

บทที่ ๔

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

คดีระหว่าง Walter Bau AG (In Liquidation) (ผู้เสนอข้อพิพาท) และ
ราชอาณาจักรไทย (ผู้โต้แย้ง)

๑. ข้อเท็จจริง

๑.๑ เหตุการณ์หลังสัญญาสัมปทาน ภายหลังจากการลงนามสัญญาสัมปทาน ได้เกิดเหตุการณ์ที่มีความสำคัญและส่งผลกระทบต่อผู้เสนอข้อพิพาทหลายเหตุการณ์ อาทิเช่น

๑.๑.๑ กระทรวงคมนาคมได้ลงนามในสัญญาสัมปทานโครงการไฮโปเธค ซึ่งโครงการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อโครงการทางยกระดับดอนเมืองโทลเวย์

๑.๑.๒ คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๓ และ ๑๐ มีนาคม ๒๕๓๕ ให้กระทรวงคมนาคมเจรจาแก้ไขสัญญาสัมปทานกับบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด เพื่อให้รัฐบาลไทยไม่ต้องเปลี่ยนทิศสะพานกลับรถข้ามทางแยก โดยแลกเปลี่ยนกับการขยายเส้นทางของทางยกระดับ

๑.๑.๓ กรมทางหลวงไม่สามารถส่งมอบที่ดินเพื่อการก่อสร้าง ในส่วนที่เป็นพื้นที่ของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

๑.๑.๔ รัฐบาลไทยประกาศใช้ภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่ไม่อนุญาตให้บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด เพิ่มค่าผ่านทาง

๑.๒ เหตุการณ์เกี่ยวกับ MOA ๒

๑.๒.๑ ทางยกระดับดอนเมืองโทลเวย์ เริ่มเปิดใช้งานบางส่วนเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๓๗

๑.๒.๒ บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้ยื่นข้อเสนอกับการก่อสร้างขยายเส้นทางด้านทิศเหนือต่อกรมทางหลวง เมื่อวันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๓๘ หลังจากนั้นได้มีการเจรจาหารือในรายละเอียดของข้อเสนองานและแนวทางการแก้ไขปัญหาต่างๆ ตลอดมา จนกระทั่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๑ มิถุนายน ๒๕๓๘ อนุมัติในหลักการให้แก้ไขสัญญาสัมปทาน

๑.๒.๓ คู่สัญญาได้ลงนามในสัญญาแก้ไขสัญญาสัมปทาน (MOA ๒) เมื่อวันที่ ๒๕ พฤศจิกายน ๒๕๓๘ ซึ่งมีข้อกำหนดที่สำคัญในข้อ ๑๔.๑ ซึ่งกำหนดว่าให้สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้น

ภายใต้สัญญาสัมปทานก่อนหน้าวันที่ลงนามนี้สิ้นสุดลง และผู้รับสัมปทานจะไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ อีก

๑.๒.๔ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า MOA ๒ มีผลเป็นการระงับสิทธิเรียกร้องของผู้เสนอข้อพิพาทที่อาจมีต่อรัฐบาลไทยสำหรับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันที่ลงนามของ MOA ๒

๑.๓ เหตุการณ์หลังจากวันที่ลงนามของ MOA ๒

๑.๓.๑ รัฐบาลไทยไม่ได้จัดหาเงินกู้ Soft Loan จำนวน ๘,๕๐๐ ล้านบาท ให้แก่บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ตามที่กำหนดใน MOA ๒ และในวันที่ ๑๕ มิถุนายน ๒๕๔๐ บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้ลงนามในสัญญากู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ากรณีที่รัฐบาลไทยไม่ได้จัดหาเงินกู้ให้ดังกล่าว ไม่สามารถใช้เป็นเหตุเรียกร้องความเสียหายภายใต้สนธิสัญญาฯ ก.ศ. ๒๐๐๒

๑.๓.๒ ในเดือนธันวาคม ๒๕๔๐ บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ขอขึ้นค่าผ่านทางตามที่กำหนดใน MOA ๒ และคณะกรรมการแก้ไขปัญหาฯ ได้เห็นชอบให้มีการขึ้นค่าผ่านทางเมื่อวันที่ ๒๐ เมษายน ๒๕๔๑ แต่กรมทางหลวงยังคงไม่อนุมัติการขึ้นค่าผ่านทาง

๑.๓.๓ บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด มีหนังสือขอขึ้นค่าผ่านทางอีกครั้งเมื่อวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๔๑ แต่ไม่ได้รับการพิจารณาจากกรมทางหลวง

๑.๓.๔ ในช่วงเดือนพฤศจิกายนและธันวาคม ๒๕๔๑ กรมทางหลวงได้ก่อสร้างและเปิดใช้สะพานกลับรถบนถนนวิภาวดีรังสิต รวมทั้งถนน Local Road ซึ่งวิ่งคู่ขนานถนนวิภาวดีรังสิต

๑.๓.๕ เมื่อวันที่ ๑๖ กันยายน ๒๕๔๒ บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ยื่นหนังสือถึงกรมทางหลวงอย่างเป็นทางการ ขอให้มีการเจรจาภายใต้ข้อกำหนดข้อ ๒๕ ของสัมปทาน

๑.๓.๖ เมื่อเห็นว่าหนังสือขอให้มีการเจรจาดังกล่าวยังไม่ได้รับการพิจารณา บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด จึงมีหนังสืออย่างเป็นทางการฉบับที่ ๒ ถึงกรมทางหลวง ลงวันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๔๓

๑.๓.๗ เมื่อวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๔๓ กรมทางหลวงขอให้บริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด เสนอรายงานจำนวนเงินความเสียหายของบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ทั้งหมด ภายใต้กรอบข้อกำหนดข้อ ๒๕ ของสัญญาสัมปทาน ซึ่งบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้เสนอรายงานดังกล่าวเมื่อวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๔๓ โดยเสนอมูลค่าความเสียหายทั้งสิ้น ๓๔,๕๔๐ ล้านบาท หรือ ๕๓๓ ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีคำตอบหรือข้อเสนอใด ๆ จากฝ่ายรัฐบาลไทย

๑.๓.๘ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ เอกอัครราชทูตเยอรมันได้เข้าพบนายกรัฐมนตรีของไทย และในวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๔๔ ท่านเอกอัครราชทูตฯ ได้ยื่นบันทึกถึงนายกรัฐมนตรี หลังจากนั้น

ในวันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ รองปลัดกระทรวงต่างประเทศของไทยได้มีหนังสือถึง ปลัดกระทรวงคมนาคม ระบุถึงข้อเสนอของผู้เสนอข้อพิพาทและความเป็นไปได้ที่เรื่องจะเข้าสู่ กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

๑.๓.๕ เมื่อวันที่ ๘ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้ยื่นรายงาน ความเสียหายที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นใหม่ให้แก่กระทรวงคมนาคม โดยได้ระบุในรายงานดังกล่าวว่า “หากไม่มีการดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นการเยียวยาแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ก็จะถือเสมือนเป็นการริบเงินลงทุนของผู้ถือหุ้นโดยไม่ได้ชำระค่าตอบแทน และโดยปราศจาก ความผิดของผู้ถือหุ้น”

๑.๓.๑๐ เมื่อวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๔๖ รัฐมนตรีเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน และ ตัวแทนของผู้เสนอข้อพิพาท ได้นำเสนอกรณีการลงทุนของผู้เสนอข้อพิพาทต่อตัวตัวแทนของ รัฐบาลไทย โดยรองนายกรัฐมนตรีของไทยได้รับปากต่อฝ่ายเยอรมันว่า รัฐบาลไทยชุดนี้ซึ่งได้รับ เอาจปัญหาของ Walter Bau มาจากรัฐบาลชุดก่อนโดยไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น จะแก้ไขปัญหานี้ ด้วยความเป็นธรรม

๑.๓.๑๑ เมื่อวันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๔๖ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้ส่งหนังสือ กรมทางหลวงอีกครั้งหนึ่งเพื่อขอให้มีการปรับเพิ่มค่าผ่านทาง

๑.๓.๑๒ เมื่อวันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๖ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้ส่ง หนังสือถึงกรมทางหลวงอีกครั้งหนึ่งเพื่อขอให้มีการปรับเพิ่มค่าผ่านทาง

๑.๓.๑๓ เมื่อวันที่ ๑๖ มกราคม ๒๕๔๗ กรมทางหลวงมีหนังสือตอบจดหมายของ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ฉบับลงวันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๖ โดยแจ้งว่าการขึ้นค่าผ่าน ทางจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติการยกเลิกทางขึ้นลงหมายเลข ๔ ซึ่งขณะนี้อยู่ ระหว่างการดำเนินการ

๑.๓.๑๔ เมื่อวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๔๗ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด มีหนังสือถึง กรมทางหลวงแจ้งการเกิดข้อพิพาทตามข้อ ๓๑ ของสัญญาสัมปทาน

๑.๔ เหตุการณ์นับแต่เดือนธันวาคม ๒๕๔๗

๑.๔.๑ เมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๘ ผู้เสนอข้อพิพาทได้มีหนังสือถึงนายกรัฐมนตรี ของไทย เพื่อเริ่มต้นขบวนการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้สนธิสัญญา ค.ศ. ๒๐๐๒

๑.๔.๒ เมื่อวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๔๘ ผู้เสนอข้อพิพาทส่งข้อเสนอขายหุ้นของตน ให้แก่กระทรวงต่างประเทศของไทยในราคาหุ้นละ ๑๐ บาท หลังจากนั้นผู้เสนอข้อพิพาทได้มี หนังสือถึงกระทรวงต่างประเทศของไทยอีก ๒ ฉบับ ลงวันที่ ๑๒ และ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๔๘ ทั้งนี้ ผู้เสนอข้อพิพาทไม่ได้รับคำตอบใด ๆ ต่อหนังสือที่ได้ให้แก่อธิบดีไทยดังกล่าว

๑.๔.๓ รัฐบาลไทยได้สร้างสะพานลอยข้ามถนนขึ้นใหม่ที่แยกลาดพร้าวและแยกสุทธิสาร ในช่วงเดือนพฤษภาคม ๒๕๔๗

๑.๔.๔ ในเดือนธันวาคม ๒๕๔๘ ผู้เสนอข้อพิพาทตกลงขายหุ้นในบริษัท คอนมืองโทลเวย์ จำกัด ให้แก่นายสมบัติ และบุตรชาย ในราคารวม ๑๐ ล้านบาท ซึ่งหุ้นดังกล่าวต่อมาได้ขายต่อไปยังนักลงทุนชาวออสเตรเลีย ในเดือนตุลาคม ปี ๒๕๕๐ ในราคา ๑๓.๗ ล้านบาท

๑.๕ เหตุการณ์เกี่ยวกับ MOA ๓ หลังจากผู้เสนอข้อพิพาทได้ขายหุ้นในบริษัท คอนมืองโทลเวย์ จำกัด ไปแล้ว บริษัท คอนมืองโทลเวย์ จำกัด และกรมทางหลวง ได้ลงนามในสัญญาแก้ไขสัญญาสัมปทานครั้งที่ ๓ (MOA ๓) เมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๐

๒. ความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นต่าง ๆ ที่สำคัญ

๒.๑ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ณ วันที่ลงนามของ MOA ๒ ผู้เสนอข้อพิพาทไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่ สิทธิในทางทฤษฎีที่จะโน้มน้าวให้รัฐบาลเยอรมันเรียกร้องความเสียหายในนามของผู้เสนอข้อพิพาทต่อรัฐบาลไทย ภายใต้ข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๑ ทั้งนี้ เนื่องจากสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๑ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนที่จะเรียกร้องความเสียหายต่อรัฐ

๒.๒ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ผู้เสนอข้อพิพาทไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายใด ๆ จากการกระทำของรัฐบาลไทยก่อนหน้าวันที่ลงนามของ MOA ๒ ผู้เสนอข้อพิพาทต้องผูกพันภายใต้ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับบริษัท คอนมืองโทลเวย์ จำกัด และไม่มีเหตุผลที่จะถือว่า MOA ๒ ไม่มีผลผูกพัน เพราะเกิดจากการตกลงภายใต้ภาวะที่ต้องจำยอมตามที่ผู้เสนอข้อพิพาทกล่าวอ้าง ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาเฉพาะการกระทำของรัฐบาลไทยภายหลังจากวันที่ลงนามของ MOA ๒ เท่านั้น

๒.๓ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า มาตรา ๑๐ ของสนธิสัญญา ค.ศ. ๒๐๐๒ ไม่ได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันที่สนธิสัญญา ค.ศ. ๒๐๐๒ มีผลบังคับใช้ ดังนั้น ผู้เสนอข้อพิพาทไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายใด ๆ อันเกิดจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๔๗

๒.๔ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า การกระทำต่าง ๆ ของรัฐบาลไทย ไม่มีลักษณะที่เป็นการริบ หรือยึด เป็นของรัฐ (Creeping Expropriation) และจะพิจารณาเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair and Equitable Treatment Standard หรือ FET) เท่านั้น

๒.๕ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า แม้รัฐบาลไทยจะไม่ได้รับรองอัตราผลตอบแทนการลงทุนให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาท แต่อัตราผลตอบแทนที่สมเหตุสมผลต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นก็เป็นส่วนหนึ่งของความคาดหวังที่ถูกต้องและสมควรของผู้เสนอข้อพิพาท และกรณีที่ไม่ได้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามความคาดหวังที่ถูกต้องและสมควร ก็ถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมในส่วนของรัฐบาลไทย

๒.๖ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ผู้เสนอข้อพิพาทมีฐานะเป็นผู้ลงทุนภายใต้คำจำกัดความของสนธิสัญญา ก.ศ. ๒๐๐๒

๒.๗ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายรัฐบาลไทย ซึ่งรวมถึงการเพิกเฉยไม่ปรับขึ้นค่าผ่านทางตามที่ได้ตกลงไว้ภายใต้ MOA ๒ การปิดใช้งานสนามบินดอนเมือง การบริหารจราจรบนถนนวิภาวดีรังสิต ซึ่งมีผลกระทบต่อรายได้ค่าผ่านทางนั้นเมื่อพิจารณาร่วมกันแล้ว ถือได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรม (FET)

๒.๘ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ในการพิจารณาความคาดหวังที่ถูกต้องและสมควรของผู้เสนอข้อพิพาทนั้น จะต้องพิจารณาความคาดหวัง ณ เวลาที่มีการลงนาม MOA ๒ ในปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งจะปรากฏอยู่ในรายงานของบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ที่นำเสนอต่อกรมทางหลวง ลงวันที่ ๑ มิถุนายน ๒๕๓๕

๒.๙ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า วิธีการประเมินความเสียหายที่ดีที่สุด ได้แก่

๒.๙.๑ การประเมินมูลค่าที่เป็นธรรมของหุ้นที่ถือโดยผู้เสนอข้อพิพาท ณ วันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๔๕ (ซึ่งเป็นวันที่ผู้เสนอข้อพิพาทขายหุ้นดังกล่าว) ภายใต้ข้อสมมติฐานว่ารัฐบาลไทยได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนตามข้อตกลงของ MOA ๒ จากนั้นให้แปลงจำนวนเงินดังกล่าวที่คำนวณได้เป็นเงินบาทให้เป็นเงินสกุลยูโร โดยใช้อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่ดังกล่าว

๒.๙.๒ นำจำนวนเงินที่ผู้เสนอข้อพิพาทได้รับจากการขายหุ้น ไปหักออกจากจำนวนเงินที่คำนวณได้ข้างต้น

๒.๙.๓ หลังจากนั้นให้บวกด้วยจำนวนเงินปันผลที่ผู้เสนอข้อพิพาทควรจะได้รับชำระ (หากรัฐบาลไทยได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนตาม MOA ๒) โดยคิดคำนวณจนถึงวันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๔๕

๒.๑๐ ความเสียหายสุทธิซึ่งรัฐบาลไทยต้องชำระให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาท คิดคำนวณได้เป็นเงินจำนวน ๒๕.๒๑ ล้านยูโร

๒.๑๑ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า ในส่วนของค่าใช้จ่ายของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้น สมควรให้ฝ่ายผู้เสนอข้อพิพาทชำระค่าใช้จ่ายของฝ่ายรัฐบาลไทย จำนวนครึ่งหนึ่งของค่าใช้จ่ายทั้งหมด และให้ฝ่ายรัฐบาลไทยชำระค่าใช้จ่ายของฝ่ายผู้เสนอข้อพิพาทจำนวนครึ่งหนึ่งของ

ค่าใช้จ่ายทั้งหมดเช่นเดียวกัน จำนวนค่าใช้จ่ายของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เมื่อหักกลับกันตามข้อข้างต้นแล้ว รัฐบาลไทยจะต้องชำระค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาท จำนวน ๑,๘๐๖,๕๖๐ ยูโร

๒.๑๒ คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่รัฐบาลไทยต้องชำระให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาทสำหรับจำนวนเงินค่าเสียหาย ในอัตรา Euribor ๖ เดือน บวกด้วยร้อยละ ๒ ต่อปี โดยคิดคำนวณนับแต่วันที่ ๓ ธันวาคม ๒๕๔๕ จนถึงวันที่ได้ชำระจริง โดยดอกเบี้ยดังกล่าวให้นับรวมเป็นเงินต้นทุก ๖ เดือน

๒.๑๓ คณะอนุญาโตตุลาการมีความเห็นว่า อัตราดอกเบี้ยที่รัฐบาลไทยต้องชำระให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาทสำหรับจำนวนเงินค่าใช้จ่าย ให้คิดในอัตราเดียวกันกับที่กำหนดสำหรับจำนวนเงินค่าเสียหายโดยให้คิดนับแต่วันที่ของคำชี้ขาดนี้

๓. คำชี้ขาด

๓.๑ ให้รัฐบาลไทยชำระเงินจำนวน ๒๕.๑๒ ล้านยูโร ให้แก่ผู้เสนอข้อพิพาทเป็นค่าเสียหายสำหรับการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ค.ศ. ๒๐๐๒ ซึ่งมีผลผูกพันนับแต่วันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๔๓

๓.๒ ให้รัฐบาลไทยชำระดอกเบี้ยของจำนวนเงินค่าเสียหายข้างต้น ตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาด

๓.๓ ให้รัฐบาลไทยชำระเงินค่าใช้จ่ายของผู้เสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนี้ จำนวน ๑,๘๐๖,๕๖๐ ยูโร

๓.๔ ให้รัฐบาลไทยชำระดอกเบี้ยของจำนวนเงินค่าใช้จ่ายข้างต้น ตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาด

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

๑. บริษัท Walter Bau AG ยื่นบังคับคดีต่อศาลแขวงใต้ มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา

๑.๑ เมื่อวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๕๓ บริษัท Walter Bau AG ได้ยื่นบังคับคดีต่อศาลแขวงใต้ มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา

๑.๒ เมื่อวันที่ ๑๔ พฤษภาคม ๒๕๕๓ กระทรวงคมนาคมได้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา

๑.๒.๑ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยงานหลักรับผิดชอบในการดำเนินการต่อสู้คดีกรณีบริษัท Walter Bau AG ยื่นฟ้องบังคับคดีต่อศาลในต่างประเทศจนกว่าคดีจะถึงที่สุด โดยให้

กระทรวงคมนาคม กระทรวงการคลัง กระทรวงการต่างประเทศ และกระทรวงยุติธรรมเป็น
หน่วยงานสนับสนุน

๑.๒.๒ เห็นชอบและอนุมัติในหลักการว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศที่เหมาะสมเป็น
ที่ปรึกษาของรัฐบาลไทยโดยวิธีพิเศษ เนื่องจากเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน โดยให้เบิกจ่ายงบประมาณ
ในการดำเนินการจากงบกลาง รายการสำรองจ่ายในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยให้สำนักงาน
อัยการสูงสุดเป็นหน่วยงานรับผิดชอบในการว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศดังกล่าว

๑.๓ เมื่อวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๓ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและอนุมัติตามที่
กระทรวงคมนาคมเสนอ

๑.๔ เมื่อวันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๕๓ คณะทำงานของสำนักงานอัยการสูงสุดและหน่วยงาน
ที่เกี่ยวข้องได้ประชุมและพิจารณาคัดเลือกให้สำนักงานกฎหมาย DLA Piper จำกัด เป็นที่ปรึกษา
กฎหมายต่างประเทศ (จากผู้ยื่นข้อเสนอจำนวน ๒ ราย)

๑.๕ เมื่อวันที่ ๑๖ สิงหาคม ๒๕๕๓ รัฐบาลไทยได้ยื่นคำคัดค้านครั้งที่ ๑ ต่อศาลแขวงใต้
มลรัฐนิวยอร์ก และคำแถลงเกี่ยวกับทรัพย์สินของรัฐบาลไทยในประเทศอเมริกา

๑.๖ เมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๕๓ บริษัท Walter Bau AG ยื่นโต้แย้งคำคัดค้านของ
รัฐบาลไทย

๑.๗ เมื่อวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๓ รัฐบาลไทยยื่นคำคัดค้านครั้งที่ ๒ ต่อศาลแขวงใต้
มลรัฐนิวยอร์ก

๑.๘ เมื่อวันที่ ๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔ คณะทนายความของรัฐบาลไทย (บริษัท DLA
Piper) ขึ้นต่อสู้คดีต่อศาลแขวงใต้ มลรัฐนิวยอร์ก โดยมีผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดและผู้แทน
กระทรวงการต่างประเทศของไทยได้เข้าร่วมในการพิจารณาของศาลฯ ด้วย

๑.๙ เมื่อวันที่ ๑๔ มีนาคม ๒๕๕๔ ศาลแขวงใต้ มลรัฐนิวยอร์ก ได้มีคำพิพากษาขึ้นตาม
คำตัดสินชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้ชี้ขาดเมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๒

๑.๑๐ เมื่อวันที่ ๒๓ มีนาคม ๒๕๕๔ คณะทำงานของสำนักงานอัยการสูงสุดได้เชิญ
กระทรวงคมนาคม กระทรวงการคลัง กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงยุติธรรม และสำนัก
งบประมาณ ประชุมร่วมกัน ที่มีประมุขมีมติดังนี้

๑.๑๐.๑ อุตสาหกรรมคำพิพากษาของศาลชั้นต้น (ศาลแขวงใต้ รัฐนิวยอร์ก)

๑.๑๐.๒ แจ้งความประสงค์ว่า จะขออุตสาหกรรมคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ซึ่งฝ่ายไทยจะต้อง
ยื่นเรื่องแจ้งขออุตสาหกรรมคำพิพากษาศาลภายใน ๓๐ วัน นับตั้งแต่วันที่ศาลชั้นต้นมีคำตัดสิน
ให้ที่ปรึกษากฎหมายของราชอาณาจักรไทยรายเดิม (สำนักงานกฎหมาย DLA Piper, New York)

ยื่นคำร้องดังกล่าวต่อศาลว่า ประเทศไทยประสงค์จะอุทธรณ์คำตัดสินของศาลชั้นต้น ให้ทันในระยะเวลา ๓๐ วันตามที่กฎหมายกำหนด

๑.๑๐.๓ รายงานคณะรัฐมนตรีทราบผลคดีรวมทั้งขออนุมัติในหลักการจากคณะรัฐมนตรี ให้เบิกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่จะเกิดขึ้นจากงบกลาง รายการสำรองจ่ายกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น กระทรวงคมนาคมพิจารณาเสนอคณะรัฐมนตรีรับทราบผลคดี และขออนุมัติงบกลาง รายการสำรองจ่ายกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นต่อไป

๑.๑๐.๔ ดำเนินการคัดเลือกที่ปรึกษากฎหมายตามวิธีการ ขั้นตอนเช่นเดียวกับขั้นตอนการคัดเลือกที่ปรึกษากฎหมายในการต่อสู้คดีในศาลชั้นต้นของประเทศสหรัฐอเมริกา (ศาลแขวงใต้ รัฐนิวยอร์ก)

๑.๑๑ เมื่อวันที่ ๒๑ เมษายน ๒๕๕๔ กระทรวงคมนาคมได้รายงานคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบผลคำพิพากษาของศาลแห่งมลรัฐนิวยอร์ก ลงวันที่ ๑๔ เมษายน ๒๕๕๔ ซึ่งพิพากษายกคำร้องของราชอาณาจักรไทย โดยให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๒ พิจารณาให้ความเห็นชอบในการอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวต่อศาลอุทธรณ์ และอนุมัติในหลักการให้สำนักงานอัยการสูงสุดว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศที่เหมาะสมเป็นที่ปรึกษาของราชอาณาจักรไทยโดยวิธีพิเศษ ทั้งนี้ในส่วนของการเบิกจ่ายงบประมาณเพื่อดำเนินการจากงบกลาง รายการเงินสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น ให้สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอข้อตกลงในรายละเอียดกับสำนักงบประมาณต่อไป

๑.๑๒ เมื่อวันที่ ๒๖ เมษายน ๒๕๕๔ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและอนุมัติตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอ

๑.๑๓ เมื่อวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๕๔ รัฐบาลไทยได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงแห่งมลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา

๒. บริษัท Walter Bau AG ยื่นบังคับคดีต่อศาลเบอร์ลิน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

๒.๑ เมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๕๔ บริษัท Walter Bau AG ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเบอร์ลิน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่ง ณ เวลาดังกล่าวมียอดเงินรวมดอกเบี้ยประมาณ ๓๘ ล้านยูโร และยื่นคำร้องฝ่ายเดียวขอให้ศาลออกหมายอายัดทรัพย์สินของราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาตัดสินของศาล

๒.๒ ทรัพย์สินที่บริษัท Walter Bau AG ขอให้ศาลอายัด คือ เครื่องบินพระที่นั่ง ๗๓๗-๔๐๐ โดยบริษัท Walter Bau AG อ้างว่าเป็นของกองทัพอากาศไทย ซึ่งศาลก็ได้ได้ออกหมายอายัดให้ในวันเดียวกัน (๑๑ กรกฎาคม ๒๕๕๔)

๒.๓ เมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๔ บริษัท Walter Bau AG ได้นำเจ้าหน้าที่บังคับคดี มาติดหมายอายัดเครื่องบินพระที่นั่ง ซึ่งจอดที่สนามบินมิวนิคในเขตอำนาจศาล Landshut

๒.๔ เมื่อวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ๒๕๕๔ คณะทำงานของสำนักงานอัยการสูงสุดได้เดินทางไปยังเมืองมิวนิค เพื่อเตรียมการร่วมกับสำนักงานทนายความ DLA Piper และกระทรวง การต่างประเทศ ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ยกเลิกเพิกถอนการอายัดเครื่องบินพระที่นั่ง ซึ่งถือว่าเป็น ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกคดี

๒.๕ เมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๔ สำนักงานทนายความ DLA Piper ได้ยื่นคำ ร้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนการอายัดต่อศาล Landshut

๒.๖ เมื่อวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๕๔ ศาล Landshut แจ้งว่าให้สำนักงานทนายความ DLA Piper ส่งเอกสารพยานหลักฐานเพิ่มเติมพร้อมคำชี้แจงอย่างเป็นทางการจากพยานที่เกี่ยวข้อง

๒.๗ เมื่อวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๕๔ สำนักงานทนายความ DLA Piper ส่งเอกสาร เพิ่มเติมต่อศาล ซึ่งบริษัท Walter Bau AG ก็ได้คัดค้านคำแปลตลอดจนความถูกต้องความ น่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน

๒.๘ เมื่อวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๕๔ ศาล Landshut ได้มีคำสั่งให้ยกเลิกการอายัด เครื่องบินพระที่นั่งภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อนให้ราชอาณาจักรไทยวางเงินหรือหลักประกันจำนวน ๒๐ ล้านยูโร

๒.๙ เมื่อวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๕๔ คณะรัฐมนตรีมีมติให้สำนักงานอัยการสูงสุดพร้อม หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการวางหลักประกัน จำนวน ๓๘ ล้านยูโร หรือจำนวนที่น้อยกว่าต่อ ศาลแห่งเมืองเบอร์ลิน

๒.๑๐ เมื่อวันที่ ๘ สิงหาคม ๒๕๕๔ สำนักงานอัยการสูงสุดได้วางหนังสือค้ำประกัน จำนวน ๓๘ ล้านยูโร ต่อบริษัท Walter Bau AG ตามคำสั่งศาลแห่งเมืองเบอร์ลิน

๒.๑๑ เมื่อวันที่ ๘ สิงหาคม ๒๕๕๔ มีคำสั่งยกเลิกการอายัดเครื่องบินพระที่นั่ง

๒.๑๒ เมื่อวันที่ ๑๖ สิงหาคม ๒๕๕๔ คณะรัฐมนตรีมีมติให้ราชอาณาจักรไทย เจรจา ประนีประนอมยอมความกับบริษัท Walter Bau AG โดยมีรองนายกรัฐมนตรีนายอภิสิทธิ์ ณ หนอง เป็นประธานคณะเจรจา

๒.๑๓ เมื่อวันที่ ๑๘ สิงหาคม ๒๕๕๔ สำนักงานทนายความ DLA Piper ได้ยื่นขอถอน คดีที่ศาล Landshut โดยราชอาณาจักรไทยยอมเสียค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายทั้งหมด

ข้อสังเกตต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Award of Arbitration)

กฤติตา ธนโชคโสภณ^๑ ได้วิเคราะห์ประเด็นเนื่องจากการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการได้อย่างน่าสนใจในบทความ “การอนุญาโตตุลาการระหว่างบริษัท วอลเตอร์ บาว จำกัด (Walter Bau) ผู้ร้องกับราชอาณาจักรไทย (The Kingdom of Thailand) ผู้คัดค้าน : ข้อเท็จจริง กระบวนการ และบทวิเคราะห์ ใน Thai Arbitration Institute Administering Excellent and Due Process ฉบับเดือนกันยายนวันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๒” โดยผู้เขียนได้คัดมาบางส่วน ดังนี้

เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้านแล้ว ขั้นตอนต่อมาจึงเป็นการนำเอาคำชี้ขาดนั้นไปใช้บังคับให้เป็นผล ในการจะนำเอาคำชี้ขาดไปบังคับนั้นจะ เอาไปบังคับได้ที่ไหนอย่างไรนั้น นอกจากจะพิจารณารัฐที่มีทรัพย์สินของผู้ที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดแล้ว ซึ่งในกรณีจะบังคับในรัฐดังกล่าวได้หรือไม่ จำเป็นจะต้องพิจารณาตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือ “New York Convention” ซึ่งเป็นพันธะกรณีระหว่างประเทศ จะผูกพันให้กับประเทศที่ได้ลงนามยอมรับ อนุสัญญานับนี้แล้ว

หลังจากที่มีคำชี้ขาดแล้ว ปรากฏว่าผู้ที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คือ ผู้คัดค้าน ซึ่งผู้ร้องจะนำไปบังคับที่มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะนำไปใช้บังคับได้หรือไม่ ก็ต้องพิจารณาว่าสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีในอนุสัญญานี้หรือไม่ ปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาได้ภาคยานุวัติ อนุสัญญานิวยอร์กนี้ไว้ ณ วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๑๓ ซึ่งมีผลวันที่ ๒๕ ธันวาคม ๒๕๑๓ ดังนี้แล้ว เมื่อคำชี้ขาดมีขึ้นในวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๒ พิจารณาในเบื้องต้นได้ว่าตาม อนุสัญญานิวยอร์กมาตรา ๓ ได้ว่า โดยหลักแล้วประเทศภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ผู้ร้อง จึงสามารถจะนำคำชี้ขาดดังกล่าวไปบังคับที่มลรัฐนิวยอร์กได้

ส่วนวิธีการที่จะนำไปใช้บังคับได้นั้น ก็จะต้องนำคำชี้ขาดดังกล่าวไปให้ศาลในมลรัฐนิวยอร์ก ยอมรับและบังคับตามให้ ซึ่งผู้ที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดหรือผู้ร้องเองก็อาจจะ อ้างมาตรา ๕ ของอนุสัญญานับนี้ต่อศาลให้ใช้เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามได้เช่นกัน

^๑ Tax Associate สำนักภาษี เคพีเอ็มจี ภูมิไชยจำกัด, นบ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มาตรา ๕ ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐภาคีอาจปฏิเสธ ไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

๑. คู่กรณีผู้ซึ่งจะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

๑.๑ คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น หรืออนุญาโตตุลาการไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

๑.๒ ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงข้อคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

๑.๓ คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

๑.๔ องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้

๑.๕ คำชี้ขาดยังไม่ถึงที่สุด หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

๒. ศาลหรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจของรัฐภาคีที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาดพบว่า

๒.๑ คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

๒.๒ การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการจัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศภาคีที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาด

ประเด็นที่ต้องพิจารณาตามมาตรา ๕ มีดังต่อไปนี้

๑. ความสามารถของคู่สัญญา (มาตรา ๕ ข้อ ๑.๑)

จากมาตรา ๕ ข้อ ๑.๑ ผู้คัดค้านอาจปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ หากพิสูจน์ได้ว่าผู้ร้องในฐานะคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ไม่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น แต่จากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเข้าทำอนุญาโตตุลาการโดยการร้องขอของผู้ร้องนั้นมีได้ กล่าวอ้างสิทธิจากมาตรา ๑๐ แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริม

และคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน ปี ๒๕๔๕ มิใช่เกิดจากการตกลงกันระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน จึงไม่มีประเด็นเรื่องความบกพร่องในความสามารถของผู้ร้อง อันผู้คัดค้านจะใช้อ้างเพื่อให้ศาลใช้เป็นเหตุเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดได้

อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า สิทธิในการนำข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการนี้เป็นสิทธิตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้น โดยหลักแล้วการจะยกข้อพิพาทขึ้นมากล่าวอ้างได้จะต้องเป็น รัฐ กับ รัฐ เท่านั้น แต่สนธิสัญญาฉบับที่ผู้ร้องใช้เป็นฐานแห่งการนำข้อพิพาทมาสู่การอนุญาโตตุลาการนี้ มาตรา ๑๐ ได้ให้สิทธิเป็นพิเศษกับปัจเจกชนซึ่งเป็น “ผู้ลงทุน” ที่จะร้องสิทธิตามข้อพิพาทที่มีกับรัฐโดยตรง เพราะมาตรา ๑๐ ได้ใช้คำว่า “Disputes concerning investments between a Contracting Party and an investor of the Contracting Party” ดังนั้นการจะมีสิทธิตามสนธิสัญญานี้หรือไม่ต้องพิจารณาด้วยว่าเป็น “ผู้ลงทุน” ตามความหมายของสนธิสัญญานี้หรือไม่

๒. ความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา ๕ ข้อ ๑.๑)

โดยหลักแล้วหากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ไม่สามารถใช้บังคับได้แล้ว ผลก็เสมือนกับการทำอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้เกิดจากการตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คำชี้ขาดจากการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงไม่อาจจะใช้บังคับได้ไปด้วย ด้วยเหตุนี้จึงไม่เป็นหนึ่งในเหตุที่จะใช้เพื่อปฏิเสธในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ โดยจะพิจารณาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นสมบูรณ์หรือไม่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ ซึ่งในกรณีนี้เมื่อข้อสัญญาเกิดจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงยังมิได้มีกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกันเอาไว้เพื่อใช้ในการทำอนุญาโตตุลาการ และแม้ว่ามาตรา ๕ จะเปิดช่องให้พิจารณาความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศที่ได้ทำคำชี้ขาดนั้น แต่ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าเมื่อข้อสัญญาเกิดจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่ได้เกิดจากการทำสัญญากันระหว่างคู่สัญญาดังนั้น ผู้คัดค้านจึงไม่สามารถอ้างเหตุนี้ให้ศาลใช้เป็นเหตุเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดได้

๓. คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ (มาตรา ๕ ข้อ ๑.๓)

เหตุในข้อนี้ จำเป็นต้องพิจารณาไปถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการว่า ข้อสัญญาในการทำอนุญาโตตุลาการนั้นมีเนื้อหาครอบคลุมเพียงใด ซึ่งตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน ปี ๒๕๔๕ สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน ปี ๒๕๔๕ มาตรา ๑๐ กำหนดให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการลงทุนระหว่างรัฐ แหล่งลงทุน และนักลงทุน เมื่อข้อพิพาทดังกล่าวเกิดจากการที่

ผู้ร้องซึ่งเป็นนิติบุคคลสัญชาติเยอรมัน เข้ามาลงทุนในประเทศไทยโดยการถือหุ้นในคอนมือง
โพลล์เวย์ แล้วมีข้อพิพาทกับประเทศไทยซึ่งอยู่ในฐานะรัฐแหล่งลงทุน เมื่อได้ยื่นขอให้มีการทำ
อนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ยังคงอยู่ในขอบเขตแห่งการลงทุนดังกล่าว จึงเห็นว่าข้อพิพาทยังอยู่
ในขอบเขตของข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ และคณะ
อนุญาโตตุลาการเมื่อได้ทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวก็ยังคงอยู่ในขอบเขตแห่งเรื่องที่ได้มีการ
ขอให้ทำอนุญาโตตุลาการนั้น ในข้อนี้ ดังนั้น ผู้คัดค้านจึงไม่สามารถอ้างเหตุนี้ให้ศาลใช้เป็นเหตุ
เพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดได้

๔. พิจารณาความผลผูกพันของคำชี้ขาด (มาตรา ๕ ข้อ ๑.๕)

เหตุอีกประการหนึ่งที่ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
ได้ คือ กรณีที่คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา คำว่า ยังไม่มีผลผูกพันนั้น หมายถึง กรณีที่คำชี้
ขาดยังไม่ถึงที่สุด หรืออาจอยู่ในระหว่างการตีความ การแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งถือว่ายังไม่มีผลผูกพัน
จะนำมาขอให้ศาลบังคับตามไม่ได้ ต้องรอให้คำชี้ขาดถึงที่สุดเสียก่อน หากมีการนำมาขอให้ศาล
บังคับตามแล้วศาลสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นก็ได้ ทั้งนี้คู่สัญญาถ้าศาล
สั่งบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่จะถูกบังคับสามารถยกประเด็นความไม่ผูกพันขึ้น
กล่าวอ้างต่อศาลปฏิเสธเพื่อให้ศาลปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

ในคดีนี้เมื่อผู้ร้องได้มีการนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการ โดยมีการดำเนินการเรื่อยมา
จนกระทั่งท้ายที่สุดคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดขึ้น เมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๓ ตาม
UNCITRAL Rules มาตรา ๓๕ , ๓๖ การตีความ การแก้ไข เพิ่มเติม คำชี้ขาดคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่าย
หนึ่งอาจร้องขอได้ภายใน ๓๐ วัน เมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้วจึงถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวมีผล
ผูกพันแล้ว

๕. คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย
หรือไม่ (มาตรา ๕ ข้อ ๒.๑)

แม้ว่าข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการจะสามารถตกลงกันได้โดยความ
สมัครใจของคู่พิพาทสองฝ่าย แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อจำกัดในข้อพิพาทบางประเภท โดยเฉพาะ
ในประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่อาจจะไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ แต่
ข้อพิพาทใดไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่นั้น ในอนุสัญญานิวยอร์กมิได้
ระบุไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากการยากที่จะกำหนดให้ครอบคลุมทั้งหมดได้ แต่โดยทั่วไปแล้ว
เห็นว่าข้อพิพาททางแพ่งส่วนใหญ่สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ สัญญาระหว่างรัฐกับ
เอกชนก็สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ ที่เห็นว่าเป็นข้อพิพาทที่มีอาจระงับโดยการ
อนุญาโตตุลาการได้นั้นคงจะเป็นข้อพิพาททางอาญา นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละ

ประเทศด้วย ซึ่งมีความแตกต่างกันออกไป เช่น ในสหรัฐอเมริกา คดีอาญา ข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพหรือสถานะของบุคคล หรือคดีที่เกี่ยวข้องด้วยกฎหมายครอบครัวเป็นข้อพิพาทที่มีอาจะรับ โดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทที่มีมูลหนี้เกิดจากสัญญาสัมปทาน โดยผู้ร้องใช้สิทธิในฐานะผู้ลงทุนตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทนที่ประเทศไทยทำกับประเทศเยอรมนี และตามที่ระบุในสัญญา คู่สัญญาจะเจรจากันอย่างสันติมิตรก่อนถ้าตกลงกันไม่ได้ก็ให้สามารถนำข้อพิพาทเพื่อให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ข้อพิพาทในคดีนี้จึงเป็นข้อพิพาทที่ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้คัดค้านจึงไม่สามารถอ้างเหตุนี้ให้ศาลใช้เป็นเหตุเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดได้

๖. การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศภาคีที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาด (มาตรา ๕ ข้อ ๒.๒)

การยอมรับ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ในมาตรา ๕ ข้อ ๒.๒ นี้ วางเงื่อนไขว่าต้องเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศภาคีที่ถูกขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น กล่าวคือ ในกรณีนี้เมื่อผู้ร้องนำคำชี้ขาดไปบังคับที่มลรัฐนิวยอร์ก การจะพิจารณาว่าการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายนิวยอร์ก ซึ่งหลักทั่วไปของการพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น คือการพิจารณาว่าหากไม่ยอมรับหรือบังคับตามแล้วจะไปกระทบต่อความคิด จริยธรรม ความผาสุกของประชาชนในสังคมหรือไม่

ในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ร้องอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาเพื่อเรียกให้ผู้คัดค้านชดใช้ค่าเสียหายให้แต่แท้จริงแล้วผู้ร้องได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้คัดค้านจริง กำหนดให้ครอบคลุมทั้งหมดได้ แต่โดยทั่วไปแล้วเห็นว่าข้อพิพาททางแพ่งส่วนใหญ่สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนก็สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้ ที่เห็นว่าเป็นข้อพิพาทที่มีอาจะรับโดยการอนุญาโตตุลาการได้นั้น คงจะเป็นข้อพิพาททางอาญา นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศด้วย ซึ่งมีความแตกต่างกันออกไป เช่น ในสหรัฐอเมริกา คดีอาญา ข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพหรือสถานะของบุคคล หรือคดีที่เกี่ยวข้องด้วยกฎหมายครอบครัว เป็นข้อพิพาทที่มีอาจะรับโดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทที่มีมูลหนี้เกิดจากสัญญาสัมปทาน โดยผู้ร้องใช้สิทธิในฐานะผู้ลงทุนตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทนที่ประเทศไทยทำกับประเทศเยอรมนี และตามที่ระบุในสัญญา คู่สัญญาจะเจรจากันอย่างสันติมิตรก่อนถ้าตกลงกัน

ไม่ได้ทำให้สามารถนำข้อพิพาทเพื่อให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้ ข้อพิพาทในคดีนี้จึงเป็นข้อพิพาทที่ระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้คัดค้านจึงไม่สามารถอ้างเหตุนี้ให้ศาลใช้เป็นเหตุเพื่อปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดได้

๗. ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมโดยขอเสนอแนวคิดเรื่องหลักการคุ้มครองคนต่างด้าวโดยรัฐเจ้าของสัญชาติมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law) ที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติที่ไปลงทุนในรัฐอื่นว่าจะได้รับการปฏิบัติ เช่น คนชาติของรัฐที่รับการลงทุน เราเรียกหลักการนี้ของกฎหมายว่า “Diplomatic Protection” หรือความคุ้มกันทางการทูต ซึ่งการคุ้มครองคนชาตินี้ใช้ “สัญชาติ” เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการที่รัฐหนึ่งจะให้ความคุ้มกันทางการทูต ซึ่งเรื่อง Walter Bau AG (Liquidation) นี้เป็นผู้ลงทุนสัญชาติเยอรมันซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคล (Juristic person) จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า เมื่อเป็นนิติบุคคลจะต้องมีสัญชาติเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาหรือไม่ เพราะเกี่ยวข้องกับปัญหาที่รัฐเจ้าของสัญชาติจะอ้างในการใช้สิทธิความคุ้มกันทางการทูต ซึ่งในการทำการค้า การขาย การลงทุนในโลกปัจจุบันมักจะกระทำผ่านทางนิติบุคคลมากกว่าจะเป็นเอกชนคนธรรมดา (Natural Person) เพราะต้องมีการระดมทุนและกระจายความเสี่ยง นิติบุคคลนี้มีได้ในหลายรูปแบบ นอกจากบริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด มูลนิธิ ตลอดจนกองทุน (Fund) ประเภทต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นความจำเป็นที่นิติบุคคลก็ต้องมีสัญชาติ เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา จริงอยู่ปัจจุบันการคุ้มครองทางการทูตด้วยการลงทุน (Foreign Investment) ของคนชาติในรัฐอื่นมีความสำคัญลดลงไปมาก เนื่องจากมีวิธีการคุ้มครองคนชาติของคนที่ไม่ใช่ไปลงทุนในต่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าการคุ้มครองทางการทูต นั่นก็คือข้อตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (The Promotion and Protection of Investment) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการส่งเสริมและความมั่นคงของการลงทุน^๒ ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ ๒

ในที่สุดเมื่อกล่าวถึงสัญชาตินิติบุคคลตัวอย่างคดีที่ถือกันว่า คลาสสิก คือ คดี Barcelona Traction Case” (โปรดดูข้อ ๑๔ ต่อไป)

^๒ร.ศ. ดร. ชุมพร บัณฑิตานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเล่ม ๑ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖), หน้า ๓๐๐

^๓เรื่องเดิมอ้างแล้ว ๓๑๒ และโปรดดู ธรรม์พ์ ชาลีจันทร์ “สัญชาตินิติบุคคล” ในวารสาร อัยการเล่มที่ ๑๕ (ม.ป.ม. : ม.ป.ท., ๒๕๓๗), หน้า ๑๑๕ – ๑๕๕

๘. จากคดี Barcelona Traction Case ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International court of Justice) วางหลักว่าการที่ประเทศเบลเยียมจะให้ความคุ้มกันทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัท Barcelona Traction, light and Power Company ซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกยึดทรัพย์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยเจ้าหน้าที่รัฐประเทศสเปนประเทศผู้รับการลงทุนนั้น แม้ปรากฏว่าผู้ถือหุ้น ๘๘% เป็นของเบลเยียมก็ตาม แต่บริษัทนิติบุคคลสัญชาติแคนาดาซึ่งมีสำนักงานอยู่ประเทศแคนาดามีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นกับตัวบริษัทแม้จะเสียหายมาถึงตัวผู้ถือหุ้นด้วยก็ตาม ก็เป็นสิทธิของบริษัทที่จะเรียกร้องแทนผู้ถือหุ้น สำหรับคดี Walter Bau AG นี้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Walter Bau AG นิติบุคคลเยอรมันซึ่งถือหุ้นประมาณ ๑๐% ในบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ จำกัด (มหาชน) แต่อนุญาโตตุลาการคดีนี้เห็นว่า มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายต่างหากจากนิติบุคคล คือ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ ได้ (โดยอาศัยสนธิสัญญาส่งเสริมการลงทุนไทย - เยอรมัน) ทั้งที่บริษัทคู่สัญญากับรัฐในคดีนี้ คือ บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ ซึ่งมีคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นถึงเกือบ ๕๐%

๙. บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ เป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนที่กระทรวงพาณิชย์ผู้ถือหุ้นเกือบทั้งหมด ๕๐% เป็นคนไทยหากใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญชาตินิติบุคคลที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Barcelona Traction Case ข้างต้นแล้ว บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ ต้องมีสัญชาติไทยและมาตรการที่รัฐบาลไทยได้ดำเนินไปเพื่อแก้ไขความหนาแน่นจอบถนนวิภาวดีรังสิตด้วยการตัดถนนคู่ขนาน (Local Road) หรือการปิดสนามบินคอนเมืองเพื่อย้ายไปยังสนามบินสุวรรณภูมิ หรือการใช้นโยบายประชานิยมของรัฐบาลในขณะนั้นลดค่าผ่านทางของคอนเมืองโทลเวย์ ส่วนแต่เป็นสิ่งที่กระทบกับมูลค่าสัมปทานทางด่วนที่บริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ ถืออยู่ และในที่สุดย่อมกระทบต่อคนไทยซึ่งถือหุ้นเป็นส่วนใหญ่ทั้งสิ้น แต่กลับไม่ปรากฏว่าบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ ใช้สิทธิฟ้องร้องทางศาลหรืออนุญาโตตุลาการกับกรมทางหลวงผู้ให้สัมปทานและคู่สัญญาโดยตรงเลยซึ่งนั่นอาจจะเป็นเพราะบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ ได้รับการขยายเวลาสัมปทานทางยกระดับจากกรมทางหลวง เพื่อเยียวยาความเสียหายไปแล้วผู้เขียนเห็นว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นของบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ นั้นเป็นข้อพิพาทระหว่างคนสัญชาติไทยกับรัฐบาลไทยผู้ถือหุ้นต่างชาติ หากจะต้องได้รับผลกระทบบ้างก็เป็นส่วนน้อยและรัฐบาลไทยคงมิได้มีเจตนามุ่งต่อการปฏิบัติที่มีชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศต่อผู้ถือหุ้นชาติใดชาติหนึ่งเป็นการเฉพาะอันเป็นฝ่าฝืนละเมิดต่อพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งสนธิสัญญาร่วมลงทุนหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่อง “หลักปฏิบัติต่อคนชาติ” หรือ National Treatment หรือ Treatment of An Alien และรัฐที่กระทำผิดต้องชดใช้ความเสียหายต่อเอกชนชาติอื่นตามหลัก

กฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางไว้ในหลาย ๆ คดีรวมทั้งคดี Barcelona Traction Case

๑๐. นอกจากนี้ หากพิจารณาต่อไปในข้อกล่าวหาที่ฝ่ายบริษัท Walter Bau AG มีต่อรัฐบาลไทยแล้ว เนื้อหาอยู่ในขอบเขตการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องหลักปฏิบัติต่อคนชาติ, การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติ, พันธกรณีของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีต่อกันต่างคำว ตลอดจนการละเมิดสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาในแง่กฎหมายด้วยว่า อนุญาโตตุลาการในคดีนี้ได้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีหรือไม่ ศาลภายในของรัฐที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไร ประการแรกสิทธิของบริษัท Walter Bau AG ในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเกิดจากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับสาธารณรัฐเยอรมนี (Treaty between The KINGDOM of Thailand and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment ๒๐๐๒) การอนุญาโตตุลาการในการในคดีนี้จึงมิได้เกิดจากสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างเอกชนกับเอกชนเหมือนกรณีปกติทั่วไป (ดู พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๑๑) ซึ่ง ฎิรดาชนโชคโสภณ ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น อย่างไรก็ตามประเด็นว่า เอกชน (Individual) มีสิทธิเพียงใดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of International Law) โดยหลักทั่วไป คือ รัฐและองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ก็ได้รับความชัดเจนในระดับหนึ่งว่า เอกชนแม้ไม่ใช่บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่รัฐอาจให้สิทธิบางประการแก่เอกชนโดยกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาฉบับดังกล่าว แต่ประเด็นที่ผู้เขียนยังค้างคาใจอยู่คือ หากจะถือว่าประเทศไทยใช้ระบบ Dualism ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ (โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๐) สนธิสัญญาจะมีผลผูกพันและใช้บังคับเช่นกฎหมายภายในต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๕๐ หากดูเผิน ๆ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ หมวด ๗ การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด มาตรา ๔๑ เป็นกฎหมายอนุวัติการให้เป็นตาม New York Convention ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้ แต่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับเยอรมนีโดยเฉพาะ Article ๑๐ ซึ่งให้สิทธิเอกชนฟ้องรัฐบาลโดยตรงนั้นจะถือว่า พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นกฎหมายอนุวัติการตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๑๕๐ หรือซึ่งผู้เขียนไม่คิดว่าจะเป็นอย่างนั้น

๑๑. เหตุผลที่สนับสนุนว่า พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ไม่ใช่กฎหมายภายในที่อนุวัติการใช้เป็นไปตามความผูกพันที่ประเทศไทยให้ถ้าเป็นภาคีในอนุสัญญา New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ๑๙๕๘ ก็คือเนื้อหาในตัวอนุสัญญาเอง เช่น ใน Article ๒ ซึ่งกำหนดว่า ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นหนังสือไม่ว่าจะปรากฏในตัวสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการทำภายหลังจากสัญญาหลักและแยกออกมาต่างหากหรือแม้กระทั่งหนังสือแลกเปลี่ยน แต่อนุญาโตตุลาการในคดี Walter Bau เกิดจากสนธิสัญญาคู่กรรมการลงทุนซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และตามหลักกฎหมายสนธิสัญญารัฐเท่านั้นที่เป็นคู่สัญญา แต่สัญญาสัมปทานที่เป็นมูลฐานแห่งคดีที่บริษัท Walter Bau ใช้เป็นฐานในการฟ้องร้องรัฐบาลไทยนั้นมีกรรมทางหลวง (เป็นองค์กรหนึ่งซึ่งเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายภายในของไทย) กับบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ฯ นิติบุคคลสัญชาติไทยเป็นคู่สัญญา โดยสัญญาสัมปทานก็มีข้อกำหนดอนุญาโตตุลาการเช่นกัน แต่ผู้เขียนยังค้นไม่พบว่าได้เคยใช้อุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาสัมปทานแก้ไขความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาสัมปทานหรือไม่

นอกจากนี้ ใน Article V. อันว่าด้วยเหตุแห่งการปฏิเสธของรัฐที่จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เช่น “(a) The Parties to the Agreement ...” ย่อมหมายถึง ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่บรรจบอยู่ในสัญญาหรือผูกติดกันมากับสัญญาหลัก (เช่น สัญญาสัมปทาน) โดยคู่สัญญาสองฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Walter Bau ของศาลนิวยอร์กก็ดี ศาลกรุงเบอร์ลินเยอรมัน ก็ดี คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสนธิสัญญาคู่กรรมการลงทุน ไม่ใช่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญาสัมปทานระหว่างกรรมทางหลวงกับบริษัท คอนเมืองโทลเวย์ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลแห่งมลรัฐ New York และศาลกรุงเบอร์ลิน (ซึ่งเป็น Domestic Court หรือศาลภายใน) รับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี Walter Bau ฟ้องรัฐบาลไทยมาดำเนินการบังคับคดีก็คงต้องยอมรับว่า ศาลภายในของประเทศที่คู่กรณียื่นคำขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาพาณิชย์หรือเกิดจากสนธิสัญญาที่มีรัฐเป็นคู่สนธิสัญญาก็ต้องใช้ New York Convention ในทุกกรณี ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าประเด็น New York Convention ไม่ใช่กฎหมายที่จะนำมาใช้กับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคู่กรรมการลงทุนไม่มีการหยิบยกขึ้นต่อสู้ในชั้นบังคับคดีที่ศาลนิวยอร์กหรือศาลกรุงเบอร์ลิน ซึ่งอาจจะเป็นเพราะฝ่ายผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่เป็นประเด็นก็ได้ และผู้เขียนยังไม่มีข้อมูลว่ามีการบังคับตามคำชี้ขาดในกรณีเช่นเดียวกันนี้ในศาลของรัฐต่าง ๆ บ้างหรือไม่

๑๔. คำพิพากษาศาลระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสัญชาตินิติบุคคล

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า บริษัท Barcelona Traction, Light and Power Company ได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายแคนาดา เมื่อ ค.ศ. ๑๙๑๑ เพื่อที่จะทำการพัฒนาระบบส่งกระแสไฟฟ้าในประเทศสเปน บริษัท Barcelona Traction ได้มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่โตรอนโต ประเทศแคนาดา ในการประกอบกิจการดังกล่าว บริษัท Barcelona Traction ได้มีสำนักงานสาขาอยู่ที่ประเทศสเปน ในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ บริษัท Barcelona Traction ได้ล้มละลายและได้ถูกประกาศยึดทรัพย์ ประเทศแคนาดาจึงเข้ามาเจรจาเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ในระยะเริ่มต้น และต่อมาในภายหลังก็ได้ถอนตัวออกไม่ยุ่งเกี่ยว ประเทศเบลเยียมพยายามที่จะใช้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) ต่อคนชาติของตนในฐานะผู้ถือหุ้นในบริษัทนี้ ซึ่งมีคนเบลเยียมถือหุ้นอยู่ถึง ๘๘% ศาลได้มีคำพิพากษาว่าเบลเยียมไม่สามารถที่จะใช้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นชาวเบลเยียมได้ โดยศาลให้ถือหลักว่านิติบุคคลย่อมมีสภาพบุคคลแตกต่างไปจากบุคคลธรรมดาการที่คนชาติเบลเยียมเป็นผู้เสียหายเนื่องมาจากบริษัท Barcelona Traction ซึ่งเป็นบริษัทแคนาดาถูกยึดทรัพย์ไม่เป็นเหตุให้ประเทศเบลเยียมสามารถใช้ความคุ้มครองทางการทูตได้ เพราะบริษัท Barcelona Traction มีสัญชาติแคนาดา เมื่อบริษัท Barcelona Traction มีสัญชาติแคนาดาก็ไม่เข้าองค์ประกอบในเรื่องการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เพราะรัฐที่จะใช้ความคุ้มครองทางการทูตได้นั้นจะใช้สิทธินี้ต่อคนชาติซึ่งมีสัญชาติของตนเท่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างจึงถือว่าเบลเยียมไม่มีสิทธิทางกฎหมายหรือความเกี่ยวพันทางกฎหมาย (jus Standi) เหนือคดีนี้

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเหตุผลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงใคร่ขอเสนอถึงข้อต่อสู้ของประเทศเบลเยียมและเหตุผลที่ศาลใช้กล่าวอ้างในการตัดสินคดี

รัฐบาลเบลเยียมพยายามที่จะใช้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมในบริษัท Barcelona Traction โดยให้เหตุผลว่าผู้ถือหุ้นชาวเบลเยียมได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่สเปน ผู้ถือหุ้นสมควรที่จะมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างความเสียหายนี้ซึ่งเป็นผลจากความเสียหายของบริษัทได้ เบลเยียมไม่ได้ให้เหตุผลต่อไปว่ามันเป็นไปได้ที่จะปฏิเสธสิทธิของรัฐที่จะใช้ความคุ้มครองทางการทูตแต่เพียงเหตุผลที่ว่ารัฐอื่นได้ใช้สิทธิเพื่อคุ้มครองบริษัทแล้ว รัฐบาลเบลเยียมได้เน้นว่าไม่มีกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศที่ปฏิเสธสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จะแสวงหาหนทางแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐอื่นต่อบริษัทซึ่งคนชาติของตนเป็นผู้ถือหุ้น

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้เหตุผลในประเด็นที่ว่าเบลเยียมไม่มีสิทธิที่จะใช้ Diplomatic Protection เพราะขาดความเกี่ยวพันทางกฎหมาย (jus Standi) ศาลได้วางหลักที่จะใช้วินิจฉัยคดีเอาไว้ว่า เมื่อรัฐรับเอาคนต่างชาติเข้ามาลงทุนในดินแดนของตน รัฐย่อมผูกพันที่จะให้

ความคุ้มครองแก่บุคคลเหล่านั้นตามกฎหมายและมีหน้าที่ที่จะให้ผลปฏิบัติที่ดีต่อบุคคลเหล่านั้น แต่ถ้ามหาความบกพร่องในหน้าที่ที่จะให้ผลปฏิบัติที่ดีต่อนักลงทุน รัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติก็มี สิทธิที่จะเข้าคุ้มครองคนชาติของตน

ในการให้ความคุ้มครองทางการทูตในเรื่องของผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ ศาลได้อาศัยหลักกฎหมายภายในทั่วไปที่ว่า บริษัทยังมีสภาพบุคคลแตกต่างจากผู้ถือหุ้น แม้การกระทำผิดจะมีขึ้นต่อบริษัทและส่งผลกระทบไปยังผู้ถือหุ้นก็ตาม นั่นไม่ได้หมายความว่าบริษัทและผู้ถือหุ้นจะเรียกค่าเสียหายได้ ศาลได้นำเอาหลักกฎหมายภายในที่เป็นที่ยอมรับโดยนานประเทศว่า หากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ถือหุ้นเป็นสิทธิของบริษัทที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งกลายเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าลำพังแต่รัฐเจ้าของสัญชาติบริษัทเท่านั้นที่สามารถใช้สิทธิในการคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทนี้ได้ไม่มีข้อความใดในกฎหมายระหว่างประเทศที่อนุญาตให้สิทธิแก่รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นที่จะใช้การคุ้มครองทางการทูต

แต่ถึงกระนั้นหลักการดังกล่าวข้างต้นอาจมีข้อยกเว้นเมื่อมีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้นเหตุการณ์พิเศษที่ว่ามีอยู่ ๒ ลักษณะคือ ก.) บริษัทหยุดกระทำการและขาดความเป็นตัวตนที่มีอยู่และ ข.) รัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทขาดความสามารถที่จะดำเนินการกระทำการเรียกร้องศาลได้ พิจารณาว่าในคดี Barcelona Traction ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าบริษัทดังกล่าวหยุดดำเนินการและขาดความสามารถที่จะดำเนินการต่อ ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่บริษัทนี้ได้ก่อตั้งขึ้นมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่และมีการจัดการประชุมผู้ถือหุ้นและกรรมการบริหารบริษัทในประเทศนี้ รัฐบาลแคนาดาเองก็เคยใช้อำนาจรัฐเพื่อที่จะคุ้มครองบริษัท Barcelona Traction อยู่หลายปี การที่รัฐบาลแคนาดาหยุดการเจรจาคุ้มครองบริษัทนี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐบาลแคนาดาไม่มีความสามารถที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้ เหตุที่รัฐบาลแคนาดาหยุดการกระทำไม่ได้เป็นเหตุผลที่จะกล่าวอ้างให้รัฐอื่นมาใช้ความคุ้มครองทางการทูตต่อบริษัทนี้ได้ ศาลให้เหตุผลต่อไปอีกว่าเพื่อความมาชอบธรรมและความสมเหตุสมผล รัฐสามารถใช้ความคุ้มครองต่อคนชาติของตนที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท หากศาลยอมรับให้มีหลักการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความวุ่นวายสับสนและความไม่มั่นคงในความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากหุ้นในบริษัทสามารถเปลี่ยนมือได้ หากอนุญาตให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถือหุ้นเข้ามาใช้ความคุ้มครองทางการทูตต่อผู้ถือหุ้นในบริษัทได้ก็จะเปิดโอกาสให้หลาย ๆ รัฐเข้ามาใช้สิทธินี้จนจะทำให้เกิดความยุ่งเหยิงต่าง ๆ