



มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกัน
ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
THE LEGAL MEASURES ON THE SETTLEMENT OF DISPUTE ARISING
OUT OF THE JOINT VENTURE BETWEEN STATE AND FOREIGN
INVESTORS IN LAO PEOPLE'S DEMOCRATIC REPUBLIC

ภูริตนะ พรหมมหาชัย

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2554

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกัน
ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
THE LEGAL MEASURES ON THE SETTLEMENT OF DISPUTE ARISING
OUT OF THE JOINT VENTURE BETWEEN STATE AND FOREIGN
INVESTORS IN LAO PEOPLE'S DEMOCRATIC REPUBLIC

ภูริตนะ พรหมมหาชัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2554

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกัน
ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
THE LEGAL MEASURES ON THE SETTLEMENT OF DISPUTE ARISING
OUT OF THE JOINT VENTURE BETWEEN STATE AND FOREIGN
INVESTORS IN LAO PEOPLE'S DEMOCRATIC REPUBLIC

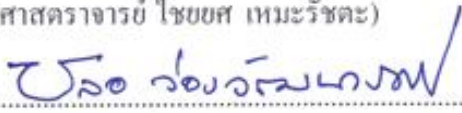
ภูรีตนะ พรหมมหาชัย

วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
2554

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธาน

(ศาสตราจารย์ ไชยศ เหมะรัชตะ)

.....กรรมการ

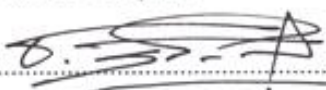
(รองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนากิต)

.....กรรมการ

(อาจารย์ นพพร ไพธิรังสิยากร)

.....กรรมการ

(อาจารย์ วศิน ชีรเวชญาณ)

.....กรรมการ

(ดร. รุ่ง ศรีสมวงษ์)

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กิตติกรรมประกาศ

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สามารถดำเนินการมาถึงจุดนี้ได้ ถือได้ว่าเป็นผลสำเร็จ อันยิ่งใหญ่ในชีวิตการศึกษาเล่าเรียนของผู้เขียน ซึ่งความสำเร็จดังกล่าวนี้ เกิดขึ้นได้ก็เนื่องมาจาก ความกรุณา และความอนุเคราะห์ จากผู้มีพระคุณหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนาภักกุล ที่ท่านได้ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาหลักวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน และท่านอาจารย์ นพพร โพธิ์รังสิยากร ที่ท่านได้ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาร่วมวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ซึ่งท่านทั้งสองได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ และให้ข้อคิดเห็นต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เขียน อีกทั้งยังให้ความกรุณาจัดเวลาให้ผู้เขียนได้เข้าพบ เพื่อขอคำชี้แนะเสมอมา จวบจนวิทยานิพนธ์เสร็จสมบูรณ์ และที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ไชยยศ หะมะรัชตะ ผู้ซึ่งนอกจากได้ให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้ว ท่านยังคอยให้คำแนะนำในการศึกษาเล่าเรียน ตลอดจนให้ข้อคิดดี ๆ อยู่เสมอมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ต่อท่านอาจารย์ทั้ง 3 ท่านมา ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ วศิน วีระเวชญาณ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้คำชี้แนะ ตลอดจนให้ข้อเสนอแนะเพื่อใช้ประกอบในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน ดร. รุ่ง ศรีสมวงษ์ นอกจากท่านได้ให้ความกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้ว ท่านยังคอยแนะนำวิธีการเขียนการใช้คำศัพท์และภาษาให้ถูกต้อง ตลอดจนช่วยจัดเกล้าแก้ไขข้อบกพร่อง เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระที่ครบถ้วนสมบูรณ์

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ วรรณัท ลีลาเวทพงษ์ ที่ท่านได้กรุณาให้ความช่วยเหลือ และสนับสนุนในทุก ๆ สิ่ง กระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ทั้งนี้สิ่งต่าง ๆ ทั้งหมดที่ได้กระทำขึ้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อบกพร่องประการ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขอมอบคุณงามความดี และประโยชน์อันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แด่คุณพ่อ คุณแม่ ครอบครัว และผู้มีพระคุณทุกท่าน

ภูริตนะ พรหมมหาชัย

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์	มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกัน ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
ชื่อผู้เขียน	ภูริตนะ พรหมมหาชัย
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล อาจารย์นพพร โพธิ์รังสิยากร

บทคัดย่อ

การลงทุนนั้นถือได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยพัฒนาประเทศอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะการลงทุนจากต่างประเทศ สำหรับประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ซึ่งเพิ่งเปิดประเทศเพื่อรับการลงทุนจากต่างประเทศเมื่อไม่นานมานี้เอง ก็ได้รับความสนใจจากนักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในโครงการที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิสัมปทานของรัฐบาล เช่น โครงการผลิตพลังงานไฟฟ้า โครงการเหมืองแร่ โครงการโทรคมนาคม และอื่น ๆ โดยส่วนใหญ่เป็นการทำสัญญาร่วมทุนกันระหว่างรัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวกับนักลงทุนต่างชาติ

อย่างไรก็ดีไม่ใช่ทุกกรณีการลงทุนร่วมจะเป็นไปโดยราบรื่น เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก็จะส่งผลให้เกิดความขัดแย้งขึ้นได้ ความขัดแย้งดังกล่าวเป็นความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีที่มีสถานภาพไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนต่างชาติ และหากไม่สามารถเจรจายุติความขัดแย้งได้ก็อาจต้องใช้วิธีตัดสินโดยบุคคลที่สาม เช่น ศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้ เอกชนต่างชาติส่วนมากไม่ต้องการขึ้นศาลหรือพึ่งพาหน่วยงานภายในของรัฐผู้รับการลงทุนในการตัดสินข้อขัดแย้ง เนื่องจากคิดว่า ศาลหรือหน่วยงานภายในของรัฐนั้น จะตัดสินเอนเอียงเข้าข้างรัฐนั่นเอง ความคิดเช่นนี้ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการตัดสินใจเข้าไปลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจึงได้ปรับปรุงกฎหมายและองค์กรในการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจอย่างจริงจัง เมื่อปี ค.ศ. 2005 โดยออกกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ และจัดตั้งสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจเพื่อทำหน้าที่ในการแก้ไขข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ซึ่งรวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติด้วยควบคู่ไปกับศาลและองค์กรอื่น ๆ ที่ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย อย่างไรก็ตาม การแก้ไขความขัดแย้งโดยสำนักงานดังกล่าว ก็ยังมีปัญหาว่า นักลงทุนต่างชาติอาจไม่มั่นใจในความเป็นกลางของบุคคลที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยหรือเป็นอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งการบังคับการให้เป็นไปตามผลการไกล่เกลี่ยหรือตามผลคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องอาศัยคำสั่งศาล

ในกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนต่างชาติมักนิยมที่จะใช้วิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการมากกว่าวิธีอื่น ๆ เนื่องจากเป็นวิธีที่คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมาย เลือกคณะอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณา สถานที่ วันเวลาด้วยคู่กรณีเอง รวมทั้งประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายกว่าการขึ้นศาล และสามารถรักษาความลับทางธุรกิจได้ด้วย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ รวมทั้งรูปแบบการระงับข้อพิพาทของสถาบันระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (ICSID) สถาบันอนุญาโตตุลาการสหภาพการค้าระหว่างประเทศ (ICC) และกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ 4 ข้อ คือ (1) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรแยกสำนักงานแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจออกจากกระทรวงยุติธรรม เพื่อให้เป็นองค์กรอิสระและเพื่อแสดงว่าเป็นหน่วยงานที่ไม่ผูกพันกับรัฐ (2) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรเพิ่มบทบัญญัติในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้มีใจความว่า รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตย เพื่อให้ได้รับเอกสิทธิ มิให้ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมิได้ (3) ในการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรตั้งข้อสงวนว่าหากเกิดกรณีพิพาทระหว่างนักลงทุนเอกชนต่างชาติกับหน่วยงานของรัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เกี่ยวกับเรื่องการลงทุนแล้ว นักลงทุนเอกชนต่างชาติต้องใช้วิธีการเยียวยา ตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐผู้รับการ

ลงทุนจนหมดสิ้นก่อน จึงจะมีสิทธิร้องขอให้ระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ ICSID ได้ (4) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรพิจารณาเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 เพื่อแสดงให้เห็นนักลงทุนต่างชาติเห็นว่า หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนแล้ว นักลงทุนต่างชาติสามารถได้รับความยุติธรรมจากสถาบันระดับระหว่างประเทศได้

คำสำคัญ: มาตรการทางกฎหมาย / การแก้ไขข้อขัดแย้ง / การลงทุนร่วมกัน



Thesis Title	The legal measures on the settlement of dispute arising out of the joint venture between state and foreign investors in Lao people's democratic republic
Author	Phourattana Phommahaxay
Degree	Master of Laws
Supervisory Committee	Assoc. Prof. Dr. Chalor Wongwattanapikul Lecturer Nopporn Bhotirung-siyakorn

ABSTRACT

The investment is an important factor for a country's development, particularly the direct investment from foreign investors. Lao people's democratic republic is a country which has just been opened for the foreign investor recently is interested by the foreign investors to come for investment in many development projects such as hydro power, mining, telecommunication and etc. Majority of investment from foreign investors are joint venture between Lao government and foreign investors.

However, not all joint ventures investments are smoothly implemented because if one partner of a joint venture does not follow the contract's term of reference, it can cause conflict. The conflict is between unequal status parties as one party is government sector and another is private sector by foreigner and if this conflict can not be solved by both parties, the third party is required to help for the settlement of dispute such as by Court or arbitrators. In such case, the most foreign investors never expect to take this dispute to the court or depending on the government sectors which being vested to settle the conflict due to the judgement will be biased to the government sectors. This would become the negative influence for foreign investors to come to invest in Lao people's democratic republic

Lao people's democratic republic revised and improved its business and investment Law and organization to solve the business conflict in 2005, by issuing a law of business dispute settlement and established an office for the settlement of business dispute which is taking responsibility for business dispute solution, including the judgment for foreign investment, working together with Court or other relevant organizations who take responsibility on disputes mediation. However, disputes settlement by those offices remains facing with many problems because foreign investors do not trust on the neutrality of the arbitrators; including the enforcement of such judgement will also refer to the order from the court

The processes of settling of business dispute between government and foreign investors, the foreign investors prefers to setting up of a committee of judgment rather than other method because it is only a way that any party could choose the law, judgement committee, time and venue together with another party because it is believed that both party could save time, save expense rather than to the court and business confidential will be kept well

Through the comparison of study on dispute settlement by arbitrators in many countries such as Lao people's democratic republic, the USA, France and The United Kingdom and International Centre for settle of investment disputes (ICSID) and International Chamber of Commerce (ICC) and United Nations Commission on International Trade Law (UNCITAL). The writer could summarise in 4 points as the following: (1) Lao people's democratic republic should add an article in any laws contents that government will use sovereignty in order to get the right not to let the judgment under controls arbitrators. (2) Lao people's democratic republic should add an article in any laws contents that government will use sovereignty in order to get the right not to let the judgment under controls arbitrators. (3) To be a partnership of Washington treaty in 1965 Lao people's democratic republic should set exceptional articles in case there is a judge between foreign investment and Lao government regarding to the investment, foreign investor should try to solve the dispute amicably under the process of government legislation and judgment, if it is still unable to settle then it can be requested to International Centre for settlement of Investment Disputes to help in settlement. (4) Lao people's democratic republic

should consider a partnership of Washington Convention in 1965, in order to announce to foreign investors that if there is any wrong or conflict from the investment they will receive justice in international level.

Keywords: Legal Measures / Settlement of Dispute / Joint venture Investment



สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทคัดย่อภาษาไทย	(4)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(7)
บทที่	
1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษาวิจัย	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ	7
2 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งอันเกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่าง รัฐกับนักลงทุนต่างชาติ	9
2.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาเกี่ยวกับแนวความคิดการแก้ไขข้อขัดแย้ง ที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างประเทศ	9
2.2 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับความขัดแย้ง	14
2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้ง	16
2.4 ทฤษฎีความขัดแย้งระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ	18
2.5 ลักษณะของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ	20
2.6 รูปแบบทางกฎหมายในการแก้ไขความขัดแย้งด้านการลงทุน	29
2.7 ทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ	34

สารบัญ (ต่อ)

3	วิธีการในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนต่างชาติ	40
3.1	วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ด้วยศาลยุติธรรม และด้วยการอนุญาโตตุลาการ	40
3.2	ความเป็นมาของศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน	54
3.3	วัตถุประสงค์ในการก่อตั้งศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ	55
3.4	เขตอำนาจของศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ	56
3.5	วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติ ภายใต้ศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ	60
4	วิเคราะห์ประเด็นปัญหา และเปรียบเทียบการระงับความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดยอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ	76
4.1	ประเด็นที่เป็นปัญหาของการแก้ไขข้อขัดแย้ง	77
4.2	ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ	83
4.3	เปรียบเทียบการระงับข้อขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาธิปไตย ประชาชนลาวกับการระงับข้อขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ	89
4.4	ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน	108
4.5	การแก้ไขความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์อื่นนอกเหนือจาก ICSID	113
5	บทสรุป และข้อเสนอแนะ	120
5.1	บทสรุป	120
5.2	ข้อเสนอแนะ	128
	รายการอ้างอิง	131
	ประวัติผู้เขียน	137

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นับจากปี ค.ศ. 1988 เป็นต้นมา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (Lao People's Democratic Republic) ได้เปิดประเทศ¹ และได้ทำการปฏิรูประบบเศรษฐกิจภายในประเทศ มาเป็นการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจตลาดเสรี และได้ใช้กลไกทางการเงินเป็นตัวกำหนด ซึ่งผลจากการเปลี่ยนแปลงนโยบายทางเศรษฐกิจดังกล่าว ทำให้ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีการประกอบกิจการด้านการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติทั่วโลก ต่างเข้าไปลงทุนที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นจำนวนมาก โดยนักลงทุนต่างชาติส่วนใหญ่ให้ความสนใจลงทุนเกี่ยวกับ การลงทุนในด้านทรัพยากรธรรมชาติ และการลงทุนเพื่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานทางด้านสาธารณูปโภคต่าง ๆ ซึ่งนับว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อประเทศที่กำลังพัฒนา นอกจากนี้ในส่วนของรัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เอง ก็ได้เข้ามามีบทบาททางการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น โดยรัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนจากต่างประเทศเข้าไปลงทุน ซึ่งรัฐในฐานะผู้รับการลงทุนเป็นผู้อนุญาต และเป็นผู้ให้สัมปทานแก่นักลงทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุน หรือให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปร่วมลงทุนกับรัฐ แม้ว่าการให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในกิจการด้านต่าง ๆ จะมีส่วนช่วยพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศผู้รับการลงทุน แต่ในขณะเดียวกันนักลงทุนเอกชนต่างชาติก็ได้รับผลประโยชน์ หรือผลกำไร จากกิจการที่รัฐให้สัมปทานนั้นด้วย การที่มีปฏิสัมพันธ์ด้านการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาตินั้น ในบางกรณีก็ไม่อาจสามารถหลีกเลี่ยงได้ถึงปัญหาการกระทบ กระแทก ความไม่เข้าใจ

¹ในระหว่างปี ค.ศ. 1975 ถึงปี ค.ศ. 1988 หลังจากสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ประกาศเอกราช รัฐบาลได้ออกนโยบายไม่รับการลงทุนของต่างชาติ รับผิดชอบเฉพาะบางประเทศในกลุ่มสังคมนิยมเท่านั้น การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศในระหว่างนั้น จึงมีลักษณะแบบกึ่งผ่านทุนนิยมเพื่อไปสู่สังคมนิยม ระบบเศรษฐกิจภายในประเทศจึงถูกปิด และมีข้อจำกัดในการเปิด

หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง หรือปฏิบัติตามข้อตกลงไม่ถูกต้อง จึงก่อให้เกิดเป็น ปัญหาความขัดแย้งระหว่างกัน ซึ่งความขัดแย้งในกรณีดังกล่าวเป็นความขัดแย้งที่คู่กรณีมี สถานภาพทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้น เมื่อเกิดมีข้อขัดแย้งระหว่างกันขึ้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมัก ประสงค์ให้มีการดำเนินการแก้ไขหรือระงับข้อขัดแย้งโดยวิธีการที่ฝ่ายตนเห็นว่ามีคุณธรรม และได้ประโยชน์กับฝ่ายตนมากที่สุด กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นรัฐอันมีฐานะ เหนือกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรยุติธรรมภายในประเทศ ตน เพราะเห็นว่าการลงทุนที่มีข้อพิพาท โดยเฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้ ทรัพยากรธรรมชาติภายใน ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของประชาชนในประเทศของตน ทั้งสิ้น แต่ในขณะเดียวกันเอกชนต่างชาติที่เป็นผู้ลงทุนก็มักเกิดความเกรงกลัวว่าจะไม่ได้รับความ เป็นธรรม หากมีการดำเนินคดีโดยองค์กรยุติธรรมภายในของประเทศผู้รับการลงทุน จึงมัก ประสงค์ที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่ใช้องค์กรของประเทศผู้รับการลงทุน แต่เป็นองค์กร ภายนอกที่มีความเป็นกลาง และเที่ยงธรรม เนื่องจากเห็นว่าองค์กรภายนอกนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้ การครอบงำของประเทศใดโดยเฉพาะประเทศผู้รับการลงทุน และในขณะเดียวกันถ้ารัฐของ ประเทศผู้รับการลงทุนจำเป็นต้องให้มีการระงับข้อพิพาทโดยองค์กรนอกประเทศ รัฐนั้นก็ต้องการ ให้องค์กรนั้นมีความเที่ยงธรรม และไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของประเทศของนักลงทุนเอกชน ในนามเป็นเจ้าของทุนเช่นกัน ซึ่งเห็นได้ว่าทั้งผู้ลงทุนเอกชนต่างชาติ และรัฐในนามประเทศผู้รับ การลงทุนมีความประสงค์ที่แตกต่างกันเกี่ยวกับเวทีระงับข้อขัดแย้ง ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า มี ความจำเป็นต้องหาเวทีในการระงับข้อพิพาทที่สามารถยอมรับกันได้ในความเห็นของคู่กรณีทั้ง สองฝ่าย นั่นก็คือองค์กรภายนอกประเทศที่มีความเชี่ยวชาญ มีความสามารถในการแก้ไขข้อขัดแย้ง ด้านการลงทุน มีความเที่ยงธรรม เป็นกลาง และที่สำคัญไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของ ประเทศใดประเทศหนึ่ง เนื่องจากการนำเสนอปัญหาต่ออำนาจทางกฎหมาย หรือต่อองค์กร ยุติธรรมที่เกี่ยวข้องภายในประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อระงับข้อขัดแย้งนั้นทำให้นักลงทุนเอกชน ต่างชาติอาจจะเกรงกลัวว่าการตัดสินใจปัญหานั้น ตนจะไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะมองว่า กฎหมายภายในประเทศใดประเทศหนึ่งตราขึ้นมาก็เพื่อรับใช้ผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ นั้น หรือรัฐ (ในฐานะคู่ขัดแย้งที่มีอำนาจภายในประเทศเหนือกว่า) อาจจะใช้อำนาจในฐานะที่เป็น รัฐบาลทำการโอนกิจการ หรือทำการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ รวมถึงอาจจะมีการ แก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายเพื่อประโยชน์ของรัฐตนเองได้ จึงเป็นสาเหตุให้นักลงทุนเอกชน ต่างชาติคิดว่าเป็นผลกระทบโดยตรงต่อตน จึงไม่กล้าตัดสินใจที่จะเข้าไปลงทุนหรือร่วมลงทุนกับ ภาครัฐใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

การแก้ไขข้อขัดแย้งใด ๆ ที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ตาม มาตรการทางกฎหมายภายในนั้นส่วนมากจะนำเอาเข้าสู่กระบวนการทางศาลยุติธรรมเพื่อ

ดำเนินการแก้ไขหรือระงับข้อขัดแย้งให้เสร็จสิ้นไป ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยกระบวนการทางศาลนั้น เป็นวิธีการที่ยุติธรรมและเป็นธรรมที่สุดให้แก่คู่กรณีทุกฝ่าย อีกทั้งเป็นวิธีที่มีการยอมรับ และนำไปปฏิบัติใช้ทั่วกันของนานาประเทศ อย่างไรก็ตามก็มีประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีหรือพิพาทภาคีของศาลจะมีผลอย่างไรต่อคู่กรณีย่อมขึ้นกับลักษณะของคดีว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ผู้เขียนเห็นว่าในส่วน of คดีอาญามีความเหมาะสมแล้วที่จะใช้กระบวนการยุติธรรมทางศาลในการพิจารณาคดี แต่ในส่วน of คดีแพ่งที่เกี่ยวกับธุรกิจ การค้า การลงทุน ผู้เขียนเห็นว่า การระงับข้อขัดแย้งควรจะดำเนินการด้วยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาท หรือด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตรงกับวิทยานิพนธ์ฉบับที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิจัยอยู่นี้ ซึ่งผู้เขียนได้เสนอแนะให้แก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการลงทุนร่วมกันระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ด้วยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการ เพราะหากใช้วิธีการทางศาลแล้วโดยเฉพาะคดีแพ่งจะมีกระบวนการพิจารณาคดีค่อนข้างยุ่งยาก ซับซ้อน มีหลายขั้นตอน และใช้ระยะเวลายาวนานกว่าที่คดีจะเสร็จสิ้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าวิธีการพิจารณาคดีทางศาลไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้า การลงทุน ที่ต้องการความสะดวกและรวดเร็ว ในบทวิจัยนี้ผู้เขียนจะได้ยกให้เห็นถึงความแตกต่าง ข้อดีข้อเสีย ของการนำวิธีการยุติธรรมทางศาล กับวิธีการทางอนุญาโตตุลาการ ว่าทั้งสองวิธีการดังกล่าวนี้ วิธีการทางใดที่จะมีความเหมาะสมในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

การมีวิธีการแก้ไขความขัดแย้งที่ดี มีประสิทธิภาพ และเป็นที่ยอมรับของต่างประเทศได้นั้น ไม่ว่าจะเป็นวิธีการทางศาลหรือวิธีการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งการมีกฎหมายที่ชัดเจนในการใช้บังคับสัญญาลงทุนระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ซึ่งในแต่ละประเทศวิธีการแก้ไขความขัดแย้งในกรณีสัญญาลงทุนระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ นั้น ก็มีความแตกต่างกันไปตามสภาพการณ์ของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นทางด้านการเมือง หรือทางด้านเศรษฐกิจก็ตาม ซึ่ง ในปัจจุบันนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าวิธีการทางอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการทางหนึ่ง ที่สามารถแก้ไขข้อขัดแย้งได้เป็นอย่างดี อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยเห็นได้จากอนุสัญญาหลาย ๆ ฉบับที่เกี่ยวกับการแก้ไขความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นความร่วมมือกันของหลาย ๆ ประเทศทั่วโลกที่มีความต้องการให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปใช้บังคับกับรัฐที่เป็นภาคี และต้องการให้ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ระงับโดยองค์กรที่มีความเป็นกลาง และเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลก เช่น อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958)² ว่าด้วยการยอมรับ และบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of

² สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้เข้าร่วมเป็นภาคี เมื่อวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 1998

Other States 1965) อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1972 (Geneva Convention 1972) ว่าด้วยการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (UN Commission on International Trade Law: UNCITRAL)³ อนุสัญญาดังกล่าวนี้นี้ หากว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังไม่มีความชัดเจน และยังไม่มีความพร้อมที่จะเข้าเป็นภาคี ก็จะทำให้นักลงทุนเอกชนต่างประเทศไม่มั่นใจในการที่จะเข้าไปลงทุนกับรัฐ เพราะมีอัตราเสี่ยงต่อการขาดทุนเพิ่มขึ้น ซึ่งในปัจจุบันนี้ แม้ว่าสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้เข้าเป็นภาคี สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (The Association of Southeast Asian Nations: ASEAN)⁴ ได้เข้าเป็นภาคี ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและปกป้องการลงทุนของต่างประเทศในดินแดน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับหลาย ๆ ประเทศ รวมถึงได้มีการออกกฎหมายหลายฉบับ เพื่ออนุวัติการ และรองรับสถานการณ์ในการเข้ามาลงทุนของเอกชนต่างชาติ อาทิ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจ กฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางด้านเศรษฐกิจ กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา และกฎหมายอื่น ๆ แต่ทั้งนี้ก็ยังไม่เพียงพอ และเป็นที่ยอมรับได้ในความคิดของนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ดังนั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะมีการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนมากขึ้น และสามารถนำมาบังคับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ อีกทั้งควรมีเวทีการแก้ไขความขัดแย้งที่เหมาะสม พร้อมทั้งพัฒนาสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศ ให้เป็นที่น่าเชื่อถือ และเป็นที่ยอมรับทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศด้วย

อย่างไรก็ตามการเจรจาในการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาตินั้น นักลงทุนเอกชนต่างชาตินั้นมักจะเป็นฝ่ายเรียกร้องให้มีการแก้ไขความขัดแย้งโดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการ เพราะเชื่อว่าเป็นวิธีการแก้ไขที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีความมั่นใจว่าจะได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากบุคคลที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายร่วมกันเป็นผู้คัดเลือกพร้อมแต่งตั้งให้มาทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งภายใต้กฎเกณฑ์ที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีผลบังคับใช้อย่างไรเป็นที่ยอมรับกันหรือไม่ จะต้องอาศัยความร่วมมือจากประเทศต่าง ๆ จึงได้มีการจัดทำอนุสัญญาหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขความขัดแย้งทางการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศขึ้น เพื่อให้ประเทศที่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา

³เป็นองค์กรภายใต้การสนับสนุนของสหประชาชาติ องค์กรนี้ได้ร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in 1985 ซึ่งเป็นข้อตกลงอันเกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ซึ่งใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

⁴สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้เข้าร่วมเป็นภาคี เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 1997

ได้นำไปเป็นกรอบในการบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ซึ่งจะทำให้การแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นไปในทิศทางเดียวกัน รวมถึงกรณีของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่จะต้องดำเนินการไปในทิศทางเช่นเดียวกันในอนาคต ด้วยการเข้าร่วมเป็นภาคีดังกล่าว ข้อเสนอของผู้เขียนในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงเน้นไปที่การเสนอให้ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States 1965) เนื่องจากอนุสัญญานี้มีมุ่งเน้นแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนเป็นการเฉพาะ

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ว่ามีกฎหมายฉบับใดที่เกี่ยวข้อง และสามารถนำมาบังคับใช้กับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ในกรณีเกิดมีข้อขัดแย้งกันขึ้น

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงมาตรการต่าง ๆ ทางกฎหมายที่มีในปัจจุบันของต่างประเทศ แล้วนำมาเปรียบเทียบ และปรับใช้ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

1.2.3 เพื่อศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 และพิจารณาผลดี ผลเสียของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้ ของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

1.2.4 เพื่อศึกษาว่ามีวิธีการใดที่มีความเหมาะสมระหว่างองค์กรยุติธรรมทางศาลและองค์กรทางอนุญาโตตุลาการในการนำมาแก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุน และเพื่อศึกษาถึงเวทีในการระงับข้อขัดแย้งว่า ควรจะเลือกเอาเวทีระงับข้อขัดแย้งระหว่างประเทศ หรือเวทีระงับข้อขัดแย้งภายในประเทศ

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

ปัจจุบันการพัฒนาเศรษฐกิจในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้มีการเจริญเติบโตไปอย่างมาก อันเนื่องมาจากรัฐบาลวางนโยบายเปิดรับเอาการลงทุนจากนานาประเทศ จึงทำให้การประกอบการทางด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวขยายตัวเพิ่มขึ้น โดยรัฐเองเข้ามามีบทบาททางการค้าและการลงทุน

ระหว่างประเทศ ด้วยการอนุญาตให้นักลงทุนเอกชนต่างชาติเข้ามาลงทุนโดยตรงหรือเข้าร่วมลงทุนกับรัฐ การที่นักลงทุนเอกชนต่างชาติเข้าร่วมลงทุนกับรัฐด้วยการทำสัญญาร่วมลงทุนกันนั้น ในบางครั้งจึงไม่สามารถหลีกเลี่ยงปัญหาข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อเกิดข้อขัดแย้งขึ้นแล้วปัญหาที่ตามมาก็คือเวทีระงับข้อขัดแย้งนั้นมีหลายเวที ซึ่งจำเป็นจะต้องมีเวทีระงับข้อขัดแย้งที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับของสองฝ่ายเพราะเวทีที่มีปัจจุบันในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวก็ยังไม่ถูกยอมรับเท่าที่ควร โดยเฉพาะจากฝ่ายนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างบรรยากาศอันดีในด้านความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงเห็นว่า เวทีระงับข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวน่าจะรับมาพิจารณา คือ องค์การของศูนย์กลางแก้ไขความขัดแย้งด้านการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for Settlement of Investment Disputes: ICSID)⁵ จึงเป็นที่มาของการวิจัย และเป็นประเด็นที่น่าสนใจ ควรที่จะได้รับการศึกษา

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาตัวบทกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวที่ได้ตราขึ้นมาแล้ว ว่ามีผลบังคับใช้กับการแก้ไขความขัดแย้งระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติอย่างไร เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจ กฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางด้านเศรษฐกิจ กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา นอกจากนี้ยังจะได้ศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 และศึกษาคุณค่าและความพร้อม ของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในการจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้ พร้อมกับศึกษาแนวทางในการพัฒนาสถาบันอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศทั่วโลก

⁵ศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน เป็นศูนย์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีในการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดจากการค้าการลงทุน ภายใต้การสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนาหรือธนาคารโลก ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1966 โดยอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้ เป็นการศึกษาวิเคราะห์โดยใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร (document research) โดยอาศัยการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากเอกสารทั้งภาษาลาว ภาษาไทย และภาษาอังกฤษ เช่น ทฤษฎี แนวคิด ตัวอย่างกฎหมาย คำรา หนังสือ วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ ข้อมูลต่าง ๆ รวมทั้งสืบค้นในเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับงานวิจัย การทำลำดับขั้นตอนในการปฏิบัติงาน (flowchart) และกระบวนการในการปฏิบัติงาน (process chart) เพื่อรวบรวมข้อมูลมาประกอบการศึกษาวิเคราะห์และวิจัย ให้ทราบถึงรายละเอียดเกี่ยวกับหัวข้อที่ต้องการศึกษาอันสามารถนำมาใช้เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงวิธีการที่จะนำไปสู่การแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นสากล เพื่อก่อให้เกิดความมั่นใจแก่นักลงทุน และเอื้ออำนวยประโยชน์ต่อความสัมพันธ์ระหว่างกัน

1.6.2 เพื่อการพัฒนาสถาบันอนุญาโตตุลาการภายใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวให้เป็นที่ยอมรับของนานาชาติ

1.6.3 สร้างมาตรการทางกฎหมายให้มีความชัดเจนและเหมาะสมเพื่อนำมาใช้บังคับในสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติและทำให้ทราบถึงความเป็นไปได้ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในการจะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ.1965 ตลอดจนทำให้ทราบถึงผลดีผลเสียของการเข้าเป็นภาคีอย่างไร

1.6.4 ทำให้นักลงทุนต่างชาติที่สนใจเข้าไปลงทุนในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีความเชื่อมั่นต่อศักยภาพทางด้านกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

1.7 อธิบายศัพท์เฉพาะ

โครงการสัมปทาน หมายถึง โครงการลงทุนที่รัฐบาล สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาตและให้สิทธิแก่นักลงทุนทั้งภายในและต่างประเทศ ได้ลงทุน อันประกอบด้วย โครงการพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติเหมืองแร่ โครงการพัฒนา

ทรัพยากรธรรมชาติพลังงานไฟฟ้า โครงการพัฒนาเนื้อที่ดินเพื่อทำการเกษตรกรรม โครงการ
โทรคมนาคม เป็นต้น⁶

การแก้ไขข้อขัดแย้ง หมายถึง การระงับข้อพิพาทของสองฝ่ายที่ไม่เข้าใจกันให้ยุติ ด้วย
ความยุติธรรม เป็นวิธีการที่จะกำหนดกรณีพิพาท และการแก้ปัญหาที่ไม่ใช้ความรุนแรง การ
แก้ปัญหาคือความขัดแย้งมีจุดมุ่งหมายเพื่อหาทางออกที่ยอมรับได้ของทั้งสองฝ่าย เพื่อให้อยู่ร่วมกันได้
อย่างสันติ วิธีการต่างๆ สามารถนำมาใช้เพื่อเพิ่มระดับความร่วมมือ เพื่อเสริมสร้างความปรองดอง
และสร้างความสัมพันธ์ให้เข้มแข็ง

คำสั่งของนายกรัฐมนตรี ตามความหมายของภาษาลาวเรียกว่า “คำรัส” เป็นคำสั่งด้วยลาย
ลักษณ์อักษรและลงนามโดยนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลด้วยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือ
กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเช่น ตราขึ้นเพื่อกำหนดโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของกระทรวงหรือ
แต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยรัฐบาลและตราขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียดแนวทางปฏิบัติ
กฎหมายที่สภาแห่งชาติรับรอง

คณะกรรมการตัดสิน หมายถึงคณะอนุญาโตตุลาการในความหมายภาษาไทย กฎหมายว่า
ด้วยการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจแห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจะไม่เรียก
Arbitrators ว่า อนุญาโตตุลาการ แต่จะเรียกว่า กรรมการตัดสิน

ศาลประชาชนสูงสุด หมายถึงศาลชั้นสุดท้าย หรือเรียกว่า ศาลฎีกา ในความหมาย
ภาษาไทย

การร่วมลงทุน หมายถึงการทำสัญญาร่วมธุรกิจกันระหว่างนิติบุคคลภายในประเทศ กับ
นิติบุคคลต่างประเทศ กล่าวคือ เป็นการทำธุรกิจร่วมกันโดยการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลใหม่
ภายใต้กฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ภาษาลาวเรียกเป็นทางการว่า
“วิสาหกิจประสม” และตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Joint venture”⁷

⁶ มาตรา 25(1)(2)(3) แห่งคำสั่งของนายกรัฐมนตรีสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ว่าด้วยการ
ปฏิบัติกฎหมายส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศ ค.ศ. 2005

⁷ มาตรา 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศในสาธารณรัฐประชาธิปไตย
ประชาชนลาว ค.ศ. 2004

บทที่ 2

แนวความคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้ง อันเกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

2.1 วิวัฒนาการ และความเป็นมาเกี่ยวกับแนวความคิดการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุน ร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

นับจากการสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งที่ 2 หลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม การค้า และการลงทุนได้ขยายตัวอย่างกว้างขวาง และรวดเร็ว ต่อมาในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ได้เกิดการแข่งขันกันในรูปแบบการค้าเสรี โดยได้มีการแสวงหาแหล่งวัตถุดิบ และแหล่งระบายสินค้าสำเร็จรูปออกนอกดินแดนของตน จนถึงช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ก็ได้พัฒนาสู่ยุคเฟื่องฟูของลัทธิจักรวรรดินิยมที่ประเทศมหาอำนาจต่างแข่งขันกันแสวงหาอาณานิคม โดยการขยายดินแดนเข้าไปในทวีปเอเชีย และทวีปแอฟริกา ซึ่งจากเดิมที่เคยมีการแสวงหาอาณานิคมเพียงเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจก็เริ่มเปลี่ยนไปเป็นการแสวงหาอาณานิคมด้วยเหตุผลทางการเมือง อาณานิคมจึงกลายเป็นเครื่องวัดความยิ่งใหญ่ของประเทศอุตสาหกรรมที่เป็นประเทศมหาอำนาจทั้งหลาย ดังนั้น ความมั่นคงทางการเมืองระหว่างประเทศจึงขึ้นกับพัฒนาการทางด้านอุตสาหกรรมและเทคโนโลยีที่ทันสมัย ก่อให้เกิดความแตกต่างทางเศรษฐกิจระหว่างชาติตะวันตก แอฟริกา เอเชีย รวมทั้ง ละตินอเมริกาเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ การลงทุนจากต่างประเทศจึงเป็นตัวแปรที่สำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศที่ยากจน เนื่องจากการลงทุนจากแหล่งเงินทุนภายในประเทศมีไม่มากนัก และถึงมีก็ไม่เพียงพอ⁸

อย่างไรก็ตามในช่วงปี ค.ศ. 1939-1945 ภาวะเศรษฐกิจทั่วโลกได้เข้าสู่ภาวะตกต่ำถึงขีดสุด และเข้าสู่ภาวะขบเซาเป็นอย่างมาก จนทำให้ภาครัฐทั้งหลายต้องเร่งขีดความสามารถในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ว่าพัฒนาการทางเศรษฐกิจนั้นวัดได้จากรายได้ประชาชาติ และนั่น

⁸สุรางคณา แก้วจันทร์, ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติอื่น, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), 7.

หมายถึงการเพิ่มขึ้นของผลิตภัณฑ์มวลรวมของประชาชาติ ซึ่งเป็นการเพิ่มขึ้นทั้งการลงทุน และการบริโภค มีการขยายตัวทางการค้า และการลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจไปสู่ประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศที่ด้อยพัฒนา โดยการเคลื่อนย้ายเงินทุน สินค้าและบริการประเภทต่าง ๆ จากภาครัฐและเอกชนไปยังประเทศต่าง ๆ เหล่านั้น ดังนั้น พัฒนาการทางด้านลงทุนสมัยใหม่จึงขึ้นกับความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนต่างชาติของประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศที่กำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา โดยทั้งสองฝ่ายต่างตกลงจะแบ่งปันผลประโยชน์ และกำไรที่ได้จากการลงทุนร่วมกัน มิติใหม่จากการลงทุนระหว่างภาครัฐและนักลงทุนต่างชาตินี้มีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากต่อการกำหนดทิศทางนโยบาย และพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน ภายหลังปี ค.ศ. 1950 คลื่นเศรษฐกิจแบบชาตินิยมได้เคลื่อนเข้าสู่บางประเทศในทวีปแอฟริกา และทวีปเอเชีย ซึ่งประเทศต่าง ๆ ในทวีปเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นประเทศที่กำลังพัฒนา แม้ประเทศมหาอำนาจเริ่มปลดปล่อยอาณานิคมแต่ก็ยังใช้ความพยายามที่จะคงอำนาจเดิมของตนที่มีต่อประเทศอาณานิคมเหล่านั้น ทั้งนี้ เพื่อคอยควบคุมและแสวงหาผลประโยชน์เหนือดินแดนดังกล่าว โดยกระบวนการลัทธิจักรวรรดินิยมทางเศรษฐกิจ (imperialism) หรือลัทธิอาณานิคมใหม่ (new-colonialism)⁹

ผลจากการเข้ามาแสวงหา และกอบโกยผลประโยชน์จากการลงทุนเพื่อครอบงำเศรษฐกิจในรัฐผู้รับการลงทุนจนสร้างความมั่งคั่งให้แก่นักลงทุนต่างชาติดังกล่าว จึงเป็นแรงผลักดันให้รัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนออกมาตรการทางกฎหมาย เพื่อใช้ควบคุมการเข้ามาของนักลงทุนต่างชาติ จึงเริ่มมีการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนฉบับใหม่แทนที่กฎหมายเกี่ยวกับลงทุนฉบับเดิมในขณะที่ยังคงเป็นอาณานิคม โดยกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนฉบับใหม่มักจะกำหนดความชัดเจนให้นักลงทุนต่างชาติมีหน้าที่ในการพัฒนาเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนในสัดส่วนที่สมดุลกับการลงทุน อย่างไรก็ตามรัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากพยายามที่จะควบคุมการเข้ามาครอบงำเศรษฐกิจภายในประเทศของตนจากนักลงทุนต่างชาติ จึงได้มีการออกกฎหมายโดยมีจุดประสงค์เพื่อโอนทรัพย์สิน หรือการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ จนนำไปสู่ข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ¹⁰

แม้ว่าพัฒนาการทางด้านการลงทุนระหว่างประเทศหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นำไปสู่การฟื้นตัวทางเศรษฐกิจโดยรวมของโลก แต่เศรษฐกิจโดยรวมที่เติบโตไปอย่างต่อเนื่อง และสร้างความมั่งคั่งนั้น ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติชัดเจนขึ้นเรื่อย ๆ จนนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของรัฐทั้งสองฝ่าย กลายเป็นชนวนนำไปสู่การพิพาท

⁹Cherian, J., *Investment contract and arbitration*, (Netherlands: A.W. Sijthoff-Leyden, 1975), 11.

¹⁰Ibid., 12.

การโอนเป็นของรัฐหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นอกจากรัฐจะกระทำไปเพื่อฟื้นฟูประเทศแล้ว ในบางกรณีทำเพื่อความเป็นธรรมในสังคมหรือแม้แต่เพื่อความมั่นคงของประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจทั้งหลาย เพราะประเทศอาณานิคมเก่าเหล่านั้น ไม่ใช่ต้องการแต่เพียงเอกราชทางการเมืองเท่านั้น แต่ยังต้องการเอกราชทางเศรษฐกิจด้วย ทั้งนี้ เพราะมีหลายประเทศที่เศรษฐกิจขึ้นกับทรัพยากรธรรมชาติเพียงอย่างเดียวหรือไม่ก็อย่าง ดังนั้น รัฐจึงมีความต้องการที่จะเข้าไปมีบทบาทในอุตสาหกรรมต่าง ๆ เสียเอง เพื่อป้องกันมิให้ประเทศมหาอำนาจ ครอบงำเศรษฐกิจของตนอีกต่อไป จึงมักมีการโอนกิจการหรือทรัพย์สินไม่ว่าของนักลงทุนในชาติตนหรือของนักลงทุนต่างชาติเป็นของรัฐเสมอ

ในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรองสิทธิของรัฐในการโอนทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ เพราะถือว่าเป็นสิทธิของทุกรัฐภายใต้หลักอธิปไตยถาวรของรัฐ (permanent sovereignty) ซึ่งพัฒนามาจากมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ¹⁴ ดังนี้

2.1.1 ข้อมติที่ 626 (7) ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1952 ว่าด้วยสิทธิในการใช้ความมั่งคั่งของทรัพยากรธรรมชาติโดยอิสระ (the right to exploit freely natural wealth and resources)

2.1.2 ข้อมติที่ 1314 (13) เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1958 ว่าด้วยข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการเคารพสิทธิระหว่างประเทศของประชาชนในการตัดสินใจของตนเอง (self-determination) เพื่อศึกษาสถานะของอธิปไตยถาวรของประชาชน และของรัฐเหนือโอกาสอันดี และทรัพยากรธรรมชาติ

2.1.3 ข้อมติที่ 1803 (17) เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1962 เกี่ยวกับอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (permanent sovereignty over natural resources) ซึ่งกำหนดให้มีการจ่ายค่าชดเชยในจำนวนที่เหมาะสม (appropriate compensation) หากมีการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ

2.1.4 ข้อมติที่ 2158 (21) เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1966 ยืนยันว่าการแสวงหาทรัพยากรในแต่ละประเทศทำได้โดยกฎหมายภายในของรัฐ

2.1.5 ข้อมติที่ 3171 (28) เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1973 เกี่ยวกับอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐต่าง ๆ (permanent sovereignty over natural resources) กำหนดให้การโอนเป็นของรัฐเป็นไปตามกฎหมายภายใน

2.1.6 ข้อมติที่ 3201 (S-6) เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 ได้มีการประกาศระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศใหม่ (declaration on the establishment of a new international economic

¹⁴Karol, N., Permanent sovereignty over natural resources. **The International and Comparative Law**, (UN. INT'L & COMP.L.Q. 1964), 398-449.

order) เพื่อยืนยันว่ารัฐมีอธิปไตยถาวรสมบูรณ์เหนือทรัพยากรธรรมชาติ และมีสิทธิดำเนินการทางเศรษฐกิจในการควบคุม และแสวงหาผลประโยชน์เหนือทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้นรวมทั้งสิทธิในการโอนเป็นของรัฐ

2.1.7 ข้อมติที่ 3281 (29) เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1974 เกี่ยวกับกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐ (charter of economic right and duties of states) กำหนดเรื่องการโอนเป็นของรัฐ และการจ่ายค่าชดเชยในจำนวนที่เหมาะสม (appropriate compensation)

ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ว่าข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาตินั้น อาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ รูปแบบที่นักลงทุนต่างชาติไม่ยอมให้เกิดคือการโอนกิจการของผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐโดยไม่จ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม หรือการใช้มาตรการต่าง ๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนต่างชาติ แล้วเป็นปัญหาลำบากไปสู่ข้อขัดแย้งระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องใช้กลไกการแก้ไขความขัดแย้งที่มีความเป็นธรรมเข้ามาดำเนินแก้ไข

การโอนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐเป็นปัญหาที่มีการกล่าวถึงกันมาก และเป็นระยะเวลายาวนาน ทั้งในด้านกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากในช่วงระยะเวลา 30 ปีที่ผ่านมา ได้มีการโอนหรือยึดกิจการ และทรัพย์สินของผู้ลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐ เหตุการณ์เหล่านี้ได้เกิดขึ้นในหลายประเทศที่สำคัญ เช่น ในปี ค.ศ. 1969 รัฐบาลประเทศเปรู และรัฐบาลประเทศโบลิเวียได้ทำการโอนกิจการ และทรัพย์สินบริษัทน้ำมันของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ และในปี ค.ศ. 1971 รัฐบาลของประเทศชิลีได้โอนกิจการ และทรัพย์สินบริษัทเหมืองทองแดงของบริษัทอเมริกันมาเป็นของรัฐ¹⁵ สาเหตุในการโอนกิจการ และทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐนี้ เนื่องจากนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐเปลี่ยนแปลงหรือเป็นเพราะความขัดแย้งกันทางผลประโยชน์ระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ นอกจากนั้นแล้วรัฐยังทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะโอนหรือบังคับซื้อกิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะหรือประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย

การโอนหรือยึดกิจการ และทรัพย์สินของนักลงทุนเอกชนดังกล่าวทำให้นักลงทุนเกิดความหวาดกลัวและไม่มั่นใจที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศนั้น ๆ จึงถือเป็นปัญหา และอุปสรรคที่สำคัญยิ่งต่อการตัดสินใจไปลงทุนในต่างประเทศ และเมื่อเกิดมีข้อขัดแย้งต่อกันกว่าที่จะดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งนั้น ได้ก็ต้องใช้เวลาพอสมควร จึงส่งผลกระทบต่อการทำธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ

¹⁵มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, เอกสารประกอบการสอน ชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หน่วยที่ 8-15, (กรุงเทพฯ: ประชาชน, 2528), 644.

2.2 ทฤษฎี และแนวความคิดเกี่ยวกับข้อขัดแย้ง

“ข้อขัดแย้ง” หมายถึง ปฏิสัมพันธ์ที่มีลักษณะของความไม่เป็นมิตรหรือตรงกันข้ามหรือไม่ลงรอยกันหรือความไม่สอดคล้องกัน ลักษณะของความไม่ลงรอยกันหรือไม่สอดคล้องกันนี้จะเกี่ยวข้องกับประเด็นต่าง ๆ หลายประเด็น เช่น เป้าหมาย ความคิด ทศนคติ ความรู้สึก ค่านิยม ความสนใจ ความสัมพันธ์ เป็นต้น

คำว่า “ข้อขัดแย้ง” (conflict) มาจากรากศัพท์ในภาษาละติน คือ *Configures*¹⁶ ซึ่งความหมายตามพจนานุกรม อังกฤษ-ไทยทั่วไป หมายถึง การต่อสู้ ดังนั้นความหมายที่แท้จริงของข้อขัดแย้งจึงควรจะหมายถึงการต่อสู้ระหว่างสองฝ่ายเพื่อตัดสินว่าจะเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเลือกหลายอย่าง¹⁷ อย่างไรก็ตาม ได้มีผู้ให้คำนิยามของคำว่าข้อขัดแย้งไว้หลายท่าน เช่น

ฟอลเลท เมรี พาคเคอร์ (Mary Parker Follett)¹⁸ เห็นว่าความขัดแย้งเป็นเรื่องของความแตกต่างในการเห็นและผลประโยชน์ ความขัดแย้งจึงมิใช่สิ่งที่ดีหรือเลว เพราะการแตกต่างในการเห็นอาจจะทำให้ได้ข้อสรุปใหม่ๆ ที่ดีขึ้น นอกจากนั้น ฟอลเลท เมรี พาคเคอร์ ยังเห็นว่า ความขัดแย้งมิใช่ภาวะสงคราม แต่เป็นความแตกต่างในด้านความเห็น ผลประโยชน์

โทมัส เคนเนธ เวย์น (Kenneth Wayne Thomas)¹⁹ เห็นว่าความขัดแย้งเกิดขึ้นเมื่อบุคคลสองฝ่ายหรือมากกว่าต้องมีส่วนได้รับในการจัดสรรทรัพยากรที่จำกัด ต่างก็เห็นว่าที่ตนมีความสำคัญกว่าฝ่ายอื่นจึงน่าจะได้รับการจัดทรัพยากรที่มากกว่า

วิลเลียม เฮนรีช มิทท์ (William Henry Schmidt)²⁰ ให้ความหมายว่า บุคคล 2 ฝ่ายหรือมากกว่า มีข้อมูล ค่านิยม ความคิดเห็น และความรู้สึกที่แตกต่างกัน ความขัดแย้งคือการต่อสู้ ชะนะแพ้ ระหว่างกลุ่มต่างๆ หรือขัดกันระหว่างผลประโยชน์ที่ต่างกัน

¹⁶ กิติมา ปรีดีติลล, *ทฤษฎีการบริหารองค์การ*, (กรุงเทพฯ: ชนะการพิมพ์, 2529), 2.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, 2.

¹⁸ อรุณ รักธรรม, *ทฤษฎีองค์การสมัยใหม่: การบริหารองค์การ*, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2525), 323.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, 323.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, 324.

เดวิด วิลสัน จอห์นสัน (David Wilson Johnson)²¹ ให้ความหมายว่า การที่กิจกรรมหนึ่งเกิดขึ้นในลักษณะที่ขัดแย้ง ขัดขวาง ขัดกัน หรือรบกวนอีกกิจกรรมหนึ่ง ทำให้กิจกรรมนั้นเสียหาย ดำเนินไปได้โดยยาก หรือมีผลน้อยลง

แอนดรูว์ เจ. ดูบริน (Andrew J. Dubrin)²² เห็นว่าความขัดแย้ง เป็นการขัดขวางหรือการใช้กำลังขัดขวางของบุคคลอื่น หรือการใช้กำลังที่ก่อให้เกิดภาวะความตึงเครียดขึ้นมา ซึ่งภาวะเช่นนี้เกิดขึ้นเมื่อกลุ่มคนสองกลุ่มหรือมากกว่า (อาจเป็นบุคคล, กลุ่มคน, องค์กร และประเทศ) ต่างก็รับรู้ถึงเป้าหมาย คุณค่าหรือเหตุการณ์ที่ไม่สามารถจะร่วมได้

จากความหมายข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า “ความขัดแย้ง” หมายถึง สภาพการณ์ที่ก่อให้เกิดการต่อสู้ระหว่างบุคคลสองฝ่าย หรือมากกว่านั้นเพื่อถักถักกัน ขัดขวางมิให้ฝ่ายตรงข้ามได้บรรลุถึงเป้าหมายที่วางไว้ ซึ่งมักเป็นเรื่องของสิ่งมีคุณค่า สถานภาพ อำนาจ ทรัพยากร ผลประโยชน์ ที่มีจำกัด²³

ทั้งนี้ จากแนวคิดของนักวิชาการทั้งหลาย สามารถสรุปถึงสาเหตุของความขัดแย้งได้ดังนี้²⁴

1. ปัจจัยทางจิตวิทยา และพฤติกรรมของแต่ละบุคคลที่ขัดแย้งกัน ได้แก่ การที่บุคคลแต่ละคนมีความคิดเห็นที่ไม่ตรงกัน มีการรับรู้ และความเข้าใจในปัญหาที่แตกต่างกัน มีค่านิยมที่ยึดถือเป็นตัวของตัวเอง และแตกต่างจากบุคคลอื่น ๆ การมีอคติ และการไม่เชื่อถือกันเป็นการส่วนตัว การมีเป้าหมาย อุดมการณ์แตกต่างในชีวิตการทำงานร่วมกัน รวมไปถึงบุคลิกภาพของแต่ละบุคคลและความพึงพอใจของบุคคลต่อฐานะของตนในการร่วมกันทำงาน
2. ผลประโยชน์ขัดกัน ซึ่งผลประโยชน์นับว่าเป็นเรื่องสำคัญมากโดยเฉพาะในทางการเมืองบุคคลแต่ละคนย่อมจะมีผลประโยชน์ที่ตัวเองต้องการได้รับ แต่บางทีผลประโยชน์ที่ต้องการนั้นก็จะไปขัดหรือกระทบต่อความต้องการของคนอื่น ๆ ด้วย
3. การมีทรัพยากรที่จำกัด ซึ่งการมีทรัพยากรที่จำกัดทำให้ไม่สามารถสนองตอบต่อความต้องการของทุกคนได้ ดังนั้นจึงมีการแข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดนั้นเมื่อฝ่ายใดได้ไปก็ย่อมทำให้อีกฝ่ายไม่พอใจจึงเกิดความขัดแย้งขึ้นมาได้
4. อุปสรรคจากการติดต่อสื่อสารขององค์กร ซึ่งโครงสร้างองค์กรก็มีส่วนทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างบุคคลในองค์กรได้ ถ้าหากว่าองค์กรหรือกลุ่มบุคคลได้มีการจัดโครงสร้างที่

²¹ ความเป็น เรื่องจริยธรรม, แนวคิดเกี่ยวกับความขัดแย้ง, สืบค้นเมื่อ 22 ธันวาคม 2553, จาก http://www.kroobannok.com/blog/view.php?article_id=20405&page=54.

²² เรื่องเดียวกัน, 2.

²³ เรื่องเดียวกัน, 2.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, 3.

ไม่ดี ขาดประสิทธิภาพในการทำงาน จะเป็นการก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างตำแหน่งต่าง ๆ ในองค์กรนั้นได้

2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้ง

“การแก้ไขข้อขัดแย้ง” หมายถึง การลดหรือขจัดความขัดแย้ง เพื่อให้พฤติกรรมของการขัดแย้งหายไปหรือสิ้นสุดลง หรือมีความหมายอีกอย่างก็คือ หมายถึง วิธีการที่จะกำหนดกรณีพิพาทหรือกรณีขัดแย้ง และการแก้ปัญหาที่ไม่ใช้ความรุนแรง การแก้ปัญหาคือความขัดแย้งมีจุดมุ่งหมายเพื่อหาทางออกที่ยอมรับได้ของทั้งสองฝ่าย เพื่อให้อยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ วิธีการต่าง ๆ สามารถนำมาใช้เพื่อเพิ่มระดับความร่วมมือ เพื่อเสริมสร้างความปรองดอง และสร้างความสัมพันธ์ให้เข้มแข็งต่อกันได้²⁵

ข้อขัดแย้งคือวิกฤติ เราสามารถมองความขัดแย้งเป็นสิ่งที่ทำลายหรือเป็นสิ่งที่น่ากลัวก็ได้ การแก้ไขความขัดแย้งเป็นกระบวนการธรรมดาที่ใช้เพื่อยุติข้อพิพาทหรือวิกฤติ²⁶

จากความหมายทั้งสองที่ได้กล่าวมา การแก้ไขข้อขัดแย้งที่เป็นอุดมคติและเป็นยอดปรารถนาของทุกฝ่าย ต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังนี้²⁷

2.3.1 เป็นธรรม (fair)

ยอดปรารถนาของการสร้างความเป็นธรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็นความเป็นธรรมที่เกิดจากคู่กรณีตกลงกันเองหรือมีคนกลางเข้ามาดำเนินการให้เกิดข้อตกลงจะต้องมีความสมดุลลงตัวทุกด้านเป็นกลางอย่างแท้จริงเป็นที่พอใจของทุกฝ่าย ทำให้เกิดการปรองดองกันได้ และสามารถระงับข้อพิพาททั้งหมดไม่ว่าจะในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต ส่วนการไกล่เกลี่ยนั้นก็เหมือนกับการที่ศาลชักชวนคู่ความให้เปลี่ยนมาเล่นเกม “ตะกร้อลอดบ่วง” แทน ซึ่งโจทก์ จำเลย และทนายความก็ยังคงใช้ความสามารถในการเล่นตะกร้อเหมือนเดิมทุกประการเพียงแค่หันหน้าเข้ามาล้อมวงเล่นกัน โดยมีเจตนาตกลงปรองดองกันตะตะกร้อให้มันเข้าบ่วง ดังนั้น โจทก์ จำเลย และทนายความจะต้องมีความสมัครใจที่จะเล่นหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับลูกแล้วเตะออก เกมการแข่งขันก็ไม่มีโอกาสได้แต้ม

²⁵วิชัย อริษะนันทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, หนังสือรวมบทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม2, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), 308.

²⁶เรื่องเดียวกัน, 309.

²⁷เรื่องเดียวกัน, 309.

การใกล้เคียงจึงเป็นเรื่องของความสมัครใจ และร่วมจิตร่วมใจกันเป็นหลัก ในส่วนผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใกล้เคียงก็จะทำหน้าที่ถือบ่วงช่วยรับลูกตะกร้อเท่านั้น ถ้าใครเตะออกมาก ๆ ก็ช่วยถือบ่วงรับลูกตะกร้อให้ไม่ไหวน

จากข้อเปรียบเทียบข้างต้นชี้ให้เห็นถึงภาพแห่งการแก้ไขข้อขัดแย้งหรือการระงับข้อพิพาทอย่างง่าย ๆ แต่มีความชัดเจนเข้าใจง่าย และสามารถปฏิบัติได้ว่า อย่างไรที่สามารถนำมาซึ่งความเป็นธรรมได้ดีกว่ากัน

2.3.2 รวดเร็ว (speedy)

ความล่าช้า อาจทำให้พยานหลักฐานต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นบุคคล เอกสาร วัตถุ และข้อมูลต่าง ๆ สูญหายไปได้ หรือการจดจำเหตุการณ์ของคนต้องเลือนรางจางหายไปด้วยระยะเวลาที่ยาวนานของการพิจารณาคดีและเป็นเหตุให้การสืบพยานหลักฐานต้องประสบกับปัญหาของความไม่ถูกต้องแท้จริงแห่งการพิจารณาคดี อีกทั้งการรอกงของดอกเบี้ย ค่าเสียเวลา ค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะพอกพูนเพิ่มขึ้น

ดังนั้น ความรวดเร็วในการแก้ไขข้อขัดแย้งจึงมีส่วนสำคัญยิ่งในการจับประเด็นและแก้ปัญหาได้ตรงเป้าถูกต้องแม่นยำ เพราะเมื่อเกิดปัญหาแล้วรีบแก้ปัญหาที่ยังใหม่ ๆ สด ๆ นั้นย่อมคลี่คลายปัญหาข้อขัดแย้งได้อย่างชัดเจน ง่าย ทันเวลาทันเหตุการณ์ และช่วยลดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทได้ ในขณะเดียวกัน เมื่อมองในมุมมองมหภาคก็ยังช่วยแก้ไขปัญหาระบบเศรษฐกิจและสังคม ลดปัญหาปริมาณคดีล้นศาลและเป็นประโยชน์ต่อทางธุรกิจการค้าการลงทุนที่ถือว่าเวลาเป็นสิ่งสำคัญ

2.3.3 ประหยัด (cheap)

“การประหยัด” คือ ประหยัดเวลา ประหยัดค่าใช้จ่ายของคู่ความในการเข้ามาสู่การดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้ง เป็นการรักษาระบอบของคู่ความให้เสียหายน้อยที่สุดและต้องคุ้มค่านมากที่สุด มีผู้แต่งตำราการส่งออกและหลักปฏิบัติกฎหมายในการค้าระหว่างประเทศ (export trade and the law and practice of international trade) ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งในสัญญาการค้าระหว่างประเทศว่า เกือบจะเป็นสังขธรรมที่กล่าวว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นดีกว่าศาล การประนอมข้อพิพาทดีกว่าอนุญาโตตุลาการ และการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทดีกว่าการประนอมข้อพิพาท ทั้งหมดนี้อาจมีการกระทบกระเทือนได้เช่นกัน หากข้อพิพาทนั้นเกี่ยวข้องกับชื่อเสียงของธุรกิจการค้าหรือบริการ เช่น การโรงแรม การท่องเที่ยว ซึ่งทำธุรกิจโดยอาศัยชื่อเสียงทางด้านบริการเป็นหลัก การเกิดข้อพิพาทกับใครก็ต้องระมัดระวังมิให้กระทบกระเทือนต่อชื่อเสียงทางการให้บริการเป็นสำคัญ

2.3.4 มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (effective enforcement mechanism)

มีกลไกบังคับที่มีประสิทธิภาพ เป็นกลไกในการบังคับซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นภายหลังที่มีการระงับข้อพิพาทเสร็จสิ้นลงแล้ว จึงมีข้อบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินหรือข้อตกลงของการระงับข้อพิพาทนั้น ซึ่งหมายถึงการบังคับคดีให้คู่กรณีปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งจะต้องมีสภาพบังคับที่เป็นไปได้ทุกฝ่ายยอมรับได้และส่งผลถึงความเชื่อมั่นในการปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นด้วย

2.3.5 การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (measure against bad publicity)

การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาว เป็นการระงับข้อพิพาทที่ดีที่สุดที่ควรจะรักษาความลับของคู่พิพาทไว้ได้ โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง ไม่ว่าจะเป็นตัวบุคคลหรือชื่อเสียงทางธุรกิจการค้า และไม่ทำให้เสียอำนาจต่อรองในอนาคตโดยเฉพาะความลับในทางธุรกิจการค้าแล้วในบางครั้งจะมีความลับสุดยอดเสียยิ่งกว่าสิ่งใด ๆ ทั้งปวง ซึ่งบางครั้งลับเสียจนแม้กระทั่งคนใกล้ชิด ดังเช่น ภารกิจยังเปิดเผยให้ทราบไม่ได้ เพราะถ้าเปิดเผยออกไปอาจนำมาซึ่งความเสียหายหรือเสียเปรียบของธุรกิจการค้านั้นได้ อีกทั้งเสียชื่อเสียง หรือ goodwill อาจได้รับการยอมรับน้อยลง

2.3.6 การรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความ (preservation of relationship)

การระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติควรจะมุ่งเสริมให้เกิดสัมพันธภาพอันดีระหว่างคู่ความควบคู่กันไป โดยการสร้างบรรยากาศที่เป็นกันเองเรียบง่ายและเป็นมิตร ไม่ควรสร้างความกดดันแก่ทุกฝ่าย ควรอาศัยความอะลุ่มอล่วยต่อกันเพื่อให้คู่กรณีกลับมามีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน และสามารถดำเนินการตามสัญญาหรือคำขายต่อกันไปได้

ดังนั้น การสร้างโอกาสให้มีการตกลงกันอย่างอิสระไม่เคร่งครัดด้วยทกกฎหมายมากนัก และทำให้ง่ายต่อการตัดสินใจในการระงับข้อพิพาทจะเป็นการดีต่อสังคมเนื่องจากการที่ผู้คนในสังคมสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยตนเองจะเกิดความภาคภูมิใจ และความสมัครสมานสามัคคีขึ้นในสังคม เสริมสร้างความสงบสุขสร้างความแข็งแกร่งให้แก่สังคมและชุมชนได้

2.4 ทฤษฎีความขัดแย้งระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

ความขัดแย้งระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติเป็นความขัดแย้งที่คู่กรณีมีสถานะทางกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพราะฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนชาวต่างชาติ มักจะ

เกิดจากการทำสัญญาร่วมลงทุนที่เกี่ยวกับการพัฒนาการทางเศรษฐกิจ เช่น สัญญาสัมปทานการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งอาจจะเป็นสัมปทานขุดเจาะแร่ธาตุ หรือสัมปทานผลิตพลังงานไฟฟ้า เป็นต้น

อนึ่ง มีข้อพิจารณาว่าข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นในลักษณะสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาเอกชนระหว่างประเทศ เนื่องจากสัญญาดังกล่าวไม่ได้เป็นสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ และไม่ได้เป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งมีความใกล้เคียงกับสัญญาทางปกครอง²⁸ ที่มักจะอยู่ในรูปของสัญญาสัมปทานที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน และรัฐสามารถกระทำการฝ่ายเดียวที่จะควบคุมหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อประโยชน์มหาชน จึงถือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง แต่มีความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในลักษณะเชิงพาณิชย์ สิทธิและหน้าที่จึงอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชน ยกเว้นสัญญาดังกล่าวจะไปเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน หรือบริการสาธารณะ²⁹

ในการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้งที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง และสัญญาเอกชนระหว่างประเทศอาจมีความแตกต่างกัน เพราะสัญญาทางปกครองนั้นรัฐมีสถานะที่เหนือกว่า รวมทั้งกฎหมายที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดี และรวมทั้งการบังคับตามคำชี้ขาดที่มีความซับซ้อนและยุ่งยากกว่าสัญญาเอกชนทั่วไป

ในส่วนข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับความเป็นสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แม้จะมีข้อตกลงยอมรับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานโดยรัฐมหาอำนาจ กล่าวคือ ยอมรับในความเป็นผู้ทรงสิทธิระหว่างประเทศขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (European Convention on Human Rights 1950) ซึ่งเป็นผลงานของสภายุโรปที่นับว่ามีประสิทธิภาพมากในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้ยินยอมให้ปัจเจกชนร้องเรียนต่อหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบได้โดยความยินยอมบางประการจากรัฐสมาชิก นับเป็นครั้งแรกที่ทำให้ปัจเจกชนกล่าวหารัฐได้โดยตรง แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อขัดแย้งที่เกิดจากการค้าและการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนของรัฐอื่น การยอมให้เอกชนเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป เนื่องจากยังไม่เป็นที่ยอมรับและยืนยันความชัดเจนแน่นอนในสังคม

²⁸มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้อำนาจบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

²⁹ชาญชัย แสวงศักดิ์, ข้อพิจารณาบางประการที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและปัญหาบางประการตามแนวความคิดของฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครองสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (เมษายน 2533), 13.

ระหว่างประเทศ อีกทั้งเอกชนยังไม่สามารถเป็นคู่ขัดแย้งในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้โดยตรง³⁰

2.5 ลักษณะของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

การลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ คือการลงทุนด้วยการทำข้อตกลงร่วมกันในสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อการพัฒนา และแสวงหาประโยชน์ในลักษณะต่างฝ่ายต่างตอบแทน ภายใต้กรอบกติกาข้อตกลง ในการทำสัญญาลงทุนร่วมกัน ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

นักปราชญ์ ลอร์ด แมคแนร์ (Lord McNair) ให้ความเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาตินี้ เป็นการกระทำระหว่างรัฐฝ่ายหนึ่ง กับนักลงทุนต่างชาติอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งนักลงทุนต่างชาติ นั้นมีความเป็นบุคคลตามกฎหมายของรัฐอีกรัฐหนึ่ง³¹

คาร์ลสตัน เคนเน็ธ สมิธ (Kenneth Smith Carlston) ให้ความเห็นว่า สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนนี้แสดงให้เห็นแง่มุมหนึ่งของกระบวนการลงทุนจากต่างประเทศ³² กล่าวคือ สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาระหว่างประเทศ เป็นสัญญาที่มีใช้สนธิสัญญา เพราะมิใช่เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ แต่เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่ก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติต่อกัน และรัฐเองควรคำนึงถึงโครงสร้างทางเศรษฐกิจในประเทศและระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาจะขาดแคลนเงินทุน และเทคโนโลยีสมัยใหม่ในการดำเนินโครงการ รัฐผู้รับการลงทุนจึงต้องการการลงทุนจากเอกชนทั้งภายในและต่างประเทศ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขในเรื่องสิทธิ และหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะต้องมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับเปลี่ยนไปตามสภาวะการณ์ได้ เพราะประเทศผู้รับการลงทุนนั้นก็หวังผลในการพัฒนา

³⁰สุรางคณา แก้วจำนงค์, ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539). 17.

³¹ฐิติทอง ไกรยูรเสน, การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), 9.

³²Carlston, S., Concession agreement and nationalization, *The American Journal of International Law*, (52)2, (April, 1958), 260.

เศรษฐกิจ และประโยชน์สาธารณะทั่วไปของรัฐ โดยให้นักลงทุนเอกชนต่างชาตินำเงินและเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาลงทุน ส่วนนักลงทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนก็มีวัตถุประสงค์ส่วนหนึ่งคือ การได้กำไรในเชิงธุรกิจ หรือการแสวงหากำไร ดังนั้นในการกำหนดข้อสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติจะต้องร่างขึ้นตาม หลักความเป็นไปได้ในเชิงธุรกิจ³³

ดังนั้น สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน³⁴ ที่ได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และขณะเดียวกันสัญญาก็มีลักษณะขององค์ประกอบในกฎหมายที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐให้สิทธิแก่คู่สัญญาลงทุนในการประกอบกิจการที่รัฐอนุญาต เมื่อรัฐทำสัญญาสัมปทานกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ก็จะทำให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ ระหว่างรัฐผู้ให้สัมปทานกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติผู้ได้รับสัมปทาน ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้มีลักษณะผสมผสานกันทางกฎหมาย โดยจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน ดังนั้น เมื่อรัฐเข้าทำสัญญากับเอกชนแล้วรัฐก็ต้องปฏิบัติตามสัญญา เพราะกิจการที่ทำนั้นเป็นกิจการที่ต้องใช้เงินทุนสูง ทั้งการปฏิบัติตามสัญญาก็มีระยะเวลายาวนาน อันจะต้องอาศัยความเชื่อถือ และร่วมมือกัน รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยในฐานะที่เป็นรัฐเพื่อไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือยกเลิกสัญญาไม่ได้ในทุกกรณี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเมื่อทำสัญญากันก็ต้องการได้รับหลักประกันการลงทุน เพื่อให้การลงทุนเกิดความมั่นคงไม่ต้องการให้รัฐเข้ามาแทรกแซง ส่วนฝ่ายรัฐคู่สัญญาก็ต้องการให้เกิดการลงทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ก็มักจะยินยอม เสนอหลักประกันการลงทุน (guarantee the security of the investment) โดยเสนอข้อกำหนดเพื่อความมั่นคง และจะเสนอสิทธิพิเศษต่าง ๆ รวมทั้งวิธีแก้ไขความขัดแย้งโดยการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นการจูงใจในการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้ในสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ มักมีข้อตกลงให้แก้ไขความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผลจากการได้มีข้อตกลงเช่นนี้ทำให้ความขัดแย้งอันเนื่องมาจากสัญญาดังกล่าวนี้ไม่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลภายในประเทศ แสดงให้เห็นว่าการเสนอข้อข้อขัดแย้งให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดย่อมถือได้ว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐไปโดยปริยาย

สัญญาระหว่างรัฐกับกับนักลงทุนต่างชาติ เป็นสัญญาที่เป็นการตกลงกันระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติผู้เข้ามาลงทุน โดยความยินยอม และความร่วมมือกันทั้งสองฝ่าย ทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ก่อให้เกิดข้อผูกพันตามสัญญา มีการกำหนดสิทธิระหว่างคู่สัญญาขึ้น ดังนั้น สัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ จึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่าง

³³ คัมภีร์ แก้วเจริญ, สัญญาสัมปทาน. วารสารอัยการ, (สิงหาคม 2533), 199.

³⁴ สัญญาต่างตอบแทน เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ได้รับผลตอบแทน กล่าวคือ ผลจากการลงทุนร่วมกันฝ่ายรัฐจะได้รับผลตอบแทนคือการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศ และฝ่ายนักลงทุนเอกชนต่างชาติก็จะได้รับผลกำไรในการดำเนินธุรกิจ

จากสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสัญญามิใช่สนธิสัญญา เพราะไม่ใช่เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ แต่เป็นสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติต่อกัน

การกำหนดเงื่อนไขในเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาจะต้องมีความยืดหยุ่น และสามารถปรับเปลี่ยนไปตามสภาวะการณ์ได้ เพราะประเทศผู้รับการลงทุนนั้นก็หวังผลในการพัฒนาเศรษฐกิจ และประโยชน์สาธารณะภายในประเทศตนตน โดยให้นักลงทุนต่างชาตินำเงิน และเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาลงทุน ส่วนนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนก็มีวัตถุประสงค์ คือ การได้กำไรในเชิงธุรกิจ ดังนั้น ในการกำหนดข้อสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติจะต้องร่างขึ้นตามหลักความเป็นไปได้ในเชิงธุรกิจ เพราะการที่รัฐได้เข้าไปทำสัญญากับนักลงทุนต่างชาติ รัฐมักจะอ้างอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ซึ่งทำให้นักลงทุนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจในการที่จะเข้าไปลงทุน เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งจากหลายสาเหตุของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการอ้างความคุ้มกัน (immunity) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน หรือการโอนกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐ ดังนั้น รัฐควรจะต้องมีความยืดหยุ่นในการเจรจาทำสัญญากับเอกชนต่างชาติ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการเกิดความขัดแย้งที่จะตามมาต่อกับกรณีดังกล่าว

โรเบิร์ต เจนนิงส์ (Professor Robert Jennings) มีความเห็นว่า แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจอธิปไตยก็ตาม แต่ไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดที่จะมีสิทธิพิเศษ หลักสัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม ทำให้เห็นว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นย่อมจะมีข้อจำกัดในตัวเอง³⁵

คาร์ลสตัน เคนเน็ธ สมิธ (Kenneth Smith Carlston) กล่าวสนับสนุนความคิดดังกล่าวว่า ไม่ว่ารัฐนั้นจะเป็นรัฐประชาธิปไตยหรือรัฐคอมมิวนิสต์ ก็ไม่มีรัฐใดหลีกเลี่ยงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้ เมื่อรัฐนั้นต้องการพัฒนาเศรษฐกิจภายในรัฐของตนก็ย่อมต้องการการลงทุนจากนักลงทุนของรัฐอื่น จึงทำให้เกิดสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติขึ้น สัญญานี้เป็นสัญญาที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ และเศรษฐกิจภายในรัฐนั่นเอง ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้คำนึงถึงความจริงข้อนี้ โดยกำหนดว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาตินั้นจะไม่สามารถดำรงอยู่ได้หากรัฐนั้นได้มีการนำเอาอำนาจอธิปไตยเข้ามาทำลายองค์ประกอบต่าง ๆ ของสิทธิของเอกชนซึ่งรัฐเองเป็นคนให้สิทธิเช่นนั้นแก่เอกชนต่างชาติ³⁶

³⁵ Jennings, R., State contract in international law, *The British Yearbook of International Law*, (1961), 177.

³⁶ Carlston, S., Concession agreement and nationalization, *The American Journal of International Law*, (April 1958), 278-279.

2.5.1 มาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนของต่างประเทศ

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2004 ได้ให้ความหมายการลงทุนของต่างชาติ ว่า การลงทุนของต่างชาติ หมายถึง การนำเอาทุน ซึ่งประกอบด้วยทรัพย์สิน เทคโนโลยี และความรู้เข้ามาในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยนักลงทุนต่างชาติด้วยการดำเนินธุรกิจที่ดินแดนประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว³⁷

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา รูปแบบการค้าและการลงทุนของโลกมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว และต่อเนื่อง ทั้งนี้ อันเนื่องมาจากแนวความคิดในระบบทุนนิยมที่เปิดโอกาสให้บุคคลทุกคนนั้น สามารถที่จะประกอบธุรกิจใด ๆ ได้โดยเสรี ประกอบกับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องของเทคโนโลยีจึงทำให้การค้า และการลงทุนมีการขยายตัวออกไป และมีลักษณะที่เรียกว่าเป็นธุรกิจข้ามชาติ (transnational corporations) หรืออาจมีลักษณะของความร่วมมือกันในการลงทุนระหว่างประเทศ หรือที่เรียกว่า การทำสัญญาร่วมทุน (joint venture)

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ออกกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศ ค.ศ. 2004 โดยได้กำหนดบรรดาระเบียบ หลักการและมาตรการ เกี่ยวกับการส่งเสริม การปกป้อง และการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ที่ได้เข้ามาลงทุนในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เพื่อเป็นการส่งเสริมสนับสนุน และขยายความสัมพันธ์ ความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับต่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการใช้ทรัพยากรด้านความรู้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ และขยายกำลังการผลิตของประเทศ ซึ่งเป็นส่วนช่วยแก้ไขชีวิตการเป็นอยู่ของประชาชนให้ดีขึ้นและพัฒนาประเทศชาติให้เจริญมั่งมียิ่งขึ้น³⁸

นักลงทุนต่างชาติสามารถลงทุนด้านการผลิต ธุรกิจได้ทุกแขนงการลงทุนในดินแดนสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยกเว้นบรรดากิจการ ที่เป็นการกระทบต่อความมั่นคงของชาติ มีผลกระทบร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อมในปัจจุบันหรือยาวนานหรือต่อสุขภาพและวัฒนธรรมอันดีงามของชาติ

มาตรา 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนของเอกชนต่างชาติว่า “ทรัพย์สินสมบัติ และการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะถูก

³⁷มาตรา 2 แห่งกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2004

³⁸มาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2004

ปกป้องอย่างเต็มที่ ด้วยระเบียบกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยจะไม่ถูก ยึด ถูกเกณฑ์ และจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ เว้นแต่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ เพื่อประโยชน์ สาธารณะ ซึ่งผู้ลงทุนต่างชาติจะได้รับค่าทดแทนคืนตามระเบียบกฎหมาย”

ทั้งนี้ รัฐบาลของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะให้ความคุ้มครองด้วยการกำ ประกันทางกฎหมายแก่นักลงทุนต่างชาติที่ได้เข้ามาลงทุนภายใต้ดินแดน สาธารณรัฐประชาธิปไตย ประชาชนลาว โดยได้จดทะเบียนอย่างถูกต้องภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนของ ต่างประเทศ ค.ศ. 2004 คือ

2.5.1.1 รัฐจะคุ้มครองด้วยกฎหมาย บนพื้นฐานความเสมอภาคต่างฝ่ายต่างได้รับ ผลประโยชน์

2.5.1.2 รัฐจะปฏิบัติพันธะภายใต้กฎหมาย สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ที่รัฐบาล สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ร่วมเป็นภาคี สัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและปกป้องการ ลงทุนของต่างประเทศ และข้อตกลงต่าง ๆ ที่รัฐบาลได้ลงนามกับต่างประเทศ

2.5.1.3 รัฐจะไม่แทรกแซงในกิจการการลงทุน และการเคลื่อนไหวที่ถูกกฎหมาย ของผู้ ลงทุนชาวต่างประเทศ³⁹

2.5.2 ทฤษฎีการแก้ไขความขัดแย้งของการลงทุน ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชน ลาว

การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจไม่ว่าประเทศใดก็ย่อมเกิดความขัดแย้งกันไม่มากนัก้อย แล้วแต่ความสลับซับซ้อนของการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ คู่ขัดแย้งอาจเป็นระหว่างหน่วยงาน ของรัฐด้วยกันเองหรือระหว่างรัฐกับเอกชน วิธีการแก้ไขความขัดแย้งตามกฎหมายเศรษฐกิจ ระหว่างประเทศมีรายละเอียดปลีกซึ่ง จำเป็นที่ต้องศึกษาวิธีการแก้ไขความขัดแย้งให้เข้าใจและนำไป ปรับใช้กับข้อขัดแย้งให้ถูกต้องและตรงประเด็นเพื่อยุติปัญหาข้อขัดแย้งเป็นการแก้ไขความเสียหาย ที่อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

คำสั่งของนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติกฎหมายการส่งเสริมการลงทุนต่างประเทศ ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 12 ว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้ง เช่น ได้บัญญัติว่า ในกรณีเกิดมีข้อขัดแย้งกัน ในการลงทุนของเอกชนต่างชาติ ซึ่งมีสัญญากับ รัฐบาล คู่กรณีต้องได้ดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งหลักการในการ ดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งในขั้นต้นนั้น ต้องได้เลือกเอาวิธีการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดยสอดคล้อง กับกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เสียก่อน หากว่าคู่กรณี

³⁹ข้อ 2 แห่งคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติกฎหมายการส่งเสริมการลงทุนต่างประเทศ ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2005

ยังไม่สามารถแก้ไขความขัดแย้งนั้นได้ จึงสามารถเลือกเอาวิธีการอื่นได้ ตามความตกลงของกลุ่มขัดแย้งทั้งสองฝ่าย⁴⁰

ในกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน ซึ่งเป็นกิจการที่ลงทุนร่วมกัน คู่กรณีต้องไต่ด่เกลี่ยกันด้วยวิธีประนีประนอมกันเสียก่อน ถ้าหากยังไม่สามารถประนีประนอมยอมความกันได้ คู่กรณีสามารถยื่นเรื่องเพื่อร้องขอการไต่ด่เกลี่ยไปยังกรมส่งเสริมการลงทุนของกระทรวง แผนการและการลงทุน ณ ที่ตนได้รับอนุญาตให้ลงทุน เพื่อให้ดำเนินการไต่ด่เกลี่ย ภายในกำหนด 30 วันและหากยังแก้ไขมิได้ ให้คู่กรณียื่นหนังสือร้องไปยังองค์การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ หรือกระบวนการยุติธรรมตามการตกลงของคู่กรณี⁴¹

2.5.3 ทฤษฎีแนวคิด และหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย ในการส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนของต่างประเทศในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

ในช่วงระยะเวลาไม่กี่ปีมานี้รูปแบบของการค้า และการลงทุนในโลกได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง และรวดเร็ว อันเนื่องมาจากแนวความคิดในระบบทุนนิยมที่เปิดโอกาสให้บุคคลทุกคนนั้นสามารถที่จะประกอบธุรกิจใด ๆ ได้โดยเสรี รวมทั้งประกอบกับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องของเทคโนโลยี จึงทำให้การค้า และการลงทุนนั้นได้มีการขยายตัวออกไป และมีลักษณะที่เรียกว่าเป็นธุรกิจข้ามชาติหรืออาจมีลักษณะของความร่วมมือกันในการลงทุนระหว่างประเทศหรือที่เรียกว่าการทำสัญญาร่วมทุน

เช่นเดียวกันกับนานาประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการลงทุน เพราะการลงทุนโดยตรงของต่างประเทศในดินแดน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีส่วนช่วยในการพัฒนาประเทศเป็นอย่างมาก เนื่องจากการลงทุนทำให้เกิดการผลิตสินค้าและบริการ การจ้างงาน เทคโนโลยีที่ก้าวหน้าทันสมัย การไหลเวียนของกระแสเงินตราต่างประเทศ ส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศเจริญก้าวหน้า และในความสัมพันธ์ทางการลงทุนระหว่างประเทศจะมีผู้ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ รัฐผู้รับการลงทุน ผู้ลงทุนและรัฐผู้ส่งออการลงทุนหรือรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน ซึ่งแต่ละฝ่ายมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกันไป การไปลงทุนยังต่างประเทศของผู้ลงทุนมักมุ่งประสงค์ในการแสวงหากำไร และผลตอบแทนจากการลงทุนนั้น ผู้ลงทุนซึ่งต้องการความมั่นใจและหลักประกันที่มั่นคงสำหรับการลงทุน โอกาสในการแสวงหารายได้และกำไร รวมทั้งนำรายได้และผลกำไรตอบแทนกลับประเทศ ตลอดจนต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ขณะที่รัฐผู้ส่งออการลงทุนมีหน้าที่ความคุ้มครองแก่

⁴⁰ข้อ 64 แห่งคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปฏิบัติกฎหมายการส่งเสริมการลงทุนต่างประเทศ ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2005

⁴¹เรื่องเดียวกัน, ข้อ 65 และ ข้อ 66.

ประชาชนพลเมืองของตน รวมถึงประชาชนพลเมืองที่ไปลงทุนต่างประเทศ เพราะการลงทุนในต่างประเทศทำให้ประเทศมีรายได้ และมีการขยายตลาดมากขึ้น รัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ผู้รับการลงทุนจึงมีภาระหน้าที่ในการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมให้เจริญก้าวหน้า เพื่อยกระดับความเป็นอยู่และคุณภาพชีวิตของประชาชน แต่เนื่องจากการลงทุนของภาคเอกชนมีส่วนช่วยในการพัฒนาประเทศ รัฐผู้รับการลงทุนจึงต้องให้การส่งเสริมการลงทุนและให้หลักประกันแก่ผู้ลงทุน โดยมีกฎหมายเป็นสิ่งที่กำหนดบทบาทและขอบเขตหน้าที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการลงทุนระหว่างประเทศและปรากฏในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนทุกฉบับ อันเป็นพันธกรณีทางกฎหมายที่รัฐภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงต้องปฏิบัติตาม ซึ่งโดยหลักการพื้นฐานทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็ไม่ต่างจากหลักของนานาประเทศ ก็คือหลักการทางกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศมีการยอมรับเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในอันที่จะปกป้องคุ้มครองดินแดนของตน ตามหลักอำนาจอธิปไตยดินแดน หลักการนี้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคล และทรัพย์สินภายในดินแดนของตน ดังนั้น เมื่อมีการลงทุนจากต่างประเทศในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน การลงทุนย่อมตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน โดยในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนก็ได้มีการจำกัดขอบเขตอำนาจอธิปไตยในการปฏิบัติต่อบุคคล และทรัพย์สินของบุคคลต่างชาติดินแดนของตน ซึ่งปรากฏในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การปฏิบัติทั่วไปของรัฐ สนธิสัญญาและหลักกฎหมายภายในของรัฐที่กำหนดมาตรฐานของหลักปฏิบัติต่อกันต่างชาตินี้ไว้ โดยมีหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่เป็นมาตรการสำคัญที่มีส่วนช่วยส่งเสริมให้มีการลงทุนระหว่างประเทศ โดยจะพิจารณาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนดังนี้⁴²

2.5.3.1 หลักการยอมรับการลงทุน

เป็นวิธีการหน้าที่ที่จะทำให้การลงทุนนั้น ๆ ได้รับประโยชน์และความคุ้มครองตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่รัฐผู้รับการลงทุนเป็นภาคี เนื่องจากการลงทุนใด ๆ ที่จะได้รับประโยชน์และความคุ้มครองตามสนธิสัญญาควรจะเป็นการลงทุนที่เป็นประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน โดยที่รัฐผู้รับการลงทุนอาจกำหนดเงื่อนไขการยอมรับการลงทุน เช่น กำหนดให้การลงทุนต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้บังคับกฎหมายของรัฐผู้รับการ

⁴²ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, แนวคิดทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน, บทความเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2553, จาก <http://gotoknow.org/blog/internationallaw/36328?page=1>

ลงทุน หรือกำหนดให้การลงทุนซึ่งเป็นหุ้นส่วนจำนวนมากเป็นเจ้าของโดยคนชาติ กำหนดให้มีการเสนอโครงการลงทุนนั้นต่อรัฐบาลของผู้รับการลงทุนพิจารณาก่อน เป็นต้น

หลักการยอมรับการลงทุนเป็นที่ยอมรับกันของรัฐโดยทั่วไป โดยได้รับการกำหนดไว้เป็นหลักการหนึ่งในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อให้การลงทุนเป็นประโยชน์ต่อประเทศผู้รับการลงทุนในการพัฒนาเศรษฐกิจภายในรัฐต่อไป ดังจะเห็นได้จากสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนที่รวบรวมโดยศูนย์ระหว่างประเทศว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (The international centre for settlement of investment disputes: ICSID) พบว่าสนธิสัญญาทวิภาคีเกี่ยวกับการลงทุนจำนวน 126 ฉบับ กำหนดให้รัฐภาคียอมรับการลงทุนนั้นโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายของตน โดยในจำนวน 54 ฉบับมีการกำหนดเพิ่มเติมว่า ตามกฎเกณฑ์หรือทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร แสดงถึงการให้สิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐภาคี ภายใต้การเคารพหลักการการยอมรับการลงทุนนี้⁴³

2.5.3.2 หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม

เป็นมาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิมซึ่งมีความไม่แน่นอน แต่อาจถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการสร้างบรรยากาศในการลงทุนให้กับผู้ลงทุนต่างชาติ โดยกำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติด้วยความเป็นธรรม รัฐผู้รับการลงทุนจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้ลงทุนต่างชาติด้วย กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปฏิบัติต่อคนต่างชาติที่อยู่ในอาณาเขตของตนโดยมาตรการหรือวิธีการที่ไม่แตกต่างกัน แต่โดยเหตุที่หลักการนี้ขาดความชัดเจนและแน่นอน จึงยังคงมีปัญหาในการตีความกันอยู่⁴⁴

2.5.3.3 หลักการปฏิบัติต่อการลงทุนระหว่างประเทศ

ในการลงทุนจากต่างประเทศจะได้รับประโยชน์และความคุ้มครองเพียงใดขึ้นกับมาตรฐานการปฏิบัติที่รัฐผู้รับการลงทุนจะมีให้เป็นสำคัญ ได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง

1. หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หมายถึง การให้หลักประกันแก่ผู้ลงทุนต่างชาติว่ารัฐจะให้การปฏิบัติแก่ผู้ลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับที่รัฐนั้นได้ปฏิบัติต่อคนชาติของตน โดยกำหนดไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิประโยชน์ของการลงทุนว่า สิทธิประโยชน์ใดที่การลงทุนดำเนินการโดยคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนได้รับ สิทธิประโยชน์นั้นการลงทุนของคนต่างชาติย่อมที่จะได้รับด้วย

⁴³ปรีฉัตร รัตนากาญจน์. แนวคิดทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน. (สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2553), จาก <http://gotoknow.org/blog/internationallaw/36328?page=1>.

⁴⁴เรื่องเดียวกัน.

เช่นกัน แต่ย่อมเป็นที่เข้าใจโดยทั่วกันว่า มิได้หมายความว่าคนต่างชาติจะต้องมีสิทธิทุกประการที่คนชาติพึงมี เช่น สิทธิทางการเมือง สิทธิประกอบอาชีพบางอย่าง การมีข้อจำกัดในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เป็นต้น โดยขอบเขตของการปฏิบัติต่อคนต่างชาติของแต่ละรัฐอาจมีการกำหนดไว้โดยเฉพาะในสนธิสัญญาระหว่างรัฐก็ได้

2. หลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในรูปแบบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยประเทศที่พัฒนาแล้วใช้เป็นกฎเกณฑ์ขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ทั้งนี้เพราะประเทศเหล่านี้มักจะมีคนชาติของตนเดินทางเข้าไปลงทุนในรัฐอื่นเป็นจำนวนมาก การยอมรับให้รัฐใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งต่ำกว่าหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ย่อมทำให้คนต่างชาติและรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างชาตินั้นได้รับความเสียหายได้ แต่หากปรากฏว่ารัฐที่สนับสนุนหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็ไม่ปฏิเสธหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและอาจนำไปใช้ได้หากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นสูงกว่าหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁵

3. หลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง

เป็นหลักกฎหมายหนึ่งของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่มีความสำคัญต่อการส่งเสริมการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติ และเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่นานาประเทศได้ปฏิบัติต่อกันในการลงทุนระหว่างประเทศอย่างแพร่หลายหลักการนี้อาจเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาอื่น” ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่สนธิสัญญาใดมีข้อกำหนดดังกล่าวและรัฐภาคีสัญญาของสนธิสัญญาลบนี้ ได้ทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์มากกว่าหรือดีกว่าที่ได้ตกลงกันในสนธิสัญญาลบแรก สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ดีกว่าเหล่านั้นจะต้องขยายไปยังภาคีสัญญาของสนธิสัญญาลบแรกทุกภาคี และในร่างมาตรา 5 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (international law commission: ILC) ได้ให้ความหมายไว้ว่า การปฏิบัติแก่ชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งคือ การปฏิบัติที่ได้กระทำโดยรัฐผู้ให้ประโยชน์ต่อรัฐผู้รับประโยชน์ ในลักษณะที่ไม่ค่อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้กระทำโดยรัฐผู้ให้ประโยชน์ต่อบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตามการให้หลักปฏิบัติดังกล่าวนี้ก็ขึ้นกับคู่สัญญาจะตกลงกันว่าจะใช้หลักอะไร ในการสร้างแนวปฏิบัติที่จะมีผลต่อการลงทุนต่อไป⁴⁶

⁴⁵ปาริฉัตร รัตนกาญจน์. แนวคิดทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน. (สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2553), จาก <http://gotoknow.org/blog/internationallaw/36328?page=1>.

⁴⁶ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), 157.

2.5.3.4. หลักปฏิบัติต่างตอบแทน

เป็นกฎเกณฑ์ในทางปฏิบัติตอบแทนซึ่งกันและกันระหว่างรัฐกับรัฐ กล่าวคือ ปฏิบัติมาอย่างไรก็ปฏิบัติกลับไปเช่นเดียวกันซึ่งมีค่าเท่ากัน ซึ่งอาจเป็นในลักษณะของหลักต่างตอบแทนในทางนิติบัญญัติ หลักต่างตอบแทนในทางการทูตหรือสนธิสัญญาหรือหลักต่างตอบแทนในทางพฤติกรรมซึ่งเป็นเงื่อนไขในทางปฏิบัติโดยพิจารณาจากพฤติกรรมเป็นเรื่องๆ ไปโดยทั่วไปแล้ว หลักต่างตอบแทนดังกล่าวจะปฏิบัติต่อกันในระหว่าง 2 รัฐ หรือในระดับทวิภาคี ส่วนในระดับพหุภาคีนั้นทำได้ยาก เพราะระเบียบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายภายใน ตลอดจนจารีตประเพณีของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน หลักการต่างตอบแทนซึ่งเป็นหลักการหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ เพราะการให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ แก่ผู้ลงทุนรัฐภาคีในสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้น จะต้องปฏิบัติโดยอาศัยหลักการต่างตอบแทนนี้ เช่น รัฐผู้รับการลงทุนให้สิทธิพิเศษทางด้านภาษีอากรด้วยการยกเว้นภาษีนำเข้าวัตถุดิบแก่ผู้ลงทุนของรัฐผู้ส่งออกการลงทุน และรัฐผู้ส่งออกการลงทุนจะให้สิทธิพิเศษดังกล่าวแก่ผู้ลงทุนต่างชาติที่มีสัญชาติเดียวกับรัฐผู้รับการลงทุน เป็นต้น ตลอดจนการให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ในทางการค้าและการลงทุนระหว่างกันซึ่งประเทศต่างๆ ได้ปฏิบัติตอบแทนต่อกัน⁴⁷

2.6 รูปแบบทางกฎหมายในการแก้ไขความขัดแย้งด้านการลงทุน

การแก้ไขความขัดแย้ง เป็นการดำเนินการให้ความขัดแย้งลดน้อยลง สงบลง หรือสิ้นสุดลง องค์การยุติธรรมแต่ละองค์กรจะมีวิธีการกับความขัดแย้งแตกต่างกัน ความขัดแย้งในสถานการณ์ที่ต่างกันและจากสาเหตุที่ต่างกันย่อมต้องการวิธีการที่แตกต่างกันไป สิ่งที่ยุติธรรมต้องคำนึงในการแก้ไขความขัดแย้งตามแนวคิดของเจ้าของแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ คือ การเลือกใช้วิธีการที่เหมาะสมกับสถานการณ์เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่สังคม

ดังได้กล่าวตอนต้นมาแล้วว่าการแก้ไขความขัดแย้ง หมายถึง วิธีการที่จะกำหนดกรณีพิพาท และการแก้ปัญหาที่ไม่ใช้ความรุนแรง การแก้ปัญหาคความขัดแย้งมีจุดมุ่งหมายเพื่อหาทางออกที่ยอมรับได้ของทั้งสองฝ่าย เพื่อให้อยู่ร่วมกันได้อย่างสันติ วิธีการต่าง ๆ สามารถนำมาใช้เพื่อเพิ่มระดับความร่วมมือ เพื่อเสริมสร้างความปรองดอง และสร้างความสัมพันธ์ให้เข้มแข็ง

ดังนั้น เมื่อมีข้อขัดแย้งทางการลงทุนเกิดขึ้น คู่ขัดแย้งมักจะพยายามทำให้ข้อขัดแย้งนั้นสิ้นสุดลงโดยอาจเจรจาตกลงกันเอง หรือมีคนกลางเข้าไปไกล่เกลี่ย หากไม่สามารถตกลงกันได้คู่

⁴⁷ ปาริฉัตร รัตนกาญจน์. แนวคิดทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน. (สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2553), จาก <http://gotoknow.org/blog/internationallaw/36328?page=1>.

ขัดแย้งก็อาจต้องนำข้อขัดแย้งไปฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม การแก้ไขความขัดแย้งเกี่ยวกับการลงทุนนั้นเป็นอีกมาตรการหนึ่งที่มีการระบุในความตกลงหรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยส่วนใหญ่แล้ว การแก้ไขข้อขัดแย้งทางด้านการลงทุนนั้น ในสนธิสัญญา หรือ ความตกลงต่าง ๆ นั้นมักจะกำหนดให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี หรือโดยวิธีการระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันท์มิตร ให้มากที่สุด โดยวิธีการระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันท์มิตร หรือโดยสันติวิธีนั้น คู่กรณีอาจเลือกใช้วิธีการในการระงับข้อพิพาทอย่างใดอย่างหนึ่งหรืออาจดำเนินการได้ในหลายรูปแบบ ดังนี้

2.6.1 การเจรจา (negotiation)

การเจรจาเป็นการแก้ไขข้อขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม ประหยัด รวดเร็ว สามารถรักษาความลับ และสัมพันธภาพระหว่างคู่กรณี ตลอดจนมีสภาพบังคับที่ดีที่สุด เนื่องจากเป็นวิธีที่คู่กรณีเจรจากันเองโดยไม่มีบุคคลที่สาม จึงมีความประหยัด รวดเร็ว สามารถรักษาความลับและสงวนสัมพันธภาพระหว่างคู่ความด้วยกันได้เป็นอย่างดี บางครั้งการรับประทานอาหารด้วยกันเพียงมือเดียวระหว่างผู้บริหารทั้งสองฝ่ายก็อาจแก้ปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ เหตุที่ถือว่าการแก้ไขข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีความเป็นธรรมเนื่องจากว่าคู่กรณีเป็นผู้เจรจาตกลงกันเอง เป็นผู้เลือกผลแห่งการเจรจา จึงต้องถือว่าเป็นธรรม และให้ความรู้สึกแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่าตนเป็นผู้ชนะ (win/win) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ อย่างเช่นการพิจารณาพิพากษาโดยศาลหรือการพิจารณาพิพากษาโดยอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามสัญญาประนีประนอมก็ทำได้ง่ายเนื่องจากเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีเอง ปัญหาของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้อยู่ที่คู่กรณีไม่ยอมอ่อนข้อให้แก่กัน ไม่ว่าจะเกิดจากทิฐิ ความต้องการที่จะเอาชนะกัน การกลัวความเสียหายหรือในกรณีของข้อพิพาทระหว่างประเทศอาจมีความขัดแย้งทางวัฒนธรรมเข้ามาเกี่ยวข้อง⁴⁸

2.6.1.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการเจรจา (theory of negotiation)

วิชัช อริยะนันทกะ ได้กล่าวในหนังสือบทความการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศว่า ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกามีการศึกษาและวิจัยเกี่ยวกับศาสตร์และศิลป์แห่งการเจรจาต่อรอง ทั้งในคณะนิติศาสตร์ และคณะบริหารธุรกิจ โดยเฉพาะที่โรงเรียนกฎหมายของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard Law School) ในโครงการวิจัยการเจรจาต่อรอง (Harvard Negotiation Project) ของศาสตราจารย์ โรเจอร์ ฟิชเชอร์ (Professor Roger Fisher)

⁴⁸วิชัช อริยะนันทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ(ตอนที่ 1). หนังสือรวมบทความ. (44)3. (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), 108.

โรเจอร์ ฟิชเชอร์ (Professor Roger Fisher) ยังได้ให้ความเห็นว่าบุคคลไม่ควรเจรจาต่อรองโดยเปิดเผยถึงจุดยืนหรือท่าทีไว้ล่วงหน้า ควรจะแยกปัญหาที่เกิดขึ้นกับความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างคู่เจรจา และพยายามหาจุดยืนหรือทางเลือกซึ่งเป็นผลประโยชน์ร่วมกันให้มากที่สุด จากประเด็นนี้มีหลักปฏิบัติ 5 ประการ คือ⁴⁹

1. อย่าเข้าสู่การเจรจาโดยมีการตั้งเงื่อนไขไว้ก่อน (don't bargain over position) เพราะเมื่อตั้งเงื่อนไขแล้วจะทำให้ยากแก่การเปลี่ยนท่าที นักเจรจาที่แข็งแกร่งมักจะตั้งเงื่อนไขในการเจรจาที่ค่อนข้างแข็งแกร่ง ทำให้ดังกล่าวจะช่วยให้ฝ่ายหนึ่งตอบได้ในลักษณะเดียวกัน การเจรจาโดยตั้งเงื่อนไขไว้ก่อนจะทำให้ตนเองมีหน้าที่ในการปกป้องเงื่อนไขของตนทำให้เกิดความไม่คล่องตัว มีอัตราความเสี่ยงที่สูง นักเจรจาที่อ่อนโยนมักจะหลีกเลี่ยงการกระทบกระทั่งกับคู่กรณีอีกฝ่าย และอาจยอมผ่อนปรนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อตกลง แต่มักจะเสียขายและเสียใจในภายหลังที่ยอมให้อีกฝ่ายเอาเปรียบ จึงควรเป็นนักเจรจาที่แข็งในประเด็นแต่อ่อนโยนกับคู่พิพาท
2. แยกปัญหาคนจากประเด็นข้อพิพาท (separate the people from the problem)
3. เน้นผลประโยชน์ร่วมกัน ไม่เน้นเงื่อนไขของตนเอง (focus on interests, not positions)
4. สร้างทางเลือกเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน (invent options for mutual gains)
5. เน้นข้อเท็จจริงที่เป็นกลาง (insist on objective criteria)

อารมณ์มักทำให้คนเราขาดเหตุผลและมองข้ามหลักการที่ถูกต้องได้ การแยกปัญหาคนจากข้อขัดแย้งจึงจำเป็นเพื่อบรรลุหลักการที่ถูกต้อง ในหลาย ๆ เรื่อง ปัญหาบุคคลทำให้การแก้ไขข้อขัดแย้งเป็นไปด้วยความยากลำบากมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การเจรจาที่ดีคือการแยกปัญหาคนจากประเด็นข้อขัดแย้งก่อน คู่เจรจาต้องมองหาทางเลือกใหม่ ๆ เพื่อแก้ปัญหา หรือการ “ผ่าทางตัน” ที่เกิดขึ้นให้ลุล่วงไปด้วยดี

2.6.2 การสืบสวนข้อเท็จจริง (inquiry)

การสืบสวนข้อเท็จจริง เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีอาจจะมีการตกลงกันแต่งตั้งบุคคลภายนอกในลักษณะที่ไม่เป็นทางการเพื่อให้ทำหน้าที่สืบสวนข้อเท็จจริงและเมื่อสืบสวนหาข้อเท็จจริงได้แล้ว ก็จะดำเนินการจัดเตรียมหาแนวทางในการระงับข้อพิพาทต่อไป ซึ่งการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้จะเป็นวิถีทางที่ดีที่จะช่วยลดสถานการณ์ของความตึงเครียดและลดปัญหาข้อถกเถียงระหว่างคู่กรณีโดยคู่กรณีไม่จำเป็นต้องยอมรับในผลของการสืบสวนข้อเท็จจริงนี้

⁴⁹ Fisher, R., **Getting Ready to Negotiate: The Getting to Yes Workbook** (Penguin Group (USA) Incorporated 1995), 8-17.

2.6.3 การไกล่เกลี่ย (mediation)

การไกล่เกลี่ย เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีให้บุคคลที่สามนั้นเข้ามามีส่วนในการเจรจาด้วย โดยจะเข้าร่วมเป็นผู้ประนีประนอม ร่วมเจรจาและเสนอแนวทางในการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่กรณี

2.6.4 การประนีประนอม (conciliation)

การประนีประนอม เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่รวมทั้งวิธีการในการสืบสวนข้อเท็จจริงและการไกล่เกลี่ยไว้ด้วยกัน โดยผู้ทำหน้าที่ประนีประนอมข้อพิพาทจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับแต่งตั้งจากคู่กรณีเพื่อการสืบสวนข้อเท็จจริงของข้อพิพาทและจะเสนอแนวทางในการระงับข้อพิพาทไว้ แต่การประนีประนอมนี้จะมีลักษณะเป็นทางการและยืดหยุ่นน้อยกว่าวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย คือ หากผู้ที่เข้าไกล่เกลี่ยได้เสนอแนวทางการระงับข้อพิพาทใดๆ แต่ไม่ได้รับการยอมรับ ผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยยังสามารถที่จะทำข้อเสนออื่น ให้กับคู่กรณีได้พิจารณาอีกได้ ในขณะที่ผู้ที่ทำหน้าที่ประนีประนอมมักจะเสนอแนวทางในการระงับข้อพิพาทไว้เพียงวิธีการใดวิธีการหนึ่งเท่านั้น

2.6.5 การอนุญาโตตุลาการ (arbitration)

การอนุญาโตตุลาการคือการแก้ไขความขัดแย้งโดยคู่ขัดแย้งตกลงกันให้เสนอข้อขัดแย้งของตนต่อบุคคลที่สามที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ที่ตั้งขึ้นเพื่อให้ชี้ขาดตัดสินโดยอาศัยพยานหลักฐาน ข้ออ้าง ข้อเถียงที่คู่ขัดแย้งเสนอในระหว่างการพิจารณา มักจะใช้ในข้อขัดแย้งที่เกิดจากการค้าซึ่งต้องอาศัยผู้มีความรู้เชี่ยวชาญทางการค้าเป็นผู้ตัดสินข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อความสะดวกรวดเร็วและถูกต้อง ซึ่งคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจะผูกพันคู่ขัดแย้งทั้งสองฝ่ายด้วย อำนาจการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะขึ้นกับความยินยอมของคู่ขัดแย้ง ซึ่งอาจกำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่า ถ้าเกิดความขัดแย้งขึ้นให้แก้ไขด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการหรืออาจแสดงความยินยอมไว้ในสัญญาที่ทำขึ้นเป็นการเฉพาะ อนุญาโตตุลาการถือว่าตัวตุลาการทำหน้าที่โดยอิสระ บุคคลที่ได้รับเลือกอาจมาจากผู้ทรงคุณวุฒิตามกฎหมาย และที่มาจัดตั้งเป็นองค์กร การคัดเลือกบุคคลมาทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อาจเป็นไปตามที่คู่ขัดแย้งกำหนดเลือกไว้ในสัญญาหรืออาจตกลงให้ใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ก็ได้ หน้าที่หลักของอนุญาโตตุลาการคือการแก้ไขความขัดแย้งบนพื้นฐานของกฎหมาย อย่างไรก็ตามในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ คู่ขัดแย้งมีอิสระที่จะเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ก็ได้ รวมทั้งหลักความยุติธรรม ความเหมาะสมและหลักกฎหมายทั่วไปด้วย คำพิพากษาของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่ขัดแย้ง และถือว่าคำพิพากษานั้นสิ้นสุดเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ต้องตีความคำพิพากษา อ้างความบกพร่อง วิธีพิจารณาที่ผิดขั้นตอน ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาก็ได้

2.6.6 ศาล (court)

2.6.6.1. ศาลภายในประเทศ (domestic courts)

โดยทั่วไปแล้วศาล คือ องค์กรที่ทำหน้าที่ในการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในรัฐ อำนาจของศาลภายในประเทศนั้นได้มาโดยผลบังคับตามกฎหมายทั้งในส่วนของประเทศอำนาจ ประเทศคดี และกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก้คดี ในการลงทุนระหว่างประเทศนั้นตามหลักสากล คู่ ขัดแย้งมักไม่นำคดีขึ้นสู่ศาล ด้วยเหตุที่ว่า

1. ศาลมีขั้นตอนการพิจารณาคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนและมีขั้นตอนมากทำให้เสียเวลา ซึ่งขัดต่อสภาพของธุรกิจที่ต้องการความสะดวกรวดเร็ว
2. ศาลส่วนมากไม่มีประสบการณ์ในทางธุรกิจที่มีลักษณะซับซ้อน ศาลจะต้อง อาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ ทำให้จำเป็นต้องใช้เวลาในการดำเนินคดีมากขึ้น
3. การฟ้องคดีต่อศาลต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก คู่ขัดแย้งต้องว่าจ้างทนายความที่มี ความเชี่ยวชาญมาดำเนินคดีแทนตน
4. ศาลมีวิธีพิจารณาอันเปิดเผย ซึ่งประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดี ได้ทำให้บุคคลภายนอกสามารถรู้ข้อเท็จจริงที่ขัดแย้งกันได้ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อคู่ขัดแย้ง เพราะ ทำให้เสียชื่อเสียง และความลับทางธุรกิจต้องเสียไป
5. วิธีพิจารณาของศาลไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีไว้ได้ เนื่องจากศาลมีวิธีพิจารณาที่ค่อนข้างเคร่งเครียด และเป็นทางการ จึงไม่เป็นผลดีระหว่างคู่ขัดแย้งใน วงการเดียวกัน เพราะจะต้องดำเนินธุรกิจด้วยกันอีกในอนาคต

2.6.6.2 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (international court of justice: ICJ)

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เรียกกันทั่วไปว่า ศาลโลก มีฐานะเป็นองค์กรหนึ่งของ สหประชาชาติ ทำหน้าที่ในการแก้ไขความขัดแย้งระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น รวมทั้งมีหน้าที่ในการ วินิจฉัยตีความและให้คำปรึกษาประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย แก่บรรดารัฐ และองค์กรระหว่าง ประเทศที่ให้ความยอมรับอำนาจการตัดสินของศาลโลก

สำหรับคดีที่จะนำขึ้นสู่ศาลโลกนั้น ต้องเป็นข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐเท่านั้น โดย รัฐอาจให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าว่าศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ ในส่วน ข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ หากเป็นข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้ส่งออกการลงทุน และรัฐผู้รับการลงทุนก็สามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโลกได้ ถ้าหากข้อขัดแย้งทางการ ลงทุนระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนก็ไม่สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศได้เลย แต่หากนักลงทุนเอกชนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ต่อเมื่อไม่ได้รับ

ความยุติธรรมจากการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐที่รับการลงทุน เอกชนผู้ลงทุนอาจร้องขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางการทูต ซึ่งจะช่วยให้กลายเป็นข้อขัดแย้งระหว่างรัฐกับรัฐ กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลระหว่างประเทศเท่านั้น

ตามทฤษฎีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขหรือระงับข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ด้วยวิธีทางศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือศาลโลกไม่สามารถที่จะนำเอามาระงับข้อขัดแย้งได้ เนื่องจากข้อขัดแย้งดังกล่าวเป็นข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนมิใช่รัฐต่อรัฐ ซึ่งตามทฤษฎีนี้คดีที่จะนำสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องเป็นคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐเท่านั้น⁵⁰

2.6.7 ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการแก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)⁵¹

ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการแก้ไขความขัดแย้งด้านการลงทุนเป็นอีกสถาบันที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อการแก้ไขความขัดแย้งที่เกี่ยวกับการลงทุน ก่อตั้งขึ้นโดยสมาชิกของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อบูรณะและพัฒนา หรือที่เรียกกันว่า ธนาคารโลก (world bank) กรณีความขัดแย้งที่จะนำเข้าสู่การพิจารณาของศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุนนี้ ต้องเป็นกรณีขัดแย้งทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยที่คู่ขัดแย้งฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ หรือองค์กรของรัฐ และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนคนชาติของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง เขตอำนาจการพิจารณาของศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุนนี้จะขึ้นกับความยินยอมของคู่พิพาทซึ่งจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่อาจเพิกถอนฝ่ายเดียวได้

2.7 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการ คือ วิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้เป็นผู้พิจารณาชี้

⁵⁰ตามทฤษฎีนี้ผู้เขียนขอมีความเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นใดที่จะกล่าวอ้างในบทวิทยานิพนธ์ตามหัวข้อที่ผู้เขียนกำลังศึกษาวิจัยนี้ ที่อ้างมาเพราะเป็นทฤษฎีหนึ่งในหลายวิธีการระงับข้อพิพาท ฯ จึงจะไม่ได้กล่าวอ้างในบทต่อไป

⁵¹เพื่อให้ผู้อ่าน และผู้ศึกษาเข้าใจง่าย ในข้อความต่อไปของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่มีการกล่าวถึง ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการแก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน(The International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID) ผู้เขียนจะเขียนย่อว่า “ศูนย์ ICSID”

ขาด โดยคู่กรณียินยอมผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การใช้หลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการแต่ละสถาบันมีแนวทางที่แตกต่างกันไปตามสภาพ และลักษณะของเศรษฐกิจ สังคม การเมืองของแต่ละประเทศ และของแต่ละนักคิด แต่ความแตกต่างดังกล่าวก็ไม่ นอกเหนือไปจาก 4 ทฤษฎี ที่จะกล่าวต่อไปนี้ คือ

2.7.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (the jurisdictional theory)⁵²

ทฤษฎีนี้เห็นว่ารรัฐมีอำนาจที่จะควบคุมและวางหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือในดินแดนของตน ถึงแม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากสัญญาของกลุ่มคนขัดแย้ง ที่จะแก้ไขด้วยวิธีการนี้ก็ตาม เพราะการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจของรัฐ เนื่องจากการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้ง ซึ่งตามปกติเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ ดังจะเห็นได้จากความเป็นจริงที่ว่า ถ้าไม่มีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่กรณีที่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ให้อำนาจตุลาการที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว การอนุญาโตตุลาการก็ย่อมไม่มีความหมายและไม่เกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นได้ สภาพของการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้น ไม่ใช่สิทธิของคู่กรณีพิพาท นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจและหน้าที่คล้ายกับศาล ทำหน้าที่พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีหรือข้อพิพาท และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาล ซึ่งบางครั้งจึงเรียกทฤษฎีนี้อีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎีวิธีพิจารณา อันควรอยู่ในการควบคุมดูแลของรัฐในถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ เช่น ความสมบูรณ์หรือผลข้อบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีพิพาทจะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้เพียงเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายของประเทศซึ่งเป็นถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการยอมรับเท่านั้น อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติปรับกับข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาล และในการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้นก็ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศอันเป็นถิ่นที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น นอกจากนั้นในกรณีที่ข้อพิพาทมีข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการก็ต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ตนนั่งพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้คือ ศาสตราจารย์ เฟรด

⁵²เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 33.

เดอริค อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Ferderick Alexander Mann)⁵³ และประเทศที่ยึดถือและปฏิบัติตามทฤษฎีนี้ ส่วนใหญ่เป็นประเทศสังคมนิยม ซึ่งมีการอนุญาตตุลาการโดยสถาบันอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ

2.7.2 ทฤษฎีสัญญา (the contractual theory)⁵⁴

ทฤษฎีนี้เห็นว่า การอนุญาตตุลาการ มีลักษณะเป็นสัญญา เพราะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทั้งสิ้นตั้งแต่การเกิด คือ เกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีขัดแย้ง ที่ให้แก้ไขข้อขัดแย้งของตนโดยการอนุญาตตุลาการ นอกจากนี้ คู่กรณียังเป็นผู้มีอำนาจกำหนดระบบของอนุญาตตุลาการ เช่น จะใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการหรือจะตั้งอนุญาตตุลาการกันเองโดยไม่ใช้บริการของสถาบันใดเลือกอนุญาตตุลาการ กำหนดเวลา และสถานที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อขัดแย้ง วิธีพิจารณาของอนุญาตตุลาการ และตกลงที่จะยอมรับปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ทฤษฎีนี้จึงปฏิเสธอิทธิพลของรัฐต่อการอนุญาตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่า อนุญาตตุลาการเกิดขึ้นโดยเจตนาและความยินยอมของคู่กรณีขัดแย้งด้วยใจสมัคร ไม่มีกฎหมายใดบังคับให้คู่กรณีต้องกระทำเช่นนั้น หรือให้อำนาจคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่จะบังคับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้ต้องแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยวิธีการดังกล่าว นอกจากนั้นคำชี้ขาดก็เป็นผลจากการตกลงกันของคู่กรณีด้วย เนื่องจากคู่กรณีตกลงกันตั้งอนุญาตตุลาการ และอนุญาตตุลาการก็ปฏิบัติหน้าที่ทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามข้อตกลงของคู่กรณีคล้ายกับเป็นตัวแทนของคู่กรณี และในการกรณีที่ทำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ศาลก็จะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นในฐานะที่เป็นผลผลิตของสัญญา นอกจากนั้นการที่รัฐไม่มีอำนาจแทรกแซงหรือไม่มีอิทธิพลต่อการอนุญาตตุลาการนั้นจะเห็นได้ชัดเจนในกรณีที่เป็นการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะในกระบวนการแก้ไขข้อขัดแย้งโดยอนุญาตตุลาการดังกล่าวขึ้นกับข้อตกลงของคู่กรณีทั้งสิ้น

จากผลของทฤษฎีนี้ กฎหมายภายในของรัฐจะมีอิทธิพลต่อการอนุญาตตุลาการ และการทำคำชี้ขาดน้อยมาก เพราะเป็นเรื่องของสัญญาที่คู่กรณีมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ของการอนุญาตตุลาการได้ กฎหมายอนุญาตตุลาการมีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณา และกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตามศาลอาจไม่บังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการที่กฎหมายภายในถือว่าข้อพิพาทซึ่งเสนอต่ออนุญาตตุลาการเป็นเรื่องของศาลเท่านั้น และในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำ

⁵³ ชาลนรงค์ ปรานิจิตต์, การดำเนินงานเพื่อหาวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาล (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, 2543), 122.

⁵⁴ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 34.

ชี้ขาดก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเห็นได้ชัดว่า อนุญาโตตุลาการไม่ยอมปฏิบัติตามหลักพื้นฐานในเรื่องความยุติธรรม(กล่าวคือ หลักที่อนุญาโตตุลาการต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในการเสนอข้ออ้าง ข้อเถียง และพยานหลักฐานของตนเอง) นอกจากนั้นผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีมีสิทธิกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการอย่างไม่มีข้อจำกัด แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ระบุกฎหมายที่ใช้บังคับไว้อนุญาโตตุลาการก็ต้องหาเจตนารมณ์ของคู่กรณีจากสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทฤษฎีนี้ มีนักกฎหมายชั้นนำหลายท่านให้การสนับสนุน เช่น นิโบเย (Niboyet) และ ศาสตราจารย์ ดร. มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)⁵⁵

2.7.3 ทฤษฎีผสม (the mixed theory)⁵⁶

ทฤษฎีนี้เห็นว่า ทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐ และทฤษฎีสัญญาต่างไม่ถูกต้อง เพราะการอนุญาโตตุลาการนั้นมีทั้งเรื่องอำนาจรัฐ หรือวิธีพิจารณา และสัญญา กล่าวคือข้อตกลงให้ใช้การอนุญาโตตุลาการ และการกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องอำนาจของคู่กรณีหรือเป็นเรื่องของสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐ

ผลจากทฤษฎีนี้คือ การอนุญาโตตุลาการจะอยู่ตามลำพังเป็นเอกเทศโดยไม่ผูกพันกับระบบกฎหมายใด ๆ ไม่ได้ ต้องมีกฎหมายกำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาด ในขณะที่เดียวกันการอนุญาโตตุลาการก็มีรากฐานสัญญาของเอกชน (คู่กรณีพิพาท) การเลือกอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ที่ใช้กับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ขึ้นกับการตกลงกันของคู่กรณี ลักษณะหรือสภาพของการอนุญาโตตุลาการนั้นเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายว่าด้วยสัญญา และกฎหมายวิธีพิจารณา โดยข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา ความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้นพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีบัญญัติภายในของถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดก็เป็นเรื่องของศาลในถิ่นที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

นอกจากนั้นผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนในเรื่องวิธีพิจารณาของ

⁵⁵ชาญณรงค์ ปรานิจิตต์, การดำเนินงานเพื่อหาวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาล (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, 2543), 124.

⁵⁶เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 35.

อนุญาโตตุลาการก็นั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีได้เช่นกันเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของท้องถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีนี้ คือ ศาสตราจารย์ ซอสเซอร์-ฮอลล์ (Professor Sauser-Hall)⁵⁷

2.7.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (the autonomous theory)⁵⁸

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีสภาพหรือลักษณะที่เป็นอิสระในตัวเอง เพราะลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากการใช้ และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นจากการปฏิบัติของนักธุรกิจ เพราะนักธุรกิจตระหนักว่าเป็นวิธีการที่สะดวก และเหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาทของตนเอง และได้ใช้การอนุญาโตตุลาการกันมาโดยไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแต่อย่างใด กฎหมายอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในภายหลังหลังจากการปฏิบัติดังกล่าวของนักธุรกิจรายละเอียดของหลักต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการ เช่น ความเป็นอิสระของคู่กรณีในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสาระของข้อพิพาท และวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของที่ว่า การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นตั้งแต่ตั้งยุคแรกเพียงแต่ในภายหลังมีการพัฒนาและใช้กันในระดับระหว่างประเทศมากขึ้น เพราะทางปฏิบัติของนักธุรกิจที่นิยมใช้การอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการมิได้เกิดขึ้นจากสัญญาหรืออำนาจของรัฐแต่เป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวดำเนินไปด้วยดี

ผลของทฤษฎีนี้ทำให้ผู้ที่เห็นด้วยยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีสัญชาติ (denationalization) ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของกฎหมายประเทศใด ๆ และคู่กรณีมีอิสระที่จะควบคุมการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาและรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ⁵⁹ ดังนั้น คู่กรณีอาจเลือกระบบกฎหมายภายในของรัฐใด หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หรือหลักความยุติธรรมโดยไม่ใช้กฎหมายก็ได้ และในกรณีที่คู่กรณีมิได้กำหนดกฎหมายที่

⁵⁷ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์, การดำเนินงานเพื่อหาวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาล (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, 2543), 125.

⁵⁸เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548), 36.

⁵⁹ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์, การดำเนินงานเพื่อหาวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาล (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมงานตุลาการ, 2543), 127.

ใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการไว้ อนุญาตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาตตุลาการหรือถิ่นที่ตนมีภูมิลำเนาพำนักอยู่แต่อาจใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับพฤติกรรมแห่งข้อพิพาทแต่ระรายไปหรืออาจใช้กฎหมายหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน หรือมาตรฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น จารีตประเพณี และธรรมเนียมปฏิบัติ โดยใช้สิ่งเหล่านั้นโดยตรงกับข้อพิพาท โดยไม่ต้องพิจารณาหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็ได้ ผู้นำทางความคิดในทฤษฎีนี้ คือ มาดาม รูเบลลิน เดอวิช (Madame Rubellin Devichi)



บทที่ 3

วิธีการในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกัน ระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนต่างชาติ

3.1 วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ด้วยศาลยุติธรรม และด้วยการอนุญาโตตุลาการ

บรรดาธุรกิจการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในยุคโลกาภิวัตน์ได้พัฒนา และก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ขอบเขตธุรกิจระหว่างประเทศกว้างขวางมากและย่อมครอบคลุมถึงการไหลเวียนของทรัพยากร สินค้า เงินทุน การบริการ แรงงาน ตลอดจนเทคโนโลยีจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศ ในขณะเดียวกันองค์กรและเอกชนที่ดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศได้มีหลายรูปแบบ ความสัมพันธ์ในทางธุรกิจระหว่างคู่ร่วมลงทุน มีลักษณะที่ซับซ้อนมากขึ้น ยิ่งความมโนทัศน์สัมพันธ์ระหว่างกันในการดำเนินธุรกิจร่วมกันมีความสลับซับซ้อนขึ้นเท่าใดโอกาสที่จะเกิดความขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างกันทางธุรกิจก็ย่อมมีมากขึ้น เมื่อเกิดความขัดแย้งกันขึ้น จึงหาวิธีการการแก้ไขข้อขัดแย้งที่มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของคู่ขัดแย้งเข้ามาดำเนินการแก้ไขหรือระงับให้จบสิ้นไป

วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้ง ให้ระงับสิ้นไปนั้นมีหลายวิธี และวิธีที่เป็นที่ยอมรับและใช้กันนานาอารยประเทศ ซึ่งการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในเบื้องต้นจึงมักจะทำโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นก็คือ การเจรจาต่อรอง (negotiation) การประนีประนอมข้อพิพาท (conciliation) แต่หากว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่อาจตกลงระงับข้อพิพาทได้ จำต้องนำข้อพิพาทนี้ไปสู่การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) และการพิจารณาโดยศาล (litigation)

3.1.1 การแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยวิธีการทางศาล

การระงับข้อพิพาททางศาลหรือการฟ้องคดีต่อศาลเป็นวิธีระงับข้อพิพาทโดยส่วนมากใช้กับคดีที่คู่กรณีเป็นคนชาติเดียวกัน ไม่ใช่คดีระหว่างประเทศที่มีสัญชาติแตกต่าง เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธินำข้อพิพาทของตนไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลที่ถิ่นเกิดข้อพิพาท โดยมีพยานหลักฐานสนับสนุน และคู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหาที่มีโอกาสต่อสู้คดีโดยมีพยานหลักฐาน

สนับสนุนแก้ข้อกล่าวหาของตนเช่นกัน ซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาพยานหลักฐานโดยถือปฏิบัติตามวิธีการต่าง ๆ ซึ่งเรียกว่าพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความและพิพากษาคดี ทั้งนี้ มีหลักเกณฑ์และวิธีการระงับข้อขัดแย้งทางศาล คือ

1. เริ่มต้นโดยคู่กรณีที่ถูกโต้แย้งสิทธิ มีสิทธินำคดีขึ้นฟ้องต่อศาล คู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหา มีโอกาสต่อสู้คดี
2. การพิจารณาคดีโดยศาลซึ่งรับฟ้องคดีจะต้องพิจารณาคดีตามกฎหมาย และพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่กรณีเสนอ
3. คำพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษาซึ่งจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการงดเว้นการโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบทรัพย์สินที่พิพาทนั้น

3.1.1.1 ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป

1. ศาลชั้นต้น

สำหรับคดีธุรกิจทั่ว ๆ ไปนั้น บุคคลที่เห็นว่าตนถูกโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่สามารถฟ้องคดีในศาลชั้นต้นทั่วไปที่มีเขตอำนาจในคดีของตนได้ กล่าวคือ อาจเป็นศาลอำเภอสำหรับคดีที่ราคาทรัพย์สินที่ฟ้องไม่เกิน 300000000 กีบ (สกุลเงินลาว) และฟ้องคดีในศาลนครหลวงเวียงจันทน์หรือศาลจังหวัดที่ต่างจังหวัดสำหรับคดีที่ราคาทรัพย์สินที่ฟ้องเกิน 300000000 กีบ⁶¹

หลังจากศาลรับฟ้องคดีที่มีเขตอำนาจแล้ว ก็จะทำการพิจารณาคดีนั้นไปโดยที่คู่ความทั้งสองฝ่ายเสนอพยานหลักฐานต่างๆตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปกติก็ดำเนินการโดยทนายความของคู่กรณี และเมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้วก็ต้องทำการพิพากษาคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และอ่านคำพิพากษาให้คู่กรณีฟังต่อหน้าทั้งสองฝ่าย ในคดีทั่วไปนั้นเมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาแล้ว หากคู่ความไม่พอใจผลของคำพิพากษาไม่ว่าบุคคลนั้นจะแพ้หรือชนะก็สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาคดีนั้นต่อไปได้ แต่ต้องดำเนินการภายในกำหนด 20 วันต่อศาลชั้นต้น⁶²ที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง นับแต่วันที่ที่มีการอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง มิฉะนั้นคู่ความก็ต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยเฉพาะฝ่ายที่แพ้คดีอาจถูกบังคับคดีตามคำพิพากษาดังกล่าวได้

2. ศาลอุทธรณ์

เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นที่อยู่ในเขตตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศาลประชาชนสูงสุดแห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ซึ่งศาลอุทธรณ์นี้บางส่วนอยู่ในนครหลวงเวียงจันทน์ เมืองหลวงของ

⁶¹มาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลประชาชน (ฉบับแก้ไข): สิทธิอำนาจของศาลประชาชนเขต ค.ศ. 2009

⁶²มาตรา 98 แห่งกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่ง: การกำหนดเวลาของอุทธรณ์และเสนอคำค้าน ค.ศ. 2004

ประเทศ และบางส่วนอยู่ในต่างจังหวัด เรียกว่าศาลอุทธรณ์ภาค เช่น ศาลอุทธรณ์ภาคเหนือ ภาคกลาง และภาคใต้ กล่าวคือ สำหรับคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลชั้นต้นในนครหลวงเวียงจันทน์ เมื่ออุทธรณ์ก็จะอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจในนครหลวงเวียงจันทน์ ส่วนคดีต่างจังหวัดเมื่ออุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ก็ต้องพิจารณาว่าตกในเขตอำนาจของศาลอุทธรณ์ใด เช่น อาจตกในอำนาจของศาลอุทธรณ์ภาคใดก็ทำการอุทธรณ์ในศาลภาคนั้น ๆ แต่ต้องยื่นฟ้องต่อศาลชั้นต้นในคดีเดิม เพื่อให้ศาลชั้นต้นนั้นตรวจสอบความถูกต้องก่อนนำส่งศาลอุทธรณ์ต่อไปเมื่อศาลอุทธรณ์ได้รับคดีแล้วก็จะพิจารณาโดยตรวจพยานหลักฐานที่มีการสืบพยานมาแล้วในศาลชั้นต้น โดยไม่มีการสืบพยานใหม่ เพราะจะทำให้เสียเวลา โดยเฉพาะศาลในต่างจังหวัด แต่ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นว่าจำเป็นต้องสอบข้อเท็จจริงในประเด็นใดให้ชัดเจนขึ้น เพราะศาลชั้นต้นในคดีเดิมสืบพยานและส่งเอกสารมาให้หลังจากคดีเสร็จสิ้นได้ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาแล้วคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ไม่ว่าฝ่ายนั้นจะแพ้หรือชนะคดีก็สามารถฎีกาผลของคำพิพากษาได้ โดยยื่นต่อศาลชั้นต้นที่มีการพิจารณาคดีนั้นภายในกำหนด 20 วันนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลชั้นต้นก็จะตรวจฎีกาก่อนส่งไปยังศาลฎีกา

กฎหมายแห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ว่าด้วยระเบียบการขออุทธรณ์ หรือเสนอคำคัดค้าน ได้กำหนดระยะเวลาไว้ว่า ภายหลังสิ้นสุดกำหนดเวลาขออุทธรณ์ หรือเสนอคำคัดค้านแล้ว ภายในระยะ 23 วัน ศาลชั้นต้นต้องส่งคำร้องขออุทธรณ์ พร้อมกับสำนวนคดีไปยังศาลชั้นอุทธรณ์เพื่อทำการดำเนินคดีต่อไป⁶³

ในกรณีที่ศาลชั้นต้นไม่รับ หรือประวิงเวลาการรับคำร้องขออุทธรณ์ คู่ความหรืออัยการประชาชนมีสิทธิขออุทธรณ์ หรือเสนอคำคัดค้าน ไปยังศาลชั้นอุทธรณ์โดยตรง หรือเสนอต่อศาลอุทธรณ์ทวงเอาสำนวนคดีมาพิจารณา

ศาลอุทธรณ์ต้องเริ่มพิจารณาคดีไม่เกิน 60 วัน นับจากวันได้รับสำนวนคดีเป็นต้นไป และในกรณีที่มิคำร้องขออุทธรณ์หรือเสนอคำคัดค้านการตัดสินนั้น ต้องได้แจ้งคำร้องขออุทธรณ์หรือคำคัดค้านให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพื่อให้ฝ่ายนั้นเตรียมทำคำแก้คำคัดค้านคำอุทธรณ์ของอีกฝ่าย

ก่อนการพิจารณาพิพากษาคดี ของศาลอุทธรณ์นั้น คู่ขัดแย้ง และอัยการประชาชนมีสิทธิให้คำโต้แย้งและชี้แจงเป็นตัวแทนสื่อเพื่อแสดงเหตุผลเพิ่มเติม ต่อคำร้องขออุทธรณ์อีกฝ่าย

3. ศาลฎีกา

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเรียกศาลฎีกาว่า “ศาลประชาชนสูงสุด” เป็นศาลที่มีอำนาจพิพากษาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งอุทธรณ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการฎีกา และมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยได้ตามกฎหมายอื่นในการ

⁶³ มาตรา 99 แห่งกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่ง: ระเบียบการขออุทธรณ์และเสนอคำคัดค้าน ก.ศ. 2004

พิจารณาคดีของศาลฎีกาจะมีลักษณะคล้ายกับศาลอุทธรณ์ กล่าวคือ จะพิจารณาจากสำนวนโดยไม่มี การสืบพยานใหม่ และหลังจากศาลพิจารณาเสร็จสิ้นแล้วก็ต้องทำคำพิพากษา และส่งคำพิพากษาไป ให้ศาลชั้นต้นเดิมอ่านให้คู่ความทั้งสองฟัง ซึ่งผลของคำพิพากษาศาลฎีกาย่อมเป็นอันที่สุดผูกพัน คู่กรณี ดังนั้น ในคดีธุรกิจทั่วไปซึ่งต้องฟ้องคดีในศาลทั่วไปนั้นจะมีศาล 3 ชั้น คือศาลชั้นต้น ศาล อุทธรณ์ และศาลฎีกา

คู่กรณี หรืออัยการประชาชนมีสิทธิเสนอขอฎีกา และเสนอคำพิพากษาชั้น อุทธรณ์ได้ภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันพิพากษา สำหรับผู้ถูกศาลตัดสินต่อหน้า หรือนับจาก วันที่ได้รับทราบคำพิพากษาเป็นต้นไปสำหรับผู้ถูกศาลตัดสินโดยลับหลัง

การทำคำร้องเพื่อขอฎีกา หรือเสนอคำค้านนั้นต้องยื่นต่อศาลประชาชนสูงสุด โดย ผ่านศาลที่ได้พิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องเป็นชั้นอุทธรณ์ ศาลชั้นอุทธรณ์นั้นต้องแนะนำให้ผู้ขอฎีกาทราบ เกี่ยวกับกำหนดเวลาขอฎีกาและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ และศาลอุทธรณ์ต้องรับคำร้องขอฎีกา ถึงแม้จะ เคยกำหนดเวลาแล้วก็ตาม

หลังจากได้รับคำร้องขอฎีกา หรือเสนอคำค้านแล้วศาลอุทธรณ์ต้องแจ้งให้คู่กรณี อีกฝ่ายทราบภายใน 7 วัน นับจากวันรับทราบเป็นต้นไป และถ้าหากกำหนดเวลาฎีกาหรือการเสนอ คำค้านเกินเวลากำหนด ศาลชั้นอุทธรณ์ต้องส่งคำขอฎีกา หรือคำเสนอคำค้าน รวมทั้งสำนวนคดี ทั้งหมดส่งไปยังศาลประชาชนสูงสุดภายใน 3 วัน⁶⁴

เพื่อให้เข้าใจง่ายเกี่ยวกับกระบวนการทางศาลของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ผู้เขียนในฐานะที่เป็นนักศึกษาลาว มีโอกาสได้มาศึกษาในประเทศไทยและได้เรียนภาษาไทย จึงขอ อธิบายเปรียบเทียบให้เห็นดังนี้

ศาลของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว นั้นจะเรียกว่า “ศาลประชาชน” ศาล ประชาชนมี 3 ชั้น เหมือนประเทศไทย กล่าวคือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา (ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเรียกว่า ศาลประชาชนสูงสุด) ศาลชั้นต้นมีในทุกจังหวัดรวม 17 จังหวัด กับอีก 1 นครหลวงเวียงจันทน์

ศาลประชาชนรับพิจารณาคดีรวมในศาลเดียวแล้วแบ่งแยกคณะในการพิจารณาคดีเฉพาะ เรื่อง เช่น คดีครอบครัว คดีพาณิชย์ และคดีเฉพาะเรื่องด้านอื่น ๆ สำหรับคดีบางคดีที่ไม่สามารถ วินิจฉัยประเภทของคดีได้ ประธานศาลแขวง (จังหวัด) หรือศาลนครหลวง ขึ้นาคดีว่าคดีที่เกิดขึ้น เป็นคดีประเภทใด

⁶⁴มาตรา 108 แห่งกฎหมาย ว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่ง: วิธีปฏิบัติในการขอยกฟ้องและเสนอคำค้าน

สำหรับคดีพาณิชย์นั้นเป็นคดีข้อพิพาทเชิงธุรกิจ หรือสัญญาซื้อขาย กู้ยืม เช่า ส่วนคดีล้มละลาย และคดีทรัพย์สินทางปัญญายังไม่มี

ผู้ที่สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลประชาชนได้ นั้นมีทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล และทุกคนมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งได้หมด และฟ้องได้เองเลย แต่จะต่างกับคดีอาญา คือ วิธีพิจารณาความอาญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ประชาชนมีสิทธิฟ้องคดีอาญาแต่ต้องผ่านอัยการ ประชาชนจะฟ้องศาลคดีอาญาโดยตรงไม่ได้ ซึ่งต่างกับประเทศไทย ส่วนเรื่องสัญญาค้ำประกันนั้นไม่เป็นอุปสรรคในการฟ้องศาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กล่าวคือ คนต่างประเทศสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ ซึ่งคนต่างชาติเมื่อมาขึ้นศาลสามารถใช้ภาษาตนหรือภาษาอื่นได้ แต่ต้องใช้ล่ามแปลที่หน้าศาล มีจริยธรรมสูง

ในเรื่องของเขตอำนาจศาลนั้น ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติระบบศาล หรือกฎหมายว่าด้วยศาล ซึ่งก็เหมือนกับพระธรรมนูญศาลยุติธรรมของประเทศไทย ทุกคดีสามารถฟ้องศาลได้และสามารถอุทธรณ์ ฎีกาได้ทุกคดี

กระบวนการพิจารณาคดีของศาล เริ่มต้นที่ศาลชั้นต้น (ศาลแขวงศาลนครหลวงเวียงจันทน์) รับคดีความ ซึ่งระยะเวลาในการพิจารณามีความรวดเร็วทุกคดี โดยเฉพาะคดีพาณิชย์มีความรวดเร็วพอ ๆ กับอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 2004 กำหนดไม่เกิน 2 เดือน ซึ่งถ้าหากมีการอุทธรณ์ และฎีกาก็สามารถทำได้ทุกคดี ซึ่งคำพิพากษาศาลประชาชนสูงสุด (ศาลฎีกา) คำพิพากษาเป็นที่สุด ยกเว้นกรณีรื้อฟื้นคดี เพราะปรากฏหลักฐานที่ไม่มีในสำนวนแล้วมาปรากฏภายหลัง

การประนีประนอมยอมความบนศาล คู่กรณีสามารถตกลงกันในศาลได้

การแก้ไขข้อพิพาทในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวด้านเศรษฐกิจ มี 2 ทางเลือกคือ

1. กระบวนการก่อนขึ้นศาล คณะกรรมการไกล่เกลี่ยทางด้านเศรษฐกิจ ซึ่งดูแลโดยกระทรวงยุติธรรม ซึ่งคณะกรรมการไกล่เกลี่ยนั้นจะประกอบด้วยนักกฎหมาย หรือนักธุรกิจเฉพาะทาง ไม่ใช่ชนนักกฎหมายตายตัว จะมีจำนวนมากกว่าองค์คณะของศาล และเป็นจำนวนคี่เสมอ

2. กระบวนการในชั้นศาล การฟ้องศาลคดีพาณิชย์ ซึ่งโดยปกติจะใช้ข้อ 1 ก่อน โดยการกำหนดไว้ในสัญญา ถ้าคดีพาณิชย์เกี่ยวข้องกับการฟอกเงิน ก็ยกฟ้องทางพาณิชย์เป็นอาญา

ในกรณีของการคุ้มครองคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ที่ไม่เท่าเทียมกันนั้น ศาลจะดูแล ซึ่งเรื่องสัญญาที่คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกันนี้ ถ้าเป็นการเอาเปรียบก็จะให้เป็นโมฆะ ส่วนคดีเรื่องของ สินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ (product liability) จะเป็นเรื่องของกฎหมายอาญา

ส่วนเรื่องความรับผิดชอบต่องานนั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีมาตรฐานกฎหมายแรงงานสอดคล้องกับ มาตรฐานองค์การแรงงานสากล (international labor organization: ILO) และด้านสิ่งแวดล้อมก็มีกฎหมายสิ่งแวดล้อมมาควบคุม

การบังคับคดี ส่วนการบังคับคดีนั้นศาลจะบังคับคดีให้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ถ้าตกลงกันได้ก่อนศาลก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ก็มาที่ศาลชั้นต้นให้คู่ความปฏิบัติตามคำตัดสินอนุญาโตตุลาการ

การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ศาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจะให้ความสำคัญของกฎหมายลาวเป็นอันดับแรก หลังจากนั้นจึงดูลพินิจข้อขัดแย้งว่าเกิดที่ตรงไหน ก็ดูเขตอำนาจศาลที่ตรงนั้น

การนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาบังคับใช้ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวไม่ได้ ถ้าประเทศนั้นไม่ได้เป็นคู่ภาคีในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้าหากว่าประเทศนั้นเป็นภาคีอนุสัญญาที่ได้ลงนามร่วมกัน ศาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวก็จะบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้ โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ผ่านช่องทางทางการทูต ซึ่งสามารถบังคับได้เลย ไม่ต้องฟ้องคดีใหม่ และจากนั้นศาลก็จะดูเรื่องของเขตอำนาจศาล และนักลงทุนเอกชนสามารถกล่าวอ้างอนุสัญญาในศาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ต่อเมื่อทั้งสองฝ่ายได้เข้าเป็นภาคีร่วมกัน ถึงแม้ว่ากฎหมายภายในของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจะยังไม่ได้บัญญัติและรับรองไว้ในกฎหมาย

3.1.2 การแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่าการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในยุคใด มาปรากฏชัดเจนหลังจากประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ประกาศเอกราชแล้ว ซึ่งต่อมาได้มีคำสั่งของประธานสภารัฐมนตรี ฉบับเลขที่ 146/ปสร. ปี ค.ศ. 1989 ว่าด้วยองค์การไกล่เกลี่ยเศรษฐกิจ ต่อมาก็เปลี่ยนมาเป็นคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ฉบับเลขที่ 106/นย. ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 มีการปรับแก้เล็กน้อย และล่าสุดก็ออกมาเป็นกฎหมาย โดยให้ชื่อว่ากฎหมายว่าด้วย การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ หรือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในความหมายภาษาไทย โดยได้รับการรับรองจากสภาแห่งชาติ ตามหนังสือรับรองฉบับเลขที่ 05/สภช. ลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 และได้ถูกใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้

อนุญาโตตุลาการคือบุคคลที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางแพ่งประเภทหนึ่ง ซึ่งคำว่าอนุญาโตตุลาการ กับการอนุญาโตตุลาการ จึงมีความแตกต่างกัน ขออธิบาย ดังนี้

1. อนุญาโตตุลาการ (arbitrator) คือ บุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคน ที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันให้ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาเรียกว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการ" ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีพิพาทแสดงข้อเรียกร้องและข้อต่อสู้พร้อมทั้งนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบเพื่อรับฟังข้อเท็จจริง ตลอดจนสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาตามวัน เวลา และสถานที่ตามที่คู่กรณีพิพาทตกลงกันได้ รวมทั้งคู่กรณีพิพาทสามารถตกลงกันกำหนดวิธีพิจารณาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทได้ และเมื่อรับฟังข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว อนุญาโตตุลาการจึงมีคำวินิจฉัยข้อพิพาทได้⁶⁵

2. การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่ง โดยคู่กรณีตกลงกันไว้ด้วยการทำเป็นสัญญาเรียกว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการ" (arbitration agreement) มีใจความเป็นการเสนอข้อพิพาทของคนที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในคราวนั้นด้วยหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ส่วนการมอบอำนาจเช่นว่าอาจกระทำกันโดยตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเลยหรือในสัญญาอื่น ๆ ต่างหาก เช่น สัญญาที่คู่สัญญานั้นตกลงทำขึ้นเพื่อกิจการระหว่างกันและจะถือว่าข้อสัญญาต่างหากนี้นับเข้าเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน⁶⁶

3.1.2.1 ประเภทของอนุญาโตตุลาการ

ตามที่คุณเขียนได้ศึกษาประเภทของอนุญาโตตุลาการจากบทความวิชาการ และจากตำรากฎหมายหลายเล่ม สามารถแยกประเภทของอนุญาโตตุลาการออกเป็น 3 ประเภท คือ อนุญาโตตุลาการในศาลกับอนุญาโตตุลาการนอกศาล อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจกับอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน และอนุญาโตตุลาการในประเทศกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

1. อนุญาโตตุลาการในศาลกับอนุญาโตตุลาการนอกศาล

1) อนุญาโตตุลาการในศาลหมายถึง การที่คู่ความได้นำคดีความขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ต่อมาเมื่อกระบวนการอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น คู่ความได้ตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ถ้าศาลเห็นว่าข้อตกลงนั้นไม่ผิดกฎหมาย ศาลจะ

⁶⁵วิริยะ พรหมพิง, ประวัติ และความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ. (สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2553), จาก <http://iel476.blogspot.com/>.

⁶⁶เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 9.

อนุญาตตามคำขอของกลุ่มความนั้น เมื่อกลุ่มความได้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้น อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดข้อพิพาทตามข้อตกลงของกลุ่มความ หรือตามที่ศาลได้กำหนดประเด็นไว้ หากไม่มีข้อตกลง หรือไม่ได้กำหนดประเด็นข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดประเด็นและดำเนินการชี้ขาดในประเด็นโดยฟังกลุ่มความ และ/หรือได้สวนตามที่เห็นสมควรซึ่งจำนวนของอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปตามที่กลุ่มความตกลงกัน เช่น 1 คน หรือ 3 คน โดยส่วนมากอนุญาโตตุลาการจะมีจำนวน 3 คน และการชี้ขาดเป็นไปตามจำนวนเสียงข้างมากเมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้วอนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำชี้ขาดต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น⁶⁷

2) อนุญาโตตุลาการนอกศาล หมายถึง การที่คู่สัญญาได้ตกลงกันให้มีการเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด โดยทั่วไป หากคู่สัญญามีความประสงค์จะให้มีการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่สัญญาจะกำหนดไว้เป็นสัญญาข้อหนึ่ง (arbitration clause) เมื่อเกิดข้อพิพาทในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธิต้องนำคดีความขึ้นสู่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปถือว่าเป็นที่สุด และผูกพันคู่สัญญา หรือคู่พิพาท⁶⁸

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ในนานาประเทศทั่วโลกจะเป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล รวมทั้งประเทศไทย และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็เหมือนกัน ซึ่งในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะอยู่ภายใต้ข้อบังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 2005

2. อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจกับอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน

1) อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) เป็นกรณีที่คู่พิพาทดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง กล่าวคือ โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดวิธีพิจารณาต่าง ๆ เอง และให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทของตน⁶⁹

⁶⁷สุรางคณา แก้วจำนงค์, ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539), 96.

⁶⁸เรื่องเดียวกัน, 97.

⁶⁹ธีรพงษ์ เพาะพูล, อำนาจ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ, บทความเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต. (สืบค้นเมื่อ 13 ธันวาคม 2553). จาก <http://iel-258.blogspot.com/>

2) อนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน (institutional arbitration) เป็นกรณีที่คู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสถาบันดังกล่าวนี้อาจเป็นสถาบันที่สร้างขึ้นเพื่อให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ⁷⁰

3. อนุญาโตตุลาการในประเทศกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

1) อนุญาโตตุลาการในประเทศเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศใดประเทศหนึ่ง ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใด สำหรับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดย สำนักงานระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงยุติธรรม

2) อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายนอกประเทศ ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใด เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (international chamber of commerce: ICC) สถาบันอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (united nations commission on international trade law: UNCITRAL) และศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ ที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ (international center for settlement of investment disputes: ICSID) เป็นต้น

3.1.2.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปของวิธีการอนุญาโตตุลาการสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. การระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีที่มีความประสงค์จะระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ จะต้องตกลงด้วยความสมัครใจที่จะเสนอข้อพิพาทต่อบุคคลภายนอก คนเดียวหรือหลายคนให้ชี้ขาด การตกลงนี้อาจจะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว หรือตกลงไว้ก่อนในสัญญาว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งได้ทำกันไว้จะเสนอข้อพิพาทต่อให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย เช่น บริษัท ก. ในประเทศไทยได้ซื้อน้ำมันจากประเทศซาอุดีอาระเบีย ถ้ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการซื้อขายดังกล่าวก็ให้เสนอข้อพิพาทให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้พิจารณาชี้ขาด ข้อตกลงตามสัญญาอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องสมบูรณ์ตามหลักทั่วไปของสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวก็อาจจะต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายขัดกัน (conflict of law) ดังนั้นเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาจึงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง

2. ต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความชำนาญ และมีคุณสมบัติที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการได้ การตั้งอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะตั้งจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท และเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับ

⁷⁰ ธีรพงษ์ เพาะพล. อำนจ หน้า 1 ของอนุญาโตตุลาการ. บทความเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต. (สืบค้น

เมื่อ 13 ธันวาคม 2553). จาก <http://iel-258.blogspot.com/>

3. การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นจะเริ่มต้นด้วยการที่อนุญาโตตุลาการนัดให้มีการพิจารณา ในการพิจารณาคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องเสนอพยานหลักฐานข้อพิพาทตามข้ออ้างของแต่ละฝ่าย การเสนอพยานหลักฐานอาจเป็นเพียงการเสนอพยานเอกสารเท่านั้น หรือมีทั้งพยานหลักฐานของตน เมื่ออนุญาโตตุลาการได้พิจารณาข้อพิพาทโดยพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายแล้ว อนุญาโตตุลาการจึงทำคำชี้ขาด (award) คำชี้ขาดนั้นจะต้องแน่นอนและถึงที่สุด จะมีการอุทธรณ์หรือดำเนินการใด ๆ เพื่อคัดค้านคำชี้ขาดต่อไปไม่ได้ เว้นแต่จะมีการพฤติการณ์พิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และอนุญาโตตุลาการจะต้องนัดคู่กรณีมาฟังคำชี้ขาด รวมทั้งส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่าย

4. การบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการได้แจ้งคำชี้ขาดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบแล้วคู่กรณีฝ่ายที่ชนะย่อมมีสิทธิที่จะให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ถ้าหากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคู่กรณีฝ่ายที่ชนะจะบังคับตามคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกต้องศาลก็จะพิพากษาตามคำชี้ขาดและให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะดำเนินการบังคับคดีโดยผ่านทางเจ้าพนักงานบังคับคดีเหมือนกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลในคดีทั่วไป

3.1.3 ความแตกต่างของวิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างวิธีการทางศาล และวิธีการทางการอนุญาโตตุลาการ

ตามที่ได้ผู้เขียนได้ศึกษาถึงวิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างวิธีการทางศาล และวิธีการทางการอนุญาโตตุลาการ สามารถจำแนกความแตกต่างของทั้งสองวิธีการได้ดังนี้

3.1.3.1 การพิจารณาคดีโดยวิธีการทางศาลนั้นมีข้อยุ่งยากในการใช้กฎหมาย เพราะศาลจะต้องใช้หลักของกฎหมายขัดกัน เนื่องจากในทางธุรกิจระหว่างประเทศนั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเป็นบุคคลที่มีได้มีสัญชาติเดียวกันหรืออาจจะเป็นการติดต่อที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ซึ่งคู่สัญญาที่ติดต่อกันไม่ทราบถึงกฎหมายของกันและกัน ย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใด ดังนั้น ศาลจึงต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกัน และอาจต้องพิจารณาถึงกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะมีความยุ่งยากในการใช้กฎหมายขัดกัน แตกต่างกับการใช้วิธีการทางการอนุญาโตตุลาการที่สามารถใช้กฎหมายทางการค้าของคู่สัญญาระหว่างประเทศได้ ถ้าหากคู่สัญญาได้ทำสัญญาตกลงไว้

3.1.3.2 เพื่อจัดความล่าช้าในการที่จะกำหนดให้ศาลประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นผู้พิจารณาเพราะวิธีการอนุญาโตตุลาการนี้ คู่กรณีสามารถเลือกคนกลางที่มีความรอบรู้และเป็นที่วางใจและเที่ยงธรรมเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้

3.1.3.3 การพิจารณาคดีในทางศาลนั้นจะต้องพิจารณาโดยเปิดเผย ซึ่งอาจมีการนำความลับทางการค้าของกลุ่มที่เกี่ยวข้องคดีออกเผยแพร่ อันจะทำให้เกิดความเสียหายได้ แต่การใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถรักษาความลับและสัมพันธภาพทางการค้าของกลุ่มได้

3.1.3.4 การพิจารณาโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถจะกระทำการได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เพราะกลุ่มสามารถกำหนดตกลงได้ว่าจะดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทกันอย่างไร

3.1.3.5 กรณีข้อพิพาททางการค้าซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อน เช่น ปัญหาในทางเทคนิคของวิศวกรรม หรือคุณภาพหรือมาตรฐานของผลิตภัณฑ์ที่ซื้อขายกัน หรือข้อกำหนดในทางเทคนิคหรือวิชาชีพเฉพาะก็สามารถดำเนินการให้ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทได้

3.1.4 แสดงคำคิดเห็นเชิงวิเคราะห์ของผู้เขียนต่อการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนโดยวิธีทางศาลและการอนุญาโตตุลาการ

ผ่านการศึกษาวิจัยผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า การแก้ไขความขัดแย้งระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติโดยศาลนั้น ก่อให้เกิดปัญหาดังที่กล่าวไว้ข้างต้น มีนักวิชาการบางท่าน⁷¹ ให้ความเห็นมาจากความเป็นจริงทางธุรกิจการค้า การแก้ไขความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมมากกว่าที่จะใช้วิธีการทางศาลยุติธรรมทำให้กลุ่มได้หันมาให้ความสนใจที่จะแก้ไขความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการแก้ไขที่เกิดจากความตกลงยินยอมของกลุ่มทั้งสองฝ่าย และลักษณะวิธีการของอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่ยืดหยุ่นกว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลสามารถปรับให้เข้ากับความต้องการทางธุรกิจแต่ละประเภทได้ มีความสะดวกรวดเร็วกว่าศาล มีขั้นตอนการพิจารณาที่รวบรัดมีประสิทธิภาพ มีบรรยากาศในการแก้ไขที่เป็นมิตร ทำให้สัมพันธภาพระหว่างกลุ่มไม่เสียไป ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ จะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งก็กระทำโดยไม่เปิดเผยต่อหน้าสาธารณะจึงสามารถรักษาความลับของกลุ่มได้ และตัวอนุญาโตตุลาการนั้น กลุ่มก็เป็นผู้เลือกให้มาตัดสินข้อขัดแย้งเอง ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นที่น่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับจากกลุ่ม และเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดแล้ว ก็จะมีศาลซึ่งทำหน้าที่คอยตรวจสอบ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลจะดูว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้น มีความบริสุทธิ์หรือไม่ ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเครื่องมือที่เอกชนและศาลร่วมกันอำนวยความสะดวกเพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งทางธุรกิจในปัจจุบัน และกลุ่มนี้ก็มีความต้องการองค์ระหว่างประเทศที่มีความเป็นกลางในแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้น

⁷¹ ภาณุมาศ ชัดเจนงาม. กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ และการระงับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ. วารสารกฎหมายธุรกิจธรรมาธิราช, 8(1), (กรกฎาคม 2539), 104-115.

การเกิดความขัดแย้งระหว่างกันเป็นสาเหตุก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ และเกิดการใช้จ่ายไม่มากนักน้อย ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งของการจัดการธุรกิจคือความแน่นอนในการคำนวณค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนด้านต่าง ๆ ที่จะได้รับจากการประกอบธุรกิจการค้าการลงทุนใน ด้านนั้น ๆ คู่ร่วมลงทุนต่างฝ่ายต่างก็คาดหวังว่าสิ่งที่ตนได้ตกลงโดยการทำสัญญาไว้จะได้รับการ ปฏิบัติจากคู่สัญญาของตน ดังนั้นเมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นจากการร่วมลงทุน ก็จำเป็นต้องมีเครื่องมือ และกลไกที่จะนำมาใช้ในการแก้ไขความขัดแย้งนั้นอย่างรวดเร็ว เป็นธรรม เสียค่าใช้จ่ายน้อย มี ประสิทธิภาพ รักษาบรรยากาศความเป็นมิตรโดยสามารถร่วมลงทุนกันต่อไปได้ ในเมื่อหากเกิดความ ขัดแย้งกันแล้วย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ถึงผลกระทบที่มีต่อโครงสร้างพื้นฐานภายในประเทศของรัฐผู้รับ การลงทุนไม่มากนักน้อย เพราะฉะนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงได้ตระหนักถึงความสำคัญในเรื่องนี้ ปัจจุบัน มีหลายประเทศในโลกได้มีการออกกฎหมายภายในของตนและเข้าร่วมเป็นภาคีในกฎหมายระหว่าง ประเทศ เพื่อรองรับและสนับสนุนวิธีดำเนินการแก้ไขหรือระงับความขัดแย้งให้เป็นที่ยอมรับของ นักลงทุนไม่ว่าภายในหรือนานาประเทศในโลก และเป็นที่แน่ชัดแล้วว่าการแก้ไขหรือระงับความ ขัดแย้งทางธุรกิจระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นที่มีประสิทธิภาพที่สุดในปัจจุบันคือ “การ อนุญาโตตุลาการ” ไม่ว่าอนุญาโตตุลาการภายใต้กระบวนการระหว่างประเทศที่เรียกว่า UNCITRAL หรือภายใต้ศูนย์ ICSID ล้วนแต่เป็นที่นิยมและยอมรับกันอย่างแพร่หลายในเวทีสากล ที่หลาย ๆ ประเทศในโลกได้เอามาใช้กัน และหากถามว่าทำไมต้องใช้การอนุญาโตตุลาการในการแก้ไขข้อ ขัดแย้งทำไมไม่ใช้ศาล คำตอบที่ชัดเจนและสมเหตุสมผลมากที่สุดก็คือ

3.1.4.1 เหตุผลแรก ที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงก็คือ เหตุผลด้านความรวดเร็วของคดีความใน กรณีที่มีการพิพาทกันเกิดขึ้นเนื่องจากการฟ้องคดีต่อศาลนั้นมีขั้นตอนมากและคู่ความยังสามารถ อุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ทำให้เสียเวลามาก แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดรวดเร็วและไม่มี ขั้นตอนยุ่งยาก

3.1.4.2 เหตุผลที่สอง คงจะเป็นเรื่องความยุ่งยากและสลับซับซ้อนของคดี กล่าวคือ โดยปรกติผู้ที่เป็อนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกมักจะเป็นผู้ที่มี ความรู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทเป็นอย่างดี ทำให้เข้าใจเรื่องที่พิพาทและพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้รวดเร็ว ซึ่งส่งผลให้การชี้ขาดข้อพิพาททำได้รวดเร็วและยุติธรรม ในขณะที่ถ้าเป็นการดำเนินคดีใน ศาลคู่ความไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ มาพิจารณาคดีให้ตนได้ ซึ่งก็ต้อง มีการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความ ทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างยากลำบากและล่าช้า และอาจมี ปัญหาในการรับฟังพยานหลักฐาน เพราะต้องขึ้นกับว่าพยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความอธิบายได้ชัดเจน ถูกต้องมากน้อยเพียงใด

3.1.4.3 เหตุผลที่สาม การรักษาชื่อเสียงและความลับ เนื่องจากหลักการพิจารณาคดีของ ศาลต้องทำโดยเปิดเผย ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาของศาลได้ สื่อมวลชนก็อาจรับ

ฟังและนำเสนอข่าวได้ง่ายซึ่งอาจส่งผลเสียต่อภาพพจน์ทางธุรกิจ และการรักษาความลับของกลุ่มกรณี เว้นแต่จะมีการพิจารณาดีเป็นการลับ ซึ่งก็จะมีเป็นบางคดีเท่านั้น แต่หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นกระทำเป็นการลับ เฉพาะกลุ่มกรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณา บุคคลภายนอกไม่มีโอกาสรู้ข้อเท็จจริงโดยตรง จึงไม่รู้ว่ากลุ่มกรณีมีข้อพิพาทกันหรือไม่ หรือมีกันอย่างไร จึงเป็นการรักษาชื่อเสียงของกลุ่มพิพาทและความลับทางธุรกิจของกลุ่มกรณีได้เป็นอย่างดี

3.1.4.4 เหตุผลสุดท้ายที่ผู้เขียนสรุปได้ เหตุผลที่ดี นั่นก็คือ การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทเนื่องจากแนวทางการพิจารณาคดีของศาลนั้นเป็นการต่อสู้กันยาวนาน เพราะคดีสามารถอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ซึ่งส่งผลเสียต่อความสัมพันธ์ทางธุรกิจ แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีพบปะเจรจาปัญหาที่พิพาทกันโดยตรง บรรยากาศในการพิจารณามีลักษณะเป็นกันเอง ไม่เคร่งเครียดอีกทั้งไม่มีระบบที่ทำให้คู่กรณีโต้แย้งเอาแพ้ชนะกัน จึงสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทซึ่งอยู่ในวงการธุรกิจ ที่ส่วนใหญจะต้องคบค้าและประกอบธุรกิจกันต่อไปได้อีกในอนาคต

3.1.5 ข้อสังเกตเวทีระหว่างประเทศในการแก้ไขความขัดแย้ง

เมื่อได้มีการทำสัญญากันขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติแล้ว ในกรณีที่เอกชนต่างชาติผู้ลงทุนเห็นว่า ตนถูกละเมิดสิทธิทำให้เกิดความพิพาทตามมา รวมทั้งในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นอย่างอื่น กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทก็คือกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นที่แน่นอน กฎหมายภายในที่ได้บัญญัติไว้ในแต่ละประเทศ ก็ย่อมแก้ไขให้เกิดประโยชน์แก่รัฐของตนอยู่แล้ว ทำให้นักลงทุนเอกชนต่างชาติเกิดความไม่มั่นใจ ที่จะขึ้นศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน เนื่องจากเกลือบแคลงสงสัยความเป็นกลางของศาล ว่ามีความเป็นกลางมากน้อยเพียงใด ทำให้เอกชนต่างชาติพยายามหามาตรการเพื่อสร้างหลักประกัน โดยกำหนดเงื่อนไข และข้อผูกพันต่าง ๆ เอาไว้ อาจกำหนดว่าเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น จะใช้กฎหมายใดมาทำการแก้ไข และจะใช้ศาลของประเทศใดในการตัดสิน หากเอกชนต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนและไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือไม่ได้รับการเยียวยาจนถึงที่สุด เอกชนต่างชาติก็สามารถไปร้องขอความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) จากรัฐของตน ซึ่งบางครั้งรัฐของเอกชนต่างชาติก็อาจจะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่เอกชนตน เนื่องจากเหตุผลทางการเมืองและคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือแม้ว่าอาจช่วยเหลือ โดยนำความขัดแย้งไปเสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วก็ตาม รัฐผู้รับการลงทุนก็อาจปฏิเสธไม่ยอมรับเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศได้ เนื่องจากปกติรัฐต่าง ๆ มักจะไม่ยอมรับเขตอำนาจของศาล ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอยู่แล้ว และเห็นว่าหากตนยอมรับเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่าง

ประเทศแล้วก็จะทำให้เอกชนต่างชาตินั้นได้รับสิทธิมากกว่าเอกชนในรัฐตน ทำให้เห็นได้ว่าไม่มีศาลใดที่จะมีเขตอำนาจเหนือความขัดแย้งดังกล่าวได้อย่างแท้จริง ดังนั้น เวทีที่จะใช้ในการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดยใช้กระบวนการทางศาลไม่ว่าจะเป็น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือศาลภายในรัฐก็ตาม จึงไม่ใช่เป็นทางออกที่ดีสำหรับความขัดแย้งทางเศรษฐกิจของทั้งสองฝ่าย ผู้เขียนจึงอยากจะขอก้าวถึงการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือเป็นเวทีในการแก้ไขความขัดแย้งในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติได้ดี ดังนี้

การอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีจะเป็นผู้แต่งตั้งคนกลางไม่ว่าจะเป็นบุคคลเดี่ยว (arbitrator) หรือคณะบุคคล (arbitral tribunal) โดยการพิจารณานั้นจะเป็นการพิจารณาลับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาความลับซึ่งบางครั้งคู่กรณีต้องการที่จะรักษาความลับทางการค้า (trade secret) ของตนเองเอาไว้ไม่ต้องการให้คู่แข่งทราบ ทั้งนี้เพราะหากเป็นการระงับข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมนั้น การพิจารณาของศาลยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย ดังนั้น จึงอาจทำให้ความลับบางประการของคู่กรณี จะต้องถูกเปิดเผยได้ และเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นจะมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม

ในทางปฏิบัติแล้ว สนธิสัญญาหรือความตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่ นั้นจึงได้กำหนดวิธีการในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนไว้โดยชัดแจ้งโดยกำหนดให้เสนอมีการระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้น โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาโตตุลาการเพียงท่านเดียว หรือ อาจเป็นคณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อการนั้นโดยเฉพาะหรืออาจเป็นการใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งในทางการค้าระหว่างประเทศนั้นมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นที่รู้จักกันคือ สถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยธนาคารเพื่อการพัฒนาและบูรณการ หรือธนาคารโลกนั่นเอง สถาบันนั้นเรียกว่า ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for the Settlement of Investment Disputes: ICSID) หรือเรียกย่อว่าศูนย์ ICSID และสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งสหภาพการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce: ICC) หรืออาจเป็นการเสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)

ดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมด เป็นอันที่เข้าใจโดยชัดแจ้งแล้วว่า การดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งหรือการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพที่ดีที่สุดเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศนั้นก็คือ “การอนุญาโตตุลาการ” ดังนั้น เพื่อเป็นการโยงเข้าไปถึงประเด็นที่ผู้เขียนได้ตั้งสมมติฐานไว้ในบทที่ 1 ผู้เขียนจึงขอเสนอ การแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ หรือที่เรียกว่า ICSID เพื่อเป็นการเสริมสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องและเห็นถึง

ความสำคัญต่อกระบวนการ ICSID ก่อนการตัดสินใจเข้าร่วมเป็นภาคีอย่างจริงจังของประเทศไทย และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จึงจะได้ขอกล่าวละเอียดในข้อต่อไป

3.2 ความเป็นมาของศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน

ศูนย์แก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน หรือศูนย์ ICSID เป็นศูนย์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่กรณีในการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดจากการค้าการลงทุน ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1965 โดยอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States 1965) ภายใต้การสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา หรือธนาคารโลก

เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางการลงทุนเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยากสลับซับซ้อนและกรณีอาจมีฐานะที่แตกต่างกันตามกฎหมายมากดังที่กล่าวมาแล้ว นักธุรกิจต่างชาติผู้ลงทุนจึงต้องพยายามหาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการที่เป็นหลักประกันว่าข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างตนกับรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องถูกแก้ไขและให้ยุติลงด้วยความยุติธรรม สะดวกและรวดเร็ว นอกจากนั้นจะต้องมีหลักประกันว่าตนจะไม่ถูกยึดทรัพย์สินที่ลงทุนไปเป็นของรัฐผู้รับการลงทุนโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน หรือได้รับค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม เพราะถึงแม้มีมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ 7 ข้อที่ผู้เขียนได้กล่าวอ้างมาแล้วในบทที่ 2 (ข้อ 2.1.1) ของวิทยานิพนธ์นี้ ซึ่งใน 7 ข้อดังกล่าวได้วางกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของรัฐกำหนดเรื่องการโอนเป็นของรัฐและการจ่ายค่าชดเชยในจำนวนที่เหมาะสม แต่หลังจากข้อคิดเหล่านี้ที่ยอมรับการโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐผู้รับการลงทุนว่าชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็ต้องมีหลักว่าต้องไม่เลือกปฏิบัติ ต้องทำเพื่อประโยชน์ของมหาชน ต้องจ่ายค่าชดเชยทันที จ่ายอย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่ผู้ลงทุนต่างชาติก็ไม่ประสงค์ที่จะให้มีการยึดทรัพย์สินของตนไปเป็นของรัฐ และหากมีการยึดทรัพย์สินตนเองก็จะต้องมีสิทธิที่จะเสนอระงับข้อพิพาทโดยคนกลางหรือองค์กรที่เป็นอิสระ ไม่ใช่รัฐใดรัฐหนึ่ง

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ได้เขียนไว้ในหนังสือ คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจว่า “ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ลงทุนนั้นอาจทำความเสียหายให้กับผู้ลงทุน แต่ขณะเดียวกันก็เป็นอุปสรรคขัดขวางการลงทุนจากต่างประเทศ หากมีข้อพิพาท และไม่มีการระงับข้อพิพาทที่ทำให้ผู้ลงทุนพึงพอใจ ก็คงไม่มีชาวต่างชาติปรารถนาจะเข้าไปลงทุนในประเทศที่มี

ปัญหาเหล่านั้น”⁷² ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อบูรณะและการพัฒนา ซึ่งมีหน้าที่ประการหนึ่งคือ ส่งเสริมการลงทุน จึงได้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 ขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา และอนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับ 30 วันหลังจากรัฐสมาชิกให้สัตยาบัน ซึ่งก็คือ ตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 นั้นก็ได้ก่อตั้งสถาบันที่เป็นศูนย์กลางในการแก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศขึ้นเรียกว่า (International Center for Settlement of Investment Disputes: ICSID) หรือศูนย์ ICSID นั้นเอง ในปัจจุบันได้มีบรรดาประเทศต่าง ๆ ลงนามในอนุสัญญานี้แล้ว 157 ประเทศ เพื่อเป็นการช่วยจัดความไม่มั่นใจแก่นักลงทุนต่างชาติ และได้พยายามที่จะสร้างบรรยากาศในการลงทุนระหว่างประเทศ โดยการสร้างกลไกขึ้นในการแก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ ธนาคารโลกได้นำเอาหลักการประนีประนอมข้อขัดแย้ง และการอนุญาโตตุลาการมาใช้ โดยได้จัดทำการแก้ไขปัญหาในรูปแบบของอนุสัญญา เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนเอกชนต่างชาติว่า หากมีความขัดแย้งเกิดขึ้นตนจะได้รับความเป็นธรรมโดยที่ไม่ต้องไปร้องขอความคุ้มครองทางการทูตจากประเทศตน ส่วนรัฐผู้รับการลงทุนเองก็ต้องเคารพและปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีเช่นกัน

ศูนย์ระงับข้อพิพาททางการลงทุนนี้ไม่ได้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเอง แต่จัดหาหรืออำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสำหรับผู้ลงทุนจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และรัฐผู้รับการลงทุน ต้องเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ และการเป็นภาคีนั้น แต่ละรัฐมีสิทธิและมีส่วนร่วมในกระบวนการต่าง ๆ รวมทั้งการวางหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นรัฐเล็กหรือรัฐใหญ่ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วหรือกำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา⁷³

3.3 วัตถุประสงค์ในการก่อตั้งศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ

3.3.1 เพื่อเป็นหลักประกันแก่เอกชนต่างชาติว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาที่ได้ทำไว้กับรัฐผู้รับการลงทุนก็จะได้รับการพิจารณาด้วยความเป็นธรรม

3.3.2 เพื่อที่จะแก้ไขข้อพิพาทข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ในลักษณะของการประสานผลประโยชน์และความต้องการของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมี

⁷²เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 202.

⁷³เรื่องเดียวกัน, 202.

ความพยายามที่จะให้การระงับข้อพิพาททางการลงทุนไม่มีลักษณะเป็นเรื่องของการเมือง (depoliticize)⁷⁴

3.3.3 เพื่อช่วยเหลือในการพัฒนาและบูรณะดินแดนของประเทศสมาชิก โดยการให้ความสะดวก ทางด้านการเงินเพื่อการลงทุน รวมทั้งการบูรณะเศรษฐกิจที่ถูกทำลายหลังสงครามโลก ครั้งที่ 2 และสนับสนุนการเงินเพื่อการพัฒนาในประเทศกำลังพัฒนา

3.3.4 เพื่อปรับปรุงบรรยากาศการลงทุนด้วยการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น 1965 จึงจะทำให้มีโอกาใช้ศูนย์ ICSID ที่มีความเป็นกลางและไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของรัฐใด

3.3.5 เพื่อเป็นการทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเงินทุนจากประเทศพัฒนา ไปสู่ประเทศที่กำลังพัฒนา เพื่อกระตุ้น และเร่งให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศที่ยากจน เนื่องจากลำพังแต่เพียงกองทุนของธนาคารโลกเองมีไม่เพียงพอที่จะให้ประเทศยากจนกู้

3.3.6 เพื่อให้ผู้ลงทุนมีความไว้วางใจ และมั่นใจในกลไกแก้ไขความขัดแย้งที่เป็นกลาง และสามารถให้ความยุติธรรมแก่ผู้ลงทุนได้ ทั้งนี้เพราะอาจจะเกิดความเสียหายจากการกระทำของรัฐ เช่น การโอนกิจการหรือการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนเอกชนเป็นของรัฐ ซึ่งทำให้นักลงทุนเอกชนวิตกกังวล และขาดความเชื่อมั่นในการเข้าไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา วัตถุประสงค์นี้ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและเอกชนต่างชาติ ทั้งยังช่วยลดปัญหาความตึงเครียดทางด้านการเมืองของสองฝ่ายด้วย⁷⁵

3.4 เขตอำนาจของศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ

ในการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นเมื่อเกิดมีข้อพิพาทระหว่างกันขึ้น ก่อนที่จะยื่นข้อพิพาทของตนต่อศูนย์ ICSID เพื่อขอให้มีการระงับข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น⁷⁶ จะต้องมีการ

⁷⁴ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, ความเป็นมาและภาพรวมของศูนย์ ICSID, (43)3, วารสารดุลพาท, (กันยายน 2539), 24.

⁷⁵ Koa, M. "The International Bank of Reconstruction and Development and Dispute Resolution: Conciliating and Arbitrating with China through the International Center for Settlement of Investment Dispute," Fall New York University Journal of International Law and Politics 24, 1(1991): 439, 446

⁷⁶ เพื่อความสะดวกและเข้าใจง่าย ต่อไปนี้จะได้ใช้คำว่า "อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965" แทนคำว่า "อนุสัญญาว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น" เพราะอนุสัญญานี้ได้ทำขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1965

พิจารณาเสียก่อนว่าข้อพิพาทนั้นตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์หรือไม่ ทั้งนี้ ในมาตรา 25 (1) ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ได้กำหนดเงื่อนไข ในการที่คู่กรณีมีความประสงค์ที่จะเสนอความขัดแย้งของตนต่อศูนย์ ICSID เอาไว้ และได้ระบุถึงขอบเขตอำนาจของศูนย์ว่าครอบคลุมถึงความขัดแย้งประเภทใด ดังนี้

มาตรา 25⁷⁷ เขตอำนาจของศูนย์ย่อมครอบคลุมถึงความขัดแย้งทางกฎหมายใด ๆ ที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคี (หรือหน่วยงานย่อยหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง หรือหน่วยงานราชการของรัฐภาคีซึ่งได้มีการแจ้งรายชื่อไว้ต่อศูนย์โดยรัฐนั้น) และคนชาติของรัฐภาคีอื่น ซึ่งคู่กรณีทั้งหลายได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือที่เสนอความขัดแย้งต่อศูนย์ เมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายได้ให้ความยินยอมแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเพิกถอนความยินยอมโดยลำพังไม่ได้

จากบทบัญญัติข้างต้น ได้กำหนดให้ศูนย์มีอำนาจเฉพาะข้อขัดแย้งที่เกี่ยวกับข้อกฎหมายใด ๆ ซึ่งเกิดจากการลงทุนโดยตรงระหว่างรัฐภาคีกับคนชาติของรัฐอื่น คำว่าข้อขัดแย้งทางกฎหมายหมายถึง การขัดแย้งเกี่ยวกับสิทธิภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ ไม่เพียงแต่ขัดแย้งเกี่ยวกับผลประโยชน์เท่านั้น โดยข้อขัดแย้งต้องเกี่ยวกับสิทธิทางกฎหมาย (existence of a legal right) หรือขอบเขตของสิทธิหน้าที่ทางกฎหมาย (scope of a legal right or obligation) หรือเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดข้อผูกพันทางกฎหมาย (breach of a legal obligation) สรุปแล้วความขัดแย้งใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้ อนุสัญญานี้ จะต้องเป็นความขัดแย้งทางกฎหมาย และต้องเป็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยตรงจากการลงทุน เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนขอแยกพิจารณา ดังนี้

3.4.1 ความขัดแย้งทางกฎหมาย (legal dispute)

คำว่าความขัดแย้งทางกฎหมายไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามไว้ในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ทั้งนี้เป็นความตั้งใจของคณะกรรมการกฎหมาย (legal committee) ของธนาคารโลกที่เจตนาไม่บัญญัติไว้ ซึ่งอาจเป็นเพราะต้องการเปิดกว้างให้ขึ้นกับการตีความของอนุญาโตตุลาการ ในแต่ละคดี ประเด็นนี้ถูกยกขึ้นพิจารณาถกเถียงกันตั้งแต่แรกเริ่มในชั้นที่ยังเป็นเพียงการร่างอนุสัญญา ๆ แต่อย่างไรก็ตาม อนันต์ จันทโรภากร ก็ได้กล่าวไว้ในบทความว่า “ข้อพิพาททางกฎหมายเป็นเรื่องที่คู่กรณีขัดแย้งกันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่หรือหนี้ของคู่กรณี หรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง” จะเห็นได้ว่าความขัดแย้งทางกฎหมายนั้น เป็นความ

⁷⁷The jurisdiction of the Center shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Center by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Center. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

ขัดแย้ง ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายของกลุ่ม หรือเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ถูกต้อง แม้ว่าจะมีการพยายามตีความหมายของคำว่า ความขัดแย้งทางกฎหมาย เอาไว้แล้วก็ตาม แต่ปัญหาว่าความขัดแย้งทางกฎหมายของรัฐแต่ละรัฐนั้น อาจจะตีความหมายเอาไว้แตกต่างกัน เนื่องจากรัฐในแต่ละรัฐย่อมมีระบบกฎหมายไม่เหมือนกัน

อย่างไรก็ตามก็ยังมีความขัดแย้งว่าข้อพิพาททางกฎหมายที่จะเสนอให้แก่ไอซีเอสดีโดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นต้องเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในคดี และปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ เช่น ฝ่ายที่ถูกกล่าวหาได้มีการส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาแล้วหรือไม่ หรือปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งมีข้อกฎหมายอยู่ด้วย หรือจะสามารถเสนอปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง การตีความหมายกฎหมาย คำพิพากษา นิติกรรมสัญญา และเอกสารต่าง ๆ เช่น การกระทำของฝ่ายที่ถูกกล่าวหาเป็นการผิดสัญญาหรือไม่⁷⁸ ซึ่งในเรื่องนี้ในทางปฏิบัติจะไม่มีปัญหาเพราะข้อพิพาทจะมีทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีซึ่งอนุญาโตตุลาการก็จำเป็นต้องมีอำนาจพิจารณาข้อกฎหมายด้วยเนื่องจากเป็นสิ่งที่จำเป็นในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและเป็นที่ยอมรับกันในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งด้านการพาณิชย์และในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หากข้อพิพาทที่คู่สัญญาทำการเสนอต่อศูนย์ ICSID ไม่ใช่ข้อพิพาททางกฎหมายแล้ว ศูนย์ ICSID ก็ไม่มีเขตอำนาจ

3.4.2 ความขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุน (disputes arising out of investment)

ในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ข้อ 25(1) นั้นก็ได้บัญญัติว่าความขัดแย้งนั้นจะต้องเป็นข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน แต่ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความขัดแย้งทางการลงทุน” เอาไว้เช่นเดียวกับความขัดแย้งทางกฎหมาย การที่อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ไม่ได้ให้คำนิยามเอาไว้ก็เพื่อเป็นการเปิดกว้างในการที่จะนำความขัดแย้ง เข้าสู่การดำเนินการของศูนย์ ICSID ซึ่งจะครอบคลุมถึงรูปแบบของการลงทุนได้อย่างกว้างขวาง ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการตีความได้ครอบคลุมในทุกลักษณะของการลงทุน โดยจะตีความให้ครอบคลุมถึงการลงทุนตามความหมายทั่ว ๆ ไป ในรูปของการกระจายเงินทุนและให้ครอบคลุมถึงรูปแบบใหม่ของการลงทุน ซึ่งรวมถึงสัญญาการให้บริการ และการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย โดยปล่อยให้ดุลพินิจของกลุ่มที่จะตกลงกันว่ากิจการที่ทำขึ้นนั้นถือเป็นการลงทุน และได้ยินยอมที่จะเสนอความขัดแย้งที่เกิดจากกิจการนั้นต่อศูนย์ ICSID หรือไม่ ซึ่งรัฐภาคีอาจแจ้งต่อศูนย์ ICSID ถึงประเภทของความขัดแย้งว่าความขัดแย้งประเภทใดที่รัฐภาคีจะพิจารณาหรือไม่พิจารณายินยอมให้อยู่ในเขตอำนาจของศูนย์

⁷⁸ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 228.

ICSID โดยแจ้งในเวลาที่ได้ให้สัตยาบันการยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบต่ออนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นี้ หรืออาจแจ้งในเวลาใด หลังจากเวลาที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้น ให้เลขาธิการแจ้งประเภทความขัดแย้งเช่นนั้นให้รัฐภาคีทั้งหมดทราบทันที⁷⁹

เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ได้กล่าวไว้เช่นกันว่า การไม่ให้นิยามความหมายของข้อพิพาททางการลงทุน ในอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 เป็นความตั้งใจของผู้ร่างที่จะปล่อยไว้เพื่อให้คำดังกล่าวครอบคลุมถึงกิจกรรมเกี่ยวกับการลงทุนในอนาคต เพราะการลงทุนในอนาคตอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปจากสมัยเดิม หากมีการให้คำนิยามไว้อาจไม่กว้างพอที่จะครอบคลุมถึงกิจกรรมทางการลงทุนในอนาคตได้ และอาจมีข้อพิพาทบางอย่างที่ควรระงับโดยศูนย์ ICSID แต่ไม่ตกอยู่ในคำนิยามของคำว่าการลงทุนก็เป็นได้ เช่น เดิมลักษณะของข้อพิพาททางการลงทุนเป็นเรื่องการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ป่าไม้ เหมืองแร่ และน้ำมัน ในขณะที่การลงทุนในอนาคตอาจเป็นเรื่องการบริการ ให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค เช่น กิจการร่วมค้า การกู้ยืมเงิน สัญญาให้ใช้บริการ การให้เช่า การโอนเทคโนโลยีต่าง ๆ การธนาคาร และการบริการอื่น ๆ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในขณะที่ประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 อาจกำหนดลักษณะหรือประเภทของข้อพิพาทที่จะเสนอไปยังศูนย์ ICSID อย่างชัดเจนได้ว่า จะเสนอข้อพิพาทลักษณะใดหรือไม่เสนอข้อพิพาทในลักษณะใดต่อศูนย์ ICSID โดยอาจเสนอในเวลาใดก็ได้ เช่น ในช่วงให้สัตยาบัน (ratification) การให้การยอมรับ (acceptance) การให้ความเห็นชอบ (approval) อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 หรืออาจในช่วงหลังจากนั้น แต่น่าจะต้องทำก่อนที่จะมีข้อพิพาท หรือก่อนหน้าที่จะคาดว่าจะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และเลขาธิการจะแจ้งประเภทของข้อพิพาทดังกล่าวให้รัฐภาคีอื่นทราบโดยทันที⁸⁰

ผลจากการที่อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ข้อพิพาททางการลงทุน” ว่ามีความหมายครอบคลุมแค่ไหน ทำให้ศูนย์ ICSID ได้จัดทำสัญญาตัวอย่าง (ICSID model clauses) ขึ้นโดยในสัญญาตัวอย่าง ได้ให้อิสระแก่คู่สัญญาที่จะตกลงกำหนดกันว่าลักษณะกิจกรรมทางธุรกิจแบบใด จึงถือว่าเป็นการลงทุน และเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยการกำหนดว่ากิจกรรมที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันนั้น คือการลงทุนที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นี้ หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยินยอมยื่นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนให้เห็นไว้อย่างชัดเจนในสัญญาด้วยก็ได้ และผู้อำนวยการบริหารของธนาคารโลกได้แนะนำ

⁷⁹ Article 25 (4) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

⁸⁰ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 229.

ว่า “รัฐภาคีอาจจะออกกฎหมายส่งเสริมการลงทุน ที่กำหนดให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่อศูนย์ ICSID และให้นักลงทุนให้ความยินยอมเป็นหนังสือที่จะเสนอต่อศูนย์ ฯ”⁸¹ ทำให้เห็นได้ว่า อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นได้เปิดโอกาสให้แก่คู่กรณีในการที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ICSID โดยจะครอบคลุมในทุกลักษณะของการลงทุน หากคู่กรณีนั้นได้ตกลงยินยอมกันทั้งสองฝ่ายเรียบร้อยแล้ว

3.5 วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างประเทศ

วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ภายใต้ ศูนย์ ICSID นั้นมี 2 วิธีคือ การประนอมข้อพิพาท (conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) ซึ่งในบางครั้งคู่กรณีอาจใช้กระบวนการในการระงับข้อพิพาททั้งสองวิธี กล่าวคือ อาจใช้การประนอมข้อพิพาทก่อนแล้วตามด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการก็ได้ หากการประนอมข้อพิพาท ไม่สามารถที่จะใช้ระงับข้อพิพาทได้ จากบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นไม่ได้ กำหนดว่า จะต้องใช้วิธีการประนอมข้อพิพาทก่อนหากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ก็ให้ใช้วิธีการ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งขึ้นกับคู่กรณีว่าจะตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรืออาจใช้ทั้ง 2 วิธีก็ได้ ในการที่คู่กรณีฝ่ายใดประสงค์ที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ICSID ให้คู่กรณีฝ่ายนั้นยื่นคำร้อง เป็นหนังสือต่อเลขาธิการศูนย์ ICSID โดยในคำร้องขอนั้นจะต้องประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับ ประเด็นข้อพิพาททั้งหลาย สถานะของคู่กรณีและความยินยอมของคู่กรณีที่จะเสนอต่อศูนย์ เพื่อจัด ให้มีการประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี ให้เลขาธิการรับจดทะเบียนคำร้อง ขอนั้น เว้นแต่ว่าเมื่อเลขาธิการได้ตรวจคำร้องขอแล้วเห็นว่าข้อพิพาทดังกล่าวอยู่นอกเขตอำนาจของ ศูนย์อย่างชัดเจน ให้เลขาธิการต้องแจ้งให้คู่กรณีทั้งหลายทราบโดยทันทีว่ารับจดทะเบียนหรือไม่รับ จดทะเบียนคำร้องขอดังกล่าว⁸²

ในการแต่งตั้งผู้ประนอมข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องแต่งตั้งตามบัญชีรายชื่อ ซึ่งแต่ละรัฐภาคีอาจส่งชื่อของบุคคลเข้ามาเพื่อบรรจุในบัญชีรายชื่อได้บัญชีละ 4 คน โดยบุคคลนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นคนชาติของรัฐภาคี หรือในกรณีที่ประธานสภาบริหารอาจส่งชื่อบุคคลเพื่อบรรจุ

⁸¹ Escobar, A., *Settlement of Dispute under ICSID*, in APEC Symposium on Alternative Mechanisms for the Settlement of Transnational Commercial Dispute. (Bangkok: The Arbitration Office, Ministry of Justice Thailand, 1998), 230.

⁸² Article 28 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

เข้ามาในบัญชีรายชื่อบัญชีละ 10 คน ซึ่งบุคคลที่ประธานเลือกนั้นจะต้องมีสัญชาติต่างกันในแต่ละบัญชีรายชื่อ โดยบุคคลที่ได้ถูกเสนอชื่อให้อยู่ในบัญชีรายชื่อนั้นจะต้องสมัครใจที่จะให้มีชื่อ และจะต้องเป็นบุคคลที่มีศีลธรรมสูงและได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางกฎหมาย การพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือการเงิน และเป็นที่ไว้วางใจว่ามีอิสระในการทำคำตัดสิน ดังนั้นบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมข้อพิพาทหรือการอนุญาโตตุลาการย่อมได้รับความคุ้มครองจากการกำหนดคดี ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ เว้นแต่ศูนย์ ICSID จะขอมลความคุ้มครองนี้ ผู้ที่ทำหน้าที่ในการประนีประนอมข้อพิพาทหรือทำการอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อในบัญชีรายชื่อ จะดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี ในกรณีบุคคลดังกล่าว ตาย หรือ ลาออก ผู้ที่มีอำนาจในการเสนอชื่อบุคคลอื่นเข้ามาแทนเพียงเท่าเวลาที่ยังคงเหลือของวาระของคนที่ก่อน⁸³

ที่ได้กล่าวมาแล้วว่าวิธีการแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติภายใต้ศูนย์ ICSID นั้น ทำได้ด้วย 2 วิธี คือ การประนีประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ สำหรับการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาทภายใต้ศูนย์ ICSID มีขั้นตอนละเอียดอย่างไรบ้าง ผู้เขียนจะไม่ได้กล่าวอ้างในบทวิจยนี้ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น จึงอยากขอกกล่าวเฉพาะวิธีการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น เพราะวิธีการนี้เป็นหัวใจหลักสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์นี้ที่ผู้เขียนต้องการอยาจะศึกษาวิจัย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.5.1 การดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID

การอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID นั้นจะเริ่มต้นจากการที่คู่กรณีพิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการ ต่อศูนย์ ICSID หลังจากนั้น ก็มีการตั้งอนุญาโตตุลาการ และเมื่ออนุญาโตตุลาการรับหน้าที่แล้วก็จะนัดคู่กรณีกำหนดรายละเอียดในการพิจารณาและเริ่มต้นทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

3.5.1.1 การเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทำคำร้องขอ เป็นหนังสือต่อเลขาธิการศูนย์ ICSID ซึ่งมีรายละเอียดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ดังนี้

⁸³ Article 15, 21(a) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

1. รัฐภาคีใดหรือคนชาติของรัฐภาคีใดซึ่งประสงค์จะเริ่มกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ ให้ทำคำร้องขอเพื่อการดังกล่าวเป็นหนังสือต่อเลขาธิการซึ่งจะจัดส่งสำเนาคำร้องขอนั้นไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง⁸⁴

2. คำร้องขอจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นในข้อพิพาท คู่กรณีและความยินยอมของคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการตามความในข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาสำหรับการเริ่มคดีเพื่อการประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ⁸⁵

3. ให้เลขาธิการลงทะเบียนคำร้องขอ เว้นแต่พบว่าโดยพื้นฐานของข้อมูลที่ปรากฏในคำร้องขอนั้นเป็นข้อพิพาทนอกเขตอำนาจของศูนย์ ICSID โดยชัดแจ้ง เลขาธิการจะต้องแจ้งแก่คู่กรณีถึงการลงทะเบียนหรือการไม่รับลงทะเบียนคำร้องโดยไม่ชักช้า⁸⁶

3.5.1.2 ผู้เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ผู้ที่ร้องขอให้มีการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ได้นั้นอาจเป็นคู่กรณีฝ่ายใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายรัฐภาคีผู้รับการลงทุนหรือเอกชนผู้ลงทุนชาวต่างชาติ ซึ่งตามปกติผู้ที่ยื่นคำร้องขอก็มักจะเป็นฝ่ายที่เห็นว่าตนเองเสียประโยชน์หรือถูกโต้แย้งสิทธิจากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในทุกคดีที่มีการอนุญาโตตุลาการที่ศูนย์ ICSID เกิดขึ้นจากการยื่นคำร้องขอให้ใช้บริการของฝ่ายเอกชนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในรัฐภาคีผู้รับการลงทุนทั้งสิ้นเพราะผู้ลงทุนมักจะเป็นผู้เสียหายจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน⁸⁷

3.5.1.3 รูปแบบของการทำคำขอร้อง

ในการทำคำขอร้องให้มีการอนุญาโตตุลาการต่อศูนย์ ICSID นั้นต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อเลขาธิการศูนย์ ICSID โดยระบุรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทว่าพิพาทกันด้วยเรื่องใด

⁸⁴Any Contracting State or any National of Contracting State wishing to institute arbitration proceeding shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

⁸⁵The request shall contain information concerning the issues in dispute, in identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceeding

⁸⁶The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register

⁸⁷เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 239.

และอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการที่ไม่ถูกต้องอย่างไร คู่กรณีคือใคร และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ยินยอมที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID หรือไม่

หากเลขานุการศูนย์ ICSID พิจารณาคำร้องขอแล้วหากพบว่าข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจของศูนย์ ICSID ก็ต้องรับจดทะเบียนคำร้องขอแจ้งให้คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอทราบและส่งสำเนาคำร้องขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าพบว่าข้อพิพาทไม่อยู่ในเขตอำนาจของศูนย์ ICSID อย่างชัดเจน เลขานุการก็ต้องไม่รับจดทะเบียนคำร้องขอและให้แจ้งแก่คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอทราบว่าข้อพิพาทไม่อยู่ในเขตอำนาจของศูนย์ ICSID และศูนย์ฯ ก็ไม่สามารถรับจดทะเบียนคำร้องขอนั้นได้⁸⁸

3.5.2 กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ก็เช่นเดียวกับของอนุญาโตตุลาการทั่วไปคือมีความสำคัญต่อการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมาก และโดยเฉพาะต่อคู่กรณี เพราะเป็นโอกาสที่คู่กรณีจะได้เสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้าง ข้อโต้แย้งของตน อันทำให้ตนมีโอกาสแพ้หรือชนะในข้อพิพาทนั้น และที่สำคัญต่ออนุญาโตตุลาการเช่นกัน เพราะทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถค้นหาความจริงเพื่อนำไปใช้ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้

กระบวนการพิจารณาจะเริ่มขึ้นหลังจาก ที่มีการตั้งอนุญาโตตุลาการเรียบร้อยแล้ว ซึ่งตามข้อบังคับของศูนย์ ICSID ข้อ 6 ได้กำหนดรายละเอียดในเรื่องนี้ไว้ว่าให้คู่กรณีบอกกล่าวแก่เลขานุการศูนย์ ICSID ถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเมื่อมีการตั้งอนุญาโตตุลาการเรียบร้อยแล้วกระบวนการพิจารณาจะเริ่มขึ้นในวันที่เลขานุการบอกกล่าวแก่คู่กรณีว่าอนุญาโตตุลาการทุกคนได้ยอมรับการแต่งตั้ง และก่อนหรือในการพิจารณาครั้งแรกของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการทุกคนลงลายมือชื่อในหนังสือซึ่งระบุให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่ และจะเก็บทุกอย่างเป็นความลับ และจะปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอย่างเป็นธรรม⁸⁹

แต่ก่อนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ต้องนัดหมายคู่กรณีให้มากำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ตั้งแต่ วัน เวลา และสถานที่ที่จะมีการพิจารณา (ซึ่งในเรื่องของสถานที่นั้นหากไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นก็ต้องใช้สถานที่ของศูนย์ ICSID ที่กรุงวอชิงตัน ดีซี) ภาษาที่ใช้ในการพิจารณา ประเด็นที่จะพิจารณา พยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิจารณา

⁸⁸ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 239.

⁸⁹ Hirsch, M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Dispute* (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 115..

และอาจรวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติและอื่น ๆ ที่เห็นว่าจำเป็นกับการพิจารณา และเมื่อมีการตกลงกันแล้วก็จะเริ่มต้นทำการพิจารณาในวันและเวลาที่ได้ตกลงกันไว้

ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้น ส่วนใหญ่จะคล้ายคลึงกับการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการทั่วไป แต่มีบางเรื่องที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งมีรายละเอียดคงจะได้กล่าวต่อไป

3.5.2.1 การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

คู่กรณีจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้แต่ต้องเป็นจำนวนคี่ในการแต่งตั้งหากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เรื่องจำนวนและวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคู่กรณีที่ยื่นคำร้องต้องเสนอให้ ศูนย์ ICSID แต่งตั้ง พร้อมทั้งวิธีการแต่งตั้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบภายใน 10 วัน หลังจากมีการจดทะเบียนคำร้อง และภายใน 20 วัน หลังจากนั้นคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามก็ต้องตอบรับข้อเสนอหรือยื่นข้อเสนอในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการใหม่มายังคู่กรณีฝ่ายที่ยื่นข้อพิพาทต่อศูนย์ ICSID ภายใน 20 วัน หลังจากได้รับข้อเสนอข้างต้นคู่กรณีต้องตอบรับหรือปฏิเสธข้อเสนอนั้นเสียอย่างใดก็ตามหากนับจาก 60 วัน หลังจากเลขานุการรับจดทะเบียนคำร้องแล้วยังไม่สามารถตกลงกันได้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องแจ้งให้เลขานุการทราบว่าจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เช่น 3 คน โดยคู่กรณีที่แจ้งจะต้องแจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการ 2 คน โดยคนใดคนหนึ่งจะต้องไม่มีสัญชาติเดียวกับคู่กรณีที่แจ้งและไม่มีสัญชาติเดียวกับคู่กรณีอีกฝ่าย และแต่งตั้งอีก 1 คน ให้ทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายก็ต้องกระทำเช่นเดียวกันคือ แจ้งชื่ออนุญาโตตุลาการที่ไม่มีสัญชาติเหมือนกับเหมือนอีกฝ่าย และเสนอรายชื่ออนุญาโตตุลาการอีกคนให้ทำหน้าที่เป็นประธาน แล้วคู่กรณีฝ่ายที่เริ่มต้นในการแจ้งรายชื่ออนุญาโตตุลาการก็แจ้งอีกฝ่ายเรื่องการเลือกบุคคลที่จะมาเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ และแจ้งผลการแต่งตั้งโดยตรงถึงคู่กรณีอีกฝ่ายแล้วส่งไปแจ้งเลขานุการอีกครั้งหรือจะแจ้งคู่กรณีอีกฝ่ายผ่านทางเลขานุการศูนย์ ICSID ก็ได้⁹⁰ แต่หากไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือมีการแต่งตั้งแต่ยังไม่ครบจำนวนองค์คณะภายใน 90 วัน หลังจากเลขานุการศูนย์ ICSID รับจดทะเบียนคำร้องหรือระยะเวลาอันยาวนานกว่านั้นตามที่คู่กรณีตกลงกัน หลังจากปรึกษาร่วมกับคู่กรณีอีกฝ่ายแล้ว ก็อาจร้องขอให้ประธานคณะมนตรีบริหารของศูนย์ ICSID เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจำนวนที่ยังไม่ครบ

อย่างไรก็ตามในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจแต่งตั้งจากบุคคลที่มีรายชื่อในคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID หรือ ไม่ได้ แต่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งส่วนใหญ่ต้องเป็นพลเมืองของรัฐอื่น ซึ่งไม่ใช่รัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท เว้นแต่เป็นการแต่งตั้ง

⁹⁰ Article 37 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว หรือเว้นแต่คู่กรณีจะตกลงยินยอมร่วมกันในการแต่งตั้ง และหากประธานคณะมนตรีบริหารของศูนย์ ICSID เป็นแต่งตั้งดังที่กล่าวมาประธานคณะมนตรีต้องแต่งตั้งตามรายชื่อคณะอนุญาโตตุลาการที่จัดแจ้งไว้กับศูนย์ ICSID เท่านั้น

3.5.2.2 อำนาจและหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการต้องเริ่มพิจารณาคดีครั้งแรกภายใน 60 วัน หลังจากจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ประธานคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้กำหนดวันนัดพิจารณาครั้งแรกโดยการปรึกษาร่วมกันระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการและเลขาธิการฯ แต่ถ้าไม่มีประธานคณะอนุญาโตตุลาการ เลขาธิการก็จะกำหนดวันนัดพิจารณาเองโดยปรึกษาร่วมกับคู่กรณี ทั้งนี้เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ส่วนในการพิจารณาครั้งถัด ๆ ไป คณะอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นผู้กำหนดหลังจากปรึกษาร่วมกับเลขาธิการและคู่กรณีแล้ว⁹¹ โดยจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ใดก็ได้ตามที่คู่กรณีตกลงกัน ซึ่งไม่ใช่ศูนย์ ICSID หรือสถาบันอื่นที่ศูนย์ได้ไปทำความตกลงไว้ แต่ทั้งนี้ต้องปรึกษาร่วมกันกับเลขาธิการและได้รับการอนุมัติจากคณะอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ถ้าไม่ได้รับการอนุมัติก็ต้องพิจารณาคดีที่ศูนย์ ICSID โดยเลขาธิการจะต้องแจ้งการนัดพิจารณา วัน เวลา และสถานที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบ

ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID อาจเริ่มต้นจากการที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดอำนาจของตนเอง ในกรณีที่มีคู่กรณีฝ่ายใดอ้างว่า คณะอนุญาโตตุลาการและศูนย์ ICSID ไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทนั้น ซึ่งอาจเป็นเพราะอ้างว่าข้อพิพาทไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย ข้อพิพาทไม่ได้เกิดจากการลงทุน คู่กรณีฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาวอชิงตัน 1965 คู่กรณีฝ่ายผู้ลงทุนมีสัญชาติของรัฐบาลที่ผู้รับลงทุน และไม่เคยมีการตกลงกันให้ปฏิบัติต่อผู้ลงทุนในฐานะเป็นต่างชาติเพราะอยู่ภายใต้การควบคุมจากต่างชาติ และคู่กรณีไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ดังที่บัญญัติไว้ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 41 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ว่า

1. ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของตนเอง (the tribunal shall be the judge of its own competence)

2. ข้อโต้แย้งใด ๆ ของคู่กรณีในข้อพิพาทว่าข้อพิพาทนั้นไม่ได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ฯ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดว่าไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้พิจารณาโดย

⁹¹สุรางคนา แก้วจางค์, ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติอื่น, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), 89.

คณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะต้องพิจารณาทำคำวินิจฉัยในฐานะที่เป็นปัญหาเบื้องต้นหรือจะรวมวินิจฉัยไปพร้อมกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาท

Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Center, 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 as a preliminary question or join it to the merits of the dispute

นอกจากนี้ยังมีข้อบังคับของศูนย์ ICSID ที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องเดียวกันเพิ่มเติมขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับการเสนอข้อโต้แย้ง เช่น ระยะเวลาที่จะดำเนินการดังกล่าว ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสินเรื่องเขตอำนาจของตนด้วยตนเองในช่วงใดของการพิจารณาก็ได้ อาจให้หยุดการพิจารณาในเนื้อหาสาระไว้ได้ และถ้าคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าศูนย์ ICSID ไม่มีเขตอำนาจ หรือไม่อยู่ในเขตอำนาจของตน ก็สามารถทำคำชี้ขาดตามนั้นได้เลย⁹²

หลักการที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถตัดสินเรื่องเขตอำนาจของศูนย์ ICSID และขอบอำนาจของตนเองได้นี้ เป็นลักษณะพิเศษและแตกต่างจากหลักกฎหมายในบางประเทศที่ไม่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดังกล่าวหรือไม่เพราะในบางประเทศให้อนุญาโตตุลาการขอให้ศาลช่วยชี้ขาด

อย่างไรก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่ตัดสินเรื่องเขตอำนาจของตนตั้งแต่ในช่วงแรกก็ได้แต่รอไว้ตัดสินพร้อมกับปัญหาที่พิพาทในช่วงที่ทำการชี้ขาดก็ได้ ในเรื่องการมีอำนาจตัดสินเขตอำนาจของตนเองนี้โดยไม่ต้องขอความช่วยเหลือจากศาลใดนั้นก็เพราะศูนย์ ICSID ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมจากรัฐใด และเพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว และศูนย์ ICSID เองก็มีระบบต่าง ๆ ที่สมบูรณ์ในตัวเองอยู่แล้ว ซึ่งเป็นสิ่งที่ดีและเหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนซึ่งมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งจะต้องปลอดจากอิทธิพลของรัฐใด ๆ อย่างแท้จริง แต่ก่อนจะตัดสินในกรณีดังกล่าวหรือทำหน้าที่ยื่นนั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาตนว่าจะตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความยุติธรรมตามหลักกฎหมาย

3.5.2.3 การพิจารณาข้อพิพาท

ในการพิจารณาข้อพิพาทนั้นต้องเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID และตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 ว่า

การดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยการอนุญาโตตุลาการ จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในส่วนนี้ และเว้นแต่คู่กรณีได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้เป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่มีผลในวันที่คู่กรณีได้ให้ความยินยอมต่อการอนุญาโตตุลาการ หากมีปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณา ความ

⁹²Article 41 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

เกิดขึ้น ซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติในส่วนนี้ หรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ หรือกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่คู่กรณีตกลงกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินปัญหานั้น⁹³

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

3.5.2.4 การพิจารณาเป็นความลับ⁹⁴

ในส่วนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID นั้นต้องทำเป็นความลับ คือ ไม่อนุญาตให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณา ผู้ที่เข้าร่วมการพิจารณาได้นั้นต้องบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อพิพาทเท่านั้น เช่น คู่กรณีพิพาท ตัวแทน ทนายความ หรือที่ปรึกษาของคู่กรณี และอนุญาโตตุลาการที่จะเข้าร่วมการพิจารณาได้โดยตลอด แต่สำหรับพยานนั้นจะเข้าร่วมในการพิจารณาได้เฉพาะแต่ในนัดที่ตนต้องไปเข้าร่วมในการสืบพยานหรือให้ปากคำเท่านั้น จะไปเข้าร่วมในการพิจารณาคราวอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับตนไม่ได้ และหากมีการสืบพยานในคราวเดียวกันหลายคน พยานแต่ละคนจะไปฟังการเบิกความของพยานอื่นก็ไม่ได้ และคณะอนุญาโตตุลาการอาจถามคู่กรณี ตัวแทน ทนายความ และที่ปรึกษา เพื่อให้อธิบายในเรื่องที่เบิกความต่าง ๆ ได้

นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการยังถูกห้ามนำเรื่องของคู่กรณีและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีพิพาท การพิจารณา และคำชี้ขาดไปเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก โดยต้องเก็บไว้เป็นความลับ ซึ่งก็ได้มีการบังคับให้อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องระบุข้อความลงในเอกสารที่ศูนย์ ICSID มอบให้ และให้เขียนและส่งต่อศูนย์ ICSID ในขณะก่อนหรือเข้ารับตำแหน่ง

3.5.2.5 การฟังคู่กรณีก่อนทำคำชี้ขาด⁹⁵

ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก่อนที่จะทำคำชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องฟังคู่กรณี ซึ่งก็คือ ต้องมีการสืบพยาน โดยสืบคู่กรณี และพยานคู่กรณี ซึ่งรายละเอียดในการสืบพยานก็จะเป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันกับอนุญาโตตุลาการ เช่น มีการสืบพยาน ทั้งพยานบุคคล

⁹³จากบทบัญญัตินี้หมายความว่าคณะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณา ที่คู่กรณีกำหนดไว้ แต่ถ้าคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันในเรื่องวิธีพิจารณาไว้ ก็ให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญานี้ รวมทั้งข้อบังคับที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ในส่วนที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้าเรื่องใดไม่มีบทบัญญัติของกฎหมาย และไม่มีในข้อบังคับ ของศูนย์ฯ และคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้ ก็อยู่ในดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ

⁹⁴เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 242.

⁹⁵เรื่องเดียวกัน, 243.

พยานเอกสาร พยานวัตถุ หรืออาจจะมีการสืบพยานเอกสารแต่อย่างเดียว หรืออื่น ๆ โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของตนเอง เช่น ในกรณีที่ต้องมีการสืบพยานบุคคล อาจกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องนำพยานเข้าสืบก่อน และเมื่อฝ่ายนั้นสืบพยานเสร็จก็ให้ฝ่ายที่ถูกเรียกร้องสืบพยานของตน นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการ อาจเรียกให้คู่กรณีฝ่ายใดเสนอพยานเอกสารหรือหลักฐานอื่นในช่วงใดระหว่างกระบวนการพิจารณาก็ได้ และอาจเดินเผชิญสืบนอกสถานที่พิจารณา หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทและอาจตั้งคำถามคู่กรณีและพยานได้ตามที่เห็นสมควร เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ในการสืบพยานนั้นอนุญาโตตุลาการจะไม่นำหลักการการสืบพยานของศาลมาใช้กับการพิจารณาของตนแต่อย่างใดเนื่องจากไม่เหมาะสมกับการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID จึงค่อนข้างยืดหยุ่น เช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทั่วไป ไม่เคร่งครัดแบบที่ทำกันในศาล แต่ก็มีข้อบังคับระบุว่าพยานบุคคลต้องปฏิญาณตนว่าจะพูดแต่ความจริงทั้งหมด และพยานผู้เชี่ยวชาญต้องปฏิญาณตนว่าจะพูดตามที่ตนมีความเชื่ออย่างแท้จริง นอกจากนั้นคณะอนุญาโตตุลาการอาจรับฟังพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญโดยให้ทำเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่ต้องทำด้วยวาจาก็ได้ และในการจัดการไต่สวนและสืบพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญนอกจากโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นให้ทำได้หากคู่กรณียินยอม ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องกำหนดเรื่องที่จะไต่สวน กำหนดเวลาที่จะไต่สวน วิธีการไต่สวนและเรื่องอื่น ๆ และคู่กรณีอาจเข้าร่วมในการไต่สวนนั้นได้

3.5.2.6 การพิจารณาโดยขาดนัด

ในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นอาจมีกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมการพิจารณา แต่อนุญาโตตุลาการก็จำเป็นต้องพิจารณาคดีนั้นต่อไป ซึ่งในทางปฏิบัติมักเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยอมเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพราะอาจเข้าใจผิดว่าการไม่ไปเข้าร่วมนั้นหากแพ้ก็จะไม่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด เพราะตนเองไม่ยินยอมตั้งแต่ต้น

หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมเข้าร่วมการพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาไปโดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวเข้าร่วมได้ และในกรณีดังกล่าวไม่ถือว่าคู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมยอมแพ้แต่อย่างใด แต่ก็ให้อนุญาโตตุลาการให้โอกาสแก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมการพิจารณาโดยให้บอกกล่าวไปยังคู่กรณีฝ่ายนั้นว่าจะมีการพิจารณาอีกเมื่อใด ในเรื่องนี้มีบทบัญญัติ มาตรา 45 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ต่างชาติ ค.ศ. 1965 บัญญัติว่า⁹⁶

⁹⁶ Article 45 (1), (2) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

1. การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่มาปรากฏตัวหรือต่อสู้คดี ไม่ได้ถือว่าเป็นการยอมรับข้ออ้างของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions

2. หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่มาปรากฏตัว หรือต่อสู้คดี ไม่ว่าในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจขอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาปัญหาต่าง ๆ ที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการและให้ทำคำชี้ขาดได้ ก่อนที่จะทำคำชี้ขาด ให้คณะอนุญาโตตุลาการบอกกล่าว และกำหนดระยะเวลาผ่อนผันให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ไม่มาปรากฏตัวและต่อสู้คดี เว้นแต่จะเป็นที่พอใจแก่คณะอนุญาโตตุลาการว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่มีความประสงค์ที่จะมาปรากฏตัวและต่อสู้คดี.

If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and Grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so.

การบัญญัติไว้เช่นนี้ย่อมเป็นสิ่งที่ดี เพราะหากไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวไว้ชัดเจนอาจมีปัญหาได้ว่าถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมเข้าร่วมพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้หรือไม่ หากคู่กรณีเข้าร่วมเพียงแต่ฝ่ายเดียว ถึงแม้จะเป็นที่เห็นได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจและอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่เห็นสมควร โดยให้ความเป็นธรรมและให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน และการที่คู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมเข้าร่วมย่อมเป็นความผิดของฝ่ายนั้น เพราะอนุญาโตตุลาการให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเท่าเทียมกันแล้ว⁹⁷

3.5.2.7 กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID

กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุสัญญานี้ก็ได้อพยยามบัญญัติเปิดกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมถึงข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและให้มีความยืดหยุ่นเพื่อให้มีผลบังคับมากที่สุด โดยได้บัญญัติให้คู่กรณีสามารถที่จะนำเอากฎหมายใดก็ได้ที่คู่กรณีตกลงกัน มาใช้บังคับการวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 42⁹⁸ว่า

⁹⁷เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 244.

⁹⁸Article 42 (1), (2), (3) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

1. ให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทไปตามหลักกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกัน ในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันดังกล่าว ให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีในข้อพิพาท (รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย) และหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจใช้บังคับได้

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

2. คณะอนุญาโตตุลาการจะปฏิเสธการตัดสินข้อพิพาท โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่ชัดเจนไม่ได้

The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law

3. บทบัญญัติใน (1) และ (2) ย่อมไม่กระทบต่ออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินข้อพิพาทตามความยุติธรรมและความสุจริต ถ้าคู่กรณีตกลงกันเช่นนั้น.

The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono*⁹⁹ if the parties so agree.

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 42 นี้แล้วนั้นก็สามารแยกได้ว่าในกรณีที่คู่กรณีได้ตกลงกันให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่กรณี และในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับ ก็ให้เป็นหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการที่จะตัดสินว่าควรนำกฎหมายใดมาใช้บังคับ ซึ่งจะศึกษาดังต่อไปนี้

1. กรณีที่คู่พิพาทตกลงให้นำกฎหมายมาใช้บังคับ

การที่มาตรา 42 (1) ประโยคแรก ซึ่งกำหนดให้นำกฎหมายที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้มาใช้บังคับกับข้อพิพาทนั้น แสดงให้เห็นว่าคู่กรณีมีเสรีภาพมากในการแสดงเจตนา ทำให้มีความยืดหยุ่นในการนำกฎหมายมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

โมเช่ เฮิร์ช (Moshe Hirsch) ให้ความเห็นว่า ไม่ว่ากฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันให้นำมาใช้บังคับนั้นจะเป็นกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือการผสมผสานกันระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ก็สามารถนำมาใช้บังคับได้¹⁰⁰ จะเห็นได้ว่า

⁹⁹ *ex aequo et bono* คือ หลักความเป็นธรรมและสุจริต ถูกเขียนไว้เป็นหลักการเฉพาะในมาตรา 42(3) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 และแปลเป็นภาษาไทยโดย อนันต์ จันทร์โอภากร

¹⁰⁰ Hirsch, M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Dispute* (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 115.

อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นได้ให้เสรีภาพเต็มที่แก่คู่กรณีที่จะตกลงกันว่า จะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นได้ การมีเสรีภาพของคู่กรณีตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้น เพื่อที่จะไม่ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการตกลงดังกล่าวของคู่กรณีทำให้มีผลผูกพันอนุญาโตตุลาการที่จะต้องปฏิบัติตาม แต่เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่กรณีนั้นจะต้องมีขอบเขต กล่าวคือ หลักกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่คู่กรณีได้ตกลงที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทนั้น จะต้องไม่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อย (public policy) หรือหลักมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับข้อบังคับวิธีพิจารณาความ (minimum standard of procedural rules) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่เป็นที่ยอมรับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และยังคงคำนึงถึงหลักกฎหมายสูงสุดซึ่งจะละเมิดมิได้ (jus cogens) ในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

2. กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับ

ตามมาตรา 42 (1) ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ตอนท้ายนั้น ก็ได้มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเป็นผู้เลือกกฎหมายมาใช้บังคับ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงเลือกกฎหมายมาใช้บังคับโดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการนำเอากฎหมายของรัฐบาลที่เป็นคู่กรณีข้อพิพาท รวมทั้งหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามที่เห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ ดังตัวอย่าง ในคดี AMCO Asia V. The Government of Indonesia นั้น คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ นำกฎหมายอินโดนีเซีย และกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้กับข้อพิพาท เนื่องจากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ว่า จะใช้หลักกฎหมายใดในการตัดสินข้อพิพาทนั้น¹⁰¹

การที่กล่าวถึงกฎหมายภายในของรัฐบาล และกฎหมายระหว่างประเทศเอาไว้ในประโยคเดียวกันนี้ หมายความว่าอย่างไร โดยในเรื่องนี้ อารอน โบรเช (Aron Broches) ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นรองประธานสภาบริหารของธนาคารโลก Vice President and General Counsel of World Bank ในปี ค.ศ. 1967 ให้ความเห็นว่า “บทบัญญัตินี้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องนำกฎหมายภายในของรัฐบาลที่เป็นคู่กรณีมาปรับใช้กับข้อพิพาทก่อน แล้วจึงพิจารณาว่าผลที่ได้จากการนำกฎหมายภายในมาปรับใช้แล้วนั้นขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ถ้าผลที่ได้นั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จะนำกฎหมายภายในของรัฐบาลนั้นมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไม่ได้ แต่

¹⁰¹ รุ่งทอง ไกรยวเสน, การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), 74.

จะต้องนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับแทน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเหนือกฎหมายภายในนั่นเอง”¹⁰²

จากบทบัญญัติของมาตรา 42 (2) ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นั้นก็ได้กำหนดไม่ให้อนุญาโตตุลาการยกข้ออ้างว่าไม่มีกฎหมาย หรือกฎหมายไม่ชัดเจนมาปฏิเสธเพื่อที่จะไม่ทำการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่คู่กรณีที่ได้เสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการทำการชี้ขาดว่าเมื่อเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินข้อพิพาทนั้น

นอกจากนี้ อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ก็ยังได้บัญญัติควบคุมถึงว่าอนุญาโตตุลาการอาจตัดสินข้อพิพาท โดยนำเอาหลักความยุติธรรมและความสุจริต (*ex aequo et bono*) มาใช้เมื่อคู่กรณีได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น การตัดสินโดยใช้หลักความยุติธรรมและหลักความสุจริต จะทำได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้มอบให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท โดยใช้หลักดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง โดยปรากฏในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือความตกลงให้ส่งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วไปให้อนุญาโตตุลาการตัดสิน ซึ่งเป็นการตัดสินข้อพิพาท โดยไม่ต้องใช้หลักกฎหมาย แต่ใช้หลักยุติธรรมและความสุจริตในการวินิจฉัยข้อพิพาท และผลของคำชี้ขาดจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย¹⁰³ การตัดสินชี้ขาดโดยใช้หลักความยุติธรรมและความสุจริต เมื่อคู่กรณีได้อนุญาตโดยชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการใช้หลักดังกล่าว เป็นดุลพินิจของผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการที่จะใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางเกินขอบเขตแห่งกฎหมาย

3.5.3 คำชี้ขาด การยอมรับ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (*recognition and enforcement of the award*) ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้น คือเพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และให้เกิดความมั่นใจว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้อย่างจริงจัง และคู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาด คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นมีผลผูกพันคู่กรณีที่ต้องปฏิบัติตามและไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการเยียวยาอื่นใด¹⁰⁴ ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ อนันต์ จันทโรภากร ได้อธิบายว่าการนำเอาหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) และหลัก *res judicata* มาใช้ซึ่งในมาตรา 37 ของอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 (Hague

¹⁰² รุ่งทอง ไกรยรเสน, การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), 74.

¹⁰³ พิชัยศักดิ์ หราชกูร, พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), 74.

¹⁰⁴ Article 53 (1) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

Convention for the Pacific Settlement of International Disputes) ได้ให้ความหมายของหลัก pacta sunt servanda ไว้ว่าการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการย่อมก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่คู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดด้วยความสุจริต และมาตรา 81 ของอนุสัญญาฉบับเดียวกันนี้ก็ให้ความหมายของหลัก res judicata ไว้ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นโดยชอบและได้แจ้งหรือส่งให้แก่คู่กรณีแล้วย่อมเป็นการยุติข้อพิพาทนั้นและจะอุทธรณ์ไม่ได้ ซึ่งหลักทั้งสองดังกล่าวนี้จะนำมาใช้กับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นโดยถูกต้องและสมบูรณ์ปราศจากเหตุที่จะมาทำการยกเลิกหรือเพิกถอนเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะยกเลิกความผูกพันตามคำชี้ขาดไม่ได้เสียเลย เพราะหากพิสูจน์พบความไม่สมบูรณ์ของคำชี้ขาดก็สามารถยกเลิกคำชี้ขาดในส่วนที่ไม่สมบูรณ์นั้นเสียก่อนได้

นอกจากนี้หลักสำคัญของกระบวนการตัดสินข้อพิพาทของศูนย์ ICSID ก็คือรัฐภาคีที่เป็นคู่กรณีจะต้องยอมรับคำชี้ขาดที่ได้กระทำขึ้นตามอนุสัญญานี้ ว่ามีผลผูกพันเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลของตนซึ่งถึงที่สุดแล้ว เพราะหากไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ ก็จะทำให้ประเทศต่าง ๆ ไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งทำให้คู่กรณีถูกบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่อาจที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาได้ตามวิธีปฏิบัติตามปกติของระบบศาลภายในของรัฐนั้น ทำให้ศาลไม่สามารถที่จะตรวจสอบคำชี้ขาดและพิจารณาข้อพิพาทได้อีก “แต่การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาที่ใช้บังคับภายในรัฐ ซึ่งถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวภายในดินแดนของตน”¹⁰⁵ จะเห็นได้ว่าในอนุสัญญาไม่ได้กำหนดลักษณะของการบังคับเอาไว้เลย เพื่อให้การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นมีประสิทธิภาพมากที่สุด กล่าวคือขึ้นกับแต่ละรัฐว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีการบังคับตามคำพิพากษาเอาไว้อย่างไร

หลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จสิ้นแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาดและคำชี้ขาดนั้นก็ใช้บังคับได้ในทางกฎหมาย คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID คือ คำตัดสินที่ถึงที่สุดแล้วทำให้คู่กรณีคนใดกระทำการใด ๆ เช่น กระทำการ งดเว้นกระทำการ โอนกรรมสิทธิ์ ส่งมอบทรัพย์สิน หรืออื่น ๆ เช่น ให้รัฐผู้รับการลงทุนชดเชยค่าสินไหมทดแทนในการริบทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุน เป็นต้น

คำชี้ขาด ที่เป็นผลของการอนุญาโตตุลาการ และเป็นสิ่งที่คู่กรณีตลอดจนอนุญาโตตุลาการมุ่งประสงค์จะเป็นสิ่งที่สำคัญและต้องวางหลักเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาดซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินคดีโดยเสียงข้างมากขององค์คณะ ในการทำคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาและชี้ขาดทุกประเด็นแห่งคดีพร้อมทั้งชี้แจงเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินชี้ขาดด้วย และอนุญาโตตุลาการแต่ละคนอาจให้ความเห็นส่วนตัว ไม่ว่าจะเห็นด้วยหรือเห็น

¹⁰⁵ Article 53 (3) แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

แย้งแนบรวมไปกับคำชี้ขาดด้วยก็ได้ คำชี้ขาดนี้จะไม่ถูกเผยแพร่จนกว่าคู่กรณีจะยินยอมทั้งนี้เพื่อรักษาผลประโยชน์ให้แก่คู่กรณี แต่ในทางกลับกันก็อาจจะเป็นอุปสรรคประการหนึ่งในการศึกษาคำชี้ขาด หรือศึกษากระบวนการพิจารณาภายใต้ศูนย์ ICSID ด้วยเช่นกัน คำชี้ขาดจะต้องร่างให้เสร็จภายใน 60 วันหลังปิดกระบวนการพิจารณา หรือขยายต่อไปได้อีก 30 วัน หลังจากกำหนดเวลาดังกล่าว อย่างไรก็ตามก่อนมีการชี้ขาดหากคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ก็สามารถร้องขอต่อเลขาธิการในกรณีที่ยังไม่มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้วให้เลิกกระบวนการพิจารณาเสียก่อนมีการทำคำชี้ขาดก็ได้ ซึ่งการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการเลิกดำเนินการพิจารณานั้นจะต้องไม่มีการคัดค้านจากคู่กรณีอีกฝ่าย

หากไม่มีการคัดค้านกระบวนการพิจารณาหรือยกเลิกกระบวนการพิจารณาจนคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดผลแห่งคดี เลขาธิการต้องส่งสำเนาคำชี้ขาดที่ได้รับรองแล้วให้แก่คู่กรณีโดยไม่ชักช้า และถือว่าคำชี้ขาดได้ทำขึ้นในวันที่มีการส่งคำชี้ขาดที่ได้รับการรับรองความถูกต้องให้แก่คู่กรณีโดยไม่ชักช้า อย่างไรก็ตามหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีความผิดประการหนึ่งได้ชี้ขาดหรือมีความผิดพลาดในการคำนวณ ความผิดพลาดด้านงานธุรการหรืองานในทำนองเดียวกันเกิดขึ้น คู่กรณีก็สามารถยื่นคำร้องขอเลขาธิการภายใน 45 วัน หลังจากมีการทำคำชี้ขาดให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการยกคำร้องขึ้นพิจารณาอีกครั้ง คำชี้ขาดเพิ่มเติมนี้จะถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดในครั้งแรก แต่หากมีการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคำร้องหลัง 45 วันตามที่ได้กำหนดกล่าวมาข้างต้นเลขาธิการก็มีสิทธิปฏิเสธที่จะไม่รับหรือรับจดทะเบียนคำร้องดังกล่าว¹⁰⁶

แม้กระนั้นก็ตามในการพิจารณาเพื่อปฏิบัติตามคำชี้ขาดหากมีประเด็นสงสัยเกี่ยวกับการตีความ การแก้ไขหรือการยกเลิกคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิยื่นคำร้องโดยแถลงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อสงสัยของตนเป็นหนังสือไปยังเลขาธิการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ทำคำชี้ขาดทำการพิจารณาใหม่ในประเด็นที่เป็นปัญหาใหม่อีกครั้งหรืออาจตั้งคณะอนุญาโตตุลาการคณะใหม่อีกคณะ เพื่อทำการพิจารณาในประเด็นดังกล่าว และหากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นพฤติการณ์แวดล้อมแล้วหากจะเป็นความเสียหายต่อคู่กรณี คณะอนุญาโตตุลาการก็อาจสั่งให้ทุเลาการบังคับคำชี้ขาดไว้ก่อนก็ได้ จนกว่าจะมีการชี้ขาดใหม่เพิ่มเติม และหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพบข้อเท็จจริงที่มีผลกระทบต่อคำชี้ขาดภายหลังมีคำชี้ขาดโดยความไม่รู้นั้น ไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อคู่กรณีฝ่ายนั้นก็มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้มีการทำคำชี้ขาดใหม่ภายใน 90 วันนับแต่วันค้นพบความจริงหรือภายใน 3 ปีนับแต่วันชี้ขาด ซึ่งระหว่างทำการพิจารณาคำชี้ขาดใหม่คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีดุลพินิจ โดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมสั่งทุเลาการบังคับคดี หรือผู้ร้องเองอาจสั่งขอให้มีการทุเลาการบังคับคดีไว้ก่อน จนกว่าจะมีการชี้ขาดก็ได้

¹⁰⁶ Article 48 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

จากประเด็นที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนสรุปได้ว่า คำชี้ขาดภายใต้การอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID จะมีผลผูกพันคู่กรณีโดยไม่ตกอยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการเยียวยาใด ๆ ซึ่งคู่กรณีต้องได้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยถือว่าคำชี้ขาดมีผลผูกพันที่มีพันธกรณีทางการเงินที่เป็นเสมือนคำพิพากษาสูงสุดของรัฐ โดยให้การบังคับคดีเป็นไปตามกระบวนการพิจารณาของรัฐที่มีการบังคับคดี การกำหนดให้ผลผูกพันเช่นนี้ก็เพื่อความสัมฤทธิ์ผลของคำชี้ขาดในการบังคับตามคำชี้ขาดของการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID¹⁰⁷ ซึ่งผลแห่งความผูกพันนี้ แม้จะไม่สามารถอุทธรณ์หรือเยียวยาด้วยวิธีการอื่นใดได้ แต่คู่กรณีก็มีสิทธิขอยกเลิกคำชี้ขาดดังกล่าวเสียก็ได้ หากมีเหตุดังต่อไปนี้

1. คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับการแต่งตั้งโดยถูกต้อง
2. คณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำเกินขอบเขตอำนาจอย่างชัดเจน
3. อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งทุจริต
4. การพิจารณาเบี่ยงเบนไปจากกฎเกณฑ์พื้นฐานของวิธีพิจารณาอย่างร้ายแรง
5. คำชี้ขาดไม่ระบุถึงเหตุผลที่เป็นพื้นฐานในการชี้ขาด

ผู้ร้องจะต้องยื่นคำร้องขอยกเลิกคำชี้ขาดโดยยกเหตุที่กล่าวข้างต้นภายใน 120 วันนับแต่วันมีการทำคำชี้ขาด หรือ 120 วันนับแต่มีการทุจริต หรือ 3 ปีนับแต่มีการทำคำชี้ขาดกรณีมีการทุจริตขึ้น เมื่อได้รับคำร้องประธานคณะมนตรีบริหารก็จะแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อคณะกรรมการเฉพาะกิจจำนวน 3 คน ซึ่งไม่ใช่อนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดคดี หรือมีสัญชาติของคู่กรณีขึ้นทำการพิจารณาชี้ขาดคำร้อง การพิจารณาชี้ขาดอาจยกเลิกคำชี้ขาดเดิมเพียงบางส่วนหรือทั้งหมด หรือยื่นคำชี้ขาดเดิม ทั้งนี้จะเป็นไปตามดุลพินิจของคณะกรรมการเฉพาะการเท่านั้น

¹⁰⁷ Article 53 แห่งอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

บทที่ 4

วิเคราะห์ประเด็นปัญหา และเปรียบเทียบการระงับความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดยอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับประเทศ สหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ

ในสังคมปัจจุบันมีคนอยู่ร่วมกันเป็นจำนวนมาก เพราะฉะนั้นในการดำรงชีวิตประจำวันย่อมมีนิติสัมพันธ์ต่อกันไม่ว่าด้านใดด้านหนึ่ง โดยเมื่อไม่สามารถตกลงกันได้หรือไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาที่มีไว้ต่อกันได้ย่อมส่งผลให้เกิดข้อขัดแย้งกันขึ้น โดยเฉพาะข้อขัดแย้งทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นข้อขัดแย้งทางแพ่งตามกฎหมายภายในประเทศ หรือข้อขัดแย้งทางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งมีแนวโน้มอาจเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้เกิดคดีความจำนวนมากขึ้นสู่ศาล แต่เนื่องจากบางประเทศโดยเฉพาะ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จำนวนผู้พิพากษามีจำกัด และไม่ได้สัดส่วนกับจำนวน ข้อขัดแย้งที่เพิ่มมากขึ้นจึงทำให้เกิดปัญหาปริมาณคดีล้นศาลและทำให้การแก้ไขข้อขัดแย้งทางศาลเป็นไปอย่างล่าช้า ซึ่งศาลยุติธรรมได้แก้ปัญหาโดยการนำมาตรการต่าง ๆ มาใช้ในการดำเนินคดีเพื่อให้เสร็จไปโดยเร็ว เช่น การเร่งรัดพิจารณาคดี การพิจารณาคดีต่อเนื่อง ตลอดจนการเพิ่มจำนวนผู้พิพากษา และยังนำเอากระบวนการไกล่เกลี่ยต่าง ๆ มาใช้เข้าในการแก้ไขข้อขัดแย้ง โดยได้กำหนดเอาสถาบันที่เป็นกลาง หรือคณะบุคคลกลางมาทำการไกล่เกลี่ย เพื่อให้ทุกฝ่ายเข้าใจซึ่งกันและกัน โดยต่างฝ่ายต่างเคารพสิทธิพื้นฐานของกันและกันอย่างสงบและสันติ

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นประเทศที่กำลังพัฒนามีความต้องการให้ประเทศมีความเจริญเติบโตในทุกด้าน รัฐบาลจึงได้กำหนดนโยบาย เปิดกว้างให้หลายกลุ่มคนไม่ว่าภายในหรือกลุ่มคนจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนให้มากที่สุด จึงได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อรองรับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นเมื่อมีหลายกลุ่มคนเข้ามาอยู่ร่วมกัน เพื่อทำอย่างไรให้กลุ่มคนเหล่านั้นอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติและยุติธรรม หนึ่งในมาตรการต่าง ๆ นั้นคือ การออกกฎหมายภายใน การใช้กฎหมายระหว่างประเทศ และการเข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญาต่าง ๆ เพื่อนำมาเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกและปกป้องสิทธิผลประโยชน์แก่ทุกฝ่ายอย่างเสมอภาพและยุติธรรมภายใต้กรอบกติกาของกฎหมายเหล่านั้น

ปัจจุบันถึงแม้ว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะออกกฎหมายหลายฉบับเพื่อรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ ด้วยการบัญญัติในกฎหมายว่า การลงทุนของต่างประเทศใน

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะถูกปกป้องอย่างเต็มที่ ด้วยระเบียบกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยจะไม่ถูกยึด ถูกเกณฑ์ และจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ เว้นเสียหากมีความจำเป็นจะต้องใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ ซึ่งผู้ลงทุนต่างประเทศจะได้รับค่าทดแทนคืนตามระเบียบกฎหมาย¹⁰⁸ อย่างไรก็ตามยังคงมีปัญหาว่าเมื่อเกิดมีข้อพิพาทระหว่างกันขึ้น นักลงทุนเอกชนต่างชาติก็ยังคงต้องได้คำนึงในสองประเด็นหลักคือ

1. การอ้างในกฎหมายว่า ทรัพย์สินของนักลงทุนเอกชนต่างชาติจะไม่ถูกยึด ถูกเกณฑ์ และจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ เว้นเสียหากมีความจำเป็นจะต้องใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์
2. ความมีสถานะภาพไม่เท่าเทียมกันของสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายรัฐอาจกล่าวอ้างโดยยกเรื่องสิทธิพิเศษที่จะได้รับการคุ้มกันเมื่อถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีในเวทีระงับข้อพิพาทในรัฐอื่น หากว่าในสัญญาร่วมลงทุนมีการตกลงให้ใช้ศาลต่างประเทศเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากประเด็นนี้นักลงทุนเอกชนต่างชาติดูแลว่าฝ่ายคนเสียเปรียบเพราะไม่ว่าจะกล่าวอ้างได้เหมือนกับฝ่ายรัฐจึงกลายเป็นประเด็นปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา

4.1 ประเด็นที่เป็นปัญหาของการแก้ไขข้อขัดแย้ง

จากประเด็นปัญหาของการใช้กฎหมายใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ทั้งสองข้อที่ได้กล่าวมาข้างต้นคือ

ข้อ 1 ประเด็นข้อกล่าวอ้าง “เพื่อสาธารณะประโยชน์”

ข้อ 2 ประเด็นการกล่าวอ้าง “ความคุ้มกันของรัฐ”

4.1.1 ประเด็นการกล่าวอ้าง “เพื่อประโยชน์สาธารณะ”

ความหมายในประเด็นนี้ มีความหมายกว้าง แต่เป็นที่เข้าใจอย่างง่าย ๆ ว่า การกระทำการใด ๆ ของรัฐโดยเฉพาะรัฐผู้รับการลงทุนที่มีลักษณะทำให้อีกฝ่ายคือนักลงทุนต่างชาติ เสียสิทธิหรืออย่างใดอย่างหนึ่งในการประกอบกิจการการลงทุน เป็นต้นว่า การเวนคืนทรัพย์สิน การแก้ไขกฎหมาย การโอนกิจการของนักลงทุนมาเป็นของรัฐ ... ฯลฯ ทั้งหมดเหล่านี้ก็จะถูกอ้างโดยรัฐว่า “ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ” เป็นคำกล่าวอ้างที่ฟังแล้วดูสมเหตุสมผล หากที่จะหาใครมาค้านได้

การโอนกิจการเป็นของรัฐ หรือการเวนคืนกิจการ นั้น คือการที่รัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยของตนในฐานะของรัฐผู้รับการลงทุน กระทำการโอนทรัพย์สินของผู้ลงทุนที่ใช้ในการลงทุนและกิจการที่ผู้ลงทุนต่างชาติได้ดำเนินการให้ตกมาเป็นของรัฐ แต่การเวนคืนกิจการและการโอนกิจการเป็น

¹⁰⁸ มาตรา 4 แห่งกฎหมายว่าด้วย การส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศ ค.ศ. 2004

ของรัฐนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันบางประการ คือ การเวนคืนกิจการนั้นจะกระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ทรัพย์สินที่ได้เวนคืนมานั้นในลักษณะที่ต่างไปจากเดิมเพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือ ที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ (public interest) โดยจะต้องทำตามขั้นตอนแห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่โดยวางบนหลักกฎหมายพื้นฐานในการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนหรือในภาษากฎหมายเรียกว่า “แดนกรรมสิทธิ์” เช่น การเวนคืนที่ดินของเอกชนมาเพื่อสร้างถนน ส่วนการโอนกิจการมาเป็นของรัฐนั้นจะเป็นการโอนทรัพย์สิน สิทธิและประโยชน์ในทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐ หรือของหน่วยงานของรัฐ เพื่อรัฐหรือหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ จะได้เป็นผู้ดำเนินการต่อเอง

ทั้งนี้เพราะ โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า แต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนเอง (permanent sovereignty over natural resources) โดยยอมรับกันว่า

1. รัฐย่อมเป็นเจ้าของทรัพยากรต่าง ๆ ที่อยู่ในอาณาเขตของตนเอง ดังนั้น รัฐจึงมีอิสระที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติที่ลงทุนในดินแดนของตนเอง
2. รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนได้โดยเสรี รวมทั้งการครอบครอง การใช้ หรือการจำกัดสิทธิเหนือทรัพย์สิน ทรัพยากรทางธรรมชาติและกิจกรรมทางเศรษฐกิจของตน
3. แต่อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย หากรัฐดำเนินการในลักษณะของการกระทำที่มีผลในการโอนกิจการมาเป็นของรัฐ รัฐนั้น ๆ ก็ยังคงต้องรับผิดชอบการกระทำของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การเวนคืนนั้น รัฐสามารถที่จะกระทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากการใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินกิจการภายในของรัฐนั้น ๆ จะต้องเป็นการกระทำภายใต้กฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้และจะต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

การโอนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างประเทศมาเป็นของรัฐ เป็นปัญหาที่มีการกล่าวถึงกันมากทั้งในด้านกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากในช่วงระยะเวลา 30-40 ปี ที่ผ่านมามีการโอนกิจการหรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างประเทศมาเป็นของรัฐ ซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้ได้เกิดขึ้นในหลายประเทศ เช่น ในปี ค.ศ. 1969 รัฐบาลประเทศเปรูและรัฐบาลประเทศโบลิเวียได้ทำการโอนกิจการและทรัพย์สินบริษัทน้ำมันของนักลงทุนต่างชาติไปเป็นของรัฐ และในปี ค.ศ. 1971 รัฐบาลของประเทศชิลีได้โอนกิจการและทรัพย์สินบริษัทเหมืองทองแดงของ

อเมริกันไปเป็นของรัฐ¹⁰⁹ สาเหตุในการโอนกิจการของผู้ลงทุนไปเป็นของรัฐนี้ เนื่องจากนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐเปลี่ยนแปลงไป หรือเพราะการจัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ นอกจากนั้นแล้วรัฐยังทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะโอนหรือบังคับซื้อกิจการหรือทรัพย์สินของเอกชนเพื่อประโยชน์แห่งสาธารณะหรือประโยชน์อื่นตามที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมาย¹¹⁰

บรรดาประเทศสังคมนิยมหรือคอมมิวนิสต์ได้แก่กลุ่มประเทศในยุโรปตะวันออก เช่น อดีตประเทศสหภาพโซเวียตหรือประเทศเชโกสโลวาเกีย หรือประเทศในทวีปเอเชีย เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน ยังมีแนวคิดที่ว่า เครื่องมือ เครื่องใช้ในการผลิตหรือในการประกอบกิจกรรมใด ๆ ในทางเศรษฐกิจ (means of production) ควรจะอยู่ในอำนาจของรัฐ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจในทางเศรษฐกิจของชนชั้นหนึ่งกดขี่โดยแสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากอีกชนชั้นหนึ่งได้ ประเทศดังกล่าวนี้จึงกำหนดให้ทรัพย์สินทั้งหมดเป็นของรัฐ โดยส่วนรวมเอกชนไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้อย่างเสรีเหมือนประเทศทุนนิยม¹¹¹ จะเห็นได้จากกฎหมายรัฐธรรมนูญของอดีตสหภาพโซเวียตปี ค.ศ. 1936 มาตรา 6 กำหนดให้ ที่ดิน แร่ธาตุ แหล่งน้ำ ป่าไม้ โรงสี โรงงาน เหมืองแร่ การขนส่ง การธนาคาร วิสาหกิจ การเกษตร .. ฯลฯ เป็นทรัพย์สินของรัฐ สำหรับ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เองก็มีลักษณะคล้าย ๆ กันแต่ไม่เหมือนกันทั้งหมด โดยได้ถูกระบุไว้ในกฎหมายว่า ทรัพยากรธรรมชาติ อาทิเช่น ที่ดิน แร่ธาตุ เหมืองแร่ เป็นทรัพย์สินสมบัติของชาติ เนื่องจากว่าการปกครองมีลักษณะก้าวเดินตามสังคมนิยม ดังนั้นประเทศที่ปกครองโดยระบบสังคมนิยมหรือคอมมิวนิสต์จึงเห็นว่ารัฐสามารถที่จะยึด หรือโอนวิธีการผลิตใด ๆ เป็นของรัฐได้โดยมิจำเป็นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน¹¹²

สำหรับแนวความคิดของบรรดาประเทศกำลังพัฒนา ซึ่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็เป็นหนึ่งในนี้ ส่วนใหญ่มีความต้องการอยากให้นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุนเพื่อเป็นการพัฒนาประเทศตน ดังนั้น ประเทศเหล่านี้จึงมักจะระมัดระวังในการยึดหรือโอนกิจการของคนต่างชาติมาเป็นของรัฐเพราะเกรงว่าการกระทำเช่นนี้จะเป็ผลร้ายในระยะยาวต่อการพัฒนาประเทศของตนเมื่อไม่มีนักลงทุนต่างประเทศกล้าที่จะเข้ามาลงทุนเพราะต้องเสี่ยงกับการถูกยึด ถูกโอนกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงมีการโอนกิจการและทรัพย์สินของ

¹⁰⁹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการประกอบการสอน ชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน่วยที่ 8-15 (กรุงเทพฯ: ประชาชน, 2528), 644.

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน, 644.

¹¹¹ Tiewa, W., *The Third World and International Law*, In Selected Articles from Chinese Yearbook of International Law, ed. Chinese Society of International Law (Beijing: China Translation Publishing, 1983), 31.

¹¹² จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2539), 615.

นักลงทุนไปเป็นของรัฐในกลุ่มของบรรดาประเทศที่กำลังพัฒนานี้หลายประเทศ ซึ่งบางครั้งรัฐบาลบางรัฐบาลของบรรดาประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศก็อาจยึดหรือโอนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติโดยไม่ยอมชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับนักลงทุนต่างประเทศนั้น หรือหากมีการยอมชดเชยค่าสินไหมทดแทนก็เป็นการชดเชยที่ไม่เต็มตามจำนวน¹¹³ ดังเช่นในกรณีที่รัฐบาลเม็กซิโกได้มีความเห็นในกรณีที่โอนที่ดินของคนอเมริกันมาเป็นของรัฐบาลเม็กซิโกว่า “ตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ปรากฏกฎเกณฑ์ที่ยอมรับโดยทั่วไปไม่ว่าในทางทฤษฎีหรือทางปฏิบัติกำหนดให้รัฐที่ทำการโอนเป็นของรัฐมีความผูกพันที่จะต้องจ่ายค่าชดเชยอย่างเพียงพอในทันทีทันใดและเป็นผล หรือการกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยในลักษณะทั่วไปแต่อย่างใด”¹¹⁴

จากการวิเคราะห์ประเด็นข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การโอนกิจการเป็นของรัฐ เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับการส่งเสริมการลงทุน เนื่องจากเป็นการทำลายบรรยากาศในการลงทุน ทำให้นักลงทุนซึ่งส่วนใหญ่เป็นนักลงทุนในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วขาดความเชื่อมั่นและมั่นใจในการเข้าไปลงทุน นอกจากนี้ การโอนกิจการยังเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเสียหายในด้านเศรษฐกิจแก่นักลงทุน และประเทศของผู้รับการลงทุนเอง ความเสียหายอาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการโอนกิจการของผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐโดยไม่จ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม หรือการใช้มาตรการอื่นของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนต่างชาติแล้วเป็นปัญหานำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเมื่อปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้เกิดขึ้นจึงต้องใช้กลไกการระงับข้อขัดแย้งเข้ามาแก้ไข ดังนั้น การเวนคืนกิจการ หรือทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติจึงถือได้ว่าเป็นอุปสรรคที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะ หากไม่มีกฎหมายหรือข้อกำหนดใด ๆ ที่จะเป็นการคุ้มครองสิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติก็อาจจะส่งผลต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติที่จะเดินทางเข้าไปลงทุนในประเทศดังกล่าว ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ ที่ต้องการดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติให้เข้ามาสู่ประเทศของตนก็จะต้องสรรหามาตรการหรือวิธีการในการสร้างหลักประกันดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม

ปัจจุบันถึงแม้ว่า มาตรการทางกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะเข้มงวดขึ้น โดยได้ตรากฎหมายออกหลายฉบับ เพื่อรองรับสถานการณ์ ไม่ให้เกิดประเด็นปัญหาเหมือนที่กล่าวข้างต้น หนึ่งในบรรดากฎหมายที่ตราออกมา เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของต่างประเทศใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มาตรา 4 ว่าด้วย การปกป้องการลงทุนของต่างประเทศ ได้ระบุไว้ว่า “ทรัพย์สินสมบัติและการลงทุนของผู้ลงทุนต่างชาติที่

¹¹³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2539), 616.

¹¹⁴ Henkin, L., Pugh, R. C., Schachter, O., and Smith, H., **International Law Case and Materials** (St. Paul Minn: West Publishing, 1980), 688.

ดำเนินธุรกิจในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะถูกปกป้องอย่างเต็มที่ด้วยระเบียบกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยจะไม่ถูกเวนคืน ถูกยึด รวมทั้งจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งผู้ลงทุนต่างชาติ จะได้รับค่าทดแทนคืนตามระเบียบกฎหมาย”¹¹⁵

จากหลักกฎหมายในมาตรา 4 นี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ดี ซึ่งจะทำให้ผู้ลงทุนต่างประเทศมีความมั่นใจ ที่จะกล้าเข้าไปลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เพราะจะถูกปกป้องอย่างเต็มที่ด้วยระเบียบกฎหมาย จึงเห็นด้วยในทางทฤษฎี แต่มองในทางวิชาการ ในฐานะที่ผู้เขียนกำลังศึกษาวิจัยจึงเห็นว่า เนื้อหาของกฎหมายในมาตรานี้ยังไม่ชัดเจนมากเท่าไร เพราะหากจะตีความตามกฎหมายแล้วยังมีความหมายกว้างเกินไป ในข้อความที่ว่า “จะได้รับค่าทดแทนคืนตามระเบียบกฎหมาย” ผู้เขียนวิเคราะห์ว่ายังไม่ชัดเจน และยังไม่ครบถ้วน ดังนี้

1. ยังไม่ชัดเจน คือมีความหมายกว้างเกินไป คือคำว่า “จะได้รับคืนตามระเบียบกฎหมาย” เพราะบุคคลทั่วไปที่มีความรู้ไม่สูงมาก จะเข้าใจยากเพราะจะเกิดคำถามในใจว่า จะได้รับค่าทดแทนคืนตามระเบียบหมายถึงระเบียบอะไร และตามกฎหมายหมายถึงกฎหมายว่าด้วยอะไร มาตราที่เท่าไร หากดูได้ที่ไหน ฯลฯ เหล่านี้เป็นต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตรากฎหมายในมาตราใดมาตราหนึ่งต้องมีความชัดเจนทางด้านเนื้อหา ไม่คลุมเครือ และไม่เป็นข้อสงสัยแก่ผู้อ่าน ฉะนั้นควรจะระบุให้ชัดเจน เช่นว่า การยึดทรัพย์นั้นจะได้รับค่าทดแทนคืนตามกฎหมายธุรกิจ หรือตามกฎหมายส่งเสริมและปกป้องการลงทุนของต่างประเทศเหล่านี้เป็นต้น และ

2. ยังไม่ครบถ้วน คือมีเนื้อหาสั้นกะทัดรัดเกินไป จนไม่สามารถตีความได้ หรือตีความได้อาจตีไปในทางที่ผิด เช่นนี้อาจทำให้เกิดช่องว่างให้คนที่คิดไม่เดินนำไปใช้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายพรรคพวกตนได้

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรแก้ไขกฎหมายในมาตรานี้ โดยเฉพาะกับเนื้อหาที่ว่า “จะได้รับค่าทดแทนคืนตามระเบียบกฎหมาย” แก้มมาเป็น “จะได้รับค่าทดแทนคืนตามความเหมาะสมและเป็นธรรมภายในเวลาอันควร...” เช่นนี้จะมีความชัดเจนในทางกฎหมายมากขึ้น

¹¹⁵มาตรา 4 แห่งกฎหมายว่าด้วย การส่งเสริมการลงทุนของต่างประเทศ ค.ศ. 2004

4.1.2 ประเด็นข้อกล่าวอ้าง “ความคุ้มกันของรัฐ”

แม้ว่ากฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะเปิดช่องทางการดำเนินการทางกฎหมาย เกี่ยวกับการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติ โดยได้บัญญัติในกฎหมายว่า “ในกรณีเกิดมีปัญหาข้อขัดแย้งกันในการการลงทุน ซึ่งนักลงทุนต่างชาติมีสัญญาร่วมลงทุนกับรัฐบาล คู่ขัดแย้งต้องได้ดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา ซึ่งหลักการในการดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งในขั้นต้นนั้น ต้องได้เลือกเอาวิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยสอดคล้องกับกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เสียก่อน หากว่าคู่กรณียังไม่สามารถแก้ไขข้อขัดแย้งนั้นได้ จึงสามารถเลือกเอาวิธีอื่นได้ ตามการตกลงของคู่ขัดแย้งทั้งสองฝ่าย¹¹⁶ ” จากบทบัญญัติดังกล่าวความหมายก็คือ คู่ขัดแย้งสามารถนำเรื่องข้อพิพาทไปดำเนินการแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทได้ต้องครุยุติธรรมระหว่างประเทศตามการตกลงของทั้งสองฝ่ายหากการดำเนินการในขั้นแรกไม่สำเร็จ แต่ปัญหายังมีว่า เวทีในการแก้ไขความขัดแย้งที่จะนำเอาไประงับนั้นรัฐของคู่ขัดแย้งได้เข้าเป็นภาคีหรือไม่ เพราะข้อกำหนดในตัวกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่บัญญัติไว้ คือ การแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะ ไปแก้ไขในเวทีไหน ประเทศใด คำตัดสินจะเป็นผลได้ต้องเป็นที่ยอมรับตามกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 41 วรรคสามว่า “ถ้าเห็นว่าคำตัดสินขององค์การแก้ไขความขัดแย้งของต่างประเทศหรือของสากลไม่สอดคล้องกับกฎหมายแห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว คำตัดสินนั้นจะไม่ถูกบังคับใช้”¹¹⁷ นี่คือการประนีประนอมหนึ่ง และอีกประเด็นก็คือหากว่าในสัญญาร่วมลงทุนมีการตกลงให้ศาลต่างประเทศเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาท ข้อต่อสู้ที่ต้องพึงระวังประการหนึ่งคือการยกเรื่องอำนาจอธิปไตยมาเป็นข้ออ้างในการได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล เพราะฉะนั้นสัญญาระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนหรือข้อสัญญาใด ๆ ที่มีรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง คู่กรณีมักจะให้ฝ่ายรัฐทำข้อสัญญายกเว้นการอ้างความเป็นรัฐอธิปไตย เพื่อการคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลเสมอ และที่สำคัญรัฐผู้รับการลงทุนเองก็ไม่ต้องการที่จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลในรัฐอื่นด้วย นี่คือการมีอำนาจอธิปไตยโดยชอบทำของรัฐ การที่รัฐจะสละอำนาจอธิปไตยได้ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นยินยอมเข้าเป็นภาคีของเวทีดังกล่าว และในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้มีบทวิจยหัวข้อ “ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ” เขียนโดย จิตรา ลิ้มเจริญ กล่าว

¹¹⁶หมวดที่12, ข้อ 64 แห่งคำสั่งของนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการดำเนินการปฏิบัติกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนต่างประเทศในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2005

¹¹⁷มาตรา 41 (3) แห่งกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 2005

ไว้ว่า รัฐจะเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐในการที่จะกระทำการใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายในดินแดนของรัฐตลอดทั้งสิทธิในการอ้างความคุ้มกันทางศาล และรัฐต่างประเทศจะได้รับความคุ้มกันไม่เพียงเฉพาะจากอำนาจศาลเท่านั้น หากยังรวมถึงความคุ้มกันจากการบังคับคดีด้วย ดังนั้นไม่อาจดำเนินมาตรการบังคับคดีแก่รัฐต่างประเทศได้¹¹⁸ นี่คือประเด็นของปัญหา ซึ่งต่อไปนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายอย่างละเอียดในเชิงวิเคราะห์ และนำเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาดังนี้

4.2 ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ

นพพร โพธิ์รังสิยากร ได้ให้ความหมายของความคุ้มกันของรัฐว่า ความคุ้มกันของรัฐ (sovereign immunity) หมายถึงสิทธิพิเศษของรัฐหรือประเทศที่จะพึงมี เพื่อให้พ้นจากการถูกพิจารณาคดีในศาลของรัฐต่างประเทศ หลักเรื่องความคุ้มกันของรัฐนี้มาจากแนวความคิดสากลที่ว่า กษัตริย์จะกระทำผิดมิได้ (king can do wrong) แล้วพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวไปสู่หลักความคุ้มกันรัฐโดยเห็นว่าทุกรัฐมีสิทธิพิเศษตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย jure imperii ในการได้รับความคุ้มกันเพื่อพ้นจากการถูกฟ้องร้องต่อศาลของรัฐต่างประเทศ¹¹⁹

จากการให้ความหมายดังกล่าว ก็แสดงว่า ความคุ้มกันของรัฐหมายถึงการยกเว้นรัฐต่างประเทศจากอำนาจศาลของรัฐอื่น และผลจากการนี้ก็คือจะไม่มีการดำเนินกระบวนการใด ๆ ในทางตุลาการต่อรัฐต่างประเทศโดยปราศจากความยินยอมของรัฐต่างประเทศนั้น ความคุ้มกันของรัฐในที่นี้เป็นความคุ้มกันที่รัฐจะได้รับในความหมายกว้าง ๆ ก็คือความคุ้มกันจากอำนาจของศาล ในความหมายอย่างแคบก็คือความคุ้มกันจากอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลหรือของตุลาการ และความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีตามคำพิพากษา คำว่า “การบังคับคดี” โดยทั่วไปมีความหมายคือ หมายถึงกระบวนการทางกฎหมายในการบังคับหรือกระทำให้บังเกิดผลตามคำพิพากษากล่าวคือไม่อาจสามารถดำเนินมาตรการบังคับคดีแก่รัฐต่างประเทศได้ เมื่อใดที่มีคำพิพากษาเป็นโทษต่อรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศ ปัญหาในเรื่องความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีก็อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศจะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่นในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดี หรือการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลภายในของรัฐอีกประเทศหนึ่ง

¹¹⁸ จิตรา ลี้มเจริญ, ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2536), 12.

¹¹⁹ นพพร โพธิ์รังสิยากร, ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ, บทบัณฑิตย, (42)3, (กันยายน 2529), 87.

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่า รัฐจะได้รับความคุ้มกันใน 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนแรกได้รับความคุ้มกันจากกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี และขั้นตอนที่สอง คือได้รับความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความคุ้มกันของรัฐนั้น ถูกคุ้มกันทั้ง 2 ประเภทคือ ความคุ้มกันจากอำนาจศาล (immunity from jurisdiction) และความคุ้มกันจากการบังคับคดี (immunity from execution)¹²⁰

4.2.1 หลักความคุ้มกันของรัฐ

มูลฐานสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศที่ทุกประเทศได้ยอมรับก็คือ รัฐหรือประเทศอื่นจะถูกดำเนินคดีในอีกประเทศหนึ่งมิได้ เหตุผลก็คือ

4.2.1.1 หลักความเป็นอิสระของรัฐ (independence)¹²¹

หลักนี้ถือว่ารัฐทุกรัฐมีอิสระและความทัดเทียมกัน ไม่มีรัฐใดจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลของรัฐอื่น การที่รัฐจะตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลของรัฐอื่นหากจะมีได้ก็แต่โดยความยินยอมของรัฐเท่านั้น เหตุผลที่เป็นเช่นนี้ นักปราชญ์กฎหมายคนสำคัญเช่น โบแดง ออสติน หรือเฮเกส เห็นว่าเมื่อทุกรัฐมีอิสระมีสิทธิเท่าเทียมกัน กฎหมายซึ่งตรากำหนดออกมาแต่โดยอำนาจของรัฐ จึงย่อมไม่อาจมีผลผูกพันเลยไปถึงรัฐอิสระอื่นได้ เหตุผลนี้ จอห์น มาร์แชล อธิบดีประธานศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเห็นพ้องด้วย โดยได้วินิจฉัยในคดี *The Schooner Exchange v. M'Faddon*¹²² ไว้ตอนหนึ่งว่า “อำนาจของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่มีมูลเกิดขึ้นภายในประเทศของคนเป็นความจำเป็นและเป็นอำนาจอันสูงสุด แต่ในโลกประกอบ ด้วยนานารัฐเอกราชที่มีสิทธิอันเท่าเทียมและเสมอภาคในความเป็นอิสระ ต้องพึงพาอาศัยในประโยชน์ต่างตอบแทนต่อกันเพื่อจะเป็นการเสริมสร้างความสัมพันธ์...”

4.2.1.2 หลักแห่งศักดิ์ศรี (the dignity)

เหตุผลสำคัญของหลักแห่งศักดิ์ศรีของเอกรัฐก็เนื่องมาจากแนวโน้มของนโยบายของรัฐที่เห็นว่าหากจะพิจารณาคดีโดยคู่ความประเทศใดประเทศหนึ่งแล้วก็จะขัดต่อความสัมพันธ์ทางการทูตและการเมืองระหว่างประเทศ (political embarrassment) แนวความคิดเช่นนี้เป็นที่เห็นพ้องต้องกันของวงการศาลในประเทศต่าง ๆ เช่น ในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส หรือแม้แต่ประเทศ

¹²⁰ จิตรา ลีเมจริญ, ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), 13.

¹²¹ O'Connell, *International Law*, Vol. 2, 2d. ed., (London : Steven & Sons, 1970), 842.

¹²² นพพร โพธิ์รังสิยากร, ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ, *บทบัณฑิตย*, (42)3, (กันยายน 2529), 86.

สหรัฐอเมริกา ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าในคดีที่มีข้อต่อสู้เรื่องความคุ้มกันของรัฐบาลจะต้องพิจารณาโดยระมัดระวัง มิฉะนั้นก็จะเป็นข้อขัดแย้งทางการทูตที่เคยมีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันได้

4.2.1.3 หลักการใช้สิทธินอกอาณาเขต (the extraterritoriality)

หลักข้อนี้เป็นแนวความคิดเดิมของนักกฎหมายอังกฤษ ที่เห็นว่าหลักดังกล่าวจะมุ่งใช้สำหรับสิ่งที่เป็นทรัพย์สินของรัฐ และจะใช้ปฏิบัติไม่ได้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคล¹²³

4.2.1.4 หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติและให้เกียรติต่อกัน

แนวความคิดนี้เห็นว่าความคุ้มกันของรัฐนั้นโดยแท้จริงมิได้มีขึ้นเลย แต่เป็นการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกันระหว่างรัฐเท่านั้น ในทฤษฎีนี้มีความเห็นแตกต่างไปจาก 3 หลักแรกที่ได้กล่าวมา เพราะความคุ้มกันของรัฐอาจจะถือว่าถูกสละไม่ยกอ้างขึ้นใช้หากเป็นเรื่องที่จะต้องกระทบถึงผลประโยชน์โดยแท้ของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การจะได้มา ซึ่งความคุ้มกันเช่นนี้ จะต้องพิจารณาว่าหากประเทศหนึ่งให้ความคุ้มกันรัฐแก่อีกประเทศหนึ่งแล้ว โดยในทางกลับกัน ประเทศนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติตอบแทนเช่นเดียวกันด้วย ความเห็นในทฤษฎีข้อนี้แม้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีได้นำไปเป็นหลักปฏิบัติก็ตาม แต่ในคำพิพากษาคดี “The Exchange” ประธานศาลสูง จอห์น มาร์แชล ก็ได้อ้างเหตุผลว่า “หลักของอำนาจรัฐอิสระที่แท้จริง และหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการนำมาซึ่งความเคารพในความคุ้มกันระหว่างรัฐ”¹²⁴

4.2.2 ประเภทของความคุ้มกันรัฐ

นพพร โพธิ์รังสิยากร ยังได้กล่าวไว้ในบทบัญญัติอีกว่า ความคุ้มกันของรัฐนั้น มีการใช้ปฏิบัติกันอยู่ 2 ประเภท ขึ้นกับว่านโยบายของแต่ละประเทศจะนำไปใช้อย่างไร ประเภทแรกคือความคุ้มกันของรัฐโดยเด็ดขาด และอีกประเภทคือความคุ้มกันของรัฐโดยมีข้อจำกัด

4.2.2.1 ความคุ้มกันของรัฐโดยเด็ดขาด (absolute theory)

ตามทฤษฎีความคุ้มกันโดยเด็ดขาดนี้ รัฐทุกรัฐจะถูกดำเนินคดีไม่ได้ ไม่ว่ารัฐนั้นจะปฏิบัติไปในลักษณะของรัฐกิจการค้า หรือกิจการอย่างเอกชน ผู้ใดจะฟ้องรัฐนั้นในศาลของประเทศอื่นไม่ได้เด็ดขาด ทฤษฎีนี้เป็นความเห็นเก่าแก่ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันตลอดมา คือการให้สิทธิแก่รัฐที่ควรจะได้รับ ความคุ้มกันเหนืออำนาจการพิจารณาคดีของศาลในประเทศอื่น โดยเน้นข้อเท็จจริงของคดีไปตามหลัก Jure imperii คือข้อเท็จจริงเด็ดขาดของการคุ้มกันในการเป็นรัฐ ทฤษฎีนี้ส่วนมากจะถูกนำไปใช้ในกลุ่มประเทศที่เป็นสังคมนิยม โดยเฉพาะประเทศรัสเซีย เหตุผลสำคัญของการยึดหลัก

¹²³ O'Connell, **International Law**, Vol. 2, 2d.ed., (London: Steven & Sons, 1970), 843.

¹²⁴ นพพร โพธิ์รังสิยากร, ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ. **บทบัญญัติ**, (42)3, (กันยายน 2529), 87.

ทฤษฎีนี้เพราะประเทศรัสเซียเป็นประเทศสังคมนิยม เป็นประเทศที่รัฐมีบทบาทในเชิงธุรกิจแทนเอกชน การติดต่อการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบของการบริหารงานโดยองค์กรของรัฐด้วยการผูกขาด (the right of the soviet in exercising its monopoly of foreign trade)¹²⁵ นอกจากนั้นนโยบายการค้าระหว่างประเทศของรัสเซียยังได้ตราเป็นกฎหมายวางหลักเกณฑ์แน่ชัดไว้ในกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศ (the statute on trade missions and agencies of the U.S.S.R. Abroad) โดยผ่านการรองรับของกรรมาธิการกลางและสภาประชาชน กำหนดให้คณะกรรมการการค้าเป็นตัวแทนการค้า และเป็นองค์กรหนึ่งซึ่งเป็นส่วนของรัฐบาลโซเวียตมีสิทธิและความคุ้มกันในฐานะตัวแทนของรัฐแต่มิใช่บุคคลตามกฎหมาย ผู้รับผิดชอบในผลของกฎหมายคือรัฐบาลโซเวียตและกระทรวงการคลัง การปฏิบัติงานต่างๆของคณะกรรมการดังกล่าวในรัฐต่างประเทศจะถูกดำเนินคดีร้องฟ้องไม่ได้ ซึ่งหมายถึงการมีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดนั่นเอง

4.2.2.2 ความคุ้มกันของรัฐโดยมีข้อจำกัด (restrictive theory)

ทฤษฎีนี้ เป็นการพิจารณาให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศเพื่อพ้นจากการถูกพิจารณาคดีในศาลของรัฐต่างประเทศภายใต้ขอบเขตของข้อเท็จจริงรายคดี (Jure gestionis) กล่าวคือ ถ้ามูลคดีเกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐในลักษณะเป็นรัฐกิจ หรือราชการ โดยแท่งของรัฐก็ย่อมจะได้รับความคุ้มกันทางศาล แต่ถ้ามูลคดีมาจากการปฏิบัติเกี่ยวกับการพาณิชย์ หรือในลักษณะการปฏิบัติอย่างเอกชนรัฐดังกล่าวจะอ้างความคุ้มกันเพื่อพ้นจากการพิจารณาคดีของศาลไม่ได้

จากทฤษฎีความคุ้มกันของรัฐที่ได้กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้ว เห็นว่า นี่คือปัญหาอย่างหนึ่งที่ทำให้ นักลงทุนเอกชนต่างชาติไม่กล้าตัดสินใจเข้าไปร่วมลงทุนกับรัฐ จึงทำให้ประเทศเสียโอกาสในการพัฒนาประเทศ เพราะนักลงทุนเอกชนส่วนใหญ่มองว่า ตนจะไม่ได้รับความยุติธรรมอย่างเต็มที่ในเวลาที่ตนเข้าไปร่วมลงทุนกับรัฐหากเกิดข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทกันขึ้น และถึงแม้ว่าการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนบางโครงการจะถูกระงับไว้ในสัญญาว่าเมื่อเกิดข้อขัดแย้งกันแล้วตกลงจะเอาปัญหาข้อขัดแย้งนั้นไปดำเนินการแก้ไขหรือระงับที่เวทีระงับข้อพิพาทประเทศที่สาม ที่มีความเป็นกลางโดยคู่สัญญากำหนดขึ้นมาก็ตาม แต่เวื่อดังกล่าวนั้นถ้าหากคู่ขัดแย้งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี เมื่อมีการพิพาทภาคีให้ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ก็ไม่ใช่ว่า จะสามารถบังคับคดีได้หากไม่ได้รับการยินยอมจากฝ่ายผู้แพ้โดยอาจจะอ้างเหตุผลต่าง ๆ นานาเช่น ประเทศของตนไม่ยอมรับคำตัดสินเนื่องจากรัฐหรือประเทศของตนไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในเวทีการตัดสินดังกล่าว เพราะหากไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีแล้วก็เปรียบเสมือนว่า ประเทศตนยังไม่ได้

¹²⁵Sweeney, M., **Case and Materials on The International legal System**, 2d.ed, (New York: The Foundation Press, 1981), 298.

สถานะอำนาจอธิปไตย จึงไม่ยินยอมให้บังคับคดีต่อคนได้¹²⁶ เนื่องจากรัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง

ผู้เขียนขอชี้แจงว่าที่กล่าวมานั้น คือมุมมองโดยทั่วไป แต่การวิจัยนี้ผู้เขียนศึกษากรณีของ ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นการเฉพาะ ซึ่งในกรณีความคุ้มกันของรัฐที่ได้กล่าวอ้างมานี้สำหรับ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว แล้วปัญหามีไม่บ่อยมากเนื่องจากเพิ่งเปิดประเทศมาไม่นาน แต่เพื่อเป็นการปูรากฐานให้มีความเข้มแข็ง เป็นที่เชื่อถือของนักลงทุนต่างชาติ จึงได้นำเอาประเด็นนี้ขึ้นมาวิจัย เพื่อหาแนวทางจัดปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ ประเด็นสำหรับปัญหานี้ก็มีว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับการเข้าร่วมเวทีต่าง ๆ ของสากล ยังมีน้อยหากเทียบกับบรรดาประเทศใกล้เคียง เพราะฉะนั้น หากมีข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติในการร่วมลงทุนกันนั้น รัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็ได้พยายามเอาเข้าสู่เวทีของสากลในการแก้ไขข้อขัดแย้งหากเกิดมีขึ้น จะเห็นได้ว่าส่วนมากในสัญญาร่วมลงทุน โครงการสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติทุกฉบับจะถูกระบุในสัญญาโดยชัดแจ้งว่า หากมีความขัดแย้งกัน จะต้องนำความขัดแย้งนั้นไปดำเนินการปรึกษาหารือกันเพื่อหาทางออกร่วมกันอย่างสันติ หากยังไม่สามารถตกลงกันได้ให้นำเรื่องไปแก้ไขที่สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เสียก่อน ถ้าไม่สามารถแก้ไขได้ จึงนำขึ้นสู่เวทีแก้ไขความขัดแย้งในระดับสากล (ส่วนมากสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะใช้กระบวนการที่เรียกว่า UNCITRAL) ขั้นตอนการแก้ไขความขัดแย้งที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ดำเนินการดังกล่าวมานี้ ถือได้ว่าเป็นเรื่องปกติที่หลาย ๆ ประเทศปฏิบัติเหมือนกัน แต่ข้อแตกต่างมีตรงที่ว่า การเลือกใช้เวทีในการแก้ไขข้อขัดแย้งของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว นั้น มีเวทีให้เลือกใช้มีน้อยมาก เนื่องจากเงื่อนไขในการเข้าร่วมเป็นภาคีในเวทีสากลต่าง ๆ นั้นยังมีข้อจำกัด เพราะฉะนั้นจึงเห็นได้ว่านักลงทุนต่างชาติเวลาเจรจาทำสัญญาร่วมลงทุนจึงไม่ค่อยมีทางเลือกมากนัก ทำให้นักลงทุนไม่ค่อยเข้าไปลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ปัญหานี้หลายคนอาจมองว่าไม่ใช่ปัญหาหลัก แต่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรจะมองข้าม เพราะอาจทำให้นักลงทุนต่างชาติเปลี่ยนไปลงทุนที่ประเทศใกล้เคียง เพราะมีกลไกรองรับการลงทุนได้ดีกว่า และที่ผ่านมาการที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เลือกใช้ระบบการแก้ไขความขัดแย้งของ UNCITRAL นั้น ก็ไม่ได้หมายความว่ามีประสิทธิภาพที่ดีที่สุด เพราะผู้เขียนยังไม่แน่ใจว่าการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐและเอกชนภายใต้ระบบของ UNCITRAL นั้น เมื่อมีการพิพาทคดี

¹²⁶ ผู้เขียนขออธิบายว่า การกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นไปไม่ได้ แต่ก็อาจมีความเป็นไปได้ในเมื่อหากผลการพิพาทเห็นว่าตนจะได้รับความเสียหายเป็นอย่างมากย่อมหาวิธีเพื่อให้หลุดพ้น ข้อแย้งระหว่างความเป็นไปได้กับความเป็นไปได้ในทีนี้คือสาเหตุที่ผู้เขียนจึงได้วิจัยในวิทยานิพนธ์หัวข้อนี้ เพื่อหามาตรการหรือแนวทางแก้ไข.

ถึงที่สุดแล้วจะสามารถบังคับคดีได้หรือไม่ หรือต้องได้ไปขออำนาจศาลภายในเพื่อบังคับคดีอีก และอีกประการหนึ่งคือระบบของ UNCITRAL นั้นมุ่งเฉพาะหรือเชี่ยวชาญแต่เรื่องการค้านั้น ไม่เหมือนกับกระบวนการของศูนย์ ICSID ที่มีความเชี่ยวชาญและมุ่งไปในทางแก้ไขปัญหาลงทุนเป็นการเฉพาะ ปัญหาที่ผู้เขียนจะได้ศึกษาโดยละเอียดอีกครั้ง และถ้าหากผู้เขียนตั้งข้อสมมติฐานว่าในกรณีที่รัฐของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในนามคู่สัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนต่างชาติ ในโครงการสัมปทานใดหนึ่งได้มีความขัดแย้งกันเกิดขึ้น ความขัดแย้งนี้ได้ถูกนำไปดำเนินการแก้ไขในเวทีต่างประเทศ แล้วผลการพิพากษาออกมาว่าฝ่ายรัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องได้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายเอกชน ก็จะมีปัญหาตามมาว่า เอกชนจะสามารถบังคับคดีกับฝ่ายรัฐได้หรือไม่ ถ้าหากว่า

1. ในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายโดยเฉพาะฝ่ายรัฐได้เข้าเป็นภาคีของเวทีระงับข้อพิพาท

นักลงทุนเอกชนคิดไปว่า ฝ่ายรัฐอาจกล่าวอ้างว่าไม่สามารถบังคับคดีกับตนได้ เนื่องจากตนเป็นรัฐย่อมได้รับการคุ้มกันตามกฎหมาย ความคุ้มกันนั้นคือความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ซึ่งตามทฤษฎีนี้เป็นที่ยอมรับกันมาแล้วในหลาย ๆ ประเทศ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศสังคมนิยมที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และรัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็มีนโยบายก้าวเดินแบบประสมประสานระหว่างทุนนิยมและสังคมนิยมเป็นคู่ขนานกัน จึงมีความเป็นไปได้ว่า นักลงทุนเอกชนก็มองเห็นปัญหานี้เช่นกัน และในที่สุดก็อาจจะสรุปเอาเองว่า ตนจะไม่ได้ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากไม่สามารถบังคับคดีต่อคู่ขัดแย้งของตนได้เพราะคู่ขัดแย้งของตนมีฐานะที่เป็นรัฐนั่นเอง

2. ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโดยเฉพาะฝ่ายรัฐไม่ได้เข้าเป็นภาคีของเวทีระงับข้อพิพาท

อนุสัญญาบางฉบับถูกระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ในกรณีเกิดมีข้อขัดแย้งของสองฝ่ายเกิดขึ้น ถ้าหนึ่งในสองฝ่ายนั้นได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าว ก็สามารถนำปัญหาไปไกล่เกลี่ย หรือเอาไปดำเนินการเพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งกันได้ แต่ในกรณีของรัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ตามที่ผู้เขียนตั้งสมมติฐานไว้ ผู้ลงทุนเอกชนก็อาจคิดไปเองอีกว่า จะไม่สามารถบังคับคดีกับฝ่ายรัฐได้อีกเช่นกัน เนื่องจากเข้าใจว่า การแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้นไม่ว่าจะไปแก้ไขในเวทีของประเทศใด คำตัดสินจะเป็นผลได้ต้องเป็นที่ยอมรับตามกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เพราะกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 41 วรรคสามว่า “ถ้าเห็นว่าคำตัดสินขององค์กรแก้ไขความขัดแย้งของต่างประเทศหรือของสากลไม่สอดคล้องกับกฎหมายแห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว แล้วคำตัดสินนั้นจะไม่ถูกบังคับใช้”¹²⁷ นั่นก็หมายความว่าไม่สามารถบังคับคดีกับฝ่ายรัฐได้ เนื่องจากคำชี้ขาดขององค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศที่ไปดำเนินการแก้ไข

¹²⁷ มาตรา 41 (3) แห่งกฎหมาย ว่าด้วย การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 2005

นั้นไม่เป็นผล เนื่องจากขัดกับกฎหมายภายใน ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจอธิปไตยอันชอบธรรมของฝ่ายรัฐนั่นเอง นี่คือการประเด็นที่เป็นปัญหาเช่นกัน

จากปัญหาทั้งหมดที่ได้กล่าวมานี้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้แล้วเช่นกัน โดยเสนอทางออกของปัญหาที่คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรพิจารณาในการเข้าเป็นภาคีของเวทีในการแก้ไขข้อขัดแย้งต่าง ๆ เหล่านั้น จึงจะเป็นการทำให้นักลงทุนเอกชนต่างชาติเกิดความเชื่อมั่น แล้วหลั่งไหลเข้าไปลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มากขึ้น ส่วนเวทีใดบ้างที่จะมีความเหมาะสมกับ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จำเป็นจะต้องได้ศึกษาโดยละเอียดถึงประสิทธิภาพและกลไกของเวทีเหล่านั้น และพิจารณาถึงความเป็นไปได้ ตลอดจนความพร้อมของประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ด้วย

4.3 เปรียบเทียบการระงับข้อขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับการระงับข้อขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

การเปรียบเทียบกระบวนการทางกฎหมายของต่างประเทศ คือการทำให้ทราบรายละเอียดของกฎหมายและแนวความคิดที่เหมือนกันและแตกต่างกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ถือว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อเป็นการก่อให้เกิดประโยชน์ในการที่จะปรับปรุง เปลี่ยนแปลง แก้ไขกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของประเทศใดประเทศหนึ่งที่กำลังจะก้าวเดินไปข้างหน้าไม่ให้มีอุปสรรคใดขวางกั้น ซึ่งถ้ามีการเปรียบเทียบแล้วก็จะสามารถนำเอาส่วนที่ดีมาพิจารณาให้เกิดแนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น และอาจนำส่วนที่ดีของกฎหมายต่างประเทศ ที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศที่ต้องการแก้ไขกฎหมายนั้น มาแก้ไขข้อบกพร่องและปรับปรุง เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในประเทศตนให้ดีขึ้น แต่ในการที่จะนำกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาปรับใช้ในประเทศหนึ่งนั้น จะต้องพิจารณาว่าจะนำมาใช้ได้หรือไม่ ถ้านำมาใช้ได้จะใช้อย่างไร ในทางปฏิบัติเป็นอย่างไร มีปัญหาหรือไม่ พื้นฐานทางจิตใจของประชาชนสภาพสังคมของประเทศเหล่านั้นเป็นอย่างไร และมีสภาพที่เหมือนหรือแตกต่างกับของประเทศที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือไม่ กล่าวคือดังเช่นในกรณีของประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่ผู้เขียนกำลังวิจัยในวิทยานิพนธ์นี้ว่าจะสามารถยอมรับกฎหมายของประเทศที่เปรียบเทียบกับได้เพียงไร จะเอามาปรับใช้ให้เข้ากันได้ยังไง และจะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแก้ไขอย่างไรจึงจะเหมาะสม เพื่อให้กฎหมายของประเทศตนดีขึ้นและให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

เนื่องจากเหตุผลตามที่กล่าวมาข้างต้น ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ โดยนำมาเปรียบเทียบกับกัน ให้เห็นถึงความแตกต่าง ความ

คล้ายคลึง และวิวัฒนาการของกฎหมายประเทศเหล่านั้น เพื่อเป็นแนวทางในการที่จะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศให้ดีขึ้น และให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ซึ่งจะเป็นการช่วยพัฒนากฎหมายของประเทศ อันอาจเป็นการช่วยผลักดันระบบเศรษฐกิจ และธุรกิจการค้า การลงทุนภายในประเทศให้ดียิ่งขึ้นด้วย นอกจากนี้จะกล่าวถึงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เปรียบ เทียบกับ บรรดาประเทศต่าง ๆ คือ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านี้ มีความเจริญก้าวหน้าและเป็นกฎหมายของประเทศที่เป็นแม่แบบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้กันทั่วโลก ดังมีรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไปนี้

4.3.1 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจ โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นประเทศที่ถือได้ว่าค่อยพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจหากเทียบกับบรรดาประเทศต่าง ๆ ในโลก เพราะเป็นประเทศที่ไม่มีเส้นทางทางทะเล และสภาพแวดล้อมทางสังคมเคยถูกสงครามรุกรานมานานหลายปี การพัฒนาประเทศค่อนข้างช้ากว่า หากเทียบกับประเทศไทยที่เป็นเพื่อนบ้านกัน เรื่องการระงับข้อพิพาท หรือการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ตั้งแต่สมัยแรกเริ่ม หรือสมัยโบราณ มีวิธีการคล้ายคลึงกับของประเทศไทยเป็นอย่างมาก เพราะการปกครองในสมัยโบราณ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวก็นับถือกฎหมายพระธรรมศาสตร์เหมือนของประเทศไทยในการระงับข้อขัดแย้ง หรือแก้ไขคดีต่าง ๆ โดยทั้งหมดได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดีย เป็นกฎหมายของศักดินาโบราณโดยยึดหลักศาสนา หลักธรรมศีลห้าเป็นหลักเกณฑ์ในการปกครอง¹²⁸

การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคมโบราณในลาว ซึ่งเป็นสังคมเล็ก ๆ ในสมัยนั้น เป็นการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีไปหาผู้เฒ่าผู้แก่ที่มีบทบาทในชุมชน หรือหัวหน้าหมู่บ้าน หรือหัวหน้าเผ่ามาเป็นคนกลางทำการไกล่เกลี่ย หรือตัดสินว่าใครผิดใครถูก ถ้าเป็นคดีแพ่งผู้ที่ผิดต้องได้นำเอาที่นา ไร่สวน หรือผลปลูก ๆ แม้กระทั่งเอาคนในครอบครัวมามอบให้คู่กรณีเพื่อรับใช้จึงจะสามารถหลุดพ้นจากคดีได้ และถ้าเป็นคดีอาญาก็จะมีมาตรการจองจำด้วยการเฆี่ยนตี โขยหลัง หรือผูกมัดติดกับต้นไม้ให้ตากแดดตากฝน หรือเอาไปแห่รอบหมู่บ้านเพื่อประจานหน้า เหล่านี้เป็นต้น สังเกตดูแล้ววิธีการทั้งหมดก็เหมือน ๆ กันในสังคมปัจจุบัน จะแตกต่างกันเฉพาะแต่ในส่วนของบทลงโทษ แต่ใน

¹²⁸ สุเนตย์ โพธิสานท์ และหนูชัย ภูมจันทร, ประวัติศาสตร์ลาว (ศึกคำบรรณ – ปัจจุบัน). (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2543), 35.

การที่ไปหาผู้นำชุมชนมาเป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ย หรือตัดสินข้อพิพาทนั้นมีลักษณะเป็น อนุญาโตตุลาการคล้ายกับสังคมปัจจุบัน

ในอดีต พระเจ้าชีวิตสุริยวงศาแห่งธรรมมิกราช ของลาวก็เคยเป็นอนุญาโตตุลาการในคดี เรื่องเจ้าราชบุตร ราชโอรส ของพระองค์เองไปแอบเป็นชู้กับภรรยาของท้าวโกผู้เป็นมหาดเล็กของ พระราชบิดา ท้าวโกฟ้องร้องขอความเป็นธรรมโดยขอให้พระเจ้าชีวิตสุริยวงศาแห่งธรรมมิกราช เป็นคนตัดสินในคดีนี้ หลังจากดำเนินการไต่สวนแล้วมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า เป็นความจริงตามคำ ร้องของท้าวโกผู้เป็นโจทก์ พระเจ้าชีวิตสุริยวงศาแห่งธรรมมิกราช ยึดถือตามกฎหมายโบราณอย่าง เคร่งครัด จึงตัดสินให้เอาราชบุตรแห่งตนไปประหารชีวิต ที่ผาล้าง เพื่อไม่ให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่างที่ไม่ดีต่อไป¹²⁹

จากการอ่าน และศึกษาคำราชประวัติดั้งเดิมของลาว สังเกตเห็นว่า กฎหมายโบราณในลาวได้มีการจัดแบ่งกฎหมายโดยแบ่งแยกเป็นลำดับชั้น เช่น กฎหมายสำหรับพระเจ้าแผ่นดิน ขุนนาง เสนา มนตรี และเจ้าทาสทั้งหลาย กฎหมายสำหรับราษฎร และกฎหมายสำหรับข้าทาสบริวาร เป็นต้น ใน สังคมโบราณลาวการตัดสินคดีหรือคำพิพากษาของหัวหน้าชุมชน หรือพระเจ้าแผ่นดิน ที่พิพากษา ไปแล้วด้วยความยินยอมของกลุ่มความในเบื้องต้นนั้นไม่สามารถที่จะอุทธรณ์ได้ ถือว่าเป็นกฎที่ไม่เปิด ช่องให้ฝ่ายแพ้คัดอุทธรณ์ได้ ถึงแม้ว่าคำตัดสินนั้นจะถูกหรือผิดก็ตาม กลุ่มความต้องได้ปฏิบัติตาม

มาถึงสมัยที่ฝรั่งเศสปกครองประเทศลาว พระเจ้าศรีสว่างวงศ์ ได้รับการแต่งตั้งเป็นเจ้าชีวิต แห่งประเทศลาว ซึ่งรูปแบบการปกครองประเทศในขณะนั้นก็ยังยึดถือกฎหมายโบราณลาวในการ ปกครองมาตลอด กระทั่งถึงปี ค.ศ. 1908 ได้มีการพัฒนาปรับปรุงระบบกฎหมาย มาเป็นรวม ประมวลกฎหมายแต่ก็ยังยึดถือหลักจารีตประเพณีโบราณเป็นส่วนใหญ่ และได้แบ่งแยกกฎหมาย ออกเป็นสองส่วน คือ กฎหมายใช้สำหรับปกครองชาวฝรั่งเศส และกฎหมายสำหรับปกครอง ประชาชนลาว และในปี ค.ศ. 1921 ได้ปรับปรุงกฎหมายโบราณลาวมาเป็นประมวลกฎหมายจัดตั้ง ศาลยุติธรรมขึ้น ซึ่งในตอนนี้ปรากฏชัดเจนเรื่องการอนุญาโตตุลาการ โดยถูกบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย ลักษณะพิจารณาความแพ่งและแผนกคำ อาทิสัน ในมาตรา 1 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าจะมีการเกี่ยวข้อง กันในแผนกแพ่งและแผนกคำขาย ก่อนจะไปศาล และก่อนจะขึ้นฟ้องต่อศาลยุติธรรม ลูกความจะไป หานายตาแสง (หัวหน้าตำบล) หรือท้าวขุน หรือเฒ่าแก่อาวโสในบ้านเขาให้เป็นผู้อบรมให้เป็นที่เลิก แล้วต่อกันก็ได้”¹³⁰ จากบทบัญญัตินี้เห็นได้ชัดว่า ประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้นำเอาการแก้ไขข้อขัดแย้ง หรือระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ หรือการ

¹²⁹ สุเนตย์ โพธิ์สนันท์ และหนูชัย ภูมิจันทร์, ประวัติศาสตร์ลาว (ศึกษาค้นคว้า – ปัจจุบัน). (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2543), 35.

¹³⁰ พระราชอาณาจักรลาว, กระทรวงยุติธรรม, รวมประมวลกฎหมาย. (เวียงจันทน์: ปากปากศักดิ์การ พิมพ์, 2516), 13.

ประนีประนอมยอมความมาใช้ตั้งแต่สงครามสมัยก่อนแล้ว และประมวลกฎหมายดังกล่าวนี้ ก็ได้ถูกนำมาใช้เรื่อยมา จนมาถึงประเทศลาวประกาศเอกราช ในปี ค.ศ. 1975 และถูกยกเลิกไปพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองดังกล่าว การปกครองประเทศลาวในระหว่างปี ค.ศ. 1975 ถึงปี ค.ศ. 1987 ซึ่งในระหว่างนี้รูปแบบการปกครองยังมีลักษณะไปตามทิศทางสังคมนิยม อำนาจต่อการตัดสินใจทั้งหมดขึ้นกับส่วนกลางภายใต้การกำกับโดยรัฐบาล ปัญหาข้อพิพาท หรือข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ จะถูกดำเนินการระงับหรือแก้ไขได้ก็ต่อเมื่อ มีคำสั่งจากรัฐบาล ให้เข้าไปทำการไกล่เกลี่ยหรือตัดสินให้ระงับกันไป

ต้นปี ค.ศ. 1988 รัฐบาลลาวได้ทำการปฏิรูปเศรษฐกิจ โดยกำหนดแผนงานในส่วนกลางมาเป็นการใช้กลไกการตลาดแบบเปิดกว้าง หรือเรียกว่ากลไกตลาดทางเศรษฐกิจแบบใหม่ (new economic mechanism) และเพื่อเป็นการตอบสนองในการใช้กลไกใหม่นี้ จากการรับเฉพาะการลงทุนของบรรดาประเทศสังคมนิยม รัฐบาลลาวก็ได้เปิดประเทศรับเอาการลงทุนของบรรดาประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกให้เข้ามาลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จึงเกิดมีตัวเลขการลงทุนเพิ่มมากขึ้น โดยมีนักลงทุนทั้งภายในและต่างประเทศหลั่งไหลเข้ามาลงทุนเป็นจำนวนมากมาย ในเมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลลาวจึงเล็งเห็นปัญหาข้อพิพาท หรือข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจอาจจะเกิดขึ้นโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ในเมื่อหากมีการร่วมลงทุนระหว่างกันในปัจจุบันหรืออนาคต จึงหามาตรการทางกฎหมายมารองรับ เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจให้ผู้ที่จะมาประกอบกิจการการค้าการลงทุน กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการจึงมีความจำเป็นเข้ามามีบทบาทในการระงับข้อขัดแย้งทางด้านเศรษฐกิจ รัฐบาลลาวเห็นความจำเป็นดังกล่าวจึงได้ออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อรับมือกับสถานการณ์ หนึ่งในกฎหมายเหล่านี้คือ กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจขึ้นโดยมีทีมงานปฏิบัติงานที่ได้จัดตั้งเป็นองค์กร ที่เรียกว่า “สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว” จะได้กล่าวถึงโดยละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.1.1 ความเป็นมาของสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ หรือ เรียกย่อว่า “ส.ก.ศ.” ในอดีตมีชื่อว่า “องค์กรไกล่เกลี่ยเศรษฐกิจ” เป็นหน่วยงานหนึ่งที่ขึ้นกับกระทรวงยุติธรรม แห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยได้ถูกสร้างขึ้นตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ฉบับเลขที่ 106/นย. ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 เปลี่ยนแทนจากคำสั่งของประธานสภารัฐมนตรี ฉบับเลขที่ 146/ปร. ปี ค.ศ. 1989 ว่าด้วย องค์กรไกล่เกลี่ยเศรษฐกิจ ที่ถูกยกเลิกไปแล้ว องค์กรไกล่เกลี่ยเศรษฐกิจในอดีตขึ้นกับ กระทรวงเศรษฐกิจ แผนการ และการเงิน จากการดำเนินงานขององค์กรไกล่เกลี่ยเศรษฐกิจ แต่ปี ค.ศ. 1989 จนถึงปี ค.ศ. 1994 เห็นว่า องค์กรไกล่เกลี่ยเศรษฐกิจ ได้รับหนังสือร้องขอ ให้ทำการไกล่เกลี่ยความขัดแย้ง จากบุคคล นิติบุคคล ภายใน และต่างประเทศ เป็นจำนวนมาก

และนับวันยิ่งเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ หนังสือร้องขอ 80% ได้รับการแก้ไขสำเร็จและ 20% ไม่สามารถแก้ไขได้ และได้เสนอเรื่องต่อไปยังองค์กรที่สามารถแก้ไขได้

ในระยะปี ค.ศ. 1988 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ทำการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลง ระบบการบริหารงานทั่วประเทศ โดยเฉพาะได้ปรับปรุงบรรดากระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในระยะนั้น มีการขยายตัวอย่างมาก และรัฐบาล สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังได้ทำการปฏิรูปเศรษฐกิจภายในประเทศ โดยได้ปรับเปลี่ยนการวางแผนงานส่วนกลางมาเป็นการดำเนินนโยบายตลาดเสรี และใช้กลไกด้านราคาเป็นตัวกำหนด ทำให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐบาลหน่วยงาน ไม่มีความเหมาะสมที่จะดำเนินการต่อไป จึงมีบางกระทรวงถูกยกเลิก หรือแยกออกไปเป็นองค์กรใหม่ ตามบทบาท และหน้าที่ของตน เพื่อรองรับสภาพการใหม่ทางเศรษฐกิจ หนึ่งในนี้ ก็คือกระทรวงเศรษฐกิจ แผนการ และการเงิน แยกออกเป็น 2 กระทรวงคือ กระทรวงการเงิน และ กระทรวงแผนการและการลงทุน นับแต่นั้นมา องค์กรแก้ไขเศรษฐกิจก็ได้ย้ายไปขึ้นกับกระทรวงยุติธรรม เพื่อความเหมาะสมกับงาน พร้อมทั้งเปลี่ยนชื่อ จาก “องค์กรแก้ไขเศรษฐกิจ” มาเป็น “สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ”

ในเมื่อสภาพทางเศรษฐกิจ ของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีการขยายตัวอย่างมากในขณะนั้น รัฐบาลจึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีระเบียบ หลักการ และกฎหมาย เพื่อรับมือกับความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้น จากการดำเนินธุรกิจ การค้า และการลงทุน ทั้งภายใน และต่างประเทศ ดังนั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจึงได้ร่างกฎหมายว่าด้วย การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจขึ้น และได้รับการรับรองจากสภาแห่งชาติ ตามหนังสือรับรองฉบับเลขที่ 05/สภช. ลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 และได้ถูกกำหนดใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้

4.3.1.2 การแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในปัจจุบัน

สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางด้านเศรษฐกิจของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นหนึ่งในบรรดาองค์กรจัดตั้งของรัฐ ที่ทำหน้าที่ในการแก้ไขข้อพิพาท หรือแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ควบคู่ไปกับองค์กรแก้ไข และคำตัดสินของศาล¹³¹

ปัจจุบัน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ออกกฎหมาย ว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ฉบับเลขที่ 02/สภช. ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 โดยได้กำหนดหลักการ ระเบียบการ และมาตรการเกี่ยวกับการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นใน

¹³¹ไพมณี ไชวงษา, การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), 6.

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ความขัดแย้งทางด้านเศรษฐกิจ ได้รับการแก้ไขอย่างเป็นธรรม รวดเร็ว เพื่อเป็นการผลักดันเศรษฐกิจการผลิต และการดำเนินธุรกิจให้มีการขยายตัว ซึ่งเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจและพัฒนาสังคมของชาติ ให้เจริญ รุ่งเรือง และ ยุติธรรม¹³²

4.3.1.3 หน้าที่หลักของสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางด้านการเศรษฐกิจ

1. ดำเนินการประสานกับคู่กรณี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ย หรือ คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งนั้น

2. ติดตาม และบันทึกผลของการปฏิบัติตามข้อตกลงของการไกล่เกลี่ย ความยินยอมของกลุ่มความ และคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ

สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ มีหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย และ แก้ไข ความขัดแย้งทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการดำเนินธุรกิจต่างๆ พร้อมทั้งเป็นผู้เผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับวิธีการแก้ไขความขัดแย้ง โดยวิธีการใช้ออนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ยังเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับการจดทะเบียนให้แก่ผู้เชี่ยวชาญ และ ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาชีพต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย หรือเป็นอนุญาโตตุลาการ ของสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ

ความขัดแย้งทางเศรษฐกิจจะได้รับการแก้ไขด้วยการประนีประนอมข้อพิพาทกันระหว่าง คู่กรณี ด้วยการไกล่เกลี่ย หรือด้วยการอนุญาโตตุลาการ โดยคณะกรรมการตัดสินความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ การดำเนินการแก้ไขความขัดแย้ง ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ และระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และระเบียบการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจที่คู่กรณีตกลงร่วมกันที่จะนำมาใช้ แต่ระเบียบดังกล่าว จะต้องสอดคล้องกับสัญญา และสนธิสัญญา ที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ลงนาม หรือร่วมเป็นภาคี

4.3.1.4 วิธีแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดย สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดยสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มี 2 วิธี คือ การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยผู้ไกล่เกลี่ย กับการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยคณะอนุญาโตตุลาการ หรือกรรมการตัดสิน¹³³ตาม ความหมายของภาษาลาว

¹³² มาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 2005

¹³³ มาตรา 15 แห่งกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 2005

ผู้ไกล่เกลี่ย และคณะอนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลที่มาจากสำนักงาน องค์กร หน่วยงาน ธุรกิจรัฐ และเอกชน หรือ คนต่างประเทศที่มีความสมัครใจ และได้รับการแต่งตั้ง จากรัฐมนตรี ว่าการกระทรวงยุติธรรม ตามการเลือกตั้ง และคำเสนอของ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ แต่ผู้ไกล่เกลี่ย และ คณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นผู้ที่ มีคุณธรรม จรรยาบรรณ ซื่อสัตย์ มีความรู้ความสามารถทางวิชาเฉพาะ โดยมีหนังสือรับรองอย่างถูกต้อง ได้ผ่านการปฏิบัติงานที่ได้เรียนมา และมีประสบการณ์อย่างต่ำ 5 ปี ไม่เคยถูกศาลตัดสินลงโทษ หรือถูกตัดอิสรภาพมาก่อน และมีสุขภาพดี

4.3.1.5 การไกล่เกลี่ยหมายถึงกระบวนการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยมีบุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางเข้ามาช่วยเหลือให้คำชี้แนะ ในการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณี

1. การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย

การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยต้องเป็นจำนวนที่เสมอ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจมีหนึ่งหรือหลายคน โดยขึ้นกับการตกลงกันของคู่ขัดแย้ง ในกรณีหากคู่ขัดแย้งเห็นดีให้เอาผู้ไกล่เกลี่ยหนึ่งคนนั้น ให้สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ เป็นผู้เสนอรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยอย่างน้อยสามคน ให้คู่ขัดแย้งแต่ละฝ่ายเลือก หลังจากนั้นให้คู่ขัดแย้งตกลงร่วมกันเลือกเอาผู้ไกล่เกลี่ยหนึ่งคน ในรายชื่อ นั้น หากไม่สามารถเลือกได้ภายใน 15 วัน สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ จะเป็นผู้เลือก ให้ โดยอาศัยตามความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ และความเป็นธรรมของผู้ไกล่เกลี่ย

กระบวนการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ โดยการไกล่เกลี่ยนั้นขึ้นกับพื้นฐาน ความสมัครใจของคู่กรณี การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่าจะให้มีจำนวนผู้ไกล่เกลี่ยกี่คน หากคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ในตอนแรกเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ก็จะส่งรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยอย่างน้อย 3 คน ไปให้ คู่กรณีแต่ละฝ่ายเลือกเอาภายในกำหนด 20 วัน โดย สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ได้ กำหนดเงื่อนไขไว้ก่อนว่าหากคู่กรณีไม่เสนอรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นภายใน กำหนด 20 วัน นั้น สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ จะเสนอให้ศาลสูงเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยให้ ภายในกำหนดเวลา 15 วัน แต่ต้องได้รับการยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

หลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องบอกข้อเท็จจริงแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบ เกี่ยวกับปัญหาต่าง ๆ ที่ อาจจะทำให้ถูกคัดค้านได้ โดยเฉพาะคือเรื่องความสัมพันธ์ที่มีต่อคู่กรณีให้ทราบ หากผู้ไกล่เกลี่ย เป็นญาติ หรือเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณีที่มีความขัดแย้งกันนั้น

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสิทธิคัดค้านตัวผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยเองก็มีสิทธิถอนตัวออก จากการแก้ไขความขัดแย้งได้เช่นกัน ในกรณีผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการเลือกแล้วนั้น หากถอนตัวหรือ

ถูกคัดค้านหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้นั้น ก็สามารถดำเนินการเลือกและแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนใหม่แทนได้ ตามขั้นตอนที่ได้กล่าวมาแล้ว

2. การดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งด้วยการไกล่เกลี่ย

การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยผู้ไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการภายใน 15 วัน นับจากวันที่ได้มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นต้นไป การไกล่เกลี่ยต้องดำเนินโดยมีคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมทุกครั้ง หากไม่สามารถเข้าร่วมได้ต้องมีตัวแทนที่ได้รับการมอบหมายเข้าร่วมแทน

คู่ขัดแย้งมีสิทธิเสนอปัญหา ข้อมูล หลักฐานต่าง ๆ เกี่ยวกับข้อขัดแย้งต่อผู้ไกล่เกลี่ย และต่อคู่กรณีได้ตลอดเวลาของการไกล่เกลี่ย และมีสิทธิเสนอ วิจารณ์ให้ผู้ขัดแย้งตลอดเวลาของการไกล่เกลี่ยเหมือนกัน หากการไกล่เกลี่ยไม่สามารถตกลงกันได้ คู่ขัดแย้งก็สามารถ ตกลงกัน เสนอให้ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ดำเนินการแก้ไข โดยคณะอนุญาโตตุลาการ สำหรับผู้ที่ได้ทำการไกล่เกลี่ยมาแล้ว ไม่สามารถเป็นคณะอนุญาโตตุลาการนั้นได้ และหากคู่ขัดแย้งไม่เห็นดีให้สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจดำเนินการแก้ไขโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ก็สามารถยื่นเรื่องต่อศาลสูงได้

4.3.1.6 การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยคณะอนุญาโตตุลาการ

การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยคณะอนุญาโตตุลาการหมายถึงการแก้ไขความขัดแย้งโดยคู่ขัดแย้งทั้งสองฝ่ายได้ตกลงเสนอความขัดแย้งของตนไปยัง สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ เพื่อแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ แก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น

การแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ คู่กรณีได้กำหนดในสัญญาว่าจะนำเอาความขัดแย้งที่เกิดขึ้น ไปให้อนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน เพราะว่าการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งโดยปกติแล้วหากมีความขัดแย้งกันเกิดขึ้น และคู่ขัดแย้งไม่สามารถจะตกลงกันได้ ต้องนำเอาปัญหาที่เกิดขึ้นไปร้องต่อศาลเพื่อให้ดำเนินการตัดสิน แต่เนื่องจากว่าสภาพการทางเศรษฐกิจโดยทั่วไปแล้วผู้ที่ทำธุรกิจทางการค้า และการลงทุนไม่ชอบร้องคดีต่อศาล ด้วยเหตุผลทำให้เสียเวลา ทำให้เสียเครดิต เสียความสัมพันธ์ทางธุรกิจ การค้า และการลงทุนที่ดีต่อกันจึงมีการตกลงกันในสัญญาว่าหากเกิดข้อพิพาทกันขึ้นต้องเสนอให้ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการให้ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจก็ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาตัดสินได้

อำนาจของอนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการที่เป็นผู้ตัดสินความขัดแย้งทางเศรษฐกิจจะดำเนินการได้ต้องพิจารณาตามสัญญาที่คู่กรณีได้ตกลงกันเป็นพื้นฐาน เพราะฉะนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีสิทธิที่จะกำหนด หรือตัดสินปัญหาใดปัญหาหนึ่งได้เกินขอบเขตของสัญญา และการลงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการก็ให้ถือเอาตามเสียงข้างมากในกรณี

อนุญาโตตุลาการมีหลายคน ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ หลักการของการอนุญาโตตุลาการ คือ ผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการอาจมีหนึ่งหรือมากกว่า แต่ต้องเป็นจำนวนคี่เสมอ และหากว่ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ถือเอาคำตัดสินของประธานเป็นคำตัดสินเด็ดขาด

การดำเนินการตัดสินความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยทั่วไปต้องให้สำเร็จภายในระยะ 3 เดือน นับจากวันที่ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ตกลงรับเอาคำร้องฟ้องมาพิจารณา เป็นต้นไป ในกรณีความขัดแย้งหากมีความสับสนไม่สามารถดำเนินการแล้วเสร็จภายใน 3 เดือนได้ ก็ให้ดำเนินการต่อแต่ไม่ให้เกิน 6 เดือน หรืออย่างช้าสุดไม่ให้เกิน 1 ปี และหากว่าการตัดสินยังไม่เสร็จตามวันเวลาดังกล่าว สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ต้องแจ้งให้คู่ขัดแย้งได้รับทราบถึงเหตุผลของการล่าช้า¹³⁴

ในระยะเวลาการดำเนินการตัดสินความขัดแย้งทางเศรษฐกิจนั้น คู่ขัดแย้งมีสิทธิร้องขอให้ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อออกคำสั่งยึดทรัพย์ อาัยทรัพย์ หรือใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน หากสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจเห็นว่าการร้องขอนั้นมีเหตุผลพอเพียงก็จะยื่นคำร้องต่อศาลต่อไป และเมื่อศาลได้รับคำร้องจากสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจแล้วมีหน้าที่จะต้องดำเนินการไม่ให้เกิน 15 วัน นับจากวันที่ได้รับคำร้องขอ

4.3.1.7 ข้อสังเกตของการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจโดยผู้ไกล่เกลี่ย และโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ของ สำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

1. แม้ว่าการดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ด้วยการไกล่เกลี่ยจะดี และมีประโยชน์ ต่อคู่ขัดแย้งก็ตาม แต่ก็ยังคงมีปัญหว่า หากคู่ขัดแย้งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกัน หรือตามผลของการไกล่เกลี่ย คู่ขัดแย้งอีกฝ่ายก็ไม่สามารถรับผลประโยชน์จากการไกล่เกลี่ยนั้นได้ เพราะกฎหมายใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ปัจจุบันยังไม่มียกเว้นให้ อำนาจใด ๆ มาบังคับปฏิบัติได้ ถ้าเป็นอย่างนั้น ต้องนำเอาสัญญาที่คู่ขัดแย้งได้ตกลงกัน หรือผลของการไกล่เกลี่ยนั้นไปร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลใช้อำนาจในฐานะตุลาการ บังคับให้คู่ขัดแย้งฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย ปฏิบัติตามผลไกล่เกลี่ยนั้น จึงทำให้ฝ่ายดังกล่าวคิดว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม

2. สำหรับการดำเนินการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ด้วยการอนุญาโตตุลาการ นั้น อาจมีความผิดพลาดได้มาก หากอนุญาโตตุลาการเกิดทุจริตไม่เที่ยงธรรม เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะอนุญาโตตุลาการนั้นอาจจะมาจากการคัดเลือกของคู่ขัดแย้ง ซึ่งบางครั้งผู้ที่มาเป็นอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่ได้มาจากองค์กรหรือสถาบันที่เป็นที่ยอมรับของสากล

¹³⁴ มาตรา 30 แห่งกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 2005

4.3.2 การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศส¹³⁵

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหนึ่งที่คนในประเทศฝรั่งเศสรู้จักและใช้กันมาเป็นเวลานานแล้วนับแต่สมัยโบราณจนถึงสมัยปัจจุบัน ในสมัยเดิมการอนุญาโตตุลาการได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน เนื่องจากดินแดนของประเทศฝรั่งเศสเคยถูกอาณาจักรโรมันครอบครองมาก่อน แต่การใช้อนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทเพิ่งเริ่มแพร่หลายก่อนหน้าการปฏิวัติฝรั่งเศสไม่นานนัก กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศสมีขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1806 และยังคงใช้กันในปัจจุบัน โดยบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1806 ตั้งแต่มตรา 1003-1029¹³⁶ กฎหมายนี้บัญญัติถึงเฉพาะการตกลงเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วต่ออนุญาโตตุลาการ (compromise) จึงมีปัญหว่าการตกลงเสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในอนาคตต่ออนุญาโตตุลาการ (clauses compromissoires) จะใช้บังคับได้หรือไม่ ใน ค.ศ. 1845 ศาลสูงฝรั่งเศส (la cour de cassation) ได้ตัดสินไว้ในหลายคดีว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำได้ล่วงหน้าสำหรับระงับข้อพิพาทในอนาคตไม่สมบูรณ์ จึงใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งเป็นการลดความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการลงมาก แต่ถ้าข้อตกลงนั้นเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างประเทศก็ยังใช้บังคับกันได้ จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการยังคงมีส่วนสำคัญโดยเฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ¹³⁷

ต่อมาในปี ค.ศ. 1925 ก็ได้มีกฎหมายบัญญัติให้ข้อตกลงเสนอข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่ออนุญาโตตุลาการในเรื่องการค้าการลงทุนสามารถใช้บังคับได้

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสแบ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ compromis คือสัญญาให้เสนอข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด และ clause compromissoire คือสัญญาให้เสนอข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาหลักที่คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้าให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด สัญญาทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกันในเรื่องของข้อพิพาทที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา กล่าวคือ ข้อพิพาทที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการสำหรับ compromis นั้นมีขอบเขตกว้างกว่า clause compromissoire คือเป็นข้อพิพาททางแพ่งทั่วไป¹³⁸ ส่วน

¹³⁵ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), 37-43.

¹³⁶ Code de Procedure Civile, **Petite Collection Dalloz** (Paris : Librairie Dalloz, 1964), 399-409.

¹³⁷ Herzog, E. "Civil Procedure in France", Hans. Smit.(The Hague, the Netherlands : Martinus Nijhoff, 1967), 513.

¹³⁸ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), 38.

ข้อพิพาทที่จะเสนอต่ออนุญาโตตุลาการสำหรับสัญญาประเภท clause compromissoire นั้นมีจำกัดมาก เนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1925 บัญญัติให้ทำได้เฉพาะสัญญาที่เกี่ยวกับการค้า การลงทุน เกี่ยวกับข้อพิพาทในสมาคมการค้า ข้อพิพาทในการเดินเรือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับแรงงาน ข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ร่วม ยกเว้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เรื่องของรัฐบาล หรือฝ่ายปกครอง และสำหรับเรื่องอื่น ๆ ที่มีข้อพิพาทที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาแล้ว สัญญาอนุญาโตตุลาการทั้งสองประเภทดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้บังคับหลักเดียวกันทั้งสิ้น ดังจะกล่าวต่อไปนี้

คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีฐานะเป็นเอกชน รัฐหรือองค์กรของรัฐบาลจะเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการมิได้ เนื่องจากมาตรา 83 และ มาตรา 1004 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้ แต่ทั้งนี้จำกัดเฉพาะภายในประเทศเท่านั้น ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องระหว่างประเทศแล้ว รัฐหรือองค์กรของรัฐเป็นคู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติถึงผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการไว้เพียงเล็กน้อย ส่วนใหญ่แล้วผู้พิพากษามีบทบาทในการควบคุมการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมากกว่าบุคคลใดที่มีความสามารถที่จะจัดกิจการของตนได้ตามกฎหมายแล้ว ก็สามารถรับหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปได้ตามที่คู่กรณีตกลงกันเพราะไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้¹³⁹ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้โดยสาเหตุเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา คู่กรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งนั้นมิได้ เว้นแต่ คัดค้านโดยอาศัยเหตุที่เกิดขึ้นภายหลังที่ตนแต่งตั้งไปแล้ว

จำนวนอนุญาโตตุลาการนั้นเช่นเดียวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คือ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ คู่กรณีจึงมีอิสระที่จะกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ตามใจชอบ บุคคลที่ถูกแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องยอมรับการแต่งตั้ง หรือเมื่อรับตำแหน่งแล้วอาจลาออกได้เมื่อมีเหตุผลอันควร แต่ต้องได้รับความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นเอกฉันท์

วิธีพิจารณาคดีในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการจะเริ่มมีอำนาจ ก็ต่อเมื่อคู่กรณีที่จะให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีข้อพิพาทอื่นหนังสือโดยระบุชื่ออนุญาโตตุลาการที่ได้เลือกโดยคู่กรณี และประเด็นข้อพิพาทที่จะชี้ขาดต่อตน เมื่ออนุญาโตตุลาการยอมรับหน้าที่แล้ว ก็ต้องดำเนินการพิจารณาข้อพิพาท ในการนั่งพิจารณาข้อพิพาทนั้น ถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน อนุญาโตตุลาการทุกคนจะต้องนั่งพิจารณาร่วมกันทุกครั้ง เว้นแต่คู่กรณีจะยินยอมให้

¹³⁹International Chamber of Commerce, **Commercial Arbitration and the Law: France**, in *Commercial Arbitration and the Laws throughout the world* (Basel, Switzerland; Verlag fur Recht und Gesellschaft A.G. 1964), 2.

อนุญาโตตุลาการมอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำได้¹⁴⁰ ในกรณีที่มีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา เช่น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท หรือมีปัญหาใด ๆ ที่จะต้องให้ศาลวินิจฉัย อนุญาโตตุลาการจะต้องหยุดการพิจารณาของตนไว้ เพื่อให้คู่กรณีเสนอปัญหานั้นต่อศาลที่มีเขตอำนาจจนกว่าศาลจะตัดสินปัญหาเสร็จสิ้น อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาเองไม่ได้ ในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักจะมีวิธีพิจารณาและสืบพยานคล้ายคลึงกับวิธีการของศาล คือนอกจากจะทำการพิจารณาสืบพยานในสถานที่ที่กำหนดแล้ว อนุญาโตตุลาการก็อาจออกไปตรวจสอบสถานที่หรือวัตถุที่อยู่นอกสถานที่ที่พิจารณาได้โดยได้รับความยินยอมจากคู่กรณี และในการพิจารณานั้นถ้าคู่กรณีฝ่ายใดไม่ยอมเข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาไปโดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวได้¹⁴¹

ในการทำคำชี้ขาดนั้นถ้ามีอนุญาโตตุลาการหลายคน อนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดโดยคะแนนเสียงข้างมาก คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการทุกคน ถ้าอนุญาโตตุลาการบางคนไม่ยอมลงลายมือชื่อ อนุญาโตตุลาการคนอื่นจะต้องเขียนหมายเหตุลงในคำชี้ขาด มิฉะนั้นคำชี้ขาดจะไม่สมบูรณ์ ตามปกติคำชี้ขาดจะต้องมีรูปแบบและลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล เว้นแต่ คู่กรณีจะตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องทำคำชี้ขาดแบบเดียวกับคำพิพากษาของศาล แม้แต่ในกรณีที่มีการตกลงกันดังกล่าว อนุญาโตตุลาการก็ต้องระบุข้อกล่าวหาและข้อโต้แย้งของคู่กรณี คำชี้ขาดและเหตุผลแห่งคำชี้ขาด¹⁴²

สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว อนุญาโตตุลาการจะนำคำชี้ขาดไปให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้นภายในสามวันนับแต่วันทำคำชี้ขาดเสร็จ แต่หากมีการยื่นช้ากว่าระยะเวลาสามวันก็ไม่ใช่เป็นเรื่องเสียหาย เพราะตามปกติคำชี้ขาดนั้นมีผลสมบูรณ์บังคับได้ทันทีถ้าคู่กรณีฝ่ายที่แพ้ยินยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด อนึ่ง ศาลจะต้องพิพากษาตามคำชี้ขาด เว้นแต่คำชี้ขาดเห็นได้ชัดว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือไม่สมบูรณ์โดยเหตุอื่น ๆ คู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำพิพากษตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อาจคัดค้านคำพิพากษาได้ 3 ประการคือ ฟ้องคดีขอให้ศาลยกเลิกคำพิพากษา ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษตามคำชี้ขาด (ทำได้ภายในหนึ่งเดือนต่อศาลแพ่งหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่ความสำคัญของเรื่องหรือต่ออนุญาโตตุลาการถ้า

¹⁴⁰ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), 41.

¹⁴¹ International Chamber of Commerce, “Commercial Arbitration and the Law : France”, in Commercial Arbitration and the Laws throughout the world (Basel, Switzerland; Verlag fur Recht und Gesellschaft A.G. 1964), 2.

¹⁴² Herzog, E. “Civil Procedure in France”, Hans. Smit. (Netherlands: Martinus Nijhoff, 1967), 528.

สัญญาระบุไว้) และฟ้องคดีเพื่อให้ศาลทบทวนคำพิพากษา ซึ่งการอุทธรณ์และการฟ้องขอให้ทบทวนคำพิพากษาใหม่นั้น คู่กรณีอาจอ้างเหตุใด ๆ ก็ได้ และเหตุเหล่านั้นอาจเป็นเหตุหนึ่งเหตุใดที่คู่กรณีมีสิทธิขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดก็ได้¹⁴³

4.3.3 การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีขึ้นตั้งแต่สมัยที่สหรัฐอเมริกาเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ แต่นิยมใช้กันเฉพาะในวงการการค้าการลงทุน กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับแรกของอาณานิคมประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1768 ให้ระงับข้อพิพาททางบัญชีโดยการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1697 ของประเทศอังกฤษ และได้ถูกนำมาคิดแปลงและประกาศใช้อีกหลังจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพ ซึ่งในสมัยนั้นวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมใช้ระงับข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะในหมู่บรรดาสมาคมการค้าต่าง ๆ¹⁴⁴

สัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดโดยไม่ให้ฟ้องคดีต่อศาลนั้นใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากการคัดเขตอำนาจศาลออกไป ศาลจึงไม่บังคับตามให้ แต่ถ้าคู่กรณีตกลงกันให้ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเสียก่อนแล้วจึงจะนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปฟ้องคดีต่อศาลซึ่งคล้ายกับเป็นเงื่อนไขก่อนฟ้องยอมทำได้ไม่เป็นโมฆะเพราะไม่ได้คัดอำนาจของศาล

การอนุญาโตตุลาการในสมัยเริ่มแรกของสหรัฐอเมริกา นอกจากจะมีปัญหาเรื่องการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีปัญหาเรื่องอื่น ๆ อีกเช่น การยกเลิก การเปลี่ยนแปลง การแก้ไข และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวจึงได้มีความพยายามที่จะแก้ไขให้วิธีการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพและใช้ได้กว้างขวางยิ่งขึ้น ทั้งในบรรดานักกฎหมายทั่วไปและศาล โดยเฉพาะศาลสูงในปี ค.ศ. 1853 ได้มีคำพิพากษาในคดี *Burchell v. Marsh* ว่า วิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ดี และมีประโยชน์มาก ควรได้รับการสนับสนุนจากศาลให้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ใช้กันให้แพร่หลาย¹⁴⁵ หลังจากนั้นจึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่รับรองและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะข้อตกลงที่จะมอบข้อพิพาทในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาดของ

¹⁴³ Herzog, E. *Civil Procedure in France*, Hans. Smit. (Netherlands : Martinus Nijhoff, 1967), 523-533.

¹⁴⁴ Jones, W.C. *History of Commercial Arbitration in England and the United States: A Summary Views*, (n.d.), 132-135

¹⁴⁵ Howard, M. 2 year book of Commercial Arbitration (United States, 1977), 116.

อนุญาโตตุลาการทั้งสำหรับข้อพิพาทภายในประเทศและที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ กฎหมายที่ประกาศใช้มีทั้งกฎหมายของสหรัฐและกฎหมายของแต่ละรัฐ เช่น The New York Arbitration Law, 1920 และ The United States Arbitration Act, 1925 ทั้งนี้ เพราะกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นแบ่งเป็นกฎหมายของสหรัฐ (federal law) และกฎหมายของแต่ละรัฐ (state law)¹⁴⁶

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกาได้ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1925 คือ The United States Arbitration Act กฎหมายฉบับนี้ได้รับการแก้ไขหลายครั้ง ครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. 1970 เพื่ออนุวัติการในการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The UN. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958) The United States Arbitration Act, 1925 ใช้บังคับแก่วิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าทางทะเล และสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างคนต่างรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือคนชาติสหรัฐอเมริกา กับคนต่างชาติ

สำหรับมลรัฐต่าง ๆ นั้น แต่ละมลรัฐมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งร่างโดยกระบวนการร่างกฎหมายของแต่ละมลรัฐ และได้มีการร่วมกันร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการเอกรูป (the uniform arbitration act) เพื่อเป็นแบบอย่างที่ดีของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ และมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1956 บทบัญญัติของกฎหมายเอกรูปนี้ได้รับการยอมรับ และนำไปร่างเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของมลรัฐต่าง ๆ ถึง 36 มลรัฐ แต่สำหรับมลรัฐที่ไม่ได้ตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการขึ้นไว้เป็นพิเศษ ก็ยังคงใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามเดิม ซึ่งเป็นไปตามจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาลที่วางไว้ในเรื่องวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น แต่ในปัจจุบันคำพิพากษาของศาลแม้แต่ในมลรัฐที่ไม่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ก็ได้เปลี่ยนแนวไปจากเดิม คือ เปลี่ยนไปในแนวทางที่ยอมรับวิธีการอนุญาโตตุลาการเหมือนกับรัฐอื่น ๆ ที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ¹⁴⁷

นอกจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะได้พัฒนาขึ้นเรื่อย ๆ ในระยะนั้นแล้ว สถาบันต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการก็ได้รับการปรับปรุงให้ดีขึ้น สถาบันที่มีบทบาทมากคือ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกา AAA (the American Arbitration Association: AAA) ซึ่งตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1926 เพื่อสนองความต้องการที่จะระงับข้อพิพาททางแพ่งทุกชนิด โดยมีข้อบังคับของของสมาคมซึ่งมีรายละเอียดต่าง ๆ ที่สมบูรณ์ การมีกฎหมายที่ดีและสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เชื่อถือได้ดังกล่าว

¹⁴⁶ Allan, E. *The Legal System of the United States*, (New York: Oceana Publications, 1975), 60-61

¹⁴⁷ Domke, M. *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, (Mundelein, Illinois: Callaghan & Company, 1968), 18-19.

จึงทำให้วิธีการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมและใช้กันอย่างแพร่หลายในสหรัฐอเมริกานับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

การที่คู่กรณีตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นแล้ว หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาหลักที่มีความผูกพันกันไว้แล้วโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น สัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ข้อพิพาทที่จะมอบให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดนั้น จะต้องเป็นข้อพิพาททางแพ่ง

สำหรับตัวอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐไม่ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติของคนที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลสูงสหรัฐได้วางหลักไว้ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยไม่เพียงแต่ข้อเท็จจริงที่เห็นได้ชัดว่ามีส่วนได้เสียในข้อพิพาทหรือเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ยังต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ด้วย

ส่วนอนุญาโตตุลาการจะมีจำนวนเท่าใดนั้น ขึ้นกับสัญญาอนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้ในกรณีที่สัญญาไม่ได้กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการไว้ The United States Arbitration Act, 1925 ระบุในมาตรา 5 ให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว กฎหมายฉบับอื่น ๆ ของสหรัฐก็ไม่ได้บัญญัติไว้ถึงจำนวนอนุญาโตตุลาการ แต่ในทางปฏิบัติมักตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนคี่ ตามกฎของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน AAA ถ้าคู่กรณีไม่ได้กำหนดจำนวนของอนุญาโตตุลาการไว้ ต้องให้ถือว่าให้มีอนุญาโตตุลาการคนเดียว เว้นแต่ AAA เห็นว่าควรมีอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน

สำหรับวิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีไว้น้อยมาก จึงตกเป็นหน้าที่ของคู่กรณีจะตกลงกำหนดการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการกันเอง เพราะวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะของสัญญาซึ่งเป็นความตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ แต่ในกรณีที่มิได้ตกลงกำหนดวิธีพิจารณากันไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาได้ตามความเหมาะสม อำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ และกว้างกว่าอำนาจของผู้พิพากษาในศาลต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจอุดช่องว่างในสัญญา ตีความสัญญา ตัดสินว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาหรือไม่ เมื่อสัญญาระบุให้อำนาจต่าง ๆ เหล่านั้นไว้ ในบางรัฐอนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะออกหมายเรียกพยานมาให้การ หรือเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้¹⁴⁸

¹⁴⁸International Chamber of Commerce, **Commercial Arbitration and the Law: USA**, in Commercial Arbitration and the Laws throughout the World (Basel, Switzerland: Verlag fur Recht und Gesellschaft A.G.1964), 6

ในระหว่างพิจารณานอกจากคู่กรณีจะมีสิทธิเสนอพยานหลักฐานของตนในการพิจารณาแล้วคู่กรณียังมีสิทธินำพยานความหรือที่ปรึกษากฎหมายเข้าไปช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอีกด้วย และในกรณีฝ่ายใดละเลยหรือปฏิเสธไม่เข้าร่วมในการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการพิจารณาไปได้โดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว หลังจากที่บอกกล่าวกำหนดนัดพิจารณาเป็นระยะเวลาอันสมควรให้คู่กรณีฝ่ายที่ขาดนัดทราบแล้ว เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หลักเรื่องอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดขาดนัดนั้น เป็นหลักในทางปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับกันทั่วไป เช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา ข้อ 29

สำหรับการทำคำชี้ขาดนั้น ถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน จะต้องทำคำชี้ขาดตามเสียงข้างมาก คำชี้ขาดนั้นต้องแน่นอน ถึงที่สุด และทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่ออนุญาโตตุลาการแต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด และในทางปฏิบัติก็ไม่นิยมระบุเหตุผลลงในคำชี้ขาดเลย¹⁴⁹ หลังจากที่ทำการชี้ขาดแล้วอนุญาโตตุลาการย่อมหมดหน้าที่ และไม่มีอำนาจที่จะกระทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดนั้นอีก เว้นแต่แก้ไขตัวเลขที่คำนวณผิดพลาด หรือข้อบกพร่องเล็กน้อย ๆ ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงเนื้อหาสาระสำคัญของคำชี้ขาด

คำชี้ขาดย่อมมีผลถึงที่สุดและผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายอนุญาโตตุลาการมักจะบัญญัติให้คู่กรณีมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น หนึ่งปีนับแต่วันทำคำชี้ขาด เพื่อให้ศาลออกคำสั่งยืนยันตามคำชี้ขาดซึ่งมีผลทำให้คำชี้ขาดนั้นกลายเป็นคำพิพากษาของศาลและเรียกกันทั่วไปว่า “คำพิพากษาคำชี้ขาด” และศาลจะต้องออกคำสั่งดังกล่าว เว้นแต่ คำชี้ขาดถูกยกเลิกหรือแก้ไขใหม่ คำชี้ขาดอาจถูกยกเลิกได้ในกรณีต่าง ๆ คือ เมื่อคำชี้ขาดมีขึ้นเพราะการให้สินบน หรือการหลอกลวง เมื่อมีหลักฐานแน่ชัดว่าอนุญาโตตุลาการลำเอียง หรือไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานที่สำคัญ หรือไม่ยอมเลื่อนการพิจารณาทั้งที่มีเหตุผลอันควร หรือกระทำความผิดอื่น ๆ ซึ่งก่อให้เกิดการเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และเมื่ออนุญาโตตุลาการทำเกินขอบอำนาจ หรือไม่ทำคำชี้ขาดให้แน่นอนและถึงที่สุด ส่วนการที่อนุญาโตตุลาการฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด หรือปรับข้อกฎหมายผิดพลาดไม่เป็นเหตุที่จะยกเลิกคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าถึงขนาดที่อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเป็นเหตุที่จะขอให้ยกเลิกคำชี้ขาดได้ แต่ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องแต่อาจแก้ไขได้ ศาลอาจสั่งให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขคำชี้ขาดเสียใหม่ให้ถูกต้องได้

¹⁴⁹ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ในคดี Berhardt v. Polygraphic Company 1956, (350 u.s. 198) ว่าอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแต่ประการใด

4.3.4 การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย¹⁵⁰

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีความเจริญก้าวหน้าทางอนุญาโตตุลาการมากทั้งด้านตัวบทกฎหมายและในทางปฏิบัติ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทมาตั้งแต่สมัยโบราณ แต่เพิ่งมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร คือหนังสือ The Year Book เมื่อปี ค.ศ. 1347¹⁵¹

ในสมัยเริ่มแรกนั้นยังไม่มีมีการประกาศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งก็เหมือนกับกฎหมายอื่น ๆ คือกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล ซึ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องทำตามแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด การตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการด้วยวาจาก็เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้ แต่สัญญาดังกล่าวจะสมบูรณ์เฉพาะแต่การตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วและยังไม่สิ้นสุด และสัญญาจะไม่สมบูรณ์จนกว่าจะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการนี้อาจถูกเพิกถอนจากการปฏิบัติหน้าที่โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่ใดก่อนทำคำชี้ขาดก็ได้

สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันล่วงหน้าให้ระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้น ไม่ได้รับการรับรองและบังคับตามจากศาล ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมเข้าร่วมดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการหรือนำคดีไปฟ้องศาล คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะขอให้ศาลบังคับให้คู่กรณีเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ศาลจะไม่ยอมดำเนินการให้และจะยกฟ้องหรือยกคำร้องแล้วแต่กรณี

การที่คู่กรณีตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจากสัญญาหลักที่มีความผูกพันกันไว้แล้วโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น สัญญาดังกล่าวจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การอนุญาโตตุลาการนั้นทำได้เฉพาะข้อพิพาททางแพ่งที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายมิให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาด และเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อพิพาทที่มีปัญหาข้อกฎหมายคู่กรณีจะให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดก็ได้แต่ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องคดีต่อศาล ศาลจะไม่หยุดการพิจารณาของศาลไว้เพราะเหตุที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการในปัญหาพิพาทที่มีแต่เฉพาะข้อกฎหมายดังกล่าว เพราะปัญหาดังกล่าวเป็นหน้าที่

¹⁵⁰ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, สัญญาอนุญาโตตุลาการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), 21.

¹⁵¹ Jones, W. C. *History of Commercial Arbitration in the England and the United States*, A Summary View, (n.d.), 129.

ของศาลโดยเฉพาะ¹⁵² กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อพิพาทใดซึ่งเป็นเรื่องที่คู่กรณีสามารถประนีประนอมยอมความกันได้ ก็สามารถให้อนุญาตศาลการพิจารณาชี้ขาดได้

ในกรณีที่มีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตศาลการหรือสัญญาหลักซึ่งมีข้อตกลงอนุญาตศาลการอยู่ด้วยนั้น อนุญาตศาลการจะตัดสินปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาไม่ได้ ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจตัดสินปัญหาดังกล่าวได้

สัญญาอนุญาตศาลการนั้นย่อมมีผลบังคับให้คู่กรณีในสัญญาผูกพันที่จะต้องเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตศาลการตามสัญญา ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดนำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาล คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องต่อศาล ขอให้หยุดการพิจารณาของศาลไว้ชั่วคราวและให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาตศาลการจนเสร็จสิ้นก่อนได้ ทั้งนี้ศาลจะต้องพิจารณาได้ความว่ามีสัญญาอนุญาตศาลการที่สมบูรณ์ และคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอนั้นเต็มใจที่จะให้มีการพิจารณาโดยการอนุญาตศาลการ การยื่นคำร้องดังกล่าวจะต้องกระทำก่อนที่คู่กรณีผู้ที่ยื่นคำร้องได้จะดำเนินการพิจารณา หรือกระทำการใด ๆ ซึ่งถือว่าเป็นการเข้าร่วมการพิจารณาของศาล

บุคคลที่จะมาทำหน้าที่อนุญาตศาลการได้จะต้องมีความสามารถตามกฎหมายแพ่ง คือ ต้องมีความสามารถจัดกิจการของตนเองได้ นอกจากนั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่ข้อสำคัญ ไม่ลำเอียง ไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท และคู่กรณีในสัญญาอนุญาตศาลการอาจกำหนดคุณสมบัติพิเศษของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตศาลการลงไว้ในสัญญาได้ เช่น จะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในทางการค้า หรือเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่กำลังมีปัญหาพิพาทกัน

อนุญาตศาลการจะมีจำนวนเท่าใด จะเป็นจำนวนเลขคู่หรือเลขคู่ก็ได้แล้วแต่คู่กรณีจะกำหนด ถ้าคู่กรณีตั้งอนุญาตศาลการสองคน ให้ถือว่าอนุญาตศาลการสองคนนั้นมีอำนาจ ตั้งผู้ชี้ขาดได้ทันทีหลังจากได้รับแต่งตั้ง เว้นแต่ คู่กรณีจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

สำหรับวิธีพิจารณาของอนุญาตศาลการในประเทศอังกฤษนั้น ตามกฎหมายและในทางปฏิบัติ วิธีพิจารณาของอนุญาตศาลการและการสืบพยานมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิธีการพิจารณาคดีของศาลมาก อนุญาตศาลการมักจะนำวิธีพิจารณาของศาลและหลักการสืบพยานหลักฐานมาใช้กับการพิจารณาข้อพิพาทของตน โดยอนุโลม แต่คู่กรณีอาจเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าวโดยให้อนุญาตศาลการไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัดก็ได้ เพราะการอนุญาตศาลการนั้นอาศัยหลักเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ เช่น คู่กรณีอาจตกลงกันให้อนุญาตศาลการพิจารณาเฉพาะพยานเอกสารแล้วตัดสินข้อพิพาทเลยโดยไม่จำเป็นต้องฟังพยานบุคคลก็ได้

การอนุญาตศาลการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาลมาก ศาลมีอำนาจบางประการที่จะควบคุมการพิจารณาของอนุญาตศาลการ หรือให้ความช่วยเหลืออนุญาตศาลการได้ เช่น การออก

¹⁵²Walton, A., **Russell on the Law of Arbitration**, (London: Stevens and Sons, 1970), 243.

หมายเรียกพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร การช่วยตัดสินปัญหาข้อกฎหมาย แต่ทั้งนี้ศาลจะมีอำนาจดังกล่าวได้ต่อเมื่อคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการร้องขอให้ศาลกระทำการอย่างใด ๆ และเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติไว้¹⁵³

ในระหว่างทำการพิจารณา คู่กรณีมีอำนาจทำสัญญาตัดอำนาจศาล เมื่อการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้เริ่มต้นแล้วในข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องภายในประเทศ สำหรับข้อพิพาทที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศก็ทำได้เช่นกัน แต่ต้องเป็นข้อพิพาทซึ่งอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลสูง (high court) เกี่ยวกับกฎหมายทะเล ข้อพิพาทเกิดจากสัญญาประกันภัย และข้อพิพาทเกิดจากสัญญาการค้าสินค้า (commodity contract) หรือเป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับต่างประเทศอื่น ๆ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับประเทศอังกฤษมากนัก และคู่สัญญาจะทำสัญญาตัดเขตอำนาจศาลได้โดยไม่ต้องรอให้มีการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณาเสียก่อน¹⁵⁴

คู่กรณีมีสิทธินำทนายหรือที่ปรึกษากฎหมายมาร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดละเลยไม่เข้าร่วมในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือปฏิเสธสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาไปได้โดยมีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว แต่จะต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีที่ขาดนัดว่าจะมีการพิจารณาไปด้วย ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องขออำนาจจากศาลหรือได้รับอำนาจโดยมีสัญญาระบุไว้ แต่เป็นอำนาจที่เกิดจากสภาพหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไป

ส่วนในเรื่องการทำคำชี้ขาดนั้น ถ้ามีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน ต้องทำคำชี้ขาดตามคะแนนเสียงข้างมาก และถ้าอนุญาโตตุลาการมีจำนวนเป็นเลขคู่ อนุญาโตตุลาการทั้งหมดนั้นต้องตั้งผู้ชี้ขาด คำชี้ขาดไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่ในทางปฏิบัติมักจะทำเป็นหนังสือเพราะเป็นหลักฐานแน่นอนและง่ายแก่การพิสูจน์ คำชี้ขาดต้องมีสภาพชัดเจนแน่นอน และถึงที่สุด นอกจากนี้คำชี้ขาดยังต้องไม่ขัดแย้งต่อกฎหมาย และต้องไม่เกินขอบอำนาจตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลแห่งคำชี้ขาด หลังจากทำคำชี้ขาดแล้ว อนุญาโตตุลาการย่อมหมดหน้าที่ลงนับแต่ทำคำชี้ขาดเสร็จ แต่ก็ยังมีอำนาจที่จะแก้ไขข้อพิพาทเล็กน้อย

สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นจะมีผลบังคับต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่อเมื่อคำชี้ขาดนั้นไปเสนอต่อศาล เพื่อให้พิพากษาตามคำชี้ขาดและศาลก็ได้พิพากษาคำชี้ขาดนั้น คู่กรณีฝ่ายใดไม่พอใจคำชี้ขาดมีสิทธิคัดค้านคำชี้ขาดได้โดยอาศัยเหตุต่าง ๆ คือ คำชี้ขาดไม่สมบูรณ์ เพราะ

¹⁵³ Macleod, J. K., Hudson, A. H., Stevens, T.M. & Borrie, G.J., **Element of Mercantile Law**, (London : Butterworths, 1978), 758.

¹⁵⁴ Walton, A., **Russell on the Law of Arbitration**, (London: Stevens and Sons, 1970), 255.

ไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ในสัญญาว่าด้วยความสมบูรณ์ของคำชี้ขาด มีความผิดพลาดในปัญหาข้อกฎหมายหรือปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏชัดในคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการประพฤติไม่ชอบ (misconduct) พบพยานหลักฐานเพิ่มเติมที่ไม่อาจพบได้ก่อนมีคำชี้ขาด และเป็นเรื่องที่สำคัญในประเด็นพิพาท และคำชี้ขาดนั้นได้มาโดยวิธีการที่ไม่ถูกต้อง เช่น น้อยลง ข่มขู่ หรือโดยการกระทำที่ไม่ถูกต้องของอนุญาโตตุลาการ

ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้อง ก็ให้ยกคำร้องหรือคำฟ้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ถ้าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องแต่อาจแก้ไขได้ ให้ศาลส่งคำชี้ขาดให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขเสียใหม่ ให้ถูกต้องก่อนที่ศาลจะพิพากษาไปตามคำชี้ขาดนั้น และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมถึงที่สุด คู่กรณีฝ่ายใดจะอุทธรณ์มิได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือได้รับอนุญาตจากศาล ศาลจะอนุญาตให้คู่กรณีอุทธรณ์คำชี้ขาดในกรณีซึ่งเป็นเรื่องปัญหาข้อกฎหมายที่จะเปลี่ยนสิทธิที่สำคัญของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย และศาลอาจกำหนดให้ผู้อุทธรณ์จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหาประกันการชำระหนี้มาให้

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

เกี่ยวกับปัญหากฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาร่วมลงทุนนั้น ผู้เขียนขอแยกให้เห็นโดยพิจารณาจากระบบกฎหมาย ของบรรดาประเทศที่ได้กล่าวเปรียบเทียบกับมาแล้วข้างต้น ซึ่งมีทั้งกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) และ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) เพื่อศึกษาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในอนาคตให้มีความชัดเจน ว่ากฎหมายใดที่จะมีความเหมาะสม ในการรองรับการแก้ปัญหาข้อพิพาท ให้มีประสิทธิภาพ เป็นที่น่าเชื่อถือต่อนักลงทุนมากที่สุด โดยจะได้กล่าวถึงให้เห็นในภาพรวมดังต่อไปนี้

4.4.1 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในระบบประมวลกฎหมาย

ในบรรดาประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย (civil law) นั้น ได้มีการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาที่กระทำขึ้นโดยฝ่ายรัฐ ออกจากสัญญาทางแพ่ง ซึ่งประเทศ

ฝรั่งเศสอันถือว่าเป็นแม่แบบของสัญญาทางปกครองได้ยอมรับว่าสัญญาทางปกครองเป็นเอกเทศต่างจากสัญญาทางแพ่ง¹⁵⁵

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้กล่าวไว้ในหนังสือบทความว่า “กฎหมายในยุคปฏิวัติฝรั่งเศสคือ รัฐบัญญัติ ค.ศ. 1804 ได้ห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญของหลักสัญญาทางปกครอง และ ถือว่าทฤษฎีที่เป็นหัวใจ ของกฎหมายปกครอง คือ ทฤษฎีอำนาจมหาชน (theorie de puissance publique) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง ที่จะกระทำการฝ่ายเดียว ฯ ...”¹⁵⁶ จากคำกล่าวดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสนั้นจะแยกกฎหมายที่ใช้กับสัญญาธรรมดาออกจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนออกมาอย่างชัดเจน โดยมีศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง รวมทั้งข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองนั้น จะมีข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่รัฐฝ่ายเดียวในเรื่องต่าง ๆ เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือบอกเลิกสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอมด้วย เป็นต้น ข้อสัญญาเหล่านี้เรียกว่า Clauses Exorbitants¹⁵⁷

ส่วนในประเทศอื่น ๆ เช่น ประเทศเยอรมันตะวันตกก็ยอมรับในเรื่องสัญญาทางปกครอง และได้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่จะไม่ยอมรับมากเท่าฝรั่งเศส มีขอบเขตจำกัดกว่า ซึ่งจะดูความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาว่าหากลักษณะความสัมพันธ์อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชนแล้ว ก็ถือว่าข้อตกลงนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากลักษณะของความสัมพันธ์อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแพ่ง ก็เป็นสัญญาทางแพ่ง ส่วนสัญญาทางปกครองนั้น การบังคับให้เป็นไปตามสัญญาและจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน โดยอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง และหากมีกรณีใดที่ไม่มีหลักกฎหมายมหาชนที่จะนำมาบังคับใช้ได้แล้ว ในทางปฏิบัติศาลปกครองของเยอรมันก็จะใช้วิธีการเทียบเคียง (analogy)¹⁵⁸ โดยเอาหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ตามความจำเป็น และให้เหมาะสมต่อประโยชน์สาธารณะในแต่ละกรณีไป ส่วนกรณีที่สัญญาเป็นสัญญา

¹⁵⁵ รุ่งทอง ไกรยรเสน, การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), 116.

¹⁵⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง, ฉบับที่ 5, (กุมภาพันธ์ 2529), 115-117.

¹⁵⁷ ชาญวัฒน์ นูนาค, สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนวิเคราะห์สัญญาสัมปทาน, วารสารทนายความ, (5) 24, (ตุลาคม 2539), 40.

¹⁵⁸ Turpin, C., *Contracts in General: Chapter 4 Public Contracts*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, (Max-Planck Institute, 1982), 7.

ทางแพ่งของฝ่ายปกครองจะบังคับตามหลักกฎหมายเอกชน และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไป

4.4.2 กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในระบบกฎหมายจารีตประเพณี

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ประเทศที่เป็นแม่แบบคือ ประเทศอังกฤษและอเมริกา ซึ่งในระบบกฎหมายของอังกฤษและอเมริกาไม่มีการแบ่งแยกประเภทกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนดังเช่น ประเทศฝรั่งเศส สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนของอังกฤษ และอเมริกาเป็นลักษณะเหมือนสัญญาทางแพ่ง ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทั่วไป และต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งโดยทั่วไป¹⁵⁹ ไม่มีการจัดตั้งศาลพิเศษที่มีอำนาจพิจารณาคดีทางปกครองที่จะมาทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ โดยเฉพาะเหมือนของฝรั่งเศส ในทางปฏิบัติในการทำสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐมิได้มีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่เหมือนกับเอกชนในการทำสัญญาทางแพ่ง

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อมีการเสนอข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศาล ก็จะนำกฎหมายแพ่งทั่วไปในเรื่องของสัญญามาบังคับ โดยปรับหลักกฎหมายดังกล่าวให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ ซึ่งก็ได้ปฏิบัติตามแนวทางนี้เรื่อยมาจนมีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น โดยแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ก่อให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้นมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวโดยเฉพาะ กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเกิดขึ้น โดยปกติในหน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญา ฝ่ายรัฐจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งที่เรียกว่า Boards of Contract Appeals เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่คู่กรณีได้ร้องขึ้นมา และผลของการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการดังกล่าวนี้ ได้มีส่วนอย่างสำคัญในการก่อให้เกิดหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาภาครัฐ (government contract law)¹⁶⁰ ขึ้นมา

ส่วนในประเทศอังกฤษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ กล่าวว่า ในประเทศอังกฤษเห็นว่าไม่มีกฎหมายลักษณะ สัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะเหมือนกับประเทศฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ที่ใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นไปตามกฎหมายทั่ว ๆ ไป ทำนองเดียวกับที่ใช้ในระหว่างเอกชนกับ

¹⁵⁹ รุ่งทอง ไกรยรเสน, การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), 118.

¹⁶⁰ Turpin, C., **Government Contract** (Suffolk: Penguin Book, 1972), 71.

เอกชน¹⁶¹ ดังนั้น กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น จึงมาจากหลักที่ว่า รัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้กับบุคคลทั่วไป (ordinary law of the land) แต่ในบางกรณี คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะทำให้ต้องหลุดพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หากเห็นว่า มีความจำเป็นที่จะกระทำเพื่อสาธารณะประโยชน์ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็คือ การนำหลักเกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาแทรกในหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องถูกฟ้องในศาลธรรมดา โดยไม่มีการแยกระบบศาลพิเศษออกไป¹⁶² จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษนั้นใช้ระบบศาลเดียว คำพิพากษาของศาลคือกฎหมาย ซึ่งมีความยืดหยุ่นที่จะสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน และการที่รัฐจะอ้างความจำเป็นของรัฐขึ้นมาเพื่อแก้ไขสัญญา หรือว่าปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา การใช้กฎหมายดังกล่าวจึงจะต้องใช้อย่างระมัดระวังและสามารถเปลี่ยนได้ตามสถานการณ์ เพราะคำพิพากษานั้นสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าการแก้ไขกฎหมาย

สำหรับในกรณีของประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่ถือว่าอยู่ในระบบประมวลกฎหมายเหมือนกัน ก็ยังไม่ได้แบ่งแยกกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติเฉพาะเหมือนกับของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งในปัจจุบันประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเองยังใช้หลักกฎหมายแพ่ง เช่น กฎหมายว่าด้วยความผูกพันในสัญญา กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน เหล่านี้เป็นต้น มาบังคับกับสัญญา และที่สำคัญ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็ยังไม่มีศาลปกครอง แต่ก็เชื่อว่าในอนาคตอันใกล้นี้ ก็จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ เพื่อเป็นกลไกในการพิพากษาคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่เมื่อมีศาลปกครองเกิดขึ้น ผู้เขียนก็ยังมองถึงปัญหาทางด้านกฎหมายในเรื่องที่อาจจะให้อำนาจฝ่ายรัฐเหนือกว่าในการทำสัญญากับเอกชน เพราะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำลังทำในปัจจุบันนี้ ส่วนใหญ่นั้นจะเป็นสัญญาลงทุนที่รัฐให้เอกชนเข้ามาลงทุน หรือร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยการอนุญาต หรือการให้สัมปทาน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาสัมปทานพลังงานไฟฟ้าเหล่านี้เป็นต้น ดังนั้นสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ จะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองหากมีข้อพิพาทต่อกัน ซึ่งก็จะเป็นปัญหาว่าหากเอกชนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนไม่ต้องการที่จะใช้ระบบศาลในการระงับข้อพิพาท แต่จะตกลงกันระหว่างคู่กรณี โดยตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งนั้น จะถือว่าเป็นการขัดต่อ กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของประเทศรับการ

¹⁶¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ, วารสารกฎหมายปกครอง, 1(6), (เมษายน 2530), 1.

¹⁶² เรื่องเดียวกัน, 2.

ลงทุนหรือไม่ จะมีข้อยกเว้นใดบ้าง ซึ่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะคำนึงถึงการ พัฒนาเศรษฐกิจของประเทศด้วย หากเรายึดตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือว่าเป็นประเทศ แม่แบบของกฎหมายปกครองนั้น หากเป็น “สัญญาทางปกครอง”¹⁶³ ก็จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของศาล ปกครอง และใช้กฎหมายมหาชนบังคับกับข้อพิพาท สัญญาปกครองของฝรั่งเศสจะให้อำนาจแก่รัฐ มากในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น รัฐสามารถกระทำแต่ ฝ่ายเดียวได้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเอกชน ไม่เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง ซึ่งคู่กรณีจะต้องมี สิทธิเท่าเทียมกัน จะมีการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงจะกระทำได้นี้ก็ต่อเมื่อได้รับการยินยอมของคู่กรณี ทั้งสองฝ่าย¹⁶⁴ ในการยึดหลักรัฐสามารถกระทำการฝ่ายเดียวเช่นนี้ก็จะทำให้ระบบการค้าและการ ลงทุนภายในประเทศ ไม่เป็นที่น่าสนใจของเอกชนที่เข้ามาลงทุน เพราะล้าหลังขึ้นศาลแพ่งธรรมดา ก็ ยังมีปัญหาความเคลือบแคลงในอำนาจศาลอยู่แล้ว และหากยังยึดหลักตามประเทศฝรั่งเศสก็อาจจะ ทำให้เกิดผลเสียหายในภาพรวมของประเทศได้ เพราะใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นการเฉพาะอย่าง ชัดเจน

จากประเด็นที่ได้กล่าวข้างต้นผู้เขียนวิเคราะห์แล้วเห็นว่า หากพิจารณาในด้านการพัฒนา เศรษฐกิจของประเทศโดยเฉพาะในด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว ก็จะเข้าใจว่า การ ที่ให้ศาลปกครองเป็นองค์กรในการระงับข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสภาวะ ของประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในปัจจุบัน เนื่องจากว่าประเทศประสบปัญหา ทางด้านเศรษฐกิจขาดแคลนเงินในการลงทุน จึงยังมีความต้องการที่จะให้เอกชนต่างชาติเข้ามาร่วม ลงทุนดำเนินการในกิจการของรัฐ และขณะเดียวกัน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังได้ ทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและปกป้องการลงทุนของต่างประเทศใน สาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว รวมทั้งสนธิสัญญาทวิภาคีอื่น ๆ กับหลาย ๆ ประเทศ ซึ่งในสนธิสัญญา เหล่านี้มักจะมีข้อตกลงให้แก้ไขข้อขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นอีกว่า ทางออกที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวคือ ให้สาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว รีบทำการศึกษาเพื่อพิจารณาเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ซึ่งถ้าหากในกรณีที่รัฐทำสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนต่างชาติ ให้คู่กรณีตกลงใช้

¹⁶³ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำ นิยามว่า สัญญาทางปกครองหมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หรือตัวแทนของรัฐในส่วนท้องถิ่น หรือส่วนกลาง เข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นรัฐหรือเป็น เอกชน

¹⁶⁴ มาตรา 32 (1) แห่งกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา ค.ศ. 1990

อนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ และในกรณีที่รัฐทำสัญญากับเอกชนภายในประเทศเอง ก็ควรให้สิทธิแก่เอกชนในประเทศด้วยว่า ให้ตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ ดังมีข้อเสนอของ รุ่งทอง ไกรยรเสน ให้แก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนก็มีความคิดตรงกัน คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรแก้ไขกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวให้มีบทบัญญัติ ดังนี้ “เมื่อรัฐเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับเอกชนแล้ว รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยเพื่อให้ได้รับเอกสิทธิ์มิให้ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมิได้ และไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะถือเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อขัดแย้งได้” ซึ่งการเสนอเช่นนี้ ก็เพื่อเป็นการให้เกิดความเสมอภาคระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศและเอกชนต่างชาติ ทำให้เป็นการเสริมสร้างบรรยากาศในการค้า และการลงทุนทั้งในและระหว่างประเทศให้ดียิ่งขึ้น

จากการที่ได้นำเสนอ วิธีการระงับข้อพิพาท ที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ศูนย์ ICSID ตามที่ได้กล่าวมาผู้เขียนยังมีความเห็นว่าควรเสนอให้รัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 เพื่อเป็นการแก้ปัญหา การใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดให้มีความเสมอภาคกันไม่ว่าฝ่ายนั้นจะเป็นฝ่ายปกครองหรือไม่ก็ตาม เพราะการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นจะทำให้ได้ใช้กลไกของศูนย์ ICSID จัดการกับปัญหาข้อพิพาทด้านการลงทุน เพราะศูนย์ ICSID มีวิธีการและขั้นตอนการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ที่มีประสิทธิภาพมาก อันเห็นได้จากวิธีการและขั้นตอนการระงับข้อพิพาทตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ต่อไปผู้เขียนขอกล่าวเป็นคร่าว ๆ โดยย่อ ถึงวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการด้วยกฎเกณฑ์อื่นที่ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ ICSID เพื่อศึกษาเปรียบเทียบดูว่าควรเลือก กฎเกณฑ์อันใดที่เหมาะสมมากกว่า ดังต่อไปนี้

4.5 การแก้ไขความขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์อื่นนอกเหนือจาก ICSID

ผู้เขียนได้กล่าวนำมาแล้วว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นประเทศที่เพิ่งเปิดประเทศไม่กี่ปีมานี้จึงไม่ค่อยมีปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดจากการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ เป็นคดีขึ้นสู่เวทีระหว่างประเทศเพื่อดำเนินการแก้ไขมากนัก แต่ที่ผ่านมามี 1 คดีเมื่อไม่นานมานี้เป็นคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทอันเกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐ คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ เป็นโครงการร่วมลงทุนเพื่อสัมปทานโครงการพัฒนา

พลังงานไฟฟ้าถ่านหินลิกไนต์ ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยสัญญาร่วมลงทุนถูกระบุไว้ว่าหากเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องได้นำปัญหาไปดำเนินการแก้ไขด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้กระบวนการที่เรียกว่า UNCITRAL นั่นก็หมายความว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เลือกที่จะใช้เวทีระหว่างประเทศในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติด้วย UNCITRAL

ดังนั้น จะเห็นได้ว่านอกจากสนธิสัญญาทวิภาคีบางฉบับที่หลายประเทศได้เข้าร่วมเป็นภาคี จะกำหนดให้คู่กรณีแห่งข้อขัดแย้งระหว่างรัฐและเอกชนอื่นเกี่ยวข้องกับการลงทุนมีสิทธิที่จะนำข้อขัดแย้งให้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad-hoc) หรืออนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งได้แล้ว สนธิสัญญาทวิภาคีนั้น ๆ ยังกำหนดทางเลือกของอนุญาโตตุลาการรูปแบบอื่นไว้เป็นตัวเลือกแก่คู่กรณีแห่งข้อขัดแย้ง อันได้แก่ อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ตามแบบของสภาการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce: ICC) แม้ในสัญญาร่วมลงทุนจะไม่ระบุว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างกัน จะให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นผู้ระงับข้อพิพาท แต่คู่กรณีก็สามารถที่จะเลือกให้อนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL หรือ ICC เข้ามาทำหน้าที่ระงับข้อขัดแย้ง อันเกี่ยวกับการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติได้ ดังนี้

4.5.1 อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL

ที่ประชุมใหญ่ของสหประชาชาติได้ลงมติรับกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการนี้เมื่อวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1976 โดยมติของที่ประชุมใหญ่เลขที่ 31/98 15 ธันวาคม ค.ศ. 1976 ได้แนะนำให้ใช้กฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการนี้ในการแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศ อันมีพื้นฐานมาจากความเชื่อมั่นที่ว่า การสร้างหลักเกณฑ์อนุญาโตตุลาการที่แน่นอนที่ได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกของสหประชาชาติที่มีความแตกต่างกันทั้งทางด้านระบบกฎหมาย ทางสังคม หรือ ทางเศรษฐกิจ จะเป็นส่วนช่วยส่งเสริมและพัฒนาระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ

กฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1980 และปี ค.ศ. 1985 โดยเพิ่มตัวบททางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขข้อขัดแย้ง ได้แก่ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งและกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

สนธิสัญญาทวิภาคีหลาย ๆ ฉบับได้อ้างอิงถึงอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL ในฐานะที่เป็นรูปแบบหนึ่งของอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแห่งข้อขัดแย้งสามารถจะเลือกเข้ามาใช้ในการระงับข้อขัดแย้งได้

ข้อกำหนดในสนธิสัญญาทวิภาคีจะกำหนดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการลักษณะนี้ไว้พร้อม ๆ กับอนุญาโตตุลาการ ICSID เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างเนเธอร์แลนด์-เวียดนาม (1994) ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9(2) ดังนี้ “If such disputes can not be settled...” “... the disputes shall, at the request of the national concerned, be submitted to an ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or one established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law”.

ซึ่งในวงเล็บ(3) ของมาตราเดียวกันของสนธิสัญญาทวิภาคีที่ยกตัวอย่างมานี้ จะกำหนดให้เป็นส่วนที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาอสังขัตหรืออนุญาโตตุลาการ ICSID โดยไม่ได้กำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการแบบใดเป็นหลัก

4.5.2 อนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC)

ระบบของอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ หรือ ICC นี้โดยหลักการแล้วจะมุ่งในข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามกรณีแห่งข้อขัดแย้งอันเกิดจากการลงทุนก็สามารถที่จะเลือกให้อนุญาโตตุลาการของ ICC เป็นผู้แก้ไขข้อขัดแย้งได้

สภาหอการค้าระหว่างประเทศที่เรียกชื่อย่อว่า ICC ขึ้น ณ กรุงปารีส ในปี ค.ศ. 1919 โดยรวมเอาศาลและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรในปี ค.ศ. 1923 ซึ่งอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะทำการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งภายใต้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าระหว่างประเทศ

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

ดูเหมือนว่าระบบการแก้ไขข้อขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการของ ICC นี้เมื่อศึกษาดูแล้วแทบจะไม่ปรากฏเลยในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการลงทุน แต่จะพบได้ในข้อกำหนดในการระงับข้อขัดแย้งของสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (international investment agreement) เสียเป็นส่วนใหญ่¹⁶⁵ ซึ่งอาจจะมีผลมาจากความเชี่ยวชาญขององค์กรที่ไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศและการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีนั้นจะเน้นในเรื่องข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งการที่สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศบางสัญญาได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการ ICC เป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขข้อขัดแย้งนั้น สืบเนื่องมาจากลักษณะของสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศนั้น ๆ เองที่อาจมีส่วนที่เกี่ยวข้องหรือรวมเอาเรื่องการค้าไว้ในสัญญาด้วย

¹⁶⁵ LANGER, P., *Les Contrats entre Etats et entreprises etrangeres*, (Paris, Economica, 1985)

จากกฎเกณฑ์ทั้งสามที่ได้กล่าวมาผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการนั้น นับเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมาก มีความเรียบง่ายมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการแก้ไขความขัดแย้งด้วยวิธีการอื่น เช่น วิธีทางศาลภายในของรัฐต่าง ๆ ซึ่งนักลงทุนต่างชาติอาจจะไม่มีความคุ้นเคยกับระบบของศาลภายในของรัฐนั้น หรือไม่มั่นใจว่าจะได้รับความเป็นธรรมหรือไม่ แต่การแก้ไขความขัดแย้งด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ได้กล่าวมานี้ได้ช่วยทำให้เกิดความเชื่อมั่นกับนักลงทุนต่างชาติในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐคู่กรณีแห่งข้อขัดแย้ง รัฐต่าง ๆ นอกจากจะใช้สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนที่ได้กำหนดให้การแก้ไขความขัดแย้งอันเกิดจากการลงทุนร่วมกันโดยอนุญาโตตุลาการไว้เป็นมาตรการหนึ่งในการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศแล้วยังได้ใช้เป็นเครื่องมือในการดึงดูดกระแสการลงทุนให้เข้ามาในประเทศด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วและได้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ทั้งสามอย่างคือ ICSID, UNCITRAL, และ ICC, นี้ มีเพียงอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของศูนย์ ICSID เท่านั้น ที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรพิจารณาใช้หากเกิดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการร่วมลงทุน แต่ก็มิได้หมายความว่า จะปฏิเสธ กระบวนการ UNCITRAL หรือ ICC เพียงแต่ควรยึดถือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นหลักในการแก้ไขข้อพิพาทด้านการลงทุน ถึงแม้ว่าที่ผ่านมารัฐบาลประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้เลือกที่จะใช้อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ UNCITRAL เพื่อดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับเอกชนต่างชาติแล้วก็ตาม ผู้เขียนก็ยังเห็นควรสนับสนุนให้รัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว นำกลไกของศูนย์ ICSID เข้ามาแก้ไขข้อขัดแย้ง เพราะศูนย์ ICSID มีความชำนาญการเกี่ยวกับเรื่องการลงทุนโดยเฉพาะ ซึ่งในบทวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนกำลังวิจัยนี้มุ่งเน้นหามาตรการทางกฎหมายเพื่อดำเนินการแก้ไขข้อขัดแย้งอันเกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติ ส่วนอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์อื่นที่ไม่ใช่ ICSID ถือได้ว่าเป็นกรณีพิเศษเนื่องจากกฎเกณฑ์ของ UNCITRAL และ ICC นั้น มิได้มีจุดมุ่งหมายหรือความเชี่ยวชาญหรือเพ่งเล็งปัญหาเกี่ยวกับด้านกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศโดยเฉพาะ แต่เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่าลักษณะของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของ UNCITRAL นี้เป็นอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจหรือเฉพาะการ (ad-hoc) แบบหนึ่ง กล่าวคือเป็นอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นโดยคู่กรณีแห่งข้อขัดแย้งเอง ภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะคือกฎเกณฑ์ UNCITRAL โดยไม่ได้เป็นอนุญาโตตุลาการ ที่สังกัดสถาบันเหมือนกับกรณี ของศูนย์แก้ไขข้อขัดแย้งอนุญาโตตุลาการ ICSID แต่ส่วนที่มีข้อแตกต่างกับระบบอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่แท้จริง คือระบบ

อนุญาโตตุลาการ UNCITRAL จะมีกลไกที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 ถึงมาตรา 13 ของกฎเกณฑ์อนุญาโตตุลาการ UNCITRAL ในเรื่องของความช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในบางครั้งอาจเรียกได้ว่าเป็นอนุญาโตตุลาการแบบกึ่งจัดการ (semi-organized arbitration)

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงใคร่ขอยืนยันว่า การอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของศูนย์ ICSID ถือเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดในการนำมาแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนต่างชาติในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เนื่องจากมีเหตุผลสนับสนุน 6 ประการ ดังนี้

ประการแรก การใช้ระบบอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นขึ้นกับความสมัครใจของกลุ่ม ีกระบวนการต่าง ๆ จะไม่ตกอยู่ภายใต้ศูนย์ ICSID จนกว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือที่จะเสนอข้อพิพาทต่อศูนย์ ICSID การให้สัตยาบันของรัฐซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นไม่ก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่ส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐภาคีที่จะใช้กลไกของศูนย์ ICSID ในการระงับข้อพิพาท กล่าวคือ ภาระผูกพันจะเกิดขึ้นต่อเมื่อหลังจากที่รัฐภาคีได้ให้ความยินยอมที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ตัดสินความขัดแย้งแล้ว แม้ว่าจะเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 แล้วก็ตาม แต่หากรัฐภาคีจะใช้วิธีการอื่นในการแก้ไขความขัดแย้งก็ย่อมกระทำได้ โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องใช้ศูนย์ ICSID ในการแก้ไขความขัดแย้งเสมอไป ทั้งนี้ขึ้นกับความตกลงของกลุ่ม

ประการที่สอง ระบบของการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นมีขอบเขตในการที่จะเสนอความขัดแย้งต่อศูนย์ ICSID โดยจำกัดเฉพาะความขัดแย้งที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนระหว่างรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งกับเอกชนของอีกรัฐภาคีหนึ่ง

ประการที่สาม ระบบอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นมีขอบเขตที่กว้างขวาง ให้อิสระแก่คู่กรณีในการที่จะกำหนดกระบวนการพิจารณาและกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ให้อิสระแก่คู่กรณีที่จะพิจารณากฎหมายตามที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ตัดสินความขัดแย้ง และคู่กรณีอาจมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการ ตัดสินชี้ขาดความขัดแย้งโดยใช้หลักความยุติธรรม (equity) ก็ได้

ประการที่สี่ ระบบของการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นเน้นถึงความมีประสิทธิภาพของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 โดยจัดให้มีกลไกบังคับเพื่อให้มีให้กระบวนการพิจารณาที่คู่กรณีได้กำหนดไว้เสียไป เช่น ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธความร่วมมือในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ให้ประธาน สภการบริหารของศูนย์ ICSID เป็นผู้แต่งตั้งแทน ซึ่งทำให้คู่กรณีมั่นใจได้ว่ากระบวนการพิจารณาที่ได้กำหนดไว้นั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้ และตัวอนุสัญญานั้นยังช่วยส่งเสริมสนับสนุนความมีประสิทธิภาพของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเมื่อมีคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีจะต้องมีการระงับข้อพิพาทที่ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาด

ประการที่ห้า ระบบของการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้น มีความเป็นอิสระจากการควบคุมของศาลภายในของรัฐบาล และความเป็นอิสระนั้นยังมีผลรวมไปถึงคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรัฐบาลแต่ละรัฐต้องยอมรับคำชี้ขาดนั้นเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐของตน โดยบทบาทของศาลของรัฐบาลก็จึงถูกจำกัดเพียงแค่การช่วยเหลือให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ของศูนย์ ICSID เท่านั้น และนอกเหนือจากนั้น อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ยังกำหนดให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่สามารถที่จะอุทธรณ์หรือใช้วิธีการเยียวยาอย่างอื่นได้ เว้นแต่จะมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งในข้อ 52 (1) ของอนุสัญญาดังกล่าวคือ ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้ ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาด ให้คณะกรรมการการวิสามัญ 3 คน ที่ได้รับการแต่งตั้งจากสภานาบริหารนั้น มีอำนาจเพิกถอนได้ หากมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งใน 5 อย่างในข้อ 52(1) และเมื่อมีการยกเลิกเพิกถอนคำชี้ขาดแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายอาจยื่นข้อขัดแย้งกันนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการ คณะใหม่ของศูนย์ ICSID ได้

ประการที่หก ลักษณะเด่นประการสุดท้ายของระบบการอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้น เป็นระบบที่ป้องกันไม่ให้รัฐบาลให้ความคุ้มครองทางการเงินแก่คนชาติของตน เมื่อได้มีการให้ความยินยอมเสนอความขัดแย้งให้อนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ทำการตัดสินชี้ขาดแล้ว ลักษณะเด่นข้อนี้ทำให้ระบบการแก้ไขความขัดแย้งภายใต้อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 มีความสมดุลมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ก็เป็นที่ปรากฏชัดเจนในภาพรวมว่า เศรษฐกิจของประเทศมีการพัฒนาก้าวหน้าไปอย่างมากหากเปรียบเทียบกับก่อนปี ค.ศ.1987 และเริ่มปี ค.ศ. 1988 เป็นต้นมา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้เปิดประเทศไปสู่โลกเศรษฐกิจ โดยได้ทำการค้าการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ มากมาย และได้มีการทำสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศ พร้อมทั้งได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาหลายฉบับ เพื่อมาตรการต่าง ๆ ดึงดูดนักลงทุนจากต่างประเทศให้เกิดความสนใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศ หนึ่งในมาตรการเหล่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญา กรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

ศูนย์ ICSID นั้นเป็นหนึ่งในห้า ขององค์กรระหว่างประเทศที่ตั้งขึ้นภายใต้สนธิสัญญาพหุภาคี เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 และ มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 ปัจจุบันมี

157¹⁶⁶ ประเทศได้ลงนาม ที่เป็นสมาชิกของ World Bank จากทั้งหมด 181 ประเทศ และให้สัตยาบัน อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 มี 146 ประเทศ โดยสมาชิกของศูนย์ ICSID นั้น จะถูกเรียกว่า Contracting States ซึ่งประกอบไปด้วยประเทศต่างๆ ในเขตภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก เช่น สมาชิกของ APEC (Asia Pacific Economic Cooperation) และศูนย์ ICSID นั้นเป็นศูนย์ระหว่างประเทศ จัดตั้งขึ้นเพื่อทำการแก้ไขความขัดแย้งทางการลงทุน ซึ่งจะต้องเป็นความขัดแย้งระหว่างรัฐกับเอกชน ต่างชาติ โดยศูนย์ ICSID นี้จะมีวิธีแก้ไขความขัดแย้ง 2 วิธี คือ วิธีการประนีประนอมความขัดแย้ง และการอนุญาโตตุลาการ ศูนย์ ICSID ได้ดำเนินงานจนถึงปัจจุบันนี้มีคดีขึ้นสู่ศูนย์ ICSID แล้วหลายคดีโดยส่วนมากใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการพิจารณา จะมีบางคดีที่ใช้วิธีการประนีประนอมข้อพิพาทแต่ก็มีน้อยมาก คดีที่ยื่นต่อศูนย์ ICSID นั้น มีหลากหลายกรณีบางกรณีที่รัฐเป็นโจทก์เรียกร้องต่อนักลงทุน ซึ่งรัฐที่เป็นคู่กรณีดังกล่าวจะรวมถึงประเทศอุตสาหกรรม และประเทศกำลังพัฒนาทั่วทุกภูมิภาคของโลก ประเทศที่เป็นสมาชิก APEC ก็ได้ใช้วิธีการแก้ไข ความขัดแย้งภายใต้ศูนย์ ICSID เช่นกัน จากหลายคดีของศูนย์ ICSID ก็ได้พิสูจน์ให้เห็นว่า การอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID นั้น เหมาะสมสำหรับ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้น เพราะว่าสามารถใช้ศูนย์ ICSID ในการแก้ไขความขัดแย้งได้ทุกประเภทของการลงทุน ฉะนั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรเข้าเป็นภาคีเพื่อเป็นการสร้างบรรยากาศในการค้าการลงทุนระหว่างประเทศให้เป็นที่น่าเชื่อถือ และเป็นที่น่าสนใจของนักลงทุนทั้งในและต่างประเทศ เพราะหากไม่ดำเนินการก็จะไม่สามารถแข่งขันด้านการค้าการลงทุนกับบรรดาประเทศที่ใกล้เคียงได้ และ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะมีกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ที่ชัดเจน ที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน

จากการวิเคราะห์ การนำเสนอ และการพิจารณาหาทางเลือกวิธีการในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดจากการลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น เป็นที่ชัดเจนแล้วว่า การแก้ไขข้อขัดแย้งด้านการลงทุนที่มีประสิทธิภาพที่สุด ที่ประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะดำเนินการตามโดยการเข้าร่วมเป็นภาคีนั้นก็คือ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งด้านการลงทุน ที่เรียกว่า “อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965”

¹⁶⁶There are currently 157 signatory States to the ICSID Convention. Of these, 146 States have also deposited their instruments of ratification, acceptance or approval of the Convention (Source: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>).

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในระยะเวลากว่า 20 ปีผ่านมา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ถือได้ว่าประสบผลสำเร็จเป็นอย่างมากในการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ผลจากการนี้ประการหนึ่งคือการเติบโตที่ค่อนข้างรวดเร็วของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ แม้กระนั้นก็ดีการขาดโครงสร้างหรือขาดมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนในการเอื้ออำนวยต่อธุรกิจการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ และที่สำคัญการขาดบรรดากฎหมายที่มีประสิทธิภาพ อันจะสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเมื่อมีข้อขัดแย้งกันในสัญญาการค้าและการร่วมลงทุนระหว่างประเทศ ทำให้ประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ตกเป็นรองแก่หลายประเทศในภูมิภาคเดียวกัน แม้ว่ามาตรการทางกฎหมายเหล่านี้จะเป็นแค่ส่วนหนึ่งแต่ก็มีผลต่อการสร้างความมั่นใจให้แก่คู่ค้าและคู่ร่วมลงทุน และเมื่อมีการค้า และการลงทุน ก็จะมีส่งผลให้การพัฒนาเศรษฐกิจเจริญเติบโตได้

ในสัญญาการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ความแน่นอนของกฎหมายย่อมเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง และการสร้างความน่าเชื่อถือและความมั่นคงทางด้านกฎหมายย่อมมีความสำคัญมากต่อบรรยากาศการร่วมลงทุน ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงการระงับข้อขัดแย้งที่เกิดจากการค้าและการร่วมลงทุนระหว่างประเทศ นักกฎหมายจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นของนักธุรกิจ หรือนักลงทุนในการพิจารณาประกอบการร่างข้อสัญญาหรือข้อกฎหมาย ให้สามารถใช้บังคับกับการระงับข้อพิพาท (dispute resolution clause) ที่ได้ผล เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพแก่คู่กรณีมากที่สุด เพราะถือว่าคู่กรณีส่วนแต่มีความต้องการที่จะให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตนนั้น ถูกดำเนินไปด้วยกฎเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นธรรม (fair)
2. รวดเร็ว (speedy)
3. ประหยัด (cheap)
4. มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (effective enforcement mechanism)

5. การรักษาความลับ และการรักษาชื่อเสียง (measure against bad publicity)
6. การรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่ความ (preservation of relationship)

ก่อนที่จะนำกฎเกณฑ์ทั้งหกประการที่ได้กล่าวข้างต้น มาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นในอนาคต ก็ต้องพิจารณาก่อนว่าวิธีการในการระงับข้อพิพาทนั้น มีวิธีใดที่จะเกิดความเป็นธรรม และเป็นที่ยอมรับของคู่กรณีได้ ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาวิจัยและได้กล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า วิธีการในการระงับข้อพิพาทอันเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศ ประกอบด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

1. การเจรจาต่อรอง (negotiation)
2. การประนอมข้อพิพาท (conciliation)
3. การอนุญาโตตุลาการ (arbitration)
4. การพิจารณาโดยศาล (litigation)

หากตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีประสิทธิภาพดีกว่าศาล การประนอมข้อพิพาทดีกว่าการอนุญาโตตุลาการ และการป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทดีกว่าการประนอมข้อพิพาท แต่ความจริงก็คือ ไม่ปรากฏว่ามีนักกฎหมายคนใดในโลกที่จะประสบความสำเร็จในการยกร่างกฎหมายภายในประเทศของตนให้สามารถป้องกันข้อพิพาทได้ทุกแง่มุมของทุกกรณี

การทำสัญญาลงทุนร่วมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยรวมแล้วมักเป็นการร่วมทุนเพื่อดำเนินกิจการขนาดใหญ่ที่มีฝ่ายรัฐเข้าเป็นคู่สัญญา และเป็นกิจการที่มีทุนทรัพย์สูง มีระยะเวลาแห่งสัญญาค่อนข้างยาว ซึ่งบางครั้งฝ่ายรัฐเกิดความรู้สึกว่านักลงทุนเอกชนต่างชาติจะเอาเปรียบเพราะถูกปลุกฝังด้วยแนวคิดที่เคยเป็นอาณานิคมแก่ต่างชาติจึงมีความรู้สึกติดต่อต้านลัทธิอาณานิคมขึ้นมา ในเมื่อเป็นเช่นนี้จึงอาจทำให้สัญญาร่วมลงทุนมีความอ่อนไหวและนำมาสู่การเกิดข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างกันได้ตลอดเวลา เพราะคู่สัญญามีความระแวงต่อกัน สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติมีประเด็นปัญหาที่ตั้งเป็นข้อสังเกตสรุปได้ดังนี้

1. คู่สัญญาฝ่ายนักลงทุนเอกชนต่างชาติมักตั้งข้อแม้หรือข้อสงวนไว้หลายอย่างในสัญญาร่วมลงทุน เพราะเอกชนมักมีแนวคิดความเคลงใจต่อความเป็นกลางในกระบวนการยุติปัญหาเมื่อเกิดมีข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งรัฐผู้รับการลงทุนในฐานะเป็นคู่กรณีอาจใช้ศาลภายในประเทศเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาท คู่สัญญาฝ่ายต่างประเทศมักจะมองว่าศาลก็เป็นหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งย่อมมีความเอนเอียงไปทางฝ่ายเดียวกันได้ ความเคลงใจนี้นำไปสู่การปฏิเสธไม่ให้มีการระงับข้อพิพาทในศาลของประเทศที่ไปลงทุน

2. หากว่าในสัญญาร่วมลงทุนมีการตกลงให้ใช้ศาลต่างประเทศเป็นเวที (forum) ในการระงับข้อพิพาท ข้อต่อสู้ที่ต้องพึงระวังประการหนึ่งคือการยกเรื่อง (sovereignty) อำนาจอธิปไตยมาเป็นข้ออ้างในการได้รับความคุ้มกัน (immunity) จากเขตอำนาจศาล ในสัญญาระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนหรือข้อสัญญาใด ๆ ที่มีรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง คู่กรณีมักจะให้ฝ่ายรัฐทำข้อสัญญาขวนขวายการอ้างความเป็นรัฐอธิปไตย เพื่อการคุ้มกันจากเขตอำนาจศาล (waiver of sovereign immunity) เสมอ และที่สำคัญรัฐผู้รับการลงทุนเองก็ไม่ต้องการที่จะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลของรัฐเอกชนต่างชาติด้วย ทำให้เห็นได้ว่าไม่มีศาลใดที่จะมีเขตอำนาจเหนือคดีพิพาทกันได้อย่างแท้จริง ดังนั้น การระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนโดยศาลจึงไม่ใช่ทางออกที่ดีสำหรับข้อพิพาททางเศรษฐกิจ

3. ความคิดในระบบประมวลกฎหมายดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 4 ข้อ 4.4.1 ของวิทยานิพนธ์นี้ สรุปได้ใจความหลายประเด็น โดยเฉพาะประเด็นกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่เห็นว่าสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่มีรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น กฎหมายของฝรั่งเศสดังกล่าวได้เข้าไปมีอิทธิพลในความคิดของนักกฎหมายประเทศที่กำลังพัฒนาหลายประเทศที่เห็นความสำคัญของระบบชาตินิยม ความคิดนี้ยังโยงไปถึงความคิดที่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับกฎหมายประเภทนี้ต้องเป็นกฎหมายมหาชนที่มองผลประโยชน์สาธารณะมากกว่ากฎหมายเอกชนหรือประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ซึ่งถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่ารัฐหรือเอกชนมีความเท่าเทียมกัน

4. หากคู่สัญญาหลีกเลี่ยงการใช้ศาลไม่ว่าศาลยุติธรรมภายในหรือศาลต่างประเทศเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาท และหันมาใช้อนุญาโตตุลาการแทน ไม่ว่าจะ เป็นอนุญาโตตุลาการภายในหรือต่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจจะยกปัญหาข้อกฎหมายว่าสัญญาทางปกครองเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่จะต้องระงับโดยศาลปกครองเท่านั้น ไม่ใช่กรณีที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทในระบบของอนุญาโตตุลาการได้ และกฎหมาย (สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว) ก็ยังไม่ชัดเจนในจุดนี้

ปัจจุบันได้มีการหาวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่เป็นที่ยอมรับของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จากความเป็นจริงทางธุรกิจการค้าและการลงทุน การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมมากกว่าที่จะใช้วิธีการทางศาลยุติธรรม ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีที่คู่กรณีเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาท ลักษณะวิธีการของการอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่ยืดหยุ่นกว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล และสามารถปรับให้เข้ากับความต้องการทางธุรกิจแต่ละประเภทได้ มีความสะดวกรวดเร็วกว่าศาลและมีขั้นตอนพิจารณาที่รวบรัดมีประสิทธิภาพ มีบรรยากาศในการระงับข้อพิพาทที่เป็นมิตร ไม่ทำให้สัมพันธภาพระหว่างคู่กรณีเสียไป ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน วิธีการระงับข้อพิพาทที่

กระทำโดยไม่เปิดเผยต่อหน้าสาธารณะ จึงสามารถรักษาความลับของกลุ่มได้ และบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้น กลุ่มจะเป็นผู้เลือกให้มาตัดสินข้อพิพาทเอง ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นที่น่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับจากกลุ่ม เนื่องจากบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นมาจากการแต่งตั้งของกลุ่มทั้งสองฝ่าย ทำให้กลุ่มทั้งสองฝ่ายมีความเชื่อมั่นว่าจะได้รับความเป็นธรรม และเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ตัดสินชี้ขาดแล้ว ยังมีศาลซึ่งทำหน้าที่คอยตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลจะดูว่ากระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความบริสุทธิ์และยุติธรรมหรือไม่ ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเครื่องมือที่เอกชนและศาลร่วมกันอำนวยความสะดวก และเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจในปัจจุบัน

ด้วยการมองเห็นปัญหาจากการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน และด้วยการเล็งเห็นประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการดังที่ได้กล่าวมาทำให้ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณาการและการพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development) หรือที่เรียกว่า ธนาคารโลก (World Bank) ได้ริเริ่มให้มีการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States ค.ศ. 1965) ขึ้น อนุสัญญาดังกล่าวได้ก่อตั้งศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศขึ้น เรียกกันโดยย่อว่า ศูนย์ ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes: ICSID)

ศูนย์กลางระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน หรือศูนย์ ICSID มีหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนของรัฐอื่นโดย วิธีประนีประนอมข้อพิพาท (conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) รัฐภาคีจะต้องยอมรับผูกพันตามคำชี้ขาดภายใต้สนธิสัญญานี้ และจะบังคับคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้วในประเทศของตน เงื่อนไขนี้เป็นเงื่อนไขที่ทรงพลังที่สุดของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 โดยเฉพาะคำชี้ขาดเกี่ยวกับหนี้เงินจะได้รับการบังคับเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดในรัฐที่ถูกบังคับโดยไม่ต้องผ่านการตรวจสอบอย่างใด ๆ ในศาลของประเทศนั้นอีก การบังคับคำชี้ขาดให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาในประเทศที่นำคำชี้ขาดไปบังคับ ในกรณีของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว คือกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่ง และผลแห่งการนี้ประการหนึ่งคือทำให้อายุความในการร้องฟ้องหรือดำเนินคดีเป็นสิบปีตามกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา¹⁶⁹ แทนที่จะเป็นหนึ่งปีตามกฎหมาย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ¹⁷⁰

¹⁶⁹ มาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา ค.ศ. 1990

¹⁷⁰ มาตรา 30 แห่งกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ ค.ศ. 2005

ถึงแม้อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 จะไม่ยอมให้ศาลในประเทศที่นำคำชี้ขาดไปบังคับ ตรวจสอบคำชี้ขาด แต่ในระบบของศูนย์ ICSID เองก็ยอมให้คู่กรณีร้องขอให้ทำการตีความหมาย หรือขอบเขตแห่งคำชี้ขาด (interpretation) เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำชี้ขาด (revision) หรือเพิกถอนคำชี้ขาด (annulment) ได้ แต่คำขอนั้น จะทำได้ต่อเมื่อได้พบข้อเท็จจริงซึ่งจะมีผลสำคัญต่อคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ และเป็นข้อเท็จจริงที่คณะอนุญาโตตุลาการ และผู้ร้องขอมิได้ทราบมาก่อน และ คำขอให้เพิกถอน เปลี่ยนแปลง แก้ไขคำชี้ขาดต้องประกอบด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

1. องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้มีการจัดตั้งโดยชอบ
2. คณะอนุญาโตตุลาการกระทำเกินขอบอำนาจโดยเจตนา
3. อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งกระทำการโดยทุจริต
4. มีการกระทำการผิดระเบียบพื้นฐานแห่งกระบวนการพิจารณาอย่างร้ายแรงในสาระสำคัญ
5. คำชี้ขาดมิได้ระบุเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในขณะนี้มีการร่วมลงทุนกับต่างประเทศด้วยการ ทำสัญญา ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ แต่ก็ยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนใดที่จะ นำ มาบังคับใช้กับสัญญาดังกล่าวโดยตรง ซึ่งปัจจุบันใช้แต่หลักกฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีแพ่ง กฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจ กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มา บังคับใช้ โดยถือว่ารัฐ หรือหน่วยงานของรัฐมีความเท่าเทียมกับเอกชนในการทำสัญญา แต่หากใช้ กฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส มาบังคับใช้กับสัญญา รัฐย่อมมีฐานะได้เปรียบกว่า เอกชน เพราะเนื่องจากว่ากฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสจะให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายรัฐ ใน การที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไขสัญญา หรือเพิกถอนสัญญาได้ หากเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้ว่า ต่อไป สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อใช้วินิจฉัย ปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน แต่ประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชน ลาว ยังไม่มีกรณีศึกษาให้ศาลปกครองที่จะเกิดมา ได้นำเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาเลย ไม่เหมือนกับของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมี กรณีศึกษา โดยคำวินิจฉัยของศาล กองเซเดตารี (conseil d'etat) เป็นบรรทัดฐานให้ศาลปกครองชั้นล่างเดินตามระบบนี้มา 100 กว่าปีแล้ว สิ่งเหล่านี้หากมอง ในแง่ของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแล้ว เห็นว่าไม่ควรอย่างยิ่งที่จะนำกฎหมายมหาชน มาใช้บังคับกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ดังเช่นประเทศฝรั่งเศส และไม่ควรใช้ศาลปกครองใน การแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน เนื่องจาก สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชน ลาว ยังมีความต้องการการลงทุนจากเอกชนทั้งในและต่างประเทศ

หากว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้จัดตั้งศาลปกครอง และกำหนดให้คดีความขัดแย้งที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องให้ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองเช่นนี้จะทำให้เกิดปัญหาตามมาไม่ว่าจะปัญหาเรื่องการร่วมลงทุน และปัญหาเรื่องข้อผูกพันทางนิติกรรมสัญญาที่รัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ลงนามไว้แล้ว เช่น สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและปกป้องการลงทุน และสนธิสัญญาทวิภาคีกับหลาย ๆ ประเทศ เป็นต้น ซึ่งในสนธิสัญญาเหล่านั้นส่วนมากหรือทั้งหมดหากมีปัญหาได้กำหนดให้มีการแก้ไขข้อขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ วิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นวิธีระงับข้อขัดแย้งทางแพ่ง การระงับข้อขัดแย้งโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ทำให้ฝ่ายนักกฎหมายมหาชนมองว่ามีลักษณะน่าจะเป็นวิธีระงับข้อขัดแย้งระหว่างเอกชนด้วยกันเองมากกว่า ซึ่งถ้าหากข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทนั้นมีรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องหรือเป็นคู่กรณีในสัญญาร่วมลงทุนก็ควรจะนำกฎหมายมหาชนมาบังคับ และควรให้ศาลปกครองตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่การใช้ศาลปกครองทำการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ก็อาจจะทำให้เอกชนที่จะเข้ามาลงทุนเกิดความลังเลไม่กล้าที่จะเข้ามาลงทุนได้ ซึ่งถ้าหากไม่มีวิธีการในการระงับข้อขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม เป็นที่ยอมรับของนักลงทุนเอกชนทั้งใน และต่างประเทศแล้วก็จะทำให้ไม่มีใครเข้ามาลงทุน หรือมาร่วมลงทุนกับรัฐเลย

จากปัญหาทั้งหมดที่ได้กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่าทางออกที่น่าจะรับมาพิจารณา ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งในหลายทางออกจากมาตรการทางกฎหมายที่มีแล้ว คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 เนื่องด้วยเหตุผลต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยผู้เขียนจะได้ขอล่าอีกถึงผลดี และผลเสีย ในการที่จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวดังต่อไปนี้

5.1.1 สรุปผลดีของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในการเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965

5.1.1.1 หาก สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ก็จะทำให้นโยบายของรัฐบาลในการส่งเสริมและดึงดูดการลงทุนของต่างประเทศสัมฤทธิ์ผลได้มากขึ้น เพราะถือว่าวิธีการนี้เป็นช่องทางหรือเป็นอีกวิธีการหนึ่งที่จะทำให้ให้นักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เกิดความเชื่อมั่นต่อกระบวนการของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในการแก้ไขหรือระงับข้อขัดแย้ง ที่อาจจะเกิดขึ้นในเวลาดำเนินธุรกิจ และจะเป็นส่วนช่วยดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศให้เข้ามาลงทุนมากขึ้น

5.1.1.2 จะเห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐนั้น เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศและไม่มีความหมายบังคับใดที่มีการระบุถึงการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการ

ลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติอื่น ส่วนการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ก็มีกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางด้านเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นระบบที่จะดูแลในการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยวิธีการประนีประนอมข้อพิพาทและวิธีการอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว ส่วนสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นภาคีนั้น จะเป็นเรื่องของการยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับทางพาณิชย์ เช่น อนุสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1985 (New York Convention 1985) อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์ของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce Arbitration: ICC) หรือ ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) จะมีเพียงศูนย์ ICSID เท่านั้นที่เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ดำเนินการในเรื่องการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น และเป็นองค์กรที่เป็นที่ยอมรับนับถือโดยทั่วไป จึงทำให้มีประเทศต่างๆ เข้าเป็นสมาชิกกันมาก และในการจัดทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ นั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มักจะได้รับการขอให้ระบุดึงการใช้ วิธีการอนุญาโตตุลาการ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนผู้ลงทุน ดังนั้น การเข้าเป็นสมาชิกของ อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 จะทำให้ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งจะทำให้นักลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นที่จะลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มากขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ในแง่ของการค้า การลงทุนของต่างประเทศ โดยสอดคล้องกับกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่เปิดช่องทางไว้อยู่แล้ว

5.1.1.3 เมื่อเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 แล้ว คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID นั้นสามารถนำมาบังคับได้เสมือนหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วในประเทศของตน และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID สามารถที่จะนำไปขอให้ศาลประเทศต่างๆ ยอมรับ และบังคับตามคำชี้ขาดได้ง่ายกว่าคำพิพากษาของศาล เพราะประเทศส่วนใหญ่ๆ ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือ และการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ.1958 ดังนั้น ศาลของประเทศต่าง ๆ ก็ต้องให้การสนับสนุนและช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการ เพื่อมุ่งเน้นในเรื่องการระงับข้อพิพาทในทางธุรกิจ

5.1.1.4 ผลคืออีกอย่างคือ เมื่อเข้าเป็นภาคีแล้วรัฐบาล สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ไม่จำเป็นต้องวิตกกังวลในเรื่องความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ หากว่าเอกชนต่างชาติร้องขอความคุ้มครองทางด้านการทูตจากประเทศของตนในเวลาเกิดข้อพิพาทต่อกันก็จะไม่สามารถกระทำได้ เพราะต้องใช้วิธีเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐผู้รับการลงทุน ให้ถึง

ที่สุดก่อน หากแต่ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมจึงจะสามารถร้องขอความคุ้มครองทางกฎหมายได้ และที่สำคัญที่สุดก็คือ ประเทศ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีอำนาจอธิปไตย เป็นของตนเอง ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลประเทศผู้ลงทุนหรือประเทศอื่น ดังนั้นการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID มาแก้ไขหรือระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้นจึงเป็นวิธีการที่ดีที่สุด และเป็นวิธีลดปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติที่มีประสิทธิภาพที่สุด

5.1.1.5 ศูนย์ ICSID เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่เป็นกลาง และมีคุณสมบัติอย่างมากต่อรัฐผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะรัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว หากได้เข้าเป็นภาคีแล้วเวลาเกิดมีข้อขัดแย้งต่อกันในข้อ 42(1) ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ได้บัญญัติไว้ว่า หากไม่มีการตกลงกันว่าให้ใช้กฎหมายใดมาบังคับ ก็ให้ใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งรวมถึงกฎหมายขัดกันด้วย โดยหลักไม่ว่ากฎหมายของประเทศใดบัญญัติขึ้นมาก็ย่อมเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ประเทศของตนเสมอ และหากคู่พิพาทได้ตกลงยินยอมที่จะใช้ศูนย์ ICSID ในการระงับข้อขัดแย้ง ก็จะทำให้คู่กรณีเกิดความมั่นใจว่า เมื่อให้ความยินยอมที่จะใช้อนุญาโตตุลาการแล้วจะไม่มีการใช้วิธีการเยียวยาอย่างอื่นได้อีกตามข้อที่ 26 ของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ซึ่งเป็นการป้องกันไม่ให้คู่ขัดแย้งไปใช้กระบวนการระงับข้อขัดแย้งโดยวิธีอื่นได้อีก

5.1.1.6 จะเป็นการส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่ง และทั้งจะช่วยพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ให้ทัดเทียมกับนานาชาติอารยประเทศ

5.1.2 สรุปผลเสียของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

5.1.2.1 หากจะดูในทางกลับกันจากผลดีแล้ว จะรู้ได้ว่าทุกสิ่งทุกอย่างย่อมมีทั้งดีและไม่ดี สุดแล้วแต่มุมมองของแต่ละคนว่าจะมองในด้านใด อย่างไรก็ดี หากว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 จะเกิดผลเสียตามมา คือ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนเอกชนภายในประเทศกับเอกชนต่างชาติ หากมองในแง่ที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นรัฐผู้รับการลงทุนเพราะอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 นั้นมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนต่างชาติ ไม่ได้คุ้มครองเอกชนภายในประเทศที่ได้ลงทุนในประเทศเช่นเดียวกัน

5.1.2.2 จุดเสียอีกอย่าง หากเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลมีหน้าที่เพียงบังคับตามคำชี้ขาดนั้น หาก

มีการตั้งข้อสังเกตในประเด็นที่ว่า การที่ศาลเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดไม่ได้ นั่นถือว่าขัดกับหลักที่ว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง โดยเฉพาะอำนาจอธิปไตยของศาลภายในหรือไม่

5.1.2.3 การลงทุนในปัจจุบันของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังไม่ได้เจริญเติบโตมากเท่าที่ควร จึงยังไม่ได้ส่งออกการลงทุนไปยังต่างประเทศมากนัก นักลงทุนเอกชนที่เป็นคนชาติของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จึงลงทุนเฉพาะในขอบเขตภายในประเทศของตนเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น ในสถานการณ์ปัจจุบันจึงเห็นว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีแล้วว่า อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ.1965 นั้นมุ่งคุ้มครองเฉพาะเอกชนที่ไปลงทุนนอกประเทศที่ไม่ใช่ชาติของตน

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1. การแก้ไขข้อขัดแย้งอันเกิดจากการร่วมลงทุนกันระหว่างภาครัฐกับเอกชนให้ระงับสิ้นไปโดยดีนั้น นักธุรกิจหรือนักลงทุนที่เป็นเอกชนพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทจากกลไกการบริหารงานยุติธรรมของรัฐไปสู่เอกชน คือ หลีกเลี่ยงไม่ใช้กระบวนการทางศาลยุติธรรมตัดสินข้อพิพาท เพราะเอกชนถือว่าศาลนั้นเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่ในทางเป็นจริงกลับพบว่า สำนักงานอนุญาโตตุลาการหรือสำนักงานแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจแห่ง สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว นั้นตกอยู่ในความดูแลของกระทรวงยุติธรรม ซึ่งก็ถือว่าเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐเช่นกัน ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาคความเคลือบแคลงใจจากวงการธุรกิจและอุตสาหกรรมทั้งในและต่างประเทศที่มีต่อระบบอนุญาโตตุลาการ แม้ว่ารัฐได้ควบคุมดูแลสำนักงานแก้ไขความขัดแย้งทางเศรษฐกิจหรือที่เรียกว่าสำนักงานอนุญาโตตุลาการก็ตาม ไม่ควรจะมีการแทรกแซงจากรัฐ โดยเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นคู่กรณีในข้อพิพาท โดยสำนักงานอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ดำเนินการใด ๆ ให้ตกเป็นเครื่องมือของรัฐ ควรมีอิสระและมีความเป็นกลาง ดังนั้นผู้เขียนจึงอยากขอเสนอว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรที่จะแยกสำนักงานแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจออกจากกระทรวงยุติธรรมให้เป็นองค์กรอิสระต่างหาก เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นหน่วยงานที่ไม่ผูกพันกับรัฐ หากทำได้ผู้เขียนเชื่อว่าจะเป็นการช่วยส่งเสริมให้การอนุญาโตตุลาการใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีความน่าเชื่อถือ และมีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น

5.2.2. เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนเอกชนต่างชาติ ผู้เขียนขอเสนอให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะบัญญัติข้อกำหนด

เพิ่มเติมในกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง เช่น กฎหมายว่าด้วยการแก้ไขข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา โดยบัญญัติว่า “เมื่อรัฐเข้าทำสัญญาอนุญาตตุลาการกับเอกชนแล้ว รัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยเพื่อให้ได้รับเอกสิทธิ์มิให้ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาชี้ขาดของอนุญาตตุลาการมิได้ และไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะถือเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ให้อนุญาตตุลาการเพื่อระงับข้อขัดแย้งได้” ถ้ามีการบัญญัติเช่นนี้จะทำให้นักลงทุนต่างชาติมีความมั่นใจเพิ่มขึ้นต่อการตัดสินใจเข้ามาลงทุน ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นการดึงดูดและเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุนไปในตัว

5.2.3. จากมุมมองของผลเสียที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในข้อ (5.1.2) นั้น โดยเฉพาะในส่วนแรกที่จะเห็นว่าจะเกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนเอกชนภายในกับเอกชนต่างชาติหาก สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ผู้เขียนขอเสนอว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนควรตั้งข้อสงวนให้เอกชนที่เข้ามาลงทุนว่า หากเกิดมีกรณีพิพาทกับรัฐแล้วจะต้องใช้วิธีการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจนหมดสิ้นก่อน จึงจะมีสิทธิไปร้องขอให้ระงับข้อพิพาทโดยศูนย์ ICSID ได้

สำหรับผลเสียในส่วนที่สองที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ หากเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการของศูนย์ ICSID ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลมีหน้าที่เพียงบังคับตามคำชี้ขาด และเป็นการขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยทางศาลหรือไม่ นั่น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่น่าจะมีผลกระทบต่ออธิปไตยของรัฐ เพราะศูนย์ ICSID เป็นองค์กรที่เป็นกลางสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเมื่อมีการตกลงใช้ศูนย์ ICSID แล้วก็ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันไปโดยปริยาย คู่กรณีไม่มีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาล และจะขอให้ศาลตรวจสอบคำชี้ขาดไม่ได้ แม้ฝ่ายที่แพ้คดีจะเป็นรัฐ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จะต้องได้รับการปฏิบัติตาม ทำให้เป็นการสร้างบรรยากาศในการลงทุนระหว่างประเทศ และเป็นหลักประกันแก่เอกชนต่างชาติว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาร่วมลงทุนที่ทำไว้กับรัฐผู้รับการลงทุน ก็จะได้รับพิจารณาด้วยความเป็นธรรม ซึ่งข้อติดขัดนี้อาจเป็นอุปสรรคในการที่จะตัดสินใจเข้าเป็นภาคีอยู่บ้าง อย่างไรก็ตามการยอมรับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 โดยยอมจำกัดอำนาจอตนเองเกี่ยวกับผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและความคุ้มกันของรัฐก็เป็นเพียงการยอมสละอำนาจอธิปไตยเท่านั้น

และในผลเสียส่วนสุดท้ายที่บอกว่า นักธุรกิจเอกชนลาวยังไม่ได้ไปลงทุนต่างประเทศมากนัก จึงยังไม่จำเป็นที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 เพราะอนุสัญญานี้มุ่งประสงค์ที่ให้ความคุ้มครองแต่เอกชนที่ไปลงทุนในรัฐ

ของชาติอื่นนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาแล้วโดยเปรียบเทียบกับหลายประเทศในโลก จึงมีความมั่นใจว่าในอนาคตอันใกล้ นี้จะมีนักลงทุนเอกชนลาวจำนวนมากไปลงทุนยังต่างประเทศแน่นอน เพราะพิจารณาจากสภาพปัจจุบันเห็นได้ว่านักธุรกิจชั้นนำหลายท่านของลาวมีศักยภาพทางด้านการความสามารถและด้านทุนทรัพย์ค่อนข้างสูง ดังนั้น การที่จะตัดสินใจเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 จึงเป็นการปูรากฐานเพื่อให้เกิดความมั่นคง และถึงแม้จะถูกมองว่า จะเป็นการแบกรับภาระในการใช้จ่ายต่าง ๆ ค่อนข้างสูงกับการเข้าเป็นสมาชิก แต่ถ้าหากพิจารณาในระยะยาวแล้ว จะเห็นได้ว่าการเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ นั้น เมื่อเทียบกับการหลั่งไหลเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในแต่ละปีแล้ว เห็นว่าคุ้มได้กว่าเสีย หากมองในด้านการพัฒนาและด้านการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในปัจจุบัน

5.2.4. ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า หากมีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการร่วมลงทุนกันระหว่างรัฐกับเอกชนต่างชาติ ควรให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ ICSID เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้หมดสิ้นไป โดยสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรพิจารณาเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ด้วยการลงนาม และให้สัตยาบันต่ออนุสัญญานี้ ซึ่งวิธีการก่อนที่จะมีการลงนามและให้สัตยาบันนั้น ควรตั้งหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งของรัฐทำการศึกษาโดยละเอียดหากเห็นว่าข้อบกพร่องใด ๆ ยังไม่มีความเหมาะสมที่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว จะเข้าเป็นภาคีอาจตั้งข้อสงวนไว้เป็นข้อ ๆ ในสนธิสัญญาก่อนที่จะลงนาม หลังจากนั้นจึงออกกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศเพื่ออนุวัติการตาม เพราะในขณะนี้สถานการณ์ในสังคมระหว่างประเทศเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากกลายเป็นสงครามทางการค้า ประเทศกำลังพัฒนาหลาย ๆ ประเทศจากเมื่อก่อนปิดประเทศแต่มาในปัจจุบันล้วนแต่เปิดรับเอาการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควรจะพิจารณาริบบิ้นเปลี่ยนแปลงตัวเองเพื่อเป็นการตอบรับต่อการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยการสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติว่าหากมีการลงทุนหรือร่วมลงทุนกับรัฐ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว แล้วตนจะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมมากที่สุด ภายใต้กรอบกติกา ข้อกำหนด ตัวบทกฎหมายของอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 และพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการภายในให้มีความเป็นสากล และทำการส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการค้าการลงทุนให้แพร่หลายมากยิ่งขึ้น



รายการอ้างอิง

รายการอ้างอิง

- กิตติมา ปรีดีคิลก. (2529). **ทฤษฎีการบริหารองค์การ**. กรุงเทพฯ: ธนะการพิมพ์
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2533). สัญญาสัมปทาน. **วารสารอัยการ**, 13(150), 28.
- จิตรล ลัมเจริญ. (2536). **ความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีในกฎหมายระหว่างประเทศ**.
 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ.
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ ฯ
- จุมพต สายสุนทร. (2539). **กฎหมายระหว่างประเทศ** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2530). สัญญาปกครองในกฎหมายอังกฤษ. **วารสารกฎหมายปกครอง**, 1(6).
 สืบค้นเมื่อ 22 มิถุนายน 2553, จาก [http://index.library.tu.ac.th/ipac20/ipac.jsp?session =
 T2994P541G777.361386&profile=main&uri=full=3100001@!70534@!12&ri
 =1&aspect=basic_search&menu](http://index.library.tu.ac.th/ipac20/ipac.jsp?session=T2994P541G777.361386&profile=main&uri=full=3100001@!70534@!12&ri=1&aspect=basic_search&menu)
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2533). ข้อพิจารณาบางประการที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและปัญหาบาง
 ประการตามแนวความคิดของฝรั่งเศส. **วารสารกฎหมายปกครองสำนักงานคณะกรรมการ
 กฎฎีกา**, 9(1), 13
- ชาญณรงค์ ปรานีจิตต์. (2543). **การดำเนินงานเพื่อหาวิธีลดปริมาณคดีที่มาสู่ศาล**. กรุงเทพฯ: สำนัก
 ส่งเสริมงานตุลาการ.
- ไชยวัฒน์ บุญนาค. (2539). สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนวิเคราะห์สัญญาสัมปทาน. **วารสาร
 ทนายความ**, 5(24), 40.
- ธีรพงษ์ เพาะพล. (ม.ป.ป.). **อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ. บทความเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต**.
 สืบค้นเมื่อ 13 ธันวาคม 2553, จาก <http://iel-258.blogspot.com/>
- นฤมล กาญจนพงษ์. (2529). **คำขดเชยในการโอนทรัพย์สินของคนต่างด้าวมาเป็นของรัฐ**,
 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
 กรุงเทพฯ.

นพพร โพธิ์รังสิยากร. (2529). ความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศ. **บทบัณฑิตย.** (เล่มที่ 42 ตอน 3).
กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2529) สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส. **บทความวิชาการ**, 5(2), 73-120.

ปาริฉัตร รัตนกาญจน์, แนวคิดทางกฎหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน, **บทความ
เศรษฐกิจระหว่างประเทศ**, (ครั้งที่ 1-3). สืบค้นเมื่อ 20 มกราคม 2553, จาก
<http://gotoknow.org/blog/internationallaw/36328?page=1>

ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2538). **กฎหมายระหว่างประเทศ** (เล่ม 1), กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ยาเป็น เรื่องจรูญศรี. (2552). **แนวคิดเกี่ยวกับความขัดแย้ง**, สืบค้นเมื่อ 22 ธันวาคม 2553,
จาก http://www.kroobannok.com/blog/view.php?article_id=20405&page=54.

พระราชอาณาจักรลาว กระทรวงยุติธรรม. (2516). **รวมประมวลกฎหมาย**. เวียงจันทน์: ปากปากศักดิ์
การพิมพ์.

พิชัยศักดิ์ หอยางกูร. (2538). **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ:
นิติธรรม.

ไพรมณี ไชวงษา. (2546). **การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ**.
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ.
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

ภานุมาศ ขัดเงางาม. (2539). **กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศ**. **วารสารกฎหมาย
สุโขทัยธรรมาธิราช**, 8(1), 104-115

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2528). **การโอนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐ**.
เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: ประชาชน.

รุ่งทอง ไกรยูรเสน. (2541). **การระงับข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชน
ต่างประเทศ**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ,
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

- วิชัย อริยะนันทกะ. (2540). การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ. รวม
บทความข้อบังคับข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ
อนุญาโตตุลาการ, (เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วิริยะ พรรคพิง. (2553). ประวัติ และความเป็นมาของอนุญาโตตุลาการ. สืบค้นเมื่อ 12 กุมภาพันธ์
2553, จาก <http://iel476.blogspot.com/2010/04/blog-post.html>
- วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. (2539). ความเป็นมาและภาพรวมของ ICSID. วารสารดุลพาห, 43(3), 23-32.
- สุธาบดี สัตตบุศย์. (2525). การโอนเป็นของชาติ (The Nationalization). วารสารกฎหมาย, 7(1), 85.
- สุนนท์ โพธิสานต์ และหนูชัย ภูมิจันทร์. (2543). ประวัติศาสตร์ลาว (ดึกดำบรรณ-ปัจจุบัน). เวียง
จันทร์: แห่งรัฐ.
- สุรางคณา แก้วจางค์. (2539). ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท
เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2523). สัญญาอนุญาโตตุลาการ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา
กฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. (2548). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ
อนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพฯ: ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อรุณ รักธรรม. (2525). ทฤษฎีองค์การสมัยใหม่: การบริหารองค์การ. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- Allan, E. (1975). **The legal system of the United States**. New York: Oceana.
- Carlston, S. (1958). Concession agreement and nationalization. **The American Journal of
International Law**, 52(2), 260-279.
- Cherian, J. (1975). **Investment contract and arbitration**. Netherlands: A.W. Sijthoff-Leyden.
- Code de Procedure Civile. (1964). **Petite collection dalloz**. Paris: Libraire Dalloz.
- Domke, M. (1968). **The law and practice of commercial arbitration**. Mundelein, Ill: Callaghan
& Company.

- Escobar, A. (1998). Settlement of dispute under ICSID. **In APEC Symposium on Alternative Mechanisms for the Settlement of Transnational Commercial Dispute**. London School of Economics: Law Department, 230.
- Fisher, R. (1995). **Getting ready to negotiate: The getting to yes workbook**. New York: Penguin.
- Henkin, L., Pugh, R. C., Schachter, O. & Smith, H. (1980). **International law case and materials**. Paul Minn: West Publishing.
- Herzog, E. & Smit, H. (1967). **Civil procedure in France**. Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Hirsch, M. (1993). **The arbitration mechanism of the international centre for the settlement of investment dispute**. Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Howard, M. (1977). **2 year book of commercial arbitration**. New York: West.
- International Chamber of Commerce: ICC. (1964). Commercial Arbitration and the Law: USA. **In Commercial Arbitration and the Laws throughout the World** (p.6). Switzerland: Verlag fur Recht und Gesellschaft A.G.
- Jennings, R. (1961). State contract in international law. **The British Yearbook of International Law**, 37, 177.
- Jones, W. C. (n.d.). **History of commercial arbitration in the England and the United States: A summary view**, 61(5), 846-869.
- Karol, N. (n.d.). Permanent sovereignty over natural resources. **The International and Comparative Law Quarterly**, 1(13), 398
- Koa, C. M. (1991). The international bank of reconstruction and development and dispute resolution: Conciliating and arbitrating with China through the international center for settlement of investment dispute. **Journal of International Law and Politics**, 1(24), 439-501.

LANGER P. (1985). **Les contrats entre etats et enterprises etrangeres**. Paris: Economica.

Macleod, J. K., Hudson, A. H., Stevens, T. M. & Borrie, G. T. (1978). **Element of mercantile law**. (17th ed.). London: Butterworths.

O'Connell. (1970). **International law** (Vol. 2, 2nd. ed.). London: Steven & Sons

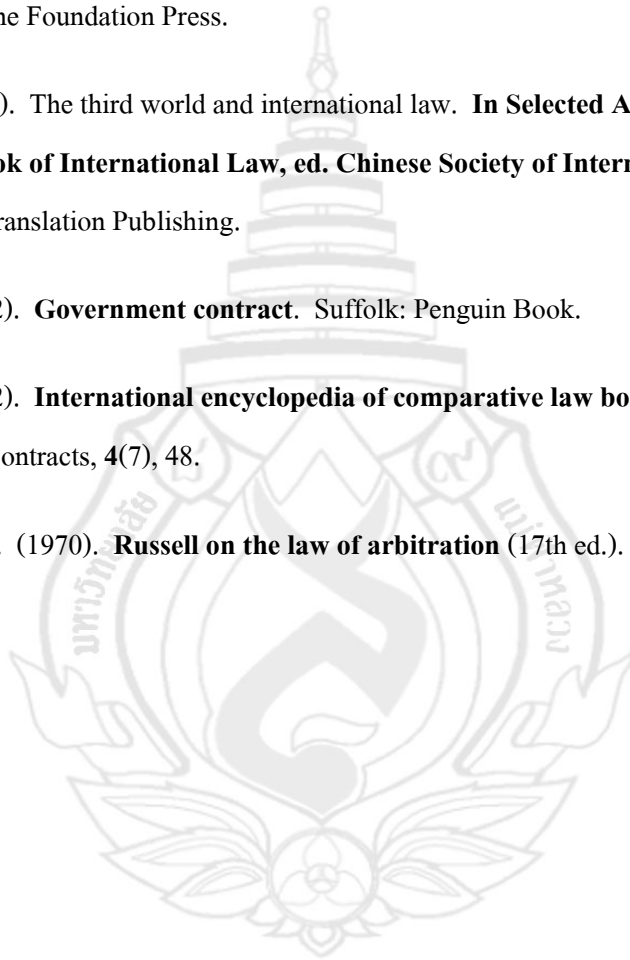
Sweeney, M. (1981). **Case and materials on the international legal system** (2nd. ed.). New York: The Foundation Press.

Tieya, W. (1983). The third world and international law. **In Selected Articles from Chinese Yearbook of International Law**, ed. Chinese Society of International Law. Beijing: China Translation Publishing.

Turpin, C. (1972). **Government contract**. Suffolk: Penguin Book.

Turpin, C. (1982). **International encyclopedia of comparative law book**. Contracts in General: Public Contracts, 4(7), 48.

Walton, A. (Ed.). (1970). **Russell on the law of arbitration** (17th ed.). London: Stevens and Sons.





ประวัติผู้เขียน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายภูริตนะ พรหมมหาชัย
วัน เดือน ปีเกิด	6 ตุลาคม 2519
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	172/11 บ้านอากาศ อำเภอสีโคดตะบอง นครหลวงเวียงจันทน์ สาธารณรัฐประชาธิปไตย ประชาชนลาว
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต กฎหมายการปกครอง มหาวิทยาลัยแห่งชาติลาว
ประวัติการทำงาน	วิชาการกฎหมาย แผนกนิติกรรม กรมส่งเสริมการลงทุน, กระทรวงแผนการ และการลงทุน ผู้ช่วยหัวหน้าโครงการฝ่ายรัฐบาล โครงการพัฒนาเขื่อนไฟฟ้าน้ำตก น้ำงึม 3