

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามสนธิสัญญา
ทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

Dispute Settlement by International Arbitration on the basis of
Bilateral Investment Treaties

โดย
เอกสิทธิ์ จันตะมา *

บทคัดย่อ

ในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อกำหนดแห่งสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนได้เพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างมาก ซึ่งสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหนึ่งในกลไกการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนอันเป็นการรับรองแก่นักลงทุนผู้ได้รับความเสียหายจากการดำเนินการของรัฐ และไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถที่จะนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยตรง แม้จะไม่มีข้อผูกพันตามสัญญาก็ตาม โดยตามสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ จะแบ่งการระงับข้อพิพาทเป็นสองส่วนด้วยกัน โดยขึ้นอยู่กับสถานะของคู่กรณีแห่งข้อพิพาท อันได้แก่กรณีของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ และการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติดกับรัฐผู้รับการลงทุน อนึ่งบทความฉบับนี้พยายามที่จะอธิบายให้เห็นถึงวิธีการที่สนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท กระบวนการนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ รวมทั้งอธิบายให้เห็นถึงดำเนินการระงับข้อพิพาทภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน และภายใต้กฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่สนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดไว้ด้วย

คำสำคัญ

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, การระงับข้อพิพาท, การลงทุนระหว่างประเทศ, สนธิสัญญาทวิภาคี

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, MASTER 2, Droit public, Université Paris XIII, DEA droit public économique, Université Paris XIII, Doctorant en droit public (droit international économique), Université Paris XIII, Paris, France

Abstract

The treaty-based arbitration has experienced a significant increase in the past few years. The Bilateral Investment Treaties (BITs) provide an international arbitration as a neutral forum of dispute settlement. The existence of such provision in BITs ensures a foreign investor by enabling him to have direct access to a neutral forum of disputes resolution that could arise between him and a host state. In an absence of any contractual commitments with a host state, the investor, as a victim of acts of deprivation of wealth by the host state may solicit an international arbitrator on the basis of BITs, although not being a subject of international law. This dispute resolution, provided in BITs, could be divided in two different types ; Interstate Dispute Settlement and Investor-State Dispute Settlement. By analyzing a number of BITs, this article attempts to describe how the BITs refer to an international arbitration and at the same time, mentions the procedure of dispute settlement by international arbitration specified in BITs including an arbitration under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) or under others rules.

Keywords

International Arbitration, Dispute settlement, International investment, Bilateral treaty

บทนำ

การลงทุนจากต่างประเทศถือเป็นแหล่งก่อรายได้ที่สำคัญอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการเงินทุนที่มาจากแหล่งภายนอกมาพัฒนาประเทศ ซึ่งนอกจากเงินทุนที่มาพร้อมกับการลงทุนแล้ว การลงทุนระหว่างประเทศยังเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดการพัฒนาด้านอื่น ๆ ด้วย เช่น การพัฒนากระบวนการผลิตอันเกิดจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากนักลงทุน การพัฒนาทางการจัดการ เป็นต้น

การลงทุนระหว่างประเทศเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูง นักลงทุนต่างชาติจำเป็นต้องเผชิญกับความเสี่ยงหลาย ๆ ประการด้วยกัน ทั้งความเสี่ยงทางด้านผลตอบแทนจากการลงทุนอันเป็นความเสี่ยงทางเศรษฐกิจ และความเสี่ยงอันเกิดจากผลกระทบทางการเมือง เช่น การเปลี่ยนแปลงทางการเมือง การชุมนุมเรียกร้องทางการเมือง หรือการใช้มาตรการทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนอันทำให้นักลงทุนเสียไปหรือสิ้นไปซึ่งสิทธิในการลงทุนของนักลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ขาดความเสถียรภาพและความมั่นคงทางการเมือง อันเป็นกรณีที่อาจทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน

นอกจากนี้นักลงทุนต่างชาติอาจจะมีข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากการกระทำของรัฐหรือองค์กรของรัฐอันมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อการลงทุน เช่น การยึดทรัพย์สินโดยปราศจากเงินชดเชย การโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ การดำเนินอื่นใดอันเป็นเหตุให้นักลงทุนต้องสิ้นไปในทรัพย์สินที่ลงทุน การเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการ การออกกฎหมายทางภาษีอากรที่เพิ่มภาระอย่างสูงแก่นักลงทุน เป็นต้น

นักลงทุนต่างชาติย่อมประสงค์ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวโดยอาจเรียกร้องให้มีการระงับข้อพิพาทต่อองค์กรที่มีอำนาจ แต่การเรียกร้องดังกล่าวโดยผ่านสถาบันระงับข้อพิพาทของรัฐหรือโดยสถาบันศาลของรัฐผู้อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นย่อมไม่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนในความเป็นกลางของสถาบันดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้นักลงทุนย่อมแสวงหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันที่มีความเป็นกลางไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐคู่กรณีแห่งข้อพิพาท โดยเหตุสำคัญดังกล่าวนี้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถให้ความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างชาติในเรื่องขอความเป็นกลางในการระงับข้อพิพาทได้

สิทธิในการเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการให้เป็นผู้ระงับข้อพิพาทนั้น โดยทั่วไปแล้วจะเป็นสิทธิอันเกิดจากข้อผูกพันตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement) เช่น ความสัมพันธ์ตามสัญญาสัมปทานเหมืองแร่หรือปิโตรเลียม เป็นต้น ซึ่งจะมีข้อกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่เสมอ แต่หาก

เป็นกรณีที่นักลงทุนมิได้มีความผูกพันทางสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนย่อมแบกรับภาระความเสี่ยงสูงเป็นอย่างยิ่ง เพื่อลดความเสี่ยงให้เหลือน้อยที่สุด นักลงทุนมักจะหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศที่ด้อยพัฒนา หรือที่มีความเสี่ยงสูง อันทำให้กระแสการลงทุนที่จะเข้าสู่ประเทศด้อยพัฒนาลดน้อยลงไป

รัฐต่าง ๆ ได้มองเห็นถึงสถานะดังกล่าวเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติและตกลงที่จะยินยอมให้ความคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนจากต่างชาติที่เข้ามาในรัฐนั้น ๆ และเพื่อเป็นการดึงดูดกระแสการลงทุน รัฐต่าง ๆ จึงได้สร้างเครื่องมือทางกฎหมายที่ชัดเจนขึ้น อันได้แก่สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ¹ (Bilateral Investment Treaty ซึ่งในบทความต่อไปนี้จะเรียกว่า “สนธิสัญญาทวิภาคี”) เพื่อใช้เป็นหลักกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุน นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศยังเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเยียวยาข้อบกพร่องของการขาดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายการลงทุนอันเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นสากล โดยรัฐคู่ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าวได้ตกลงร่วมกันที่จะสร้างหลักกฎหมายระหว่างที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันและปรับใช้กับกิจกรรมการลงทุนระหว่างที่อาจมีขึ้นประเทศระหว่างรัฐคู่ลงนามแห่งสนธิสัญญานั้น ซึ่งหลักกฎหมายที่มีอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศนี้จะรวมเอาหลักกฎหมายต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั่นเอง เช่น หลักการได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักการเวนคืนทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน หรือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ในบทความบทความนี้ต้องการที่จะชี้ให้เห็นถึงกลไกของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนฉบับต่าง ๆ กำหนดไว้ โดยจะเป็นการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับที่หลาย ๆ รัฐได้ลงนามรวมทั้งสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยได้ลงนามไว้ด้วย

จากการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีหลายฉบับพบว่า สนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยแบ่งออกเป็นสองระดับด้วยกัน ตามสถานะแห่งคู่กรณีแห่งข้อพิพาท คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ (Interstate Dispute Settlement) และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement) สนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการและวิธีการสำหรับการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน (ส่วนที่ 1) การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

¹ ในปัจจุบันมีจำนวนสนธิสัญญาทวิภาคีที่ลงนามโดยรัฐต่าง ๆ มากกว่า 2,500 สนธิสัญญา ดูข้อมูลได้จากเว็บไซต์ของ ICSID <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยอนุญาโตตุลาการนั้นนอกจากจะเป็นอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะกาลหรือเฉพาะคดี (ad hoc Arbitration) โดยคู่กรณีแล้ว ยังมีสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนโดยเฉพาะด้วย (ส่วนที่ 2)

1. การกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสนธิสัญญาทวิภาคี

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีถือเป็นความก้าวหน้าที่สำคัญอย่างหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการลงทุน เนื่องจากเป็นสิ่งที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุน² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้มีพันธะทางสัญญาผูกมัดต้องนำเสนอข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากการลงทุนให้กับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ในกรณีของการลงนามสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุนฉบับต่าง ๆ นั้น จากการวิเคราะห์แล้วพบว่า รัฐผู้รับการลงทุนยินยอมที่จะผูกมัดเพื่อนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในระดับที่แตกต่างกันออกไป ในระดับที่น้อยที่สุด ข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแต่เฉพาะกรณีที่ปรากฏตามสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ โดยไม่ถือว่าเป็นการผูกมัดให้ต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเกิดจากการลงทุนเข้าสู่การวินิจฉัยชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ส่วนในระดับที่สูงสุด สนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดให้เป็นสิทธิแก่นักลงทุนที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้โดยด้วยตนเอง โดยนำข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes หรือ ICSID) หรืออนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดซึ่งเป็นกรณีที่พบได้ในสนธิสัญญาทวิภาคีส่วนใหญ่

การอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีมีลักษณะที่แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการทั่วไป³ กล่าวคือ เป็นอนุญาโตตุลาการที่มีการผ่อนปรนในเรื่องของการเป็นความลับในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังจะเห็นได้จากการเผยแพร่คำวินิจฉัยชี้ขาดต่อสาธารณะชนโดยความยินยอมของคู่กรณีหรือโดยอนุญาโตตุลาการเองที่เป็นผู้ชี้ขาดให้มีการเผยแพร่ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการ ICSID อันเป็นการเสริมสร้างความโปร่งใสในการพิจารณาวินิจฉัย นอกจากนี้การเผยแพร่คำวินิจฉัยของ

² SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 525 p. 525.

³ GAILLARD E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 857, PRUJINER A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel », *Rev. arb.*, 2005, n° 1, p. 83.

อนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีอย่างเป็นระบบและความสอดคล้องในการสร้างคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ปรากฏการกลับแนวคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนในแนวปฏิบัติของ ICSID เป็นการช่วยสร้างให้เกิดการสร้างแนวคำวินิจฉัยชี้ขาด⁴ เช่นเดียวกับกรณีของคำพิพากษาของศาลสูงสุดภายในรัฐต่าง ๆ

นอกจากนี้การยอมรับให้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของบุคคลภายนอก (Amicus Curiae หรือ Amici Curiae) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีข้อพิพาทที่มีผลกระทบต่อนโยบายสาธารณะทางการเมือง การเมือง ต่อเศรษฐกิจ เป็นอย่างสูง เช่น ข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการปกป้องสิ่งแวดล้อม⁵ หรือที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุข การให้บุคคลหรือองค์กรเข้ามาในกระบวนการพิจารณาในฐานะผู้ให้ข้อมูล ข้อคิดเห็น ข้อสังเกต ในประเด็นต่าง ๆ ทั้งในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงให้กับอนุญาโตตุลาการ⁶ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนในประเด็นอันจะมีผลทำให้การทำคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปอย่างถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ซึ่งกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลภายนอกนี้เป็นแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีที่แตกต่างจากอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ

ในบทความนี้จะแสดงให้เห็นถึงการกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคี ซึ่งจะมีระดับของการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับสถานะของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กล่าวคือจะแบ่งเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคี (Interstate Disputes Settlement) และการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน (Investor-State Disputes Settlement) (1.1) นอกจากนี้ยังจะแสดงถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ในสนธิสัญญาทวิภาคีที่กำหนดรายละเอียด และกระบวนการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย (1.2)

⁴ SNOUSSI M., « La cohérence de la jurisprudence du CIRDI », in Où vas le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre ; Act de colloque de Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp. 259-282.

⁵ ประเด็นเกี่ยวกับการให้บุคคลภายนอกเข้ามาให้ข้อคิดเห็นหรือข้อเท็จจริงในประเด็นต่าง ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศนี้ ได้ถูกหยิบยกมาพิจารณาครั้งแรกในคดี Methanex Corporation c/ United States, ลงวันที่ 15 ม.ค. 2001, ภายใต้การอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาว่าด้วยการเสรีทางการแลกเปลี่ยนทางการค้าแห่งอเมริกาเหนือ หรือ NAFTA ดู Decision of the Tribunal on Petition from third person to interven as Amici Curiae ลงวันที่ 15 ม.ค. 2001 คำวินิจฉัยได้จากเว็บไซต์ www.naftalaw.org และ www.state.gov/documents/organisation/17769.Pdf และดูคดี United Service of America Inc. c/ Canada, Decision of the Tribunal on Petition from third person to interven as Amici Curiae ลงวันที่ 17 ต.ค. 2001

⁶ SHELTON, "The participation of Non gouvernement or organization in International Juridical proceeding", *Am. J. Int'l.*, 1994, p. 661, ASENSIO H., "L'amicus curiae devant les juridiction international", *RGDIP*, 2001, n° 4, p. 897. et s., TEYNIER E., "L'amicus curiae dans l'arbitrage CIRDI", *Gaz. Pal.*, Nov-Dec 2005, pp. 3976-3981.

1.1 การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามสถานะของคู่กรณี

สนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองลงทุนโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้นอยู่สองประเภทด้วยกัน โดยจะเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่ผู้ลงนามในสนธิสัญญา (ก) และกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ (ข)

1. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ (Interstate Dispute Settlement)

กรณีนี้จะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสองรัฐภาคีในสนธิสัญญาทวิภาคีตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ โดยจะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่มีสถานะเป็นบุคคลตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อพิพาทนั้นเกิดจากข้อขัดแย้งในการปฏิบัติการตามสนธิสัญญา การปรับใช้สนธิสัญญา หรือการตีความสนธิสัญญา การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ในสนธิสัญญาไว้ล่วงหน้ามีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนทางกฎหมายและความขัดแย้งทางการเมืองอันอาจเกิดขึ้น⁷ ทั้งยังเป็นการสร้างสถานะที่ดีต่อกระแสการลงทุนระหว่างประเทศผู้ลงนามในสนธิสัญญาด้วย

จากการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับแล้วจะพบว่า โดยทั่วไปแล้ว การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้จะไม่เริ่มต้นโดยการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยทันที สนธิสัญญาส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือระหว่างกัน หรือการเจรจาร่วมกันก่อนเมื่อเกิดข้อพิพาทอันเกิดจากการปรับใช้สนธิสัญญาหรือการตีความสัญญา เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างไทย-บังกลาเทศ (1988) มาตรา 10 (1) ที่กำหนดไว้ว่า

“.....Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, if possible, be settled through consultation or negotiation”

การดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อเข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทนั้นจะมีขึ้นหลังจากความพยายามระงับข้อพิพาทด้วยการปรึกษาหารือ หรือการเจรจาสองฝ่ายดังกล่าวไม่บรรลุผลหรือไม่สามารถหาข้อยุติด้วยวิธีการอื่นใดได้ เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างประเทศไทย-บาร์เรน (2002) มาตรา 10 (2) ที่กำหนดไว้ว่า

“If a dispute between the Contracting Parties can not thus be settled within six months, it shall at the request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral tribunal.”

⁷ SACERDOTI G., « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », *R.C.A.D.I.*, 1997, Tome 269, p. 251-460.

เห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นสำหรับพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้เป็นอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกาลหรืออนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะคดี (*ad hoc*) เสมอ⁸ ดังที่สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างไทย-บาร์เรน มาตรา 10 (3) ได้กำหนดองค์ประกอบของศาลอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

“Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual cas as follows:

(a) each Contracting Party shall appoint one member, and these two members shall then select a national of a third State who on approval by the two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal;

(b) the said members shall be appointed within three months, and the Chairman within four months, from the date on which either Contracting Party shall have informed the other Contracting Party that it proposes to submit the dispute to an arbitral tribunal.”

2. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Arbitration)

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาตินี้ นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้คำจำกัดความไว้หลายอย่างด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรียกว่า “การอนุญาโตตุลาการข้ามชาติโดยฝ่ายเดียว[ฝ่ายนักลงทุน]” (*Arbitrage Unilatéral*)⁹ หรือเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการอันปราศจากข้อผูกมัดตามสัญญา”¹⁰ (*Arbitrage sans lien contractuel*)¹¹ หรือค่านิยามที่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมายเองไกลแซกซ็อน ที่เรียกการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ว่า “Arbitration without Privity”¹²

การระงับข้อพิพาทในกรณีนี้เป็นการให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นเอกชนที่ไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่องค์กรระงับข้อพิพาท

⁸ Ibid.

⁹ BEN HAMIDA W., *L'arbitrage transnational unilatéral : Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003.

¹⁰ การอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีข้อผูกพันตามสัญญานี้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID คดี SPP c/ Egypt คดีเลขที่ ARB/84/3 โดยเป็นอนุญาโตตุลาการที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายภายในของอียิปต์ ที่ให้ความยินยอมที่จะนำเสนอข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนให้กับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด

¹¹ STERN B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Mélanges Philippe KHAN*, Paris, Litec, 2003, p. 203.

¹² PLAUSSE J., « Arbitration without privity », *ICSID Rev.*, 1995, p. 241.

ระหว่างประเทศเสมือนกับมีสถานะเป็นบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนมักจะบรรจุเงื่อนไขเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนไว้เสมอ อย่างไรก็ตามก็มีสนธิสัญญาบางฉบับ¹³ ที่ไม่ได้ระบุการระงับข้อพิพาทกรณีนี้ไว้จนเป็นกรณีพิเศษที่พบได้ไม่บ่อยนักในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการลงนามสนธิสัญญาทวิภาคีประเภทนี้¹⁴

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติโดยอนุญาโตตุลาการนี้ถือเป็นความก้าวหน้าอย่างหนึ่งที่สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนนำมาสู่ระบบกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม¹⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้แนวปฏิบัติของรัฐในประชาคมระหว่างประเทศในการคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติของตนโดยวิธีการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) ล้าสมัยไปหรือถูกจำกัดขอบเขตลงไป¹⁶

วิธีการคุ้มครองทางการทูตมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐต่างชาติ¹⁷ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้เป็นกระบวนการระหว่างรัฐ ซึ่งบุคคลเอกชนซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการได้ด้วยตนเอง ต้องอาศัยรัฐที่ตนมีสัญชาตินั้นเป็นผู้ให้ดำเนินการคุ้มครอง โดยหลักแล้วการที่จะดำเนินการคุ้มครองทางการทูตได้นั้นต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่าผู้ที่ได้รับเสียหายจากการกระทำของรัฐต่างชาตินั้นได้หาใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในรัฐผู้ก่อความเสียหายนั้นจนหมดสิ้นวิถีทางเสียก่อน (Exhaustion of the

¹³ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างไทย-บังกลาเทศ (1988)

¹⁴ การละเว้นไม่กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนในสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าว โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นผลจากการเจรจาระหว่างรัฐคู่สัญญา ที่ตกลงร่วมกันที่จะไม่บรรจุข้อกำหนดดังกล่าวไว้ แต่อย่างไรก็ตามหากสนธิสัญญาใดไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแบบนี้ไว้ แต่ได้กำหนดหลักการชาติผู้ได้รับประโยชน์ยิ่งกว่า หรือ Most-favored nation clause (MFN) ไว้แล้ว นักลงทุนอาจจะอ้างหลัก MFN นี้เพื่อถือเอาประโยชน์จากกระบวนการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีที่รัฐผู้มีข้อพิพาทได้ลงนามไว้กับผู้อื่น ๆ ในประเด็นดังกล่าวดูรายละเอียดได้ในคดี Salini C/ Jordan (ICSID คดีเลขที่ ARB/02/13) คำตัดสินเรื่องมีเขตอำนาจลงวันที่ 29 พ.ย. 2004, ILM 2005, p. 573 หรือคดี Maffezini c/ Spain คำตัดสินมีเขตอำนาจลงวันที่ 25 ม.ค. 2000, ICSID Rev., p. 207, ILR 2003, n° 124, p. 1. ดูรายละเอียดเพิ่มเติม CREPET DAIGREMONT C., « Le traitement de la nation la plus favorisé », Gaz.Pal., Nov-Dec, 2005, pp. 3999-4001.

¹⁵ BOUDEAU G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.* 1995, p. 15.

¹⁶ LEBEN CH., « L'évolution du droit international des investissements », in Journée d'Etude : Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?, Institute des Hautes Etudes internationales, Paris II, PEDONE, Paris, 1999, pp. 7-32.

¹⁷ AMERASINGHE C.F., *Diplomatic protection*, Oxford University Press, UK, Vol. 1, p. 350.

local remedies) จึงจะมีการคุ้มครองทางการทูตได้ อันเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ได้ แม้จะไม่มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างแน่ชัดก็ตาม¹⁸

สนธิสัญญาทวิภาคีโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยอัตโนมัติ และถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักการหาความเสียหายที่มีอยู่ในรัฐผู้เป็นเหตุแห่งความเสียหายจนหมดสิ้นเสียก่อนเหมือนกับการคุ้มกันทางการทูต¹⁹ นักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะใช้สิทธิของตัวเองเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการได้โดยทันที แม้ว่าไม่ได้ดำเนินการเรียกร้องให้มีการเยียวยาต่อองค์กรศาล หรือหน่วยงานใด ๆ ของรัฐที่ตนมีข้อพิพาทมาก่อนก็ตาม²⁰

อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาบางฉบับยังคงกำหนดให้ต้องมีการใช้วิธีการเยียวยาภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจนหมดสิ้นเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาได้²¹ แต่เป็นกรณีที่ไม่ค่อยปรากฏบ่อยนักในแนวปฏิบัติของการลงนามสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน

สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับ กำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่ศาลของรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีด้วยวิธีการฉันท์มิตร (Amicably Settlement) หรือหากศาลดังกล่าวไม่คืนคำพิพากษาภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา แล้วนักลงทุนจึงจะมีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ²² นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับยังกำหนดประเภทของข้อพิพาทที่จะสามารถนำเข้าสู่การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่น

¹⁸ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Anglo-Iranian Oil Company* ลงวันที่ 22 ก.ค. 1952, *Recueil* 1952 p. 93, และคดี *Ambatielos* ลงวันที่ 19 ม.ค. 1959, *Recueil* 1959, p. 27. ดูรายละเอียดเพิ่มเติม *QUOC DIHN N., Droit International Public, 7^{ème} édition, p. 809.*

¹⁹ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *ELSI (United States v. Italy)* 20 ก.ค. 1989, *ICJ Report* 1989, p. 42.

²⁰ อย่างไรก็ตามจากแนวคำพิพากษาของศาลอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน โดยศาลอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากนักลงทุนยังไม่ได้ใช้วิธีการเยียวยาจนหมดสิ้น อันเป็นกรณีที่ข้อพิพาทมาจากเหตุของการปฏิเสธความยุติธรรม (Denial of justice) ในคำวินิจฉัยชี้ขาด ในคดี *Loewen Group International Inc. c/ United States of America* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก *DELANOY L-C et PORTWOOD T., « La responsabilité de l'Etat pour denie de justice dans l'arbitrage de l'investissement », Rev. arb., 2005, n° 3, pp. 603-643.* และคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี *Benvenuti & Bonfont c/ Congo*, ลงวันที่ 15 ส.ค. 1980 คดีเลขที่ ARB/77/2, *ICSID Rep.* 309 คำวินิจฉัย *Amco Asia Corporation and others c/ Indonesia*, คดีเลขที่ ARB/81/1, 20 พ.ย. 1984, 1 *ICSID Rep.* 413.

²¹ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกา-เยอรมนี (1993), มาตรา 9 (2) (c) เป็นต้น

²² สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลี-อาร์เจนตินา (1990), มาตรา 8 (3) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสวีเดน-แคนาดา (1991), มาตรา 9 (2) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างโบลิเวีย-เปรู (1993), มาตรา 11 (2) ดู *JUILLARD P., « Chronique de droit international économique---investissement », AFDI, 1995, p. 608.*

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามสนธิสัญญา
ทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

Dispute Settlement by International Arbitration on the basis of
Bilateral Investment Treaties

โดย
เอกสิทธิ์ จันตะมา *

บทคัดย่อ

ในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อกำหนดแห่งสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนได้เพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างมาก ซึ่งสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหนึ่งในกลไกการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนอันเป็นการรับรองแก่นักลงทุนผู้ได้รับความเสียหายจากการดำเนินการของรัฐ และไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถที่จะนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้โดยตรง แม้จะไม่มีข้อผูกพันตามสัญญาก็ตาม โดยตามสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ จะแบ่งการระงับข้อพิพาทเป็นสองส่วนด้วยกัน โดยขึ้นอยู่กับสถานะของคู่กรณีแห่งข้อพิพาท อันได้แก่กรณีของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ และการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติดกับรัฐผู้รับการลงทุน อนึ่งบทความฉบับนี้พยายามที่จะอธิบายให้เห็นถึงวิธีการที่สนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท กระบวนการนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ รวมทั้งอธิบายให้เห็นถึงดำเนินการระงับข้อพิพาทภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน และภายใต้กฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่สนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดไว้ด้วย

คำสำคัญ

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, การระงับข้อพิพาท, การลงทุนระหว่างประเทศ, สนธิสัญญาทวิภาคี

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, MASTER 2, Droit public, Université Paris XIII, DEA droit public économique, Université Paris XIII, Doctorant en droit public (droit international économique), Université Paris XIII, Paris, France

Abstract

The treaty-based arbitration has experienced a significant increase in the past few years. The Bilateral Investment Treaties (BITs) provide an international arbitration as a neutral forum of dispute settlement. The existence of such provision in BITs ensures a foreign investor by enabling him to have direct access to a neutral forum of disputes resolution that could arise between him and a host state. In an absence of any contractual commitments with a host state, the investor, as a victim of acts of deprivation of wealth by the host state may solicit an international arbitrator on the basis of BITs, although not being a subject of international law. This dispute resolution, provided in BITs, could be divided in two different types ; Interstate Dispute Settlement and Investor-State Dispute Settlement. By analyzing a number of BITs, this article attempts to describe how the BITs refer to an international arbitration and at the same time, mentions the procedure of dispute settlement by international arbitration specified in BITs including an arbitration under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) or under others rules.

Keywords

International Arbitration, Dispute settlement, International investment, Bilateral treaty

บทนำ

การลงทุนจากต่างประเทศถือเป็นแหล่งก่อรายได้ที่สำคัญอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการเงินทุนที่มาจากแหล่งภายนอกมาพัฒนาประเทศ ซึ่งนอกจากเงินทุนที่มาพร้อมกับการลงทุนแล้ว การลงทุนระหว่างประเทศยังเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดการพัฒนาด้านอื่น ๆ ด้วย เช่น การพัฒนากระบวนการผลิตอันเกิดจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากนักลงทุน การพัฒนาทางการจัดการ เป็นต้น

การลงทุนระหว่างประเทศเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูง นักลงทุนต่างชาติจำเป็นต้องเผชิญกับความเสี่ยงหลาย ๆ ประการด้วยกัน ทั้งความเสี่ยงทางด้านผลตอบแทนจากการลงทุนอันเป็นความเสี่ยงทางเศรษฐกิจ และความเสี่ยงอันเกิดจากผลกระทบทางการเมือง เช่น การเปลี่ยนแปลงทางการเมือง การชุมนุมเรียกร้องทางการเมือง หรือการใช้มาตรการทางกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนอันทำให้นักลงทุนเสียไปหรือสิ้นไปซึ่งสิทธิในการลงทุนของนักลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ขาดความเสถียรภาพและความมั่นคงทางการเมือง อันเป็นกรณีที่อาจทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน

นอกจากนี้นักลงทุนต่างชาติอาจจะมีข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากการกระทำของรัฐหรือองค์กรของรัฐอันมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อการลงทุน เช่น การยึดทรัพย์สินโดยปราศจากเงินชดเชย การโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ การดำเนินอื่นใดอันเป็นเหตุให้นักลงทุนต้องสิ้นไปในทรัพย์สินที่ลงทุน การเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการ การออกกฎหมายทางภาษีอากรที่เพิ่มภาระอย่างสูงแก่นักลงทุน เป็นต้น

นักลงทุนต่างชาติย่อมประสงค์ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวโดยอาจเรียกร้องให้มีการระงับข้อพิพาทต่อองค์กรที่มีอำนาจ แต่การเรียกร้องดังกล่าวโดยผ่านสถาบันระงับข้อพิพาทของรัฐหรือโดยสถาบันศาลของรัฐผู้อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นย่อมไม่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนในความเป็นกลางของสถาบันดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้นักลงทุนย่อมแสวงหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันที่มีความเป็นกลางไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐคู่กรณีแห่งข้อพิพาท โดยเหตุสำคัญดังกล่าวนี้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถให้ความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างชาติในเรื่องขอความเป็นกลางในการระงับข้อพิพาทได้

สิทธิในการเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการให้เป็นผู้ระงับข้อพิพาทนั้น โดยทั่วไปแล้วจะเป็นสิทธิอันเกิดจากข้อผูกพันตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement) เช่น ความสัมพันธ์ตามสัญญาสัมปทานเหมืองแร่หรือปิโตรเลียม เป็นต้น ซึ่งจะมีข้อกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอยู่เสมอ แต่หาก

เป็นกรณีที่นักลงทุนมิได้มีความผูกพันทางสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุนแล้ว นักลงทุนย่อมแบกรับภาระความเสี่ยงสูงเป็นอย่างยิ่ง เพื่อลดความเสี่ยงให้เหลือน้อยที่สุด นักลงทุนมักจะหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศที่ด้อยพัฒนา หรือที่มีความเสี่ยงสูง อันทำให้กระแสการลงทุนที่จะเข้าสู่ประเทศด้อยพัฒนาลดน้อยลงไป

รัฐต่าง ๆ ได้มองเห็นถึงสถานะดังกล่าวเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติและตกลงที่จะยินยอมให้ความคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนจากต่างชาติที่เข้ามาในรัฐนั้น ๆ และเพื่อเป็นการดึงดูดกระแสการลงทุน รัฐต่าง ๆ จึงได้สร้างเครื่องมือทางกฎหมายที่ชัดเจนขึ้น อันได้แก่สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ¹ (Bilateral Investment Treaty ซึ่งในบทความต่อไปนี้จะเรียกว่า “สนธิสัญญาทวิภาคี”) เพื่อใช้เป็นหลักกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุน นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศยังเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อเยียวยาข้อบกพร่องของการขาดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายการลงทุนอันเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นสากล โดยรัฐคู่ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าวได้ตกลงร่วมกันที่จะสร้างหลักกฎหมายระหว่างที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันและปรับใช้กับกิจกรรมการลงทุนระหว่างที่อาจมีขึ้นประเทศระหว่างรัฐคู่ลงนามแห่งสนธิสัญญานั้น ซึ่งหลักกฎหมายที่มีอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการลงทุนระหว่างประเทศนี้จะรวมเอาหลักกฎหมายต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั่นเอง เช่น หลักการได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักการเวนคืนทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน หรือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ในบทความบทความนี้ต้องการที่จะชี้ให้เห็นถึงกลไกของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนฉบับต่าง ๆ กำหนดไว้ โดยจะเป็นการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับที่หลาย ๆ รัฐได้ลงนามรวมทั้งสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยได้ลงนามไว้ด้วย

จากการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีหลายฉบับพบว่า สนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยแบ่งออกเป็นสองระดับด้วยกัน ตามสถานะแห่งคู่กรณีแห่งข้อพิพาท คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ (Interstate Dispute Settlement) และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement) สนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดรายละเอียดของกระบวนการและวิธีการสำหรับการอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน (ส่วนที่ 1) การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

¹ ในปัจจุบันมีจำนวนสนธิสัญญาทวิภาคีที่ลงนามโดยรัฐต่าง ๆ มากกว่า 2,500 สนธิสัญญา ดูข้อมูลได้จากเว็บไซต์ของ ICSID <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน โดยอนุญาโตตุลาการนั้นนอกจากจะเป็นอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะกาลหรือเฉพาะคดี (ad hoc Arbitration) โดยคู่กรณีแล้ว ยังมีสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนโดยเฉพาะด้วย (ส่วนที่ 2)

1. การกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของสนธิสัญญาทวิภาคี

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีถือเป็นความก้าวหน้าที่สำคัญอย่างหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการลงทุน เนื่องจากเป็นสิ่งที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุน² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้มีพันธะทางสัญญาผูกมัดต้องนำเสนอข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากการลงทุนให้กับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ในกรณีของการลงนามสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุนฉบับต่าง ๆ นั้น จากการวิเคราะห์แล้วพบว่า รัฐผู้รับการลงทุนยินยอมที่จะผูกมัดเพื่อนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในระดับที่แตกต่างกันออกไป ในระดับที่น้อยที่สุด ข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแต่เฉพาะกรณีที่ปรากฏตามสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ โดยไม่ถือว่าเป็นการผูกมัดให้ต้องนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเกิดจากการลงทุนเข้าสู่การวินิจฉัยชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ส่วนในระดับที่สูงสุด สนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดให้เป็นสิทธิแก่นักลงทุนที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้โดยด้วยตนเอง โดยนำข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน (International Centre for the Settlement of Investment Disputes หรือ ICSID) หรืออนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดซึ่งเป็นกรณีที่พบได้ในสนธิสัญญาทวิภาคีส่วนใหญ่

การอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีมีลักษณะที่แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการทั่วไป³ กล่าวคือ เป็นอนุญาโตตุลาการที่มีการผ่อนปรนในเรื่องของการเป็นความลับในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังจะเห็นได้จากการเผยแพร่คำวินิจฉัยชี้ขาดต่อสาธารณะชนโดยความยินยอมของคู่กรณีหรือโดยอนุญาโตตุลาการเองที่เป็นผู้ชี้ขาดให้มีการเผยแพร่ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการ ICSID อันเป็นการเสริมสร้างความโปร่งใสในการพิจารณาวินิจฉัย นอกจากนี้การเผยแพร่คำวินิจฉัยของ

² SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 525 p. 525.

³ GAILLARD E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 857, PRUJINER A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel », *Rev. arb.*, 2005, n° 1, p. 83.

อนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีอย่างเป็นระบบและความสอดคล้องในการสร้างคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่ปรากฏการกลับแนวคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนในแนวปฏิบัติของ ICSID เป็นการช่วยสร้างให้เกิดการสร้างแนวคำวินิจฉัยชี้ขาด⁴ เช่นเดียวกับกรณีของคำพิพากษาของศาลสูงสุดภายในรัฐต่าง ๆ

นอกจากนี้การยอมรับให้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของบุคคลภายนอก (Amicus Curiae หรือ Amici Curiae) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีข้อพิพาทที่มีผลกระทบต่อนโยบายสาธารณะทางการเมือง การเมือง ต่อเศรษฐกิจ เป็นอย่างสูง เช่น ข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการปกป้องสิ่งแวดล้อม⁵ หรือที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุข การให้บุคคลหรือองค์กรเข้ามาในกระบวนการพิจารณาในฐานะผู้ให้ข้อมูล ข้อคิดเห็น ข้อสังเกต ในประเด็นต่าง ๆ ทั้งในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงให้กับอนุญาโตตุลาการ⁶ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนในประเด็นอันจะมีผลทำให้การทำคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปอย่างถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ซึ่งกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลภายนอกนี้เป็นแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีที่แตกต่างจากอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ

ในบทความนี้จะแสดงให้เห็นถึงการกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในสนธิสัญญาทวิภาคี ซึ่งจะมีระดับของการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับสถานะของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กล่าวคือจะแบ่งเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคี (Interstate Disputes Settlement) และการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน (Investor-State Disputes Settlement) (1.1) นอกจากนี้ยังจะแสดงถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ในสนธิสัญญาทวิภาคีที่กำหนดรายละเอียด และกระบวนการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย (1.2)

⁴ SNOUSSI M., « La cohérence de la jurisprudence du CIRDI », in Où vas le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre ; Act de colloque de Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp. 259-282.

⁵ ประเด็นเกี่ยวกับการให้บุคคลภายนอกเข้ามาให้ข้อคิดเห็นหรือข้อเท็จจริงในประเด็นต่าง ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศนี้ ได้ถูกหยิบยกมาพิจารณาครั้งแรกในคดี Methanex Corporation c/ United States, ลงวันที่ 15 ม.ค. 2001, ภายใต้การอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาว่าด้วยการเสรีทางการแลกเปลี่ยนทางการค้าแห่งอเมริกาเหนือ หรือ NAFTA ดู Decision of the Tribunal on Petition from third person to interven as Amici Curiae ลงวันที่ 15 ม.ค. 2001 คำวินิจฉัยได้จากเว็บไซต์ www.naftalaw.org และ www.state.gov/documents/organisation/17769.Pdf และดูคดี United Service of America Inc. c/ Canada, Decision of the Tribunal on Petition from third person to interven as Amici Curiae ลงวันที่ 17 ต.ค. 2001

⁶ SHELTON, "The participation of Non gouvernement or organization in International Juridical proceeding", *Am. J. Int'l.*, 1994, p. 661, ASENSIO H., "L'amicus curiae devant les juridiction international", *RGDIP*, 2001, n° 4, p. 897. et s., TEYNIER E., "L'amicus curiae dans l'arbitrage CIRDI", *Gaz. Pal.*, Nov-Dec 2005, pp. 3976-3981.

1.1 การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการตามสถานะของคู่กรณี

สนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการคุ้มครองลงทุนโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้นอยู่สองประเภทด้วยกัน โดยจะเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่ผู้ลงนามในสนธิสัญญา (ก) และกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ (ข)

1. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ (Interstate Dispute Settlement)

กรณีนี้จะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสองรัฐภาคีในสนธิสัญญาทวิภาคีตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ โดยจะเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่มีสถานะเป็นบุคคลตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อพิพาทนั้นเกิดจากข้อขัดแย้งในการปฏิบัติการตามสนธิสัญญา การปรับใช้สนธิสัญญา หรือการตีความสนธิสัญญา การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ในสนธิสัญญาไว้ล่วงหน้ามีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนทางกฎหมายและความขัดแย้งทางการเมืองอันอาจเกิดขึ้น⁷ ทั้งยังเป็นการสร้างสถานะที่ดีต่อกระแสการลงทุนระหว่างประเทศผู้ลงนามในสนธิสัญญาด้วย

จากการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับแล้วจะพบว่า โดยทั่วไปแล้ว การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้จะไม่เริ่มต้นโดยการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ โดยทันที สนธิสัญญาส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือระหว่างกัน หรือการเจรจาร่วมกันก่อนเมื่อเกิดข้อพิพาทอันเกิดจากการปรับใช้สนธิสัญญาหรือการตีความสัญญา เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างไทย-บังกลาเทศ (1988) มาตรา 10 (1) ที่กำหนดไว้ว่า

“.....Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, if possible, be settled through consultation or negotiation”

การดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อเข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทนั้นจะมีขึ้นหลังจากความพยายามระงับข้อพิพาทด้วยการปรึกษาหารือ หรือการเจรจาสองฝ่ายดังกล่าวไม่บรรลุผลหรือไม่สามารถหาข้อยุติด้วยวิธีการอื่นใดได้ เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างประเทศไทย-บาร์เรน (2002) มาตรา 10 (2) ที่กำหนดไว้ว่า

“If a dispute between the Contracting Parties can not thus be settled within six months, it shall at the request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral tribunal.”

⁷ SACERDOTI G., « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », *R.C.A.D.I.*, 1997, Tome 269, p. 251-460.

เห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นสำหรับพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้เป็นอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกาลหรืออนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะคดี (*ad hoc*) เสมอ⁸ ดังที่สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างไทย-บาร์เรน มาตรา 10 (3) ได้กำหนดองค์ประกอบของศาลอนุญาโตตุลาการไว้ดังนี้

“Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual cas as follows:

(a) each Contracting Party shall appoint one member, and these two members shall then select a national of a third State who on approval by the two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal;

(b) the said members shall be appointed within three months, and the Chairman within four months, from the date on which either Contracting Party shall have informed the other Contracting Party that it proposes to submit the dispute to an arbitral tribunal.”

2. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ (Investor-State Arbitration)

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาตินี้ นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้คำจำกัดความไว้หลายอย่างด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรียกว่า “การอนุญาโตตุลาการข้ามชาติโดยฝ่ายเดียว[ฝ่ายนักลงทุน]” (*Arbitrage Unilatéral*)⁹ หรือเรียกว่า “อนุญาโตตุลาการอันปราศจากข้อผูกมัดตามสัญญา”¹⁰ (*Arbitrage sans lien contractuel*)¹¹ หรือค่านิยามที่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมายเองไกลแซกซ็อน ที่เรียกการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ว่า “*Arbitration without Privity*”¹²

การระงับข้อพิพาทในกรณีนี้เป็นการให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งเป็นเอกชนที่ไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่องค์กรระงับข้อพิพาท

⁸ Ibid.

⁹ BEN HAMIDA W., *L'arbitrage transnational unilatéral : Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003.

¹⁰ การอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีข้อผูกพันตามสัญญานี้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID คดี SPP c/ Egypt คดีเลขที่ ARB/84/3 โดยเป็นอนุญาโตตุลาการที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายภายในของอียิปต์ ที่ให้ความยินยอมที่จะนำเสนอข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนให้กับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด

¹¹ STERN B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Mélanges Philippe KHAN*, Paris, Litec, 2003, p. 203.

¹² PLAUSSE J., « Arbitration without privity », *ICSID Rev.*, 1995, p. 241.

ระหว่างประเทศเสมือนกับมีสถานะเป็นบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนมักจะบรรจุเงื่อนไขเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนไว้เสมอ อย่างไรก็ตามก็มีสนธิสัญญาบางฉบับ¹³ ที่ไม่ได้ระบุการระงับข้อพิพาทกรณีนี้ไว้จนเป็นกรณีพิเศษที่พบได้ไม่บ่อยนักในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการลงนามสนธิสัญญาทวิภาคีประเภทนี้¹⁴

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติโดยอนุญาโตตุลาการนี้ถือเป็นความก้าวหน้าอย่างหนึ่งที่สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนนำมาสู่ระบบกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม¹⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้แนวปฏิบัติของรัฐในประชาคมระหว่างประเทศในการคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติของตนโดยวิธีการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) ล้าสมัยไปหรือถูกจำกัดขอบเขตลงไป¹⁶

วิธีการคุ้มครองทางการทูตมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐต่างชาติ¹⁷ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้เป็นกระบวนการระหว่างรัฐ ซึ่งบุคคลเอกชนซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการได้ด้วยตนเอง ต้องอาศัยรัฐที่ตนมีสัญชาตินั้นเป็นผู้ให้ดำเนินการคุ้มครอง โดยหลักแล้วการที่จะดำเนินการคุ้มครองทางการทูตได้นั้นต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่าผู้ที่ได้รับเสียหายจากการกระทำของรัฐต่างชาตินั้นได้หาใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายที่มีอยู่ในรัฐผู้ก่อความเสียหายนั้นจนหมดสิ้นวิถีทางเสียก่อน (Exhaustion of the

¹³ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างไทย-บังกลาเทศ (1988)

¹⁴ การละเว้นไม่กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนในสนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าว โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นผลจากการเจรจาระหว่างรัฐคู่สัญญา ที่ตกลงร่วมกันที่จะไม่บรรจุข้อกำหนดดังกล่าวไว้ แต่อย่างไรก็ตามหากสนธิสัญญาใดไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแบบนี้ไว้ แต่ได้กำหนดหลักการชาติผู้ได้รับประโยชน์ยิ่งกว่า หรือ Most-favored nation clause (MFN) ไว้แล้ว นักลงทุนอาจจะอ้างหลัก MFN นี้เพื่อถือเอาประโยชน์จากกระบวนการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีที่รัฐผู้มีข้อพิพาทได้ลงนามไว้กับผู้อื่น ๆ ในประเด็นดังกล่าวดูรายละเอียดได้ในคดี Salini C/ Jordan (ICSID คดีเลขที่ ARB/02/13) คำตัดสินเรื่องมีเขตอำนาจลงวันที่ 29 พ.ย. 2004, ILM 2005, p. 573 หรือคดี Maffezini c/ Spain คำตัดสินมีเขตอำนาจลงวันที่ 25 ม.ค. 2000, ICSID Rev., p. 207, ILR 2003, n° 124, p. 1. ดูรายละเอียดเพิ่มเติม CREPET DAIGREMONT C., « Le traitement de la nation la plus favorisé », Gaz.Pal., Nov-Dec, 2005, pp. 3999-4001.

¹⁵ BOUDEAU G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.* 1995, p. 15.

¹⁶ LEBEN CH., « L'évolution du droit international des investissements », in Journée d'Etude : Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?, Institute des Hautes Etudes internationales, Paris II, PEDONE, Paris, 1999, pp. 7-32.

¹⁷ AMERASINGHE C.F., *Diplomatic protection*, Oxford University Press, UK, Vol. 1, p. 350.

local remedies) จึงจะมีการคุ้มครองทางการทูตได้ อันเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ได้ แม้จะไม่มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างแน่ชัดก็ตาม¹⁸

สนธิสัญญาทวิภาคีโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยอัตโนมัติ และถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักการหาความเสียหายที่มีอยู่ในรัฐผู้เป็นเหตุแห่งความเสียหายจนหมดสิ้นเสียก่อนเหมือนกับการคุ้มกันทางการทูต¹⁹ นักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะใช้สิทธิของตัวเองเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการได้โดยทันที แม้ว่าไม่ได้ดำเนินการเรียกร้องให้มีการเยียวยาต่อองค์กรศาล หรือหน่วยงานใด ๆ ของรัฐที่ตนมีข้อพิพาทมาก่อนก็ตาม²⁰

อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาบางฉบับยังคงกำหนดให้ต้องมีการใช้วิธีการเยียวยาภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจนหมดสิ้นเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาได้²¹ แต่เป็นกรณีที่ไม่ค่อยปรากฏบ่อยนักในแนวปฏิบัติของการลงนามสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน

สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับ กำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่ศาลของรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีด้วยวิธีการฉันท์มิตร (Amicably Settlement) หรือหากศาลดังกล่าวไม่คืนคำพิพากษาภายในเวลาที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา แล้วนักลงทุนจึงจะมีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ²² นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับยังกำหนดประเภทของข้อพิพาทที่จะสามารถนำเข้าสู่การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่น

¹⁸ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Anglo-Iranian Oil Company* ลงวันที่ 22 ก.ค. 1952, *Recueil* 1952 p. 93, และคดี *Ambatielos* ลงวันที่ 19 ม.ค. 1959, *Recueil* 1959, p. 27. ดูรายละเอียดเพิ่มเติม *QUOC DIHN N., Droit International Public, 7^{ème} édition*, p. 809.

¹⁹ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *ELSI (United States v. Italy)* 20 ก.ค. 1989, *ICJ Report* 1989, p. 42.

²⁰ อย่างไรก็ตามจากแนวคำพิพากษาของศาลอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน โดยศาลอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากนักลงทุนยังไม่ได้ใช้วิธีการเยียวยาจนหมดสิ้น อันเป็นกรณีที่ข้อพิพาทมาจากเหตุของการปฏิเสธความยุติธรรม (Denial of justice) ในคำวินิจฉัยชี้ขาด ในคดี *Loewen Group International Inc. c/ United States of America* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก *DELANOY L-C et PORTWOOD T., « La responsabilité de l'Etat pour denie de justice dans l'arbitrage de l'investissement », Rev. arb., 2005, n° 3, pp. 603-643.* และคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี *Benvenuti & Bonfont c/ Congo*, ลงวันที่ 15 ส.ค. 1980 คดีเลขที่ ARB/77/2, *ICSID Rep.* 309 คำวินิจฉัย *Amco Asia Corporation and others c/ Indonesia*, คดีเลขที่ ARB/81/1, 20 พ.ย. 1984, 1 *ICSID Rep.* 413.

²¹ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกา-เยอรมนี (1993), มาตรา 9 (2) (c) เป็นต้น

²² สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลี-อาร์เจนตินา (1990), มาตรา 8 (3) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสวีเดน-เลบานอน (1991), มาตรา 9 (2) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างโบลิเวีย-เปรู (1993), มาตรา 11 (2) ดู *JUILLARD P., « Chronique de droit international économique---investissement », AFDI, 1995, p. 608.*

กำหนดให้เฉพาะข้อพิพาทในเรื่องจำนวนของค่าตอบแทนจากการเพิกถอนสิทธิ (Compensation for Expropriation) เท่านั้นที่จะสามารถนำเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้²³

ในท้ายที่สุด สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งในการระงับข้อพิพาท นักลงทุนหรือรัฐผู้รับการลงทุนสามารถเลือกนำข้อพิพาทเข้าสู่ศาลของรัฐผู้รับการลงทุนหรือเลือกที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการก็ได้²⁴ นอกจากนี้จะกำหนดให้การนำข้อพิพาทเข้าสู่ศาลภายในเป็นทางเลือกแล้ว สนธิสัญญาฯ ยังได้กำหนดรูปแบบหลายรูปแบบในการนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาชี้ขาด เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างไทย-บาร์เรน (2002) มาตรา 9 ที่กำหนดไว้ว่า

1. "All kinds of disputes or differences, including disputes over the amount of compensation for expropriation or similar measures, between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment or return of investment of that investor in the territory of the other shall be settled amicably through negotiation.

2. If such disputes or differences cannot be settled according to the provision of paragraph (1) of this Article within three months from the date of request for settlement, the investor concerned may submit the dispute to :

- (a) the competent court of the Contracting Party for decision; or
- (b) the International Centre for Settlement of Investment Disputes in case both Contracting Parties are Contracting States to the Convention on the Settlement of Investment between States and Nationals of other States, open for signature at Washington D.C. on March 18m 1965.
- (c) An ad-hoc arbitral tribunal in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law of 1976."

สนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ได้กำหนดรายละเอียดในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้แตกต่างกัน โดยไม่มีรูปแบบที่ตายตัว ซึ่งสาเหตุของความหลากหลายในการกำหนดข้อกำหนดแห่งสนธิสัญญาในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นผลจากการเจรจาต่อรองของรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญานั้น ๆ ซึ่งในบางครั้งอำนาจการต่อรองของแต่ละรัฐอาจจะไม่เท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ และยังเป็นผลจากการเจรจาต่อรองแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ซึ่งกันและ

²³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศจีนทำกับประเทศอื่น ๆ

²⁴ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลี-อัลจีเรีย (1991) มาตรา 8

กันที่จะแตกต่างกันออกไปแล้วแต่กรณี จากจำนวนที่หลากหลายของสนธิสัญญาที่ลงนามโดยรัฐต่าง ๆ ซึ่งมีมากกว่า 2,500 สนธิสัญญา จึงเป็นการยากที่จะกำหนดในสนธิสัญญาที่กำหนดไว้เหมือนกันทุกฉบับ²⁵

นอกจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาโดยแบ่งเป็นส่วนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนแล้ว ประเด็นที่พิจารณาต่อไปคือข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณารวมถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ในการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

1.2 ประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขและกระบวนการในการนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคี

แม้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นหนึ่งในทางเลือกหลาย ๆ ทางที่นักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะนำมาใช้แก้ไขสถานการณ์ความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น แต่การเลือกเข้ามาใช้วิธีนี้ นักลงทุนจำเป็นต้องคำนึงถึงเงื่อนไข และกระบวนการที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาอย่างเคร่งครัดด้วย เพราะหากละเลยข้อกำหนดดังกล่าวจะส่งผลให้ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทยืดเยื้อออกไป อันอาจจะเป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการโดยเหตุอันควรไม่ และความล่าช้าในการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้นหรือการที่มีข้อพิพาทค้างค้ำอยู่กับรัฐผู้รับการลงทุนนั้นอาจทำให้เกิดผลทางลบต่อกิจกรรมการลงทุน อันเป็นความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นที่อาจจะส่งผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อนักลงทุนอย่างร้ายแรง

ในส่วนนี้จะเป็นการชี้ให้เห็นถึงข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ที่ได้กำหนดประเด็นที่เป็นเงื่อนไข และกระบวนการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการที่สนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดไว้ และจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทวิภาคีส่วนใหญ่จะกำหนดประเด็นเกี่ยวกับเงื่อนไข รวมถึงกระบวนการต่าง ๆ ไว้ค่อนข้างละเอียด โดยแยกออกได้เป็นส่วน ๆ กล่าวคือส่วนก่อนการพิจารณาชี้ขาดซึ่งเกี่ยวกับเงื่อนไขของการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณา (ก) ในช่วงระหว่างการพิจารณาชี้ขาด (ข) และภายหลังการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะเป็นส่วนว่าด้วยการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดและส่วนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นไปอย่างสมบูรณ์ (ค)

1. เงื่อนไขการนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ

คู่กรณีแห่งข้อพิพาท หากประสงค์ที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องคำนึงถึงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีอย่างเคร่งครัด ซึ่งแบ่งออกเป็นดังนี้

²⁵ SACERDOTI G., « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », อ้างแล้ว

1) ลักษณะของข้อพิพาท

ข้อพิพาทที่สามารถนำสู่อนุญาโตตุลาการต้องมีลักษณะที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคี กล่าวคือ หากเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนนักลงทุนต่างชาตินั้น ต้องเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือหลักการของสนธิสัญญาทวิภาคี นอกจากนี้จะต้องเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการลงทุนตามความหมายของการลงทุนที่แต่ละสนธิสัญญาทวิภาคีได้ขอบเขตไว้อีกด้วย สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับอาจกำหนดรายการของข้อพิพาทที่สามารถนำสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้²⁶ และสนธิสัญญาบางฉบับยังกำหนดลักษณะข้อพิพาทให้แคบลงไปอีก โดยกำหนดไว้แต่เฉพาะข้อพิพาทอันเกี่ยวกับจำนวนค่าตอบแทนที่ให้แก่นักลงทุนผู้ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนสิทธิโดยรัฐเท่านั้นที่จะสามารถนำสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ โดยสงวนสิทธิให้ศาลของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาระหว่างสองฝ่ายไว้เป็นการล่วงหน้า²⁷

สำหรับกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ ข้อพิพาทที่จะนำเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเกี่ยวข้องกับการปรับใช้สนธิสัญญาและการตีความสนธิสัญญา อันเป็นข้อพิพาทตามหลักของกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสนธิสัญญาเท่านั้น²⁸

2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลา

โดยทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดช่วงระยะเวลาให้คู่กรณีได้ดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างฉันท์มิตรเสียก่อน และหากไม่สามารถหาข้อยุติได้จึงจะสามารถนำข้อพิพาทดังกล่าวสู่อนุญาโตตุลาการได้ โดยเฉลี่ยแล้วระยะเวลาดังกล่าวจะอยู่ในช่วงระหว่างสามถึงแปดเดือนโดยนับเริ่มตั้งแต่ที่มีการแจ้งความประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือกำหนดให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทในระยะเวลารวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

²⁶ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างแคนาดาและตรินิแดดและโตเบโก (1995) มาตรา XIII ที่กำหนดไว้ว่า "... dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, relating to a claim by the investor that a measure taken or not taken by the former Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach".

²⁷ โดยเฉพาะสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศจีนลงนามกับประเทศอื่น ๆ เช่นสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศจีนและประเทศญี่ปุ่น (1988) มาตรา 11 ประเทศจีนและอินโดนีเซีย (1994) มาตรา IX (3) เป็นต้น

²⁸ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างไทย-แคนาดา (1997) มาตรา XV (1) และ (2) ที่กำหนดไว้ว่า

(1) "Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, whenever possible, be settled amicably through consultations". (เน้น โดยผู้เขียน)

(2) "If a dispute cannot be settled through consultations, it shall, at the request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral for decision".

ในประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลา ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอันเกี่ยวพันกับระยะเวลาที่สนธิสัญญาทวิภาคีให้การคุ้มครองซึ่งมีผลต่ออำนาจในการวินิจฉัยคดีของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากข้อพิพาทที่จะเสนอให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด โดยมีรากฐานมาจากข้ออ้างตามสนธิสัญญาทวิภาคีนั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้ระยะเวลาการคุ้มครองของสนธิสัญญาทวิภาคีด้วย ซึ่งสนธิสัญญาจะกำหนดระยะเวลาของการคุ้มครองการลงทุนไว้ค่อนข้างชัดเจน²⁹ แต่ในกรณีที่มีได้กำหนดไว้แล้วย่อมเป็นไปตามหลักของการไม่มีผลย้อนกลับของสนธิสัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 ของสนธิสัญญากรุงเวียนนา³⁰ โดยส่วนใหญ่แล้วสนธิสัญญาทวิภาคีจะคุ้มครองการลงทุนที่เกิดขึ้นก่อนหรือมีอยู่ก่อนที่สนธิสัญญาทวิภาคีมีผลบังคับใช้แต่จะไม่ให้ความคุ้มครองถึงข้อพิพาทที่มีก่อนที่สนธิสัญญาทวิภาคีมีผลบังคับใช้³¹

3) ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

ความยินยอมของกลุ่มเพื่อให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้เป็นหลักที่สำคัญของการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ศาลอนุญาโตตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทหากกรณีแห่งพิพาทนั้นไม่ได้ยินยอมพร้อมกันให้ศาลอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่เป็นความยินยอมที่สามารถแยกออกจากกันตามสถานะของกลุ่ม โดยความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการของฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนนั้น เมื่อรัฐลงนามในสนธิสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการย่อมถือได้ว่ารัฐนั้นให้ยินยอมที่เป็นเสมือนข้อเสนอโดยทั่วไปที่จะยอมผูกมัดให้นำข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการ³² ส่วนกรณีของนักลงทุน ความยินยอมของนักลงทุนย่อมแสดงออกได้โดยในขณะนั้นนักลงทุนแสดงความจำนงที่จะยื่นข้อพิพาทให้เข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ย่อมถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการให้ความยินยอมไปโดยปริยาย³³

²⁹ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสหราชอาณาจักรและมาเลเซีย(1981) มาตรา 10 ที่กำหนดไว้ว่า “This Agreement shall apply to investments made in the territory of either Contracting Party in accordance with its legislation or rules by nationals or companies of the other Contracting Party prior to as well as after the entry into force of this Agreement.”

³⁰ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี MCI Power Group and New Turbine Inc c/ Equator ลงวันที่ 31 ก.ค. 2007 คดีเลขที่ ARB/03/6

³¹ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี Industria Nacional & Alimentos, SA and Indalsa Peru SA c/ Peru 5 ก.ย. 2007 คดีเลขที่ ARB/03/4 หรือ คำวินิจฉัยในคดี Helman International Hotel Als c/ Egypt ลงวันที่ 17 ต.ค. 2006 คดีเลขที่ ARB/05/19 ดู CREPET DAIGREMONT C., « Application des Traités dans le temps », Gaz.Pal., nov-dec. 2008, pp. 3871-3875.

³² GAILLARD E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », อ้างแล้ว

³³ Ibid.

ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของถ้อยคำในสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศนอร์เวย์และลิทัวเนีย (1992) มาตรา IX ที่กล่าวไว้ว่า

“...if any dispute between an investor of one Contracting Party and other Contracting Party continues to exist after a period of three months, the investor shall be entitled to submit the case to ICSID...”

2. ข้อกำหนดของสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการรับข้อพิพาทไว้โดยอย่างครบถ้วนอันอาจจะพิจารณาเป็นส่วน ๆ ได้ดังนี้

1) วิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

องค์คณะของศาลอนุญาโตตุลาการจะประกอบไปด้วยองค์คณะที่เป็นจำนวนเลขคี่เสมอ กรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ รูปแบบของอนุญาโตตุลาการจะจำกัดอยู่ในแบบศาลอนุญาโตตุลาการเฉพาะกาล (ad-hoc) โดยองค์คณะจะประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคน โดยรัฐแต่ละรัฐจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งมาทั้งสองคนนั้นจะทำการคัดเลือกอนุญาโตตุลาการขึ้นมามากกว่าหนึ่งคนเข้ามารวมเป็นองค์คณะ โดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมามากที่สุดนี้จะทำหน้าที่เป็นประธานขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ³⁴

ในกรณีที่มีเหตุขัดข้องไม่สามารถจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ครบองค์คณะได้ อันเนื่องมาจากหลาย ๆ สาเหตุด้วยกัน เช่น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้ง หรือละเลยไม่ยอมแต่งตั้งภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา กรณีเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการและได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนนั้นไว้แล้วนั้น อาจร้องขอให้บุคคลอื่นเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนฝ่ายที่บกพร่องหน้าที่นั้น โดยอาจจะร้องขอให้ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือประธานหอการค้าระหว่างประเทศ หรือเลขาธิการศาลอนุญาโตตุลาการถาวร หรือเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ เป็นผู้แต่งตั้ง ทั้งนี้แล้วเป็นไปตามเงื่อนไขว่าด้วยการแต่งตั้ง

³⁴ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีลงนามระหว่างสหราชอาณาจักรและเวียดนาม (2002) มาตรา 9 (3) ที่กำหนดไว้ในทำนองเดียวกันว่า “Such an arbitral shall be constituted for each individual case in the following way. Within two months of the receipt of the request for arbitration, each Contracting Party shall appoint one member of the tribunal. Those two members shall then select a national of a third State who on approval by two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal. The Chairman shall be appointed within two months from the date of appointment of the date of appointment of the other two members.”

อนุญาโตตุลาการที่มีกำหนดไว้แล้วในสนธิสัญญาทวิภาคีนั้นเอง³⁵

ส่วนกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติหากศาลอนุญาโตตุลาการเฉพาะกาล (ad hoc) เป็นองค์คณะที่จะชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว การแต่งตั้งองค์คณะก็จะ เป็นไปตามแนวเดียวกันกับที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ ส่วนกรณีที่คู่พิพาทเลือกที่จะนำข้อพิพาทให้กับ อนุญาโตตุลาการที่เป็นสถาบัน เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน ระหว่างประเทศหรือ อนุญาโตตุลาการ ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ซึ่งต่อไปนี้เป็นบทความจะเรียกว่า ICSID) หรืออนุญาโตตุลาการภายใต้กฎคณะกรรมการ การแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL ซึ่งต่อไปนี้เป็นบทความจะเรียกว่า UNCITRAL) หรือ อนุญาโตตุลาการสถาบันอื่น ๆ วิธีการแต่งตั้งก็จะเป็นไปตามกฎของสถาบันหรือศูนย์นั้น ๆ ดังจะ กล่าวต่อไปในส่วนที่สองของบทความนี้

2) ข้อกำหนดในการพิจารณาคดี

ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจำต้องใช้หลักกฎหมายและดำเนินการ ภายใต้หลักกฎหมาย ซึ่งจะต่างกันไปตามลักษณะของข้อพิพาท

กฎหมายที่ใช้การวินิจฉัยชี้ขาด

ในกรณีที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐนั้น กฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณา ข้อพิพาทย่อมจะเป็นไปตามหลักของกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศ เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างรัฐ ดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปรับใช้สนธิสัญญาและการตีความสัญญา อันเป็นข้อพิพาทตามหลัก กฎหมายมหาชนระหว่างประเทศซึ่งสนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่าง ชัดเจน³⁶

แต่สนธิสัญญาบางฉบับที่กำหนดในลักษณะที่แตกต่างออกไป เช่น สนธิสัญญา ทวิภาคีของประเทศเนเธอร์แลนด์ ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยเคารพกฎหมาย และตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีแห่ง

³⁵ Ibid, มาตรา 9 (4) ที่กำหนดไว้ว่า “If within the periods specified in paragraph (3) of this Article the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make any necessary appointment....”

³⁶ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน - อุรุกวัย (1993) มาตรา 8 (5) หรือสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน - สโลเวเนีย (1993) มาตรา 7 ที่กำหนดไว้ว่า “The tribunal shall reach its award in accordance with the provision on this Agreement and the rules of international law generally recognized”.

ข้อพิพาททำการระงับข้อพิพาทระหว่างกันด้วยวิธีการฉันทมิตรได้ตลอดเวลา และจะต้องตัดสินโดยคำนึงถึงข้อตกลงที่คู่พิพาทระหว่างกันด้วย³⁷

ในส่วนข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับก็มีข้อกำหนดให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดโดยคำนึงถึงกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน (รวมถึงหลักกฎหมายขัดกัน) หลักการต่าง ๆ ที่เป็นข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีและกฎเกณฑ์ และ/หรือหลักกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁸ ในกรณีที่สนธิสัญญาทวิภาคีไม่ได้กล่าวไว้อย่างเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นหน้าที่ของอนุญาตตุลาการที่จะเป็นผู้กำหนดและสรรหากฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทวันแต่คู่กรณีแห่งพิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

ในกรณีของอนุญาตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนหรือ ICSID หรือเป็นอนุญาตตุลาการที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL แล้ว สนธิสัญญาทวิภาคีก็จะกำหนดให้ใช้กฎเกณฑ์ของสถาบันนั้น ๆ ในการสรรหากฎหมายที่นำมาปรับใช้ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Procedural rules)

กรณีที่อนุญาตตุลาการของ ICSID หรืออนุญาตตุลาการตามกฎเกณฑ์ของ UNCITRAL สนธิสัญญาจะไม่ระบุวิธีวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไว้เนื่องจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ขององค์กรนั้น ๆ

ในข้อพิพาทระหว่างรัฐ สนธิสัญญาทวิภาคีส่วนใหญ่จะกำหนดหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาไว้อย่างกว้าง ๆ โดยจะกำหนดให้อนุญาตตุลาการ ทำการวินิจฉัยชี้ขาดโดยเสียงข้างมาก และคำวินิจฉัยชี้ขาดย่อมเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาท และศาลอนุญาตตุลาการจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา โดยสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดไว้ว่า

“The arbitration tribunal shall reach its decision by a majority of votes, the decision being final and binding on the Contracting Parties” และ *“the procedure of the arbitration*

³⁷ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างเนเธอร์แลนด์-โปแลนด์ (1992) มาตรา 12(6) ที่กำหนดไว้ว่า “the tribunal shall decide on the basis of respect for the law...” “...including particularly this Agreement and other relevant agreements existing between the two Contracting Parties and the universally acknowledged rules and principles of international law”

³⁸ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน-สโลวีเนีย (1993) มาตรา 8 (7) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน-อูรูกวัย (1993) มาตรา 9 (8) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิสราเอล-อินเดีย (1996) 9 มาตรา (3) (b) (ii)

*tribunal shall be determined by the tribunal itself*³⁹

นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับได้กำหนดกระบวนการพิจารณาไว้เป็นพิเศษ เช่นสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิสราเอลและตุรกี (1996) ที่กำหนดระยะเวลาให้อนุญาตตุลาการที่ได้ รับการแต่งตั้งขึ้นนั้นจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท หากไม่สามารถหาข้อตกลงได้ สนธิสัญญาทวิภาคีดังกล่าวก็กำหนดให้เลขาธิการของศาลอนุญาโตตุลาการถาวรเป็นผู้จัดทำหลัก เกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา ทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลักการที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของศาล อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁴⁰

เช่นเดียวกับข้อพิพาทระหว่างรัฐ ในกรณีของข้อพิพาทระหว่างเอกชนนักลงทุนกับ รัฐผู้รับการลงทุน สนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาจะมีกำหนดไว้แต่ เฉพาะกรณีที่เป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะกาลหรือเฉพาะคดี (*ad-hoc*) เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทเท่านั้น โดยสนธิสัญญาจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีทำข้อตกลงเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาได้ หรือ หากไม่มีข้อตกลงก็จะให้อนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นนั้นเองเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณา⁴¹

3. ข้อกำหนดของสนธิสัญญาทวิภาคีในส่วนที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยชี้ขาด

ภายหลังจากที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว คำวินิจฉัยนั้นย่อม มีเป็นที่สุดและผูกพันคู่ความ สนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดรายละเอียดในเรื่องต่าง ๆ ไว้ด้วยเช่นกัน เช่น เรื่องเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้น และในเรื่องเกี่ยวกับการยอมรับ และการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น

³⁹ “The arbitration tribunal shall reach its decision by a majority of votes, the decision being final and binding on the Contracting Parties” และ “the procedure of the arbitration tribunal shall be determined by the tribunal itself” ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวจะพบได้ในสนธิสัญญาทวิภาคีหลายฉบับ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน-ญี่ปุ่น (1988) มาตรา 13 (4) (5) สนธิสัญญาทวิภาคีอาร์เจนตินา-อียิปต์ (1992) มาตรา IX (5) (6) สนธิสัญญาทวิภาคีไทย-บังกลาเทศ (1988) มาตรา 10 (5) (a) (c) สนธิสัญญาทวิภาคีฝรั่งเศส-เวียดนาม (1992) มาตรา 11 (5) สนธิสัญญาทวิภาคีอินโดนีเซีย-เปรู (1995) มาตรา 10 (5) หรือสนธิสัญญาทวิภาคีสหราชอาณาจักร-อินเดีย (1994) มาตรา 10 (5) เป็นต้น

⁴⁰ สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิสราเอล-ตุรกี (1996) มาตรา 9 (6) กำหนดไว้ว่า “The tribunal have three months from the date of this selection of the chairman to agree upon rules of procedure, consistent with the provisions of this Agreement, In the absence of such agreement, the tribunal shall request the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration to designate rules of procedure taking into account generally recognized rules of international arbitral procedure”,

⁴¹ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างเยอรมนี-บาร์บาโดส (1994) มาตรา 11 (2) (4)

1) ข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย

โดยทั่วไปแล้วหน้าที่ความรับผิดชอบในเรื่องเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันเกิดจากกระบวนการพิจารณาข้อเป็นไปตามที่ศาลตั้ง ศาลอนุญาโตตุลาการจะทำคำวินิจฉัยมาพร้อมกับข้อกำหนดในเรื่องของการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณารวมไว้ในคำวินิจฉัยนั้น สนธิสัญญาทวิภาคีส่วนใหญ่จะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดเกี่ยวกับค่าใช้จ่าย⁴² โดยศาลอาจจะกำหนดให้คู่พิพาทรับผิดชอบในจำนวนเท่า ๆ กันหรือตามที่ศาลเห็นควร สนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจน โดยจะกำหนดให้คู่ความแห่งข้อพิพาทรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาร่วมกันและในจำนวนที่เท่า ๆ กันโดยมิต้องรอให้ศาลอนุญาโตตุลาการเป็นผู้สั่ง⁴³

2) การยอมรับและการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

สนธิสัญญาทวิภาคีโดยส่วนใหญ่ได้กำหนดไว้ว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการ ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วย่อมมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่ความ หลักการทั่วไปยอมรับและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลหรือองค์กรตุลาการต่างชาตินี้จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏตามสนธิสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ หรือสนธิสัญญานิวยอร์ค ปี 1958 ซึ่งจะมีผลบังคับกับคู่ลงนามในสนธิสัญญานิวยอร์คนี้ โดยคำนึงบทบัญญัติทางกฎหมายของประเทศที่จะทำการบังคับตามคำพิพากษาดัง

สนธิสัญญาทวิภาคีได้บางฉบับ⁴⁴ ได้กำหนดไว้โดยสิ้น ๆ โดยให้เรื่องเกี่ยวกับการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญานิวยอร์ค ปี ค.ศ. 1958

จะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนในภาพรวมแล้ว ได้กำหนดกลไกเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างจะละเอียดและชัดเจนไม่ว่าจะเป็นกรณีสำหรับข้อพิพาทระหว่างรัฐ หรือกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนซึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ

⁴² ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างไทย-บังกลาเทศ (1988) มาตรา 10 (5) (b) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสวิตเซอร์แลนด์-โปแลนด์ (1989) มาตรา 10 (8) หรือสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างฝรั่งเศส-เวียดนาม (1992) มาตรา 11 (5)

⁴³ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน-ญี่ปุ่น (1988) มาตรา 13 (6) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างจีน-อุรุกวัย (1993) มาตรา 8 (7) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิสราเอล-ตุรกี (1996) มาตรา 9 (7) หรือสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลี-รัสเซีย (1996) มาตรา 10 (5) เป็นต้น

⁴⁴ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างเยอรมนี-โปแลนด์ (1989) มาตรา 11 (4) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างนอร์เวย์-เปรู (1995) มาตรา 9 (3)

นักลงทุนแม้จะไม่มีข้อผูกพันตามสัญญาการลงทุนกับรัฐตามหลักกฎหมายเอกชน หากได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของรัฐนั้น นักลงทุนสามารถที่จะเรียกร้องค่าชดเชย ความเสียหายนั้นได้ โดยอ้างถึงการละเว้นหน้าที่ของรัฐตามสนธิสัญญา โดยเรียกร้องต่อศาล อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและอยู่นอกเหนือการควบคุมของอำนาจอธิปไตย ของรัฐ ด้วยเหตุดังกล่าวสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง และควรค่าแก่การให้ความสนใจ ซึ่งอาจจะถือได้ว่าสนธิสัญญาทวิภาคีถูกใช้เป็นเครื่องมือทาง กฎหมายระหว่างประเทศที่ส่งผลต่อกิจกรรมการลงทุนระหว่างประเทศโดยตรงและมุ่งที่จะให้หลัก ประกันแก่นักลงทุน ในสถานะที่กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศยังไม่มี ความแน่นอนและยังไม่มีกฎที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วสนธิสัญญาทวิภาคีได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนในการเลือกที่จะ เสนอข้อพิพาทแก่นอนุญาโตตุลาการหลายรูปแบบด้วยกัน โดยอาจจะเป็นอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นเพื่อ พิจารณาคดีโดยเฉพาะ หรืออาจจะเป็นอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะ

จึงเป็นที่น่าสนใจที่จะกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการที่เป็นรูปแบบที่เป็นทางเลือก สำหรับนักลงทุนที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคีในส่วนที่สองของบทความฉบับนี้

2. รูปแบบของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่สนธิสัญญาทวิภาคีกำหนดไว้

ในกรณีข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนระหว่างประเทศ นอกจากคู่กรณีแห่ง ข้อพิพาทจะสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะ (ad-hoc) เพื่อมา ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด คู่กรณียังสามารถที่จะเลือกใช้รูปแบบอื่น ๆ ของอนุญาโตตุลาการให้เข้ามาทำ หน้าที่ดังกล่าวได้ ตามที่สนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ได้กำหนดไว้ให้เป็นตัวเลือกไว้

การเลือกอนุญาโตตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นถือเป็นสิทธิโดยชอบ ธรรมของผู้ที่มีข้อพิพาท โดยคู่กรณีแห่งพิพาทย่อมคำนึงถึงส่วนได้ส่วนเสียจากการนำข้อพิพาทให้กับ อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องเกี่ยวกับวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณา การนำเสนอพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในกระบวนการพิจารณา ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความประสงค์ของคู่ กรณีแล้วในกรณีที่คู่กรณีประสงค์ที่จะสงวนสิทธิในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่แล้ว การเลือกให้อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกาลเข้ามาทำหน้าที่ดู เหมือนจะเป็นตัวเลือกที่เหมาะสมที่สุด แต่หากคู่กรณีประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์ที่ วางไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจนเพื่อลดข้อขัดแย้งในกระบวนการพิจารณาอันอาจจะมีขึ้น การเลือกให้ อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะ หรือภายใต้สังกัดสถาบันอนุญาโตตุลาการดูเหมือนจะเป็น

ทางเลือกที่แน่นอนและสอดคล้องกับกรณียิ่งกว่า อย่างไรก็ตามการเลือกแบบของอนุญาโตตุลาการนี้มีปรากฏหลักฐานที่แน่นอนว่าอนุญาโตตุลาการแบบใดจะให้ผลดีผลเสียเหนือกว่าการเลือกแบบอื่น ๆ⁴⁵

กระบวนการที่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทพยายามที่จะยื่นข้อพิพาทให้กับองค์กรที่ให้ประโยชน์ต่อตนมากที่สุดหรือ “forum shopping” นี้เป็นหลักการที่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายในกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศและในระบบกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ⁴⁶ แต่ในกรณีของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนี้ “forum shopping” จะมีความหมายที่แตกต่างออกไป กล่าวคือโดยส่วนหนึ่งนักลงทุนจะได้รับสิทธิโดยตรงจากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเพื่อยื่นคำร้องให้อนุญาโตตุลาการแบบต่าง ๆ หรือศาลท้องถิ่น เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อันเป็นข้อกำหนดโดยเฉพาะที่สนธิสัญญาทวิภาคีมักจะกำหนดไว้เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์อย่างแท้จริงให้กับนักลงทุน⁴⁷ และในอีกส่วนหนึ่งนักลงทุนต่างชาติหรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับอาจจะใช้การเลือกองค์กรเพื่อการระงับข้อพิพาทนี้ร่วมกับการเลือกใช้สนธิสัญญาที่ให้ประโยชน์แก่ตนมากที่สุด อีกทั้งยังมีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทเดียวกันนั้นไปดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทกับองค์กรหลายองค์กรพร้อม ๆ กันก็ได้⁴⁸

สนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่แล้วกำหนดให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนหรืออนุญาโตตุลาการ ICSID อันเป็นศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเป็นอนุญาโตตุลาการตัวเลือกที่จะเข้ามาระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุน (2.1) นอกจากนี้สนธิสัญญาทวิภาคียังให้สิทธิคู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งอาจจะไม่ใช่อนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับปัญหาการลงทุนโดยตรงเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (2.2) อีกด้วย

1.1 อนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุน ICSID

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอัน

⁴⁵ LOWENFELD A., *International Economic Law*, Oxford University Press, New York, 2002.

⁴⁶ ดู BELL A., “Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation”, *Oxford Private International Law Series*, 2003, PARK W., “International Forum Selection”, *Kluwer Law International*, 1995.

⁴⁷ GUILLARD E., อ้างแล้ว

⁴⁸ OCDE, *Improving the system of Investor-State Dispute settlement ; an overview*, OCDE working paper on international investment, n° 2006/1, 2006.

เกิดจากการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนักลงทุนระหว่างประเทศ⁴⁹ ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญา
แห่งวอชิงตัน ลงนามเมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 (มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966)
ภายใต้การนำของธนาคารโลก ซึ่งถือเป็นศูนย์พิเศษที่มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในด้านกฎหมายการ
ลงทุนระหว่างประเทศ ในปัจจุบันมีประเทศผู้ลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วเป็นจำนวน 154
ประเทศ⁵⁰ แม้ว่าประเทศไทยจะได้ลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวแต่จนถึงปัจจุบันนี้ยังไม่ได้มีการ
ดำเนินการเพื่อให้สัตยาบันรับรองสนธิสัญญาแต่อย่างใด⁵¹ แต่เมื่อวิเคราะห์การจากแนวปฏิบัติในการ
ลงนามสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศอื่น ๆ แล้วย่อมเห็นได้ว่าประเทศไทยมี
เจตจำนงที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวและยอมรับศูนย์ดังกล่าวในฐานะองค์กรระงับข้อพิพาท
ระหว่างประเทศอันเกิดจากการลงทุน⁵²

ในสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดให้อนุญาตตุลาการ ICSID เป็นตัวเลือกหนึ่งเสมอ ตัวอย่าง
ถ้อยคำในข้อกำหนดดังกล่าว เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างไทย-ฟิลิปปินส์ (1995) มาตรา 11 (2) ที่
กำหนดไว้ว่า

“...the national and company may submit the dispute, at his choice, for settlement to :

*... b) the International Centre for Settlement to the Convention on the Settlement of
investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at
Washington D.C. on March 18, 1965; ...”*

ศาลอนุญาโตตุลาการ ICSID ได้ทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทอันมีรากฐานมาจาก
สนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนเป็นครั้งแรกในคดี *Asian Agricultural Products Ltd
v. Sri Lanka*⁵³ และจากสถิติของศูนย์จะพบว่ามีการร้องขอให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัย

⁴⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติม เช่น AMADIO, *Le Convention internationale de l'investissement privé et la Convention de
la Banque Mondiale de 18 Mars 1965*, L.G.D.J., Paris, 1967 OBADIA E., “Investment Treaties and Arbitration: current and
emerging issues”, 18 *News from ICSID*, 2001, n° 2 BEN HAMIDA W., *L'arbitrage transnational unilatéral; Réflexions sur
une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Paris II, 2003.

⁵⁰ ณ วันที่ 4 พ.ย. ค.ศ. 2007 ข้อมูลจากเว็บไซต์ ของ ICSID

⁵¹ ประเทศไทยได้ลงนามเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม 1985

⁵² ตัวอย่างเช่นสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศไทย-สวีเดน (1997) มาตรา 11 ที่กล่าวไว้ว่า “In the
event of both Contracting Parties' having become members of, the Convention of Washington of March 18, 1965 on the
Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of others States, each Contracting Party shall consent to
submit any legal dispute that may arise out of investments made by an investor of the other Contracting Party to conciliation
or arbitration at the request of such an investor in accordance with the provisions of the said Convention.”

⁵³ (1992) 17 *YCA* 106.

ชี้ขาดข้อพิพาทโดยอ้างจากสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนเป็นจำนวนมากขึ้นทุกปี⁵⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยที่จะยื่นคำร้องต่อ ICSID⁵⁵ จำนวนคำร้องขอที่มากขึ้นดังกล่าวทุกปีนี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของศูนย์ต่อระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID ที่มีส่วนช่วยเสริมสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้หลักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

การร้องขอให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นจะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่สนธิสัญญาวอชิงตันกำหนดไว้ อันเป็นเงื่อนไขในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (ก) และในขณะเดียวกันเป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากกลไกการระงับข้อพิพาทแบบนี้อย่างชัดเจนและการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID อันมีลักษณะเฉพาะที่ทำให้ศูนย์เป็นสถาบันที่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนระหว่างประเทศ (ข)

1. เงื่อนไขในการร้องขอให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

มาตรา 25 (1) ของสนธิสัญญาวอชิงตัน กำหนดเงื่อนไขในการร้องขอให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนระหว่างประเทศ โดยคู่กรณีพิพาทจะต้องให้ความยินยอมทั้งสองฝ่ายในการที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่อนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทจะต้องเป็นประเด็นในทางกฎหมาย โดยคู่กรณีจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาด้วย

1) เงื่อนไขเกี่ยวกับความยินยอม

ความยินยอมของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่จะให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทถือเป็น “เสาหลัก” ของสนธิสัญญาวอชิงตัน⁵⁶ กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ศูนย์ ICSID ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยหรือการอนุญาโตตุลาการนี้ยึดติดอย่างแท้จริงกับหลักความยินยอมของคู่กรณีแห่งพิพาท ความยินยอมของคู่สัญญาในการให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นอาจมาจากหลาย ๆ แบบด้วยกันเช่นจากข้อกำหนดของสัญญาระหว่างคู่ความ หรือจากตัวบทกฎหมายภายในของรัฐต่างๆ ในส่วนนี้จะกล่าวถึงการเรียกร้องให้ระงับข้อพิพาทโดยมีฐานมาจากสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนเท่านั้น

⁵⁴ 7 สำนวนในปี 1999 9 สำนวนในปี 2000 12 สำนวนในปี 2001 16 สำนวนในปี 2002 ดู GAILLARD E., บทความข้างแล้ว

⁵⁵ OCDE, *Improving the system of Investor-State Dispute settlement ; an overview*, OCDE working paper on international investment, อ้างแล้ว

⁵⁶ รายงานของคณะกรรมการผู้บริหารของธนาคารโลกเกี่ยวกับสนธิสัญญาวอชิงตันเพื่อเสนอสนธิสัญญาดังกล่าวให้กับรัฐบาลของประเทศสมาชิกของธนาคารโลก ย่อหน้าที่ 23

ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ในสนธิสัญญาทวิภาคีที่มีข้อกำหนดให้นำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID นั้นย่อมพึงหมายความว่า รัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคีได้ผูกพันที่จะยอมรับอย่างไม่มีเงื่อนไขให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดหากนักลงทุนร้องขอ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการก่อข้อผูกพันฝ่ายเดียวไว้ล่วงหน้า ในส่วนของนักลงทุนไม่มีหน้าที่อื่นใดอีก เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นนักลงทุนให้ความยินยอมในการให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในขณะที่ได้ยื่นคำร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทนั่นเอง

ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่ ฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนประสงค์ที่จะเรียกร้องเอาถ้อยคำกับนักลงทุนต่างชาติแล้ว ประเด็นเรื่องความยินยอมต่ออนุญาโตตุลาการนี้ทำให้เกิดผลที่ต่างกันออกไป เนื่องจากสนธิสัญญาอสังกัตกำหนดให้การยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเกิดจากความยินยอมทั้งสองฝ่าย แต่หากเป็นกรณีที่ปราศจากข้อผูกมัดทางสัญญาระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติแล้ว การอ้างสนธิสัญญาทวิภาคีย่อมไม่ปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายนักลงทุนได้ให้ความยินยอมแต่อย่างใด ซึ่งทำให้รัฐผู้รับการลงทุนย่อมไม่สามารถที่จะเรียกร้องเอากับนักลงทุนต่างชาติโดยเสนอข้อพิพาทให้กับอนุญาโตตุลาการ ICSID โดยอ้างข้อกำหนดแห่งสนธิสัญญาทวิภาคี จึงจะเห็นได้ว่าการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทจากการลงทุนอันมีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญาทวิภาคีนี้เป็นกรณีของนักลงทุนที่จะเรียกร้องเอาได้แต่ฝ่ายเดียว โดยเหตุนี้นักวิชาการจึงได้ให้คำนิยามการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้ว่า อนุญาโตตุลาการแต่ฝ่ายเดียวดังที่ได้กล่าวมาแล้ว⁵⁷

2) คู่กรณีแห่งข้อพิพาท

การจะร้องขอให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีได้นั้น จะต้องเป็นกรณีของข้อพิพาทระหว่างบุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาอสังกัตและบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐแห่งข้อพิพาทที่ได้ลงนามในสนธิสัญญาเช่นกัน ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการของ ICSID จะมีขึ้นเฉพาะกรณีรัฐกับบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทเท่านั้น

มาตรา 25 (2) ของสนธิสัญญา ICSID ได้ให้คำนิยามของคำว่าบุคคลผู้มีสัญชาติไว้ซึ่งหมายรวมทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล ในกรณีของบุคคลธรรมดานั้นมักจะไม่ค่อยมีความยากลำบากในการกำหนดมากนักกว่าเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐใดเนื่องจากสนธิสัญญาทวิภาคีแต่ละฉบับได้กำหนดวิธีการกำหนดสัญชาติของบุคคลไว้อย่างชัดเจน แต่ในกรณีของนิติบุคคลนั้นมีความสลับซับซ้อนมากกว่าในกรณีของบุคคลธรรมดา เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการจำแนกว่านิติบุคคลเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐใดนั้นมีความหลากหลายและซึ่งต้องอาศัยการวิเคราะห์คำวินิจฉัยชี้ขาดของ

⁵⁷ ดู PRUJINER A., บทความ, อ้างแล้วและ BEN HAMIDA W., วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, อ้างแล้ว

อนุญาโตตุลาการ ICSID เพื่อทำความเข้าใจถึงวิธีการจำแนกสัญญาของนิติบุคคลอื่นเป็นปัญหาที่อยู่ในขอบเขตของการศึกษา จึงจะไม่กล่าวไว้ในบทความนี้⁵⁸

สำหรับข้อพิพาทที่มาจากพื้นฐานของสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุนนี้ จะไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการจำแนกสัญญาของบุคคลผู้ร้องขอ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีนั้น ได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาไว้อย่างชัดเจนถึงบุคคลที่ถือว่าเป็นคนชาติของรัฐร่วมลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคี อีกทั้งข้อกำหนดในสนธิสัญญาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนผู้มีสัญชาติของรัฐอีกรัฐหนึ่งผู้ลงนามในสนธิสัญญาทวิภาคี จึงเป็นกรณีที่เข้าใจง่ายที่จะร้องขอให้อนุญาโตตุลาการ ICSID ระงับข้อพิพาทได้

3) ลักษณะของข้อพิพาท

ข้อพิพาทที่จะสามารถนำสู่อนุญาโตตุลาการ ICSID ได้ นั้น มาตรา 25 (1) สนธิสัญญาอสังคัมกำหนดเงื่อนไขต้องเป็นข้อพิพาทในข้อกฎหมายและเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนเท่านั้น ในส่วนข้อพิพาทที่เป็นข้อกฎหมายนั้นอาจกล่าวได้โดยย่อ เช่น ข้อพิพาทอันเกิดจากการบกพร่องในหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทวิภาคี การตีความสนธิสัญญา ความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการเพิกถอนสิทธิของเอกชนโดยรัฐหรือการโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ รวมทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าทดแทนจากการเพิกถอนสิทธิหรือการโอนทรัพย์สินมาเป็นของรัฐนั้นด้วย

สำหรับเงื่อนไขที่ต้องเป็นข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้น มาตรา 25 (1) สนธิสัญญาอสังคัมได้ให้คำนิยามของคำว่าการลงทุนไว้แต่อย่างไร เนื่องจากการให้คำนิยามไว้อย่างชัดเจนนั้นแม้จะเป็นการให้ความชัดเจน แต่ในขณะเดียวกันเป็นการจำกัดขอบเขตของความหมายของการลงทุนลงไปซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับกระบวนการลงทุนที่มีการพัฒนารูปแบบอยู่เสมอ⁵⁹

การกำหนดว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจใดที่จะถือว่าเป็นการลงทุนนั้นในทางทฤษฎีนั้นจะแบ่งออกเป็น 2 แนวด้วยกัน โดยใช้ลักษณะทางอัตวิสัย (Subjective) และลักษณะทางภววิสัย หรือวัตถุวิสัย (Objective)

การใช้ลักษณะทางภววิสัยนั้นมีสาระสำคัญโดยกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จะถือได้ว่าเป็นการลงทุนนั้นจะต้องเป็นกิจกรรมที่นำมาซึ่งแหล่งทุน (Apport) ภายใต้วงระยะเวลาหนึ่ง (Time during) โดยนักลงทุนเป็นผู้ที่ยอมรับความเสี่ยงอันเกิดจากการลงทุนนั้น (Risk factor) และกิจกรรม

⁵⁸ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมจาก LONCLE J-M., « La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI », RAD/IBLJ, n° 6, 2005, p 729.

⁵⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมจาก LONCLE J-M., "The investment notion under ICSID decisions", IBLJ, n° 3, 2006.

นั้นต้องมีส่วนช่วยในการพัฒนาประเทศผู้รับการลงทุนด้วย (host country developpement) ซึ่งเรียกอีกอย่างว่าคุณลักษณะ Salini⁶⁰ ซึ่งคุณลักษณะดังกล่าวได้รับการยืนยันต่อ ๆ มาในแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ICSID⁶¹

ในส่วนของคุณลักษณะตามทฤษฎีอรรถวิสัยนั้น การจำแนกว่ากิจกรรมใดเป็นการลงทุนหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งคู่กรณีอาจตกลงกันด้วยสัญญา หรือโดยกฎหมายของรัฐ หรือภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีใด ๆ ซึ่งแนวทฤษฎีนี้ได้รับแรงสนับสนุนจากรายงานของคณะกรรมการบริหารของธนาคารโลก⁶²

แต่สำหรับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนอันมีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญาทวิภาคีที่นำมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ ICSID นั้น สนธิสัญญาทวิภาคีส่วนใหญ่จะให้คำจำกัดความของคำว่า “การลงทุน” ไว้อย่างชัดเจนแล้ว⁶³ ดังนั้นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอันมีรากฐานมาจากสนธิสัญญาทวิภาคีจึงจำกัดภายใต้คำนิยามของการลงทุนที่สนธิสัญญาทวิภาคีแต่ละฉบับได้กำหนดไว้

2. กระบวนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICSID นั้นแบ่งเป็นสองกระบวนการด้วยกัน คือ กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย และการระงับข้อพิพาทโดยศาลอนุญาโตตุลาการ ในบทความนี้จะกล่าวแต่ถึงส่วนของกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

⁶⁰ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี Salini c/ Morocco ลงวันที่ 23 ก.ค. 2001, JDI, 2001, p. 196.

⁶¹ ดูคำวินิจฉัยในคดี Joy Mining Machinery Ltd c/ Egypt ลงวันที่ 6 ส.ค. 2004 ดูได้จาก www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf หรือในคำวินิจฉัยในคดี Patrick Mitchell c/ Congo, คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเฉพาะการ ICSID ลงวันที่ 1 พ.ย. 2006 หมายเลข ARB/99/7 หรือคำวินิจฉัยในคดี Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c/ Malaysia คำวินิจฉัยไม่มีเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเดี่ยว ลงวันที่ 17 2007 หมายเลขคดี ARB/05/10 ดูได้จาก <http://ita.law.uvic.ca/documents/MEIS-jurisdiction.pdf>

⁶² รายงานของคณะกรรมการแห่งธนาคารโลก, อ้างแล้ว ดูได้จาก www.worldbank.org/icsid.basicdoc-fr/partB-section05.htm

⁶³ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาระหว่างจีน-ประเทศลาว (1993) มาตรา 1 ที่กำหนดไว้ว่า “For the purpose of this Agreement

1. The term “investment” means every kind of asset invested by investors of one Contracting State in accordance with the laws and regulations of the other Contracting State in the territory of the Latter, including mainly.

- (a) movable and imovable property and other property rights;
- (b) shares in companies or others forms of interest in such companies;
- (c) a claim to money or to any performance having an economic value;
- (d) copyrights, industrial property, know-how and technological process
- (e) concessions conferred by law, including concessions to search for or to exploit natural resources.”

สนธิสัญญาว่าจ้างได้กำหนดกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID ไว้อย่างครบถ้วน ทั้งนี้จะต้องดูสนธิสัญญาดังกล่าวประกอบไปพร้อม ๆ กับกฎเกณฑ์เพิ่มเติม⁶⁴ ซึ่งกำหนดขึ้นโดยศูนย์ ICSID นั้นเอง

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง นอกจากเป็นสิ่งที่ช่วยให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตรงต่อความประสงค์ของคู่กรณีพิพาทมากที่สุดแล้ว ยังเป็นสิ่งที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICSID แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ

1) ลักษณะเฉพาะของกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID

กระบวนการพิจารณาที่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง

กระบวนการพิจารณาที่มีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเองหมายความว่าภายใต้กฎเกณฑ์ของอนุญาโตตุลาการ ICSID การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมหรือตรวจสอบหรือต้องเอากลไกอื่นใดอีกเช่น อำนาจศาลภายในของรัฐ โดยสนธิสัญญาว่าจ้าง มาตรา 44⁶⁵ ได้ให้อำนาจของศาลอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการชี้ขาดปัญหาทุกกรณีที่จะเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณา เพื่อให้การดังกล่าวแล้วเสร็จไปอย่างราบรื่น จึงเป็นที่ยืนยันแก่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทได้ว่า อนุญาโตตุลาการ ICSID จะเป็นผู้ตอบสนองต่อเหตุการณ์ต่าง ๆ ได้อย่างครบถ้วนโดยไม่จำเป็นต้องไปพึ่งพากระบวนการของศาลยุติธรรมภายในของรัฐอีก แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการ ICSID จะดำเนินการโดยไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับใดเลย เพราะภายใต้กฎเกณฑ์ของศูนย์ ICSID คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการอาจจะถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการชั่วคราวของ ICSID (ad hoc Committee) ทั้งนี้เป็นไปตามที่สนธิสัญญาว่าจ้างได้กำหนดไว้⁶⁶

นอกจากกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะมีความแน่นอนชัดเจนแล้ว กฎเกณฑ์ยังมีความยืดหยุ่นโดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีแห่งพิพาทสามารถทำข้อตกลงให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปโดยวิธีการตามที่คู่กรณีประสงค์ได้ ยกเว้นแต่กฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญอย่างเด็ดขาด

⁶⁴ Additional facility Rules ; Arbitration, schedule C ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ วันที่ 10 เมษายน 2006 ซึ่งสามารถดูได้จากเว็บไซต์ของ ICSID ที่ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

⁶⁵ “Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.”

⁶⁶ มาตรา 50-52 ของสนธิสัญญาว่าจ้าง

เช่น เรื่องการแต่งตั้งองค์คณะของอนุญาโตตุลาการ โดยตกลงกันไว้เป็นข้อตกลงล่วงหน้า หรือในวันที่ยื่นคำร้องให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้ที่มีเอกสิทธิ์ในข้อพิพาท

เมื่อคู่กรณีนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID แล้ว ย่อมหมายความว่าคู่กรณียินยอมที่จะสละที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น และให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแต่เพียงผู้เดียว⁶⁷

เนื่องจากในข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนคู่กรณีมีสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทให้กับองค์กรหลาย ๆ แบบเป็นผู้พิจารณาชี้ขาด (forum shopping) ดังที่ได้อธิบายไปอย่างคร่าว ๆ มาก่อนหน้านี้แล้ว การที่ข้อกำหนดแห่งสนธิสัญญาอาเซียน กำหนดให้ถือว่าคู่กรณีแห่งข้อพิพาทสละสิทธิในการยื่นคำร้องให้ระงับข้อพิพาทกับสถาบันอื่นเมื่อได้ยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการ ICSID นี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้คู่กรณีแห่งข้อพิพาทแสวงหาประโยชน์อันเกินควรจากข้อพิพาทเดียวกันนั้น โดยเรียกร้องค่าเสียหายจากมูลเหตุแห่งข้อพิพาทเดียวกันนั้นกับสถาบันระงับข้อพิพาทหลาย ๆ แห่งในเวลาเดียวกัน นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อขัดแย้งของคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของสถาบันต่าง ๆ ในข้อเท็จจริงอันเดียวกันนั้นอีกด้วย ความเป็นผู้มีเอกสิทธิ์ในข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ICSID นี้ยังได้รับการยืนยันโดยหลักการที่อนุญาโตตุลาการ ICSID มีสิทธิที่จะออกคำสั่ง หรือคำแนะนำให้แก่อำนาจหรือองค์กรของรัฐ งดเว้นการดำเนินการทางศาลหรือการดำเนินการใด ๆ ต่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเพื่อที่จะให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแต่เพียงผู้เดียว⁶⁸

อย่างไรก็ตามหลักการนี้ก็มีข้อยกเว้น หากข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีหรือในสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (Investment Agreement) กำหนดให้คู่กรณีต้องหาทางเยียวยาความเสียหายโดยเรียกร้องเอาที่ศาลหรือองค์กรภายในของรัฐเสียก่อน (Exhaustion of local remedies) ก่อนที่จะส่งข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้ชี้ขาดก็จะต้องดำเนินการตามข้อกำหนดนั้น แต่จะเห็นได้ว่าสำหรับข้อพิพาทอันมีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญาทวิภาคีแล้วข้อยกเว้นดังกล่าวมีความสำคัญในทางปฏิบัติค่อนข้างน้อย เนื่องจากสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการลงทุนที่กำหนดให้ต้องใช้การเยียวยาจากองค์กรภายในของรัฐก่อนนั้นปรากฏอยู่ไม่มากนัก

⁶⁷ มาตรา 26 สนธิสัญญาอาเซียน “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

⁶⁸ คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี CSOB c/ Slovakia ลงวันที่ 11 ม.ค. 1999 และ 1 มี.ค. 2000 ดูเพิ่มเติม GAILLARD E., « Il est interdit d'interdire : Réflexion sur l'utilisation des anti-suit injunction dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004, n° 1, p. 47-62.

ระยะเวลาสำหรับกระบวนการพิจารณา

ระยะเวลาสำหรับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ICSID นั้นจะมีความแตกต่างกันออกไป ระยะเวลาโดยเฉลี่ยสำหรับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ICSID จะอยู่ในระยะเวลาโดยประมาณ สองปีหกเดือน ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาดำเนินการสำหรับข้อพิพาทอื่นเกี่ยวกับการลงทุนซึ่งบางครั้งมีความซับซ้อนเป็นอย่างมากหากเปรียบเทียบกับกระบวนการของศาลยุติธรรมต่าง ๆ

ความแตกต่างของการใช้เวลาในการพิจารณาชี้ขาดในข้อพิพาทต่างเกิดจากสาเหตุหลายประการด้วยกัน เช่น ขั้นตอนการแต่งตั้งองค์คณะของศาลอนุญาโตตุลาการในแต่ละกรณีใช้ระยะเวลาไม่เท่ากัน หรือกระบวนการพิจารณาจะยืดเยื้อออกไปหากมีการเปลี่ยนแปลงตัวอนุญาโตตุลาการอันเกิดจากเหตุต่าง ๆ เช่น การเสียชีวิตของอนุญาโตตุลาการ การลาออกจากตำแหน่งหรือจากสาเหตุอื่น ๆ นอกจากนี้เวลาของการพิจารณาอาจจะขยายออกไปเนื่องจากคู่กรณีแห่งข้อพิพาทเอง เช่น กรณีที่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่ต้องการเลื่อนกระบวนการพิจารณาเพื่อที่จะหาข้อตกลงระหว่างกันเพื่อการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร หรือกรณีที่มีการโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการซึ่งย่อมส่งผลให้กระบวนการพิจารณาในข้อเท็จจริงแห่งคดีต้องล่าช้าออกไป

ค่าธรรมเนียม

อนุญาโตตุลาการ ICSID ยึดแนวปฏิบัติในการที่จะลดค่าธรรมเนียมในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้ได้มากที่สุด ซึ่งในปัจจุบันอัตราค่าธรรมเนียมในการยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการ ICSID จะอยู่ที่ 25,000 ดอลลาร์สหรัฐ⁶⁹ ซึ่งคู่กรณีที่ยื่นคำร้องจะต้องจ่ายไว้ในขณะยื่นคำร้อง อันจะเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับค่าธรรมเนียมองค์คณะอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายทางการบริหาร

ในส่วนที่แตกต่างจากองค์กรอื่น ๆ อนุญาโตตุลาการแห่งสนธิสัญญาวอชิงตัน จะกำหนดให้คู่กรณีแห่งพิพาทจ่ายค่าธรรมเนียมล่วงหน้าสำหรับกระบวนการพิจารณา (ค่าธรรมเนียมสำหรับองค์คณะอนุญาโตตุลาการ ค่าจ้างผู้แปล ค่าเช่าสถานที่ เป็นต้น) โดยจะจำกัดให้จ่ายเป็นอัตราสำหรับช่วงระยะเวลาสามถึงหกเดือนเท่านั้น ไม่ได้กำหนดให้คู่กรณีต้องชำระล่วงหน้าในจำนวนค่าใช้จ่ายทั้งหมดแต่อย่างใด

ในเรื่องการแบ่งปันความรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ นั้น โดยหลักแล้วคู่กรณีจะแบ่งความรับผิดชอบในส่วนที่เท่า ๆ กัน ซึ่งสนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดไว้ล่วงหน้าดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้ว เว้นแต่ว่าคู่กรณีตกลงกันไว้เป็นอย่าง

⁶⁹ เป็นอัตราปัจจุบันที่เริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2008

อื่นหรือศาลอนุญาโตตุลาการสั่งไว้เป็นอย่างอื่นในระหว่างการพิจารณา⁷⁰ และการกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในท้ายที่สุดและรูปแบบการจ่ายจะต้องปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของคำวินิจฉัยชี้ขาดด้วย⁷¹

2) กฎเกณฑ์อันเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา

ในการระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ระงับข้อพิพาทของ ICSID จะแบ่งเป็นสองส่วนด้วยกัน ได้แก่ การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย (Conciliation) และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งแต่ละส่วนนั้นจะมีอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์โดยเฉพาะที่ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนโดยคณะกรรมการฝ่ายบริหารได้ออกกฎออกมา แม้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยจะมีความสำคัญเท่าเทียมกัน ในส่วนของบทความนี้จะกล่าวถึงแต่ในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

กฎว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ ICSID⁷² ได้กำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นนั้นดำเนินการรวมองค์คณะในระยะเวลาอันเร็วที่สุด เพื่อที่จะพิจารณากำหนดความประสงค์ของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทในเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอันเป็นการนัดรวมคู่กรณีพิพาทครั้งแรกและหารือกันในเรื่องต่าง ๆ เช่น เรื่องเกี่ยวกับองค์ประชุมขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา การยกเว้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการเขียนหรือโดยปากเปล่า รูปแบบของการแบ่งปันรับผิดชอบค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ส่วนที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งได้แก่การกำหนดสถานที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยหลักการแล้ว มาตรา 62 และ มาตรา 63 ของสนธิสัญญาอูชิงตัน สถานที่หลักของอนุญาโตตุลาการ ICSID จะอยู่ที่กรุงวอชิงตันดีซี แต่ก็มีสถานที่อื่นที่ศูนย์ ICSID ได้ทำข้อตกลงเฉพาะไว้เช่น ณ กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ หรือกรุงกัวลาลัมเปอร์ ในมาเลเซีย แต่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทสามารถที่จะทำข้อตกลงเกี่ยวกับสถานที่ในการพิจารณานี้ โดยได้รับความเห็นชอบจากศาลอนุญาโตตุลาการภายหลังจากที่มีการปรึกษากับเลขานุการทั่วไปของศูนย์ ICSID เสียก่อน ทั้งนี้การกำหนดสถานที่พิจารณาจะดูจากความเหมาะสมตามสถานการณ์ของคู่กรณี

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ICSID จะเริ่มขึ้นตั้งแต่ที่ได้มีการยื่นคำร้องต่อศูนย์ ICSID และเมื่อศูนย์รับคำร้องดังกล่าว ก็จำเป็นต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาทำ

⁷⁰ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมจาก RAUX M., « La charge des coûts de l'arbitrage dans la jurisprudence du CIRDI », *Gaz.Pal.*, nov-dec 2007, pp. 3869-3871.

⁷¹ สนธิสัญญาอูชิงตัน มาตรา 61 (2)

⁷² ดูฉบับได้จาก <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp>

หน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งศาลอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาก็จะดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ICSID

การยื่นคำร้องต่อศูนย์รับข้อพิพาท ICSID

ผู้ที่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้รับข้อพิพาทนั้นจะต้องยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อเลขาธิการทั่วไปของ ICSID พร้อมทั้งสำเนาจำนวนห้าฉบับ โดยจะต้องระบุวัตถุประสงค์ที่จะให้มีการรับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ คำร้องต้องทำขึ้นโดยภาษาที่เป็นทางการตามที่ศูนย์กำหนด ลงนามและลงวันที่โดยผู้ยื่นคำร้อง โดยคำร้องจะต้องระบุถึงข้อกำหนดสนธิสัญญาทวิภาคีที่ให้สิทธิแก่ผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศูนย์ ระบุถึงรายละเอียดเกี่ยวกับคู่กรณีแห่งข้อพิพาท รายละเอียดเกี่ยวกับข้อตกลงในเรื่องกระบวนการพิจารณาหากคู่กรณีแห่งข้อพิพาทได้ตกลงกันไว้ ทั้งนี้จะต้องชำระค่าธรรมเนียมซึ่งได้กล่าวมาแล้วในขณะที่ยื่นคำร้องนั้นด้วย⁷³

เมื่อได้รับคำร้องแล้วเลขาธิการทั่วไปก็จะทำการประทับตรารับและส่งคำร้องพร้อมทั้งเอกสารที่เกี่ยวข้องไปให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เลขาธิการทั่วไปจะทำการลงบันทึกคำร้องและแจ้งไปยังคู่กรณี วันที่บันทึกคำร้องนั้นถือว่าเป็นวันเริ่มต้นแห่งกระบวนการพิจารณา⁷⁴

สนธิสัญญาออสเตรีย-สวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 36 (3) ให้อำนาจแก่เลขาธิการทั่วไปที่จะปฏิเสธไม่รับคำร้องได้ หากเห็นว่าคำร้องนั้นไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจการพิจารณาของศูนย์อย่างชัดเจน เช่น กรณีที่เป็นคำร้องที่ไม่ครบเงื่อนไขเกี่ยวกับความยินยอม คุณสมบัติของคู่กรณี หรือลักษณะของข้อพิพาท ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

การแต่งตั้งศาลอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว ศาลอนุญาโตตุลาการจะได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีแห่งข้อพิพาท อย่างไรก็ตามหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือคู่กรณีไม่สามารถที่จะตกลงกันในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ประธานของคณะกรรมการบริหารของศูนย์ ICSID⁷⁵ จะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งเมื่อได้รับคำร้องจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง และภายหลังจากที่ได้ปรึกษารายชื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแล้ว

สนธิสัญญาออสเตรีย-สวิตเซอร์แลนด์ ให้เสรีภาพแก่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทในการที่จะแต่งตั้งศาลอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ข้อกำหนดเด็ดขาดที่คู่กรณีไม่สามารถที่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น โดยสนธิ

⁷³ ARBITRATION (ADDITIONAL FACILITY) RULES, มาตรา 1-4

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ คณะกรรมการบริหารของศูนย์ ICSID เป็นองค์กรที่แยกออกจากกันซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนจากรัฐแต่ละรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาออสเตรีย-สวิตเซอร์แลนด์ ประธานของคณะกรรมการบริหารผู้มีอำนาจเต็มคือผู้ว่าการธนาคารโลกนั่นเอง

สัญญากำหนดให้ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้แต่งตั้งศาลอนุญาโตตุลาการเดิมนั้น จำนวนของ อนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นมาจะต้องเป็นจำนวนเลขคู่เสมอ⁷⁶ และจำนวนอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ของศาลอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมานั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่นนอกเหนือ จากสัญชาติของรัฐคู่กรณีและสัญชาติของรัฐที่ผู้ลงทุนนั้นถือสัญชาติอยู่⁷⁷

ในกรณีของการแต่งตั้งศาลอนุญาโตตุลาการโดยประธานของคณะกรรมการบริหาร นั้น จะเป็นการแต่งตั้งโดยเลือกจากบัญชีรายชื่อของอนุญาโตตุลาการที่เลขาธิการทั่วไปของศูนย์ ICSID ที่เป็นผู้มีไว้ในครอบครอง⁷⁸

การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการ ICSID จะเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้การปรับใช้กฎหมาย ซึ่งการ หาตัวบทกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้นั้น แนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามมาตรา 42 ของ สนธิสัญญาว่าอสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการปรับใช้ข้อกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงร่วมกันไว้ หรือกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะปรับใช้เพื่อชี้ขาดข้อพิพาท ศาลอนุญาโตตุลาการจะใช้ กฎหมายของรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาว่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้น ๆ โดยจะรวมถึง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายขัดกัน และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง⁷⁹

ข้อกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันนั้น ไม่ได้จำกัดแต่เป็นกฎหมายภายในของรัฐ เท่านั้น แต่รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

ในกรณีที่ข้อพิพาทอันมาจากสนธิสัญญาทวิภาคีนี้ หากสนธิสัญญาทวิภาคีได้ กำหนดกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่การระงับข้อพิพาทแล้วอนุญาโตตุลาการก็จะนำกฎหมายที่ได้ ระบุนั้นไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้ แต่หากสนธิสัญญาทวิภาคีไม่ได้ระบุกฎหมายไว้ และหากคู่กรณี แห่งข้อพิพาทมิได้ทำข้อตกลงกันเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ ก็ย่อมเป็นหน้าที่ของ อนุญาโตตุลาการ ICSID ที่จะเป็นผู้สรรหากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ภายใต้มาตรา 42 (2) ของสนธิ สัญญาว่าอสังหาริมทรัพย์⁸⁰

⁷⁶ สนธิสัญญาว่าอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 37 (2)

⁷⁷ Ibid, มาตรา 39

⁷⁸ Ibid, มาตรา 13 (1) รัฐแต่ละรัฐผู้ลงนามในสนธิสัญญาว่าอสังหาริมทรัพย์สามารถที่จะเสนอชื่อบุคคล จำนวน 4 ชื่อไว้ใน บัญชีรายชื่อบุคคลที่อาจจะได้รับเลือกเพื่อทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ

⁷⁹ มาตรา 42 (1) “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”

⁸⁰ ดู GAILLARD E., บทความข้างแล้ว

การแม้ว่ามาตรา 42 (2) ดังกล่าวจะกำหนดรายการกฎหมายไว้ตามลำดับ แต่เป็นที่เห็นร่วมกันแล้วว่าการปรับใช้กฎหมายของศาลอนุญาโตตุลาการนั้นจะใช้กฎหมายที่ระบุไว้เป็นลำดับหรือใช้ร่วมกันก็ได้⁸¹

การทำคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้ทำการฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทแล้ว ศาลอนุญาโตตุลาการก็จะต้องทำคำวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลอนุญาโตตุลาการจะต้องมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา ศาลอนุญาโตตุลาการจะทำคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นหนังสือโดยเป็นไปตามเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการซึ่งชี้ขาดประเด็นที่คู่กรณีได้นำมาสู่ศาล พร้อมทั้งให้เหตุผลทุกประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาด และจะมีการลงนามท้ายคำวินิจฉัยชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการที่เห็นชอบตามคำวินิจฉัยนั้น โดยอนุญาโตตุลาการอาจทำความเห็นแย้งไว้ในคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นด้วยก็ได้

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมถึงที่สุดและผูกมัดคู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่จะต้องปฏิบัติตาม เว้นแต่กรณีที่มีคำร้องให้ทำการพิจารณาใหม่เนื่องจากการค้นพบเหตุการณ์ใหม่และการร้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดอันเนื่องมาจากข้อผิดพลาดเกี่ยวกับกระบวนการแต่งตั้งศาลอนุญาโตตุลาการ การใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของสมาชิกคนใดคนหนึ่งของศาลอนุญาโตตุลาการ หรือการละเลยอย่างร้ายแรงต่อหลักการพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา หรือการปราศจากการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย ซึ่งการร้องขอดังกล่าวจะกระทำได้ภายใต้ขอบเขตของศูนย์ ICSID นั้นเอง⁸²

3) การยอมรับและการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID

คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID นั้นย่อมผูกพันคู่กรณีแห่งข้อพิพาท การระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการจะเกิดประโยชน์สูงสุดก็ต่อเมื่อคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นได้รับการยอมรับและมีการปฏิบัติตาม โดยเหตุนี้ มาตรา 54 แห่งสนธิสัญญาอชิงตันจึงได้กำหนดให้รัฐต่าง ๆ ผู้ลงนามในสนธิสัญญายอมรับลักษณะที่มีผลผูกพันของคำชี้ขาดและรับรองเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดเช่นเดียวกับการบังคับตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลในรัฐต่าง ๆ นั้นเอง และมาตราดังกล่าวของสนธิสัญญาอชิงตันนี้ยังกำหนดว่า การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนี้สามารถกระทำได้โดยการแสดงสำเนาคำชี้ขาดที่ได้รับการรับรองจากเลขาธิการ

⁸¹ DELAUME G., « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux investissements », *JDI*, 1982, n° 4, pp. 775-843.

⁸² มาตรา 50-52 ของสนธิสัญญาอชิงตัน

ทั่วไปแก่ศาลผู้มีเขตอำนาจหรือองค์กรอื่นๆ ของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การกำหนดไว้ในสนธิสัญญาอาจขัดแย้งเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เป็นการหลีกเลี่ยงข้อยุ่งยากอันอาจจะเกิดขึ้นจากกระบวนการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานิวยอร์ค ปี ค.ศ. 1958

และภายใต้มาตราดังกล่าว การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID จะต้องไม่ถูกโต้แย้งด้วยข้ออ้างเกี่ยวกับการการคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล (Jurisdiction Immunity) หรือการคุ้มกันจากการบังคับคดี (Execution Immunity) ของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาท ศาลผู้มีเขตอำนาจเมื่อได้รับการร้องขอให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดแล้วจะต้องทำการบันทึกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID ดังกล่าวโดยเพียงแต่คู่กรณีที่ร้องขอแสดงคำชี้ขาดต่อศาลเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว และรัฐผู้ตกอยู่ภายใต้การบังคับคตินั้นย่อมถือเสมือนว่าได้สละสิทธิ์ที่อ้างข้ออ้างเกี่ยวกับการไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีหรือการไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาใด ๆ ไว้ล่วงหน้าแล้ว

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการบังคับคดีของคำพิพากษาดังประเทศหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID นั้นเป็นกระบวนการที่เป็นไปโดยอัตโนมัติอันเป็นส่วนช่วยให้กระบวนการระงับข้อพิพาททุกส่วนมีความสมบูรณ์อย่างแท้จริง เพราะเป็นที่แน่นอนว่าแม้จะมีคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่เห็นพ้องกับเหตุผลของนักลงทุนและพิพากษาให้นักลงทุนเป็นผู้ชนะคดีแล้ว คำพิพากษาดังกล่าวย่อมด้วยความสำคัญลงไปหากนักลงทุนต่างชาติไม่สามารถที่จะทำการบังคับคดีตามคำพิพากษาได้

1.2 อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์อื่น

นอกจากสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดให้คู่กรณีแห่งข้อพิพาทในคดีพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนอันเกี่ยวข้องกับการลงทุนมีสิทธิที่จะนำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกาล (ad-hoc) หรืออนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้แล้ว สนธิสัญญาทวิภาคียังกำหนดทางเลือกของอนุญาโตตุลาการรูปแบบอื่นไว้เป็นตัวเลือกแก่คู่กรณีแห่งข้อพิพาท อันได้แก่อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL)

นอกจากนี้ยังจะกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการตามแบบของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) ซึ่งแม้สนธิสัญญาทวิภาคีจะไม่ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ไว้ในสนธิสัญญา แต่จะพบได้ว่าคู่กรณีสามารถที่จะเลือกให้อนุญาโตตุลาการของ ICC เข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนได้

อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL และอนุญาโตตุลาการ ICC นี้ถือได้ว่าเป็นกรณีพิเศษเนื่องจากกฎเกณฑ์ของ UNCITRAL และอนุญาโตตุลาการ ICC มิได้มีจุดมุ่งหมายหรือความเชี่ยวชาญหรือมุ่งเน้นปัญหาอันเกี่ยวกับด้านกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศโดยเฉพาะ แต่เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทางการค้าระหว่างประเทศ⁸³ ดังนั้นในขอบเขตของบทความฉบับนี้จะกล่าวถึงอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้โดยสังเขปเพื่อความเข้าใจแบบกว้าง ๆ เท่านั้น

1. อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL

ที่ประชุมใหญ่ของสหประชาชาติได้ลงมติรับกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการนี้เมื่อวันที่ 18 เมษายน 1976 โดยมติของที่ประชุมใหญ่เลขที่ 31/98 15 ธันวาคม 1976 ได้แนะนำให้ใช้กฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการนี้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ อันมีพื้นฐานมาจากความเชื่อมั่นที่ว่า การสร้างหลักเกณฑ์อนุญาโตตุลาการที่แน่นอนที่ได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกของสหประชาชาติที่มีความแตกต่างกันทั้งทางด้านระบบกฎหมาย ทางสังคม หรือทางเศรษฐกิจ จะเป็นส่วนช่วยส่งเสริมและพัฒนาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ

กฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ⁸⁴ ดังกล่าวนี้นี้ ได้มีการเพิ่มเติมในปี 1980 และปี 1985 โดยเพิ่มเติมด้วยทางกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท ได้แก่ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับ⁸⁵ ได้อ้างอิงถึงอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL ในฐานะที่เป็นรูปแบบหนึ่งของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทสามารถจะเลือกเข้ามาใช้ในการระงับข้อพิพาท

ข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการแบบนี้ไว้พร้อม ๆ กับอนุญาโตตุลาการ ICSID เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างเนเธอร์แลนด์-เวียดนาม (1994) ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9 (2) ดังนี้

"If such disputes can not be settled..." "...the disputes shall, at the request of the national concerned, be submitted to an ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special

⁸³ ดู EISEMANN F., "Conciliation as a means of settlement of international business disputes : The UNCITRAL Rules as compared with the ICC System", in SANDERS P., The art of Arbitration : Essays on international arbitration, Kluwer law and Taxation Publishers, 1982.

⁸⁴ กฎเกณฑ์ดังกล่าวสามารถหาได้จากเว็บไซต์ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

⁸⁵ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอินโดนีเซีย-ซีเรีย (1997) มาตรา VIII (3) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลี-เวียดนาม 5 (1990) มาตรา 9 (2) b) สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างไทย-บาร์เรน (2002) มาตรา 9 (2) c

agreement or one established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law". (เน้นโดยผู้เขียน)

ซึ่งใน (3) ของมาตราเดียวกันของสนธิสัญญาทวิภาคีที่ยกตัวอย่างนี้ จะกำหนดให้เป็นส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาอสังขัตหรืออนุญาโตตุลาการ ICSID โดยไม่ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการแบบใดเป็นแบบหลัก

จะเห็นได้ว่าลักษณะของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL นี้เป็นอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจหรือเฉพาะกาล (ad-hoc) แบบหนึ่ง กล่าวคือเป็นอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นโดยคู่กรณีแห่งข้อพิพาทเอง ภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะคือกฎของ UNCITRAL โดยไม่ได้เป็นอนุญาโตตุลาการที่สังกัดสถาบันเหมือนกับกรณีของศูนย์รับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ ICSID แต่ส่วนที่มีข้อแตกต่างกับระบบอนุญาโตตุลาการ ad-hoc ที่แท้จริง คือระบบอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL จะมีกลไกที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 ถึง 13 ของกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ UNCITRAL ในเรื่องของความช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในบางครั้งอาจเรียกได้ว่าเป็นอนุญาโตตุลาการแบบกึ่งจัดการ (Semi-organized arbitration)⁸⁶

เช่นเดียวกับระบบอนุญาโตตุลาการของ ICSID กระบวนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL นั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตกลงและความยินยอมร่วมกันของคู่กรณีพิพาท⁸⁷ โดยคู่กรณีแห่งพิพาทต้องทำความยินยอมหรือข้อตกลงเป็นหนังสือในการให้อนุญาโตตุลาการ UNCITRAL เป็นผู้รับข้อพิพาท ซึ่งสนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคู่กรณีต้องทำข้อตกลงเป็นพิเศษเพื่อการดังกล่าว เช่น สนธิสัญญาระหว่างเนเธอร์แลนด์-เวียดนาม (1994) ที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างต้นนี้

2. อนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC)

ระบบของอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ หรือ ICC⁸⁸ นี้โดยหลักแล้วจะมุ่งในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามคู่กรณีแห่งข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนก็สามารถที่จะเลือกให้อนุญาโตตุลาการของ ICC เป็นผู้รับข้อพิพาทได้

สภาหอการค้าระหว่างประเทศตั้งขึ้น ณ กรุงปารีส ในปี ค.ศ. 1919 โดยรวมเอาศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรในปี ค.ศ. 1923 ซึ่งอนุญาโตตุลาการ

⁸⁶ FOUCHARD P., *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

⁸⁷ มาตรา 1.1 R ของกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ UNCITRAL

⁸⁸ ดู SHÄFER E., VERBIST H., IMHOOS CH., *L'arbitrage de la Chambre de Commerce International (CCI) en pratique*, Bern, Bruxelles, 2002.

ดังกล่าวจะทำการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ⁸⁹

กฎเกณฑ์ฉบับแรกสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1923 ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขหลายครั้งด้วยกันคือ ในปี ค.ศ. 1927 ปี ค.ศ. 1955 ปี ค.ศ. 1975 และในปี ค.ศ. 1988 ซึ่งกฎเกณฑ์ฉบับแก้ไขล่าสุดมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1998 เป็นต้นมา

ดูเหมือนว่าระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของ ICC นี้แทบจะไม่ปรากฏเลยในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุน แต่จะพบได้ในข้อกำหนดในการระงับข้อพิพาทของสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreement) เสียเป็นส่วนใหญ่⁹⁰ ซึ่งอันอาจจะมีผลมาจากความเชี่ยวชาญขององค์กรที่ไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศ และการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคนั้นจะเน้นในเรื่องข้อกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งการที่สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศบางสัญญาได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ ICC เป็นผู้มีอำนาจในการระงับข้อพิพาทนั้นสืบเนื่องมาจากลักษณะของสัญญาการลงทุนระหว่างนั้น ๆ เองที่อาจมีส่วนที่เกี่ยวข้องหรือรวมเอาเรื่องการค้าไว้ในสัญญาด้วย⁹¹

บทสรุป

การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการนั้น นับเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากซึ่งจะเห็นได้จากจำนวนคำร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทต่อศูนย์อนุญาโตตุลาการ ICSID ที่มีจำนวนมากขึ้นทุกปี และอีกทั้งมีความเรียบง่ายมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาทต่อองค์กรอื่น เช่น องค์กรศาลภายในของรัฐต่าง ๆ ซึ่งนักลงทุนต่างชาติอาจจะไม่มีความคุ้นเคยกับระบบหรือความยากลำบากอันเกิดจากอุปสรรคทางด้านภาษา

นอกจากนี้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการดังกล่าวนี้ยังทำให้เกิดความเชื่อมั่นกับนักลงทุนต่างชาติในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐคู่กรณีแห่งพิพาท รัฐต่าง ๆ นอกจากจะใช้สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนที่ได้กำหนดให้การระงับ

⁸⁹ กฎเกณฑ์ดังกล่าวสามารถค้นดูได้จากเว็บไซต์ <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html> ดู IMHOOS CH., "The new 1998 ICC Rules of Arbitration", RDAI, 1997, p. 991-1022, REINER A., "Le règlement d'arbitrage de la CCI version 1998", Rev. arb., 1998, n° 1, pp. 25-82.

⁹⁰ LEBOULANGER P., Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, Paris, Economica, 1985 ซึ่งผู้เขียนได้เปรียบเทียบระบบการระงับข้อพิพาทในสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศต่าง ๆ จากตัวอย่างของสัญญาจำนวน 33 สัญญาที่ได้วิเคราะห์พบว่า 11 สัญญาที่ระบุให้อนุญาโตตุลาการ ICC เป็นผู้ระงับข้อพิพาท

⁹¹ Ibid

ข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนโดยอนุญาตตุลาการไว้เป็นมาตรการหนึ่งในการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศแล้วยังได้ใช้เป็นเครื่องมือในการดึงดูดกระแสการลงทุนให้เข้ามาในประเทศด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการที่ให้เอกชนมีสิทธิเยี่ยงบุคคลระหว่างประเทศในการนำข้อพิพาทให้กับอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดนั้นถือเป็นวิวัฒนาการใหม่อย่างหนึ่งที่ระบบการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนโดยอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศได้นำมาสู่ระบบกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม ซึ่งทำให้แนวปฏิบัติทางกฎหมายระหว่างประเทศบางอย่างเช่นการคุ้มครองทางการทูต ค่อยความสำคัญลงไป จึงเป็นสิ่งสำคัญสำหรับนักกฎหมาย และรัฐต่าง ๆ ที่จะต้องทำความเข้าใจอย่างชัดเจนทั้งนี้เพื่อที่จะได้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวให้เกิดประโยชน์ได้อย่างแท้จริง



บรรณานุกรม

หนังสือและบทความภาษาอังกฤษ

- BELL A., "Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation", *Oxford Private International Law Series*, 2003, PARK W., "International Forum Selection", *Kluwer Law International*, 1995.
- EISEMANN F., "Conciliation as a means of settlement of international business disputes : The UNCITRAL Rules as compared with the ICC System", in SANDERS P., *The art of Arbitration : Essays on international arbitration*, Kluwer law and Taxation Publishers, 1982.
- LOWENFELD A., *International Economic Law*, Oxford University Press, New York, 2002.
- OCDE, *Improving the system of Investor-State Dispute settlement ; an overview*, OCDE working paper on international investment, n° 2006/1, 2006.
- PLAUSSON J., « Arbitration without privity », *ICSID Rev.*, 1995, p. 241.
- SACERDOTI G., « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », *R.C.A.D.I.*, 1997, Tome 269, pp. 251-460.
- SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- SHELTON, "The participation of Non government or organization in International Juridical proceeding", *Am. J. Int'l.*, 1994. p. 661.

หนังสือและบทความภาษาฝรั่งเศส

- AMADIO, *Le Convention internationale de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale de 18 Mars 1965*, L.G.D.J., Paris, 1967.
- ASENSIO H., "L'amicus curiae devant les juridiction international", *RGDIP*, 2001, n° 4, p 897 et s.
- BEN HAMIDA W., *L'arbitrage transnational unilatéral ; Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Paris II, 2003.
- BOUDEAU G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. arb.* 1995, p. 15.

- CREPET DAIGREMONT C., « Application des Traités dans le temps », *Gaz.Pal.*, nov-dec. 2008, pp. 3871-3875.
- _____, « Le traitement de la nation la plus favorisé », *Gaz.Pal.*, Nov-Dec, 2005, pp. 3999-4001.
- DELANOY L-C et PORTWOOD T., « La responsabilité de l'Etat pour denie de justice dans l'arbitrage de l'investissement », *Rev. arb.*, 2005, n° 3, pp. 603-643.
- DELAUME G., « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux investissements », *JDI*, 1982, n° 4, pp. 775-843.
- FOUCHARD P., *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- GAILLARD E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, pp. 853-877.
- _____, « Il est interdit d'interdire : Réflexion sur l'utilisation des anti-suit injunction dans l'arbitrage commercial international », *Rev.arb.*, 2004, n° 1, pp. 47-62.
- LEBEN CH., « L'évolution du droit international des investissements », in *Journée d'Etude : Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Institute des Hautes Etudes internationales, Paris II, PEDONE, paris, 1999, pp. 7-32.
- LONCLE J-M., « La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI », *RADI/IBLJ*, n° 6, 2005, p. 729.
- LONCLE J-M., « The investment notion under ICSID decisions », *IBLJ*, n° 3, 2006.
- LEBOULANGER P., *Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985.
- OBADIA E., « Investment Treaties and Arbitration : current and emerging issues », *18 News from ICSID*, 2001, n° 2
- RAUX M., « La charge des coûts de l'arbitrage dans la jurisprudence du CIRDI », *Gaz.Pal.*, nov-dec 2007, pp. 3869-3871.
- ScHäFER E., VERBIST H., IMHOOS CH., *L'arbitrage de la Chambre de Commerce International (CCI) en pratique*, Bern, Bruxelles, 2002.
- SNOUSSI M., « La cohérence de la jurisprudence du CIRDI », in *Où vas le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre ; Act de colloque de Tunis*, Paris, Pedone, 2006, pp. 259-282.
- STERN B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Mélanges Philippe KHAN*, Paris, Litec, 2003 p. 203.
- TEYNIER E., « L'amicus curiae dans l'arbitrage CIRDI », *Gaz. Pal.*, Nov-Dec 2005, pp. 3976-3981.