

## บทที่ 2

### ขอบอำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่หนึ่งข้างต้นว่า อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ ได้รับการร่างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างกลไกในทางระหว่างประเทศที่จะให้รัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนผู้ลงทุนสามารถนำไปใช้ระงับข้อพิพาทที่อาจมีขึ้นเนื่องจากการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างกันนั้นๆ เพื่อเป็นหลักประกันและสนับสนุนให้เกิดบรรยากาศที่ดีทางการลงทุน ดังนั้นเพื่อให้อนุสัญญาฯ สามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ จึงจำเป็นที่อนุสัญญาฯ จะต้องมีข้อบัญญัติที่มีลักษณะพิเศษที่ทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามอนุสัญญาฯ นี้ แตกต่างไปจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จัดขึ้นโดยองค์กรอื่นๆ เท่าที่เคยมีมา อย่างไรก็ตามในการพิจารณาหลักทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้นว่าที่มาของอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีเมื่อมีการตกลงที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการนั้น ก็ยังคงต้องยึดตามหลักการโดยทั่วไปทางแนวคิดและทฤษฎีทางการอนุญาโตตุลาการอยู่

#### 1. แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ

การที่จะสามารถนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่คู่กรณีได้ตกลงกันที่จะมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันนั้นให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่มีความเป็นกลางเข้ามาทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของคู่กรณี ซึ่งอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยความตกลงโดยสมัครใจของคู่กรณี ทั้งนี้เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่มีได้ดำเนินการขึ้นโดยอำนาจของระบบยุติธรรมภายในของรัฐ (Rene David; Arbitration in International Trade, 1985, หน้า 5) ดังนั้นการวิเคราะห์หลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาเรื่องขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่ามีเพียงไรนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง 4 ทฤษฎี ดังนี้

- ก. ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdiction Theory)
- ข. ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)
- ค. ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)
- ง. ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

ก.) ทฤษฎีที่ถือว่า การชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdiction Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่าการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมเพื่อพิจารณาข้อพิพาทนั้นถือเป็นสิทธิและอำนาจโดยเด็ดขาดของรัฐ การที่จะใช้กระบวนการของอนุญาโตตุลาการมาเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทจึงเป็นเพียงข้อยกเว้นที่รัฐเปิดโอกาสให้สามารถดำเนินการได้ในทางคดีแพ่งเท่านั้น รัฐจึงสามารถที่จะเข้าไปควบคุมและกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการได้อย่างเต็มที่ กฎหมายภายในของรัฐที่มีการทำการอนุญาโตตุลาการจึงมีผลโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยตรง ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทได้หรือไม่ รวมไปถึงการบังคับตามคำชี้ขาดจะทำได้หรือไม่เพียงไรจึงต้องขึ้นกับกฎหมายภายในของรัฐที่มีการทำการอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น หากกฎหมายภายในไม่ยินยอมที่จะให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือไม่ยินยอมให้อำนาจแก่นอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หรือไม่ยอมรับที่จะบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดก็ไม่มีผลตามกฎหมายแต่อย่างใด เท่ากับทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงสิ่งที่รัฐจะอนุญาตให้นำมาใช้ได้เท่านั้น ไม่ใช่สิทธิพื้นฐานที่คู่กรณีจะสามารถเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทได้โดยอิสระ เพราะการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามขอบเขตที่กฎหมายภายในของรัฐที่จะทำการอนุญาโตตุลาการนั้นยอมรับตัวอนุญาโตตุลาการเองโดยแท้จริงแล้วจึงหาอำนาจที่จะกระทำการใดๆ เกี่ยวกับคำชี้ขาดไม่ได้ เพราะฉะนั้นหากการดำเนินการใดๆ ของอนุญาโตตุลาการขาดกฎหมายภายในรองรับก็จะถือเป็นอันไร้ผลแต่หากกฎหมายภายในยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทของตนให้แก่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดด้วยแล้ว การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ถือเสมือนหนึ่งเป็นคำวินิจฉัยของศาลภายในรัฐ ข้อแตกต่างก็มีเพียงตัวผู้ทำคำตัดสินก็คือผู้พิพากษาเป็นผู้ทำคำพิพากษาที่ได้รับอำนาจและการแต่งตั้งโดยตรงจากรัฐ ในขณะที่อนุญาโตตุลาการนั้นแม้จะได้รับมอบอำนาจให้อำนวยการยุติธรรมแต่การแต่งตั้งนั้นเกิดมาจากความประสงค์ของคู่กรณี (สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ; ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 109)

ตามทฤษฎีนี้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเพียงเรื่องที่รัฐมอบอำนาจในการอำนวยการยุติธรรมให้เอกชนทำหน้าที่ดังกล่าวแทนรัฐในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนดเท่านั้น หากรัฐไม่มอบอำนาจดังกล่าว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลที่จะบังคับได้ การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดต้องบังคับผ่านทางศาลภายในของรัฐโดยศาลภายในรัฐต้องให้ความเห็นชอบกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวและยอมรับบังคับคดีให้เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลนั่นเอง ตามแนวคิดของทฤษฎีนี้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอิสระในการใช้กฎหมายเพราะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยการนำกฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐมาปรับใช้ทำนองเดียว

กับศาล ทฤษฎีนี้จึงเน้นที่ความแน่ชัดของผลในทางกฎหมายของคดีพิพาท และบังคับว่าคำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาตตุลาการทำการพิจารณาคดี (อนันต์ จันทร์โอภากร : ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 23)

แต่อย่างไรก็ตามข้อบกพร่องของทฤษฎีนี้ก็ยังคงมีอยู่ กล่าว คือ ในบางครั้งเมื่อประเทศที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการเป็นแต่เพียงประเทศที่ได้รับการเลือกให้เป็นสถานที่สำหรับการจัดการอนุญาตตุลาการขึ้น อาจจะด้วยความสะดวกในการดำเนินการหรือเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่ต้องการให้การดำเนินการอนุญาตตุลาการมีขึ้นในประเทศที่เป็นกลาง ดังนั้นเมื่อประเทศที่มีการทำการอนุญาตตุลาการหาได้เป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียหรือเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ก็ไม่ควรที่จะต้องนำกฎหมายของประเทศดังกล่าวมาใช้เป็นหลักสำหรับการอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด (พิชัยศักดิ์ หรบายกูร, การอนุญาตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นทางทฤษฎี, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 8) ทฤษฎีนี้ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยกลุ่มประเทศสังคมนิยมเป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้เพราะสถาบันอนุญาตตุลาการในประเทศสังคมนิยมมักจะเป็นองค์กรที่ดำเนินการโดยสถานประกอบการค้าแห่งชาติ (National Chamber of Commerce) ซึ่งมีไชองค์กรภาคเอกชน การบริหารงานของศูนย์การอนุญาตตุลาการในประเทศเหล่านี้ยังคงมีความผูกพันและถือเป็นหน่วยงานส่วนหนึ่งของรัฐบาลสังคมนิยมนั้นๆ เอง

ข.) ทฤษฎีถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้ถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องที่มีลักษณะของสัญญาอย่างชัดเจน เพราะการอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นจากความตกลงโดยเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี คู่กรณีจึงมีสิทธิและเสรีภาพที่จะตกลงกันถึงเรื่องระบบของอนุญาตตุลาการชอบอำนาจของอนุญาตตุลาการ กระบวนการพิจารณาชี้ขาด กฎเกณฑ์, ข้อบังคับตลอดจนกฎหมายที่จะนำมาเพื่อใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการได้อย่างเต็มที่ เมื่อถือว่าการอนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา คำชี้ขาดซึ่งเป็นผลมาจากสัญญาอนุญาตตุลาการจึงถือเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายใดละเลยไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการคู่กรณีอีกฝ่ายก็อาจจะขอให้มีการบังคับคดีโดยใช้อำนาจศาลภายในแต่การบังคับนั้นมิใช่เป็นการบังคับในฐานะที่จะถือว่าคำชี้ขาดเป็นคำพิพากษาหากแต่ถือว่าเป็นการบังคับตามสัญญาที่ไม่ได้รับการปฏิบัติระหว่างคู่กรณี (สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, เล่ม

1, 2535, หน้า 111) ทฤษฎีนี้ได้ปฏิเสธการใช้อำนาจรัฐเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการโดยการให้รัฐเข้าไปมีอำนาจทบทวนทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยไปแล้ว ตามทฤษฎีนี้ศาลภายในจะไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพราะถือว่าเป็นบทบังคับประการหนึ่งของสัญญาระหว่างคู่กรณีไม่ใช่เพราะผลบังคับของกฎหมายและอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับอำนาจหน้าที่มาจากรัฐหรือกฎหมายภายในของรัฐหากแต่ได้รับมาจากข้อตกลงของคู่กรณีอย่างไรก็ดีแนวความคิดตามทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐโดยสิ้นเชิง โดยเห็นว่าในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นรัฐไม่ยินยอมที่จะให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด หรือในกรณีที่คำชี้ขาดขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ศาลภายในก็อาจจะไม่บังคับตามข้อตกลงหรือตามคำชี้ขาดนั้นก็ได้ โดยสรุปทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการไม่ควรอยู่ภายใต้กฎหมายใด (อนันต์ จันทร์โอภากร : ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, เล่ม 1, 2535, หน้า 22) แม้ในรัฐใดจะมีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการก็จะถือว่ากฎหมายนั้นๆ เป็นเพียงบทสนับสนุนข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

ข้อบกพร่องของทฤษฎีนี้อยู่ในทางปฏิบัติ เพราะถึงแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นมาจากความตกลงระหว่างคู่กรณี แต่แท้ที่จริงแล้วการอนุญาโตตุลาการยังคงต้องอาศัยอำนาจของระบบศาลภายในของรัฐที่จะเข้ามาช่วยในการอำนวยความสะดวก กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินการไปได้ด้วยตัวเองอย่างเป็นเอกเทศ กล่าวคือในระหว่างพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องบังคับพยานให้มาให้การก็ดี หรือจำเป็นที่คู่กรณีจะต้องขอความคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างชั้นตอนการพิจารณาคดีก็ดี อนุญาโตตุลาการยังจะต้องอาศัยอำนาจของศาลและกฎหมายภายในในการบังคับเรื่องดังกล่าวให้เพราะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้เอง หรือแม้แต่ในชั้นการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จำเป็นต้องอาศัยอำนาจทางอธิปไตยของรัฐไม่ว่าในทางยุติธรรมหรือในทางบริหาร เพื่อขอให้มีการดำเนินการบังคับชำระหนี้เอากับตัวทรัพย์สินของจำเลย เพื่อให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลในทางบังคับใช้ได้นั่นเอง (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นทางทฤษฎี, Cases and Materials on Arbitration, เล่ม 1, 2535, หน้า 8)

#### ค.) ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory)

เนื่องจากทฤษฎีทั้งสองทฤษฎีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ เพราะแท้ที่จริงแล้วอาจมีบางเรื่องในข้อตกลงทางอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีสามารถตกลงกันได้อย่างเด็ดขาดซึ่งเป็นการสนับสนุนแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีสัญญา เช่นความตกลงในเรื่องแบบและวิธีการในการอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น ผลในทางบังคับของคำชี้ขาดนั้นๆ จะเกิดขึ้นได้ก็ต่ออาศัยอำนาจของศาลภายในและระบบกฎหมายภายในของรัฐฯ นั้นที่จะต้องให้การยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดนั้นๆ ให้อยู่ดี ซึ่งในประการนี้เท่ากับเป็นการยอมรับตาม

แนวคิดของทฤษฎีที่ถือว่าการค้าข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ จากปัจจัยดังกล่าวจึงมีการคิดทฤษฎีผสมขึ้น ซึ่งทฤษฎีผสมนี้ได้อธิบายว่าการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถที่จะตัดขาดจากระบบกฎหมายภายในของรัฐได้อย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งจะต้องอิงกฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่ และคำชี้ขาดจะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงใดและตามลักษณะของคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐหรือไม่ (J.D.N. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, หน้า 58) แต่ในขณะเดียวกันทฤษฎีนี้ก็ยอมรับด้วยว่าการอนุญาโตตุลาการมีขึ้นได้ก็แต่โดยข้อตกลงของคู่กรณีที่ประสงค์จะให้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างกันนั้นสามารถดำเนินการไปได้ด้วยความรวดเร็วและสอดคล้องกับลักษณะทางธุรกิจมากกว่า โดยคู่กรณีสามารถเป็นผู้กำหนดบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ และสามารถเลือกกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการได้ เพราะฉะนั้นแนวคิดของทั้งสองทฤษฎีก่อนหน้าจึงมีได้ขัดแย้งกัน เพราะอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องทั้งกับกฎหมายในส่วนของเอกชนและมหาชน โดยมีลักษณะทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีข้อพิพาท และในส่วนของข้อตกลงที่กำหนดให้นำการอนุญาโตตุลาการมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้นก็ถือว่ามีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้นความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำสัญญาขณะเดียวกันในส่วนของวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็ต้องดำเนินการไปภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติของรัฐ (อนันต์ จันทร์โอภากร : ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 25) ทฤษฎีผสมนี้จึงมีลักษณะของการประนีประนอมความคิดเห็นเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีสัญญาและทฤษฎีอำนาจรัฐเข้าด้วยกัน คือยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการยังคงต้องดำเนินการไปตามกรอบที่กฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องได้วางไว้ ขณะเดียวกันก็ยอมรับในข้อตกลงเรื่องการอนุญาโตตุลาการว่ามีผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นเอกเทศสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่กรณีด้วย จุดมุ่งหมายของทฤษฎีผสมนี้ จึงเป็นเรื่องการยอมรับถึงความเกี่ยวข้องกันไม่ออกของการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการกับสถานที่ที่จะทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทนั้น เพราะแม้จะมีข้อตกลงของคู่กรณีที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาหรือแนวทางที่จะให้ระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ แต่การพิจารณานั้นก็ต้องดำเนินไปตามขอบเขตแห่งกฎหมายของประเทศที่จะทำการพิจารณานั้นไม่ว่าจะเป็นในประเด็นเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความหรือเนื้อหาแห่งข้อพิพาทก็ตามที่จะต้องพิจารณาและรับรู้ถึงความสำคัญของกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการพิจารณาคดีข้อพิพาทด้วย (สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, เล่ม 1, 2535, หน้า 113)

ง.) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่พัฒนาไปมากที่สุดคือ ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ ทฤษฎีนี้จะแตกต่างจากทฤษฎีดั้งเดิมทั้งสามทฤษฎีที่ได้อธิบายมาก่อนหน้านี้ ด้วยเหตุที่เพราะทฤษฎีทั้งสามนั้นล้วนแต่ได้พยายามที่จะอธิบายว่าการอนุญาโตตุลาการจะขึ้นกับส่วนใดของระบบกฎหมายภายในประเทศหรือระหว่างประเทศและกฎหมายนั้นได้กำหนดหรือจำกัดขอบเขตสิทธิในการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ตลอดจนกำหนดวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างไรหรือไม่ แต่ทฤษฎีความเป็นเอกเทศจะมองการอนุญาโตตุลาการในตัวของมันเอง เช่น การอนุญาโตตุลาการทำอะไรบ้างมีความมุ่งหมายที่จะทำอะไรมีหน้าที่อะไร และทำไมต้องเป็นเช่นนั้น ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นเพียงเพื่อช่วยให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้โดยราบรื่นเท่านั้น ทฤษฎีนี้อ้างว่าทฤษฎีอื่นๆ ที่ผ่านมามีสอดคล้องกับความเป็นจริงที่ได้ไปเน้นความสำคัญของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นหลักมากกว่าที่จะไปพิจารณาจุดประสงค์สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ เพราะความจริงแล้วกรณีที่คู่กรณีเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการมาระงับข้อพิพาทก็เพื่อประโยชน์ด้านความรวดเร็วและเหมาะสมกับสภาพในการดำเนินธุรกิจจึงไม่ควรที่จะผูกโยงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเข้ากับกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐอีก

ทฤษฎีความเป็นเอกเทศนี้จึงไม่ยอมรับทั้งทฤษฎีที่ถือว่าอำนาจการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นของรัฐ ทฤษฎีที่ถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างคู่กรณี และทฤษฎีผสม เพราะหากยึดทฤษฎีที่ถือว่าอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นของรัฐก็จะขัดกับเจตนารมณ์ของคู่กรณีในการใช้การอนุญาโตตุลาการ แต่หากยึดทฤษฎีว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างคู่กรณี ก็จะขัดกับความเป็นจริงที่ทฤษฎีสัญญานั้นยังยอมรับหลักเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดโดยศาลภายในของรัฐและการอนุญาโตตุลาการก็เป็นสิ่งที่นำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นมาก่อนที่รัฐจะได้ทำการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าในทางสบัญญัติหรือสารบัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้รองรับการอนุญาโตตุลาการภายในรัฐนั้นๆ เสียอีก ดังนั้นสิทธิในการเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทของคู่กรณีจึงไม่ได้เกิดมาทั้งจากทฤษฎีสัญญาหรือทฤษฎีอำนาจรัฐ หากแต่เป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของนักธุรกิจและการบังคับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้เกิดจากสัญญาหรือการมอบอำนาจของรัฐ หากแต่เพราะต้องการให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น (J.D.N. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, หน้า 61)

ทฤษฎีความเป็นเอกเทศนี้ยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้นสามารถแยกตัวออกมาจากการควบคุมของระบบกฎหมายภายในรัฐไม่ว่าในด้านกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท หรือในด้านกฎหมายสบัญญัติที่นำมาใช้สำหรับวิธีพิจารณาความ (สุชาติธรรมมาพิทักษ์กุล, ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ,

รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 115) ทั้งนี้เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการไปภายใต้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือที่เรียกกันว่า "denationalised arbitration" หรือ "non-national arbitration" ซึ่งคู่กรณีสามารถตกลงกันได้โดยไม่จำกัด ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายสบัญญัติที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาท ตลอดจนการกำหนดรูปแบบของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องผูกมัดอยู่กับหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนไปทำการพิจารณาคดี แต่สามารถใช้หลักที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละคดีได้ หรืออาจใช้กฎหมายหรือมาตรฐาน ขนบธรรมเนียมประเพณีและแนวทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องก็ได้ (อนันต์ จันทร์โอภากร, ทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, เล่ม 1, 2535, หน้า 26)

กล่าวโดยสรุปคือ ทฤษฎีนี้ยึดหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างเต็มที่ เพราะไม่อิงทั้งกับกฎหมายภายในและไม่อิงกับสัญญา แต่ทฤษฎีนี้มีความบกพร่องคือการกล่าวว่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นระบบอิสระทำให้อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่มีสิ่งรองรับ การอ้างถึงความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ หรือความจำเป็นเพื่อให้เกิดความราบรื่นในทางการค้าระหว่างประเทศเป็นการอธิบายในเชิงลบมากกว่าอธิบายถึงต้นเหตุแห่งอำนาจของการอนุญาโตตุลาการ (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, การอนุญาโตตุลาการ : ความรู้เบื้องต้นทางทฤษฎี, รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 8)

จากทฤษฎีที่กล่าวมาทั้ง 4 กรณี ยังไม่มีทฤษฎีใดที่ได้รับการยอมรับอย่างเด็ดขาดทฤษฎีผสมนั้นดูจะได้รับความนิยมและยอมรับนับถือจากนักนิติศาสตร์อย่างกว้างขวางกว่าทฤษฎีอื่น (สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล ; ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ; รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, เล่ม 1, สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535, หน้า 115) ซึ่งทฤษฎีนี้ถือว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นด้วยความตกลงและความสมัครใจของคู่กรณี แต่กระบวนการดังกล่าวก็ยังคงต้องอาศัยอำนาจบางประการจากกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้นเพื่อช่วยเหลือให้การดำเนินการระงับข้อพิพาทเป็นไปได้อย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ เช่น การขอให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การออกหมายเรียกพยานมาให้การ การมีคำสั่งคุ้มครองคู่กรณีชั่วคราวระหว่างพิจารณา หรือการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นต้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาจึงยังมีสิ่งที่เกิดขึ้นได้โดยความตกลงของเอกชนโดยเด็ดขาด เพราะแม้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นโดย

เจตนาและการตกลงของคู่สัญญา ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการทางด้านเอกชนโดยเจตนาและข้อตกลงเช่นนั้น ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่คู่กรณีทำไว้ แต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้มีอิสระอย่างสิ้นเชิงที่จะกระทำตามใจชอบ เพราะยังต้องพิจารณากฎหมายของประเทศที่ตนดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทนั้นอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อต้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางศาลภายในรัฐเมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดแล้ว ศาลภายในก็อาจปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด เมื่อศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความรวมเรียงร้อยหรือข้อตกลงกฎหมายภายในของรัฐฯ นั้น (J.D.N. Iew ; Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, หน้า 58) แต่เมื่อทำการพิจารณามุ่งไปเฉพาะแต่กรณีเรื่องขอบอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว ทฤษฎีเรื่องนี้ก็ยังคงให้การยอมรับว่าความตกลงของคู่กรณี (Consensual element) ที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ยังคงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดที่จะกำหนดขอบอำนาจพิจารณาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการว่าสามารถเข้าไปทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นๆ ได้หรือไม่เพียงใด

สำหรับกรณีของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นตามอนุสัญญาฯ ความยินยอมของคู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Compromis) มิใช่องค์ประกอบหลักแต่เพียงประการเดียวที่จะทำให้ข้อพิพาทนั้นๆ เข้ามาอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาได้ (Aron Broches ; Selected Essays, The Convention on the Settlement of Investment Disputes : Some Observation on Jurisdiction, 1993, หน้า 167) เพื่อให้อนุสัญญาฯ สามารถสร้างกลไกในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับผู้ลงทุนระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ จึงได้กำหนดให้ขอบอำนาจพิจารณาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จัดโดยศูนย์ฯ ต้องครอบคลุมไปถึงลักษณะของข้อพิพาทและสถานภาพของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นๆ ด้วย ซึ่งขอบข่ายแห่งอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้บัญญัติกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 25 โดยได้แยกหลักการสำคัญไว้ 3 ประการ ดังนี้

1. ความยินยอมของคู่กรณี หรือ Consent of the parties
2. ขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของข้อพิพาท หรือ Jurisdiction *ratione material*
3. ขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่กรณี หรือ Jurisdiction *ratione personae*

อนุสัญญาฯ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการที่จะพิจารณาว่าข้อพิพาทเรื่องใดจะอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ หรือไม่ไว้เป็น 3 ขั้นตอน โดยในขั้นต้นนั้นอนุสัญญาฯ ได้มอบอำนาจให้เลขาธิการของศูนย์ฯ เป็นผู้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาในขั้นต้นที่จะตอบรับหรือปฏิเสธการจดทะเบียนคำขอให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นๆ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำขอว่า ข้อพิพาทเรื่องนั้นๆ อยู่นอกเหนือจากขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ หรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบข้อเท็จจริงแห่งข้อพิพาทในขั้นต้นนี้โดยเลขาธิการนี้ก็เพื่อประโยชน์ในการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่กรณีที่อาจสูญเปล่าไปหากปล่อยให้มีการนำข้อพิพาทไปสู่การ



พิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ แล้วมาปรากฏภายหลังว่าศูนย์ฯ ไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเพื่อให้มีการพิจารณาข้อพิพาทเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาว่าข้อพิพาทใดอยู่นอกเหนือขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ หรือไม่โดยเลขาธิการฯ นี้ มิได้มีการปรากฏไว้ในช่วงต้นของการร่างอนุสัญญาฯ ในขณะที่ร่างอนุสัญญาฯ ได้ระบุว่าหากคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้ให้ความยินยอมในการนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการเข้ามาใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นๆ แล้ว กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องเริ่มขึ้นในทันทีที่ศูนย์ฯ ได้รับคำขอให้อนุญาโตตุลาการจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ทว่าเมื่อได้มีการประชุมคณะที่ปรึกษาภูมิภาคในขั้นของการพิจารณาร่างอนุสัญญาฯ (The Regional Advisory) ปรากฏว่าได้มีตัวแทนจากประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นที่คำขอการอนุญาโตตุลาการควรจะต้องปรากฏข้อมูลพื้นฐานที่แสดงให้เห็นให้รัฐคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นๆ ได้ทราบถึงประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเรื่องใด จึงได้มีการเสนอให้คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำขอให้มีการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องทำการระบุข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อพิพาทให้ชัดเจนด้วยว่าข้อพิพาทเรื่องดังกล่าวนั้นเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ที่จะสามารถจัดการเพื่อให้เกิดกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นๆ ขึ้นต่อไป และหากข้อมูลดังกล่าวไม่มีความชัดเจนก็จะต้องไม่มีการรับจดทะเบียนคำขอและข้อเสนอประการนี้ก็ได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายโดยมอบอำนาจให้เลขาธิการฯ เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาได้ในเบื้องต้นที่จะไม่รับจดทะเบียนคำขอเรื่องใดได้และการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการนี้ถือเป็นเด็ดขาดโดยจะไม่อยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการพิจารณาทบทวนใดๆ อีก ซึ่งในการพิจารณาของคณะทำงานฝ่ายกฎหมายในการเตรียมร่างอนุสัญญานั้นได้มีการพิจารณาว่าสมควรที่จะให้การใช้อำนาจในการรับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการของเลขาธิการดังกล่าวจะต้องได้รับการพิจารณาทบทวนโดยคณะกรรมการบริหาร (Administrative Council) หรือคณะกรรมการชุดใดอีกหรือไม่ แต่ในที่สุดแล้วข้อเสนอเรื่องการทบทวนการรับหรือไม่รับจดทะเบียนของเลขาธิการฯ นี้ได้ตกไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดเอกภาพในการใช้อำนาจพิจารณารับหรือไม่รับจดทะเบียนดังกล่าว อย่างไรก็ตามก็ดีจากแนวทางของเลขาธิการฯ เลขาธิการฯ จะไม่รับจดทะเบียนได้นั้นก็ต้องปรากฏว่าคำขอการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวอยู่นอกขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ โดยชัดเจนเท่านั้น แต่หากมียังคงมีข้อสงสัยได้ว่าเรื่องๆ นั้นจะอยู่นอกขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ หรือไม่แล้ว เลขาธิการฯ ก็จะต้องพิจารณารับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการไปก่อนในขั้นต้นและส่งเรื่องให้คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อเท็จจริงแห่งคดีต่อไป การที่เลขาธิการฯ จะปฏิเสธการรับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการที่เสนอเข้ามาสู่ศูนย์ฯ หรือไม่นั้น เลขาธิการฯ จะต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏมากับคำขอจดทะเบียนอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีได้ยื่นคำขอเข้ามาเท่านั้น เลขาธิการฯ จะไม่พิจารณาก้าวล่วงไปถึงข้อมูลหรือข้อกล่าวอ้างอื่นใดในคดีที่เสนอมาโดยฝ่ายที่ได้แย้งคำขอจดทะเบียนนั้นๆ แต่ประการใด (A. Parra ; The Screening Power of the I.C.S.I.D. Secretaty, News from I.C.S.I.D., Vol 2, No. 1, 1985, หน้า 11)

อย่างไรก็ดีแม้จะได้กล่าวมาแล้วว่าคำวินิจฉัยของเลขาธิการในการไม่รับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการถือเป็นอันสิ้นสุดไม่สามารถอุทธรณ์หรือทบทวนใดๆ ได้อีก แต่ในทางตรงกันข้ามหากเลขาธิการได้พิจารณารับจดทะเบียนคำขอดังกล่าวแล้ว คำตัดสินในการรับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการของเลขาธิการ ดังกล่าวนี้อาจจะไม่ถือว่าเป็นอันสิ้นสุด เพราะคู่กรณีสามารถยกประเด็นดังกล่าวมาเป็นข้อโต้แย้งและขอให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นพิจารณาเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ เนื้อข้อพิพาทนั้นๆ ได้อีก ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 แห่งอนุสัญญา ซึ่งการกำหนดให้อำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นของอนุญาโตตุลาการเองนี้ ก็สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป (I.E. Shihata ; The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction, 1965, หน้า 13)

#### Article 41

- (1) The Tribunal shall be the judge of its own competence
- (2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

การที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของตนเองได้ แม้ว่าเลขาธิการของศูนย์ฯ จะได้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาไปแล้วในเบื้องต้นว่าข้อพิพาทเรื่องดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ นั้น กรณีนี้ได้มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาทระหว่าง Holiday Inns กับรัฐบาลประเทศโมร็อกโครับรองไว้ ซึ่งในคดีดังกล่าว Holiday Inns ได้โต้แย้งเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดย Holiday Inns ได้ยกประเด็นเรื่องการรับจดทะเบียนคำขอการอนุญาโตตุลาการของเลขาธิการของศูนย์ฯ ขึ้นมาเป็นข้อสนับสนุนคำกล่าวอ้างที่ว่า การรับจดทะเบียนของเลขาธิการดังกล่าวก็เท่ากับเป็นการแสดงว่าศูนย์ฯ ได้ยอมรับแล้วว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ อย่างที่ไม่มีข้อโต้แย้งใดๆ อีก อย่างไรก็ตามในท้ายสุดคณะอนุญาโตตุลาการแห่งคดีนี้ได้พิจารณาว่าข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับการรับจดทะเบียนของเลขาธิการดังกล่าวของ Holiday Inns นั้นไม่มีน้ำหนักพอเพราะการจดทะเบียนคำร้อง ทั้งนี้เพราะการรับจดทะเบียนคำขอการอนุญาโตตุลาการของเลขาธิการนั้นถือเป็นเพียงการยืนยันต่อข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏอยู่ในคำขอซึ่งคู่กรณีได้เสนอมาในเบื้องต้นเท่านั้นว่า ข้อพิพาทกรณีที่เกิดขึ้นเช่นนั้นเป็นเรื่องที่สามารถพิจารณาได้ว่ามิใช่เป็นเรื่องที่อยู่ภายนอกขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ โดยชัดแจ้งแต่อย่างใดเท่านั้น ด้วยเหตุนี้แม้จะได้มีการตัดสินใจรับจดทะเบียนคำขอของเลขาธิการไปแล้วก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญา ก็ยังคงสามารถพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นที่ว่าข้อพิพาทกรณีดังกล่าวนั้น โดยแท้จริงแล้วเป็น

เรื่องที่อยู่ภายนอกขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฯ ยังได้รับการเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถยกประเด็นเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมาเป็นข้อโต้แย้งได้ แม้กระทั่งภายหลังจากการที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้นๆ ไปแล้ว โดยคู่กรณีที่เห็นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นได้ทำการพิจารณาไปโดยเกินกว่าขอบอำนาจที่มีอยู่อย่างชัดเจน ก็สามารถขอให้มีการพิจารณาทบทวนเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้อีก ทั้งนี้เป็นไปตามที่อนุสัญญาฯ มาตรา 51 (1) (b) ได้บัญญัติไว้ ดังนี้

#### Article 51

(1) Either party may request annulment of the award ....

(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers.

ซึ่งผลของการโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวของคู่กรณี หากปรากฏว่าคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจในชั้นทบทวนคำชี้ขาด (ad hoc committee) ที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาเฉพาะประเด็นที่คู่กรณีได้ร้องขอนี้ได้พิจารณาแล้วพบว่าอนุญาโตตุลาการก่อนหน้าในคดีได้ดำเนินการพิจารณาไปโดยเกินกว่าขอบอำนาจที่ได้รับจริงตามที่คู่กรณีฝ่ายนั้นแย้งมาแล้ว ก็จะมีผลถึงกับทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีมาก่อนหน้านั้นเป็นอันต้องถูกยกเลิกไปเลยทีเดียว

## 2. ความยินยอมของคู่สัญญา

### 2.1 องค์ประกอบและรูปแบบในการให้ความยินยอมของคู่กรณี

การให้ความยินยอมของคู่กรณีที่จะนำเสนอสข้อพิพาทเข้าสู่ขอบอำนาจพิจารณาโดยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ นี้ถือเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดขอบอำนาจของศูนย์ฯ เพราะหากปราศจากความยินยอมดังกล่าวแล้ว กระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ ย่อมไม่อาจกระทำได้เลย (Aron Broches: Selected Essays, Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 165) เงื่อนไขเรื่องความยินยอมหรือความสมัครใจ (Voluntary) ของคู่กรณีในการมอบหมายให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ นี้สอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ใช้และยอมรับอยู่แล้วตามทฤษฎีในเรื่องที่มาของอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะยอมรับว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่คาบเกี่ยวอยู่กับเรื่องของสัญญา (Contractual nature) ที่จะถือว่าข้อตกลงหรือความยินยอมโดยสมัครใจของคู่กรณีที่จะให้ใช้การอนุญาโตตุลาการมาเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทกรณีนั้นๆ จะเป็นเครื่องกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเรื่องนั้นหรือไม่ การที่จะพบว่ามีความยิน

ยอมดังกล่าวอยู่หรือไม่นั้น โดยทั่วไปแล้วอาจพบความยินยอมได้ใน 3 ลักษณะ (J.H. Barton & B.S. Fisher: *International Trade and Investment*, 1986, หน้า 4) กล่าวคือ

- ความยินยอมที่ปรากฏอยู่ในรูปของสัญญาด้านการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนเอกชน
- ความยินยอมที่ปรากฏอยู่ในรูปของการตราเป็นกฎหมายภายในโดยกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐผู้รับการลงทุน
- ความยินยอมที่ปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐอื่น

ซึ่งการปรากฏอยู่ของของการให้ความยินยอมตามลักษณะข้างต้นนั้น ฝ่ายที่ให้ความยินยอมอาจจะให้ความยินยอมที่ปรากฏมาเพียงลักษณะใดลักษณะหนึ่งแต่เพียงลักษณะเดียว หรืออาจให้ไว้ได้ในหลายลักษณะรวมกันไป โดยการให้ความยินยอมนั้น สามารถให้ ณ ช่วงเวลาใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นช่วงก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยทำเป็นความตกลงล่วงหน้าหรือจะเป็นการให้ความยินยอมภายหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยการทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างกันขึ้นต่างหากอีกครั้งหนึ่ง

สำหรับแบบในการให้ความยินยอมของคู่กรณีนั้น มาตรา 25 แห่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้ความยินยอมของคู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่ขออำนาจพิจารณาของศูนย์ นั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre) และในรายงานของคณะกรรมการบริหารข้อ 24 ซึ่งแนบท้ายอยู่กับอนุสัญญาฯ ยังได้ระบุเกี่ยวกับเรื่องการให้ความยินยอมนี้ว่ารูปแบบในการให้ความยินยอมนั้น อาจจะปรากฏออกมาในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาการลงทุนที่กำหนดให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ สำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีขึ้นในอนาคต ซึ่งการให้ความยินยอมเช่นนี้จะเป็นการให้ไว้ล่วงหน้า หรืออาจเป็นกรณีการให้ความยินยอมดังกล่าวปรากฏออกมาในรูปของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Compromis) ซึ่งได้ทำขึ้นภายหลังจากที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้นมาแล้ว หรืออาจเป็นในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนจะได้ทำการระงับความยินยอมของตนในการที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐของตนกับนักลงทุนต่างชาติให้เข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ เป็นการล่วงหน้าไว้โดยการบัญญัติความยินยอมเช่นนั้นไว้ในกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของรัฐตน อีกทั้งในการให้ความยินยอมของคู่กรณีดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นจะต้องปรากฏอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันแต่อย่างใด

24. Consent of the parties must exist when the Centre is seized. (Article 28(3) and 36 (3) but the Convention does not otherwise specify the time at which consent should be given. Consent may given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement, or in a *compromis* regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require

that the consent both parties be expressed in a single instrument. Thus, a Host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing.

## 2.2 ความยินยอมอันไม่อาจบอกเลิกได้แต่ฝ่ายเดียว

มาตรา 25(1) แห่งอนุสัญญาฯ ระบุว่าเมื่อคู่สัญญาได้ให้ความยินยอมแล้วจะเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวแต่โดยฝ่ายเดียวไม่ได้ (When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally) และคู่กรณีก็จะกระทำการใดๆ ให้ชัดเจนเจตจำนงเดิมที่ได้ให้ความยินยอมไว้แล้วก็ได้ไม่ได้ ( สุรางคนา แก้วจางค์ : ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, บัณฑิตยวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 77) การที่อนุสัญญาฯ กำหนดเช่นนี้ก็เพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเกิดความมั่นใจได้ว่าเมื่อได้มีความตกลงร่วมกันที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ แล้ว กระบวนการดังกล่าวจะสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ถูกยกเลิกจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไปในภายหลัง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลักษณะของการเพิกถอนความยินยอมระหว่างคู่กรณีนั้นอาจมิใช่เฉพาะแต่การแสดงความจำนงในการขอเพิกถอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามปกติ ดังนั้นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจะสามารถทำให้ทราบถึงลักษณะอันจะถือได้ว่าเป็นการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เพิกถอนความยินยอมในการมอบอำนาจให้ศูนย์ฯ สามารถเข้าไปดำเนินการจัดการอนุญาโตตุลาการเหนือข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีนั้นแต่เพียงฝ่ายเดียวมีกรณีเช่นไรบ้าง

### 2.2.1 การเพิกถอนความยินยอมโดยการใช้สิทธิในการตั้งข้อสงวนตามมาตรา 25 (4)

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นที่ทำให้มองได้ว่าเป็นการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้เพิกถอนความยินยอมอันเป็นการต้องห้ามตามที่ มาตรา 25 (1) ได้บัญญัติไว้โดยการที่รัฐคู่กรณีได้ขอใช้สิทธิในการตั้งข้อสงวนตามที่อนุสัญญามาตรา 25 (4) ได้กำหนดไว้ให้รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ สามารถกำหนดประเภทแห่งข้อพิพาทที่จะถือหรือถือได้ว่าเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้

Article 25 ...

(4) Any Contracting State may, ... , notify the Centre of the class or classes of the disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre....

ซึ่งข้อเท็จจริงในการที่จะถือได้ว่ารัฐคู่กรณีได้อาศัยสิทธิตามอนุสัญญาฯ มาตราข้างต้นมาเป็นเครื่องมือในการขอเพิกถอนความยินยอมนี้เกิดขึ้นตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีระหว่าง Aloca Minerals of Jamaica, Inc. กับรัฐบาลประเทศจาไมกา ซึ่งประเด็นแห่งคดีนี้คือ ตามที่สัญญาการลงทุนปี 1968 ที่

บริษัทอเมริกันคือ Aloca Minerals of Jamaica, Inc. ได้ทำไว้กับรัฐบาลจาไมก้านั้น ได้ระบุสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาว่า บริษัท Aloca ตกลงที่จะตั้งโรงงานถลุงแร่อะลูมิเนียมขึ้นในประเทศจาไมก้า โดยรัฐบาลจาไมก้าจะต้องออกใบอนุญาตในการประกอบกิจการเหมืองแร่ Bauxite ให้แก่ Aloca พร้อมทั้งยังจะต้องให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพื่อเป็นการตอบแทนแก่ผู้ลงทุนต่างชาติรายนี้อีกด้วย สัญญาการลงทุนดังกล่าวได้ระบุข้อตกลงในการใช้การอนุญาตไตตุลาการของศูนย์ฯ ในการเข้าทำการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นตามสัญญานั้น หลังจากที่ได้ทำสัญญาการลงทุนดังกล่าวแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของแต่ละฝ่ายตามที่สัญญาระบุไว้มาโดยตลอด จนกระทั่งในปี 1974 ได้ปรากฏว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังของจาไมก้าได้มีหนังสือลงวันที่ 8 พฤษภาคม แจ้งความจำนงค์มายังศูนย์ฯ เกี่ยวกับการที่รัฐบาลจาไมก้าจะขอใช้สิทธิในการตั้งข้อสงวนตามมาตรา 25 (4) ในการที่ประเทศจาไมก้าจะถือว่าข้อพิพาทใด ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือเกิดขึ้นเนื่องมาจากกิจกรรมในการแสวงหาประโยชน์ทางแร่ธาตุและทรัพยากรธรรมชาติภายในประเทศจาไมก้านั้นเป็นสิ่งที่จะไม่สามารถขอให้มีการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นๆ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ได้ และในปีเดียวกันนั้นเองที่รัฐบาลจาไมก้าได้ทำการออกกฎหมายฉบับใหม่เรียกว่า The Bauxite Production Levy Act ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลทำให้ภาระทางภาษีในการทำกิจการเหมืองแร่ Bauxite ของ Aloca ต้องเพิ่มสูงขึ้นอีก 9 เท่าตัวจากเดิมที่ได้ตกลงไว้ตามสัญญาทางการลงทุนปี 1968 ซึ่งการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลจาไมก้า ผู้ลงทุนคือ Aloca เห็นว่าเป็นสิ่งที่ขัดกับสัญญาทางการลงทุน Aloca จึงได้ส่งคำร้องมายังศูนย์ฯ เพื่อขอให้ศูนย์ฯ เข้าไปดำเนินการจัดให้มีการอนุญาตไตตุลาการเพื่อพิจารณายุติข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้น หลังจากที่ศูนย์ฯ ได้รับคำร้องขอการอนุญาตไตตุลาการของ Aloca แล้ว รัฐบาลจาไมก้าได้ปฏิเสธที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาตไตตุลาการ โดยรัฐบาลจาไมก้าได้โต้แย้งว่าศูนย์ฯ ไม่สามารถรับดำเนินการตามคำร้องของ Aloca ได้ ทั้งนี้เพราะรัฐบาลประเทศจาไมก้าได้แจ้งแก่ศูนย์ฯ ผ่านทางหนังสือแสดงเจตจำนงค์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมา ณ เวลาก่อนหน้าที่จะมีการยื่นคำร้องขอการอนุญาตไตตุลาการโดย Aloca แล้วว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเรื่องดังกล่าวนี้ถือเป็นกรณีที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ซึ่งหลังจากที่คณะอนุญาตไตตุลาการได้พิจารณข้อกล่าวอ้างดังกล่าวของรัฐบาลจาไมก้าแล้ว คณะอนุญาตไตตุลาการเห็นว่าข้ออ้างในการใช้สิทธิในการตั้งข้อสงวนของรัฐภาคีตามที่มาตรา 25 (4) กำหนดไว้นั้น แม้อนุสัญญาฯ มาตราดังกล่าวจะได้กำหนดให้ทำได้ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวของรัฐบาลจาไมก้าได้เกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำข้อตกลงทางการลงทุนกับผู้ลงทุนคือ Aloca เสร็จสมบูรณ์ไปแล้วโดยในขณะที่ทำสัญญาทางการลงทุนในปี 1968 นั้น รัฐบาลจาไมก้าก็มิได้ตั้งข้อสงวนไว้แต่อย่างใด คณะอนุญาตไตตุลาการจึงลงความเห็นว่า การใช้สิทธิในการตั้งข้อสงวนโดยอาศัยอำนาจมาตรา 25(4) ของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ในประการใดๆ จะมีผลบังคับเฉพาะก็แต่กับกรณีที่เกิดขึ้นหลังจากที่รัฐได้แจ้งการตั้งข้อสงวนของตนมายังศูนย์ฯ แล้วเท่านั้น หากมีผลย้อนหลังกลับไปครอบคลุมความตกลงที่รัฐได้ทำไว้ก่อนหน้าที่จะมีการตั้งข้อสงวนไม่ เพราะมิเช่นนั้นก็เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถยกการตั้งข้อสงวนดังกล่าวมาเป็นเหตุในการถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวที่มีต่อข้อตกลงการ

อนุญาโตตุลาการที่รัฐฯ นั้นได้ทำไว้กับนักลงทุนก่อนหน้า ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมจะถือได้ว่าเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของอนุสัญญามาตรา 25 (1) อย่างชัดเจน ข้ออ้างของรัฐบาลฯ ไม่ก้ำกึ่งที่กล่าวมาข้างต้น จึงไม่มีน้ำหนักเพียงพอ

อย่างไรก็ดี จากการที่ลักษณะของการให้ความยินยอมนั้น อาจเป็นกรณีที่การแสดงความยินยอมของคู่กรณีมิได้มีขึ้นในคราวเดียวกัน การที่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทจะถูกบังคับโดยอนุสัญญาฯ ซึ่งได้ห้ามมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำการเพิกถอนความยินยอมของตนแต่ฝ่ายเดียวนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องตกอยู่ใต้บังคับดังกล่าวก็ต่อเมื่อจะต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่าองค์ประกอบในการให้ความยินยอมตามที่อนุสัญญามาตรา 25 (1) ได้กำหนดไว้มีขึ้นอย่างครบถ้วนแล้วเท่านั้น กล่าวคือต้องปรากฏว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้แสดงความยินยอมซึ่งกันและกันในอันที่จะมอบอำนาจให้ศูนย์ฯ สามารถเข้าไปดำเนินการเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน อีกทั้งความยินยอมดังกล่าวต้องปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ดังนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการแสดงเจตนายินยอมเป็นไปแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยคู่กรณีอีกฝ่ายยังมิได้ให้ความยินยอมด้วยแต่ประการใด หรือการให้ความยินยอมนั้นยังมิได้มีการทำเป็นหนังสือไม่ว่าจะเป็นความยินยอมจากฝ่ายใดแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ได้แสดงเจตนาเป็นหนังสือไปก่อนเช่นนั้นก็สามารถจะบอกเพิกถอนความยินยอมของตนที่ได้ให้ไว้ได้ทราบเท่าที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือโดยครบถ้วน

### 2.2.2 การเพิกถอนความยินยอมโดยการยกเลิกสัญญาฉบับหลักหรือการที่ถือว่าสัญญาฉบับหลักไม่มีผลบังคับใช้

โดยทั่วไปลักษณะของการให้ความยินยอมในอันที่จะให้การอนุญาโตตุลาการมาเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างคู่สัญญานั้นส่วนมากจะได้ทำการตกลงกันไว้ในสัญญาทางการลงทุนที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาในตอนต้น ดังนั้นอาจเป็นไปได้ว่าต่อมาภายหลังเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการลงทุนตามสัญญานั้น แล้วคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้อ้างเหตุที่สัญญาฉบับแม่ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว หรือความสมบูรณ์ของสัญญาดังกล่าวได้เสื่อมเสียไปไม่สามารถนำมาใช้บังคับระหว่างคู่กรณีได้อีกเช่นนี้แล้ว จะถือว่าข้อตกลงที่กำหนดให้ศูนย์ฯ เข้ามาเป็นองค์กรในการจัดการอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นก็เป็นอันสิ้นผลไปด้วยหรือไม่ประการใด ประเด็นเกี่ยวกับสถานะและความสมบูรณ์ของข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการระบวมอยู่ในสัญญาทางการลงทุนดังกล่าวมานี้ ในความเป็นจริงแล้ว ทั้งในประเทศระบบทุนนิยมและสังคมนิยมในปัจจุบันต่างก็ให้การยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีสถานะเป็นข้อสัญญาอิสระที่สามารถแยกตัวออกมาจากตัวสัญญาฉบับหลักได้ ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการจึงยังสามารถมีผลใช้บังคับได้แม้ว่าภายหลังจะปรากฏข้อเท็จจริงว่าตัวสัญญาทางการลงทุนอันเป็นสัญญาฉบับหลักจะได้ออกยกเลิกไปไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม (Rene David: Arbitration in International Trade, 1985, หน้า 193) หลักการในการแบ่งแยกข้อตกลงทางการอนุญาโตตุลาการออกจากส่วนอื่นของสัญญาหลักนี้จึงเป็นที่ยอมรับกันของสถาบันทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจำนวนมาก ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักในการแยกข้อสัญญา

ส่วนที่สมบูรณ์ออกมาจากข้อสัญญาส่วนที่ไม่สมบูรณ์ ตามหลักการที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 70(1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาที่ให้ถือว่า การบอกเลิกสัญญานั้นไม่อาจมีผลกระทบไปต่อสิทธิหน้าที่หรือนิติสถานะใดๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีอันเนื่องมาจากการบังคับใช้ของสัญญาก่อนที่จะมีการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้เว้นแต่คู่กรณีแห่งสัญญานั้นๆ จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น (Moshe Hirsch: Jurisdiction of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 51) ด้วยเหตุที่กล่าวมา การที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25(1) ซึ่งได้ห้ามมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพิกถอนความยินยอมที่ได้มอบอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทให้แก่ศูนย์ฯ โดยฝ่ายเดียวนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมที่ตนได้เคยให้ไว้โดยอาศัยการยกเลิกสัญญาหลักหรือการอ้างความสมบูรณ์ของสัญญาหลักว่าสัญญาหลักไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายอีกต่อไปแล้วเช่นนี้ ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ก็ยังคงมีเหนือข้อพิพาทได้อยู่ เพราะข้อตกลงทางอนุญาโตตุลาการจะยังคงสมบูรณ์และใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ข้อตกลงนั้นมีได้ถูกยกเลิกไปโดยเจตนาาร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

### 2.2.3 การเพิกถอนความยินยอมโดยการแก้ไขกฎหมายภายในของรัฐ

ลักษณะหนึ่งที่รัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ จะแสดงออกซึ่งความยินยอมในการให้ศูนย์ฯ เข้าไปมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นภายในรัฐนั้นคือ การที่รัฐใช้กระบวนการทางนิติบัญญัติตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนภายในออกมาบังคับใช้ โดยในกฎหมายดังกล่าว รัฐนั้นได้ระบุถึงความยินยอมของตนในอันที่จะยินยอมให้มีการนำกระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ มาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีเกิดขึ้นระหว่างรัฐฯ นั้นกับนักลงทุนต่างชาติ มูลเหตุจูงใจในการที่รัฐใดจะพิจารณ้ออกกฎหมายภายในที่อ้างอิงถึงการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ นั้นนอกจากการคำนึงเกี่ยวกับประสิทธิภาพของกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากระบบการระงับข้อพิพาทโดยองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้ว ปัจจัยสำคัญประการอีกประการหนึ่งก็คือการที่รัฐฯ นั้นได้เล็งเห็นถึงประโยชน์ในการที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ นี้มาเป็นเงื่อนไขในการสร้างความเชื่อมั่นในการตัดสินใจเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักในการร่างอนุสัญญาฯ ก็เพื่อให้อนุสัญญาฯ สามารถสร้างกลไกในการระงับข้อพิพาทที่สามารถพัฒนาบรรยากาศทางการลงทุนระหว่างประเทศได้ เมื่อประเทศผู้รับการลงทุนเล็งเห็นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นตามวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฯ การกำหนดหรือการอ้างอิงถึงการให้กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ จึงถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนต่างประเทศให้มาลงทุนภายในรัฐฯ นั้นเพิ่มขึ้น และโดยทั่วไปแล้วความยินยอมของรัฐในการที่จะเสนอข้อพิพาทที่มีขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติต่อศูนย์ฯ จะปรากฏอยู่ในกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของรัฐไม่ว่าจะเป็นกฎหมายส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายคุ้มครองการลงทุน แต่อย่างไรก็ดีรัฐแต่ละรัฐที่ได้ให้ความยินยอมออกมาในลักษณะของการตรากฎหมายภายในดังกล่าวก็ยังคงใช้วิธีการบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอม



ยอมเช่นนั้นในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งวิธีการบัญญัติถึงความยินยอมนั้นๆ ก็จะมีผลในทางปฏิบัติที่แตกต่างกันด้วย

ก.) ลักษณะของการให้ความยินยอมของรัฐโดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในโดยระบุให้ความยินยอมด้วยข้อกำหนดที่ชัดเจนไม่คลุมเครือว่ารัฐนั้นได้ยินยอมให้ขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ เข้ามาอยู่เหนือข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจมีขึ้นต่อไป การให้ความยินยอมในลักษณะเช่นนี้อาจถือได้ว่าถือว่ารรัฐนั้นได้ให้ข้อเสนอฝ่ายเดียว (Unilateral Offer) ในการให้ความยินยอมที่จะอยู่ภายใต้ขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ แล้ว ข้อเสนอในใบอนุญาติตตุลาการของรัฐจะมีผลบังคับเป็นข้อสัญญา (The clause compromissoire) ที่ผูกพันคู่กรณีแห่งข้อพิพาททั้งสองฝ่ายในทันทีที่นักลงทุนต่างชาติที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นๆ ได้แจ้งถึงความจำนงค์ของตนแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังศูนย์ฯ เพื่อให้ขอให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาติตตุลาการต่อข้อพิพาทนั้น เพราะถือว่าองค์ประกอบตามที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25 (1) ได้ระบุไว้มีขึ้นครบถ้วนแล้ว กล่าวคือคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และคู่กรณีไม่ว่าฝ่ายใดก็ไม่สามารถที่จะเพิกถอนความยินยอมของตนได้แต่เพียงฝ่ายเดียวนับจากนั้น (Aron Broches: Selected Essay, The Convention on the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 169) ผลของการให้ความยินยอมของรัฐโดยการบัญญัติยอมรับขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายภายในของรัฐในลักษณะนี้จึงมีผลในทางกฎหมายที่ผูกมัดให้รัฐฯ นั้นจะต้องเสนอข้อพิพาทให้ศูนย์ฯ จัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หากต่อมาในภายหลังได้ปรากฏว่ามีข้อพิพาททางการลงทุนเกิดขึ้นและนักลงทุนที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทได้แจ้งความประสงค์ขอใช้การอนุญาติตตุลาการตามที่มาตรา 25 (1) ได้กำหนดไว้ดังกล่าว

ข.) ในอีกทางหนึ่งการให้ความยินยอมของรัฐอาจเป็นเพียงการที่ระบุว่าความยินยอมของรัฐในอันที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนเข้าสู่ขอพิจารณาของศูนย์ฯ นั้นถือเป็นเพียงวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการหนึ่งในหลายๆ วิธีที่รัฐอาจจะเลือกนำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างประเทศเท่านั้น ซึ่งการให้ความยินยอมในลักษณะที่กำหนดให้กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ถือเป็นเพียงตัวเลือกหนึ่งที่อาจมีการนำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทในประการหลังนี้ ความผูกพันในแง่กฎหมายที่รัฐผู้ให้ความยินยอมในลักษณะดังกล่าวจะต้องทำคำเสนอไปยังศูนย์ฯ เพื่อให้จัดการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นโดยอาศัยกระบวนการตามอนุสัญญาฯ นั้น จะไม่ถือว่ามีผลบังคับเป็นเด็ดขาด (Moshe Hirsch: Jurisdiction of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 52) การที่จะถือว่ารรัฐฯ ใดที่ได้ออกกฎหมายในลักษณะหลังนี้ได้ให้ความยินยอมที่จะให้ศูนย์ฯ เข้าไปมีอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทได้อย่างแท้จริงนั้น จะต้องปรากฏว่ารรัฐฯ นั้นได้แสดงความจำนงค์เป็นหนังสือเพื่อเป็นการ

ยืนยันเจตนารมณ์ในการให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศูนย์ฯ ไปอีก ครั้งหนึ่ง การที่รัฐได้บัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของรัฐไว้ในกฎหมายภายในในลักษณะเป็น เพียงตัวเลือกสำหรับการระงับข้อพิพาทนี้จึงให้ผลที่แตกต่างไปจากการบัญญัติในการให้ความยินยอมไว้อย่างชัดเจนตามกรณีแรก อย่างไรก็ตามก็อาจมีบางกรณีที่รัฐได้บัญญัติถึงการยอมรับชอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ไว้ในกฎหมายภายในโดยการกำหนดให้เป็นตัวเลือกแนวทางหนึ่งที่สามารถนำมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนตามลักษณะนี้แล้ว แต่รัฐนั้นก็ยังคงได้รับการพิจารณาว่ามีภาระผูกพันที่จะต้องเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ หากข้อเท็จจริงแห่งคดีได้ปรากฏว่าวิธีการระงับข้อพิพาทที่ถือเป็นตัวเลือกในประการอื่นที่ระบุไว้ในกฎหมายนั้นไม่ได้มีอยู่ในทางปฏิบัติจริง ซึ่งในกรณีนี้สามารถยกข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในคดีข้อพิพาททางการลงทุนระหว่าง SPP และรัฐบาลประเทศอียิปต์ มาใช้ประกอบการพิจารณาได้ ดังนี้

โดยที่ในมาตรา 8 ของกฎหมายฉบับที่ 43 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของประเทศอียิปต์ได้กำหนดให้บรรดาข้อพิพาทใดๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้จะต้องได้รับการระงับโดยวิธีการที่รัฐบาลอียิปต์ได้ตกลงร่วมกันไว้กับนักลงทุน หรือโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลอียิปต์ได้กระทำไว้กับประเทศของนักลงทุนนั้นๆ หรืออาจจะระงับโดยการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่ดำเนินการโดยศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นมาใช้เพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ได้ ต่อมาเมื่อมีข้อพิพาททางการลงทุนเกิดขึ้น บริษัทเอกชน คือ SSP ได้ทำการเสนอข้อพิพาททางการลงทุนเข้าสู่การพิจารณาของศูนย์ฯ แต่รัฐบาลของประเทศอียิปต์ก็ได้โต้แย้งเกี่ยวกับชอบอำนาจพิจารณาเหนือคดีข้อพิพาทของศูนย์ฯ ว่า การที่มาตรา 8 ของกฎหมายฉบับที่ 43 ได้กำหนดข้อตกลงการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ไว้ นั้น เป็นแต่เพียงการนำเสนอสู่ทางเลือกในการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถจะนำไปใช้ได้เท่านั้น ดังนั้นรัฐบาลอียิปต์จึงหาได้ผูกพันที่จะต้องเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้ศูนย์ฯ พิจารณา ตราบเท่าที่รัฐบาลอียิปต์ยังมีหนังสือยืนยันเจตนาที่จะเสนอข้อพิพาทไปยังศูนย์ฯ อีกครั้งหนึ่ง เมื่อมีการพิจารณาประเด็นข้อโต้แย้งดังกล่าวของรัฐบาลอียิปต์ คณะอนุญาโตตุลาการมีมติไม่เห็นชอบด้วยกับข้อโต้แย้งดังกล่าวนี้ ทั้งนี้เพราะคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาลักษณะในการบัญญัติถึงการยอมรับชอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ในมาตรา 8 ข้างต้นว่า ข้อกฎหมายดังกล่าวได้วางหลักในการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลอียิปต์กับนักลงทุนว่า ในการระงับข้อพิพาทนั้นวิธีการระงับข้อพิพาทก็ให้เป็นไปตามที่รัฐบาลอียิปต์ได้มีข้อตกลงไว้กับนักลงทุน หรือมีเช่นนั้นก็ให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่ได้ถูกกำหนดขึ้นตามสนธิสัญญาที่รัฐบาลอียิปต์ได้ทำขึ้นกับรัฐบาลของประเทศของนักลงทุน หรือมีเช่นนั้นก็นำกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ

กับคนชาติของรัฐอื่นมาใช้ ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงได้ปรากฏว่าระหว่างรัฐบาลอียิปต์และ SSP หาได้มีการตกลงระหว่างกันไว้เกี่ยวกับวิธีการอื่นในการระงับข้อพิพาท และก็มีได้มีสนธิสัญญาที่รัฐบาลอียิปต์ได้ทำไว้กับประเทศแม่ของ SSP ที่จะสามารถนำมาปรับใช้ได้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงวางหลักว่าเมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่ามีวิธีการระงับข้อพิพาทอื่นตามที่กฎหมายมาตรา 8 ได้กำหนดไว้แล้ว ก็คงเหลือแต่เพียงวิธีการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยศูนย์ฯ เท่านั้นที่สามารถนำมาใช้ได้ การที่กฎหมายมาตรา 8 ได้บัญญัติตามข้างต้นจึงมีผลเป็นการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรต่อขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ตามนัยยะของมาตรา 25 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (Moshe Hirsch: Jurisdiction of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 53)

ในการพิจารณาเรื่องการเพิกถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยการแก้ไขกฎหมายภายในของรัฐนั้น มีการพิจารณาแบ่งออกได้เป็นสองแนวความคิดนี้ กรณีแรกคือหากนำหลักการตามที่อนุสัญญาเวียนนา ปี 1969 มาตรา 31 (1) ที่บัญญัติเกี่ยวกับตามความสนธิสัญญาที่กำหนดให้การตีความสนธิสัญญานั้นจะต้องตีความด้วยความสุจริตให้เป็นไปตามความหมายธรรมดาของข้อความที่ถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา (A Treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context ...) ดังกล่าวมาปรับใช้ในการตีความอนุสัญญาเรื่องการเพิกถอนความยินยอมตามที่มาตรา 25 (1) ตอนท้ายที่ได้บัญญัติไว้ว่า "... When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally." ดังนี้ ก็สามารถจะพิจารณาได้ว่าเมื่ออนุสัญญาฯ ได้บัญญัติว่าหากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมที่จะอยู่ภายใต้ขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ มาแล้ว ก็ห้ามมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำการเพิกถอนความยินยอมที่ตนได้ให้ไว้แล้วแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหากข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่มีการแสดงเจตนาในการให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นไปโดยคู่กรณีฝ่ายเดียว โดยที่คู่กรณีอีกฝ่ายยังมิได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศูนย์ฯ ด้วยแต่อย่างใด ในกรณีเช่นนี้ คู่กรณีฝ่ายที่ได้ให้ความยินยอมไปก่อนหน้าก็สามารถที่จะเพิกถอนความยินยอมดังกล่าวของตนได้ทราบเท่าที่ความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายยังมิได้มีปรากฏออกมา อีกทั้งเมื่อนำหลักการตีความข้อกฎหมายดังกล่าวมาปรับเข้ากับกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนได้บัญญัติการยอมรับขออำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ไว้ในกฎหมายภายในของตน โดยทั่วไปแล้วย่อมถือได้ว่าทราบเท่าที่นักลงทุนยังมิได้ส่งความยินยอมในการยอมรับขออำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทของนักลงทุนรายนั้นไปยังศูนย์ฯ รัฐผู้รับการลงทุนก็สามารถที่จะทำการเพิกถอนความยินยอมที่ตนได้ให้ไว้โดยการแก้ไขกฎหมายตามกระบวนการทางนิติบัญญัติของตน (Moshe Hirsch: Jurisdiction of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 53) ทั้งนี้เว้นแต่ในกฎหมายของรัฐดังกล่าวนั่นเองจะได้ระบุว่าความยินยอมในทางนิติบัญญัติ (Legislative Consent) ของตนเช่นนั้นจะไม่สามารถเพิกถอนได้ (Irrevocable consent) แต่ในทางกลับกันสำหรับแนวคิดที่สองได้มองว่าการที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้การ

ยอมรับต่อขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ โดยการตราออกเป็นกฎหมายภายในก็จะถือว่าการยินยอมของรัฐในลักษณะดังกล่าวเป็นคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐ (State's Unilateral Declaration) ตามแนวคิดนี้ได้ปฏิเสธการตีความมาตรา 25 (1) แห่งอนุสัญญาฯ ไปในทางที่ว่ารัฐสามารถเพิกถอนความยินยอมแต่เพียงฝ่ายเดียวได้โดยการแก้ไขกฎหมายภายในของตนตราบทเท่าที่นักลงทุนยังมีได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือไปยังศูนย์ฯ โดยแนวคิดหลังนี้อ้างว่าหากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเมื่อคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่จะยอมรับขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ให้มีอยู่เหนือข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาตินั้นได้ถูกประกาศเป็นกฎหมายขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแล้ว ซึ่งในที่นี้ก็หมายถึงอำนาจในทางนิติบัญญัติของรัฐนั้นมาตั้งแต่ต้น ประกอบกับเมื่อนักลงทุนต่างชาติที่ได้ตัดสินใจเข้ามาลงทุนภายในรัฐฯ นั้นก็ได้ทราบและยึดถือตามคำประกาศดังกล่าวของรัฐแล้วว่าหากมีข้อพิพาททางการลงทุนเกิดขึ้น นักลงทุนจะสามารถใช้การระงับข้อพิพาทที่มีขึ้นตามอนุสัญญาฯ มาเป็นเครื่องมือสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนกับรัฐนั้นๆ ได้ ด้วยเหตุนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศจึงถือว่าการเพิกถอนคำประกาศฝ่ายเดียวจะกระทำไม่ได้ จนกว่าเงื่อนไขที่ถือเป็นหลักสำคัญตามคำประกาศฝ่ายเดียวนั้นจะได้รับการปฏิบัติตามแล้ว (W. Fiedler: Unilateral Acts in International Law, Encyclopedia of Public International Law, Vol 7, หน้า 517 และ 520) จากเหตุผลซึ่งถือว่าการยอมรับขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในนี้จะถือเป็นคำประกาศฝ่ายเดียวของรัฐที่รัฐจะต้องผูกพันตามคำประกาศของตนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ จึงให้เหตุผลโต้แย้งว่าการที่จะตีความตามตัวบทของอนุสัญญามาตรา 25 (1) ตอนท้ายโดยกำหนดให้รัฐสามารถเพิกถอนความยินยอมที่ตนได้ประกาศไว้แล้วแต่เพียงฝ่ายเดียวได้โดยการแก้ไขกฎหมายภายในนั้นจึงไม่น่าจะเป็นการถูกต้อง ทั้งนี้เพราะการอนุญาตให้รัฐสามารถระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ก็เท่ากับเป็นการตีความที่ไม่สอดคล้องกับที่อนุสัญญาเวียนนา ปี 1969 ในมาตรา 31 (1) ที่ได้บัญญัติให้การตีความสนธิสัญญานั้นจะต้องตีความด้วยความสุจริต อีกทั้งการตีความดังกล่าวยังเท่ากับจะเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถกระทำการที่กระทบต่อเจตนารมณ์ที่รัฐได้แสดงออกมาให้นักลงทุนต่างชาติทราบมาแล้วก่อนหน้านั้นได้นั่นเอง

#### 2.3.4 การเพิกถอนความยินยอมโดยการสิ้นสุดของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการลงทุนระหว่างรัฐ

การให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้อาจปรากฏอยู่ในรูปของความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการลงทุนไว้กับรัฐฯ อื่น สนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการลงทุนที่ทำกันระหว่างรัฐต่อรัฐนี้โดยทั่วไปมักจะทำเป็นสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทวิภาคีที่รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงที่จะให้การสนับสนุนและให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญาแต่ละฝ่าย และมีสนธิสัญญาทางการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนไม่น้อยจากจำนวนสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการลงทุนระหว่างประเทศที่มีอยู่ทั้งหมดนั้น ที่ได้กำหนดให้ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุน

ระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นเข้ามามีขอบอำนาจเหนือข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (ICSID Annual Report, 1989, หน้า 4) โดยเฉพาะกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมสำคัญ ในโลก ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา, สาธารณรัฐเยอรมัน, ฝรั่งเศส หรือสหราชอาณาจักร ประเทศเหล่านี้ก็ต่างมีนโยบายที่จะให้มีการกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งจะมอบอำนาจให้ศูนย์ เป็นองค์กรที่จะสามารถเข้าไปดำเนินการเพื่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทตามกระบวนการที่อนุสัญญาเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นได้ระบุไว้ ลงไปในสนธิสัญญาทางการลงทุนที่ประเทศตนจะทำขึ้นกับประเทศอื่นทั้งสิ้น (K.S. Gudgeon: Arbitration Provision of US Bilateral Investment Treaties, International Investment Disputes: Avoidance and Settlement, 1985, หน้า 41) รูปแบบของข้อสัญญาทางอนุญาโตตุลาการซึ่งสนธิสัญญาทางการลงทุนทวิภาคีได้อ้างถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะดังนี้ (Moshe Hirsch: Jurisdiction of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 55)

1. สนธิสัญญาหรือข้อตกลงทวิภาคีที่รัฐคู่สัญญาต่างให้ความตกลงอย่างปราศจากเงื่อนไขที่จะยินยอมให้นำข้อพิพาททางการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติ ที่มาจากรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งให้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ เป็นผู้ดำเนินการ การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการตามลักษณะนี้จะส่งผลเช่นเดียวกันกับการที่รัฐได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะเสนอข้อพิพาทให้ศูนย์ พิจารณาชี้ขาดไปก่อนหน้าอย่างชัดแจ้งแล้ว เมื่อปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้น เมื่อนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญานั้นได้แจ้งความยินยอมของตนไปยังศูนย์ ก็พอเพียงที่ศูนย์ จะถือว่าศูนย์ ได้รับความยินยอมจากคู่กรณีแห่งข้อพิพาทโดยครบถ้วนตามที่อนุสัญญา มาตรา 25 (1) กำหนดไว้แล้ว และจากการที่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสนธิสัญญาทวิภาคีตามลักษณะนี้มีลักษณะที่รัฐผู้รับการลงทุนมุ่งจะให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเงื่อนไขการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการแก่นักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สนธิสัญญาอย่างเต็มที่
2. สนธิสัญญาหรือข้อตกลงทวิภาคีที่บัญญัติให้รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องแจ้งความยินยอมที่เกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ ที่มีอยู่เหนือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เมื่อนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สนธิสัญญาอีกรัฐหนึ่งร้องขอ โดยสนธิสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว อาจเป็นกรณีที่กำหนดให้รัฐคู่สนธิสัญญาจะต้องนำเขาเงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนี้ไประบุไว้ในข้อสัญญาทางการลงทุนที่รัฐผู้รับการลงทุนจะกระทำกับนักลงทุนต่างชาติอีกครั้ง ( Delaume G.R.: ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from I.C.S.I.D, Vol.2, No.1 1985, หน้า 14) หรืออาจเป็นกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ให้ความยินยอมดังกล่าวไว้อย่างชัดแจ้งแล้วที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ เมื่อนักลงทุนร้องขอความยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนที่กำหนดไว้ในกรณีนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องนำไปบัญญัติไว้ในสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนนักลงทุนอีก (Aron Broches: Selected Essays, Bilateral Investment Protection Treaties, 1993, หน้า 450) และแม้

ว่าข้อกำหนดการอนุญาติตตุลาการตามสนธิสัญญาทางการลงทุนลักษณะนี้จะมีผลผูกพันให้รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้ความยอมรับต่อขอบอำนาจพิจารณาโดยกระบวนการอนุญาติตตุลาการของศูนย์ก็ตาม แต่ผลในทางบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติตามอาจประสพปัญหาได้ในภายหลังหากรัฐผู้รับการลงทุนนั้นบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวแล้ว นักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สนธิสัญญาอีกรัฐหนึ่งก็ไม่อาจที่จะขอให้ศูนย์ฯ ดำเนินการกระบวนการอนุญาติตตุลาการได้แต่เพียงฝ่ายเดียว เพราะองค์ประกอบด้านความยินยอมของคู่กรณียังไม่ถูกส่งไปยังศูนย์ฯ ครบทั้งสองฝ่าย ในกรณีของการละเมิดสนธิสัญญาโดยรัฐผู้รับการลงทุนเช่นนี้ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐคู่สนธิสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นประเทศแม่ของนักลงทุนรายนั้นอาจเข้ามาใช้สิทธิเรียกร้องในทางระหว่างประเทศต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้ (O. Elagab: The Legality of Non-Forcible Countermeasures in International Law, 1987, หน้า 60)

3. ลักษณะของการตกลงที่จะมอบอำนาจพิจารณาเหนือข้อพิพาทต่อศูนย์ฯ ในลักษณะสุดท้ายคือสนธิสัญญาหรือข้อตกลงทางการลงทุนที่ระบุถึงความยินยอมในการเสนอข้อพิพาทให้ศูนย์ฯ พิจารณานั้นจะต้องเป็นไปโดยความตกลงร่วมกันในภายหลังระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ ข้อกำหนดทางอนุญาติตตุลาการในสนธิสัญญาทางการลงทุนเช่นนี้มีผลในทางกฎหมายที่ไม่ผูกพันโดยเด็ดขาดให้รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศูนย์ฯ ตามที่ผู้ลงทุนต่างชาติร้องขอมา แต่อย่างไรก็ดีการที่รัฐผู้รับการลงทุนจะปฏิเสธคำร้องขอให้มีการอนุญาติตตุลาการโดยศูนย์ฯ ของนักลงทุนต่างชาติที่รัฐตนได้ทำสนธิสัญญาทางการลงทุนไว้แล้วนี้จะต้องเป็นไปด้วยความสมเหตุสมผลและด้วยความสุจริต ( Delaume G.R.:ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from I.C.S.I.D, Vol.2, No.1 1985, หน้า 65)

อย่างไรก็ตามเนื่องจากโดยสภาพของสนธิสัญญาทางการลงทุนนั้นได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับการลงทุนระหว่างรัฐคู่สัญญา โดยผลการใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศของรัฐคู่สัญญานี้จะดำเนินไปเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ในระหว่างที่ระยะเวลาได้เปลี่ยนแปลงไปนั้น อาจเป็นไปได้ว่าปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง อาจส่งผลให้ภาวะการลงทุน ตลอดจนความสัมพันธ์ทางการทูตระหว่างรัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องเปลี่ยนแปลงไปได้ตามระยะเวลานั้น การเปลี่ยนแปลงทางสภาพแวดล้อมดังกล่าวอาจส่งผลให้สนธิสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนหน้านี้ไม่มีความเหมาะสม หรือไม่มีความจำเป็นที่จะนำมาใช้ระหว่างกันอีกต่อไป สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือเงื่อนไขเกี่ยวกับความตกลงที่รัฐคู่สัญญาได้ทำความตกลงร่วมกันไว้ในอันที่จะมอบอำนาจให้ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นเข้ามาจัดการระงับทางการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นกับนักลงทุนของรัฐคู่สัญญานี้ ความสมบูรณ์ของข้อตกลงทางการอนุญาติตตุลาการดังกล่าวจะยังคงมีอยู่หรือไม่ หากว่ารัฐคู่สัญญารัฐใดรัฐหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้ขอยกเลิกสนธิสัญญาหรือได้อ้างว่าสนธิสัญญาทางการลงทุนดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้อีกต่อไปประเด็นเกี่ยวกับสถานะและความสมบูรณ์ของข้อตกลงการอนุญาติตตุลาการที่ได้รับการระงับรวมอยู่ใน

สัญญาทางการลงทุนนี้ ก็ดังเช่นที่กล่าวมาในเรื่องการบอกเพิกถอนความยินยอมโดยการขอยกเลิกสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนแล้วว่า ในปัจจุบันหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้การยอมรับว่าข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตไต่ตุลาการจะมีสถานะเป็นข้อสัญญาอิสระที่สามารถแยกตัวออกมาจากตัวสัญญาฉบับหลักได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักการตามที่มาตรา 70(1) (b) แห่งอนุสัญญาเวียนนา ปี 1969 ได้กำหนดไว้ว่า การที่สนธิสัญญาได้ถูกยกเลิกไปนั้นจะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ ของคู่สัญญาที่มีมาก่อนการสิ้นสุดของสนธิสัญญานั้น ด้วยเหตุนี้ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตไต่ตุลาการที่รัฐคู่สัญญาได้ตกลงร่วมกันไว้กับอีกรัฐหนึ่งในอันที่จะมอบอำนาจให้ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นสามารถเข้ามาจัดการระงับทางการลงทุนที่อาจเกิดขึ้นกับนักลงทุนที่มาจากรัฐคู่สัญญานี้ จึงยังคงสมบูรณ์มีผลใช้บังคับได้แม้ว่าภายหลังจะปรากฏว่าตัวสนธิสัญญาทางการลงทุนอันเป็นสัญญาฉบับหลักจะได้ถูกยกเลิกไปไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม (Rene David: Arbitration in International Trade, 1985, หน้า 193)



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### 3. ขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของข้อพิพาท (Jurisdiction *ratione materiae*)

นอกเหนือจากเงื่อนไขในการให้ความยินยอมของคู่กรณี (Consent of the Parties) จะถือเป็นหลักแห่งการกำหนดขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นตามที่ได้กล่าวมาในบทข้างต้นแล้ว บทบัญญัติแห่งอนุสัญญามาตรา 25(1) ยังได้กำหนดเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง ในการที่ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ จะสามารถครอบคลุมไปถึงข้อพิพาทนั้นๆ ได้ กล่าวคือข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน

Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, ...

ซึ่งจะได้พิจารณาแยกตามรายละเอียดของเงื่อนไขเกี่ยวกับประเภทของข้อพิพาทต่อไป

#### 3.1 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมาย

โดยหลักที่อนุสัญญาฯ ได้วางไว้ว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับกฎหมาย (Legal dispute) แต่บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ ก็มีได้ปรากฏคำจำกัดความหรือการให้ความหมายของคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" ไว้แต่อย่างใด แม้ว่าในขั้นตอนของการร่างอนุสัญญาฯ นั้น ในร่างอนุสัญญาฯ ฉบับที่ได้ถูกเตรียมขึ้นในครั้งแรกเพื่อเสนอเข้าสู่การพิจารณาของ The Regional Consultative Meetings แม้จะมีได้มีการให้คำจำกัดความสำหรับคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" ไว้อย่างชัดเจน แต่ในข้อเสนอนี้ที่แนบไปพร้อมกับร่างฉบับดังกล่าวก็ได้มีการขยายความให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างข้อพิพาทที่มีลักษณะในทางกฎหมายกับข้อพิพาทที่มีลักษณะในทางการเมือง, เศรษฐกิจ หรือการพาณิชย์ การร่างอนุสัญญาฯ ในขั้นต่อมา ร่างฯ ฉบับที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Legal Committee) นั้น ก็ได้พยายามที่จะให้คำจำกัดความของคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" ว่าให้หมายความถึงข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประเด็นทางสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมาย หรือข้อพิพาทใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในการตีความด้านสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมาย (Aron Broches: Selected Essays, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1993, หน้า 208) อย่างไรก็ตามหลังจากที่ The Legal Committee ได้พิจารณาบททวนเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เหมาะสมสำหรับการให้คำจำกัดความของคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" แล้ว ในที่สุดที่ประชุมโดยเสียงข้างมากก็ได้ตัดสินใจที่จะให้มีการบัญญัติคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" ไว้ในอนุสัญญาฯ โดยมีต้องระบุคำจำกัดความของคำดังกล่าว การที่จะพิจารณาว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" นั้น มีความหมายอย่างไร อาจพิจารณาได้



จากรายงานของคณะกรรมการบริหาร (The Executive Directors) ที่แนบท้ายอนุสัญญาฯ อยู่ โดยในข้อ 26 ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" ไว้ว่าดังนี้ "ลักษณะของข้อพิพาทต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน ซึ่งคำว่าข้อพิพาททางกฎหมายนั้นต้องเป็นการขัดแย้งว่าเป็นการขัดกันกับสิทธิที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ มิใช่เป็นการขัดกันเฉพาะในทางผลประโยชน์เท่านั้น (The expression "legal dispute" has been used to make clear that while conflicts of rights are within the jurisdiction of the Centre, mere conflicts of interests are not...)" จากรายงานของคณะกรรมการบริหารดังกล่าวจึงสามารถพิจารณาได้ว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นที่จะอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ นั้นจะต้องเกี่ยวกับการมีสิทธิทางกฎหมาย (Existence of a Legal Right) หรือขอบเขตแห่งสิทธิหรือหน้าที่ทางกฎหมาย (Scope of a Legal Right or Obligation) หรือที่เกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ (Breach of Legal Obligation) (โปรดดูรายงานคณะกรรมการบริหารข้อ 26) การที่อนุสัญญาฯ จะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อพิพาทที่จะอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้นั้นจะต้องเป็นแต่เฉพาะข้อพิพาททางกฎหมายก็เพื่อขจัดความกังวลของประเทศกำลังพัฒนาเกี่ยวกับการที่ผู้ลงทุนต่างชาติอาจทำการเรียกร้องในประเด็นอื่นที่มีได้เป็นประเด็นเรื่องสิทธิทางกฎหมาย (Aron Broches: Selected Essays, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1993, หน้า 209) อย่างไรก็ตามประเด็นเกี่ยวกับคำจำกัดความของคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" นี้ เท่าที่เคยเป็นกรณีเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ที่ผ่านมาก็คือคดีข้อพิพาทระหว่าง Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. ซึ่งเป็นบริษัทจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้เข้าไปทำสัญญาทางการลงทุนปี 1968 กับรัฐบาลประเทศจาไมก้าเพื่อการลงทุนก่อสร้างโรงงานผลิตอลูมิเนียมขึ้นในประเทศจาไมก้า สำหรับผลตอบแทนที่ Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. จะได้รับตามสัญญานั้นก็คือการที่บริษัทจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี (Tax benefit) และใบอนุญาตสำหรับการทำเหมืองแร่บ็อกไซต์ (Bauxite) จากรัฐบาลจาไมก้า ภายหลังจากที่ระยะเวลาได้ผ่านไป 6 ปี รัฐบาลประเทศจาไมก้าได้ทำการออกกฎหมายปี 1974 ที่มีผลต่อการขึ้นอัตราภาษีในการประกอบกิจการทำเหมืองแร่บ็อกไซต์อันเป็นการขัดต่อสัญญาทางการลงทุนที่รัฐบาลได้ทำไว้กับบริษัท จนกระทั่งเมื่อกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้ถูกเสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ รัฐบาลจาไมก้าได้โต้แย้งว่ากรณีที่เกิดขึ้นนั้นไม่ควรที่จะถือได้ว่าเป็นกรณีข้อพิพาททางกฎหมาย แต่ในที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการแห่งคดีก็ได้พิจารณาว่ากรณีที่เกิดขึ้นถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ได้มีไว้ต่อผู้ลงทุนต่างชาติจึงถือได้ว่าเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณีทั้งสอง

ฝ่ายตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาทางการลงทุน (Moshe Hirsch; The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 58) -

### 3.2 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน

ในอนุสัญญา มาตรา 25(1) ได้กำหนดกรอบแห่งขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ เกี่ยวกับหลักลักษณะของข้อพิพาทว่าข้อพิพาทนั้นๆ นอกจากจะเป็นข้อพิพาททางกฎหมายแล้วข้อพิพาทนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนด้วย และก็เช่นเดียวกับกรณีของการบัญญัติคำว่า "ข้อพิพาททางกฎหมาย" ที่อนุสัญญาฯ มิได้บัญญัติคำจำกัดความของคำว่า "การลงทุน" ไว้ แม้ว่าในช่วงต้นของการร่างอนุสัญญาฯ จะได้มีความพยายามที่จะระบุคำจำกัดความเกี่ยวกับการลงทุนไว้เป็นการล่วงหน้าว่าจะให้ครอบคลุมในกรณีเช่นใดบ้าง แต่การบัญญัติดังกล่าวก็มิได้รับความพ้องจากที่ประชุมคณะกรรมาธิการกฎหมาย เนื่องจากที่ประชุมมีแนวคิดที่น่าจะเป็นการสมควรและเอื้อประโยชน์แก่นุสัญญาฯ มากกว่า ที่จะให้ถือเอาความตกลงกันของคู่กรณีที่ยินยอมให้ข้อพิพาททางการลงทุนใดๆ เข้ามาอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้นั้นมาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการกำหนดขอบอำนาจพิจารณาดังกล่าว ทั้งนี้ตามที่ข้อ 27 แห่งรายงานของคณะกรรมการบริหารที่แนบท้ายอนุสัญญาฯ ได้ระบุไว้ดังนี้

27. No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties,....."

ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่าการที่อนุสัญญาฯ มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "การลงทุน" ไว้เป็นการเฉพาะนั้น จะสามารถทำให้กระบวนการอนุสัญญาฯ สามารถนำมาปรับใช้ได้ตามรูปแบบทางการลงทุนที่อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ในอนาคตโดยไม่ต้องถูกจำกัดให้อยู่เฉพาะแต่การลงทุนในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง (G. Delaume; ICSID Arbitration, Contemporary problems in International Arbitration, 1987, หน้า 23) กระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ จึงมีความยืดหยุ่นต่อการตีความคำว่า "การลงทุน" ให้สามารถครอบคลุมได้ในทุกลักษณะไม่ว่าการลงทุนนั้นจะเป็นการลงทุนในลักษณะดั้งเดิมที่ประสงค์จะมุ่งแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การอุตสาหกรรม การลงทุนที่ทันสมัยในรูปแบบใหม่ (สร้างคณา แก้วจำนงค์; ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, บัณฑิตยวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 48) เช่นการลงทุนที่ต้องมีการให้ใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา, มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีขั้นสูง, การจัดการหรือการให้บริการในรูปแบบใหม่ประการอื่นๆ เป็นต้นว่าการลงทุนเพื่อพัฒนาแหล่งท่องเที่ยวภายในประเทศ เป็นต้น และเพื่อเป็นการสนับสนุนแนวคิดในการให้นำความตกลงระหว่างคู่กรณีดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่อง

กำหนดว่ากรณีใดจะถือเป็น "ข้อพิพาททางการลงทุน" ที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ  
ได้นั้น มาตรา 25(4) แห่งอนุสัญญาฯ จึงได้กำหนดไว้ดังนี้

Article 25 .....

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of the disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre.....

การที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25(4) ข้างต้นได้กำหนดให้รัฐภาคีสามารถกำหนดเป็นการล่วงหน้าได้ว่า  
กรณีใดที่รัฐฯ นั้นจะถือว่าเป็นประเภทของข้อพิพาททางการลงทุนที่ตนยินยอมให้ตกอยู่ภายใต้  
ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ความยินยอมในการให้รัฐกำหนดประเภทของข้อพิพาททางการลง  
ทุนได้ดังกล่าวก็เป็นเพียงเป็นการยอมรับให้มีการตั้งข้อสงวน (Reservation Clause) เพื่อให้คู่กรณี  
ที่มาจากรัฐภาคีสมาชิกแห่งสนธิสัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถทราบได้อย่างชัดเจนว่ากิจกรรมทาง  
ธุรกิจแบบใดที่จะถือว่าเป็นข้อพิพาททางการลงทุนที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงให้อยู่ภายใต้ขอบ  
อำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ โดยจะไม่ต้องเกิดเป็นกรณีโต้เถียงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอีกในภาย  
หลัง อย่างไรก็ตามหากตามข้อเท็จจริงนั้นปรากฏว่าประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทสามารถสังเกตเห็น  
โดยลักษณะของข้อพิพาทเองอย่างแจ่มชัดแล้วว่ากรณีนั้นเป็นกรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับการลงทุน  
ระหว่างคู่กรณีแต่อย่างใดเลย ข้อพิพาทในประเด็นดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการยอมรับให้นำเข้าสู่  
กระบวนการพิจารณาเพื่อการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ดังเช่นที่เลขาธิการฯ ได้เคยปฏิเสธที่จะรับ  
จดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการในประเด็นพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าในคดีระหว่าง  
Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. กับรัฐบาลจาไมกา และคณะอนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าว  
ยังได้ให้ความเห็นยืนยันต่อหลักการที่ว่า การที่คู่กรณีแห่งข้อพิพาทได้ให้ความยินยอมระหว่างกัน  
ในอันที่จะเสนอข้อพิพาทให้เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ นั้น ก็เป็นเพียงแต่การเพิ่มน้ำ  
หนักให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินได้ว่ากิจกรรมทางธุรกิจนั้นเป็นการลงทุนหรือไม่เท่า  
นั้น (สุรางคนา แก้วจางค์: ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท  
เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธรรม  
ศาสตร์, 2539, หน้า 57) ด้วยเหตุนี้แม้จะมีความตกลงกันระหว่างคู่กรณีที่ให้ถือว่าข้อพิพาทนั้นถือ  
เป็นประเด็นทางการลงทุนปรากฏอยู่ ความตกลงดังกล่าวก็ยังคงอยู่ภายใต้การใช้ดุลยพินิจของ  
เลขาธิการฯหรือคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนั้นที่จะพิจารณาทบทวนอีกครั้งว่ากรณีดังกล่าวเป็น  
"ข้อพิพาทโดยตรงจากการลงทุน" ที่สามารถเข้ามาใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ  
พิจารณาระงับข้อพิพาทได้โดยแท้จริงหรือไม่อยู่ดี

ในอีกทางหนึ่งลักษณะของการกระทำบางอย่างแม้โดยลักษณะของการกระทำโดยทั่วไป อาจจะมีได้มีสภาพที่มาจากการลงทุนอย่างชัดแจ้ง แต่ก็อาจได้รับการพิจารณาจากคณะอนุญาโตตุลาการว่าถือเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ หากว่าประเด็นดังกล่าวนั้นเป็นกรณีที่ยังคงเกี่ยวข้องกับการลงทุนได้โดยตรงอยู่ (Moshe Hirsch ; The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Dispute, 1993, หน้า 60-61) ซึ่งข้อเท็จจริงที่สามารถยกมาพิจารณาต่อกรณีดังกล่าวได้นั้น เป็นคำชี้ขาดของคณะกรรมการเฉพาะกิจ (Ad hoc committee) ในข้อคดีพิพาทระหว่าง Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Asia Corporation ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนภายใต้กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา กับ P.T. Wisma ซึ่งเป็นบริษัทที่ดำเนินการโดยรัฐบาลประเทศอินโดนีเซีย โดย Amco ได้ทำสัญญาในการที่จะลงทุนก่อสร้างโรงแรมขึ้นในกรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำสัญญา Lease and Management Agreement ซึ่งกำหนดให้ Amco เป็นผู้ดำเนินการลงทุนและจะเป็นผู้ดำเนินการบริหารโรงแรมเมื่อโครงการก่อสร้างแล้วเสร็จโดยการเช่าโรงแรมจาก P.T. Wisma เป็นระยะเวลา 30 ปี นอกจากนี้ Amco ได้รับใบอนุญาตทางการลงทุนซึ่งได้กำหนดหน้าที่ในการลงทุนและสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ Amco จะได้รับจากการลงทุนนั้น สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาได้กำหนดให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฯ มาเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งต่อมา Amco ได้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทอินโดนีเซียคือ P.T. Amco และ P.T. Amco ก็ได้รับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาการลงทุนเดิมมาจาก Amco ทั้งหมด และแม้ว่าต่อมาสัญญาในการแบ่งปันผลกำไรจากการบริหารโรงแรมหรือ Profit Sharing Agreement ระหว่าง P.T. Amco กับ P.T. Wisma จะได้ถูกจัดทำขึ้นในปี 1978 แต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ได้เกิดมีปัญหาระหว่างกันเกี่ยวกับการคำนวณผลกำไรและจำนวนผลกำไรที่ P.T. Amco ต้องจ่ายให้กับ P.T. Wisma ซึ่งต่อมาเมื่อ P.T. Amco ไม่สามารถทำการชำระผลกำไรให้แก่ P.T. Wisma ได้ตามจำนวนและระยะเวลาที่ P.T. Wisma ได้กำหนด P.T. Wisma จึงอาศัยกำลังทหารเข้ายึดกิจการโรงแรมดังกล่าวจาก P.T. Amco ในปี 1980 และรัฐบาลอินโดนีเซียก็ยังได้ทำการเพิกถอนใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของ P.T. Amco ด้วย ต่อมาในปี 1981 P.T. Amco ได้เสนอข้อพิพาททางการลงทุนดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการฯ ก็ได้มีคำสั่งชี้ขาดในคดีพิพาทนี้ในปี 1984 ว่า รัฐบาลอินโดนีเซียได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสัญญาทางการลงทุน และสั่งให้รัฐบาลอินโดนีเซียชำระค่าเสียหายคืนให้แก่ P.T. Amco อย่างไรก็ตามอินโดนีเซียได้อาศัยสิทธิตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญามาตรา 52(1) (b) และ (e) ขอให้มีการยกเลิกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ พร้อมทั้งได้อ้างว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการได้รับพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวถือเป็นการใช้อำนาจเกินไปกว่าขอบเขตอำนาจอย่างชัดแจ้ง เพราะกรณีที่ยินโดนีเซียใช้กำลัง

ทหารเข้ายึดกิจการของ P.T. Amco น่าจะถือเป็นกรณีความรับผิดในทางระหว่างประเทศมิใช่เป็นกรณีที่จะเข้าข่ายตามคำจำกัดความของคำว่า "ข้อพิพาททางการลงทุน" ตามที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25 (1) กำหนดไว้แต่อย่างใด ต่อข้ออ้างของอินโดนีเซียในประเด็นนี้ ปรากฏว่าในปี 1986 คณะกรรมการเฉพาะกิจ (Adhoc Committee) ที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคำร้องขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดดังกล่าวของอินโดนีเซีย ก็ได้พิจารณายกคำร้องในประเด็นที่อินโดนีเซียอ้างว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไม่ถือว่าเป็น "ข้อพิพาททางการลงทุน" เพราะการกระทำของกองทัพอินโดนีเซียแม้จะเป็นการใช้กำลังทางทหารแต่ก็ถือได้ว่าสิ่งที่ขัดกับพันธกรณีที่รัฐบาลอินโดนีเซียต้องผูกพันต่อนักลงทุนต่างชาติ คือ Amco การกระทำของกองทัพอินโดนีเซียดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นข้อพิพาททางการลงทุน ซึ่งอนุสัญญาฯ กำหนดให้อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ (Amco V. Indonesia Annulment Decision, 25 I.L.M., 1441, 1454-55 (1986))



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 4. ขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่กรณี (Jurisdiction *ratione personae*)

องค์ประกอบประการสุดท้ายที่เป็นเครื่องกำหนดขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ที่จะต้องนำมาพิจารณานอกเหนือไปจากหลักเรื่องความยินยอมของคู่สัญญา (Consent of the Parties) และเรื่องประเภทของข้อพิพาทที่จะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน (Legal dispute arising directly out of investment) นั่นคือการพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นๆ โดยอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องมีฐานะเป็นรัฐที่เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นคนชาติที่มาจากรัฐอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวนี้เช่นเดียวกัน

Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute ..., between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by the State) and a national of another Contracting State, ...

แนวโน้มในทางปฏิบัติตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานเท่าที่ผ่านมาของศูนย์ฯ โดยส่วนใหญ่แล้วคู่กรณีฝ่ายที่มักจะเป็นผู้แสดงเจตนาสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ เป็นฝ่ายแรกจะเป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ลงทุนที่มาจากรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ รัฐหนึ่ง ซึ่งนักลงทุนรายนั้นๆ ได้เสนอให้มีการจัดการอนุญาโตตุลาการขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทตามที่สัญญาทางการลงทุนที่นักลงทุนได้ทำไว้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีฐานะเป็นประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการลงทุนที่เป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น (Moshe Hirsch: The Arbitration Mechanism of International Centre for the Settlement of Disputes, 1993, หน้า 39) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ ในมาตรา 25 (1) ตามที่ยกมาข้างต้นได้กำหนดว่าขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ จะครอบคลุมไปถึงข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ รัฐหนึ่งกับคู่กรณีที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาอีกรัฐหนึ่ง โดยในกรณีของคู่กรณีฝ่ายที่เป็นรัฐนั้น อนุสัญญาฯ ยังกำหนดให้หมายความรวมไปถึงหน่วยงานของรัฐ (Constituent Subdivisions) และส่วนราชการ (Agencies) ของรัฐนั้นๆ ด้วย

ซึ่งจะได้พิจารณาแยกตามรายละเอียดของเงื่อนไขเกี่ยวกับประเภทของคู่กรณีต่อไป

## 4.1 รัฐ

จากการที่อนุสัญญา มาตรา 67 ได้กำหนดไว้แต่เพียงว่ารัฐที่เป็นสมาชิกของธนาคารโลก และรัฐที่มีได้เป็นสมาชิกของธนาคารโลกแต่รัฐนั้นได้เข้าเป็นสมาชิกอยู่ในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอยู่ก่อนแล้ว หรือเป็นรัฐที่คณะกรรมการบริหารของศูนย์ฯ (The Administrative Council) โดยเสียงข้างมากจำนวนสองในสามของทั้งหมดได้มีมติเห็นชอบให้เชิญรัฐดังกล่าวให้เข้ามาเป็นสมาชิกเท่านั้น ที่จะสามารถเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นนี้ได้

Article 67 "This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party of the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention."

แต่ทว่าเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา จะพบว่าอนุสัญญา มิได้ให้คำจำกัดความกรณีเช่นใดจึงจะถือว่าอยู่ในข่ายของการเป็น "รัฐ" หรือการเป็น "รัฐ" นั้นจะต้องมีองค์ประกอบเช่นไรไว้ในอนุสัญญา แต่ประการใด ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่ากรณีเช่นใดจึงจะถือได้ว่าเป็นรัฐตามความหมายแห่งอนุสัญญาฉบับนี้จึงจำเป็นต้องนำหลักทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นเครื่องประกอบการพิจารณา ซึ่งตามปกติแล้วองค์ประกอบแห่งการเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐหนึ่งๆ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์เหล่านี้อย่างครบถ้วน

1. การมีประชากรของรัฐเป็นจำนวนที่แน่นอน
2. มีดินแดนที่สามารถจำกัดอาณาเขตของรัฐได้
3. มีรัฐบาลทำหน้าที่บริหารงานราชการแผ่นดิน
4. มีความสามารถในทางการทูตกับรัฐอื่น หรืออีกนัยหนึ่งคือมีอิสรภาพหรือมีอธิปไตยทางการทูตระหว่างประเทศ

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ หากว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแห่งข้อพิพาททางการลงทุน กลับมีองค์ประกอบไม่ครบถ้วนตามเกณฑ์ข้างต้นแล้ว ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจะอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ หรือไม่ ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา เองก็มิได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการเป็น "รัฐ" ที่จะสามารถเป็นประธานแห่งสิทธิ (Subject) ในการเข้าเป็นคู่กรณีที่จะสามารถเสนอข้อพิพาททางการลงทุนเข้าสู่การพิจารณาโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ให้อย่างชัดแจ้ง แต่เมื่อได้นำเอากฎหมายระหว่างประเทศมาประกอบการพิจารณาแล้ว

หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ณ เวลาที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้ใช้สิทธิในการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณา หรือได้ขอให้มีการจัดการอนุญาโตตุลาการโดยศูนย์ฯ ในฐานะรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ แล้ว หากคู่กรณีซึ่งถือว่าตนเข้าใช้สิทธิในฐานะแห่งการเป็นรัฐดังกล่าวหาได้มีคุณสมบัติครบถ้วนตามองค์ประกอบแห่งการเป็นรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ก็เท่ากับว่าข้อพิพาทนั้นๆ เป็นเรื่องที่อยู่ภายนอกขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ เพราะไม่สอดคล้องกับหลักที่วางไว้ตามมาตรา 25 (1) นี้ ซึ่งเลขาราชการฯ ก็จะต้องมีคำสั่งในการไม่รับจดทะเบียนคำขออนุญาโตตุลาการดังกล่าว โดยถือว่าเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายนอกขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ โดยชัดแจ้งได้ อย่างไรก็ตามหากภายหลังองค์ประกอบแห่งการเป็นรัฐที่ขาดไปเช่นนั้นได้มีกลับมาครบถ้วนตามที่หลักกฎหมายระหว่างประเทศได้วางไว้แล้ว ก็ไม่มีข้อห้ามอันใดที่จะปฏิเสธมิให้คู่กรณีฝ่ายนั้นสามารถเสนอคำขออนุญาโตตุลาการให้ศูนย์ฯ ดำเนินการเพื่อการระงับข้อพิพาทเข้ามาใหม่ได้ (Moshe Hirsch: The Arbitration Mechanism of International Centre for the Settlement Disputes, 1993, หน้า 63)

การที่อนุสัญญาฯ กำหนดให้ข้อพิพาทที่จะสามารถเข้ามาใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่จัดขึ้นภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นนักลงทุนเอกชนที่มีจากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ไม่ว่าจะเอกชนรายนั้นจะมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ก็เท่ากับเป็นการยืนยันเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ซึ่งไม่ต้องการเปิดโอกาสให้ข้อพิพาทที่มีคู่กรณีแห่งข้อพิพาทซึ่งมีสถานะเป็นรัฐด้วยกันทั้งสองฝ่ายเข้ามาใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ เกี่ยวกับข้อพิพาทที่มีรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาฯ ที่มีได้เป็นรัฐผู้รับการลงทุนเข้ามาเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทด้วยนี้ได้เคยปรากฏขึ้นของการร่างอนุสัญญาฯ ได้มีผู้เสนอจะให้รวมเอาข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวพันกันระหว่างคู่กรณีที่ฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน (Host State) อีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนผู้ลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Private Investor) และมีรัฐของผู้ลงทุน (Home State) รายดังกล่าวเข้ามาเกี่ยวข้องกับการลงทุนที่เกิดขึ้นนั้นๆ ในทางใดทางหนึ่งให้สามารถเข้ามาอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ได้รับการคัดค้านโดยเฉพาะจากสมาชิกของคณะกรรมการบริหารซึ่งเป็นตัวแทนมาจากภูมิภาคอเมริกาใต้ เพื่อให้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่อนุสัญญาฯ สร้างขึ้นนี้ ปลอดภัยจากการเข้ามาแทรกแซงโดยรัฐของผู้ลงทุนซึ่งรัฐเหล่านี้ส่วนมากจะเป็นประเทศที่มีอำนาจในทางการเมืองระหว่างประเทศที่เหนือกว่าประเทศกำลังพัฒนาผู้รับการลงทุน (Aron Broches : Selected Essays, Settlement of Investment disputes, 1993, หน้า 163) และถึงแม้ว่าข้อพิพาทนั้นๆ อาจจะมีผู้ลงทุนเอกชนเข้ามาร่วมเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยก็ตาม เช่นกรณีที่รัฐแม่ของผู้ลงทุนได้ตกลงกับผู้ลงทุนในการเข้ามาเป็นผู้รับประกันความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการลงทุนในต่างประเทศ



ของผู้ลงทุนชาติตนตามสัญญาการประกันภัยระหว่างประเทศ ( International Insurance Schemes) การที่อนุสัญญา กำหนดให้แต่เฉพาะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุนและอีกฝ่ายเป็นนักลงทุนจากต่างประเทศนี้ก็เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้กระบวนการการระงับข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยศูนย์ฯ ต้องถูกเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์หลักในการตอบสนองแนวคิดที่จะสร้างองค์กระหว่างประเทศที่มีความเป็นกลางซึ่งสามารถจะเข้ามาทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีสองฝ่ายซึ่งมีสถานะในทางระหว่างประเทศที่แตกต่างกัน โดยอนุสัญญา ได้พยายามแยกประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างประเทศให้พ้นไปจากกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว ดังนั้นหากอนุสัญญา เปิดโอกาสให้ข้อพิพาทที่มีคู่กรณีซึ่งมีฐานะเป็นรัฐทั้งสองฝ่ายสามารถเข้ามาใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ ได้แล้ว ก็อาจจะเป็นตัวนำประเด็นความยุ่งยากทางการเมืองระหว่างประเทศให้เข้ามาสู่ระบบการอนุญาโตตุลาการภายใต้การดำเนินงานของศูนย์ฯ ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ในอันที่จะสร้างองค์กระหว่างประเทศที่มีความเป็นกลางที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติโดยไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศตามที่กล่าวมาได้ (Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States : Analysis of Documents Concerning the Origins and the Formation of the Convention, 1971, vol 2, หน้า 401)

#### 4.2 หน่วยงานและส่วนราชการของรัฐ

ทางปฏิบัติโดยทั่วไป ในการที่รัฐบาลจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับเอกชนภายใต้เงื่อนไขแห่งอนุสัญญา นั้น รัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนอาจจะมิได้เข้ามาเป็นผู้ลงนามในสัญญาด้านการลงทุนกับผู้ลงทุนแต่ละรายในนามของรัฐบาลตนเองโดยตรง การทำสัญญาทางการลงทุนโดยมากแล้ว หน่วยงานหรือส่วนราชการ (Constituent Subdivisions and Agencies) ซึ่งมีหน้าที่ในการบริหารและควบคุมดูแลงานที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายในรัฐดังกล่าวก็สามารถเข้ามาเป็นคู่สัญญากับนักลงทุนเอกชนได้ ด้วยเหตุนี้ในชั้นของการร่างอนุสัญญา ได้มีคณะกรรมการร่างอนุสัญญา ฝ่ายหนึ่งเสนอให้รวมเอา "หน่วยงานหรือส่วนราชการ " เข้าไปอยู่ในประเภทของคู่กรณีซึ่งเป็น "รัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญา" ด้วย โดยฝ่ายที่เสนอเช่นนี้ได้ให้เหตุผลประกอบว่า หากอนุสัญญา มาตรา 25 (1) มิได้กำหนดให้นิยามของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา มีความหมายครอบคลุมไปถึงหน่วยงานและส่วนราชการของรัฐภาคีสมาชิกด้วยแล้ว จำนวนของข้อพิพาททางการลงทุนที่จะได้รับการเสนอมาเพื่อให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศูนย์ฯ ก็จะมีอย่างจำกัดได้ (Moshe Hirsch: The Arbitration Mechanism of International Centre for the Settlement

Disputes, 1993, หน้า 67) และถึงแม้ข้อเสนอนี้ในการให้รวมเอาหน่วยงานหรือส่วนราชการของรัฐ มาเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทตามอนุสัญญาได้นี้ จะได้รับการโต้แย้งว่า หน่วยงานหรือส่วนราชการ ของรัฐนั้นไม่มีสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิ (Subject) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในที่สุดแล้ว คณะกรรมาธิการร่างอนุสัญญาฯ ก็ได้พิจารณาว่า แม้เหตุผลของฝ่ายที่มีความเห็นแย้งนี้จะมีน้ำหนัก แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ถือปฏิบัติกันในการทำสัญญาทางการลงทุนระหว่างรัฐกับ เอกชนที่มักจะมีหน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐเข้ามาเป็นคู่สัญญากับเอกชนแล้ว หากต่อ มาว่า ณ เวลาที่มีคำเสนอขอใช้การอนุญาโตตุลาการนั้น ปรากฏว่าได้มีการให้คำรับรองหรือให้ สัตยาบันมายังศูนย์ฯ โดยรัฐภาคีสมาชิกเองว่าให้ถือว่าหน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐฯ นั้น ได้อยู่ในฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิตามอนุสัญญาฯ แล้ว หน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐนั้นก็สม ควรที่จะเข้ามาเป็นคู่กรณีที่สามารที่จะใช้กลไกการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ มาเป็นเครื่องมือใน การระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่มีขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติในอนาคต (News from ICSID, Summer 1991, หน้า 20) คณะกรรมาธิการฯ จึงสรุปเห็นชอบให้มีการบัญญัติอนุสัญญาฯ โดยให้ ถือว่าหน่วยงานหรือส่วนราชการของรัฐภาคีสมาชิกสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทที่อยู่ ภายใต้อำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ ทั้งนี้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 (1) และ (3)

#### Article 25

- (1) The jurisdiction of the Centre ..... between contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designed to the Centre by the State) .....
- (2) .....
- (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notified the Centre that no such approval is required

อย่างไรก็ดีจากบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ ตามข้างต้นก็มีได้ให้คำจำกัดความเพื่อที่จะให้ พิจารณาได้ว่า "หน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐภาคีสมาชิก" ที่สามารถเข้ามาเป็นคู่กรณี แห่งอนุสัญญาฯ ได้นั้นจะต้องมีลักษณะเช่นไรอย่างชัดเจน แต่ในชั้นของการพิจารณาร่าง อนุสัญญาฯ นั้น คณะกรรมาธิการฯ ได้ให้ความเห็นว่าอาจเป็นไปได้ที่ในบางกรณี หน่วยงานย่อย และส่วนราชการของรัฐนั้นจะมีสถานะทางกฎหมายที่สามารถแบ่งแยกออกจากความเป็นรัฐได้ อย่างชัดเจน แต่หากในทางข้อเท็จจริงแล้ว หน่วยงานย่อยและส่วนราชการนั้นๆ ยังคงมีสถานะเป็น องค์การที่ยังถือได้ว่าเป็นองค์การที่โดยหลักแล้วถือเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ หรือเป็นองค์การที่อยู่ภายใต้ การบริหารงานหรืออยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐ หน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐดังกล่าว

นั้น ก็สามารถหมายความได้ตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ นี้ นอกจากนั้นการที่จะพิจารณาตีความว่ากรณีใดถือเป็นหน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐหรือไม่นั้น ก็ยังต้องคำนึงถึงลักษณะทางข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกับการนิติบัญญัติและการบริหารภายในของรัฐผู้รับการลงทุนรัฐนั้นๆ ด้วย (G. Delaume: ICSID Arbitration, Contemporary Problems in International Arbitration, 1987 หน้า 17) สำหรับแนวคิดที่จะให้ความหมายของคำว่า "รัฐภาคีสมาชิก" สามารถได้รับการตีความให้ครอบคลุมไปถึงองค์กรที่รัฐเป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์เหนือองค์กรนั้นอยู่ด้วยนี้ ได้มีผู้ให้ความเห็นแย้งว่าหน่วยงานย่อยและส่วนราชการของรัฐนั้นไม่ควรที่จะกินความหมายรวมไปถึงองค์กรธุรกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลซึ่งรัฐได้เข้าไปเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ด้วยแต่ประการใด ทั้งนี้เพราะการตีความดังกล่าวจะเป็นการตีความที่กว้างขวางมากเกินไป และการตีความดังกล่าวนั้นยังอาจส่งผลกระทบต่อวงการธุรกิจ และยิ่งก่อให้เกิดปัญหาว่า "รัฐ" ได้สถานะในการเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศมา มีสถานะเช่นเดียวกับเอกชน เพราะแม้นักกฎหมายส่วนใหญ่จะเห็นว่ารัฐสามารถมีสถานะเช่นเดียวกับเอกชนได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นรัฐก็ยังคงยกข้อต่อสู้ในความเป็นรัฐอยู่ต่อไปนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อข้อพิพาทเกิดจากสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติ ดังนั้นองค์กรธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีลักษณะทางองค์ประกอบนอกเหนือไปจากรัฐบาล และองค์กรย่อยทางมหาชนของรัฐที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบต่างๆ เช่น มลรัฐ องค์กรอิสระ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและเทศบาลหรือองค์กรย่อยทางมหาชนอื่นใดในรูปแบบเดียวกันแล้ว ก็จะไม่ถือว่าองค์กรธุรกิจนั้นอยู่ในความหมายของคำว่า "รัฐ" ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้แต่อย่างใด (สุรางคณา แก้วจรรย์ : ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 64)

นอกจากนี้ ได้มีการตั้งข้อสังเกตว่า เนื่องจาก "หน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการ" ของแต่ละรัฐภาคีสมาชิกจะแตกต่างกันออกไปตามแต่ลักษณะในทางนิติบัญญัติและการบริหารของรัฐภาคีสมาชิกแต่ละรัฐ และแม้อนุสัญญาฯ จะกำหนดให้รัฐแต่ละรัฐให้สัตยาบันอีกครั้งว่า องค์กรเหล่านั้นสามารถเป็นคู่กรณีภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ฯ ได้หรือไม่ ดังนั้นหากในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการของรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ และเมื่อนักลงทุนรายนั้นได้ยื่นคำขออนุญาโตตุลาการไปยังศูนย์ฯ แต่ปรากฏว่ารัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีกลับยังไม่ได้ให้คำรับรองหรือให้สัตยาบันในการที่ยอมให้หน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการดังกล่าวสามารถเข้าเป็นคู่กรณีได้ตามที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25 (3) ได้กำหนดไว้แล้ว รัฐคู่กรณีนั้นก็อาจจะยกข้อต่อสู้ในประเด็นที่ว่าหน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการองค์กรนั้นไม่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ มาต่อสู้กับนักลงทุนได้ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการเสนอว่ารัฐผู้รับการลงทุนควรที่

จะแจ้งรายชื่อหน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการของตนไว้แก่ศูนย์ฯ ตั้งแต่ก่อน หรือเมื่อเวลาที่ได้มีการทำความตกลงให้ใช้การอนุญาตโศกเคราะห์ของศูนย์ฯ มาเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญาทางการลงทุนที่หน่วยงานย่อยหรือส่วนราชการนั้นได้ทำไว้กับนักลงทุนต่างชาติ

#### 4.3 คนชาติของรัฐอื่น (National of Other States)

สิ่งหนึ่งที่สำคัญและจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับการเข้ามาเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทตามที่อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้กำหนดให้เอกชนสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีกับอ้อมฝ่ายที่เป็นรัฐได้นั้น เป็นข้อบัญญัติที่มีลักษณะพิเศษในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะแท้ที่จริงแล้ว "เอกชน" ในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่มีได้รับการถือว่าเป็น "บุคคล" ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแต่ประการใด จากการที่สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเอกชนจะต้องแสดงออกโดยอาศัยรัฐเจ้าของสัญชาติที่เอกชนนั้นสังกัดอยู่ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่หากเอกชนรายใดเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมที่พอเพียงจากระบบการเยียวยาข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยระบบกฎหมายภายใน (Exhaustion of local remedies) ของรัฐต่างชาติซึ่งรัฐฯ นั้นได้เป็นผู้ที่ก่อความเสียหายแก่ตนขึ้นแล้ว เอกชนรายดังกล่าวจะทำการเรียกร้องในฐานะเป็นโจทก์โดยตรงต่อรัฐคู่กรณีนั้นมิได้ การเรียกร้องดังกล่าวจะกระทำได้อีกก็โดยอาศัยการเรียกร้องผ่านไปยังรัฐเจ้าของสัญชาติของตนในลักษณะของการขอรับความคุ้มกันทางการทูต (Diplomatic Protection) เท่านั้น จากแนวความคิดดังกล่าวข้างต้น สถานภาพของ "เอกชน" จึงไม่สามารถที่จะเข้ามาเป็นคู่กรณีหรือเป็นผู้ทรงสิทธิ (Subject of rights) ในทางระหว่างประเทศได้โดยตรงแต่ประการใด ดังเช่นที่เคยมีคำพิพากษาของศาลสถิตยยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ยืนยันในแนวความคิดเช่นนี้ไว้ในคดี *Mavrommatis Palestine Concessions* 1924 (จุมพต สายสุนทร : กฎหมายระหว่างประเทศ, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 216-217) แต่เมื่ออนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น มาตรา 25 (1) ได้บัญญัติให้เขตอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ครอบคลุมไปถึงข้อพิพาทในทางกฎหมายที่เกิดโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ กับคนชาติ (National) ของรัฐภาคีรัฐอื่นด้วย การยกฐานะในการเข้ามาเป็นคู่กรณีกับรัฐในกระบวนการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญาฯ จึงเป็นสิ่งที่พิเศษแตกต่างไปจากหลักกฎหมายเรื่องสถานภาพของเอกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่มีมาแต่เดิมซึ่งไม่ให้การยอมรับว่าเอกชนจะสามารถเข้ามามีสภาพเป็นผู้ทรงสิทธิในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้นั่นเอง

และจากการที่อนุสัญญา ได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแห่งข้อพิพาทจะต้องมีฐานะเป็นรัฐที่เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ในขณะที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็จะต้องเป็นคนชาติที่มาจากรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง ตามมาตรา 25 (2) จึงได้ให้คำจำกัดความสำหรับคำว่าคนชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญารัฐอื่น ไว้ดังนี้

#### Article 25

(2) "National of another Contracting State" means:

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

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

คนชาติของรัฐภาคีสมาชิกตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา มาตรา 25 (2) จึงมีความหมายรวมไปถึงทั้งกรณีเป็นบุคคลธรรมดา (Natural Person) และ นิติบุคคล (Juridical Person) ซึ่งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลนั้น อนุสัญญา ได้กำหนดให้จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง ณ วันที่มีการเสนอข้อพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ หรือวันที่เลขาธิการจะได้พิจารณารับจดทะเบียนคำร้องขอการระงับข้อพิพาท การที่อนุสัญญา ได้อ้างถึงการมีสัญชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งของคนชาติดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทราบได้อย่างแน่ชัดว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลรายนั้นมีสัญชาติใด ณ วันที่มีการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่ศูนย์ เพื่อพิจารณาต่อไปว่าคนชาติรายนั้นๆ จะเป็นผู้ที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ ตามองค์ประกอบเรื่องประเภทของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนี้หรือไม่

#### 4.3.1 บุคคลธรรมดา (Natural Person)

ตามข้อ 25 (2) (a) บัญญัติเกี่ยวกับคำจำกัดความของคำว่า "บุคคลธรรมดา" ไว้ว่า "บุคคลธรรมดา" ซึ่งจะถือว่าเป็นคนชาติของรัฐอื่นตามอนุสัญญาฯ ได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่มีสัญชาติของรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ อีกรัฐหนึ่งซึ่งรัฐนั้นมีไซรัฐที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นๆ อยู่ในเวลาที่คู่กรณีได้ยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาททางการลงทุนดังกล่าวเพื่อขอให้ศูนย์ฯ ได้จัดให้มีการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทนั้น หรือ ณ วันที่เลขาธิการของศูนย์ฯ จะได้พิจารณารับจดทะเบียนคำขอดังกล่าวของคู่กรณี ตามที่มาตรา 28 (3) บัญญัติไว้ ดังนั้นในการที่จะพิจารณาว่าบุคคลธรรมดารายใดมีสิทธิในการเข้าเป็นคู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ ได้หรือไม่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บุคคลธรรมดารายนั้นจะต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ อีกทั้งสัญชาติดังกล่าวจะต้องมีไซสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทนั้นด้วย (Moshe Hirsch: *The Arbitration Mechanism of International Centre for the Settlement of Disputes*, 1993, หน้า 75) ฉะนั้นหากบุคคลธรรมดารายนั้นเป็นบุคคลที่ไม่สัญชาติหรือเป็นผู้ที่มีได้ถือสัญชาติของรัฐภาคีสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง ณ เวลาที่อนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้ หรือบุคคลธรรมดานั้นเป็นผู้มีสัญชาติแต่สัญชาติที่ถืออยู่กลับเป็นสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาท ก็จะไม่ถือว่าบุคคลธรรมดารายนั้นเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติในอันที่จะสามารถเข้าเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทตามทีอนุสัญญาฯ มาตรา 25(1) กำหนดไว้ แม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทอยู่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะยินยอมให้บุคคลธรรมดารายดังกล่าวให้มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนเองได้หรือไม่ก็ตาม

การพิจารณาเกี่ยวกับสัญชาติที่แท้จริงของบุคคลธรรมดาอาจมีความความซับซ้อนเพิ่มขึ้นไปอีกสำหรับในกรณีที่บุคคลธรรมดารายใดมีสัญชาติมากกว่าหนึ่งสัญชาติในเวลาเดียวกัน ซึ่งการที่จะพิจารณาสัญชาติที่แท้จริงของบุคคลธรรมดานี้โดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ก็จะต้องนำหลักเกี่ยวกับความสัมพันธ์อันแท้จริง (Genuine Connection) มาใช้เป็นพื้นฐาน ซึ่งหลักความสัมพันธ์อันแท้จริงนี้เป็นหลักเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศสำหรับการที่รัฐใดจะถือว่าบุคคลๆ ใดจะเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐตนได้หรือไม่ โดยหลักการนี้ได้รับการวางไว้โดยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ในการตัดสินคดี *Nottebohm Case* ซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นในปี 1955 ระหว่างระหว่าง Liechtenstein กับ Guatemala โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ว่า สัญชาติของบุคคลนั้นถือเป็นข้อผูกพันในทางกฎหมายที่จะต้องมีความสัมพันธ์อันแท้จริงในทางสังคมที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการติดต่อ ความสัมพันธ์อันแท้จริง การมีส่วนร่วมได้ส่วนเสียและมีความรู้สึกร่วมกัน ตลอดจนมีสิทธิหน้าที่ในทางต่างตอบแทนระหว่างรัฐกับคนชาติที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นอยู่ (Nationality is a legal bond having as its

basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments together with the existence of reciprocal rights and duties) ดังนั้นหากบุคคลใด แม้จะอ้างว่าเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐใดแต่หากการได้มาซึ่งสัญชาตินั้นขาดองค์ประกอบตามที่ได้ กล่าวมาข้างต้นแล้วก็จะไม่สามารถอ้างการมีสัญชาติของรัฐนั้นต่อรัฐอื่นได้ นอกจากนี้หากข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่บุคคลธรรมดาอายุโตมีหลายสัญชาติในเวลาเดียวกัน และสัญชาติฯ หนึ่งนั้นเป็น สัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทรวมอยู่ด้วย ดังนั้นแล้วบุคคลผู้นั้นก็จะมี สิทธิที่จะเข้ามาเป็นคู่กรณีที่จะขอให้ศูนย์ฯ ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมาเพื่อการเยียวยาข้อ พิพาทที่เกิดขึ้นกับรัฐผู้รับการลงทุนได้ ทั้งนี้เพราะจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาที่จะ ให้กระบวนการระงับข้อพิพาทของศูนย์ฯ เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่าง ประเทศเฉพาะแต่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและคนชาติของรัฐอื่นดังที่ได้กล่าวมา แล้วในบทที่ 1 และในทางปฏิบัติเลขาธิการของศูนย์ฯ จะเป็นผู้พิจารณาเงื่อนไขเรื่องสัญชาติของ บุคคลธรรมดา ณ เวลาที่จะรับจดทะเบียนคำร้องขอการอนุญาโตตุลาการ และหากเลขาธิการฯ พบว่า บุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติต้องห้ามตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น เลขาธิการฯ ก็จะปฏิเสธใน การรับจดทะเบียนคำร้องขอนั้น

นอกจากนั้น ยังได้มีการตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับว่าเนื่องจากบุคคลธรรมดาอาจมีการเปลี่ยนแปลงสัญชาติไปได้ ดังนั้นหาก ณ วันที่คู่กรณียินยอมเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ฯ และวันที่เลขาธิการ ได้รับจดทะเบียนคำร้องตามเงื่อนไขของอนุสัญญาฯ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ปรากฏว่าบุคคล ธรรมดาผู้นั้นเป็นผู้มีสัญชาติอื่นตามเงื่อนไขของอนุสัญญาฯ กำหนดไว้ทุกประการ แต่พอหลังจากนั้น แล้ว บุคคลธรรมดาดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงสัญชาติของตนไป ซึ่งการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้น ทำให้องค์ประกอบทางสัญชาติไม่ตรงกับที่มาตรา 25 (2) (a) กำหนดไว้ ในกรณีเช่นนี้น่าจะยังถือ ว่าบุคคลดังกล่าวยังคงมีสิทธิ์เข้าเป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทได้อยู่แม้ว่ามีสัญชาติที่เปลี่ยนไปนั้นอาจ เป็นสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นคู่กรณีก็ตาม

สถาบันวิจัยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 4.3.2 นิติบุคคล (Juridical Person)

ภาวะการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบันจะพบว่าการลงทุนระหว่างประเทศส่วนมากจะเป็นดำเนินการลงทุนโดยวิสาหกิจข้ามชาติที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลมากกว่าการลงทุนโดยนักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดา และหากพิจารณาแนวโน้มในทางปฏิบัติตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของศูนย์ฯ ที่ผ่านมา โดยส่วนใหญ่แล้ว ข้อพิพาททางการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาตินั้น คู่กรณีฝ่ายที่เป็นเอกชนนั้นมักจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ลงทุนที่มาจากรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ อีกรัฐหนึ่ง ด้วยเหตุนี้้นอกจากเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่กรณีจะหมายถึงบุคคลธรรมดาแล้ว ในมาตรา 25(2)(b) แห่งอนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดให้คู่กรณีที่ถือได้ว่าเป็นคนชาติของรัฐภาคีสมาชิกอีกรัฐหนึ่งนั้นให้หมายความรวมถึง

- (1) นิติบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งซึ่งรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งนั้นมีได้เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทในวันที่คู่กรณีได้ยินยอมเสนอข้อพิพาทนั้นให้เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ
- (2) นิติบุคคลซึ่งในวันที่คู่กรณีได้ยินยอมเสนอข้อพิพาทนั้นให้เข้าสู่การอนุญาโตตุลาการของศูนย์ฯ นั้น เป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งเป็นรัฐคู่กรณีในข้อพิพาทด้วย แต่นิติบุคคลรายนั้นได้ถูกควบคุมโดยต่างชาติ (Foreign Control) ประกอบกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงร่วมกันในอันที่จะให้ปฏิบัติต่อนิติบุคคลรายนั้นเยี่ยงคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง

#### การบ่งชี้สัญชาติของนิติบุคคล :

สิ่งที่จำเป็นประการหนึ่งก่อนที่จะพิจารณาได้ว่านิติบุคคลรายใดจะถือได้ว่าเป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติเป็นไปตามเงื่อนไขที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25(2)(b) ได้กำหนดไว้ว่าเป็นนิติบุคคลที่สามารถเข้ามาอยู่ภายใต้ขอบอำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้หรือไม่นั้น คือจะต้องทราบให้ได้ว่านิติบุคคลรายนั้นมีสัญชาติของรัฐใด และจากการที่อนุสัญญาฯ มาตรา 25 (2)(b) นี้เพียงแต่บัญญัติว่าให้นิติบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีสมาชิกอีกรัฐหนึ่งที่มีรัฐที่เป็นคู่กรณีแห่งข้อพิพาทสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีตามนัยยะของคนชาติของรัฐอื่นได้ โดยอนุสัญญาฯ มิได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้เพื่อการจำแนกสัญชาตินิติบุคคลนั้นว่ามีเช่นไรก็เนื่องจากการให้อนุสัญญาฯ สามารถมีผลครอบคลุมถึงทุกลักษณะของนิติบุคคลที่อาจมีขึ้นในภายหลัง แต่การที่ไม่ได้ให้ถือเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่ง



ในการจำแนกสัญชาติของนิติบุคคลไว้นั้นก็ทำให้เกิดปัญหาในการตีความและเกิดข้อถกเถียงขึ้นได้ว่านิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของรัฐใด สามารถเข้าเป็นคู่กรณีตามเงื่อนไขที่มาตรา 25 วางไว้หรือไม่-

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่ออนุสัญญาฯ ไม่ได้ยอมรับเอาหลักเกณฑ์หลักใดหลักหนึ่งมาเป็นการเฉพาะเพื่อที่ใช้สำหรับการบ่งชี้สัญชาติของนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของศูนย์ฯ แต่ในช่วงของการเตรียมร่างอนุสัญญาฯ ได้มีการมาธิการบางท่านได้เสนอให้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยในช่วงต้นของการร่างอนุสัญญาฯ ได้มีการเสนอให้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลว่าในการพิจารณาหาสัญชาติของนิติบุคคลที่จะสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีในข้อพิพาททางการลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนได้นั้น ควรจะต้องนำเอากฎหมายภายในของรัฐซึ่งได้ถูกยกขึ้นมาอ้างว่านิติบุคคลรายดังกล่าวมีสัญชาติเช่นเดียวกันกับรัฐนั้นมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาควบคู่ไปกับการที่จะต้องพิจารณาว่าคุณบุคคลซึ่งมีอำนาจในการควบคุมดูแลผลประโยชน์ของนิติบุคคลรายดังกล่าวเป็นผู้ที่มีสัญชาติใดด้วย (Moshe Hirsch : Jurisdiction of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993, หน้า 83) อย่างไรก็ตามการที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาหาสัญชาติของนิติบุคคลตามข้อเสนอดังกล่าวก็ยังคงนำมาซึ่งข้อโต้แย้งอยู่อีกมาก ทั้งนี้เพราะการที่จะนำเอาหลัก "อำนาจในการควบคุมดูแลผลประโยชน์ของนิติบุคคล" (Controlling Interest of Corporation) มาใช้เป็นเครื่องวัดว่านิติบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใดยังเป็นเรื่องที่ขาดความชัดเจนอยู่มาก (Aron Broches: Selected Essay, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1993 หน้า 359) ด้วยเหตุที่อนุสัญญาฯ มิได้ระบุหลักการที่จะนำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลไว้นี้เอง การที่จะทราบถึงเรื่องดังกล่าวได้ก็จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปมาใช้ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งแยกสัญชาตินิติบุคคลที่สำคัญนั้น มีดังต่อไปนี้

ก.) หลักที่ถือเอาสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้ง (Place of Incorporation)

หลักการนี้จะถือว่า สัญชาติของนิติบุคคลจะเป็นไปตามสัญชาติของรัฐที่นิติบุคคลรายนั้นได้รับการก่อตั้งขึ้น กฎเกณฑ์การแบ่งแยกสัญชาตินิติบุคคลลักษณะนี้ได้ถูกนำมาใช้ในรัฐที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และ Anglo-American ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยอมรับโดยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี *Barcelona Traction* 1970 (Belgium v. Spain) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้การรับรองว่าประเทศแคนาดาสามารถให้ความคุ้มครองกันทางการทูตแก่บริษัท *Barcelona Traction, Light and Power* ได้ ทั้งนี้เพราะประเทศแคนาดาเป็นรัฐที่บริษัทฯ ได้รับการก่อตั้งขึ้น โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธข้ออ้างของรัฐบาลเบลเยียมในการเข้ามาให้ความคุ้มครองกันทางการทูตแก่บริษัทโดยการอ้างหลักการควบคุม (Controlling

Shareholders) เนื่องจากบริษัทฯ ดังกล่าวนี้อาศัยผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นชาวเบลเยียม โดยศาลได้ชี้ว่า สัญชาติที่แท้จริงของของ Barcelona Traction คือสัญชาติแคนาดา ดังนั้นข้อเสนอในการที่จะเข้ามาให้ความคุ้มครองทางการทูตของรัฐบาลเบลเยียมในคดีนี้จึงมิใช่เป็นการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท แต่เป็นการที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นสัญชาติเบลเยียมเท่านั้น และในที่สุดศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีคำวินิจฉัยในการปฏิเสธที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบริษัทโดยอาศัยหลัก "การควบคุม" โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธที่จะให้นานหลัก "ความเกี่ยวโยงที่แท้จริง" (genuine link) ดังเช่นที่เกิดขึ้นในคดี Nottebohm มาปรับใช้กับกรณีในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction มิได้ (จุมพต สายสุนทร : กฎหมายระหว่างประเทศ, คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 273) กรณีที่ประเทศเบลเยียมจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้นของเหล่านั้นได้จะต้องเป็นกรณีที่เมื่อประเทศแคนาดาซึ่งเป็นประเทศเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้ทำการยึดกิจการ (expropriation) หรือเป็นในกรณีที่นิติบุคคลได้สิ้นสภาพลงแล้วเท่านั้น (จุมพต สายสุนทร : กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐและความคุ้มครองจากเขตอำนาจของรัฐ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538, หน้า 51)

ข.) หลักที่ถือกันที่ตั้งของสถานประกอบการแห่งใหญ่หรือสถานที่ที่ได้มีการจดทะเบียนนิติบุคคล (Sieve Social)

หลักการดังกล่าวนี้ถือว่าสัญชาติของนิติบุคคลนั้นเป็นสัญชาติของรัฐอันเป็นสถานที่ที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือศูนย์กลางการจัดการของนิติบุคคลนั้นๆ ได้ตั้งอยู่ รัฐส่วนใหญ่ที่ใช้หลักเกณฑ์ลักษณะนี้มักเป็นรัฐที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law อย่างไรก็ดี ในแง่ของข้อเท็จจริงบริษัทส่วนใหญ่จะได้รับการก่อตั้งขึ้น และมีสำนักงานใหญ่อยู่ในรัฐเดียวกัน ทำให้ปัญหาเรื่องการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลมีน้อยลง และในกรณีที่นิติบุคคลใดมีสำนักงานตั้งอยู่หลายแห่ง ก็จะต้องตามสถานที่ที่สำนักงานซึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจนั้นๆ ได้ตั้งอยู่ (จุมพต สายสุนทร : กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐและความคุ้มครองจากเขตอำนาจของรัฐ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538, หน้า 41)

ค.) หลักที่ถือว่าสัญชาติของนิติบุคคลเป็นไปตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท (Controlling Shareholders)

หลักสัญชาติของผู้ถือหุ้นหรือหลักในการควบคุมนี้ มักจะได้รับการนำมาใช้ในยามสงครามเพื่อกำหนดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของคนชาติศัตรู หลักการนี้จะพิจารณาจากสัญชาติของนิติบุคคลโดยพิจารณาจากสัญชาติของผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลนั้น หลักการนี้ได้รับการยอมรับในช่วงสงครามโลกทั้งสองครั้ง ต่อมาหลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติของ

นิติบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้น เป็นชาวต่างชาติ ตัวอย่างเช่นที่ ประเทศไทยได้นำหลักการนี้มาบัญญัติไว้ใน ข้อ 3 ของประกาศ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของ ประเทศไทย โดยกำหนดให้นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่ง หนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นนั้นมีฐานะเป็น"คนต่างด้าว" ซึ่งจะต้องถูกจำกัดมิให้ประกอบธุรกิจตามที่ ได้สงวนไว้สำหรับคนชาติตามบัญชีท้ายประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว

นอกจากหลักในการพิจารณาเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว สิ่ง หนึ่งที่นำสังเกตว่าตามบทบัญญัติในตอนท้ายของมาตรา 25 (2) (b) ที่ได้กำหนดว่า หากคู่กรณี แห่งข้อพิพาทได้ตกลงร่วมกันที่จะให้ถือว่านิติบุคคลซึ่งโดยปกติแล้วจะถือว่าเป็นนิติบุคคลรายนั้นมี ฐานะเป็นคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน ให้นิติบุคคลรายดังกล่าวสามารถเข้ามาเป็นคู่กรณีที่อยู่ ภายใต้อำนาจพิจารณาของศูนย์ฯ ได้ เมื่อนิติบุคคลรายนั้นได้ถูกควบคุมโดยต่างชาติ (Foreign Control) ดังเช่นในข้อเท็จจริงที่เคยเกิดขึ้นและเข้าสู่การพิจารณาของคณะ อนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่าง *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Asia Corporation* กับรัฐบาลอินโดนีเซีย ดังข้อเท็จจริงที่เคยกล่าวมา แล้วในเรื่องประเภทของข้อพิพาทในตอนต้น ซึ่งในคดีนี้มีประเด็นคาบเกี่ยวกับเรื่องสัญชาตินิติ บุคคลของ P.T. Amco ว่าจะถือได้ว่า P.T. Amco มีสัญชาติเป็นคนชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา ฯ อีกรัฐหนึ่งตามนัยของมาตรา 25 (2) ได้หรือไม่ เพราะแม้ P.T. Amco จะจดทะเบียนจัดตั้งใน ประเทศอินโดนีเซียแต่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทคือ Amco Asia Corporation ซึ่งเป็นบริษัท สัญชาติอเมริกัน ซึ่งในท้ายที่สุดของการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ยอมรับว่า P.T. Amco มีสถานะเป็นนิติบุคคลในประเทศอินโดนีเซียซึ่งถูกควบคุมโดยต่างชาติ ซึ่งเป็น ไปตามความหมายของการเป็นนิติบุคคลที่สามารถเข้าสู่ขอบอำนาจพิจารณาของ อนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติในมาตรา 25 (2) (b) ของอนุสัญญาฯ ได้

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ การที่อนุสัญญาได้กำหนดให้นำหลักการควบคุม ของต่างชาติมาเป็นเงื่อนไขในการอนุญาตให้นิติบุคคลเข้ามาเป็นคู่กรณีกับรัฐผู้รับการลงทุนได้ แม้ ว่านิติบุคคลรายนั้นจะมีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุนอยู่ด้วยก็ตามเช่นนี้ จะถือได้หรือไม่ว่า อนุสัญญา ฯ มาตรา 25 (2) ได้ยอมรับเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการแบ่งแยกสัญชาติ บุคคลโดยการถือสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่มาใช้เป็นหลักสำหรับการพิจารณาแบ่งแยก สัญชาติของนิติบุคคลว่านิติบุคคลใดที่จะถือเป็น "คนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนอีกรัฐหนึ่ง" ตามนัย ยะที่อนุสัญญาฯ ได้กำหนดไว้ ต่อประเด็นนี้ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำโดยรวมตามที่มาตรา 25 ได้ บัญญัติไว้แล้ว ก็ไม่พบว่าได้มีการระบุจะให้ถือหลักเกณฑ์แบ่งแยกสัญชาติของนิติบุคคลหลักการ

โตมาบังคับใช้ในการพิจารณาแบ่งแยกสัญชาติของนิติบุคคลดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ฉะนั้นจึงไม่น่าที่จะทำให้สามารถตีความไปได้ว่าให้อนุสัญญาประสงคิให้ยึดถือแต่เพียงหลักที่ถือว่าสัญชาติของนิติบุคคลเป็นไปตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท (Controlling Shareholders) มาใช้เพื่อการพิจารณาแบ่งแยกเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาว่านิติบุคคลรายใดจะมีองค์ประกอบในการเป็น "คนชาติของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง" ตามความหมายของมาตรา 25 (2) จึงควรจะต้องนำหลักในการพิจารณาแบ่งแยกสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสามหลักตามที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดข้างต้นมาปรับใช้ตามความเหมาะสม เพื่อให้การดำเนินการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติตามอนุสัญญาฉบับนี้สามารถเป็นเครื่องมือที่สร้างให้เกิดบรรยากาศทางการลงทุนอันดีขึ้นระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทั้งในส่วนของรัฐผู้รับการลงทุนและเอกชนผู้ลงทุนต่างชาติ สมดังเจตนารมณ์อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้รับการสร้างขึ้นมาเพื่อการมีผลใช้บังคับในสังคมระหว่างประเทศอย่างได้ผลในทางปฏิบัติและเป็นไปโดยสอดคล้องกับภาวะการลงทุนระหว่างประเทศให้ได้ประโยชน์อย่างสูงสุดมากกว่า (Moshe Hirsch: The Arbitration Mechanism of International Centre for the Settlement Disputes, 1993, หน้า 84-85)

นักนิติศาสตร์หลายท่านที่มีชื่อเสียงได้ออกมาให้ทัศนะที่สอดคล้องกับแนวคิดในการพิจารณาว่าจะนำหลักการแบ่งแยกสัญชาติของนิติบุคคลหลักโตมาใช้บังคับกับอนุสัญญาฯ ก็เป็นต้นว่า Georges R. Delaume ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลภายใต้อนุสัญญาฯ ฉบับนี้ว่า สัญชาตินิติบุคคลควรจะต้องยังคงให้เป็นไปตามหลักที่ถือเอาสถานที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้ง (Doctrine of Incorporation) และหลักที่ถือเอาถิ่นที่ตั้งของสถานประกอบการแห่งใหญ่ของนิติบุคคล (Doctrine of the Siege Social) เป็นหลัก แต่การที่อนุสัญญาฯ ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการควบคุม (Doctrine of Control) ไว้อย่างชัดเจนด้วยนั้น ก็เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในด้านความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลกับรัฐ ซึ่งคำกล่าวนี้ก็สอดคล้องกับทัศนะของ Aron Broches ที่ได้ให้ความเห็นต่อเรื่องเดียวกันนี้ว่า การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลน่าจะถือตามหลักที่ตั้งของสำนักงานใหญ่เป็นหลัก การที่อนุสัญญาฯ ได้ขยายครอบคลุมถึงหลักการควบคุมด้วยนั้น ก็เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงและความสัมพันธ์ที่แท้จริงในทางเศรษฐกิจ แต่ถ้าจะตีความอนุสัญญาฯ ให้ขยายกว้างกว่าหลักข้างต้นนั้นไม่น่าจะกระทำได้ไม่ว่าจะยกเหตุผลของความเป็นเหตุเป็นผล (reasonable) หรือ ความพอเพียง (adequate) ทั้งนี้เพราะจะทำให้การตีความกว้างเกินกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศจะยอมรับได้ จากแนวความคิดเห็นที่ยกมาข้างต้น จึงอาจเห็นได้ว่า ทัศนะของนักนิติศาสตร์ต่อหลักการในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลที่ใช้บังคับกับอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ค่อนข้างที่จะเห็นว่าจะต้องนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดัง

กล่าวมาปรับใช้ไปด้วยกันทั้งหมดตามความเหมาะสม แต่ก็ไม่ควรถึงกลับขนาดที่จะกินความกว้างไปอย่างไม่มีขอบเขตที่กฎหมายจะยอมรับได้เช่นกัน ทั้งนี้เพราะในเรื่องของการตีความสัญชาติของนิติบุคคลนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากต่อการขอความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐ ดังนั้นเพื่อการแก้ปัญหาความหลากหลายของสัญชาติ จึงมีผู้แนะนำว่าคู่กรณีควรจะทำความตกลงกันในการกำหนดว่าจะถือว่าให้นำหลักการใด มาใช้ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน อย่างไรก็ตามต่อประเด็นนี้อุสัญญาฯ ได้กล่าวถึงแต่เพียงหลักการควบคุมจากต่างชาติโดยคู่กรณีจะต้องอยู่ในประเทศที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท แต่ถ้านิติบุคคลนั้นถูกควบคุมจากต่างชาติและคู่กรณีได้ตกลงให้ปฏิบัติต่อนิติบุคคลนั้นเยี่ยงคนชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฯ รัฐอื่น นิติบุคคลนั้นก็สามารเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทตามกฎหมายในอนุสัญญาฯ มาตรา 25(2)(b) ได้อยู่แล้ว ซึ่งในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการหรือคณะกรรมการเฉพาะกิจที่ตั้งขึ้นจะทำหน้าที่ชี้ขาดในประเด็นนี้แต่โดยทั่วไปแล้วหากมีปัญหาความหลากหลายของสัญชาติของนิติบุคคล อนุญาโตตุลาการหรือคณะกรรมการเฉพาะกิจก็มักจะให้ความสนใจต่อปัญหาว่าคู่กรณีที่จะขอเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นเป็นฝ่ายที่มีสัญชาติของรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ หรือไม่เป็นหลัก เพราะแม้ว่านิติบุคคลที่ถูกควบคุมจากต่างชาติของรัฐภาคีอื่น นิติบุคคลนั้นก็สามารเป็นคู่กรณีในข้อพิพาทตามกฎหมายที่กำหนดในอนุสัญญาฯ ข้อ 25(2) (b) ได้กำหนดไว้ยุติเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นได้ให้ความยินยอม แม้ว่าอีกสัญชาติหนึ่งของนิติบุคคลคู่กรณีรายนั้นจะเป็นสัญชาติของรัฐที่มีได้เป็นภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ ก็ตาม ที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้อนุสัญญาฯ สามารถใช้บังคับกับนิติบุคคลดังกล่าวได้นั่นเอง ( สุรางคณา แก้วจางค์ : ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 64)

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย