกิจสินค้าเกษตร

ประชากรส่วนใหญ่ของไทยประกอบอาชีพเกษตรกรรม ดังนั้นรัฐบาลจึงให้การรับรองว่า ภาคการเกษตรและธุรกิจสินค้าเกษตรจะอยู่ภายใต้สภาวะการค้าอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ความเร่งด่วนประการแรกสำหรับรัฐบาลคือ การกำหนดแนวทางให้ราคาผลผลิตทางการเกษตรมีความมั่นคงขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้ผลิต ผู้บริโภค และภาพรวมของเศรษฐกิจทั้งหมด ด้วยการเข้าแทรกแซงของรัฐบาลเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแทนวิธีการที่เป็นไปตามกลไกตลาด สำหรับประชากรส่วนมากที่อยู่ในภาคการเกษตร รัฐบาลมีหน้าที่ผลักดันให้ผู้ผลิตบรรลุถึงเป้าหมาย 3 ประการคือ 1. เพิ่มอำนาจในการต่อรอง 2. รัฐบาลต้องเป็นจุดศูนย์รวมในการให้ข้อมูลทางการค้าและการตลาด และ 3. วางรากฐานเพื่อเชื่อมโยงตลาดปัจจุบันไปสู่ตลาดการค้าในอนาคต นอกจากนี้รัฐบาลยังพยายามกระจายผลผลิตทางการเกษตรให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยปรับปรุงระบบการขนส่งสินค้าในภูมิภาค

ในส่วนของการค้าระหว่างประเทศ ประเทศไทยยังคงยึดมั่นในหลักการค้าแบบเสรีและยุติธรรม รัฐบาลกำหนดให้มีนโยบายเปิดเสรีอย่างต่อเนื่องแบบค่อยเป็นค่อยไปและยังได้พัฒนาการค้าแบบเสรีโดยให้ความสำคัญที่การเจรจาระดับพหุภาคีและระดับภูมิภาค โดยวัตถุประสงค์ของความตกลงระดับพหุภาคียังคงเน้นเรื่องการสร้างหลักเกณฑ์การค้าอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ในส่วนความตกลงระดับภูมิภาค ประเทศไทยก็มีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนให้อาเซียนรวมตัวกัน ทั้งนี้เพื่อให้อาเซียนเป็นภูมิภาคที่มีความเข้มแข็งทางด้านการค้าและการลงทุนต่อไปในอนาคต

สำหรับทวีปยุโรป ทวีปอเมริกาเหนือ และทวีปเอเชียถือเป็นทวีปที่มีการลงทุนทางตรงกับไทยในปริมาณมาก ดังนั้นรัฐบาลไทยจึงมีความพยายามในการปรับปรุงภาพรวมของสภาวะการลงทุนโดยผ่านสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน [Board of Investment (BOI)] ให้ส่งเสริมการลงทุนภาคอุตสาหกรรมและภาคบริการ ได้แก่ ธุรกิจสินค้าเกษตร เหมืองแร่ เหมืองหิน อุตสาหกรรมเบา ผลิตภัณฑ์โลหะ อุปกรณ์เครื่องจักร อุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์และ

เครื่องใช้ไฟฟ้า เคมีภัณฑ์ กระดาษและพลาสติก รวมทั้งบริการสาธารณะ การลงทุนทางตรง จากต่างประเทศก่อให้เกิดการจ้างงาน ความเจริญทางเศรษฐกิจ ทักษะการทำงาน และการถ่ายทอด เทคโนโลยี

แนวโน้มนโยบายทางเศรษฐกิจในอนาคตของไทยยังเปิดต้อนรับผู้ลงทุนและพันธมิตร จากต่างประเทศ และเพื่อเพิ่มความมั่นใจแก่ผู้ลงทุน ผู้ผลิต และนักท่องเที่ยว รัฐบาลไทยจึง กำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่สนับสนุนการค้าระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองถึง ความเจริญทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน ในแง่ของนโยบายทางการค้า ประเทศไทยยึดมั่นในหลักการ การสนับสนุนการค้าแบบเสรีและยุติธรรม นโยบายการเปิดเสรีด้านเศรษฐกิจเป็นความพยายาม ในการเปลี่ยนแปลงของไทยเพื่อส่งเสริมให้เกิดความตกลงแบบทวิภาคีและพหุภาคีทั้งในระดับ ภูมิภาคและระดับโลก¹¹⁰

ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (BIT) กับรัฐต่างๆหลายฉบับ ซึ่งจะยกมาเป็นตัวอย่างดังต่อไปนี้

1. ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่ง สหราชอาณาจักร บริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและการคุ้มครอง ทรัพย์สินที่ใช้ในการลงทุน พ.ศ. 2521
2. ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลจีนเพื่อส่งเสริม การลงทุนและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2528
3. ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐ ประชาชนบังคลาเทศเพื่อส่งเสริมการลงทุนด้วยทุนทรัพย์และคุ้มครอง การลงทุน พ.ศ. 2531
4. ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาวเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2533

¹¹⁰ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และคณะ , *Trade Policy Review of Thailand Government Reports*, 1995-2007, หน้า 131-135

5. ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2534

สาระสำคัญในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (BIT) ส่วนใหญ่มีเนื้อหา ดังต่อไปนี้

- “(ก) การลงทุนของคนชาติ หรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง รวมทั้งผลตอบแทนจากการลงทุนนั้นๆ ด้วย จะได้รับผลปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และเป็นการอนุเคราะห์ ไม่น้อยกว่าผลปฏิบัติที่ได้ประสาขาให้ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนและผลตอบแทนของคนชาติ และบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นหรือของรัฐที่สามใดๆ
- (ข) ภาคีผู้ทำสัญญาแต่ละฝ่ายจะประสาขาให้อาณาเขตของตน ซึ่งผลปฏิบัติแก่คนชาติหรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกี่ยวกับการจัดการ การใช้ การอุปโภค หรือ การจำหน่ายในด้านการลงทุนของคนชาติหรือบริษัทนั้นๆ ที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม โดยสอดคล้องกับหลักแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นการอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่าผลปฏิบัติที่ประสาขาให้แก่คนชาติและบริษัทของตนเอง หรือแก่คนชาติหรือบริษัทของรัฐที่สามใดๆ”¹¹¹

และ

- “(ก) ในกรณีใดๆ ที่การลงทุนของคนชาติหรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายหนึ่ง อยู่ในบังคับแห่งมาตรการเกี่ยวกับการเวนคืนใดๆ จะโดยตรงหรือโดยทางอ้อม คนชาติหรือบริษัทที่เกี่ยวข้องจะได้รับผลปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมเท่าที่มาตรการใดๆ เช่นว่านั้น ในอาณาเขตของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ห้ามมิให้ดำเนินมาตรการเช่นว่านั้น เว้นแต่เพื่อความมุ่งประสงค์

¹¹¹ ข้อ 4.1 (ก) (ข) ของความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2534

สาธารณะและโดยมีการจ่ายเงินค่าทดแทน ค่าทดแทนเช่นนั้นจะต้องเพียงพอ จะต้องบังเกิดผลอย่างแท้จริง จะต้องจ่ายให้โดยมิชักช้า¹¹²

สำหรับประเทศไทยได้ทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศ (FTA) กับรัฐต่างๆหลายฉบับ ซึ่งจะยกมาเป็นตัวอย่างดังต่อไปนี้

1. กรอบความตกลงว่าด้วยการเป็นพันธมิตรทางเศรษฐกิจอย่างใกล้ชิดระหว่างไทยกับบาห์เรน พ.ศ. 2545
2. เขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับอินเดีย พ.ศ. 2546
3. ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย พ.ศ. 2547
4. ความตกลงว่าด้วยความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดระหว่างไทย-นิวซีแลนด์ พ.ศ. 2548
5. ความร่วมมือทางเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดระหว่างไทย-ญี่ปุ่น พ.ศ. 2550

สาระสำคัญในความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศ (FTA) ส่วนใหญ่มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

1. ภาครัฐแต่ละฝ่ายจะสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนของผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของตน
2. ภาครัฐแต่ละฝ่ายจะทำให้มั่นใจว่าจะให้การปฏิบัติต่อการลงทุนในอาณาเขตของตนอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน
3. ภาครัฐแต่ละฝ่ายจะยอมรับการคุ้มครองและรักษาการลงทุนในปลอดภัยภายในอาณาเขตของตน”¹¹³

และ

¹¹² ข้อ 6.1 (ก) ของความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2534

¹¹³ ข้อ 909 ของความตกลงเสรีไทย-ออสเตรเลีย พ.ศ. 2547

“การเวนคืน

1. ภาครัฐไม่ว่าฝ่ายใดจะไม่โอน เวนคืนกิจการเป็นของรัฐ หรือมีมาตรการที่มีผลกระทบเทียบเท่ากับการโอนเป็นของรัฐ หรือการเวนคืน (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “การเวนคืน”) การลงทุนของผู้ลงทุนของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากเกิดจากเงื่อนไขต่อไปนี้ประกอบกัน
 - (เอ) การเวนคืนเพื่อความมุ่งประสงค์ของสาธารณะที่เกี่ยวกับความจำเป็นภายในของภาคนั้นและภายใต้วิถีทางที่ถูกต้องของกฎหมาย
 - (บี) การเวนคืนที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ
 - (ซี) การเวนคืนที่มีการชำระค่าทดแทนโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ
2. ค่าทดแทนที่อ้างถึงในวรรคย่อย 1 (ซี) ของข้อนี้จะคำนวณบนพื้นฐานของมูลค่าตลาดของการลงทุนโดยทันทีก่อนการเวนคืน หรือการเวนคืนที่จะเกิดขึ้นจะเป็นที่ทราบของสาธารณะ หากไม่สามารถหามูลค่าที่แน่นอนได้จะกำหนดค่าทดแทนตามหลักการประเมินมูลค่าและหลักความเที่ยงธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปตามความเหมาะสม โดยพิจารณาจากเงินทุน ค่าเสื่อมราคา เงินทุนที่ส่งกลับประเทศ มูลค่าทดแทน การเคลื่อนไหวของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ และปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ”¹¹⁴

สำหรับประเด็นการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ เมื่อพิจารณากรณีของประเทศไทยที่มีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและทางระหว่างประเทศกับประเทศสหรัฐอเมริกามายาวนาน โดยประเทศไทยได้มีการทำสนธิสัญญาทางไมตรีพาณิชย์ และการเดินเรือระหว่างสยามกับสหภาพรัฐอเมริกาเมื่อ พ.ศ. 2481 (ประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น) ซึ่งในสนธิสัญญานี้ได้มีความตกลงในเรื่องการชำระค่าชดเชยแบบยุติธรรม (Just Compensation) และในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ในสนธิสัญญานี้ได้มีความตกลงในเรื่องค่าชดเชยแบบยุติธรรม (Just Compensation) และหากพิจารณาถึงกรณีของประเทศไทยซึ่งได้ทำความตกลงกับสหราชอาณาจักรคือ ความตกลง

¹¹⁴ ข้อ 912 ของความตกลงเสรีไทย-ออสเตรเลีย พ.ศ. 2547

ระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ ว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและคุ้มครองทรัพย์สินที่ใช้ในการลงทุนซึ่งกำหนดว่า

“ในกรณีใดๆที่การลงทุนของชนชาติหรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาฝ่ายหนึ่ง อยู่ในบังคับแห่งมาตรการเกี่ยวกับการเวนคืนใดๆ จะโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ชนชาติหรือบริษัทที่เกี่ยวข้องจะได้รับผลประโยชน์ที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม เท่าที่มาตรการใดๆเช่นว่านั้นในอาณาเขตของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ห้ามมิให้ดำเนินมาตรการเช่นว่านั้น เว้นแต่เพื่อความมุ่งประสงค์สาธารณะ และโดยมีการจ่ายเงินค่าทดแทน ค่าทดแทนเช่นว่านั้นจะต้องเพียงพอ จะต้องบังเกิดผลอย่างแท้จริง จะต้องจ่ายให้โดยมิชักช้า”¹¹⁵

สำหรับความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ ว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและคุ้มครองทรัพย์สินที่ใช้นั้นมีการวางหลักสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่า ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายใดทำการเวนคืนทรัพย์สินที่ลงทุนของชนชาติหรือบริษัทของภาคีผู้ทำสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเท่ากับชนชาติที่อยู่ในรัฐภาคีฝ่ายนั้น และหากมีการเวนคืนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หากมีการเวนคืนหรือการโอนกิจการเกิดขึ้นจะต้องเกิดจากวัตถุประสงค์สาธารณะ และโดยมีการชำระค่าชดเชย โดยการชำระค่าชดเชยจะต้องมีการชำระโดยทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และต้องมีประสิทธิภาพ (effective)

แม้ประเทศไทยจะเป็นหนึ่งในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งยึดหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ แต่เมื่ออยู่ในเวทีการเจรจาระหว่างประเทศก็จะพบว่าการสนับสนุนแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วในเรื่องดังกล่าวข้างต้น เพราะมีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ดังนั้นอำนาจในการเจรจาเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจย่อมด้อยกว่าประเทศมหาอำนาจ จึงต้องปฏิบัติตามแนวคิดเหล่านี้เพื่อที่จะได้ประสบความสำเร็จในการเจรจาต่อรองได้ตามที่ประเทศตนต้องการ

¹¹⁵ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับ พ.ศ. 2522 ตอนที่ 144 หน้า 8 ฉบับพิเศษ

4.4 วิเคราะห์ว่าคำตัดสินของ ICSID ช่วยให้หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมชัดเจนหรือไม่ อย่างไร

จากการวิเคราะห์คดีทั้ง 12 คดีที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID พอสรุปได้ว่า ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นมีข้ออ้างในการฟ้องร้องคดีอยู่ 5 ข้อคือ

1. ผู้ลงทุนต่างชาตินั้นมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากรัฐผู้รับการลงทุน หากพบว่ารัฐบาลนั้นๆ มีพฤติกรรมทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือมีพฤติกรรมประหนึ่งว่าจะยึดทรัพย์หรือเวนคืน (expropriation or taking) กิจการของเอกชนไปเป็นของรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ
2. รัฐบาลต้องประติบัติต่อผู้ลงทุนจากประเทศภาคีสมาชิกไม่น้อยไปกว่าผู้ลงทุนในประเทศในทุกด้านนับตั้งแต่เริ่มต้นลงทุนไปจนถึงการขายผลผลิตจากการลงทุนนั้น
3. รัฐบาลต้องประติบัติต่อผู้ลงทุนจากประเทศสมาชิกไม่น้อยไปกว่าชาติอื่น ซึ่งอาจเป็นการประติบัติที่ดีกว่าผู้ลงทุนในประเทศก็ได้
4. รัฐบาลต้องประติบัติต่อผู้ลงทุนจากประเทศสมาชิกตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งประติบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน และปกป้องเพื่อให้เกิดความมั่นคงในการลงทุนอย่างเต็มที่
5. รัฐบาลกลางต้องไม่นำกฎระเบียบที่มาจากท้องถิ่นมาบังคับผู้ลงทุนให้ทำตามเพื่อผลประโยชน์ของเศรษฐกิจท้องถิ่น

แม้ในคดีต่างๆ จะมีความแตกต่างกันทั้งในแง่การลงทุนและรัฐที่รับการลงทุน แต่ก็มีความเห็นบางอย่างที่คล้ายคลึงกันคือ การที่ผู้ลงทุนได้รับผลด้านลบต่อการลงทุนของตน รวมทั้งความไม่แน่นอน และการไม่สามารถคาดการณ์ได้ถึงกรอบทางกฎหมายภายในประเทศ นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องการไม่มีคำนิยามของการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

แม้การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะไม่ได้กำหนดนิยามไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งมีแต่เพียงเป้าหมายเพื่อให้ได้รับการประติบัติที่เป็นธรรมเท่านั้นโดยมีความยืดหยุ่นต่อคู่สัญญาและต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการใช้วิธีการอื่นในการตัดสินว่ารัฐผู้รับการลงทุนละเมิดต่อการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมหรือไม่ อาทิเช่น ในคดี Metalclad คณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า เม็กซิโกล้มเหลวต่อการรับรองถึงความโปร่งใสและกรอบการทำงานที่พึงคาดหมายได้สำหรับการวางแผนธุรกิจและการลงทุนของ Metalclad จาก

สถานการณ์ทั้งหลายเหล่านี้แสดงถึงการขาดขั้นตอนที่เป็นระบบและขาดการจัดการที่สัมพันธ์กับการลงทุนที่ผู้ลงทุนพึงคาดหมายได้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมตามความตกลง NAFTA¹¹⁶

ในคดี Wena คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาคำร้องอย่างรอบคอบ รวมทั้งรับฟังคำอธิบายของที่ปรึกษาของอียิปต์แล้ว จึงสรุปว่าอียิปต์ละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง IPPA โดยล้มเหลวต่อการให้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม รวมทั้งการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่แก่การลงทุนของ Wena นอกจากนี้อียิปต์ยังล้มเหลวต่อการชำระค่าชดเชยให้ Wena โดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพจากการเวนคืนการลงทุนของ Wena¹¹⁷

ดังนั้นจึงอาจพอสรุปได้ว่าแม้หลักการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะไม่ได้กำหนดถึงวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ แต่เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นจึงกำหนดแต่เป้าหมายไว้กว้างๆ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่เป็นธรรม และหลักการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมก็เป็นหลักการที่อาจใช้ได้โดยลำพังหรือรวมกับวิธีอื่นๆ เพื่อให้ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมในที่สุด

¹¹⁶ Metalclad case p.27.

¹¹⁷ Wena Hotels case p.910.

ตารางแบ่งแยกประเด็นความขัดแย้งในเรื่องการคุ้มครองการลงทุนของประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา

ประเด็น	ประเทศพัฒนาแล้ว	ประเทศกำลังพัฒนา
1. การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ	เวนคืนได้ตั้งกรณีต่อไปนี้ 1. เพื่อประโยชน์สาธารณะ 2. ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ 3. ภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย 4. โดยมีการชำระค่าชดเชย	เวนคืนได้โดยอาศัยอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resource)
2. ค่าชดเชย	เงื่อนไขการชดเชย 1. ทันที (Prompt) 2. เพียงพอ (Adequate) 3. มีประสิทธิภาพ (Effective) โดยต้องเป็นการชดเชยแบบเต็มจำนวน (Full Compensation)	เงื่อนไขการชดเชยแบบเหมาะสม (Appropriate Compensation) โดยต้องเป็นการชดเชยเพียงบางส่วนเท่านั้น (Partial Compensation)
3. มาตรฐานในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว	สนับสนุนหลักมาตรฐานขั้นต่ำการปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ (International Minimum Standard of Treatment)	สนับสนุนหลักมาตรฐานการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)
4. แนวคิดในเรื่องการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ	มีแนวคิดว่าหากมีความตกลงในสนธิสัญญาก็ต้องปฏิบัติตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)	สนับสนุนหลักอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty over Natural Resource) เพื่อยืนยันในอธิปไตยของตน
5. การระงับข้อพิพาท	มีแนวคิดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ	มีแนวคิดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยระบบศาลภายในประเทศ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

พันธกรณีการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมมักนำมากล่าวอ้างร่วมกับมาตรฐานอื่นเพื่อใช้คุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศโดยรัฐผู้รับการลงทุน การนำมาตรฐานนี้มาใช้ปรากฏครั้งแรกในความตกลงพหุภาคีด้านการค้าและการลงทุน ต่อมาเมื่อมาตรฐานการปฏิบัตินี้เริ่มมีความสำคัญมากขึ้นจึงได้ปรากฏในสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่างๆ

ในส่วนคำนิยามของมาตรฐาน “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” นั้นไม่จำเป็นต้องมีคำนิยามเหมือนกันในทุกความตกลงที่หลักปฏิบัตินี้ไปปรากฏ เพราะการตีความที่แน่ชัดของหลักปฏิบัติดังกล่าวขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของความตกลง คำอธิบายประวัติการเจรจา หรือเจตนารมณ์ของคู่ภาคี ดังนั้นการที่ไม่กำหนดคำนิยามจึงอาจเป็นความตั้งใจให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักการในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงในการตัดสินแต่ละข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆ เห็นว่าแนวทางสำหรับการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีน้อย จึงเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการตัดสินคดีมากขึ้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเข้าใจในเรื่อง “ความยุติธรรม” และ “ความเที่ยงธรรม” ของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะ

มาตรฐานในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวของรัฐแต่ละรัฐนั้นมีความแตกต่างกันและบางรัฐก็ปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในลักษณะที่รัฐอื่นๆ เห็นว่าเป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่าที่รัฐต่างๆ จะยอมรับได้ ถึงแม้รัฐจะไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้อง หรือบังคับให้รัฐอื่นต้องปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐนั้นใช้ในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่ว่ารัฐมีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐซึ่งปฏิบัติต่อคนต่างด้าวต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว

สำหรับวิธีการในการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศมีด้วยกัน 2 วิธีการ คือ ประการแรก พิจารณาว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำตามจารีตประเพณี (แนวคิด

แบบดั้งเดิม) และประการที่สองระบุว่าหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นมาตรฐานที่มีความเป็นอิสระซึ่งอาจจะเข้าข่ายการก้าวไปสู่การเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ (แนวคิดแบบสมัยใหม่) โดยแนวคิดทั้ง 2 แนวนี้ปรากฏในตัวบทกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น ในความตกลง NAFTA และสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ

สำหรับการพิจารณาว่าหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอย่างที่ปรากฏในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับบริบทที่ปรากฏในแต่ละการลงทุน ในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID บางคดีนำมาซึ่งความกระจ่างที่ว่ามีความจำเป็นต้องกำหนดหลักทั่วไปในการตัดสินกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศ สำหรับการอ้างอิงถึงการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมสามารถครอบคลุมถึงพันธกรณีกระบวนการที่ขอบด้วยกฎหมาย การคุ้มครองและความปลอดภัย รวมทั้งหลักความโปร่งใสด้วย ดังนั้นการผสมผสานระหว่างหลักทั่วไปเข้ากับหลักการพิเศษเพื่อนำหลักทั่วไปมาใช้ นั่นถือเป็นการยืนยันถึงบ่อเกิดของหลักการนั้นๆ การที่ผู้พิพากษายืนยันถึงความเหนียวแน่นของความสัมพันธ์นี้คือ เมื่อขณะที่ผู้พิพากษานำหลักทั่วไปมาปรับใช้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีต่างๆ

แม้หลักทั่วไปจะไม่ปรากฏเด่นชัดนักแต่ผู้พิพากษาก็มักนำหลักนี้มาใช้เพื่อหาหลักเกณฑ์มาปรับใช้กับความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ เมื่อคำนึงถึงกฎหมายเปรียบเทียบถือได้ว่าเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานในการนำมาพิจารณาเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป สถานการณ์ในปัจจุบันของคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามักคำนึงถึงกฎหมายภายในของตนที่ว่า การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถูกนำมาปรับใช้กับการลงทุนจากต่างชาติ แม้คำว่าการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยลำพัง แต่สาระของหลักประติบัติที่ระบุในกระบวนการรับรองต่อผู้ลงทุนต่างชาตินั้นก็ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายภายใน

การขยายขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของต่างชาติไปยังรัฐต่างๆ หากอยู่ในส่วนที่เป็นการบังคับจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง โดยส่วนหนึ่งก็ควรนำสาระของการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเข้าไปผสมผสานกับกฎหมายภายใน ดังที่

Elihu Root ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1910 ว่ามาตรฐานเรื่องความยุติธรรมถือเป็นรากฐานและได้รับการยอมรับโดยอารยประเทศทั่วไป ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสากล นอกจากนี้ การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยสังเกตได้จากการยอมรับให้บรรจุกฎในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีในหลายรัฐ

ในการศึกษานี้ได้นำคดีทั้ง 12 คดีที่นำขึ้นสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) ได้แก่

1. คดี American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997
2. คดี Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999
3. คดี Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000
4. คดี Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000
5. คดี Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000
6. คดี Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001
7. คดี Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002
8. คดี Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002
9. คดี ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003
10. คดี Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003
11. คดี The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United States of America, 2003
12. คดี Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004

การศึกษาคดีข้างต้นเพื่อใช้ประกอบการศึกษาการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาโดยสังเขปเท่านั้น เนื่องจากยังมีคดีทำนองเดียวกันนี้เข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID อีกหลายคดี ซึ่งคดีเหล่านั้นต่างก็ได้พัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ให้ชัดเจนขึ้นต่อไป

จากการศึกษาจะพบว่าของคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการอภิปรายถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมทั้งความพยายามในการเชื่อมโยงปัจจัยต่างๆ เข้ากับหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการตีความ ซึ่งมาตรฐานขั้นต่ำเหล่านี้มีอยู่ 7 ประเภท ดังนี้

1. หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรม
2. หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย
3. หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่
4. หลักการไม่เลือกปฏิบัติ
5. หลักการชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ
6. หลักการสุจริต
7. หลักความโปร่งใส

ในคดีต่างๆ คณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ได้พยายามหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาอธิบาย สำหรับคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ความตกลง NAFTA คณะกรรมการการค้าเสรี (Free Trade Commission [FTC]) ก็ได้มีการตีความหลักการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.2001 โดยมีใจความว่า “ข้อ 1105 (1) นั้นเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ต้องให้แก่การลงทุนของผู้ลงทุนอีกฝ่าย” และภายใต้ข้อ 1131 (2) ของความตกลง NAFTA การตีความของคณะกรรมการ FTC มีผลผูกพันคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เช่นเดียวกับคณะอนุญาโตตุลาการอื่นที่ตัดสินคดีใน NAFTA บทที่ 11

จากการศึกษาพบว่าหลักมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในบางเรื่องยังคงมีความขัดแย้งกันอยู่ระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ และเรื่องการชำระค่าชดเชยอันเนื่องมาจากการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ ซึ่งแต่ละฝ่ายยังคงมีการปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนคือแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วมีความคิดว่า หากผู้ลงทุนของรัฐตนเข้าไปลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุนแล้วเกิดการเวนคืน หรือการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐเกิดขึ้น ประเทศผู้รับการ

ลงทุนสามารถกระทำได้แต่ต้องกระทำภายใต้เงื่อนไข 4 ประการคือ การเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐจะต้องเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) จะต้องเป็นไปภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) และต้องมีการชำระค่าชดเชยซึ่งจะต้องเป็นไปโดยทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิภาพ (effective)

แต่ในทางกลับกันแนวความคิดของประเทศกำลังพัฒนามีความคิดว่า รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติซึ่งอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น จึงมีความสามารถในการเวนคืนหรือการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐได้ และหากเกิดการเวนคืนหรือการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐเกิดขึ้นจะต้องมีการชำระค่าชดเชยที่เหมาะสม (appropriate compensation) ซึ่งแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนาปรากฏตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ที่ 3281 (XXIX) ว่าด้วยกฎบัตรแห่งสิทธิหน้าที่ทางเศรษฐกิจของรัฐ (The Charter of Economic Right and Duties of States)

ในการลงทุนระหว่างประเทศนั้นย่อมเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าประเทศพัฒนาแล้วย่อมมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจและทางกฎหมายมากกว่าประเทศกำลังพัฒนา เมื่อประเทศกำลังพัฒนาประสงค์ที่จะลงทุนกับประเทศพัฒนาแล้วย่อมจะต้องยินยอมและปฏิบัติตามข้อเสนอของประเทศที่มีอำนาจมากกว่าเพื่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หากประเทศใดปฏิเสธข้อเสนอนี้ประเทศที่มีอำนาจมากกว่าต่อรองมาก็อาจจะทำให้การเจรจาในครั้งนั้นไม่ประสบความสำเร็จ ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาจึงจำต้องยอมรับต่อข้อเสนอที่ประเทศพัฒนาแล้วเสนอมานี้

สำหรับประเทศไทยเป็นรัฐผู้รับการลงทุนเป็นส่วนใหญ่ และเป็นเป้าหมายของรัฐผู้ส่งออกการลงทุนจึงต้องเสนอให้มีความคุ้มครองการลงทุนตามแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้ว เพราะมีอำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า โดยต้องสนับสนุนแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วเพื่อประโยชน์ในการต่อรองทางเศรษฐกิจกับประเทศเหล่านั้น จึงเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติและเรื่องค่าชดเชยแบบเหมาะสม

อย่างไรก็ดีจากการศึกษาแนวคำพิพากษาหรือคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศช่วยให้เกิดความชัดเจนขึ้น แม้ว่าโดยหลักการแล้ว

คำพิพากษาหรือคำตัดสินจะจำกัดอยู่เพียงคดีนั้นๆ เท่านั้น แต่แนวทางดังกล่าวช่วยให้รัฐต่างๆ ที่จะเจรจาเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศสามารถนำไปปรับใช้ได้ แม้ปัจจัยที่ใช้นั้นยังไม่เป็นที่ยุติแต่หลักการเหล่านี้ก็เป็นประโยชน์ เนื่องจากจะไม่ใช่ตัวบทกฎหมายแต่ก็เป็นหลักนิติศาสตร์ที่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้เหตุผลไว้



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และคณะ . Trade Policy Review of Thailand Government Reports, 1995-2007. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

วรรณิภา ศิริรัตน์. หลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

วรรณิภา ศิริรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

วิภาดา อรุณสกุล . ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและซีดี, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ , สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วิศิษฐ์ ธนากรเมธา . การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

สุธาบดี สัตตบุศย์. การโอนเป็นของชาติ. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 7 (มิถุนายน พ.ศ. 2525)

เสาวนีย์ อัครโรจน์. "คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย วิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ". กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

ภาษาอังกฤษ

Adede, A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law, 1976.

Akehurst, M. A Modern Introduction to International Law, 5th ed., George Allen and Unwin, 1984.

Andreas F. Lowenfeld. International economic law. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003 .

Black Henry Campbell, M.A.. Black's Law Dictionary, 8th ed., 2004.

Bledsoe, Robert L. and Boczek, Bolesaw A. The International Law Dictionary. Santa Barbara; Calif: ABC-clio, 1987.

Borchard, E. The Minimum Standard of Treatment of Aliens (1940) 38 Mich LR 445;
A. Roth, The Minimum Standard of International Law as Applied to Aliens (1949).

Brownlie, I. Principles of Public International Law, 6th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003 .

Dolzer, R. Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties.
The International Lawyer 39 (2005) : 87.

Dolzer, R. and Stevens, M. see op. cit. n. 34; Mahmoud Salem, in
"Le développement de la protection conventionnelle des investissements
étrangers", Journal du Droit International, No.3 (1986).

Fietta, S. Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard .talk given at the Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law Conference, organized by the BIICL, London, (9 September 2005), available at <http://www.biicl.org>.

Freeman, A. Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces ,1956.

Gaillard, E. CIRDI-Chronique' des sentences arbitrales. Journal du Droit International 1 (2007) : 225 , 256.

Garcia-Amador, F.V. The Changing Law of International Claims ,1984.

Garcia-Amador, F.V. et Al. Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens ,1974.

Gordon,M.W. The Cuban Nationalisations ,1973.

ICJ Reports. Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI Case) (United States of America v. Italy) , 1989.

ICSID Reports. American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997.

ICSID Reports. Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999.

ICSID Reports. Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000.

ICSID Reports. Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000.

ICSID Reports. Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000.

ICSID Reports. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001.

ICSID Reports. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002.

ICSID Reports. Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America, 2002.

ICSID Reports. ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America, 2003.

ICSID Reports. Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States, 2003.

ICSID Reports. The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United States of America, 2003.

ICSID Reports. Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States, 2004.

Ioana, T. The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment , Oxford University Press, 2008.

Juillard ,P. L'évolution des sources du droit de l'investissement .,1994.

Kronfol, Z.A. Protection of Foreign Investment : A study in International Law Netherlands : A.W.Sijthaff Leiden, 1972.

Lipson, C. Standing Guard : Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and twentieth Centuries ,1985 .

Mann, Francis A. Further Studies in International Law ,1990.

Muchlinski, P. Multinational Enterprises and the Law ,1995.

Murphy. The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice.
Yale Journal of International Law, 16 (1991).

O'Connell. International Law, 1970.

OECD. Draft Convention on the Protection of Foreign Property ,1967.

OECD. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law,
(September 2004).

Oppenheim. International Law a Treaties, Vol. I 8th ed. London : Longmans, 1955.

Roth, A. The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens ,1949.

Schwebel, Sm. The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty over
Natural Resources. American Bar Association Journal (1963).

Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment, 2nd ed. Cambridge,
United Kingdom : Cambridge University Press, 2004.

Tieya, W. The third world and international law. Chinese Yearbook of International Law,
ed, Chinese Society of International Law ,Beijing : China Translation Publishing
Corporation, 1983.

UNCTAD. Fair and Equitable Treatment, Vol.3, UNCTAD Series on Issues in
International investment agreements. Geneva; Switzerland: United Nations
Publication, 1999.

Vasciannie,S. The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice. British Year Book of International Law 17 (1999) : 99, 119.

Vicana, Francisco O. Nationalization of the Copper Industry by Chile. P.3 [online]
Available from <http://www.lexis.com> visited at January 11,2005.

Wallace,D. Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice : Loewen v US and Chattin v Mexico, in T Weiler (ed) London : Cameron, May 2005.

Wallace, Rebecca M.M. International Law: A Student Introduction, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 1997.

Weil,P. The State, the Foreign Investor, and International Law : the no longer stormy relationship of a ménage à trois. Foreign Investment Law Journal 15 (2000) : 401.

You,P. Le préambule des traités internationaux , Fribourg : Libraire de l'Universite, 1941 ;
Blix and Emerson, The Treaty Maker's Handbook , New York : Oceana, 1973.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวภาวดี โชติชะมะโน เกิดเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2517 ที่โรงพยาบาลหัวเฉียว กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลายจากโรงเรียนสายปัญญา สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีศิลปศาสตรบัณฑิต คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ในปีการศึกษา 2540 ต่อมาได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต ในปีการศึกษา 2548 จากนั้นเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สาขากฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อ พ.ศ. 2549

ปัจจุบันปฏิบัติงานในตำแหน่งนักวิเคราะห์สัมพันธ 6 ฝ่ายการเงิน บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความเรื่อง

แนวคำตัดสินของ ICSID เกี่ยวกับหลักประติบัติ
อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม
: ศึกษากรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

โดย

นางสาวภารดี โชตะมะโน

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

รหัสนิสิต 4986273134

แนวคำตัดสินของ ICSID เกี่ยวกับหลักประติบัติ อย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม : ศึกษากรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน*

ภารดี โชติมะโน**

บทนำ

การลงทุนระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาประเทศ ปัจจุบันการลงทุนระหว่างประเทศได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและมีได้จำกัดอยู่ในวงของประเทศที่พัฒนาแล้วเท่านั้นแต่ยังขยายตัวออกไปยังประเทศกำลังพัฒนาด้วยในฐานะผู้รับการลงทุน การขยายตัวด้านการลงทุนเป็นผลมาจากการเปิดการค้าเสรีอย่างก้าวหน้าของการค้าระหว่างประเทศ การพัฒนาด้านการลงทุนทำให้ภาครัฐและเอกชนต้องพึ่งพาอาศัยกันและกัน

เมื่อรัฐผู้ลงทุนได้ทำความตกลงในการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อขยายการลงทุนไปยังรัฐที่รับการลงทุน ผู้ลงทุนจึงต้องดำเนินการด้านต่างๆ เช่น การนำเข้าอุปกรณ์ เครื่องมือ เงินทุน ทรัพย์สิน และเทคโนโลยีไปยังรัฐที่รับการลงทุนซึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยอยู่ในรูปของสนธิสัญญาพหุภาคี หรืออยู่ในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคี

มาตรฐานในการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศที่มักมีการกำหนดในสนธิสัญญาการลงทุนทั้งระดับทวิภาคีและพหุภาคีได้แก่ หลักการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม หากพิจารณาจากสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนมักปรากฏข้อบทเกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในการคุ้มครองการลงทุนปรากฏอยู่เสมอ ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีการคุ้มครองการลงทุนโดยใช้หลักประติบัติที่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี

หลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมในกฎหมายลงทุนระหว่างประเทศที่ปรากฏในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน เพื่อให้มีการคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐภาคี โดยเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อคนต่างด้าว

* เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “แนวคำตัดสินของ ICSID เกี่ยวกับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

: ศึกษากรณีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

** นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แต่มาตรฐานดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจน เนื่องจากเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี โดยข้อบกพร่องของกฎหมายระหว่างประเทศอันเกิดจากจารีตประเพณี คือ มิได้อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษรทำให้ไม่ทราบขอบเขตที่ชัดเจนจึงส่งผลต่อการปฏิบัติของรัฐต่างๆ ทำให้ต้องศึกษาค้นคว้าจากแนวคำพิพากษาของศาลต่างๆ รวมทั้งอนุญาโตตุลาการถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศได้เช่นกัน

ในส่วนคำนิยามของมาตรฐาน “การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม” นั้นไม่จำเป็นต้องมีคำนิยามเหมือนกันในทุกความตกลงที่หลักประตบัตินี้ไปปรากฏ เพราะการตีความที่แน่ชัดของหลักประตบัตินี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของความตกลง คำอธิบาย ประวัติ การเจรจา หรือเจตนารมณ์ของคู่ภาคี ดังนั้นการที่ไม่กำหนดคำนิยามจึงอาจเป็นความตั้งใจให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักการในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงในการตัดสินแต่ละข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆเห็นว่าแนวทางสำหรับการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีน้อย จึงเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจในการตัดสินคดีมากขึ้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเข้าใจในเรื่อง “ความยุติธรรม” และ “ความเที่ยงธรรม” ของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะ

มาตรฐานในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวของรัฐแต่ละรัฐนั้นมีความแตกต่างกันและบางรัฐก็ปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในลักษณะที่รัฐอื่นๆเห็นว่าเป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่าที่รัฐต่างๆจะยอมรับได้ ถึงแม้รัฐจะไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้อง หรือบังคับให้รัฐอื่นต้องปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในมาตรฐานเดียวกันกับที่รัฐนั้นใช้ในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่ว่ารัฐมีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐซึ่งปฏิบัติต่อคนต่างด้าวต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว

สำหรับวิธีการในการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศมีด้วยกัน 2 วิธีการ คือ ประการแรก พิจารณาว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานขั้นต่ำตามจารีตประเพณี (แนวคิดแบบดั้งเดิม) และประการที่สองระบุว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นมาตรฐานที่มีความเป็นอิสระซึ่งอาจจะเข้าข่ายการก้าวไปสู่การเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ (แนวคิดแบบสมัยใหม่) โดยแนวคิดทั้ง 2 แนวนี้ปรากฏในตัวบทกฎหมายฉบับต่างๆ เช่น ในความตกลง NAFTA และสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี

สำหรับการพิจารณาว่าหลักปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอย่างที่ปรากฏในกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ แต่ทั้งนี้ก็ยังขึ้นอยู่กับบริบทที่ปรากฏในแต่ละการลงทุน ในคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID บางคดีนำมาซึ่งความกระจ่างที่ว่ามีความจำเป็นต้องกำหนดหลักทั่วไปในการตัดสินกฎหมายลงทุน

ระหว่างประเทศ สำหรับการอ้างอิงถึงการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมสามารถครอบคลุมถึงพันธกรณีกระบวนการที่ชอด้วยกฎหมาย การคุ้มครองและความปลอดภัย รวมทั้งหลักความโปร่งใสด้วย ดังนั้นการผสมผสานระหว่างหลักทั่วไปเข้ากับหลักการพิเศษเพื่อนำหลักทั่วไปมาใช้ นั่นถือเป็นการยืนยันถึงบ่อเกิดของหลักการนั้นๆ การที่ผู้พิพากษายืนยันถึงความเหนียวแน่นของความสัมพันธ์นี้คือ เมื่อขณะที่ผู้พิพากษานำหลักทั่วไปมาปรับใช้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีต่างๆ

แม้หลักทั่วไปจะไม่ปรากฏเด่นชัดนักแต่ผู้พิพากษาก็มักนำหลักนี้มาใช้เพื่อหาหลักเกณฑ์มาปรับใช้กับความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ เมื่อคำนึงถึงกฎหมายเปรียบเทียบถือได้ว่าเป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานในการนำมาพิจารณาเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป สถานการณ์ในปัจจุบันของคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมของประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนามักคำนึงถึงกฎหมายภายในของตนที่ว่า การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมถูกนำมาปรับใช้กับการลงทุนจากต่างชาติ แม้คำว่าการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยลำพัง แต่สาระของหลักประติบัติที่ระบุในกระบวนการรับรองต่อผู้ลงทุนต่างชาตินั้นก็ได้อธิบายในบทบัญญัติของกฎหมายภายใน

การขยายขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนของต่างชาติไปยังรัฐต่างๆ หากอยู่ในส่วนที่เป็นการบังคับจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง โดยส่วนหนึ่งก็ควรนำสาระของการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมเข้าไปผสมผสานกับกฎหมายภายใน ดังที่ Elihu Root ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1910 ว่ามาตรฐานเรื่องความยุติธรรมถือเป็นรากฐานและได้รับการยอมรับโดยอารยประเทศทั่วไป ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสากล¹ นอกจากนี้การประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยสังเกตได้จากการยอมรับให้บรรจอยู่ในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีในหลายรัฐ

จากการศึกษาจะพบว่าของคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการอภิปรายถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานการประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดโดยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมทั้งความพยายามในการเชื่อมโยงปัจจัยต่างๆเข้ากับหลักประติบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการตีความ ซึ่งมาตรฐานขั้นต่ำเหล่านี้มีอยู่ 7 ประเภท ดังนี้

1. หลักการไม่ปฏิเสธความยุติธรรม
2. หลักการกระทำภายใต้กระบวนการที่ชอด้วยกฎหมาย
3. หลักการคุ้มครองและความปลอดภัยอย่างเต็มที่
4. หลักการไม่เลือกประติบัติ
5. หลักการชำระค่าชดเชยอันเกิดจากการเวนคืนและการโอนกิจการคนต่างด้าวเป็นของรัฐ

¹ E Root, 'The Basis of Protection of Citizens Residing Aboard', *American Journal of International Law* (1910), 517,520.

6. หลักการสุจริต

7. หลักความโปร่งใส

บทสรุป

จากการวิเคราะห์คดีทั้ง 12 คดีที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ICSID พอสรุปได้ว่า ผู้ลงทุนต่างชาติมีข้ออ้างในการการฟ้องร้องคดีอยู่ 5 ข้อคือ

1. ผู้ลงทุนต่างชาติมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจากรัฐผู้รับการลงทุน หากพบว่ารัฐบาลนั้นๆ มีพฤติกรรมทั้งทางตรงและทางอ้อม หรือมีพฤติกรรมประหนึ่งว่าจะยึดทรัพย์หรือเวนคืน (expropriation or taking) กิจการของเอกชนไปเป็นของรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ
2. รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนจากประเทศภาคีสมาชิกไม่น้อยไปกว่าผู้ลงทุนในประเทศในทุกด้านนับตั้งแต่เริ่มต้นลงทุนไปจนถึงการขายผลผลิตจากการลงทุนนั้น
3. รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนจากประเทศสมาชิกไม่น้อยไปกว่าชาติอื่น ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติที่ต่ำกว่าผู้ลงทุนในประเทศก็ได้
4. รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนจากประเทศสมาชิกตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน และปกป้องเพื่อให้เกิดความมั่นคงในการลงทุนอย่างเต็มที่
5. รัฐบาลกลางต้องไม่นำกฎระเบียบที่มาจากท้องถิ่นมาบังคับผู้ลงทุนให้ทำตามเพื่อผลประโยชน์ของเศรษฐกิจท้องถิ่น

แม้ในคดีต่างๆ จะมีความแตกต่างกันทั้งในแง่การลงทุนและรัฐที่รับการลงทุน แต่ก็มีเหตุการณ์บางอย่างที่คล้ายคลึงกันคือ การที่ผู้ลงทุนได้รับผลด้านลบต่อการลงทุนของตน รวมทั้งความไม่แน่นอน และการไม่สามารถคาดการณ์ได้ถึงกรอบทางกฎหมายภายในประเทศ นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องการไม่มีค่านิยมของการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรม

แม้การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมจะไม่ได้กำหนดนิยามไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งมีแต่เพียงเป้าหมายเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมเท่านั้นโดยมีความยืดหยุ่นต่อคู่สัญญา และต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการใช้วิธีการอื่นๆ ในการตัดสินว่ารัฐผู้รับการลงทุนละเมิดต่อการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเที่ยงธรรมหรือไม่

ในการลงทุนระหว่างประเทศนั้นย่อมเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าประเทศพัฒนาแล้วย่อมมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจและทางกฎหมายมากกว่าประเทศกำลังพัฒนา เมื่อประเทศกำลังพัฒนาประสงค์ที่จะลงทุนกับประเทศพัฒนาแล้วย่อมจะต้องยินยอมและปฏิบัติตามข้อเสนอของประเทศที่มีอำนาจมากกว่าเพื่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หากประเทศใดปฏิเสธข้อเสนอที่

ประเทศที่มีอำนาจมากกว่าต่อรองมาก็อาจจะทำให้การเจรจาในครั้งนั้นไม่ประสบความสำเร็จ ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาจึงจำเป็นต้องยอมรับต่อข้อเสนอที่ประเทศพัฒนาแล้วเสนอมานี้

สำหรับประเทศไทยเป็นรัฐผู้รับการลงทุนเป็นส่วนใหญ่ และเป็นเป้าหมายของรัฐผู้ส่งออก การลงทุนจึงต้องเสนอให้มีความคุ้มครองการลงทุนตามแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้ว เพราะมีอำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่า โดยต้องสนับสนุนแนวคิดของประเทศพัฒนาแล้วเพื่อประโยชน์ในการต่อรองทางเศรษฐกิจกับประเทศเหล่านั้น จึงเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติและเรื่องค่าชดเชยแบบเหมาะสม

อย่างไรก็ดีจากการศึกษาแนวคำพิพากษาหรือคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศช่วยให้เกิดความชัดเจนขึ้น แม้ว่าโดยหลักการแล้ว คำพิพากษาหรือคำตัดสินจะจำกัดอยู่เพียงคดีนั้นๆ เท่านั้น แต่แนวทางดังกล่าวช่วยให้รัฐต่างๆ ที่จะเจรจาเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศสามารถนำไปปรับใช้ได้ แม้ปัจจัยที่ใช้นั้นยังไม่เป็นที่ยุติแต่ หลักการเหล่านี้ก็เป็นประโยชน์ เนื่องจากจะไม่ใช่ตัวบทกฎหมายแต่ก็เป็นหลักนิติศาสตร์ที่ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการได้ให้เหตุผลไว้

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และคณะ . Trade Policy Review of Thailand Government Reports, 1995-2007.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

วรวจน์ ภาคีรัตน์. หลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

วรวจน์ วิศรุตพิศย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2544.

วิกานดา อรุณสกุล . ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏในมาตรา 10.4 ของความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกาและซีแอลพี, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต , สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วิศิษฐ์ ธนากรเมธา . การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี (BIT).วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

สุธาบดี สัตตบุศย์. การโอนเป็นของชาติ. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 7 (มิถุนายน พ.ศ. 2525)

เสาวนีย์ อัครโรจน์. “คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย วิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ”.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

ภาษาอังกฤษ

- Adede, A. A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law, 1976.
- Akehurst, M. A Modern Introduction to International Law, 5th ed., George Allen and Unwin, 1984.
- Andreas F. Lowenfeld. International economic law. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003 .
- Black Henry Campbell, M.A.. Black's Law Dictionary, 8th ed., 2004.
- Bledsoe, Robert L. and Boczek, Bolesaw A. The International Law Dictionary. Santa Barbara; Calif: ABC-clio, 1987.
- Borchard, E. The Minimum Standard of Treatment of Aliens (1940) 38 Mich LR 445; A. Roth, The Minimum Standard of International Law as Applied to Aliens (1949).
- Brownlie, I. Principles of Public International Law, 6th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003 .
- Dolzer, R. Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties. The International Lawyer 39 (2005) : 87.
- Dolzer, R. and Stevens, M. see op. cit. n. 34; Mahmoud Salem, in "Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers", Journal du Droit International, No.3 (1986).
- Fietta, S. Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard .talk given at the Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law Conference, organized by the BIICL, London, (9 September 2005), available at <http://www.biicl.org>.
- Freeman, A. Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces ,1956.
- Gaillard, E. CIRDI-Chronique' des sentences arbitrales. Journal du Droit International 1 (2007) : 225 , 256.
- Garcia-Amador, F.V. The Changing Law of International Claims ,1984.
- Garcia-Amador, F.V. et Al. Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens,1974.
- Gordon, M.W. The Cuban Nationalisations ,1973.
- ICJ Reports. Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI Case) (United States of America v. Italy) , 1989.
- ICSID Reports. American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. (US) v. Republic of Zaire, 1997.
- ICSID Reports. Robert Azinian and others (US) v. United Mexican States, 1999.
- ICSID Reports. Emilio Agustin Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, 2000.
- ICSID Reports. Metalclad Corporation (US) v. United Mexican States, 2000.
- ICSID Reports. Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, 2000.
- ICSID Reports. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil (US) v. Republic of Estonia, 2001.
- ICSID Reports. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. (Greece) v. Arab Republic of Egypt, 2002.

ICSID Reports. *Mondev International Ltd. (Canada) v. United States of America*, 2002.

ICSID Reports. *ADF Group Inc. (Canada) v. United States of America*, 2003.

ICSID Reports. *Tecmed S.A. (Spain) v. United Mexican States*, 2003.

ICSID Reports. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen (Canada) v. United States of America*, 2003.

ICSID Reports. *Waste Management, Inc. (US) v. United Mexican States*, 2004.

Ioana, T. The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment , Oxford University Press, 2008.

Juillard ,P. L'évolution des sources du droit de l'investissement ,1994.

Kronfol, Z.A. Protection of Foreign Investment : A study in International Law Netherlands : A.W.Sijthaff Leiden, 1972.

Lipson, C. Standing Guard : Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and twentieth Centuries ,1985 .

Mann, Francis A. Further Studies in International Law ,1990.

Muchlinski, P. Multinational Enterprises and the Law ,1995.

Murphy. The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice. Yale Journal of International Law, 16 (1991).

O'Connell. International Law, 1970.

OECD. Draft Convention on the Protection of Foreign Property ,1967.

OECD. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, (September 2004).

Oppenheim. International Law a Treaties, Vol. I 8th ed. London : Longmans, 1955.

Roth, A. The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens ,1949.

Schwebel, Sm. The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources. American Bar Association Journal (1963).

Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment, 2nd ed. Cambridge, United Kingdom : Cambridge University Press, 2004.

Tieya, W. The third world and international law. Chinese Yearbook of International Law, ed, Chinese Society of International Law ,Beijing : China Translation Publishing Corporation, 1983.

UNCTAD. Fair and Equitable Treatment, Vol.3, UNCTAD Series on Issues in International investment agreements. Geneva; Switzerland: United Nations Publication, 1999.

Vasciannie,S. The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice. British Year Book of International Law 17 (1999) : 99, 119.

Vicana, Francisco O. Nationalization of the Copper Industry by Chile. P.3 [online] Available from <http://www.lexis.com> visited at January 11,2005.

Wallace,D. Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice : Loewen v US and Chattin v Mexico, in T Weiler (ed) London : Cameron, May 2005.

Wallace, Rebecca M.M. International Law: A Student Introduction, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 1997.

Weil, P. The State, the Foreign Investor, and International Law : the no longer stormy relationship of a ménage à trois. Foreign Investment Law Journal 15 (2000) : 401.

You, P. Le préambule des traités internationaux , Fribourg : Librairie de l'Universite, 1941 ; Blix and Emerson, The Treaty Maker's Handbook , New York : Oceana, 1973.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย