



### บทที่ 3

## กระบวนการในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID ภายใต้บริบทของความตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา

หลังจากที่ได้ทราบถึงเขตอำนาจในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID แล้วนั้น สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่กระบวนการของ ICSID ได้อย่างไร และประเทศไทยจะต้องทำอะไรบ้างในกระบวนการดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นถึงสิ่งที่ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีตามความตกลงเขตการค้าเสรี ฉบับนี้แล้ว

ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกระบวนการในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID ภายใต้บริบทของความตกลงเขตการค้าเสรีไทย - สหรัฐอเมริกา ว่ามีกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างไรบ้างในแต่ละขั้นตอน โดยผู้เขียนจะขอแบ่งเรื่องออกเป็นหัวข้อต่างๆ ดังนี้

3.1 การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

3.2 กระบวนการในการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

### 3.1 การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในเรื่องของการร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID นั้นในข้อบทการลงทุนในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ข้อ 15.4 ได้กำหนดว่า "คำร้องจะถูกนำขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการตาม section นี้เมื่อผู้ร้องได้ทำคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ" ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับ ICSID นั้นใน

ข้อบทการลงทุนในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ข้อ 15.4 (A) ให้ทำคำร้องตามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ข้อ 36 วรรคแรก โดยในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ข้อ 36<sup>๖</sup> กำหนดไว้ดังนี้

“(1) รัฐภาคีใดหรือคนชาติรัฐภาคีใดซึ่งประสงค์จะเริ่มกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ ให้ทำคำร้องขอเพื่อการดังกล่าวเป็นหนังสือต่อเลขาธิการซึ่งจะจัดส่งสำเนาคำร้องขอนั้นไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(2) คำร้องขอจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นในข้อพิพาท คู่กรณีและความยินยอมของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการตามความในข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาสําหรับการเริ่มคดีเพื่อการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ

(3) ให้เลขาธิการลงทะเบียนคำร้องขอ เว้นแต่พบว่าโดยพื้นฐานของข้อมูลที่ปรากฏในคำร้องขอนั้น ข้อพิพาทนั้นอยู่นอกเขตอำนาจของ ICSID โดยชัดแจ้ง เลขาธิการจะต้องแจ้งแก่คู่กรณีถึงการลงทะเบียนหรือไม่รับการลงทะเบียนคำร้องโดยไม่ชักช้า”

---

<sup>๖</sup> Article 15: Submission of a Claim to Arbitration

4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of or request for arbitration ("notice of arbitration"):

•(a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;

<sup>๗</sup> Article 36

(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์ในการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังนี้

### 3.1.1 ผู้เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ผู้ที่ร้องขอให้มีการให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้นั้น อาจเป็นคู่กรณีฝ่ายใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายรัฐภาคีผู้รับการลงทุนหรือเอกชนผู้ลงทุนชาวต่างชาติ ซึ่งตามปกติผู้ที่ยื่นคำร้องขอ ก็มักจะเป็นฝ่ายที่เห็นว่าตนเองเสียประโยชน์ หรือถูกโต้แย้งสิทธิจากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในทุกคดีที่มีการดำเนินอนุญาโตตุลาการโดย ICSID นั้น เกิดขึ้นจากการยื่นคำร้องขอใช้บริการของฝ่ายเอกชนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในรัฐภาคีผู้รับการลงทุนทั้งสิ้น เพราะผู้ลงทุนมักจะเป็นฝ่ายเสียหายจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน

แต่หากเป็นกรณีที่ฝ่ายรัฐของไทยจะเป็นผู้ร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID นั้น ฝ่ายรัฐดังกล่าวก็ต้องเป็น องค์การของรัฐซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ และส่วนราชการทั้งหลาย เทศบาล องค์การอิสระ และรัฐวิสาหกิจ ที่ได้รับความยินยอมและได้รับสัตยาบันจากประเทศไทยว่า ให้ถือเป็นหน่วยงานย่อย ส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจ ที่มีอำนาจในการเป็นคู่สัญญาด้วย เช่นเดียวกับหลักการในการเป็นคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการของ ICSID

### 3.1.2 รูปแบบของการทำคำร้องขอ

ในการทำคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID นั้นต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อ เลขาธิการ ICSID โดยระบุรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทว่าพิพาทกันด้วยเรื่องใด และอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการที่ไม่ถูกต้องอย่างไร คู่กรณีคือใคร และคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายได้ยินยอมที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ซึ่งในเรื่องการให้ความยินยอมนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

หากเลขาธิการของ ICSID พิจารณาแล้วว่าข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของ ICSID แล้วก็ต้องรับจดทะเบียนคำร้องขอแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอทราบ และส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าพบว่าข้อพิพาทไม่อยู่ในอำนาจของ ICSID อย่างชัดเจน เลขาธิการก็ต้องไม่รับจดทะเบียนคำร้องขอ และให้แจ้งแก่คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอทราบว่าข้อพิพาทไม่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID และไม่สามารถรับจดทะเบียนคำร้องขอนั้นได้

### 3.2 กระบวนการในการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ในข้อ 16<sup>\*</sup> ของข้อบทการลงทุนในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ได้กำหนดเรื่องการยอมรับเขตอำนาจในการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID เอาไว้ดังนี้

“1. ภาควิชาแต่ละฝ่ายยอมรับการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการภายใต้ Section นี้ ตามข้อตกลงนี้

2. การยอมรับภายใต้วรรคแรก และการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการภายใต้ Section นี้จะต้องกระทำตาม

(a) Chapter II ของ ICSID Convention (เรื่องเขตอำนาจของศูนย์) และตาม ICSID Additional Facility Rules เรื่องการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่ภาคีที่พิพาท

(b) ข้อ 2 ของ New York Convention เรื่องข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร”

จากข้อบทดังกล่าวจะเห็นได้ว่านอกจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องเป็นรัฐภาคีผู้รับการลงทุนและเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นบุคคลของชนชาติภาคีรัฐอื่นตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น คู่กรณีดังกล่าวต้องได้มีการตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือให้ความยินยอมที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ด้วย เพราะการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนก็มีหลักเหมือนกับการอนุญาโตตุลาการทางแพ่งทั่วไปด้วย คือต้องอาศัยความสมัครใจของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายจะมีการบังคับกันไม่ได้

---

\* Article 16: Consent of Each Party to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Agreement.

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:

•(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; and

•(b) Article II of the New York Convention for an “agreement in writing.”

ในเรื่องการตกลงกันในการอนุญาโตตุลาการ หรือให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID นั้นอาจมีขั้นตอนที่แตกต่างกันระหว่างรัฐภาคีผู้รับการลงทุน และเอกชนต่างชาติผู้ลงทุน โดยขอแบ่งเป็นหัวข้อต่างๆ ดังนี้

### 3.2.1 หน้าที่ของรัฐและเอกชนคู่สัญญา

ในเรื่องการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือการยอมรับเขตอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน นั้นมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือความยินยอมนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ตั้งแต่เมื่อไร ซึ่งในเรื่องนี้ รัฐผู้รับการลงทุนอาจให้ความยินยอมตั้งแต่ในช่วงก่อนข้อพิพาทเกิด เช่น ตั้งแต่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ICSID หรือในกฎหมายทางการลงทุน หรือในสนธิสัญญาทางการลงทุน หรือในขณะที่ทำสัญญาหลักและมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย หรือเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วและทำสัญญาหรือแสดงความประสงค์โดยยื่นคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็ได้

นอกจากนั้นความยินยอมขององค์กรของรัฐหรือหน่วยงานย่อยของรัฐนี้มีหลักว่าอาจต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐนั้นก่อนด้วย เว้นแต่รัฐได้เคยบอกกล่าวไว้แล้วว่าไม่ต้องให้ความเห็นชอบ ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 25 (3) ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันว่า "ความยินยอมโดยหน่วยงานย่อยหรือองค์กรต่างๆ ของรัฐภาคีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐนั้น เว้นแต่รัฐนั้นจะได้ออกกล่าวต่อ ICSID ว่าไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบ"

ส่วนเรื่องความยินยอมของเอกชนผู้ลงทุนนั้น เอกชนผู้ลงทุนอาจให้ความยินยอมในขณะที่ทำสัญญาหลักโดยมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย หรืออาจให้ความยินยอมภายหลัง เช่น ให้ในขณะที่ยื่นคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ต่อเลขาธิการ ICSID

---

#### Article 25

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

### 3.2.2 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID อันเนื่องมาจากร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา

ในร่างความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกานั้น ได้กำหนดเรื่องของความยินยอมของคู่ภาคีในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนโดยการอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดไว้ในข้อ 16 ของข้อบถการลงทุนที่บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับ ICSID ว่าจะให้คู่ภาคียินยอมที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ตาม Chapter II ของ ICSID Convention เรื่องเขตอำนาจของศูนย์ฯ ดังนั้นก่อนที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการของ ICSID ได้นั้น จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าเขตอำนาจของ ICSID นั้นเป็นอย่างไร

ในการที่คู่กรณีพิพาท คือรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศจะใช้บริการระงับข้อพิพาทของ ICSID โดยการอนุญาโตตุลาการได้นั้นจะต้องมีการตกลงกันว่าให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการเพราะการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ มิใช่ถูกบังคับ เช่นเดียวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการทั่วไป เพียงแต่มีลักษณะพิเศษตรงที่ต้องเป็นสัญญาที่จะระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐภาคีผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน และเอกชนผู้ลงทุนซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลและเป็นคนชาติของรัฐภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน อีกรัฐหนึ่งซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 24 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ดังนี้

“(1) เขตอำนาจของ ICSID ครอบคลุมถึงข้อพิพาททางกฎหมายใดๆ ที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคี (หรือหน่วยงานย่อยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง หรือหน่วยงาน

---

#### Article 16: Consent of Each Party to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Agreement.
2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:
  - (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; and
  - (b) Article II of the New York Convention for an "agreement in writing."

ราชการของรัฐภาคีซึ่งรัฐภาคีนั้นได้แต่งตั้งมายัง ICSID เมื่อคู่กรณีได้ให้ความยินยอมแล้ว คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่อาจถอนความยินยอมของตนโดยการกระทำของฝ่ายเดียว”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะต้องพิจารณาเขตอำนาจเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID โดยแบ่งออกเป็น 2 เรื่องได้แก่

- Ratione Personae (ประเภทของคู่ความในการอนุญาโตตุลาการ) ทั้งนี้เพื่อพิจารณาว่า จะมีบุคคลใดบ้างที่สามารถเป็นคู่ความในคดีพิพาทได้บ้าง และ

- Ratione Materiae (ประเภทของคดีในการอนุญาโตตุลาการ) เพื่อพิจารณาว่าข้อพิพาทประเภทใดบ้างที่สามารถนำขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดย ICSID ได้บ้าง

### Ratione Personae (ประเภทของคู่ความในการอนุญาโตตุลาการ)

ผู้ที่จะเป็นคู่ความในการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้นั้น จะต้องเป็นคู่กรณีพิพาท ซึ่งได้แก่รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญาการลงทุนซึ่งต้นฝ่ายหนึ่ง และเอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นคนชาติของรัฐภาคีอนุสัญญาการลงทุนอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นในการศึกษาเรื่องของประเภทคู่ความในการอนุญาโตตุลาการนี้ จึงต้องแบ่งพิจารณาคดีออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ รัฐภาคี และเอกชนซึ่งเป็นคนชาติของรัฐอื่น

### รัฐภาคี

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการที่จะใช้บริการของ ICSID ต้องเป็นรัฐซึ่งคำว่ารัฐนั้นก็มีความหมายตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ คือ มีจำนวนประชากร และมีอาณาเขตที่แน่นอน ต้องมีรัฐบาลและต้องมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายถึงการมีความสามารถที่จะติดต่อและมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับรัฐอื่นได้โดยอิสระ

นอกจากนั้นต้องเป็นรัฐภาคี (contracting party) ซึ่งรัฐที่จะเป็นภาคีของ ICSID ได้มีสองประเภท ประเภทแรกคือ ต้องเป็นสมาชิกธนาคารโลกและลงนามในอนุสัญญาการลงทุนซึ่งต้น และประเภทที่สองคือ เป็นรัฐที่ได้เป็นสมาชิกธนาคารโลก แต่เป็นภาคีธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และได้รับเชิญให้ลงนามในอนุสัญญาการลงทุนซึ่งต้น จากสภาบริหารของ ICSID ด้วย

คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิก อย่างไรก็ตามรัฐที่ลงนามจะยังไม่ถือว่าเป็นรัฐภาคีจนกว่าจะได้ส่งมอบสัตยาบันสารแล้ว 30 วัน”

นอกจากรัฐจะเป็นคู่สัญญาได้แล้ว องค์การของรัฐซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ และส่วนราชการทั้งหลาย เทศบาล องค์การบริหาร และรัฐวิสาหกิจ อาจเป็นคู่สัญญาได้เช่นกัน แต่ต้องได้รับความยินยอมและได้รับสัตยาบันจากรัฐภาคีว่าให้ถือเป็นหน่วยงานย่อย ส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจ ที่มีอำนาจในการเป็นคู่สัญญาที่จะให้บริการข้อมูลของ ICSID ได้ ซึ่งรัฐภาคีสามารถแจ้งรายชื่อหน่วยงานของรัฐ หรือส่วนราชการไปยัง ICSID เมื่อใดก็ได้ โดยอาจแจ้งตั้งแต่เข้าเป็นภาคี หรือภายหลัง เช่น ในเวลาที่ทำข้อตกลงหรือสัญญาที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการของ ICSID หรือเมื่อจะมีคำร้องขอให้บริการต่อ ICSID<sup>1</sup>

การแจ้งรายชื่อหน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการของรัฐภาคีที่มีอำนาจทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทกับ ICSID นี้ ไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดไว้ว่าจะต้องทำในรูปแบบใด แต่ก็ควรทำการบอกกล่าวเป็นหนังสือจะได้เป็นหลักฐานว่ามีการให้ความยินยอมแล้ว

หลายรัฐได้ให้คำบอกกล่าวว่าหน่วยงานใดของตนที่จะสามารถเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้ เช่นตัวอย่างประเทศต่อไปนี้

กีนีระบุงค์การอุตสาหกรรมเหมืองแร่ เคนยากระบวนการท่าแห่งเคนยาและสายการบินเรือแห่งชาติ ชูदानะบริษัทปิโตรเลียมแห่งชาติ โบรตุเกสระบบสถาบันการลงทุนจากต่างชาติ ไนจีเรียบริษัทปิโตรเลียมแห่งชาติ มาดากัสการ์ระบบรัฐวิสาหกิจไฮโดรคาร์บอนแห่งชาติ และเอกวาดอร์บริษัทน้ำมันปิโตรเลียมแห่งชาติ ส่วนอังกฤษระบบรายละเอียดว่าหน่วยงานใดบ้างและได้ระบุ

<sup>1</sup> Article 67 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ

<sup>2</sup> Article 68 (2) ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันฯ

<sup>3</sup> Georges R, Delaume, “ICSID Arbitration and Courts”, American Journal of International Law 784, (1983).



รายชื่ออาณานิคมของอังกฤษด้วย เช่น หมู่เกาะเคแมน หมู่เกาะเซนต์เฮเลนา หมู่เกาะเตอร์และไคคอร์ เบอรัมวิดดา ฟอล์คแลนด์ มาน ยิบรัลต้า เวอร์จิเนีย และแองโกลา<sup>2</sup>

ดังนั้น ในอนาคตประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้วประเทศไทยก็อาจจะกำหนดให้หน่วยงานของไทย หน่วยงานใดบ้างที่สามารถเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากหน่วยงานใดบ้างที่อาจต้องมีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้

ในเรื่องรัฐผู้รับการลงทุนต้องเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน นั้น อาจมีปัญหาว່ารรัฐต้องเป็นภาคีในขณะที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือก่อนหน้านั้นหรือไม่ หากทำสัญญาในขณะที่ยังไม่ได้เป็นภาคีแต่ในขณะที่ยื่นข้อพิพาทต่อ ICSID เป็นภาคีจะได้หรือไม่ ซึ่งมีตัวอย่างดังนี้

คดี Holidays Inns S.A., Occidental Corporation et al. v. Government of Morocco  
(Case no. ARB/72)<sup>3</sup>

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ในปี ค.ศ. 1966 ได้มีการทำสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐบาลโมร็อกโก กับบริษัทอเมริกันสองแห่งคือ Occidental Petroleum Corporation (OPC) และ Holidays Inns เพื่อสร้างโรงแรม 4 แห่งในโมร็อกโก โดยให้สองบริษัทเป็นผู้ลงทุนรายใหญ่ แต่ในขณะที่เซ็นสัญญาทางบริษัทได้ให้สาขาของโรงแรมฮอลิเดย์อินส์ ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นคู่สัญญากับรัฐบาลโมร็อกโก โดยฮอลิเดย์อินส์แห่งสหรัฐอเมริกา และ OPC มิได้ลงนามเป็นคู่สัญญาด้วยแต่อย่างใด

ตามสัญญาร่วมทุนดังกล่าว รัฐบาลโมร็อกโกสัญญาจะให้ผู้ลงทุนชาวอเมริกันกู้ยืมเงินจำนวนที่จำเป็นสำหรับการสร้างโรงแรมและจะให้ความสะดวกในเรื่องการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ จะได้รับการยกเว้นภาษีอากรบางชนิดและให้ผู้ร่วมทุนต่างชาติสองรายดังกล่าวเข้าปฏิบัติงานและก่อสร้างโรงแรม 4 แห่ง ซึ่งจะกลายเป็นทรัพย์สินของบริษัทสองแห่งนั้น และบริษัททั้งสอง

<sup>2</sup> Moshe Hirsch, The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, (The Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), หน้า 61.

<sup>3</sup> Pierre Lalive, The First World Bank Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, หน้า 72

จะชดใช้เงินกู้ให้กับรัฐบาลโมร็อกโกผู้ให้กู้ยืม นอกจากนี้สนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างชาติสามารถโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้กับบริษัทตัวแทน หรือสาขาเมื่อใดก็ได้

ในระหว่างการก่อสร้างมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยรัฐบาลโมร็อกโกยื่นกรณาวาฮอติเคย์อินส์ ต้องก่อตั้งบริษัทสาขาในโมร็อกโก 4 แห่งร่วมกัน ภายใต้ชื่อ HISA และรัฐบาลต้องได้รับหุ้น 49% ในบริษัท 4 แห่งนั้น โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ แต่บริษัทฮอติเคย์อินส์ไม่ยินยอม ผู้ลงทุนต่างชาติและบริษัทสาขาในโมร็อกโกจึงยื่นคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการต่อเลขาธิการศูนย์ ในปี ค.ศ. 1971 แต่รัฐบาลโมร็อกโกคัดค้านและโต้แย้งเขตอำนาจของศูนย์ ด้วยเหตุหลายประการ รวมทั้งเหตุว่าประเทศโมร็อกโกและสวิตเซอร์แลนด์ ยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ในขณะที่มีการทำสัญญาร่วมทุนที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมอยู่ด้วย คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวว่าคู่กรณีในสัญญาอาจวางเงื่อนไขของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ทำให้เกิดผลเมื่อรัฐบาลของตนได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาได้ แต่วันที่สำคัญก็คือวันที่เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ซึ่งก็คือวันที่เลขาธิการ ICSID รับผิดชอบยื่นคำร้องขอใช้บริการของ ICSID นั้นประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศของผู้ลงทุนจะต้องเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเวลาที่รัฐจะต้องเป็นภาคีนั้น รัฐไม่จำเป็นต้องเป็นภาคีในขณะที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือก่อนหน้านั้น เพียงแต่จะต้องเป็นภาคีก่อนวันที่เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID หรือวันที่เลขาธิการ ICSID รับผิดชอบยื่นคำร้องขอใช้บริการของ ICSID เท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ดังนั้นหากในอนาคตประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรี แล้วแต่ยังมีได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน และมีการทำสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนที่มีข้อกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดย ICSID แล้ว หากเกิดข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวขึ้น ประเทศไทยก็อาจเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันในภายหลัง เพื่อให้ข้อพิพาทดังกล่าวสามารถใช้การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ก็ได้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นภาคีทันทีในขณะที่ทำสัญญานั้น

### เอกชนซึ่งเป็นคนชาติของรัฐอื่น

คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องเป็นเอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศ คือเป็นคนชาติของรัฐอื่น กล่าวคือมีสัญชาติของรัฐอื่นไม่ใช่เป็นบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุน เพราะหากเป็นคนในประเทศภาคีผู้รับการลงทุนและมีข้อพิพาทกัน ก็เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจรัฐที่จะจัดการเรื่องของตนเองและคนของตนเองได้ และรัฐอื่นนั้นต้องเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการส่งเสริมและขจัดปัญหาที่เกิดจากการลงทุนและเป็นการช่วยเหลือ

รัฐที่รับการลงทุนและรัฐที่มีเอกชนของตนไปลงทุนโดยให้บริการเฉพาะในกรณีของรัฐเหล่านั้นเป็นภาคีสัญญากรุงวอชิงตัน เท่านั้น

เอกชนนี้อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีความแตกต่างกันบ้างในเรื่องวันที่กำหนดสัญชาติของบุคคลสองประเภทนี้ดังนี้

1) บุคคลธรรมดา

บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติของรัฐอื่นนั้นให้พิจารณาจากทั้งวันที่คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID และในวันจดทะเบียนคำร้องขอใช้บริการของ ICSID ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 25(2) (a) ว่า

“(2) คนชาติของรัฐอื่น หมายถึง

(a) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันที่คู่กรณีได้ยินยอมเสนอข้อพิพาทดังกล่าวสำหรับการประนอมข้อพิพาท หรือการอนุญาโตตุลาการ และในวันจดทะเบียนคำร้องขอตามข้อ 28(3) หรือข้อ 36(3) แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐที่เป็นคู่ภาคีในข้อพิพาทนั้นด้วยในวันใดวันหนึ่งของวันดังกล่าว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นคนชาติของรัฐอื่นและจะเป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ ต้องเป็นคนที่สัญชาติของรัฐอื่น คือ ไม่ใช่สัญชาติของรัฐคู่กรณีผู้รับการลงทุนในสองวันดังต่อไปนี้

(1) ในวันที่คู่กรณีตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวันที่ตกลงยินยอมที่จะใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

(2) ในวันที่เลขาธิการ ICSID รับผิดชอบยื่นคำร้องขอเสนอข้อพิพาทของคู่กรณี

---

(2) “National of another Contracting State” means:

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

หากบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนในวันใดวันหนึ่งในวันดังกล่าว เช่น ในวันที่คู่กรณีทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ในวันที่จดทะเบียนคำร้องขอมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่น หรือในวันที่คู่กรณีทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการบุคคลธรรมดานั้นมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีผู้รับการลงทุนแต่ในวันที่จดทะเบียนคำร้องขอบุคคลธรรมดานั้นมีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทบุคคลธรรมดา นั้นก็ไม่สามารถเป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตไต่สวนการของ ICSID ได้ และยังถ้าในทั้งสองวันดังกล่าวบุคคลธรรมดานั้นมีสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณี บุคคลนั้นก็ไม่สามารถเป็นคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตไต่สวนการได้เช่นกัน

ในเรื่องนี้อาจไม่มีปัญหามากนักเพราะตามระเบียบของ ICSID นั้น บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นเอกชนคนชาติของรัฐอื่นมีหน้าที่ต้องแถลงว่าตนมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นในวันที่ตนเสนอข้อพิพาทต่อเลขาธิการ ICSID

อย่างไรก็ตามในกรณีที่บุคคลธรรมดานั้นมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นในทั้งสองวันดังกล่าวแล้ว แต่หลังจากเลขาธิการรับจดทะเบียนคำร้องขอใช้บริการการอนุญาตไต่สวนการของ ICSID ไปแล้วบุคคลธรรมดานั้นได้เปลี่ยนสัญชาติไปเป็นสัญชาติของรัฐภาคีผู้รับการลงทุน จะทำให้บุคคลธรรมดานั้นขาดคุณสมบัติที่จะเป็นคู่กรณีในการอนุญาตไต่สวนการของ ICSID หรือไม่ ซึ่งถ้าพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวบุคคลธรรมดาที่เป็นคู่กรณีดังกล่าวก็คงไม่ขาดคุณสมบัติ แต่ปัญหาเรื่องนี้คงยากที่จะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติเพราะรัฐผู้รับการลงทุนในรัฐตนที่ได้รับการสนับสนุนจะต้องมีฐานะทางการเงินดี และส่วนใหญ่ก็จะเป็นบริษัทขนาดใหญ่เท่านั้น ไม่ค่อยมีบุคคลธรรมดาที่ได้รับโอกาสให้เข้าเป็นคู่สัญญา

## 2) นิติบุคคล

สำหรับกรณีของนิติบุคคลนั้นจะต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐผู้รับการลงทุนเฉพาะในวันที่คู่กรณีทำสัญญาอนุญาตไต่สวนการเท่านั้น ดังที่บัญญัติในข้อ 25 (2) (b) ที่บัญญัติว่า

---

\* "any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign

“นิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นนอกจากรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันที่ คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทนั้นสำหรับการประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการ และนิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทในวันดังกล่าว แต่เพราะเหตุที่นิติบุคคลนั้น ถูกควบคุมจากต่างประเทศ คู่กรณีจึงตกลงกันให้ปฏิบัติต่อนิติบุคคลนั้นเยี่ยงคนชาติของรัฐภาคีอื่น ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากในกรณีของบุคคลธรรมดา กล่าวคือ พิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลเฉพาะในวันที่คู่กรณีตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งก็คือ วันที่คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID เท่านั้น ไม่ได้พิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลในวันที่ เลขาธิการ ICSID รับผิดชอบเขียนคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ด้วย ดังนั้น หากหากในวันที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือยินยอมใช้บริการของ ICSID แล้ว นิติบุคคลมี สัญชาติของรัฐภาคีอื่น ไม่ใช่รัฐภาคีผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทแล้ว แม้ในภายหลัง เช่น ในวันที่มีการจดทะเบียนคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID นิติบุคคลนั้นจะมี สัญชาติของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท ไม่ใช่ภาคีรัฐอื่นก็ตาม นิติบุคคลดังกล่าวก็ยังสามารรถ ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้อยู่

นอกจากนิติบุคคลจะแตกต่างจากบุคคลธรรมดาในแง่พิจารณาสัญชาติในวันที่ยินยอมให้ มีการอนุญาโตตุลาการเพียงอย่างเดียวแล้ว ข้อนี้ยังให้ ICSID มีเขตอำนาจเหนือนิติบุคคลที่มี สัญชาติของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาทด้วย ถ้าคู่กรณีได้ตกลงกันให้ปฏิบัติต่อนิติบุคคล ดังกล่าวเยี่ยงคนชาติของรัฐอื่น เพราะนิติบุคคลนั้นถูกควบคุมโดยคนต่างชาติ เช่น มีคนต่างชาติไม่ ว่าเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลถือหุ้น หรือเป็นผู้จัดการมีอำนาจบริหารงานอย่างแท้จริง

สำหรับความหมายของนิติบุคคลนั้นย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องนิติบุคคลทั่วไป ในกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ กฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติ เช่น ตาม หลักกฎหมายแพ่งของประเทศนั้น เป็นต้น

จากแนวทางคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น นิติบุคคลจะมีสัญชาติของ ประเทศใดนั้น อาจถือเกณฑ์ได้ตามหลัก 3 ประการดังต่อไปนี้

---

control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.”

- (1) หลักที่ถือเอาประเทศที่ก่อตั้งนิติบุคคลเป็นสำคัญ กล่าวคือ นิติบุคคลก่อตั้งในประเทศใดก็มีสัญชาติของประเทศนั้น
- (2) หลักที่ถือเอาประเทศที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลเป็นสำคัญ กล่าวคือ นิติบุคคลมีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศใดก็มีสัญชาติของประเทศนั้น
- (3) หลักที่ถือเอาการควบคุมโดยคนชาติเป็นสำคัญ กล่าวคือ นิติบุคคลนั้นถูกควบคุมโดยคนชาติใดก็มีสัญชาตินั้น

จากหลักเกณฑ์ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น จะเห็นว่าสัญชาติของนิติบุคคลยังคงเป็นไปตามหลักประเทศที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้งขึ้น และประเทศที่เป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในทางระหว่างประเทศ แต่ได้เพิ่มเติมหลักการควบคุมของชาวต่างชาติขึ้นเพื่อให้สัมพันธ์กับสภาพความเป็นจริงในทางเศรษฐกิจ

ในเรื่องของนิติบุคคลต่างชาติ ที่พิจารณาจากหลักการถือเอาการควบคุมโดยคนชาติเป็นสำคัญ นี้มีตัวอย่างจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ดังนี้

คดี Holidays Inns S.A. v. Morocco

ในคดีนี้รัฐบาลโมร็อกโกคัดค้านเขตอำนาจ ICSID โดยอ้างเหตุหลายประการทั้งเหตุว่า HISA ไม่ใช่บริษัทต่างชาติ เนื่องจากจดทะเบียนก่อตั้งในประเทศโมร็อกโก และไม่เคยมีการปฏิบัติต่อ HISA ในฐานะนิติบุคคลต่างประเทศ ตามข้อ 25(2) (b) คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาจากทางปฏิบัติของคู่กรณีและตัดสินว่าในทางปฏิบัติคู่กรณีได้ตกลงกันแล้วที่จะปฏิบัติต่อ HISA ในฐานะเป็นนิติบุคคลต่างชาติ ดังนั้นจึงสามารถเสนอทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ได้ และ ICSID ย่อมมีเขตอำนาจในคดีดังกล่าว

คดี Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco  
Indonesia v. Republic of Indonesia (Case No. ARB/81/1)<sup>4</sup>

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

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

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

---

<sup>4</sup> ICSID Report Volume 1, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1993 หน้า 419-508

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

จากคำตัดสินในคดีนี้เห็นว่า แม้ไม่มีกฎหมายภายในกำหนดลักษณะนิติบุคคลอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะถือหลักการควบคุมมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทของรัฐภาคีอื่นหรือไม่

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

ในคดีนี้ก็มีปัญหาส่วนหนึ่งในเรื่องสัญชาติของคู่กรณีที่เป็นนิติบุคคลเช่นกัน โดยเป็นเรื่องหลักการควบคุมโดยคนชาติอื่น ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้<sup>5</sup>

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

<sup>5</sup> ICSID Report Volume 2, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994, หน้า 343-479



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

ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการไม่ได้กล่าวถึงสัญชาติของบริษัทเลย แต่อนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่าบริษัท LETCO เป็นบริษัทต่างชาติ ไม่ใช่บริษัทของไลบีเรียเท่านั้น อันเนื่องจาก หลักการควบคุมและการเป็นเจ้าของนั่นเอง

คดี Société Quest Africaines des Béton Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal (Case No. ARB/82/1)<sup>6</sup>

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

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

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

<sup>6</sup> ICSID Report Volume 2, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994, หน้า 164-276

ลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ICSID มีเขตอำนาจเพราะบริษัท SOABI มีผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นคนปานามา และควบคุมโดยชาวเบลเยียม ซึ่งแสดงว่ามีสถานะเหมือนเป็นบริษัทต่างชาติ<sup>7</sup>

ข้อคิดที่ได้รับจากคดีนี้ก็คือ อนุญาโตตุลาการไม่ได้วินิจฉัยเรื่องสัญชาติของบริษัท SOABI แต่วินิจฉัยว่าบริษัทนี้เป็นบริษัทต่างชาติ ไม่ใช่บริษัทของสาธารณรัฐเซเนกัล

คดี Vacuum Salt Products Limited v. Ghana<sup>8</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Vacuum Salt Products และรัฐบาลกานาทำสัญญาหลายฉบับอนุญาตให้บริษัทผลิตเกลือและเหมืองเกลือในเขต Ada-Songer Lagoon ในกานาในปี ค.ศ. 1966 และมีข้อสัญญาว่าหากมีข้อพิพาทให้ระงับกันโดยกาอนุญาโตตุลาการที่ ICSID

ต่อมาทางบริษัทอ้างว่ารัฐบาลกานาผิดสัญญาดังกล่าวในปี ค.ศ. 1992 จึงขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID แต่รัฐบาลกานาปฏิเสธเขตอำนาจของ ICSID โดยอ้างว่าทางบริษัทเป็นบริษัทของกานา และไม่มีสัญญาระหว่างคู่กรณีว่าจะปฏิบัติต่อบริษัทในฐานะเป็นต่างชาติ

คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจ เพราะไม่ปรากฏว่ามีการควบคุมจากต่างประเทศ ที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างชาติ เนื่องจากผู้ถือหุ้นในบริษัทส่วนใหญ่เป็นชาวกานา แม้ในช่วงก่อตั้งจะมีชาวกรีกเป็นผู้ก่อตั้งก็ตามแต่ต่อมาก็มีการโอนหุ้นให้คนกานา และมีชาวกานาถือหุ้นถึง 80% และผู้ที่มีบทบาทที่สุดในบริษัทก็เป็นชาวกานา คือ ไม่มีการควบคุมจากต่างชาติทั้งในแง่จำนวนหุ้น และผู้ที่มีบทบาทในบริษัท<sup>9</sup>

<sup>7</sup> ICSID Report Volume 2, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994, หน้า 180-189

<sup>8</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XXI (1995), หน้า 11-34

<sup>9</sup> เพ็งอ้าง, หน้า 25-26

คดี American Manufacturing & Trading Corporation (Zaire), Inc., (AMT) v. Republic of Zaire<sup>10</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท American Manufacturing & Trading Corporation (AMT) ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันตั้งในรัฐเดลาแวร์ ซึ่งผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนอเมริกัน ได้ทำสัญญาาร่วมทุนกับรัฐบาลซาอีร์ แต่ต่อมากองกำลังทหารของซาอีร์ได้เข้าไปทำลายทรัพย์สินและอาคารอุตสาหกรรมที่ใช้ในการผลิตรถยนต์และเซลล์แบตเตอรี่และเอาสินค้าที่ผลิตแล้วรวมทั้งวัตถุดิบและวัตถุดิบอื่น ๆ ที่มีค่าไปจากอาคารนั้น และไม่มี การชดใช้ค่าเสียหาย บริษัท AMT จึงยื่นคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการต่อเลขาธิการ ICSID แต่รัฐบาลซาอีร์คัดค้านเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่า ศูนย์ไม่มีเขตอำนาจ เพราะบริษัทที่ตั้งขึ้นในประเทศซาอีร์ จึงเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน อันเป็นเรื่องภายในไม่อยู่ในขอบเขตของข้อ 25

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

<sup>10</sup> XXXVI (6) International Legal Materials 1531-1561 (November 1997).

คดี Banro American Resource, Inc. and Socit Aurifre du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of Congo (Case No. ARB/98/7)<sup>11</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Sominki ซึ่งก่อตั้งในคองโกโดยมีบริษัท Banro Resources ซึ่งเป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศแคนาดา เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ได้เข้าทำสัญญาสัมปทานการทำเหมืองกับรัฐบาลคองโกเพื่อสำรวจและพัฒนาการทำเหมืองในจังหวัด Kivu และ Maniema โดยในสัญญานี้มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น เมื่อสัมปทานใกล้จะสิ้นสุดลงบริษัท Sominki บริษัท Banro Resources และรัฐบาลคองโกได้ทำสัญญาใหม่โดยโอนสัมปทานให้กับบริษัท Sakima ซึ่งก่อตั้งขึ้นใหม่และยุบบริษัท Sominki บริษัท Banro Resources ได้กลายเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท Sakima ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1998 รัฐบาลคองโกยกเลิกกฎีกาซึ่งอนุมัติสัมปทานการทำเหมืองและการก่อตั้งบริษัท Sakima โดยอ้างว่ามีความผิดปกติในการยุบบริษัท Sominki และก่อตั้งบริษัท Sakima ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1998 บริษัท Banro Resources โอนหุ้นของบริษัท Sakima ให้กับบริษัท Banro American ซึ่งก่อตั้งในรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา อันทำให้บริษัท Banro American กลายเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากของบริษัท Sakima

บริษัท Banro Resources เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID และเรียกร้องให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ. 1998 และบริษัท Sakima ได้เข้าร่วมเป็นผู้เรียกร้อง โดยอ้างว่าการกระทำของรัฐบาลคองโกเป็นการยึดทรัพย์สินของบริษัท และต่อมาเลขาธิการ ICSID ได้รับจดทะเบียนคำร้อง

รัฐบาลคองโกได้แย้งว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องไม่มีสัญชาติของรัฐภาคีของอนุสัญญาอชิงตัน กล่าวคือ บริษัท Sakima เป็นบริษัทคองโกและถูกควบคุมโดยบริษัทแคนาดาและบริษัท Banro Resources ก็เป็นบริษัทแคนาดา ซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID เพราะแคนาดาไม่ใช่รัฐภาคีอนุสัญญาอชิงตัน

หลังจากรับฟังพยานหลักฐานคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากคู่กรณีฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนต้องเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาอชิงตัน และคู่กรณีเอกชนผู้ลงทุนต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีอนุสัญญาฯ ดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่ในคดีนี้บริษัทที่ทำสัญญา

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง 1543-1544

หรือให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของศูนย์ คือ บริษัท Banro Resource ซึ่งเป็นบริษัทแคนาดา และแม้ต่อมาจะมีการโอนหุ้นให้บริษัท Banro American ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันแต่บริษัทอเมริกันนั้นก็ยังเป็นผู้ถือหุ้นเป็นแคนาดา จึงมีการควบคุมโดยแคนาดา ส่วนบริษัท Sakima นั้นมีผู้ถือหุ้น คือ บริษัท Banro American แต่ก็ต้องมีการควบคุมโดยแคนาดา และแคนาดาไม่ใช่คู่ภาคีของอนุสัญญาวอชิงตัน

จากคดีที่ได้กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้นไม่ได้พิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจากสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียนก่อตั้งแต่เพียงอย่างเดียว แต่พิจารณาไปถึงจำนวนผู้ถือหุ้น และอำนาจในการควบคุมบริษัท นอกจากนี้ยังอาจดูถึงการปฏิบัติต่อกันอย่างนิติบุคคลต่างชาติด้วย ซึ่งในอนาคตหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรี และอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้ว ประเทศไทยจะต้องมีข้อพึงระวังในการทำสัญญากับเอกชนมากขึ้นด้วย โดยประเทศไทยจะพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจากสถานที่จดทะเบียนจัดตั้งเพียงอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องคำนึงถึงเรื่องของการควบคุมนิติบุคคลดังกล่าวด้วย เช่น หากรัฐบาลไทยทำสัญญากับเอกชนที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย แต่มีการควบคุมจากอเมริกา ดังนั้นหากเกิดข้อพิพาทด้านการลงทุนขึ้น นิติบุคคลดังกล่าวก็อาจนำข้อพิพาทขึ้นสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ โดยถือว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นเอกชนซึ่งเป็นคนชาติของสหรัฐอเมริกาด้วย

#### Ratione Materiae (ประเภทของคดีในการอนุญาโตตุลาการ)

ข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการของ ICSID พิจารณาชี้ขาดได้ อันทำให้ ICSID มีเขตอำนาจเหนือคู่กรณีและข้อพิพาทนั้นต้องเป็นข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในข้อ 25(1) คือข้อพิพาททางกฎหมายใดๆ ซึ่งเกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคีกับคนชาติของรัฐภาคีรัฐอื่นซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

---

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

### ข้อพิพาททางกฎหมาย (legal dispute)

ในบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ไม่มีคำนิยามของคำว่าข้อพิพาททางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม โดยเป็นความตั้งใจของผู้ร่างที่จะไม่ให้คำนิยามไว้ ซึ่งอาจเป็นเพราะต้องการเปิดกว้างให้ขึ้นอยู่กับกรณีความของอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี

อย่างไรก็ตาม คำว่าข้อพิพาททางกฎหมายนั้นโดยทั่วไปเป็นที่เข้าใจกันได้ว่าหมายถึงข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคล (คู่กรณี) และยังไม่เป็นที่ยอมรับกันในระหว่างคู่กรณี คือยังไม่เป็นที่ยุติ เพราะตกลงกันไม่ได้ และในกรณีนี้มีความเห็นจากรายงานแนบท้ายอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ที่คล้ายคลึงกันเพียงแต่มีรายละเอียดเพิ่มเติมว่า น่าจะหมายถึง การขัดแย้งเกี่ยวกับสิทธิภายใต้เขตอำนาจของ ICSID โดยไม่เพียงแต่ขัดแย้งเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ เช่น การไม่ปฏิบัติตามสัญญา การฝ่าฝืนสัญญา ซึ่งก็คือการผิดสัญญาการยึดทรัพย์สิน<sup>12</sup>

อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาว่า ข้อพิพาททางกฎหมายที่จะเสนอให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ต้องเป็นปัญหาข้อเท็จจริง เทานั้นหรือปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งมีข้อกฎหมายอยู่ด้วย หรือจะสามารถเสนอปัญหาข้อกฎหมาย” อย่างเดียวได้ด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ในทางปฏิบัติจะไม่มีปัญหา เพราะข้อพิพาทจะมีทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอยู่ในทุกคดี ซึ่งอนุญาโตตุลาการก็จำเป็นต้องมีอำนาจพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายด้วยเนื่องจากเป็นสิ่งจำเป็นในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและเป็นที่ยอมรับกันในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งด้าน

<sup>12</sup> IBRD, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, March 18, International Bank for Reconstruction and Development, 1, 2-3 (1965).

ปัญหาข้อเท็จจริง คือ ปัญหาที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในคดี และปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ เช่น ฝ่ายที่ถูกกล่าวหาได้มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาแล้วหรือไม่ (เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548 หน้า 228)

ปัญหาข้อกฎหมาย คือ ปัญหาที่เกี่ยวกับการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง การตีความกฎหมาย คำพิพากษา คำคู่ความ นิติกรรมสัญญา และเอกสารต่างๆ เช่น การกระทำของฝ่ายที่ถูกกล่าวหาเป็นการผิดสัญญา (เพ็งอ่าง, หน้าเดียวกัน)

การพาณิชย์และในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หากข้อพิพาทที่คู่สัญญานำเสนอ ต่อ ICSID ไม่ใช่ข้อพิพาททางกฎหมายแล้ว ICSID ก็ไม่มีเขตอำนาจ

สำหรับตัวอย่างในเรื่องข้อพิพาททางกฎหมายมีอยู่เพียงคดีเดียว คือ คดี Alcoa v. Jamaica ซึ่งมีการถกเถียงกันว่ามีข้อพิพาททางกฎหมายหรือไม่ในคดีนี้รัฐบาลจาไมกาคัดค้านเขตอำนาจของ ICSID โดยอ้างหลายสาเหตุ รวมทั้งไม่มีข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างคู่กรณี คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่ามีประเด็นข้อพิพาททางกฎหมายในระหว่างคู่กรณี เนื่องจากมีการขัดแย้งในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายและภาระหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งเป็นประเด็น เพราะ Alcoa อ้างว่าตนมีสิทธิได้รับการเก็บภาษีในอัตราต่ำ แต่รัฐบาลเรียกเก็บในอัตราสูง เป็นการละเมิดสิทธิ เพราะรัฐบาลมีภาระหน้าที่เก็บภาษีต่ำแต่ได้มีการขึ้นภาษีอันเป็นการผิดภาระหน้าที่ตามสัญญาที่ระบุไว้ในสัญญาการลงทุน แต่รัฐบาลอ้างว่ามีสิทธิเรียกเก็บในอัตราสูง จึงมีข้อพิพาทกันในเรื่องการผิดสัญญาและพันธกรณีทางสัญญาต่อผู้ลงทุนต่างชาติซึ่ง ICSID มีเขตอำนาจ ซึ่งเป็นปัญหาข้อพิพาททางกฎหมาย<sup>13</sup>

#### ข้อพิพาททางการลงทุน

นอกจาก ICSID และอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะมีเขตอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่เป็นข้อพิพาททางกฎหมายแล้ว ข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนด้วย คือต้องมีลักษณะของการลงทุน ไม่ใช่การพาณิชย์ปกติ เช่น การซื้อขาย การนำเข้า การส่งออกซึ่งสินค้า

สำหรับคำว่าข้อพิพาททางการลงทุนก็ไม่มีคำนิยามไว้เช่นเดียวกันกับข้อพิพาททางกฎหมายซึ่งเป็นความตั้งใจของผู้ร่างที่จะปล่อยให้คำดังกล่าวครอบคลุมถึงกิจกรรมเกี่ยวกับการลงทุนในอนาคต เพราะการลงทุนในอนาคตอาจมีความเปลี่ยนแปลงไปจากสมัยเดิม หากมีการให้คำนิยามไว้อาจไม่กว้างพอที่จะครอบคลุมถึงกิจกรรมทางการลงทุนในอนาคตได้ และอาจมีข้อพิพาทบางอย่างที่ควรระงับโดย ICSID แต่ไม่อยู่ในคำนิยามของคำว่าการลงทุนก็เป็นไปได้ เช่น ในสมัยเดิมลักษณะของข้อพิพาททางการลงทุนมักเป็นเรื่องการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ป่าไม้ เหมืองแร่ และน้ำมัน ในขณะที่การลงทุนสมัยใหม่อาจเป็นเรื่องการ

<sup>13</sup> Moshe Hirsch, "The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes", หน้า 58-59.

บริการการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค เช่น กิจการร่วมค้า การกู้ยืมเงิน สัญญาให้ใช้บริการ การให้เช่า การโอนเทคโนโลยีต่างๆ การธนาคาร และการบริการอื่นๆ

จากคดีที่เกิดขึ้นการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID นั้นมีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนในเรื่องต่างๆ กล่าวคือ การสำรวจและการแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับน้ำมัน สัมปทานปิโตรเลียม กิจการจัดจำหน่ายและผลิตภัณฑ์น้ำมัน การผลิตและจำหน่ายแก๊สธรรมชาติ โครงการเชื้อเพลิงเคมี การตัดแปลงและดำเนินการเรือหาปลา กิจการกสิกรรม กิจการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ เช่น ฟาร์มเลี้ยงกุ้ง กิจการโรงงานยาสูบ และคลังสินค้า โครงการพัฒนาการท่องเที่ยว การผลิตเส้นใยและสิ่งทอ กิจการผลิตขวดพลาสติก การผลิตแบตเตอรี่รถยนต์ กิจการก่อสร้างโรงพยาบาล ก่อสร้างและดำเนินงานโรงงานปุ๋ย การปรับโครงสร้างศูนย์การบริหารและที่พักอาศัย การสร้างบ้านสำหรับผู้มีรายได้ต่ำ กิจการร่วมค้าเพื่อสร้างและบริหารโรงแรม สัญญาให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค และให้สิทธิในการผลิตอาวุธ การดำเนินกิจการสาขาของธนาคาร

จากตัวอย่างในคดีต่างๆ ดังกล่าวนั้น จะเห็นว่ามีได้หลายรูปแบบและมีความหลากหลายมาก

อย่างไรก็ตามในขณะที่ประเทศต่างๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน อาจกำหนดลักษณะหรือประเภทของข้อพิพาทที่จะเสนอไปยัง ICSID อย่างชัดเจนได้ว่าจะเสนอข้อพิพาทลักษณะใดหรือไม่เสนอข้อพิพาทในลักษณะใดต่อ ICSID (ข้อ 25(4)) โดยอาจเสนอในเวลาใดก็ได้ เช่น ในช่วงให้สัตยาบัน (ratification) การให้การยอมรับ (acceptance) การให้ความเห็นชอบ (approval) อนุสัญญาฯ หรืออาจในช่วงหลังจากนั้น แต่น่าจะต้องทำก่อนที่จะมีข้อพิพาทหรือก่อนหน้าที่คาดว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และเลขานุการจะแจ้งประเภทของข้อพิพาทดังกล่าวให้รัฐภาคีอื่นทราบโดยทันทีดังนี้

“ในเวลาที่มีการให้สัตยาบัน การยอมรับหรือให้ความเห็นชอบอนุสัญญานี้ หรือในเวลาใดหลังจากนั้น รัฐภาคีอาจแจ้งต่อ ICSID ถึงประเภทของข้อพิพาทประเภทใดประเภทหนึ่ง หรือหลายประเภทที่ตนจะพิจารณาหรือไม่พิจารณาให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ICSID ให้เลขานุการส่งการ



แจ้งเช่นนั้นให้รัฐภาคีทั้งหมดทราบ การแจ้งดังกล่าวไม่ถือเป็นการให้ความยินยอมตามความใน (1)”

รัฐภาคีหลายรัฐได้ตั้งข้อสงวน เช่น ประเทศดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

ประเทศกานาและจาไมกาตั้งข้อสงวนในเรื่องแร่ธาตุและทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ ว่าไม่ให้อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID ดังนั้นรัฐบาลทั้งสองประเทศนี้จะไม่เสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่อ ICSID ทำการอนุญาโตตุลาการ

ประเทศซาอุดีอาระเบียตั้งข้อสงวนในเรื่องน้ำมันและการกระทำเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยไม่ให้อยู่ในเขตอำนาจของ ICSID ดังนั้นจะมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อเสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่อ ICSID ไม่ได้ หากทำไปย่อมใช้บังคับไม่ได้

ในบางคดีที่มีการเสนอคำร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการต่อ ICSID นั้น ฝ่ายที่ถูกกล่าวหาคัดค้านอำนาจ ICSID โดยอ้างว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจ เพราะข้อพิพาทที่เสนอต่อ ICSID นั้นไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน เช่นในคดีดังต่อไปนี้

#### คดี Amco v. Indonesia

คดีนี้มีการกล่าวอ้างจากรัฐบาลอินโดนีเซียว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน เพราะข้อกล่าวอ้างที่ว่ากองทัพอินโดนีเซีย และกองกำลังตำรวจจับได้ Amco Indonesia ออกจากประเทศอินโดนีเซียนั้นหากเป็นจริงก็เป็นเรื่องที่เกิดความรับผิดชอบระหว่าง

---

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

<sup>14</sup> Moshe Hirsch, “The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes”, หน้า 61.

ประเทศ ซึ่งไม่ใช่เรื่องข้อพิพาททางการลงทุน แต่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าว และเห็นว่าเป็นข้อพิพาททางการลงทุน เนื่องจากการกระทำของรัฐโดยผ่านข้าราชการ คือ ทหาร และตำรวจ เกิดขึ้นเนื่องจากมีความขัดแย้งตามพันธกรณีของรัฐที่มีต่อผู้ลงทุนต่างชาติจึงเป็นข้อพิพาททางการลงทุน<sup>15</sup>

คดี Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS. v. The Slovak Republic

คดีนี้มีปัญหาข้อโต้แย้งประการหนึ่งว่าศูนย์ไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากฝ่ายสโลวักเห็นว่าข้อพิพาทที่เสนอให้มีการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุน เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน แต่ฝ่ายบริษัท Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS. เห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการพัฒนาการทางเศรษฐกิจ ซึ่งอยู่ในความหมายของคำว่าการลงทุน ซึ่งหมายถึงการกระทำใดๆ ที่ทำให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คำว่าการลงทุนนั้นไม่มีคำนิยามไว้ในอนุสัญญาของซิงตัน ดังนั้นเจตนาของผู้ร่างน่าจะต้องการให้มีความหมายกว้างมากกว่าความหมายแคบ ซึ่งน่าจะหมายถึงการกระทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ทำให้เกิดความร่วมมือเพื่อพัฒนาการทางเศรษฐกิจระหว่างเอกชนผู้ลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน แต่ถ้าประเทศภาคีผู้รับการลงทุนไม่ประสงค์จะให้คำว่าการลงทุนมีความหมายกว้างก็สามารถที่จะประกาศว่าคำว่าการลงทุนตามบทบัญญัติข้อ 25 แห่งอนุสัญญารองวอชิงตัน ว่าจะมีความหมายอย่างไร หรือจะจำกัดความหมายก็ย่อมได้ และในกรณีนี้รัฐบาลสโลวักไม่เคยประกาศจำกัดความหมายของคำว่าการลงทุนเลย และสัญญาฉบับนั้นก็ทำขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการกู้ยืมเงินใหม่ของบริษัทเรียกเก็บหนี้ ซึ่งเท่ากับจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายให้กับ บริษัท CSOB เพราะได้รับโอนหนี้จากบริษัท CSOB และวัตถุประสงค์ในการกระทำดังกล่าวก็เพื่อให้จะได้มีเงินชดเชยความเสียหายของบริษัทเรียกเก็บหนี้และจะมีผลเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศสโลวักได้ เนื่องจากการทำให้บริษัทเรียกเก็บหนี้ของสโลวักสามารถเก็บหนี้ได้นั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับการพัฒนากิจกรรมของธนาคารในสโลวักและทำให้เป็นการลงทุนใน



<sup>15</sup> ICSID Report Volume I, หน้า 404-405.

ความหมายของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน และสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐ เชีคและสโลวักแล้ว ดังนั้น ICSID จึงมีเขตอำนาจพิจารณาชี้ขาดคดีนี้<sup>16</sup>

แม้ข้อพิพาทที่เสนอต่อ ICSID จะเป็นข้อพิพาททางการลงทุนแต่ถ้าได้มีการตั้งข้อสงวนไว้ แล้ว ICSID ก็ย่อมไม่มีอำนาจและคู่กรณีจะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทนั้นมิได้ แต่ การตั้งข้อสงวนนั้นต้องตั้งก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วหรือคาดได้ว่า น่าจะมีปัญหาเกิดขึ้นเพราะการกระทำของรัฐภาคีผู้รับการลงทุน รัฐดังกล่าวจะตั้งข้อสงวนว่าข้อ พิพาทนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศูนย์ไม่ได้ เช่นตัวอย่างดังนี้

#### คดี Alco v. Jamaica

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่ารัฐบาลจาไมกาได้ประกาศเก็บภาษีในอัตราใหม่ที่สูงขึ้นกว่าเดิม และมากกว่าที่เคยตกลงกันไว้ในสัญญาทางการลงทุนระหว่างบริษัท Alco กับรัฐบาลจาไมกา ซึ่ง ทำให้เกิดปัญหาพิพาทขึ้นระหว่างคู่สัญญาดังกล่าว แต่ก่อนประกาศขึ้นภาษีและคาดได้ว่าจะมีข้อ พิพาทระหว่างรัฐบาลกับผู้ลงทุนต่างชาติ รัฐบาลจาไมกาได้แจ้งต่อ ICSID ว่าข้อพิพาททางการ ลงทุนเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของจาไมกาจะไม่ตกอยู่ภายใต้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID ซึ่งไม่สามารถทำได้และไม่ผูกพัน ICSID<sup>17</sup>

### 3.2.3 รูปแบบของการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

รูปแบบของการยอมรับเขตอำนาจหรือหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นอาจอยู่ ในรูปแบบใดก็ได้ เนื่องจากการกำหนดว่าจะต้องทำเป็นหนังสือ แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องมี หลักฐานของความยินยอมนั้นที่เห็นได้ชัดเจนว่ามีการตกลงกัน หรือความยินยอมที่จะใช้การ อนุญาโตตุลาการของ ICSID

<sup>16</sup> จาก <[http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob\\_decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob_decision.pdf)>, February 7, 2006

<sup>17</sup> Moshe Hirsch, "The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes", หน้า 60.

ความยินยอมอาจอยู่ในรูปของข้อตกลงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือในข้อตกลงการลงทุน หรือเป็นข้อตกลงแยกต่างหากจากที่จะเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID ระหว่างคู่กรณี ได้รับความยินยอมของทั้ง 2 ฝ่ายอาจอยู่ในเอกสารเดียวกัน หรืออยู่ในเอกสารคนละแผ่นกันก็ได้ เช่น อาจอยู่ในการแลกเปลี่ยนจดหมาย หรือความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนอาจอยู่ในกฎหมายการลงทุนหรือกฎหมายอื่นๆ ที่ระบุว่าจะระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดย ICSID หรือในสนธิสัญญาการลงทุนที่ระบุว่าจะระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และความยินยอมของเอกชนผู้ลงทุนในการตอบสนองว่าจะระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID อาจอยู่ในรูปของหนังสือแจ้งว่าจะขอใช้บริการระงับข้อพิพาทกับ ICSID (คำร้องขอใช้บริการต่อศูนย์)

สำหรับตัวอย่างในเรื่องความยินยอมของคู่กรณีพิพาทหรือคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการมี ตัวอย่างในคดีที่เกี่ยวข้องดังนี้

คดี South Pacific Properties (Middle East) Ltd. And South Pacific Properties Ltd. (Hong Kong) v. The Arab Republic of Egypt (Case No. ARB/84/3)<sup>18</sup>

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

ต่อมาได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นและฝ่ายบริษัทกลุ่ม South Pacific Properties ได้ยื่นคำร้องขอใช้บริการของ ICSID รัฐบาลอียิปต์คัดค้านว่าไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการและไม่เคยให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนเองมีอำนาจ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายการลงทุนต่างประเทศของอียิปต์มีข้อความว่า ประเทศอียิปต์ยินยอมที่จะระงับข้อพิพาททางการลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในส่วนของรัฐบาลอียิปต์แล้ว ในส่วนของบริษัทนั้น การตกลงหรือความยินยอมมีอยู่ในจดหมายที่บริษัทมิไปถึงรัฐมนตรี

<sup>18</sup> ICSID Reports Volume 2, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1994) หน้า 45-78

กระทรวงการทองเที่ยวก่อนที่จะเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการโดย ICSID และการที่ทำคำขอใช้บริการของอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น ก็เป็นการยอมรับเขตอำนาจของ ICSID เช่นกัน<sup>19</sup>

ในคดีนี้ได้มีกฎหมายภายในระดับ ผลของมันก็คือ อียิปต์มีกฎหมายภายในแสดงเจตนาชัดเจนที่จะเข้าผูกพัน ICSID แล้ว หรืออีกนัยหนึ่งคือเป็นการยอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID

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

ผู้ร้อง AAPL บริษัทฮ่องกงได้เข้าทำสัญญากับประเทศศรีลังกาเพื่อร่วมลงทุนทำฟาร์มเลี้ยงกุ้งในศรีลังกา แต่ในสัญญาร่วมลงทุนไม่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ต่อมาเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลศรีลังกากับบริษัทดังกล่าว บริษัทอ้างว่ารัฐบาลศรีลังกาผิดสัญญาร่วมลงทุน และได้ร้องขอให้มีการใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID รัฐบาลศรีลังกาคัดค้านโดยอ้างเหตุผลหลายประการ โดยเหตุผลหนึ่งก็คือรัฐบาลไม่เคยให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID

ในข้อเท็จจริงดังกล่าวอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าตนมีเขตอำนาจ เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลศรีลังกาได้ให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจ ICSID แล้ว โดยอยู่ในข้อ 8 (1) แห่งสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุนระหว่างศรีลังกากับอังกฤษ<sup>20</sup>

ในคดีนี้จะเห็นว่าการยอมรับเขตอำนาจอาจปรากฏในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนก็ได้ เพราะศรีลังกาแสดงเจตนาชัดเจนในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนว่าหากเกิดข้อพิพาท ทางการลงทุนจะให้การระงับข้อพิพาทโดย ICSID

คดี MAT v. Zaire

ในคดีดังกล่าวมีประเด็นในเรื่องความยินยอมอยู่ว่ารัฐบาลซาอีร์ได้ให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID หรือไม่ ซึ่งในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่า ICSID มีเขตอำนาจ

<sup>19</sup> เฟิงฮ้าง, หน้า 105

<sup>20</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XVII 150-110 (1992), หน้า 107-110

เพราะรัฐบาลซาอีร์ได้ให้ความยินยอมแล้วโดยอยู่ในสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างซาอีร์และสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1984 ข้อ 7 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า คู่กรณีแต่ละฝ่ายยินยอมเสนอข้อพิพาททางการลงทุนต่อ ICSID เพื่อการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการที่ผูกพัน และบริษัท MAT ก็ได้เลือกใช้การอนุญาโตตุลาการที่ ICSID และขอใช้ตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาอันเป็นการแสดงความยินยอมตามสนธิสัญญาแล้ว<sup>21</sup>

ในคดีนี้ ก็เช่นเดียวกับคดีก่อน โดยในคดีนี้ซาอีร์ได้แสดงเจตนายอมรับเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเช่นกัน

#### คดี Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi

บริษัท AFFIMET ก่อตั้งในบรุนดีเพื่อทำการผลิตและจำหน่ายโลหะมีค่า ซึ่งมีผู้ลงทุนชาวเบลเยียม 6 คนเป็นเจ้าของ ได้รับใบอนุญาตให้ทำการค้าโดยปลอดภาษีเมื่อปี ค.ศ. 1993 กล่าวคือได้รับสิทธิประโยชน์จากการได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีสรรพากร และภาษีศุลกากร ต่อมา 2 ปีให้หลังบรุนดีถอนใบอนุญาตด้วยสาเหตุที่ว่าระบบการปลอดภาษีไม่ใช้กับบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการขุดและการขายแร่อีกต่อไป ผลจากการถอนใบอนุญาตทำให้เอกชนเบลเยียมขาดทุน นาย Antoine Goetz และนักลงทุนชาวเบลเยียมอีก 5 คนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท AFFIMET จึงนำข้อพิพาทขึ้นสู่ ICSID ตามข้อตกลงที่ยินยอมว่าจะมีการใช้บริการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1995 และได้มีการจดทะเบียนคำร้องโดยเลขอาธิการของ ICSID เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1995

บรุนดีไม่ได้อ้างว่า ICSID ไม่ได้มีเขตอำนาจในคดีนี้เพราะไม่ได้มีการทำสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการว่าจะระงับข้อพิพาทโดย ICSID แต่อย่างใด เพราะข้อตกลงนี้อยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนระหว่างสหภาพเศรษฐกิจเบลเยียม-ลักเซมเบิร์ก และบรุนดี

ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีได้ตกลงประนีประนอมยอมความกัน คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินใจว่าจะไม่ทำคำชี้ขาด แต่จะตัดสินในเรื่องความรับผิด ในวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1998 คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าการถอนใบอนุญาตการได้รับการยกเว้นภาษีมีผลเท่ากับการริบทรัพย์สินตามข้อ 4 ของสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนฯ ดังกล่าวแล้ว ใน

<sup>21</sup> International Legal Materials 1531-1561 (November 1997), หน้า 1545

ฐานะที่เป็นมาตรการที่เอาไปหรือจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการระบุว่า บรูไนจะต้องรับผิดชอบเมื่อไม่ได้ให้คำคืนใหม่ทดแทนอย่างเพียงพอต่อผู้ลงทุนภายใน 4 เดือนนับแต่มีคำตัดสิน หรือบรูไนสามารถให้ใบอนุญาตนใหม่กับบริษัท AFFIMET

ในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1998 ได้มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความระหว่างคู่กรณีเพื่อชดเชยค่าเสียหายให้กับบริษัท AFFIMET ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีสรรพากร และภาษีศุลกากร เป็นเงินเกือบ 3 ล้านเหรียญสหรัฐ และก่อตั้งระบอบการปลดภาษีสำหรับบริษัท คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้สัญญาประนีประนอมยอมความเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงของคู่กรณีและชี้ขาดว่าคู่กรณีควรจะช่วยกันออกค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้บริการของ ICSID

ในคดีนี้อนุญาโตตุลาการได้แสดงให้เห็นว่า มีการยอมรับเขตอำนาจของการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยแสดงเจตนาชัดแจ้งว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก จะต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการของ ICSID

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

ธนาคาร Ceskoslovenska Onchodni Banka, AS. (CSOB) ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของสาธารณรัฐเช็กได้ทำสัญญาปรับปรุงกิจการทางการเงินของธนาคารกับกระทรวงการคลังของสาธารณรัฐเช็กและกระทรวงการคลังของสาธารณรัฐสโลวัก เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1993 เพื่อแปรรูปธนาคาร CSOB และการประกอบกิจการในสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก หลังจากที่มีการแบ่งแยกประเทศเช็กโกสโลวาเกียเป็นสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก โดยระบุให้โอนหนี้เงินกู้ที่ยังไม่ได้ชำระของบุคคลต่างๆ ที่มีอยู่กับธนาคาร CSOB ให้กับบริษัทบริหารหนี้ 2 แห่งที่ตั้งขึ้น ซึ่งแห่งหนึ่งอยู่ในสาธารณรัฐเช็กและอีกแห่งหนึ่งอยู่ในสาธารณรัฐสโลวัก บริษัท 2 แห่งดังกล่าวต้องจ่ายเงินสำหรับหนี้ที่โอนให้กับธนาคาร CSOB แต่บริษัทจะได้รับเงินทุนที่จำเป็นจากธนาคาร CSOB ตามสัญญาที่ยืม

ต่อมาได้มีการกระทำที่บริษัทอ้างว่าผิดสัญญา และในวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1997 ธนาคาร CSOB ได้ยื่นคำร้องขอบริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยขอให้สาธารณรัฐสโลวักรับผิดชอบข้อพิพาทเกี่ยวกับการแปรรูปธนาคาร CSOB ซึ่งเลขานุการ ICSID ได้จดทะเบียนคำร้องในวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1997

ในคดีนี้มีปัญหาเรื่องเขตอำนาจของ ICSID โดยสาธารณรัฐสโลวักได้โต้แย้งเบื้องต้นว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจด้วยเหตุผลหลายประการ และเหตุประการหนึ่งคือ ไม่มีความยินยอมของฝ่ายสาธารณรัฐสโลวัก เพราะไม่เคยมีการทำสัญญาอนุญาตตุลาการว่าจะเสนอข้อพิพาทจากการแปรรูปธนาคาร CSOB ให้คณะอนุญาโตตุลาการของ ICSID พิจารณาชี้ขาด ดังนั้นในคดีนี้จึงมีปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับความยินยอมของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายว่ามีหรือไม่มีและจำเป็นต้องอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันหรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณาปรากฏว่า มีความยินยอมของคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายแต่ความยินยอมนั้นไม่ได้อยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันกล่าวคือ ความยินยอมของฝ่ายเอกชนคือธนาคาร CSOB นั้นอยู่ในคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และความยินยอมของฝ่ายรัฐนั้นอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนระหว่างสาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐสโลวัก คณะอนุญาโตตุลาการจึงชี้ขาดว่า ICSID มีเขตอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทคดีนี้

คดีนี้เป็นเรื่องการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยมีเงื่อนไข ภายหลังเมื่อเงื่อนไขนั้นได้เกิดขึ้นก็จะเท่ากับว่าเวเนซุเอลายอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

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

ในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1996 บริษัท Autopista Concessionada de Venezuela, C.A. (AUCOVEN) เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายเวเนซุเอลา แต่ในขณะนั้นบริษัท AUCOVEN เป็นบริษัทที่ถูกควบคุมโดยบริษัทสาขาเม็กซิกันของบริษัท ICA ได้ทำสัญญาสัมปทานกับกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานของเวเนซุเอลา เพื่อก่อสร้างและบำรุงรักษาทางด่วน / สาย โดยมีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการรวมอยู่ด้วย ต่อมาบริษัท AUCOVEN ยื่นคำขอโอนหุ้นจำนวน 75% ของบริษัท AUCOVEN ให้กับบริษัท ICATECH ซึ่งชาวอเมริกันเป็นเจ้าของต่อกระทรวงโครงสร้างพื้นฐานของเวเนซุเอลา และเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1998 บริษัท AUCOVEN ก็ได้รับอนุญาตให้โอนหุ้นดังกล่าว

ต่อมาได้มีปัญหาพิพาทที่เกิดจากสัญญาสัมปทานดังกล่าว และในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2000 บริษัท AUCOVEN ได้ยื่นคำร้องขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID โดยเรียกร้องให้เวเนซุเอลารับผิดชอบตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน ค.ศ. 1996 และ



ในวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2000 เลขาธิการ ICSID ได้รับจดทะเบียนคำร้องขอและเชื้อเชิญให้ คู่กรณีตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

หลังจากมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว เวเนซุเอลาโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจของ ICSID โดยเน้นบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ข้อ 25 (2) (b) ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจในคดีนี้ เพราะบริษัท AUCOVEN ถูกควบคุมโดยบริษัท ICA ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายเม็กซิกัน และดังนั้นบริษัท AUCOVEN จึงไม่สามารถขอให้มีการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ได้ เนื่องจากเม็กซิโกไม่ได้เป็นประเทศภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน นอกจากนี้เวเนซุเอลาอ้างว่า ประเทศของตนไม่ได้ปฏิบัติต่อบริษัท AUCOVEN ในฐานะเป็นคนชาติของสหรัฐอเมริกา ส่วนบริษัท AUCOVEN นั้นอ้างว่าความยินยอมของเวเนซุเอลาในการใช้บริการ ICSID อยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขว่าจะเกิดผลเมื่อผู้ถือหุ้นของบริษัท AUCOVEN กลายเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน อันเป็นความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID แล้ว

ในการทำคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 2001 คณะอนุญาโตตุลาการยืนยันว่า ICSID มีเขตอำนาจในข้อพิพาทดังกล่าวด้วยเหตุผลว่า การเลือกของคู่กรณีในการทำสัญญาเสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยบริษัท AUCOVEN ซึ่งถูกควบคุมจากต่างประเทศแต่มีการวางเงื่อนไขว่าจะเกิดผลเมื่อผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท AUCOVEN กลายเป็นคนชาติของประเทศภาคีดังกล่าว นั้นมีเหตุผลแล้ว และเห็นว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวใช้บังคับได้

คณะอนุญาโตตุลาการตั้งข้อสังเกตว่า อนุสัญญาไม่ได้ต้องการรูปแบบของข้อตกลงตามข้อ 25 (2) (b) อย่างเจาะจงที่เกี่ยวกับการควบคุมจากต่างชาติ แต่เป็นเรื่องคู่กรณีจะตกลงกันหรือเห็นพ้องกันว่าอย่างไรเป็นการควบคุมจากต่างชาติ คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจยอมรับการให้คำนิยามที่จำกัดในเรื่องการควบคุมจากต่างชาติ เว้นแต่คู่กรณีได้ใช้ดุลยพินิจในทางที่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

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

ในคดีนี้บริษัท Tradex Hellas S.A. ที่ตั้งขึ้นในประเทศกรีซ ได้ทำสัญญากิจการร่วมทุนทางการเกษตรกับบริษัท T.B. Torovitsa บริษัทที่ทำการค้าของรัฐอัลเบเนีย โดยจะทำการเกษตร

ทั้งปลูกพืชและเลี้ยงสัตว์ ตลอดจนทำผลิตภัณฑ์จากพืชและสัตว์และขายเป็นการค้า ในวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1992

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

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

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

ในคดีนี้ ความยินยอมอยู่ในกฎหมายภายในของอัลเบเนีย อันได้แก่กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ ค.ศ. 1993 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวกำหนดว่าหากมีการยึดทรัพย์สินในการลงทุนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID

การให้ความยินยอมนี้อาจมีปัญหว่าต้องให้เมื่อใด ซึ่งในเรื่องนี้ก็เคยมีคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการของ ICSID ตัดสินไว้แล้วว่าในส่วนของรัฐผู้รับการลงทุนนั้นอาจให้ได้แม้ก่อนที่รัฐเข้าเป็นภาคีเพียงแต่ในช่วงที่มีการจดทะเบียนคำร้องขอเข้าใช้บริการ ICSID รัฐผู้รับการลงทุน

จะต้องเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้ว (Holidays Inns v. Morocco)<sup>22</sup> ส่วนในกรณีของเอกชนนั้นความยินยอมให้เมื่อไรก็ได้แต่อย่างน้อยต้องอยู่ในช่วงเวลาที่ทำคำร้องขอเพื่อใช้บริการอนุญาโตตุลาการของ ICSID

ความยินยอมที่จะใช้บริการของ ICSID นี้ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ ซึ่งก็เป็นหลักการเช่นเดียวกับกรณีของการทำสัญญาทั่วไปที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอเลิกสัญญาโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมและไม่มีเหตุผลที่จะเลิกสัญญาไม่ได้ และลักษณะของข้อตกลงที่จะใช้บริการของ ICSID ก็เป็นสัญญาอย่างหนึ่งด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีคดีของ ICSID ดังนี้

คดี Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica (Case No. ARB/74/2)

คดีดังกล่าวมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่าง Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. บริษัทอเมริกันและรัฐบาลจาไมกา ที่ให้บริษัทรับก่อสร้างโรงงานอลูมิเนียมด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทเอง แต่รัฐบาลจะให้ประโยชน์ด้านภาษีและอนุญาตให้บริษัทเช่าเหมืองบอกไซต์เป็นระยะเวลานาน 25 ปี ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย

ในปี ค.ศ. 1974 รัฐบาลจาไมกาเก็บภาษีการทำเหมืองแร่บอกไซต์ ซึ่งบริษัทเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนสัญญา ดังนั้นในปี ค.ศ. 1978 บริษัทจึงยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ ICSID เพื่อขอใช้บริการอนุญาโตตุลาการ รัฐบาลจาไมกาคัดค้านโดยอ้างเหตุผลหลายประการรวมทั้งเรื่องที่ว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจเพราะได้มีการถอนความยินยอมแล้วหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่า ICSID มีเขตอำนาจเพราะการจะถอนความยินยอมจะทำโดยคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้ ต้องทำโดยคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย<sup>23</sup>

แต่ในทางกลับกันหากไม่มีความยินยอมที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID แล้ว ICSID และอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังเช่นในคดีของ

---

<sup>22</sup> Moshe Hirsch, "The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes", (The Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1993), หน้า 72

<sup>23</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 50

SGS Socit General de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (Case No. ARB/01.13) ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

บริษัท SGS ซึ่งเป็นบริษัทในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้ทำสัญญากับสาธารณรัฐปากีสถานเมื่อวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1994 เพื่อให้บริการตรวจสอบสินค้าก่อนนำสินค้าลงเรือจากต่างประเทศเข้าในประเทศปากีสถานอันจะเป็นการประกันว่าสินค้าเหล่านั้นได้มีการแบ่งแยกอย่างถูกต้องสำหรับการจัดเก็บภาษีอากรและภาษีศุลกากร ซึ่งจะเป็นการเพิ่มเงินตราและยกระดับฐานะเศรษฐกิจการคลังของประเทศ และในสัญญานี้มีข้อสัญญาอนุญาตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการอนุญาตตุลาการในปากีสถาน

สัญญาดังกล่าวมีผลบังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1995 โดยมีอายุของสัญญา 5 ปี และสามารถต่ออายุไปได้โดยอัตโนมัติถ้าไม่มีฝ่ายใดบอกเลิกสัญญา และปากีสถานก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาหลังจากมีการประเมินผลของการทำงานของบริษัท SGS แต่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเวลา 3 เดือนก่อนบอกเลิกสัญญา และหลังจากครบกำหนดสัญญาและการประเมินผลของการทำงานของบริษัท SGS คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้แต่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นเวลา 3 เดือนก่อนเลิกสัญญา

หลังจากที่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญาไปชั่วระยะเวลาหนึ่ง ต่อมาได้มีปัญหาพิพาทกันว่าฝ่ายใดผิดสัญญา และในวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1996 รัฐบาลปากีสถานบอกกล่าวแก่บริษัท SGS ว่าสัญญาดังกล่าวหมดอายุตั้งแต่วันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1997 แต่บริษัท SGS อ้างว่าการกระทำของปากีสถานเป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่ถูกต้อง

ฝ่ายปากีสถานอ้างว่าบริษัท SGS ปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องจึงเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการในปากีสถาน เนื่องจากฝ่ายบริษัท SGS ผิดสัญญา ส่วนฝ่ายบริษัท SGS เสนอข้อพิพาทต่อ ICSID โดยอ้างสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนระหว่างสวิตเซอร์แลนด์กับปากีสถานซึ่งครอบคลุมถึงการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสนธิสัญญาและที่เกิดจากสัญญา

หลังจากที่เริ่มการอนุญาตตุลาการโดย ICSID ไม่นานนัก บริษัท SGS ร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาโดยให้หยุดการอนุญาตตุลาการในปากีสถาน ในขณะที่ปากีสถานก็ได้แย้งเรื่องเขตอำนาจของ ICSID โดยอ้างว่าการอนุญาตตุลาการในปากีสถานเป็น

สิ่งที่ถูกต้องสำหรับการระงับข้อพิพาทในคดีนี้ เพราะข้อพิพาทเกิดจากสัญญาและสัญญาก็มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในปากีสถาน

คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่า ICSID มีเขตอำนาจในกรณีที่ข้อเรียกร้องมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุน แต่ไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อเรียกร้องที่อยู่ภายใต้สัญญาของคู่กรณี ดังนั้น ในคดีนี้ ICSID และคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจสำหรับข้อเรียกร้องที่เสนอโดยบริษัท SGS ซึ่งอ้างว่ามีการผิดสัญญาดังกล่าวซึ่งไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนสนธิสัญญาทวิภาคีทางการลงทุนแต่อย่างใด

จากคำตัดสินต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการของ ICSID ที่ได้ยกมานี้จะเห็นได้ว่าความยินยอมที่จะให้การอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น อยู่ในรูปแบบใดก็ได้ ซึ่งการระงับข้อพิพาทในความตกลงเขตการค้าเสรีจะเป็นหนึ่งในรูปแบบของความยินยอมหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรี ประเทศไทยจะมีพันธกรณีอย่างไรบ้างนั้น จะต้องพิจารณาจากข้อ 15.3<sup>3</sup> ของข้อบทการลงทุนตามความตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อเวลาผ่านพ้นไป 6 เดือนตั้งแต่ได้ยกข้อเรียกร้องขึ้น ผู้ร้องอาจนำข้อเรียกร้องตามวรรคหนึ่งขึ้นสู่

(a) การอนุญาโตตุลาการของ ICSID หากทั้งผู้ถูกร้อง และรัฐภาคีที่ไม่ใช่คู่พิพาทต่างก็เป็นภาคีของ ICSID

(b) การอนุญาโตตุลาการของ ICSID Additional Facility Rules หากผู้ถูกร้อง หรือรัฐภาคีที่ไม่ใช่คู่พิพาท ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นภาคีของ ICSID

(c) การอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL

---

<sup>3</sup> 3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1 :

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

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

(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or

(d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.

(d) หากผู้ร้องและผู้ถูกร้องตกลงกันให้ใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น หรือภายใต้กฎระเบียบการอนุญาโตตุลาการอื่น"

กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าตามข้อ 15 ประเทศไทยเรายอมรับที่จะต้องไป ICSID หรือไม่ แม้ในสัญญาการลงทุนที่เป็น State Contract ดังกล่าวไม่ได้เขียนเรื่องการระงับข้อพิพาทไว้ในสัญญาก็ตาม แต่คู่กรณีทั้ง 2 ก็ต้องกระทำการตามกระบวนการนี้ เป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ซึ่งการระงับข้อพิพาทนี้ได้พูดถึงวิธีการของ ICSID แต่การใช้ ICSID มันผูกพันเราหรือไม่ในที่จะรับเขตอำนาจ ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อบทนี้ได้เขียนเตรียมไว้สำหรับกรณีที่ไม่ได้เป็นภาคีของ ICSID ไว้ด้วย โดยได้กำหนดไว้ใน (b) หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวเป็นภาคี ICSID ไม่ว่าจะฝ่ายเอกชนหรือฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม ก็ให้ใช้กระบวนการของ ICSID Additional facility rules ไป ซึ่งในกรณีนี้จะต่างจาก (a) ซึ่งเป็นกรณีที่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายเป็นภาคี ICSID โดยถือว่าทั้ง 2 ฝ่ายยอมรับเขตอำนาจของ ICSID แล้วโดยชัดเจน ดังนั้นในปัจจุบันการที่สหรัฐอเมริกาเป็นภาคีของ ICSID แต่ประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคี ICSID หากเกิดข้อพิพาทก็ต้องอาศัยกระบวนการของ ICSID Additional facility rules เพราะการที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรีฯ นี้ ไม่ได้เป็นการยอมรับเขตอำนาจของ ICSID ของรัฐบาลไทยแต่อย่างใด เพราะการที่ประเทศไทยจะยอมรับเขตอำนาจของ ICSID ได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ประเทศไทยต้องเข้าเป็นภาคีของ ICSID แล้วเท่านั้น ซึ่งสถานะในปัจจุบันประเทศไทยเพียงแค่ลงนามในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ตั้งแต่เมื่อเดือน ธันวาคม พ.ศ. 2528 ซึ่งหลังจากนั้นก็มิได้มีการให้สัตยาบันแก่การลงนามเพื่อเข้าภาคยานุวัติต่ออนุสัญญา ดังกล่าวแต่อย่างใด

ดังนั้นหากในอนาคตประเทศไทยเข้าเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้แล้ว ก็ย่อมไม่เป็นการยอมรับหรือยินยอมที่จะให้การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID แล้วโดยปริยาย เพราะการที่ประเทศไทยลงนามผูกพันในความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยแสดงเจตนายอมรับเขตอนุญาโตตุลาการของ ICSID เพราะในข้อบทการลงทุนดังกล่าวได้ให้ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ไม่ใช่การบังคับว่าต้องใช้การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID เท่านั้น คู่กรณีย่อมมีสิทธิที่จะตกลงกันเรื่อง การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอื่นได้

### 3.2.4 ผลของการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

เมื่อมีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือให้ความยินยอมต่อเขตอำนาจของ ICSID แล้ว สัญญาหรือความยินยอมดังกล่าวย่อมผูกพันคู่สัญญาหรือคู่กรณีในข้อพิพาทนั้นให้ต้องระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดย ICSID เท่านั้น คู่กรณีจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นไม่ได้ โดยผูกพันคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายดังนี้

#### ผลต่อคู่กรณีฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุน

รัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ใช้การเยียวยาอื่นตามข้อ 26<sup>\*</sup> ของอนุสัญญากรุงวอชิงตันที่บัญญัติว่า "เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ความยินยอมของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการตามความในอนุสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมต่อการอนุญาโตตุลาการโดยจะไม่มีการใช้วิธีการเยียวยาอย่างอื่น รัฐภาคีอาจกำหนดให้มีการดำเนินการเยียวยาในทางปกครอง หรือในทางศาลของท้องถิ่นจนหมดสิ้นก่อนเพื่อเป็นเงื่อนไขของการให้ความยินยอมในการอนุญาโตตุลาการตามความในอนุสัญญานี้ก็ได้"

จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดว่าการให้ความยินยอมของคู่กรณีทำให้รัฐไม่สามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องดำเนินการระงับข้อพิพาททางอื่น เช่น ฟ้องคดีต่อศาลภายในประเทศผู้รับการลงทุนได้ และรัฐต้องไม่อ้างความคุ้มกันว่า ICSID ไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากรัฐได้ยินยอมอยู่ในเขตอำนาจ ICSID แล้ว และข้อพิพาททางการลงทุนก็เป็นข้อพิพาททางธุรกิจชนิดหนึ่ง ซึ่งรัฐได้ลดตัวมาในฐานะเท่าเอกชนในการที่รัฐเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาการลงทุน จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองที่รัฐจะอ้างความคุ้มกันได้

อย่างไรก็ตามรัฐอาจกำหนดให้มีการดำเนินการทางปกครอง หรือฟ้องคดีต่อศาลท้องถิ่น ในลักษณะเป็นเงื่อนไขก่อนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้ เช่น ให้ร้องทุกข์ต่อ

\* Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A

Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

คณะกรรมการบางอย่าง เช่น คณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนเพื่อระงับข้อพิพาทก่อน หรือให้ศาลท้องถิ่นก่อน หากไม่พอใจผลการระงับข้อพิพาทดังกล่าว จึงจะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็ได้

ผลต่อเอกชนต่างชาติและรัฐภาคีซึ่งเป็นเจ้าของสัญชาติของเอกชน

สำหรับเอกชนผู้ลงทุนซึ่งเป็นชาวต่างชาตินั้นก็ไม่ต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทวิธีอื่น เช่นกัน เว้นแต่มีเงื่อนไขให้ดำเนินการทางปกครองหรือศาลท้องถิ่นก่อนดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการของ ICSID ตามข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน นอกจากนั้นเอกชนจะต้องไม่ขอความคุ้มครองจากประเทศที่ตนมีสัญชาติ หรือหากของประเทศนั้นก็ไม่ต้องไม่ให้ความคุ้มครองตามที่บัญญัติในข้อ 27 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) รัฐภาคีจะต้องไม่ให้ความคุ้มครองทางการทูตหรือเรียกร้องในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อพิพาทที่คนชาติของตน และรัฐภาคีอื่นได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้ทำการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานี้ เว้นแต่รัฐภาคีนั้นจะละเลยต่อการผูกพันและปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว

(2) เพื่อความมุ่งหมายตาม (1) การให้ความคุ้มครองทางการทูตรัฐภาคีไม่รวมถึงการแลกเปลี่ยนทางการทูตอย่างไม่เป็นทางการเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทเท่านั้น”

บทบัญญัติดังกล่าวห้ามรัฐให้ความคุ้มครองทางการทูตในกรณีที่เอกชนของตนและรัฐผู้รับการลงทุนได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทต่อ ICSID แล้วซึ่งตามกรณีปกติ

---

Article 27

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

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.



รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองคนชาติของตนทางการทูตได้ หากคนของตนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติของประเทศอื่น นอกจากนั้นรัฐจะไม่ฟ้องร้องหรือเรียกร้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศให้กับเอกชนชาติของตน เว้นแต่ในกรณีที่อนุญาตตุลาการการค้าชี้ขาดแล้ว และรัฐผู้รับการลงทุนแพ้และต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดแต่รัฐดังกล่าวไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด ดังนี้รัฐของผู้ลงทุนอาจดำเนินการช่วยเหลือคนชาติของตนได้ตามความเหมาะสมและเท่าที่จำเป็น เช่น การฟ้องเป็นคดีระหว่างประเทศ เป็นต้น

สำหรับรัฐอื่นๆ ที่ไม่ใช่ผู้เกี่ยวข้อง กล่าวคือไม่ใช่รัฐภาคีผู้รับการลงทุน หรือไม่ใช่รัฐภาคีที่คนชาติของตนเป็นผู้ลงทุนมิได้ถูกห้ามการกระทำได้กล่าว เช่น ในคดีระหว่าง Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. กับ Bolivarian Republic of Venezuela นั้น ได้มีการกล่าวอ้างจากฝ่ายเวเนซุเอลาว่ามีการแทรกแซงจากรัฐซึ่งเอกชนผู้ลงทุนมีสัญชาติคือเม็กซิโก เพราะบริษัทที่ลงทุนเป็นบริษัทสาขาในเม็กซิโก และเจ้าหน้าที่ของเม็กซิโกได้ติดต่อเป็นหนังสือและพบปะกับเจ้าหน้าที่ของเวเนซุเอลาในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับปัญหาพิพาทที่เกิดจากสัมปทานการก่อสร้างและบำรุงรักษาทางด่วนในเวเนซุเอลา อันเป็นการแทรกแซงของทางการเม็กซิโก แต่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าบริษัทดังกล่าวถูกควบคุมโดยชาวอเมริกัน เนื่องจากหุ้นจำนวน 74% เป็นของบริษัท ICATECH บริษัทอเมริกัน ดังนั้นรัฐของบริษัทผู้ลงทุนคือสหรัฐอเมริกาไม่ใช่เม็กซิโก และสหรัฐอเมริกาไม่ได้เข้ามาแทรกแซงกับคดีนี้แต่อย่างใด จึงไม่มีกรณีที่ฝ่าฝืนข้อ 26

ในเรื่องการห้ามใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางอื่นนอกจากการอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้น มีตัวอย่างคดี ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยศาลในบางประเทศเห็นว่าตนไม่มีเขตอำนาจเพราะอยู่ในอำนาจของ ICSID แต่ในบางประเทศก็เห็นว่าตนมีเขตอำนาจ ดังนี้

คดี Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea (case No. ARB/84/1)<sup>24</sup>

ในคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า รัฐมนตรีประมุขของประเทศกินีได้ทำสัญญากับบริษัท Atlantic Triton บริษัทนอร์เวย์ให้จัดหาเรือประมง 3 ลำ เพื่อนำไปใช้ในอุตสาหกรรมประมงของกินี และมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการให้ระงับข้อพิพาทที่ ICSID รวมอยู่ด้วย

<sup>24</sup> ICSID Reports Volume 3, (Cambridge, England: Cambridge University Press, 1995) หน้า 3-44

บริษัทฯ ได้ไปซื้อเรือเกามาซ่อมแซมที่อู่ต่อเรือในนอร์เวย์ และส่งมอบเรือให้รัฐบาลกินี รัฐบาลกินีได้นำเรือไปใช้ในกิจการจับปลา แต่จับปลาไม่ได้ปริมาณเท่าที่ต้องการ จึงอ้างว่าสภาพของเรือไม่เหมาะสมกับการจับปลาเพราะเรือใหญ่เกินไปและราคาแพงเกินไป และมีข้อพิพาทเกิดขึ้น บริษัทฯ ได้บอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย รัฐบาลกินีประท้วงและไม่จ่ายเงิน ในขณะเดียวกันบริษัทฯ ก็ไปร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID และร้องขอต่อศาลพาณิชย์ฝรั่งเศสให้ยึดเรือ 3 ลำนั้น เพื่อชดใช้ค่าเสียหาย เพราะมีการนำเรือไปซ่อมในประเทศฝรั่งเศส รัฐบาลกินียื่นคำร้องต่อศาลคัดค้านและให้ยกเลิกการยึด ศาลปฏิเสธ แต่สั่งยึดตามที่บริษัทฯ ขอ รัฐบาลกินีขอให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ หยุดใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองและกินีได้อุทธรณ์คำสั่งของศาลพาณิชย์ ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าศาลไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากเรื่องนี้อยู่ในเขตอำนาจของศูนย์เท่านั้น จึงให้ยกเลิกการยึดเรือนั้น ฝ่ายบริษัท Atlantic Triton ฎีกาคำพิพากษา ศาลฎีกาฝรั่งเศส (La Cour de Cassation First Civil Chamber) พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์โดยให้เหตุผลว่าการที่ศาลอุทธรณ์ตัดสินเช่นนั้นเป็นการขัดต่อข้อ 26 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน เพราะอำนาจของศาลในประเทศต่างๆ ที่จะใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างพิจารณาไม่ได้ถูกขจัดออกไปอย่างอัตโนมัติ แต่อำนาจดังกล่าวจะสามารถขจัดออกไปได้ก็โดยการตกลงกันอย่างชัดแจ้งของคู่กรณีหรือโดยการรับเอาข้อบังคับอนุญาโตตุลาการซึ่งมีข้อความให้ขจัดอำนาจของศาลภายในออกไปเท่านั้น<sup>25</sup>

คดี Maritime International Nominees Establishment v. Government of Republic of Guinea  
(Case No. AARB/84/4) หรือเรียกสั้นๆ ว่า MINE v. Guinea<sup>26</sup>

คดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัท MINE ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐลิชเตนสไตน์ ได้ทำสัญญาทางการลงทุนกับรัฐบาลกินี เพื่อทำเหมืองแร่บอกไซต์ในกินี และขนส่งไปยังตลาดต่างประเทศ ผู้ถือหุ้นที่คุมบริษัทมีสัญชาติสวิสและสัญญาดังกล่าวมีข้อความให้ปฏิบัติต่อบริษัทในฐานะบริษัทของสวิตเซอร์แลนด์ และให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์

ต่อมามีการผิดสัญญาและบริษัท MINE ยื่นฟ้องต่อศาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลสหรัฐฯ สั่งให้เสนอข้อพิพาทต่อสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน รัฐบาลกินีไม่ได้เข้าสู่คดีในศาลและไม่ได้

<sup>25</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XI, 216-218 (1986).

<sup>26</sup> Yearbook Commercial Arbitration Volume XIV, 82-84 (1989).

เข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการที่สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน จึงมีการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการไปฝ่ายเดียว คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดให้บริษัท ชนะ บริษัทฯ ยื่นคำร้องต่อศาลสหรัฐฯ ขอให้บังคับตามคำชี้ขาดและศาลออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาดให้ รัฐบาลกีนี ยื่นคำคัดค้านในศาลอุทธรณ์โดยอ้างว่าตนเองได้รับความคุ้มครอง ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับ

นอกจากนั้น บริษัท MINE ได้ไปร้องขอต่อศาลอื่นๆ เพื่อยึดทรัพย์สินของรัฐบาลกีนีและรัฐบาลกีนีร้องขอให้ยกเลิกการยึดทรัพย์ เช่น ที่ศาลเบลเยียม ซึ่งศาลเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจ เพราะคดีอยู่ในเขตอำนาจ ICSID<sup>27</sup> และศาลเจนีวาที่สวิตเซอร์แลนด์ ก็เห็นเช่นเดียวกันว่าศาลภายในไม่มีสิทธิยุ่งเกี่ยวตามข้อ 26 เพราะจะเป็นการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางอื่น ศาลไม่ยึดทรัพย์ให้ และถ้ามีการยึดทรัพย์ไว้ ศาลต้องยกเลิกการยึด แต่ศาลสูงของสวิตเซอร์แลนด์เห็นว่าเจ้าหน้าที่สามารถยึดทรัพย์ได้โดยอาศัยหลักกฎหมายภายใน ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถปฏิเสธที่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้

ในคดี *The Government of New Zealand v. Mobil Oil New Zealand Ltd. Et Al* นั้น รัฐบาลนิวซีแลนด์ฟ้องร้องบังคับบริษัท Mobil Oil ต่อศาลชั้นต้นของเมืองเวลลิงตัน (High Court, Wellington) โดยอ้างว่าผิดสัญญาเรื่องการขุดค้นแก๊สธรรมชาติ บริษัททำคำร้องขอให้บริการการอนุญาโตตุลาการที่ ICSID และขอให้ศาลหยุดการพิจารณา ศาลสั่งให้หยุดการพิจารณาตามคำโต้แย้งของบริษัท เพราะเห็นว่าในคดีดังกล่าวมีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่จะต้องไประงับข้อพิพาทที่ ICSID และบังคับให้ใช้การอนุญาโตตุลาการที่ ICSID ดังกล่าว เนื่องจากประเทศนิวซีแลนด์เป็นภาคีสัญญารองของขงตั้ง<sup>28</sup>

จากคำชี้ขาดดังกล่าวที่ยกมาจะเห็นได้ว่าในเรื่องการห้ามใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางอื่น นอกจากการอนุญาโตตุลาการของ ICSID นี้ แม้ว่าจะมีการแบ่งความเห็นออกเป็น 2 แนวทางก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่แล้ว ศาลจะต้องยกให้เป็นเขตอำนาจของ ICSID โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากในอนาคตประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของ ICSID แล้วและมีการตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการของ ICSID แล้ว ศาลไทยก็ต้องยกเขตอำนาจในข้อพิพาทนี้ให้ ICSID เช่นกัน เพราะตาม พรบ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 กำหนดว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะ

<sup>27</sup> *Yearbook Commercial Arbitration Volume XII*, 181-182 (1987).

<sup>28</sup> *Yearbook Commercial Arbitration Volume XIII*, 641-644 (1988).

อนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย" ซึ่งหมายความว่าหากมีการกำหนดให้ใช้การอนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้การอนุญาโตตุลาการก่อนจึงจะใช้กระบวนการชั้นศาลได้

### 3.2.5 ปัญหาการยอมรับเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการของ ICSID

จากหัวข้อเรื่องรูปแบบของการยอมรับเขตอำนาจที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อน จะเห็นได้ว่าในเรื่องการยอมรับเขตอำนาจนี้มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ หากประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ฉบับนี้แล้ว ความยินยอมของไทยและสหรัฐอเมริกาก็จะเริ่มตั้งแต่เมื่อไร จะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมการใช้ ICSID โดยอัตโนมัติหรือไม่

กรณีของประเทศไทยนั้นปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้วแต่ยังมีได้มีการให้สัตยาบันแต่อย่างใด ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่า ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีของ ICSID แต่อย่างใด ดังนั้นแม้มีความตกลงในเรื่องของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICSID ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ทำให้เกิดการยอมรับเขตอำนาจของ ICSID แต่อย่างใด ดังนั้นหากประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคี ICSID แล้ว ก็ย่อมใช้การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ตามอนุสัญญากรุงวอชิงตันไม่ได้

ซึ่งในเรื่องนี้จะเกิดปัญหาตามมาว่า แล้วประเทศไทยจะสามารถใช้การระงับข้อพิพาทโดย ICSID ได้อย่างไร ในเรื่องนี้ในความตกลงเขตการค้าเสรีฯ ไทย-สหรัฐอเมริกานั้น ได้เปิดช่องให้สามารถใช้ช่องทางของ ICSID Additional Facility Rules ได้

ในข้อบังคับอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมของ ICSID หรือ ICSID Additional Facility Rules นี้ได้ให้เลขาธิการ ICSID มีอำนาจจัดการระงับข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญากรุงวอชิงตันได้ หากได้รับการร้องขอจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

การจัดการดังกล่าว คือ การไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมิได้เป็นรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน หรือมิใช่คนชาติของรัฐภาคี หรือการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐภาคีหรือคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งแต่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมิใช่ข้อพิพาททางการลงทุน หรือเป็นกระบวนการหาความจริง

ดังนั้น ในกรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะดังนี้

- (1) ข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมิได้เป็นรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน หรือมิใช่คนชาติของรัฐภาคี
- (2) ข้อพิพาทซึ่งมิใช่เป็นเรื่องการลงทุน แต่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน หรือเป็นคนชาติของรัฐภาคี แต่ก็ไม่ใช่เรื่องการพาณิชย์ทั่วไป
- (3) การหาข้อเท็จจริง มิใช่เป็นกรณีที่มีปัญหาข้อกฎหมาย

---

ตาม Article 2 Additional Facility ซึ่งบัญญัติว่า

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

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

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

ข้อพิพาทที่คู่กรณีขอใช้บริการต่อ ICSID ตามข้อบังคับเพิ่มเติมฯ นี้จะมีวิธีพิจารณาและกระบวนการต่างๆ เป็นพิเศษแตกต่างจากที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน โดยมีข้อบังคับเพิ่มเติมทั้งหมด 4 เรื่องด้วยกัน คือ ข้อบังคับทางการเงินและการบริหาร ข้อบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ และข้อบังคับการหาข้อเท็จจริง

สำหรับข้อบังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้นมีรายละเอียดที่จำเป็นค่อนข้างมากและเพียงพอสำหรับการอนุญาโตตุลาการ เช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในขอบเขตของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน เช่น การเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา โดยทำคำร้องขอ การจดทะเบียนคำร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการ สถานที่ในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในระยะหลังก็มีคู่กรณีทั้งรัฐและเอกชน ซึ่งมีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้ตกลงกันใช้บริการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้แล้ว เช่น คดี ซึ่งมีข้อพิพาทระหว่างคนสัญชาติอเมริกันกับรัฐยูเครน ในข้อพิพาทที่เกิดจากการออกใบอนุญาตกิจการวิทยุกระจายเสียงในยูเครน โดยใช้สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างยูเครนและสหรัฐอเมริกาเนื่องจากยูเครนไม่ใช่รัฐภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน หรือคดี ADF Group Inc., v. United States of America ซึ่งมีข้อพิพาทระหว่างบริษัทซึ่งเป็นบริษัทแคนาดา เรียกร้องต่อศาลสหรัฐอเมริกาตามข้อตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ในข้อพิพาทที่เกิดจากการสร้างทางด่วนสปริงฟิลด์ในรัฐเวอร์จิเนีย เนื่องจากแคนาดาไม่ใช่รัฐภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน

จากการที่ประเทศไทยสามารถใช้กระบวนการของ ICSID Additional Facility Rules ได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงยังไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตันแต่อย่างใด แต่ถ้าในอนาคตประเทศไทยมีความประสงค์จะให้สัตยาบันในอนุสัญญากรุงวอชิงตันแล้ว ประเทศไทยควรตั้งข้อสงวน ในเรื่องของประเภทของข้อพิพาทประเภทใดประเภทหนึ่ง หรือหลายประเภทที่จะให้พิจารณาหรือไม่พิจารณาภายใต้เขตอำนาจของ ICSID ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยสามารถจำกัดประเภทของข้อพิพาทที่จะขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการโดย ICSID ให้แคบ และชัดเจนขึ้นได้