

**การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน :
ผลกระทบต่อการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของ
การกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย**

**Settlement of Disputes under Investment Protection Treaties :
Its Impacts on Challenges against Illegality of
Administrative Acts under Thai Laws**

เอกสิทธิ์ จันตะมา¹
Eakasit Jantama

บทคัดย่อ

การลงทุนระหว่างประเทศถือเป็นแหล่งเงินทุนที่สำคัญและช่วยทำให้เกิดการโอนย้ายความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งและช่วยเสริมสร้างการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาได้อย่างดี แต่การลงทุนระหว่างประเทศเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูงและจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองและปฏิบัติต่อนักลงทุนระหว่างประเทศโดยผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุน (คู่ภาคีแห่งสนธิสัญญา) กับนักลงทุนระหว่างประเทศ อันเป็นกระบวนการที่ให้นักลงทุนสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ในกรณีที่นักลงทุนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน (หน่วยงานทางปกครองของรัฐ) แต่ในขณะเดียวกัน กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนก็ได้กำหนดกระบวนการในการโต้แย้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองไว้เช่นเดียวกัน บทความนี้จึงพยายามที่จะชี้ให้เห็นถึงผลกระทบและประเด็นปัญหาในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้สร้างกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติขึ้นมาทับซ้อนกับกระบวนการดำเนินคดีพิพาทคดีปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายภายในของไทยในฐานะที่เป็นรัฐผู้รับการลงทุน

คำสำคัญ : การลงทุนระหว่างประเทศ, สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน, การระงับข้อพิพาท, คดีพิพาททางปกครอง

¹ Eakasit JUNTAMA. น.บ. (ม.ธ. เกียรตินิยมอันดับสอง), D.E.A. (Droit public économique, Université Paris 13), Master 2 (Droit public, Université Paris 13)



Abstract

International investments are generally recognized as an important source of financing and of transfer of technology and know-how between countries. These economic activities have a great contribution to economic development of developing countries. However, investments in foreign countries are economic operations of high risk that require protection. Investment Protection treaties (bilateral or multilateral) are created to establish a minimum standard of protection and treatment of international investments by providing, inter alias, a dispute resolution mechanism for settlement of dispute between an investor and a host state (as a Party to a Treaty). According to this mechanism, international investors, when suffering damage caused by any actions of the host-State may submit a dispute relating to investment to international arbitrator, as an alternative dispute resolution. However, at the same time, generally, the laws of the host-state also prescribe the proceeding for challenging the same unlawful acts of administration. This article attempts to describe the impacts and legal problems arising from this double mechanism, and particularly its impacts to the administrative court proceedings under existing legislations of Thailand, as host-State.

Keywords : International Investments, Investment Agreement, Dispute Settlement, Administrative Disputes

การลงทุนจากต่างประเทศเป็นแหล่งเพิ่มพูนรายได้และเป็นตัวขับเคลื่อนการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งกำลังต้องการเงินทุนมาใช้ในการพัฒนาประเทศ เพราะนอกจากเงินทุนภายนอกเหล่านั้นจะเข้ามาเพิ่มเติมแหล่งเงินทุนหมุนเวียนภายในประเทศแล้ว การลงทุนจากต่างชาติยังช่วยให้เกิดการพัฒนาทางด้านอื่นๆ เช่น การพัฒนากระบวนการผลิตที่เกิดจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ๆ การพัฒนาด้านการจัดการ หรือการแลกเปลี่ยนทางวัฒนธรรม เป็นต้น

ประเทศกำลังพัฒนาหลายๆ ประเทศจึงได้พยายามสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนต่างชาติ เพื่อให้บุคคลเหล่านี้เข้ามาประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในอาณาเขตของตน การสร้างหลักกฎหมายที่มีความแน่นอนก็เป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์นี้ แต่ในภาวะที่ยังไม่มีระบบหรือหลักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เป็นการทั่วไป รัฐต่างๆ จึงได้จัดทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (Investment Protection Treaty หรือ Investment Protection Agreement)² ขึ้นมา เพื่อใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐภาคี โดยมีวัตถุประสงค์

² ในบทความนี้จะอาจเรียกว่า “สนธิสัญญา” หรือ “ความตกลง” ก็ได้ ในปัจจุบันนี้ ได้มีการจัดทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยรัฐต่างๆ ทั่วโลกแล้ว เป็นจำนวนมากกว่า 3,000 ฉบับ สามารถที่จะสืบค้นสนธิสัญญาได้จากฐานข้อมูลขององค์การการประชุมสหประชาชาติด้วยการค้าและการพัฒนาหรือ UNCTAD, สืบค้นเมื่อ 7 กรกฎาคม 2555, จาก www.unctadxi.org/templates/docsearch___779.Asp

ประเทศไทยได้ลงนามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (ทวิภาคี) นับแต่อดีตเป็นต้นมาเป็นจำนวนมากกว่า 40 ฉบับ โดยเรียกสนธิสัญญาประเภทนี้ว่า “ความตกลงระหว่างประเทศไทยและรัฐบาล (ชื่อรัฐบาลของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง) ว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน...” ซึ่งการเรียกสนธิสัญญาประเภทนี้เป็น “ความตกลง” นั้น เป็นการแปลความจากคำศัพท์ภาษาอังกฤษ “Agreement” อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็น “ความตกลง (Agreement)” หรือ “สนธิสัญญา (Treaty)” ก็ไม่ได้ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในผลทางกฎหมายที่มีต่อรัฐภาคีแต่อย่างใด เพราะการเรียกชื่อที่แตกต่างกันเป็นแต่เพียงผลของกระบวนการในการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศที่อาจมีความแตกต่างกันเท่านั้น แต่สาระสำคัญหรือผลในทางกฎหมายของข้อตกลงทั้งสองอย่าง ไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่ประการใด หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ความตกลงระหว่างประเทศก็คือสนธิสัญญาประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน (โปรดดู จุมพต สายสุนทร, (2554), **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 106-103 ; ประสิทธิ์ เอกบุตร, (2523). **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 355 ดังนั้น ในที่นี้ เมื่อพูดถึงสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน ย่อมหมายถึงข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศทุกประเภท ซึ่งอาจเป็นสนธิสัญญาหรือความตกลงที่ทำขึ้นโดยรัฐ 2 รัฐ (สนธิสัญญาทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนหรือ Bilateral Investment Treaty) หรือโดยหลายรัฐ (สนธิสัญญาพหุภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุนหรือ Multilateral Investment Treaty) นอกจากนี้ยังหมายถึงข้อตกลงทางเศรษฐกิจที่ได้ผนวกเอาข้อตกลงเกี่ยวกับการการลงทุนระหว่างรัฐภาคีไว้เป็นส่วนหนึ่งของความตกลง FTA ด้วย เช่น ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า (Free Trade Agreement หรือ FTA) หรือความตกลงเพื่อการเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ (Agreement for an Economic partnership) โดยสามารถสืบค้นสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยลงนามได้จากเว็บไซต์ของกระทรวงการต่างประเทศได้, สืบค้นเมื่อ 12 สิงหาคม 2555, จาก <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation/134/15602-ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีผล>



หลักคือการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนต่างชาติและแสดงให้เห็นว่ารัฐมีหลักกฎหมายที่แน่นอนที่คุ้มครองสิทธิของนักลงทุนเหล่านั้น³

การเข้าไปลงทุนในอาณาเขตของรัฐอื่นเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูงและต้องใช้ทุนเริ่มต้นเป็นจำนวนมาก นักลงทุนระหว่างประเทศจึงพยายามหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศที่มี

³ เกี่ยวกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ โปรดดูเพิ่มเติมได้จากตำราและบทความภาษาต่างประเทศที่สำคัญ CARREAU D., JUILLARD P., (2010), *Droit international économique*, 4^{ème} éd., (Paris :Dalloz), XI-770 ; DINH N.Q., DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., (2009). *Droit international public*, 8^{ème} éd., (Paris :L.G.D.J.), 1722 ; SORNARAJAH M., (2004), *The international law on foreign investment*, 2nd ed., (Cambridge : Cambridge University Press), 525 p ; MUCHINSKI P., (1997), *Multinational Enterprises and the Law*, (London :Blackwell Publisher) ; WALES Th., (1996), *The Energy Treaty*, (London :Kluwer International Publishing) ; GUILLARD E., (October 2005), "Treaty Based Jurisdiction : Broad Dispute Resolution Clause," *N.Y.L.J.*, 3 et s. บทความเกี่ยวกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในวารสารกฎหมาย Recueil des Cours de droit international de la Haye (RCADI) ตีพิมพ์โดยสถาบัน The Hague Academy of International Law ประเทศเนเธอร์แลนด์ (Netherlands) : NWOJUGU E.I. (1976), "Legal Problem of Foreign Investments," *tome* 153 (1976-V), 167-262 ; HIGGINS R. (1982), "The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law", *tome* 176 (1982-III), 259-391 ; ADEDE A.O. (1983), "Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries," *tome* 180 (1983-III), 9-168 ; LALIVE J.-F. (1983), « Contrats entre Etats ou entreprise étatiques et personnes privées. Développements récents », *tome* 181 (1983-III), 9-284 ; SHIHATA I.F.I. (1987), "The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment," *tome* 203 (1987-III), 95-230 ; EI CHIATI E.Z. (1987), "Production of Investment in the Field of Petroleum Agreements," *tome* 204 (1987-IV), 9-170 ; ORLOV L.N. (1990), "Soviet Joint Enterprises with Capitalist Firms and Other Joint Ventures between East and West," *tome* 221 (1990-II), 371-414 ; CARPENTER R.H. (1990), "Soviet Joint Enterprises with Capitalist Firms and Other Joint Ventures between East and West : the Western Point of view," *tome* 221 (1990-III), 365-422 ;

ตำราและบทความภาษาไทย เช่น ประยูร กาญจนดุล, (2423), *กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน*, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) ; พิธินัย ไชยแสงสุขกุล, (2530), *กฎหมายการลงทุน*, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ; โกศล ฉันทิกุล, (2531), *กระบวนวิชากฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน*, (กรุงเทพฯ : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์ การศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง) ; จุมพต สายสุนทร, (2554), *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 และเล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน) ; จิตติ ดิงศภัทย์, จรัส ภักดีธนากุลและกรรองเกียรติ คมสัน (พฤษภาคม-มิถุนายน 2530), "ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," *ตุลพาท* เล่ม 3 ปี 34, 4-8 ; วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, (2539), "ความเป็นมาและภาพรวมของ ICSID," *ตุลพาท*, เล่ม 1 ปี 43, 23-32 ; ฉันทชาย โรจนสโรช, (2552), "รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ," *วารสารอนุญาโตตุลาการ* ปีที่ 4 ประจำปี, 87-97 ; มานิตย์ วงศ์เสรี, (2545). (กันยายน-ธันวาคม), "อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย (คำบรรยาย)," *วารสารวิชาการศาลปกครอง* ปีที่ 2 ฉบับที่ 3, 109-128 ; อนันต์ จันทร์โอภากร, (2552), "บทบาทของอนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาททางสัญญาที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับการให้สินบนหรือการทุจริตประทุติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ," *วารสารอนุญาโตตุลาการ* ปีที่ 4, 6-16 ; สำนักวิจัยข้อพิพาทสำนักงานศาลยุติธรรม. (2551). "ปัญหาการใช้กระบวนอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างภาครัฐและเอกชน," *วารสารอนุญาโตตุลาการ* ปีที่ 3, 155-184 ; อนันต์ จันทร์โอภากร, (2552), "พัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย : ก้าวต่อไปที่ต้องเดิน," *วารสารอนุญาโตตุลาการ* ปีที่ 4, 61-69.

ความเสี่ยง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงทางการเมือง⁴ ที่ไม่อาจจะคาดหมายได้ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่อาจสร้างความเสียหายต่อการลงทุนอย่างร้ายแรง อาจยกตัวอย่างที่ทำให้เห็นถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นตามเหตุการณ์ทางการเมืองหลายๆ เหตุการณ์ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น การปฏิวัติรัฐประหารเพื่อเปลี่ยนแปลงทางการเมือง การชุมนุมเรียกร้องทางการเมือง (การประท้วง ทำลายทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติที่เกิดจากแนวคิดต่อต้านคนต่างชาติ) การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อยึดทรัพย์สินของคนต่างชาติ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้นักลงทุนระหว่างประเทศจะได้ประเมินความเสี่ยงก่อนเข้าไปลงทุนแล้ว ก็ยังไม่มีสิ่งใดยืนยันหรือรับรองต่อนักลงทุนได้ว่าเหตุการณ์อันเป็นเหตุให้เกิดความเสี่ยงดังกล่าวจะเกิดไม่เกิดขึ้น นอกจากนี้ ระหว่างที่ทำการลงทุนอยู่นั้น นักลงทุนอาจจะมีข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนในเรื่องต่างๆ สิ่งต่างๆ เหล่านี้ล้วนส่งผลกระทบต่อการลงทุน ในบางกรณี นักลงทุนอาจได้รับผลกระทบจนถึงขั้นที่ไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้หรือจำต้องละทิ้งการลงทุนและออกไปจากดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุนเสีย การมีหลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนระหว่างประเทศต่อความเสี่ยงเหล่านี้ทำให้นักลงทุนมีความมั่นใจและไม่ลังเลที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศด้อยพัฒนาอันจะส่งผลทำให้เกิดการไหลเวียนของกระแสการลงทุนข้ามชาติมากยิ่งขึ้นซึ่งจะส่งผลดีต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในระดับระหว่างประเทศโดยรวมด้วย

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนย่อมต้องการที่จะให้ข้อพิพาทนั้นระงับลงไปโดยเร็ว แต่การแสวงหาข้อยุติหรือหาทางเยียวยาความเสียหายโดยผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทภายในของรัฐผู้รับการลงทุนหรือโดยองค์กรของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน อาจทำให้เกิดข้อสงสัยหรือข้อกังขาได้ว่า นักลงทุนจะได้รับการเยียวยาอย่างเป็นธรรมและเป็นกลางหรือไม่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาจากข้อกังวلدังกล่าวและเพื่อเป็นหลักประกันว่านักลงทุนต่างชาติผู้เข้าไปลงทุนในดินแดนของรัฐอื่น จะได้รับความเป็นธรรมอย่างแท้จริง สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจึงได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติภายใต้สนธิสัญญาขึ้นมา โดยมีมุ่งหมายให้เป็นกระบวนการที่มีความเป็นกลาง ปราศจากการแทรกแซงใดๆ จากรัฐผู้รับการลงทุน และเพื่อรับรองว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างด้าวนั้นจะได้รับการพิจารณาชี้ขาดโดยองค์กรที่มีความเป็นกลางและให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียม

⁴ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เล่ม 2, 237 ; หลักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมุ่งหมายที่จะคุ้มครองนักลงทุนระหว่างประเทศจากความเสี่ยงภัยทางการเมือง (Political Risks) ซึ่งเป็นความเสี่ยงที่ไม่ได้เกิดจากการดำเนินกิจการตามปกติของนักลงทุนแต่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรือแม้แต่อำนาจตุลาการ และการกระทำเหล่านั้นส่งผลหรือทำให้ภาวะการณ์หรือสภาพของลงทุนเปลี่ยนแปลงไปหรือทำให้การลงทุนนั้นสูญสิ้นไป

แม้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะเป็นกระบวนการที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ แต่การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติไว้เป็นเอกเทศและอยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายภายในของรัฐเช่นนี้ ได้ส่งผลกระทบต่อความยั่งยืนต่อระบบกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกระบวนการได้แก่ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ (ตามหลักกฎหมายปกครอง) เพราะเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าข้อพิพาท (ที่เกี่ยวกับการลงทุน) ระหว่างรัฐกับนักลงทุนระหว่างประเทศจะมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางปกครองเกือบแทบทั้งสิ้น โดยอาจจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติหรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกกฎหมายเวนคืนทรัพย์สินนักลงทุน (การออกกฎ) หรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการต่ออายุใบอนุญาตต่างๆ (การออกคำสั่งทางปกครอง) เช่น ใบอนุญาตสัมปทานเหมืองแร่ (ใบประทานบัตร) เป็นต้น การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ทับซ้อนกันเช่นนี้ ย่อมต้องมีผลกระทบต่ออันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

บทความนี้จึงมุ่งที่จะนำเสนอ ในส่วนแรก ความเบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้สร้างขึ้น เพื่อเป็นการสร้างความเข้าใจขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว (1) และในอีกส่วนหนึ่ง มุ่งที่จะชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อกระบวนการตามกฎหมายภายในของรัฐ (กฎหมายปกครอง) ที่มีอยู่สำหรับการได้แก่ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง) ผู้รับการลงทุนนั่นเอง (2) ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมายที่ยังไม่ได้มีการกล่าวถึงกันมากนัก

1. วิธีการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญา (ความตกลง) คุ้มครองการลงทุน

การระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีหลักการที่สำคัญคือการแยกกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีออกจากกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีผู้รับการลงทุนและนักลงทุนผู้มีสัญชาติของรัฐคู่ภาคี เพราะกระบวนการทั้งสองประการมีความแตกต่างกันตามสถานะของคู่กรณีแห่งข้อพิพาทแต่ละกรณี กระบวนการแรกเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีผู้มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (แผนกคดีเมือง) ด้วยกันทั้งสองฝ่าย (ก) ส่วนอีกกระบวนการหนึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงระหว่างรัฐและบุคคลธรรมดาผู้ซึ่งไม่มีสถานะใดๆ ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ (ข)

ก. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคี (Inter-State Dispute Settlements)

สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญา การปรับใช้สนธิสัญญา หรือการตีความข้อกำหนดของสนธิสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ โดยมุ่งที่จะมิให้ข้อพิพาททางกฎหมายดังกล่าวกลายเป็นความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างรัฐภาคี⁵ อันเป็นการสร้างสภาวะที่ดีต่อกระแสการลงทุนระหว่างรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย

สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนทุกฉบับจะกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีไว้เสมอ อย่างไรก็ตาม ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า (Free Trade Agreement หรือ FTA) บางฉบับ⁶ ที่ได้นำเอาข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมาผนวกเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นหมวดหนึ่งของความตกลง FTA นั้น จะมีกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีที่แตกต่างจากรูปแบบที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยทั่วไป⁷ ถึงกระนั้นก็ตาม การนำข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมาผนวกไว้ในความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าและกำหนดให้นำข้อตกลงดังกล่าวไปบังคับใช้แทนสนธิสัญญาทวิภาคีคุ้มครองการลงทุนนั้น เป็นเพียง

⁵ SACERDOTI G., (1997), "Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection," RCADI, Tome 269, 251-460

⁶ ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า (FTA) โดยแท้จริงแล้ว มีกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีที่ไม่แตกต่างจากกระบวนการของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมากนัก โดยจะกำหนดให้คู่ภาคีต้องทำการปรึกษาหารือหรือเจรจากันเพื่อหาข้อยุติเสียก่อน โดยส่วนใหญ่ ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าจะกำหนดให้รัฐภาคีจัดตั้งคณะกรรมการการเปิดเสรีทางการค้า (Free Trade Commission) ซึ่งจะเป็นคณะกรรมการชุดแรกที่จะเข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคี คู่ภาคีต้องทำคำร้องถึงคณะกรรมการดังกล่าวให้เข้ามาระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือ และหากไม่สามารถที่จะหาข้อยุติได้อีกภายในระยะเวลาที่กำหนดคู่ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยคณะบุคคลเพื่อการระงับข้อพิพาท (Panel) ภายหลังจากที่คณะบุคคลดังกล่าวได้พิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ และอาจขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญแล้ว ก็จะจัดทำรายงานเบื้องต้น (Initial Report) ขึ้นมาฉบับหนึ่งเพื่อแสดงข้อเท็จจริงข้อกฎหมาย และชี้ให้เห็นว่าการกระทำของรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งที่เป็นประเด็นพิพาทขัดแย้งกับความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าหรือไม่ อย่างไร คู่ภาคีอาจจะได้แจ้งรายงานดังกล่าว โดยทำหนังสือวิจารณ์ให้กับคณะบุคคลนั้น คณะบุคคลก็จะจัดทำรายงานขึ้นมาอีกฉบับหนึ่ง (Final Report) เพื่อชี้แจงในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และให้คำแนะนำแก่คู่ภาคีปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อตกลงที่มีต่อกัน

⁷ ตัวอย่างเช่น ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างสิงคโปร์และสหรัฐอเมริกา (USSFTA 2003) ได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีไว้ในบท 20 (Chapter 20) ของความตกลงฉบับนี้ (ข้อตกลงนี้ได้รวมเอาข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง FTA ด้วย โดยได้กำหนดให้นำไปใช้แทนสนธิสัญญาทวิภาคีคุ้มครองการลงทุนฉบับเดิมที่ทั้งสองฝ่ายได้ทำไว้ก่อนหน้านี้), จาก http://www.fta.gov.sg/ussfta/chapter_20_us.pdf หรือข้อตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างสิงคโปร์และเปรู (PESFTA 2008) บท 17 (Chapter 17 : Dispute Settlement), สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2555, จาก http://www.fta.gov.sg/PeSFTA/17_dispute_settlement_final_2008_05_26.pdf.

แนวปฏิบัติของบางรัฐเท่านั้น⁸ บทความฉบับนี้จึงจะไม่กล่าวถึงรายละเอียดของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีภายใต้ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า แต่จะพิจารณาเฉพาะการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีตามสนธิสัญญาทวิภาคีคุ้มครองการลงทุน ซึ่งถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดที่จะถูกนำมาปรับใช้กับการลงทุนระหว่างประเทศโดยตรง และเป็นที่แพร่หลายมากที่สุดในขณะนี้เท่านั้น

กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีของความตกลงเพื่อการคุ้มครองการลงทุนจะเป็นไปตามลำดับขั้น กล่าวคือ คู่กรณีแห่งข้อพิพาทต้องทำการหาข้อยุติข้อพิพาทร่วมกันเสียก่อน การระงับข้อพิพาทระหว่างกันเช่นนี้ ในบางครั้งเรียกว่าเป็นการระงับข้อพิพาทแบบฉันท์มิตร ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปคือเป็นการใช้วิธีการทางการทูตเพื่อแสวงหาข้อยุติระหว่างกันโดยผ่านการเจรจาต่อรองหรือปรึกษาหารือระหว่างกัน และต่อเมื่อการใช้วิธีการทางการทูตไม่สามารถที่จะหาข้อยุติให้กับข้อพิพาทได้แล้วเท่านั้น คู่กรณีแห่งข้อพิพาทจึงสามารถที่จะเสนอข้อพิพาทให้กับองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้ได้

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางการทูต (Dispute Settlements by Diplomatic Solutions)

จากการวิเคราะห์สนธิสัญญาทวิภาคีคุ้มครองการลงทุนหลายๆ ฉบับ จะพบได้ว่าวิธีการหลักในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีเกี่ยวกับการปรับใช้และการตีความสนธิสัญญาคือการเสนอข้อพิพาทให้นุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด แต่ก่อนที่จะเข้าสู่ขั้นตอนการระงับข้อพิพาทดังกล่าว สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดให้รัฐภาคีต้องใช้วิธีการต่างๆ เพื่อยุติข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือระหว่างกันหรือเจรจาร่วมกันอย่างฉันท์มิตรเสียก่อน ดังเช่น สนธิสัญญาระหว่างไทย-บัลแกเรีย (ลงนามเมื่อปี ค.ศ. 2003) ข้อ 8 (1) กำหนดไว้ว่า “ข้อพิพาทระหว่างภาคีคู่สัญญาเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับตามความตกลงนี้ให้ระงับโดยการเจรจาระหว่างภาคีคู่สัญญาเท่าที่เป็นไปได้”⁹

ดังนั้น การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในขั้นแรกจึงเป็นการระงับข้อพิพาทโดยผ่านวิธีการทางการทูต¹⁰ นอกจากนี้ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน

⁸ ความตกลงเพื่อความร่วมมือทางการค้าระหว่างสิงคโปร์-เปรู (2008) เป็นต้น

⁹ ความตกลงฉบับเดียวกันที่ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษใช้ถ้อยคำในความเดียวกันนี้ว่า “Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, if possible, be settle through consultation or negotiation”

¹⁰ นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศได้แบ่งระดับของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางการทูตออกเป็นหลายระดับชั้นด้วยกัน คือการเจรจา (Negotiation) และการไกล่เกลี่ย (Conciliation) สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่จะกำหนด

แต่ละฉบับจะกำหนดช่วงระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าวไว้ โดยปกติแล้ว ระยะเวลาในการเจรจาต่อรองดังกล่าวจะแตกต่างกันออกไป โดยส่วนใหญ่ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดให้คู่ภาคีทำการเจรจาต่อรอง ปรีกษาร่วมกันเพื่อระงับข้อพิพาทภายในระยะเวลา 6 เดือน¹¹ หรือบางกรณีก็ไม่มีกำหนดระยะเวลาสำหรับการนี้ไว้เลย¹² ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการตกลงของรัฐคู่ภาคีในความตกลงแต่ละฉบับ

การหารือร่วมกันนี้คือการที่รัฐบาลผู้ร่วมลงนามของรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการปรึกษาหารือ โดยอาจจะเริ่มจากการติดต่อกันด้วยทางเอกสารและการพบปะพูดคุยกันระหว่างตัวแทนของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย เพื่อสร้างความเข้าใจระหว่างกันและแสวงหาวิธีการในการปฏิบัติตามพันธะสัญญาที่มีต่อกันโดยวิธีการที่เป็นที่พึงพอใจของภาคีทั้งสองฝ่าย สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนฉบับได้กำหนดอย่างจัดแจ้งให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องทำการปรึกษาหารือร่วมกันเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้หรือตีความสนธิสัญญา แม้จะยังไม่ถึงขั้นที่เกิดข้อพิพาทขึ้นก็ตาม¹³

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยอนุญาโตตุลาการ (Inter-State Arbitrations)

หากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทางการทูตไม่สามารถที่จะยุติข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีได้ ภายในเวลาที่กำหนดหรือคู่ภาคีเห็นว่าไม่อาจจะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการนี้ได้ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้กำหนดวิธีการในการระงับข้อพิพาทขึ้นมามากขึ้นหนึ่ง โดยให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเข้ามาเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น

สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเกือบทุกฉบับจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ถูกตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐนี้ เป็นอนุญาโตตุลาการเฉพาะเรื่องหรืออนุญาโตตุลาการเฉพาะคราว (*ad hoc*) เสมอ¹⁴

ความตกลงคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับจะกำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีนี้โดยละเอียด ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ให้ภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแจ้งความประสงค์ที่จะแต่งตั้ง

ให้ใช้การเจรจาแต่เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการเห็นว่า การระงับข้อพิพาทดังกล่าวก็อาจใช้การไกล่เกลี่ยก็ได้ โปรดดู QUOC DHIN N., PELLET A. et autres, (2008), *Droit International Public*, (Paris :L.G.D.J.), 8^{ème} éd., 818 ; PAZARTZIS Ph., (2005), *Les engagements internationaux en matière de pacifique des différends entre Etats*, (Paris :L.G.D.J.), 349 ; SANTULLI C., (2005), *Droit du Contentieux international*, (Paris : Montchestien), XI-582 ; จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*, เรื่องเดียวกัน, 425-434.

¹¹ เช่น สนธิสัญญาไทย-บัลแกเรีย (2003) สนธิสัญญาไทย-บังกลาเทศ (2002) สนธิสัญญาไทย-อินเดีย (2000) สนธิสัญญาไทย-เปรู (1991)

¹² เช่น สนธิสัญญาไทย-รัสเซีย (2002) ข้อ 10 สนธิสัญญาไทย-แคนาดา (1997) ข้อ 15

¹³ เช่น สนธิสัญญาไทย-บัลแกเรีย (2003) ข้อ 10 สนธิสัญญาไทย-บังกลาเทศ (2002) ข้อ 8 สนธิสัญญาไทย-อังกฤษ (1991) ข้อ 9 สนธิสัญญาไทย-ศรีลังกา (1996) ข้อ 13

¹⁴ SACERDOTI G., *op.cit.*

อนุญาโตตุลาการให้แก่คู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อที่แต่ละฝ่ายจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นภายในระยะเวลาที่ความตกลงได้กำหนดไว้¹⁵ อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นจะประกอบไปด้วยอนุญาโตตุลาการที่เมืองค์คณะเป็นจำนวนเลขคี่เสมอ รัฐภาคีแต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตนและอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งมาทั้งสองคนนั้นก็ทำการคัดเลือกอนุญาโตตุลาการขึ้นมามีอีกคนหนึ่งเข้ามาร่วมเป็นคณะอนุญาโตตุลาการโดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐภาคี¹⁶ และอนุญาโตตุลาการผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาในภายหลังนี้จะทำหน้าที่เป็นประธานของคณะอนุญาโตตุลาการ¹⁷

กรณีที่มีเหตุขัดข้องไม่สามารถที่จะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ครบองค์คณะได้ซึ่งอาจเกิดได้จากหลายสาเหตุด้วยกัน เช่น คู่ภาคีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนหรือไม่ดำเนินการแต่งตั้งภายในเวลาที่กำหนด เช่นนี้ คู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้บุคคลอื่นเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ แทนการแต่งตั้งจากคู่ภาคีฝ่ายที่บกพร่องต่อหน้าที่นั้น โดยอาจจะร้องขอให้ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประธานหอการค้าระหว่างประเทศ เลขาธิการศาลอนุญาโตตุลาการถาวร หรือให้เลขาธิการแห่งสหประชาชาติ คนใดคนหนึ่งเป็นผู้แต่งตั้งก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดของความตกลงคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับที่จะระบุตัวบุคคลผู้จะเข้ามาทำ

¹⁵ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน โดยส่วนใหญ่ จะกำหนดให้คู่ภาคีต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่ได้รับความประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาท เช่น สนธิสัญญาไทย-รัสเซีย (2002) ข้อ 10 (3) สนธิสัญญาเวียดนาม-สหราชอาณาจักร (2002) ข้อ 9 (3) สนธิสัญญาไทย-แคนาดา (1997) ข้อ 15 (3)

¹⁶ ความตกลงบางฉบับได้กำหนดให้รัฐคู่ภาคี (โดยรัฐบาลของรัฐนั้น) เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่ประธานขององค์คณะ เช่น สนธิสัญญาไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 9 (3) ได้กำหนดไว้ว่า “Such arbitral tribunal shall be constituted ad hoc as follows : each Contracting Party shall appoint one member, and these two members shall agree upon a national of a third State as their chairman to be appointed by the governments of the two Contracting Parties. (...)” (เน้นโดยผู้เขียน)

¹⁷ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-อินเดีย (2000) ข้อ 10 (3) ได้กำหนดไว้ว่า “คณะอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้น ให้จัดตั้งขึ้นสำหรับแต่ละกรณีในลักษณะดังต่อไปนี้ ภายในสองเดือนของการได้รับคำร้องขอให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการให้ภาคีคู่สัญญาแต่ละฝ่ายแต่งตั้งสมาชิกคนหนึ่งของคณะอนุญาโตตุลาการ แล้วให้สมาชิกทั้งสองนี้เลือกคนชาติของรัฐที่สามซึ่งเมื่อได้รับความเห็นชอบจากภาคีคู่สัญญาทั้งสองแล้วจะได้รับแต่งตั้งให้เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ประธานฯ จะได้รับการแต่งตั้งภายในสองเดือนนับแต่วันที่ได้มีการแต่งตั้งสมาชิกสองคนแรก” หรือ สนธิสัญญาไทย-อาเจนตินา (2000) ข้อ 10 (3) ที่ได้กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันว่า “Such an arbitral shall be constituted of each individual case as follows:

- (a) Each Contracting Party shall appoint one member, and these two members shall the select a national of a third State who on approval by the two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal;
- (b) the said members shall be appointed within three months, and the Chairman within for months, form the date on which either Contracting Party shall have informed the other Contracting Party that it proposes to submit the dispute to an arbitral tribunal.

หน้าที่ดังกล่าวซึ่งอาจแตกต่างกันออกไป¹⁸

สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดกระบวนการและกฎเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ รัฐภาคีจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการฝ่ายของตน ส่วนค่าใช้จ่ายของประธานคณะอนุญาโตตุลาการและค่าใช้จ่ายอื่นๆ คู่ภาคีสนธิสัญญาจะร่วมกันรับผิดชอบในจำนวนที่เท่าๆ กัน เว้นเสียแต่ว่าคู่กรณีจะทำการตกลงกันเป็นอย่างอื่น

อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง แต่สำหรับการลงมติเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น สนธิสัญญาคุ้มครองมักจะกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการทำการลงมติโดยเสียงข้างมาก และเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดออกมาแล้ว คู่ภาคีแห่งข้อพิพาทก็จำต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยนั้น¹⁹

จึงจะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการปรับใช้หรือการตีความข้อกำหนดของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนั้น จะเกี่ยวข้องเฉพาะรัฐภาคีหรือเป็นเรื่องระหว่างรัฐเท่านั้น นักลงทุนระหว่างประเทศจะไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการนี้เลย กระบวนการนี้จึงเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองโดยแท้ (ข้อพิพาททางกฎหมายในเรื่องสนธิสัญญาระหว่างรัฐ)²⁰ อย่างไรก็ตาม กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการนี้เกิดขึ้นได้น้อยมากหรือแทบจะไม่มีขึ้นเลย เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างรัฐมักจะยุติลงไปตั้งแต่ในขั้นของการเจรจาระหว่างรัฐภาคีแล้วเป็นส่วนใหญ่ อีกทั้ง สนธิสัญญาบางฉบับได้สร้างกลไกขึ้นมาป้องกันข้อขัดแย้งระหว่างรัฐภาคีไว้ก่อนแล้ว โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องทำการปรึกษาหารือกันได้อยู่เสมอหากมีปัญหาหรือข้อขัดแย้งเกิดขึ้น²¹ นอกจากนี้ การจัดทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในรูปแบบของ “ความตกลง (Agreement)” ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ

¹⁸ ข้อ 10 (4) ของสนธิสัญญาไทย-อังกฤษ (1991) ได้กำหนดกระบวนการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการไว้ว่า

“4. If, (...), the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other relevant agreement, invite the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments...”

¹⁹ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-บาร์เรน (2002) ข้อ 10 (5) ก. กำหนดว่า “ให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดโดยเสียงข้างมาก ให้คำชี้ขาดเช่นนั้น มีผลผูกพันภาคีสัญญาทั้งสองฝ่าย”

²⁰ โปรดดู ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1* สนธิสัญญา

²¹ สนธิสัญญาไทย-บัลแกเรีย (2003) ข้อ 10 “ภาคีสัญญาแต่ละฝ่ายอาจเสนอต่อภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้มีการปรึกษาหารือเกี่ยวกับปัญหาทั้งปวงเกี่ยวกับการใช้บังคับหรือการตีความความตกลงนี้ ภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะดำเนินขั้นตอนที่จำเป็นเพื่อจัดให้มีการปรึกษาหารือเหล่านี้”

ที่ยึดแบบพิธีในการจัดทำที่เคร่งครัดน้อยกว่าข้อตกลงระหว่างประเทศแบบอื่น²² เช่น อนุสัญญา (Convention) เป็นต้น ทำให้รัฐคู่ภาคีสามารถที่จะทำการแก้ไขความตกลงระหว่างกันได้ง่ายยิ่งกว่า และเมื่อรัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเกิดปัญหาในการปรับใช้ความตกลง ก็สามารถที่จะแจ้งให้รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมปรึกษาหารือเพื่อแก้ไขความตกลงให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐภาคีทั้งสองฝ่าย ด้วยเหตุดังกล่าว การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐจึงแทบจะไม่เกิดขึ้นเลย²³

ข. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง (Investor-State Dispute Settlements)

นอกจากการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีแล้ว ความตกลงคุ้มครองการลงทุนยังได้สร้างกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะพิเศษขึ้นมาอีกอย่างหนึ่งซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน²⁴ โดยที่มุ่งจะยุติข้อขัดแย้งในเรื่องเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐภาคีผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง

ความตกลงหรือสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนสมัยใหม่ทุกฉบับจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนรูปแบบนี้อยู่เสมอ²⁵ แม้แต่ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า (FTAs) เองก็ได้กำหนดการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนต่างชาติในลักษณะเดียวกันนี้ไว้เช่นกัน โดย FTAs จะแยกกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนออกไว้เป็นกรณีเฉพาะและมีข้อกำหนดไม่ให้นำไปปรับใช้กับส่วนอื่นๆ ของความตกลงการเปิดเสรีทางการค้า²⁶

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนที่ถูกกำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนั้น โดยภาพรวมแล้ว มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีคู่สัญญา กล่าวคือ ในขั้นแรก ความตกลงคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดให้คู่กรณีแห่งข้อพิพาท

²² QUOC DHIN N., PELLET A. et autres, Droit International Public, *op.cit.*

²³ SACERDOTI G., *op.cit.*

²⁴ LEBEN CH. (2004), "La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des Traités de promotion et de protection des investissements ," *AFDI*, 708.

²⁵ สนธิสัญญาไทย-บังกลาเทศฉบับเดิมที่ลงนามเมื่อปี ค.ศ. 1988 ไม่ได้กำหนดการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนไว้แต่อย่างใด แต่สนธิสัญญาฉบับใหม่ระหว่างทั้งสองประเทศที่ลงนามเมื่อปี ค.ศ. 2002 ได้บรรจุการระงับข้อพิพาทเช่นนี้ไว้แล้ว

²⁶ โปรดดู ความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างสิงคโปร์-เปรู (2008) บท 10 (Chapter 10) ข้อ 10.17 ที่ได้กำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐภาคีผู้รับการลงทุนไว้ในลักษณะเดียวกับความตกลงทวิภาคีเพื่อการคุ้มครองการลงทุน สืบค้นได้จากเว็บไซต์ที่จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับ FTA ของสิงคโปร์, สืบค้นเมื่อ 28 กรกฎาคม 2555, จาก http://www.fta.gov.sg/PeSFTA/10_investment_final_2008_05_26.pdf.

หาทางยุติข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นระหว่างกันเองเสียก่อน โดยให้ทำการเจรจา ปรีกษาร่วมกันระหว่างคู่กรณีพิพาท (ระหว่างรัฐภาคีผู้รับการลงทุนและนักลงทุนระหว่างประเทศผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง)²⁷ และหากการเจรจาระหว่างกันไม่สามารถที่ให้ข้อยุติแก่กรณีพิพาทได้แล้ว คู่กรณีจึงจะมีสิทธิที่จะดำเนินการตามกระบวนการระงับข้อพิพาทในขั้นตอนต่อไป

การระงับข้อพิพาทด้วยการปรีกษาหรืออย่างฉันท์มิตร (Amicable Dispute Settlements)

การหาข้อยุติข้อพิพาทในขั้นนี้ คู่กรณีแห่งข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้หยิบยกข้อขัดแย้งขึ้นมาหารือร่วมกันก่อนเพื่อหาข้อยุติก็ได้ ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายรัฐอาจเป็นผู้ริเริ่มกระบวนการนี้ได้ก่อนที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะร้องขอให้มีการหารือร่วมกัน กรณีจึงแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการ ที่คู่กรณีฝ่ายรัฐไม่สามารถจะเป็นผู้ริเริ่มกระบวนการได้ซึ่งจะกล่าวต่อไปในบทความนี้

กรณีไม่สามารถยุติข้อพิพาทได้ด้วยการเจรจาอย่างฉันท์มิตรระหว่างคู่กรณี สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้ให้สิทธิแก่ฝ่ายนักลงทุนโดยฝ่ายเดียว ที่จะเสนอข้อพิพาทนั้นให้กับองค์กรระงับข้อพิพาทหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด โดยสนธิสัญญาจะกำหนดตัวเลือกองค์กร (Dispute settlement *fora*) ให้ให้นักลงทุนเป็นผู้ใช้สิทธิเลือก เพื่อให้องค์กรนั้นเข้ามาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเรียกการใช้สิทธิเลือกองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทเช่นนี้ว่า “forum shopping”²⁸

การระงับข้อพิพาทโดยองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด (Jurisdictional Dispute Settlements)

โดยทั่วไป สนธิสัญญามักจะกำหนดให้นักลงทุนเสนอข้อพิพาทแก่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดและได้กำหนดรูปแบบของอนุญาโตตุลาการไว้หลายๆ รูปแบบด้วยกัน โดยให้นักลงทุนเป็นผู้มีสิทธิเลือกแต่เพียงผู้เดียว สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจึงเป็นฐาน

²⁷ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-แคนาดา (1997) ข้อ 13 (1) กำหนดไว้ว่า “Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, relating to a claim by the investor that a measure taken or not taken by the former Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach, shall, to the extent possible, be settled amicably through consultations between them.”

²⁸ โปรดดู PARK W, (1995), International Forum Selection, Kluwer Law International, 749; BELL A, (2003), *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, New York :Oxford University Press, Private International Law Series ; McKENNA C. CMS, (novembre 2005), “Forum Shopping in Arbitration”, *TDM* Vol. 2, Issue 5, Retrieved August 15, 2010, from <http://www.transnational-dispute-management.com> ; อนันต์ จันทร์โอภากร, (มีนาคม-เมษายน 2533), “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ,” *ดุลพาท* เล่ม 2 ปีที่ 37, 70-126.

ทางกฎหมายของการสร้างตัวเลือกคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (*Forum d'arbitrage*) ขึ้น

สนธิสัญญาบางฉบับได้กำหนดตัวเลือกให้นักลงทุนมีสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทให้แก่ศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดด้วย²⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว อาจตั้งข้อสงสัยได้เช่นกันว่ามีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องกำหนดให้นักลงทุนสามารถเสนอข้อพิพาทต่อองค์กรศาลของรัฐผู้รับการลงทุนเอาไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอีก เพราะโดยทั่วไปแล้ว นักลงทุนย่อมมีสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลโดยเสนอคดีพิพาทให้ศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นผู้พิจารณาพิพากษาได้อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดข้อความเช่นนี้ไว้ก็มีเหตุผลสนับสนุนอยู่เช่นเดียวกัน โดยเป็นการรับรองสิทธิของนักลงทุนที่จะเสนอข้อพิพาทให้กับองค์กรศาลของรัฐผู้รับการลงทุนและเพื่อเป็นการย้ำให้เกิดความชัดเจนว่านักลงทุนมีสิทธิดังกล่าวอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนฉบับนั้นไม่ได้รับรองสิทธิของนักลงทุนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน (หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือ *National Treatment*) เอาไว้อย่างชัดแจ้ง

อย่างไรก็ตาม แม้นักลงทุนจะเป็นผู้มีสิทธิเลือกองค์กรระงับข้อพิพาท นักลงทุนต้องใช้สิทธิเลือกนั้นด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง เพราะสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดให้การเลือกเสนอข้อพิพาทให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นทางเลือกสุดท้าย³⁰ และเมื่อได้ใช้สิทธิเลือกเสนอข้อพิพาทให้กับองค์กรนั้นเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ไม่สามารถที่จะนำข้อพิพาทเดียวกันนั้นไปเสนอให้กับองค์กรอื่นเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้อีก หรือที่เรียกกันว่าเป็นการใช้สิทธิเลือกเด็ดขาดซึ่งในภาษาอังกฤษเรียกว่า “*forks in the road*”³¹ หรือภาษาละตินที่เรียกว่า « *una via lecta non*

²⁹ เช่น สนธิสัญญาไทย-อียิปต์ (2000) ข้อ 10 (2) กำหนดไว้ว่า “If dispute cannot be settle (...), it may be submitted upon request of the investor ... to (a) The competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made.” (ถ้าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้ ... โดยคำร้องขอของนักลงทุนอาจเสนอข้อพิพาทนั้น ... ต่อ (ก) ศาลซึ่งมีอำนาจของภาคีสัญญาในดินแดนซึ่งได้มีการลงทุน) สนธิสัญญาไทย-ฟินแลนด์ (1994) ข้อ 8 (2) ; สนธิสัญญาไทย-บังกลาเทศ (2002) ข้อ 9 (2)

³⁰ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-อียิปต์ (2000) ข้อ 10 (2) “If dispute cannot be settle (...), it may be submitted upon request of the investor (*his choice will be final*) ...” (เน้นโดยผู้เขียน) สนธิสัญญาไทย-อาเจนตินา (2000) ข้อ 9 (4) กำหนดไว้ว่า “เมื่อผู้ลงทุนหรือภาคีสัญญาได้เสนอข้อพิพาทต่อศาลซึ่งมีอำนาจของภาคีสัญญาในดินแดนซึ่งได้มีการลงทุนตามวรรค 2 หรือต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามวรรค 3 แล้ว ทางเลือกดังกล่าวถือเป็นที่สุด” (เน้นโดยผู้เขียน) สนธิสัญญาฟิลิปปินส์-แคนาดา (1995) ข้อ 13 (3) (b) ; สนธิสัญญา-ราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ (1981) ข้อ 7 (2) ; สนธิสัญญามาลาเซีย-นอร์เวย์ (1984) ข้อ 9 (2) ; สนธิสัญญามาลาเซีย-เดนมาร์ก (1992) ข้อ 10 (5) สนธิสัญญาอินโดนีเซีย-เดนมาร์ก (1992) ข้อ 10 (5) ; สนธิสัญญาอินโดนีเซีย-ซีลี (1999) ข้อ 9 (5)

³¹ SCHEURER CH., (2004), “Travelling the BIT Route : Of Waiting, Umbrella Clauses and Forks in the Road,” JWIT 5, 231.

datur recusis ad alteram » และในภาษาฝรั่งเศสเรียกหลักเกณฑ์เดียวกันนี้ว่า « le choix irréversible de forum »

นักวิชาการทางกฎหมายเรียกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่นักลงทุนแต่ฝ่ายเดียวเป็นผู้สิทธิเสนอข้อพิพาทให้กับองค์กรระงับข้อพิพาทเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด³² โดยไม่จำเป็นต้องมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญา (สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนนักลงทุน) ใดๆ กันมาก่อนนี้แตกต่างกันออกไป เช่น “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยฝ่ายเดียว (Arbitrage transnational unilatéral)”³³ หรือ “การอนุญาโตตุลาการโดยปราศจากข้อผูกพันตามสัญญา (Arbitrage sans lien contractuel)”³⁴ นักกฎหมายแองโกล-แซกซอนจะเรียกอนุญาโตตุลาการแบบนี้ว่า “Arbitration without Privity”³⁵

นอกจากนี้ การที่สนธิสัญญากำหนดให้นักลงทุนเท่านั้นที่มีสิทธิเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทมีผลทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Treaty claim) แตกต่างออกไปจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงของสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงของสัญญา (Contract Claim) เป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสิทธิที่จะเสนอข้อพิพาทได้อย่างเท่าเทียมกัน คู่กรณีพิพาทฝ่ายรัฐสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ แต่หากเป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาแล้ว รัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถที่จะเป็นผู้เริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเสนอให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดก่อนได้³⁶

³² มีข้อสังเกตว่า สนธิสัญญาไทย-อาเจนตินา (2000) ได้กำหนดไว้ใน ข้อ 9 (4) ไว้ว่า “เมื่อผู้ลงทุนหรือภาคีคู่สัญญาได้เสนอข้อพิพาทต่อศาลซึ่งมีอำนาจของภาคีคู่สัญญาในดินแดนซึ่งได้มีการลงทุนตามวรรค 2 หรือต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามวรรค 3 แล้ว ทางเลือกดังกล่าวถือเป็นที่สุด” (เน้นโดยผู้เขียน) ข้อความดังกล่าวนี้อาจทำให้ตีความได้ว่ารัฐคู่ภาคีสามารถเป็นผู้เริ่มเสนอข้อพิพาทให้แก่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดได้เช่นเดียวกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งถือว่าเป็นกรณีพิเศษที่ไม่พบในสนธิสัญญาฉบับอื่นๆ จนอาจทำให้คิดวิเคราะห์ไปได้ว่าการกำหนดข้อความดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากการสำคัญผิดหรือการผิดพลาดหรือไม่ เพราะโดยหลักแล้วเฉพาะนักลงทุนเท่านั้นที่จะเป็นผู้เสนอต่อองค์กรระงับข้อพิพาทดังกล่าว ในขณะที่ หากเป็นการระงับข้อพิพาทโดยฉันทามติซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนหน้านั้น คู่กรณีพิพาทฝ่ายใดก็อาจหยิบยกขึ้นมาเจรจาไกล่เกลี่ยได้ โปรดดูเปรียบเทียบกับสนธิสัญญาไทย-อียิปต์ (2000) ข้อ 10 (2)

³³ BEN HAMIDA W., (2003), *L'arbitrage transnational unilatéral : Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Paris :Thèse, Université Paris II.

³⁴ การเรียกอนุญาโตตุลาการเช่นนี้มีเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID ในคดี *SPP v. Egypt* คดีเลขที่ ARB/84/3 อ้างโดย STERN B., (2003), “Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires ? ,” in *Mélange Philippe KHAN*, Paris :Litec, 203.

³⁵ PLAUSSE J. (1995), “Arbitration without Privity,” *ICSID Rev.*, 241.

³⁶ การที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนไม่ได้กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิเริ่มกระบวนการดังกล่าวเช่นเดียวกับสิทธิของนักลงทุน เนื่องจากรัฐผู้รับการลงทุนย่อมสามารถใช้กระบวนการภายในของรัฐหรือใช้อำนาจอธิปไตยบังคับเอาากับนัก

หลักการที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนคือการที่นักลงทุนไม่จำเป็นต้องแสวงหาการเยียวยาสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการภายในของรัฐจนหมดสิ้นเสียก่อน (Exhaustion of the local remedies) จึงจะสามารถนำข้อพิพาทนั้นเสนอให้อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้³⁷ การที่นักลงทุนไม่ต้องเรียกร้องเอาที่รัฐตามกระบวนการที่มีอยู่ภายในรัฐคู่กรณีพิพาทจนหมดสิ้นเสียก่อนนับเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญของวิธีการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับวิธีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิม เช่น การคุ้มครองโดยวิธีการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection)³⁸ เป็นต้น

การที่นักลงทุนไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการเยียวยาของรัฐผู้รับการลงทุนจนหมดสิ้นเสียก่อนที่จะนำข้อพิพาทมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญา³⁹ ทำให้กระบวนการตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้รับการตอบรับอย่างแพร่หลายและเป็นวิธีการที่นักลงทุนมักจะเลือกใช้เป็นอันดับแรก ซึ่งส่งผลทำให้กระบวนการคุ้มครองคนชาติด้วยการคุ้มครองทางการทูตที่ได้กล่าวมาแล้วลดความสำคัญลงไปเป็นอย่างมากหรืออาจหมดความสำคัญไปได้ในอนาคต⁴⁰

ลงทุนได้อยู่แล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องแสวงหาการเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีการภายใต้สนธิสัญญาอีก

³⁷ โปรดดูคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *EISI (United States v. Italy)*, 20 July 1989, *ICJ Report*, 1989, 24.

³⁸ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เฉพาะรัฐและองค์กรระหว่างประเทศเท่านั้นที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่สามารถกระทำการใช้สิทธิหรือก่อนหน้าที่ต่างๆ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ ส่วนเอกชนผู้มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งไม่มีสถานะเป็นบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่สามารถกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ ดังนั้นเมื่อเอกชนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐ เอกชนนั้นต้องอาศัยรัฐที่ตนมีสัญชาติให้เป็นผู้ดำเนินการใช้สิทธิเรียกร้องแทน กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้สร้างวิธีการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) ขึ้นมาเพื่อให้รัฐสามารถนำไปใช้เรียกร้องให้รัฐผู้ก่อความเสียหายแก่เอกชนผู้มีสัญชาติของตนรับผิดชอบตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การที่รัฐจะให้วิธีการคุ้มครองทางการทูตได้นั้นต้องปรากฏว่าเอกชนนั้นได้แสวงหาการเยียวยาจากกระบวนการของรัฐผู้ก่อความเสียหายจนหมดสิ้นแล้วเสียก่อน อีกทั้ง เป็นสิทธิของรัฐแต่ละรัฐที่จะเริ่มกระบวนการคุ้มครองทางการทูตหรือไม่ก็ได้ ซึ่งทำให้กระบวนการคุ้มครองดังกล่าวนี้มีข้อจำกัดในการคุ้มครองนักลงทุนระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ; โปรดดู จุมพต สายสุนทร อ่างแล้ว 242-265.

³⁹ อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาบางฉบับยังคงกำหนดให้ต้องแสวงหาการเยียวยาจากกระบวนการภายในของรัฐให้หมดสิ้นเสียก่อนจึงจะสามารถเสนอข้อพิพาทให้กับอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาได้ เช่น สนธิสัญญาสหรัฐอเมริกาหรับเอมิเรตส์-โบลแลนด์ (1993) ข้อ 9 (2) c เป็นต้น

⁴⁰ LEBEN Ch., (1999), "L'évolution du droit international des investissements," in *Journée d'études : Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris II : Institut des Hautes Etudes internationales, Pedone, 7-32 ; CONDORELLI L., (2003), "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique," in *La protection diplomatique : Mutation contemporain et pratiques nationales*, Bruyant : Bruxelles : 3-28.

แต่กระนั้น เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดของความตกลงคุ้มครองการลงทุนหลายๆ ฉบับแล้วจะพบว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติไม่ได้มีจุดมุ่งหมายที่จะเข้ามาทดแทนการคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมนี้อย่างใด แต่เป็นเพียงกระบวนการที่เข้ามาเสริมกระบวนการดั้งเดิมเท่านั้น เพราะหากไม่สามารถที่จะระงับข้อพิพาทนั้นลงได้หรือเมื่อรัฐภาคีผู้รับการลงทุนไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนก็ยังไม่ให้กลับไปใช้วิธีการในการคุ้มครองบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐแบบดั้งเดิมโดยวิธีการคุ้มครองทางการทูตได้อีกด้วย⁴¹

สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดระยะเวลาช่วงหนึ่งให้คู่พิพาททำการระงับข้อพิพาทร่วมกันและหากพ้นกำหนดระยะเวลานั้นไปแล้วและยังไม่สามารถหาข้อยุติได้ นักลงทุนก็มีสิทธิเสนอข้อพิพาทให้กับอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด อนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนี้จะมีอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน โดยทั่วไป ความตกลงคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเฉพาะเรื่อง (*ad hoc*) หรืออนุญาโตตุลาการ ICSID หรืออนุญาโตตุลาการเฉพาะเรื่อง (*ad hoc Arbitration*) ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายขององค์กรระหว่างประเทศ⁴² เช่น กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้า

⁴¹ เช่น สนธิสัญญาระหว่างลาว-สวิตเซอร์แลนด์ (1996) ข้อ 9 (7) ได้กำหนดไว้ว่า “Aucune Partie Contractante ne poursuivra par la voie diplomatique un différend soumis à l'arbitrage international, à moins que l'autre Partie Contractante ne se conforme pas à la sentence rendue par un tribunal arbitral,” หรือข้อตกลงคุ้มครองการลงทุนใน FTA สิงคโปร์-ปานามา (2006) ข้อ 9.13 (6) กำหนดไว้ว่า “Neither Party shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute in which one of its investors and the other Party shall have consented to submit or have submitted to conciliation or arbitration under this Article, unless such other Party has failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. Diplomatic protection, for the purposes of this paragraph, shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute,”

⁴² สนธิสัญญาไทย-โครเอเชีย (2000) ข้อ 9 (2) กำหนดไว้ว่า “หากข้อพิพาทภายใต้วรรค 1 ของข้อนี้ไม่สามารถระงับได้ภายในเวลาหก (6) เดือนนับแต่เมื่อมีคำบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร ให้ระงับข้อพิพาทดังกล่าวตามคำเรียกร้องของผู้ลงทุน ดังต่อไปนี้:

- (1) โดยศาลที่มีอำนาจของภาคีสัญญา หรือ
- (2) โดยการไกล่เกลี่ยหรืออนุญาโตตุลาการโดยศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (ไอ ซี เอส ไอ ดี) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งเปิดให้ลงนาม ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 ในกรณีที่ภาคีสัญญาทั้งสองฝ่ายได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว หรือ
- (3) โดยอนุญาโตตุลาการซึ่งมีอนุญาโตตุลาการสามคนตามกฎหมายที่ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (ยู เอ็น ซี โอ ที อาร์ โอ แอล) ตามที่ได้แก้ไขครั้งหลัง ซึ่งได้รับการยอมรับโดยภาคีสัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาที่มีคำร้องขอเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ”

ระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL)⁴³ หรือกฎเกณฑ์ของหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce หรือ ICC)⁴⁴ เป็นต้น

โดยทั่วไป สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะให้สิทธิแก่คู่กรณีพิพาทที่จะตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดรูปแบบของอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด อีกทั้ง ยังได้กำหนดรูปแบบของอนุญาโตตุลาการหลายๆ รูปแบบให้เป็นตัวเลือกที่คู่กรณีพิพาทจะสามารถนำไปใช้ นอกจากนี้ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดให้นำเอาวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐภาคีมาปรับใช้โดยอนุโลมกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ *ad hoc* ในกรณีพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างด้าวด้วย⁴⁵

อนุญาโตตุลาการทางเลือกหนึ่งที่ดีกว่าเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน คือ อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes หรือ ICSID)⁴⁶ ซึ่งเป็นองค์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาอชิงตัน ปี ค.ศ. 1965 (Washington Convention) โดยเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการถาวรที่ให้บริการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศโดยตรง สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นอนุญาโตตุลาการทางเลือกเพียงอย่างเดียวสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน⁴⁷

⁴³ หลักเกณฑ์ของ UNCITRAL, สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2555, จาก http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

⁴⁴ โปรดดู SHAFER E., VERBIST H., IMHOOS CH. (2002). *L'arbitrage de Chambre de Commerce International (CCI) en pratique*, Bern, Bruxelles

⁴⁵ โปรดดูสนธิสัญญาไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 10 (2) ได้กำหนดอย่างชัดแจ้งให้นำเอากระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเฉพาะเรื่อง (*ad hoc*) ของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีมาใช้ หากคู่กรณีพิพาท (รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ) ไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น โดยมีข้อความว่า “หากข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้ภายในหกเดือนนับตั้งแต่วันที่คู่กรณีในข้อพิพาทฝ่ายใดได้ยกข้อพิพาทขึ้น ให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามคำร้องขอของคู่กรณีในข้อพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่คู่กรณีในข้อพิพาทได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ให้ใช้บทบัญญัติข้อ 9 (3) ถึง (5) โดยอนุโลม (...)”

⁴⁶ เกี่ยวกับ ICSID โปรดดู GAILLARD E., (2003), “L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements,” *Rev. Arb.*, 853-877 ; DELAUME G. (1982). “Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements,” *JDI*, n° 4, 775-843 และข้อมูลทั่วไปขององค์กรและฐานข้อมูลคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID, จาก <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> ; อนันต์ จันทโรภากร, (มีนาคม-เมษายน 2533), “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ,” *ตุลพาห* เล่ม 2 ปี 37, เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ICSID, 96-99 ; ภูมิพงษ์ เวชยานนท์, “ความเป็นมาและภาพรวมของ ICSID,”

⁴⁷ เช่น สนธิสัญญาไทย-เกาหลีใต้ (1989) ข้อ 11 สนธิสัญญาไทย-สวีเดน (1997) ข้อ 11 สนธิสัญญาไทย-เปรู (1991) ข้อ 10 สนธิสัญญาไทย-สโลวีเนีย (1991) ข้อ 10

ประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาอชิงตันแล้ว เมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1985 แต่ ณ ปัจจุบันนี้ (พ.ศ. 2555) ยังไม่มีการดำเนินการให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด การไม่ดำเนินการให้สัตยาบันย่อมทำให้อนุสัญญาอชิงตันยังไม่มีผลบังคับใช้ได้กับประเทศไทย อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าการไม่ดำเนินการให้สัตยาบันหลังจากที่ได้ลงนามในอนุสัญญา มาเป็นระยะเวลานานแล้วนั้นเป็นสิ่งที่น่าประหลาดใจและไม่อาจหาเหตุผลอันใดมาสนับสนุนได้ง่ายนัก เพราะการให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนขึ้นมาอีกระดับหนึ่งซึ่งจะส่งผลให้กระแสการลงทุนเข้ามาในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น อีกทั้งประเทศอื่นๆ ในเขตภูมิภาคอาเซียนซึ่งถือเป็นคู่แข่งการลงทุนที่สำคัญก็ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวไปแล้วทั้งสิ้น ความล่าช้าดังกล่าวจึงไม่ได้ทำให้ภาวะการลงทุนภายในประเทศเป็นไปในทิศทางที่ดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ การไม่ให้สัตยาบันก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่ารัฐไทยไม่อาจตกเป็นผู้ถูกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ ICSID เพราะหลักเกณฑ์เพิ่มเติมของ ICSID⁴⁸ ได้เปิดช่องให้นักลงทุนสามารถที่จะร้องขอให้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ แม้ว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะไม่ได้ให้สัตยาบันหรือไม่ได้เป็นสมาชิกของศูนย์รับข้อพิพาท ICSID ก็ตาม⁴⁹

ประเด็นที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการดังกล่าวคือ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับตัวบทกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาด สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการจะต้องนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไว้อย่างชัดแจ้ง⁵⁰ แต่ในกรณีที่สนธิสัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ต้องนำมาปรับใช้ไว้นั้น ก็ย่อมเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นเองที่ต้องสรรหากฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งโดยหลักแล้ว การวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐที่สร้างความเสียหายให้กับนักลงทุนต่างชาติขัดต่อข้อกำหนดของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนหรือไม่นั้น ย่อมต้องปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องนั่นเอง

ภายหลังที่อนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาด โดยหลักแล้ว คู่กรณีพิพาทย่อมต้องผูกพัน

⁴⁸ โปรดดู ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules, สืบค้นเมื่อ 31 สิงหาคม 2555, จาก http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf.

⁴⁹ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับยังได้กำหนดชัดเจนให้นำหลักเกณฑ์เพิ่มเติมของ ICSID มาใช้ในกรณีที่รัฐภาคียังไม่ได้เป็นสมาชิกของศูนย์ฯ เช่น สนธิสัญญาไทย-อินเดีย (2000) ข้อ 9 (2)

⁵⁰ เช่น สนธิสัญญาจีน-อุรูกวัย (1993) สนธิสัญญาเนเธอร์แลนด์-โปแลนด์ (1992) สนธิสัญญาจีน-สโลเวเนีย (1993) ได้กำหนดไว้ให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปให้เป็นกฎหมายที่ต้องนำมาปรับใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาท ในขณะที่สนธิสัญญาไทย-สหภาพเบลโก-ลักเซมเบิร์ก (2002) ข้อ 11 (7) ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำคำวินิจฉัยชี้ขาดโดยการปรับใช้กฎหมายหลายๆ แหล่งร่วมกัน ทั้ง กฎหมายภายในของรัฐ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายขัดกัน และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามคำชี้ขาดนั้น ซึ่งเป็นผลในทางกฎหมายของหลักการให้ความยินยอมที่จะให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ความยินยอมดังกล่าวหมายถึงความยินยอมที่จะผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาดด้วย⁵¹ แม้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการภายใต้สนธิสัญญานี้จะต้องอาศัยความยินยอมความยินยอมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทเช่นกัน แต่ความยินยอมในกรณีนี้จะแตกต่างจากความยินยอมในกรณีของอนุญาตตุลาการที่เกิดขึ้นจากข้อกำหนดของสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองหรือระหว่างเอกชนกับรัฐคู่สัญญา เพราะการที่รัฐลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวถือว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าจากการทำสนธิสัญญาและถือเป็นความยินยอมที่ไม่อาจจะเพิกถอนได้ (ส่วนความยินยอมของฝ่ายนักลงทุนนั้น ถือว่านักลงทุนให้ความยินยอมเมื่อนักลงทุนแสดงเจตนาเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดนั่นเอง)⁵² ดังนั้น คู่กรณีแห่งข้อพิพาททั้งสองฝ่ายย่อมต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาด การจะร้องคัดค้านขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดได้นั้นจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งอนุญาตตุลาการเท่านั้น (เช่น การร้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของอนุญาตตุลาการ ICSID ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาวอชิงตัน) เท่านั้น อีกทั้ง อนุสัญญาวอชิงตันได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ICSID เป็นเสมือนคำพิพากษาถึงที่สุดของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา จึงไม่อาจที่จะร้องขอให้ศาลภายในรัฐทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ICSID ได้

ดังนั้นโดยหลักแล้ว ศาลภายในย่อมไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปทบทวนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาได้ แม้กฎหมายของประเทศไทยคือพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พุทธศักราช 2545 มาตรา 40⁵³ ให้สิทธิแก่คู่กรณีที่ขอคัดค้านเพื่อให้ศาลภายในที่เพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการที่เกิดขึ้นตาม “สัญญาอนุญาตตุลาการ”⁵⁴

⁵¹ โปรดดู STERN B., *op. cit.*

⁵² สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดเรื่องเกี่ยวกับความยินยอมไว้โดยละเอียด เช่น สนธิสัญญาไทย-สหภาพเบลโก-ลักเซมเบิร์ก (2002) ข้อ 11 (4) (5) และ (6)

⁵³ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคหนึ่งและวรรคสองกำหนดไว้ว่า “การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว”

⁵⁴ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้ว่า “สัญญาอนุญาตตุลาการ หมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาตตุลาการแยกต่างหากก็ได้”

แต่การคัดค้านนี้ไม่ใช่เป็นการให้ศาลเข้ามาทบทวนหรือทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด⁵⁵ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการดังกล่าวนี้ให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นตาม “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” เท่านั้น ซึ่งเมื่อกฎหมายกำหนดเช่นนี้ อาจตั้งข้อสงสัยได้ว่าการอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดย “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” จะหมายรวมถึงการอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนหรือไม่ เพราะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนและอนุญาโตตุลาการตามสัญญา (สัญญาทางแพ่งหรือทางปกครอง) มีลักษณะและมีที่มาที่แตกต่างกัน (อย่างหนึ่งเป็นการเรียกร้องตามสนธิสัญญา อีกอย่างหนึ่งเป็นการเรียกร้องตามสัญญา⁵⁶) และข้อแตกต่างที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาจเกิดขึ้นได้แม้คู่กรณีแห่งข้อพิพาทไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญากันมาก่อน ดังนั้น หากหมายรวมว่าการอนุญาโตตุลาการทั้งสองประเภทที่ได้กล่าวมาแล้วอยู่ในความหมายของการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจาก “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดไว้ ย่อมเท่ากับเป็นการยอมรับว่าสนธิสัญญาระหว่างรัฐ (สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่เป็นบ่อเกิดของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับเอกชนนักลงทุน) เป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการประเภทหนึ่งด้วย ทั้งๆ ที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นจากกฎหมายระหว่างประเทศ (สนธิสัญญาระหว่างรัฐ) รัฐภาคีแห่งข้อพิพาทไม่ได้ทำข้อตกลงกับเอกชนเพื่อจัดตั้งอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด

การชี้ว่าอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเกิดขึ้นจาก “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ตามความหมายของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการหรือไม่นั้นมีความสำคัญ เพราะหากมองว่าอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นหรือเป็นอนุญาโตตุลาการตาม “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” เช่นนี้แล้ว คู่กรณีย่อมไม่อาจร้องคัดค้านต่อศาลภายในให้เพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามข้อกำหนดของสนธิสัญญาโดยอาศัยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้⁵⁷ ประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นปัญหาที่สมควรนำมา

⁵⁵ โปรดดูเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หมวด 6 มาตรา 40

⁵⁶ เกี่ยวกับข้อแตกต่างระหว่างการเรียกร้องตามสัญญาและการเรียกร้องตามสนธิสัญญา โปรดดู LEMAIRE S., (2006), “Treaty Claims et Contract Claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat,” Rev.arb., n° 2, 353-400.

⁵⁷ ศาลปกครองของไทย ได้เคยมีคำสั่งไม่รับคำร้องขอคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยเหตุที่ว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปทบทวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญา โปรดดู คำสั่งของศาลปกครองกลางไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขแดงที่ 142/2553 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553 ระหว่าง ราชอาณาจักรไทย ที่ 1, กระทรวงคมนาคม ที่ 2, กรมทางหลวง ที่ 3 และ บริษัท วอลเตอร์ บาว เอจี จำกัด

คดีวิเคราะห์ แต่เนื่องจากขอบเขตที่จำกัดของบทความนี้ จึงจะไม่นำประเด็นนี้มาอธิบายโดยละเอียด เพื่อป้องกันข้อโต้แย้งเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัย สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนหลายๆ ฉบับ จึงได้กำหนดอย่างชัดเจนให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีผลผูกพัน⁵⁸ และหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาไม่เคารพคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนก็อาจใช้กระบวนการตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อเรียกร้องให้รัฐภาคีฝ่ายที่ไม่เคารพคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น รับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้⁵⁹

จึงอาจสรุปได้ว่า สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนระหว่างประเทศไว้ในหลักการในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ส่วนที่แตกต่างในสนธิสัญญาแต่ละฉบับนั้นเป็นผลมาจากแนวปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาหรือผลจากการเจรจาต่อรองระหว่างรัฐคู่ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นๆ ดังนั้นการทำความเข้าใจเพื่อนำไปสนธิสัญญาดังกล่าวไปปรับใช้ได้ถูกต้องตามแต่กรณี จึงจำเป็นต้องตรวจสอบพิจารณาสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับเป็นการเฉพาะและอย่างถี่ถ้วน

การระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้รับการยอมรับโดยทั่วไปแล้วว่าเป็นกระบวนการของระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างด้าว โดยนักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศได้ศึกษาและวิเคราะห์กระบวนการดังกล่าวแล้วอย่างแพร่หลาย⁶⁰

อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับผลกระทบต่อระบบกฎหมายภายในประเทศยังคงเป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่ยังไม่มีการกล่าวถึงมากนัก บทความนี้จึงมีจุดมุ่งหมาย

⁵⁸ เช่น สนธิสัญญาไทย-ตุรกี (2005) ข้อ 9 (3) ระบุไว้ว่า “คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการให้ถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณีในข้อพิพาททั้งสองฝ่าย ภาคีคู่สัญญาที่เป็นคู่กรณีจะดำเนินการบังคับคำวินิจฉัยตามกฎหมายตน”

⁵⁹ โปรดดู เจริญธรรมที่ 40

⁶⁰ โปรดดูเพิ่มเติม บทความเกี่ยวกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศได้จากหลายๆ แหล่ง เช่น เครือข่ายเผยแพร่บทความทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่ www.transnational-dispute-management.com เอกสารรายงานค้นคว้า วิจัยขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) ที่ www.oecd.org) คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนหรือ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ได้ที่ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> วารสารกฎหมายภาษาต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น Revue de l'arbitrage ; Annuaire Français de droit international (AFDI) ; Les Cahiers d'arbitrage (Gazette de Palais) ; Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye (RCADI) ; Journal de droit international (JDI) ; ICSID Review – Foreign Investment Law Journal ; The Journal of World Investment เป็นต้น

ที่จะพิจารณาวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยมีขอบเขตของการศึกษาที่จำกัดลงไปเฉพาะในเรื่องผลกระทบต่อการใช้ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยเท่านั้น

ระบบการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่แบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคี (Interstate Dispute Resolution) และการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐภาคีผู้รับการลงทุนและนักลงทุนผู้มีสัญชาติของรัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง (Investor-State Dispute Resolution) นั้น นอกจากจะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีความแตกต่างกันโดยสถานะของคู่กรณีแล้ว ทั้งสองกระบวนการยังมีผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันอีกด้วย

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญาเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง “โดยแท้” ซึ่งในท้ายที่สุด ผลของกระบวนการนี้คือการที่คู่ภาคีตกลงร่วมกันแก้ไขข้อกำหนดข้อใดข้อหนึ่งของสนธิสัญญาหรือยกเลิกพันธกรณีที่มีร่วมกัน ดังนั้นการระงับข้อพิพาทในกรณีนี้จึงแทบจะไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อกฎหมายภายในของรัฐภาคีแต่ประการใดเลย

แต่การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างด้าว จะมีผลกระทบโดยตรงต่อการดำเนินคดีปกครองตามหลักกฎหมายภายในของรัฐ เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน (หรือโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา และผลในท้ายที่สุดคือการที่รัฐผู้รับการลงทุนอาจจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่การลงทุนต่างด้าว⁶¹

โดยปกติแล้ว ระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐจะกำหนดกระบวนการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองไว้อยู่แล้ว แต่การที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้เข้ามากำหนดการระงับข้อพิพาทเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐ) ขึ้นมาอีก ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการตามกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้วนั้น บทความในส่วนนี้จึงกล่าวถึงผลกระทบของการระงับข้อพิพาทของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่เข้ามาทับซ้อนกันกับกระบวนการตามกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อ

⁶¹ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีอำนาจที่จะชี้ขาดว่าการกระทำของรัฐนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐหรือไม่ และไม่มีอำนาจที่จะเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวซึ่งเป็นต้นเหตุทำให้เกิดความเสียหายนั้น อนุญาโตตุลาการจะกระทำเพียงชี้ขาดข้อพิพาทจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เรียกร้องหรือยกคำร้องของผู้เรียกร้องเท่านั้น

การดำเนินคดีปกครอง เพื่อให้เห็นถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นจากผลกระทบเหล่านั้น

2. ผลกระทบต่อกระบวนการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

โดยแท้จริงแล้ว กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับการดำเนินคดีทางปกครองตามกฎหมายภายใน คือเป็นกระบวนการที่สร้างขึ้นเพื่อให้เอกชน (นักลงทุนระหว่างประเทศ) ได้ใช้สิทธิของตนโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการกระทำของรัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐ) ในขณะที่ การดำเนินคดีปกครองเป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายภายใน (กฎหมายปกครอง) ของการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งรัฐต้องรับเอาผลของการกระทำนั้นด้วย

แม้จะเป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายภายใต้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่การกระทำที่ถูกโต้แย้งนั้นอาจเป็นการกระทำความผิดเดียวกัน สถานเดียวกัน ซึ่งอาจยกตัวอย่างให้เห็นได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น หน่วยงานรัฐมีคำสั่งไม่อนุญาตต่ออายุใบประทานบัตรสำหรับการสัมปทานเหมืองแร่ให้แก่บริษัทเอกชนซึ่งเป็นนักลงทุนต่างด้าวรายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยไม่เป็นธรรม คำสั่งไม่อนุญาตดังกล่าวอาจจะถูกโต้แย้งโดยกระบวนการภายในตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (การร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ในขณะเดียวกัน หากบริษัทเอกชนรายนั้น เป็นบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐที่ได้ทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับรัฐบาลไทยแล้ว บริษัทเอกชนก็อาจจะโต้แย้งการออกคำสั่งดังกล่าวโดยกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาโดยอ้างว่าการกระทำของหน่วยงานของรัฐ (ซึ่งรัฐต้องเป็นผู้รับเอาผลของการกระทำของหน่วยงานของตน) ขัดต่อหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญา (กฎหมายระหว่างประเทศ)

การทับซ้อนกันอยู่ของกระบวนการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนี้ ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อกันอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ตาม กระบวนการภายในของรัฐ มีผลต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนไม่มากนัก เพราะหากกระบวนการภายในของรัฐไม่อาจเยียวยาความเสียหายของนักลงทุนได้ นักลงทุนต่างด้าวรายนั้นก็ยังสามารถใช้กระบวนการภายใต้สนธิสัญญาเพื่อให้ได้รับการเยียวยาได้หรืออาจก้าวข้ามกระบวนการภายในเพื่อไปใช้กระบวนการตามสนธิสัญญาเลยก็ได้ ในทางกลับกัน กระบวนการภายใต้สนธิสัญญากลับมีผลกระทบโดยตรงต่อกระบวนการภายในของรัฐดังจะกล่าวต่อไปในบทความนี้

ฉะนั้น การที่จะพิจารณาได้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบกฎหมายปกครองหรือไม่เช่นนั้น มีประเด็นที่จำต้องพิจารณาเสียก่อนว่าข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนที่อาจถูกโต้แย้งได้นั้นมีลักษณะเช่นใด โดยต้อง

พิจารณาก่อนว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนเป็นข้อพิพาททางปกครองหรือไม่? (ก) จึงจะสามารถพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวต่อการดำเนินคดีปกครองตามกฎหมายภายในของรัฐได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบได้ว่ากระบวนการดังกล่าวมีผลกระทบต่อการดำเนินคดีปกครอง 2 เรื่องด้วยกัน ได้แก่ ผลกระทบในเรื่องสิทธิในการดำเนินคดีปกครอง (ข) ผลกระทบของการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญาที่อาจเกิดขึ้นต่อวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือหลักกฎหมายปกครองอื่นๆ (ค)

ก. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของ “ข้อพิพาท” เกี่ยวกับการลงทุน

การชี้ให้เห็นถึงลักษณะของ “ข้อพิพาท” ที่เกี่ยวกับการลงทุนทำให้สามารถมองเห็นถึงความเกี่ยวเนื่องระหว่างการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญากับกระบวนการที่กฎหมายภายในได้กำหนดขึ้นสำหรับระงับข้อพิพาทดังกล่าว เมื่อมองเห็นความเกี่ยวเนื่องที่มีอยู่แล้วย่อมแสดงให้เห็นผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อกระบวนการตามกฎหมายภายในได้

โดยทั่วไปแล้ว “ข้อพิพาท” เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการด้วยกัน คือ

ประการแรก ข้อพิพาทนั้นต้องเป็น “ข้อพิพาท” ระหว่างนักลงทุนต่างด้าวกับรัฐผู้รับการลงทุน โดยความหมายแล้ว “ข้อพิพาท (Disputes หรือ Différends)” คือการโต้แย้งหรือการไม่เห็นพ้องต้องกันระหว่างคู่กรณีสองฝ่าย ทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและในประเด็นข้อกฎหมาย⁶² การโต้แย้งระหว่างนักลงทุนต่างด้าวและรัฐผู้รับการลงทุน ในเรื่องต่างๆ โดยอาจจะเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (State Contract หรือ Contrat d'Etat)⁶³ ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหรือการโต้แย้งการกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างด้าวหรือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุน การไม่ต่ออายุใบอนุญาตสัมปทาน เป็นต้น

⁶² โปรดดู อาทิ SANTULLI C., *op.cit.*

⁶³ ศาสตราจารย์ ดร. จุมพต สายสุนทร ได้เรียกสัญญาที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำกับเอกชนคนต่างด้าวที่เป็นนักลงทุนระหว่างประเทศนี้ว่า “สัญญาภาครัฐ” และได้อธิบายต่อไปอีกว่า “สัญญาภาครัฐ” เป็นสัญญาการลงทุนที่มักจะมีการกำหนดในข้อสัญญาเพื่อห้ามการกระทำบางอย่างของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเพื่อมิให้หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญา ไม่ว่าจะโดยการกระทำในทางนิติบัญญัติหรือในทางปกครองก็ตาม ซึ่งเรียกข้อสัญญาในลักษณะเช่นนี้ว่า “ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา” (Stabilization clause) โปรดดู จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 2 หน้า 238-239



นอกจากจะเป็นการโต้แย้งหรือความแตกต่างกันในเรื่องข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงแล้ว ข้อพิพาทในกรณีนี้จะต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างด้าว ฝ่ายหนึ่ง และรัฐผู้รับการลงทุน อีกฝ่ายหนึ่งด้วย นักลงทุนต่างด้าวอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁶⁴ การกำหนดให้ คู่กรณีแห่งข้อพิพาทฝ่ายหนึ่งต้องเป็นนักลงทุนต่างด้าวนั้น มีผลทำให้นักลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐ ผู้รับการลงทุนนั่นเองไม่อาจอ้างสิทธิที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่จะเสนอ ข้อพิพาทที่ตนมีกับรัฐตามกระบวนการของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในลักษณะกันเดียว กับนักลงทุนต่างด้าว

ประการที่สอง ข้อพิพาทจะต้องเกี่ยวข้องหรือเป็นผลสืบเนื่องมาจากการลงทุน แต่การที่จะ พิจารณาว่าข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนได้นั้น จำต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “การลงทุน” เสียก่อน

การให้คำจำกัดความคำว่า “การลงทุน” หรือการชี้ขาดว่าการกระทำใดเป็นการลงทุนนั้น เป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญและเป็นที่ถกเถียงกันมากที่สุดประเด็นหนึ่งในแวดวงนักกฎหมายการ ลงทุนระหว่างประเทศ⁶⁵ เนื่องจากว่าแนวคิดเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ไม่ได้เป็นแนวคิดทางกฎหมาย แต่เป็นข้อเท็จจริงทางเศรษฐกิจที่ต้องอาศัยหลักทางเศรษฐศาสตร์เข้ามาจำแนกว่ากิจกรรมใด เป็นการลงทุนหรือไม่ ดังนั้น จึงไม่มีตัวบทกฎหมายใดที่จะกำหนดคำนิยามของคำว่า “การลงทุน” ไว้อย่างชัดเจนและครอบคลุมได้ทุกกรณี ในบทความนี้จะกล่าวถึงการให้หลักทางเศรษฐศาสตร์ เข้ามาจำแนกการลงทุนดังกล่าวแต่เพียงสังเขปเท่านั้น การกำหนดว่ากิจกรรมใดเป็นการลงทุน หรือไม่ เป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน เพราะหากการกระทำนั้นไม่เป็น “การลงทุน” แล้ว ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากสนธิสัญญา คุ้มครองการลงทุนแต่อย่างใด

⁶⁴ โดยปกติแล้ว สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับจะกำหนดคำนิยามของคำว่า “นักลงทุน” หรือ “ผู้ลงทุน” ที่ได้ รับการคุ้มครองไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว เช่น สนธิสัญญาไทย-บาห์เรน (2002) ข้อ 1 (1) สนธิสัญญาไทย-บังกลาเทศ (2002) ข้อ 1 (2) สนธิสัญญาไทย-แคนาดา (1997) ข้อ 1 (ซ) สนธิสัญญาไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 1 (3) สนธิสัญญาไทย-จอร์แดน ข้อ 1 (2)

⁶⁵ โปรดดู DOLZER R, (2005), “The Notion of Investment in Recent Practice,” in S. SHARNOVITZ, D. STEGER & P. Van Den BOSSCHE, *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Flerention Filiciano*, Cambridge :Cambridge University Press, 261-275 ; KRISHAN D., (March 2009), “A notion of ICSID Investmen t,” *TDM (Transnational Dispute Management)* vol. 6 issue 1, ISSN,1875-4120 (Retrieved 15 August 2010) ; BEN HAMIDA W. ,(15 décembre 2009), “La notion d’investissement : le chaos s’amplifie devant le CIRDI,” *Gaz. Pal.*, n° 349, 24 et s. ; POULAIN B., (16 décembre 2008), “Contribution au développement d’une conception large de la notion d’investissement ,” *Gaz. Pal.*, n° 351, 23 ; LAVIEC J-P., (1985), *Protection et promotion des investissements ; Etude de droit international économique*, Genève :P.U.F., 331

โดยการนำเอาหลักทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการลงทุนเข้ามาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการจำแนกว่ากิจกรรมใดเป็นการลงทุนหรือไม่ ทั้งแนวคิดทางวิชาการทางกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้วางแนวคิดในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการลงทุนหรือไม่ออกเป็นหลายแนวด้วยกัน⁶⁶

หลักเกณฑ์ทางวิชาการในการพิจารณามีสาระสำคัญ ซึ่งอาจพอสรุปได้โดยสังเขปคือ กิจกรรมที่ถือว่าการลงทุนนั้นต้องมีลักษณะที่เป็นการนำเอาทรัพย์สินเข้าไปในดินแดนของรัฐหนึ่งๆ เพื่อประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางอย่าง โดยเป็นกิจกรรมที่ต้องใช้ระยะเวลานานพอสมควรก่อนที่จะให้ผลตอบแทนกลับคืน และผู้ลงทุนหรือการลงทุนนั้นต้องแบกรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนนั้นด้วย⁶⁷

นอกจากนี้ แนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (อนุญาโตตุลาการ ICSID) ได้สร้างหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการพิสูจน์ว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจใดเป็น “การลงทุน” ขึ้นมาโดยเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ในทางวิชาการเพียงเล็กน้อย โดยเรียกหลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนี้ว่า “หลักเกณฑ์ Salini (Salini Test)”⁶⁸ ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว กิจกรรมที่เป็นการลงทุนต้องเป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการนำทรัพย์สินเข้าไปลงทุน เป็นกิจกรรมที่ใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ มีความเสี่ยงในการประกอบการและเป็นกิจกรรมที่มีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศผู้รับการลงทุน

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา แนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ผ่อนปรนหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องนำเอาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนมาใช้เป็นตัวชี้วัดอีก เนื่องจากตัวหลักเกณฑ์ข้อนี้มีขอบเขตที่กว้างจนไม่อาจกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนลงไปได้ในแต่ละกรณี⁶⁹

⁶⁶ SACERDOTI G., *op.cit*

⁶⁷ SORNARAJAH M., *op. cit*.

⁶⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID คดี *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco*, (ICSID/ARB/00/4), Jurisdiction decision 23 July 2001

⁶⁹ BEN HAMIDA W., (2007), “La notion d’investissement, la notion maudite du système CIRDI ?,” *Cah. Arb.*, 2007/4, 33 et s. ; BEN HAMIDA W., (2007), “La notion d’investissement : le chaos s’amplifie devant le CIRDI,” *op. cit.* ; POULAIN B., (2007), “Contribution au développement d’une conception large de la notion d’investissement,” *op.cit*.

สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับจะมีการกำหนดนิยามของ “การลงทุน” ไว้เสมอ⁷⁰ เมื่อกิจกรรมนั้นเป็นการลงทุนก็จะได้รับการคุ้มครองจากสนธิสัญญา⁷¹ อย่างไรก็ตาม นอกจากความหมายของ “การลงทุน” ที่กำหนดไว้ในคำนิยามแล้ว สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่จะกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือขอบเขตของการคุ้มครองของสนธิสัญญาไว้ดีกว่า การลงทุนที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็น “การลงทุน” ที่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐภาคี⁷² ในบางกรณี สนธิสัญญาก็อาจกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้การลงทุนนั้นต้องทำขึ้นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาด้วย⁷³

จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็น “การลงทุน” หรือไม่เป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญมากที่สุดประเด็นหนึ่งซึ่งยังคงไม่มีข้อยุติที่แน่ชัดและมีพัฒนาการตามรูปแบบทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่เสมอ ดังนั้น จำต้องอาศัยการพิจารณาในข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป เมื่อพิจารณาได้แล้วว่ากิจกรรมใดเป็นการลงทุน ข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องโดยตรงหรือเป็นผลโดยตรงจากการลงทุนนั้นก็จะเป็น “ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน” นั่นเอง

⁷⁰ โปรดดู LAVIEC J-P., (1985), “Protection et promotion des investissements ; Etude de droit international économique,” *op.cit.*, 13 et s.

⁷¹ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 1 (1) ได้ให้นิยามของ “การลงทุน” ไว้ว่า “คำว่า “การลงทุน” ให้ประกอบด้วยสินทรัพย์ทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะ

- (1) สิ่งหามิทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนทรัพย์สินอื่นใด เช่น จำนวน สิทธิยัดห่วง และจำนำ
- (2) หุ้นของบริษัทและผลประโยชน์ชนิดอื่นในบริษัท
- (3) สิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เงินที่ใช้สำหรับการสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจ หรือสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติตามซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ
- (4) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิบัตรและแบบผลิตภัณฑ์ แบบอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า และความลับทางการค้าและธุรกิจ กระบวนการทางเทคนิค ความรู้ความชำนาญ และค่าความนิยม
- (5) สัมปทานทางธุรกิจภายใต้กฎหมายมหาชน รวมทั้ง สัมปทานในการค้นหา สกัดและแสวงประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ”

⁷² สนธิสัญญาไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 2 (2) กำหนดว่า “สนธิสัญญานี้จะใช้บังคับเฉพาะกับการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบเป็นการเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หากกำหนดไว้เช่นนั้นโดยกฎหมายและข้อบังคับของภาคีสัญญานั้น” สนธิสัญญาไทย-จอร์แดน (2005) ข้อ 2 (1) สนธิสัญญาไทย-ตุรกี (2005) ข้อ 2 (1) สนธิสัญญาไทย-อาร์เจนตินา (2000) ข้อ 2 (1) หรือสนธิสัญญาไทย-เกาหลีใต้ (1989) ข้อ 2 (1) กำหนดไว้ว่า “คุณสมบัติของความตกลงนี้ให้ใช้เฉพาะในการการลงทุนด้วยทุนทรัพย์โดยคนชาติและบริษัทของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งในอาณาเขตของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ที่ได้รับความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษรโดยจำเพาะจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งเท่านั้น”

⁷³ สนธิสัญญาไทย-บัลแกเรีย (2003) ข้อ 11

ประการที่สาม ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นข้อพิพาทตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (Elément d'extranéité) อยู่ด้วย องค์ประกอบระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ในหลายๆ กรณี โดยอาจเกิดขึ้นจากการมีสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งแตกต่างกัน หรือเกิดจากการที่กฎหมายที่จะถูกนำมาปรับใช้แก่กรณีเช่นนั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น โดยแท้จริงแล้ว หลักการมีองค์ประกอบระหว่างประเทศนี้ก็เป็นหลักการเดียวกันของการจำแนกสัญชาติของบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั่นเอง⁷⁴

ข้อพิพาทที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศนั้นต้องเป็นการโต้แย้งว่าการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน (หรือหน่วยงานของรัฐ) ขัดต่อหลักการที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับซึ่งมีความคล้ายคลึงกัน เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (ปฏิบัติ) หลักการเวนคืนทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เป็นต้น

ประการที่สี่ ข้อพิพาทนั้นต้องเกิดขึ้นภายหลังจากที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีผลบังคับใช้แล้ว เนื่องจากว่า สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยส่วนใหญ่ได้กำหนดขอบเขตความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน โดยจะคุ้มครองเฉพาะ “ข้อพิพาท (Disputes)” หรือ “ข้อเรียกร้อง (Claims)” ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนั้นมีผลบังคับใช้แล้วเท่านั้น⁷⁵ ในบางกรณี สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาจจะกำหนดให้มีผลคุ้มครองเฉพาะการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลังจากเวลาใดเวลาหนึ่งที่ข้อกำหนดของสนธิสัญญากำหนดไว้ก็ได้⁷⁶

หลักเกณฑ์ของการเป็น “ข้อพิพาท” เกี่ยวกับการลงทุนที่กล่าวมานี้เป็นเพียงสิ่งที่นำมาใช้พิจารณาว่าข้อพิพาทใดจะได้รับการคุ้มครองจากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนและหากข้อพิพาทนั้นได้รับความคุ้มครองแล้ว คู่กรณีฝ่ายนักลงทุนก็สามารถที่จะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนแรกของบทความนี้

⁷⁴ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดไว้ชัดเจน ถึงบุคคลที่เป็น “คนชาติ” ของรัฐภาคี เช่น สนธิสัญญาไทย-อินเดีย (2000) ข้อ 1 (ค) เป็นต้น

⁷⁵ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-อาร์เจนตินา (2000) ข้อ 2 (2) มีความว่า “ความตกลงนี้จะใช้กับการลงทุนทุกประเภท ไม่ว่าได้ทำขึ้นก่อนหรือภายหลังวันเริ่มมีผลบังคับใช้ความตกลงนี้ แต่บทบัญญัติของความตกลงนี้จะไม่ใช่กับข้อพิพาทหรือความแตกต่างใดๆ ที่เกิดขึ้นก่อนการเริ่มมีผลบังคับใช้ของความตกลง”

⁷⁶ สนธิสัญญาไทย-ฮังการี (1991) ข้อ 2 (2)

เนื่องจากการกระทำที่เป็นต้นเหตุแห่งข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนอาจเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐ⁷⁷ หรือเป็นการกระทำเกี่ยวกับสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ⁷⁸ จึงทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางปกครองด้วยเกือบทั้งสิ้น⁷⁹ กล่าวคือ เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ (หรือองค์กรของรัฐ) ที่เป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายรัฐหรือของเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁸⁰ ซึ่งหากนักลงทุนไม่ได้เป็นบุคคลต่างด้าวแล้ว ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่เกิดขึ้นจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐนั้น ก็เป็นคดีปกครองประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ต้องตกอยู่ภายใต้

⁷⁷ กฎหมายภายในของรัฐที่นำมาปรับใช้กับนักลงทุน โดยส่วนใหญ่จะเป็นกฎหมายปกครองแทบทั้งสิ้น โปรดดู โปรดดู รายละเอียดเพิ่มเติมจาก สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการศึกษาวิจัยโครงการมาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บทที่ 4 หน้า 81 เป็นต้นไป. สืบค้นเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556 จาก http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=category§ionid=4&id=6&Itemid=11

⁷⁸ ภายใต้ระบบกฎหมายไทย ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ให้อำนาจความของ “สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (State Contract หรือ Contrat d'Etat)” แต่จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามของสัญญาทางปกครองไว้ให้ “หมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดให้บริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ดังนั้น สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ โดยส่วนใหญ่ จะอยู่ในรูปแบบของสัญญาสัมปทาน โดยเป็นสัญญาระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ในฐานะเป็นนิติบุคคลระหว่างประเทศ ร่วมทำขึ้นกับนักลงทุนต่างด้าว เพื่อประกอบกิจการอันมีลักษณะเป็นการจัดให้บริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงสอดคล้องกับคำนิยามของสัญญาทางปกครองดังกล่าว ส่วนสัญญาอื่นๆ ที่รัฐทำกับนักลงทุนต่างชาติที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาการลงทุน เช่น สัญญาจ้างทำของ สัญญาซื้อขาย ย่อมไม่ต้องนำมาพิจารณา เพราะสัญญาประเภทดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตของคำจำกัดความของ “การลงทุน” อยู่แล้ว

⁷⁹ ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้เป็นคดีปกครอง มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดประเภทคดีปกครองไว้ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว “คดีปกครอง หมายความว่า คดีที่ต้องฟ้องและดำเนินคดีในศาลปกครอง ซึ่งได้แก่ บรรดาข้อพิพาททั้งหลายระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง โดยพิพาทกันในเรื่องเกี่ยวกับกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ หรือคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นและสัญญาทางปกครอง” โดย อำพน เจริญชีวินทร์, (2545), ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม), น.1 และโปรดดู ฤทัย หงส์ศิริ, (2545), ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 176

⁸⁰ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการโต้แย้งว่ารัฐได้กระทำการโดยไม่ชอบ ขัดต่อหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเสมอภาค ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีของการเวนคืนทรัพย์สินโดยไม่มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น

เขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเท่านั้น ดังนั้น การกระทำของรัฐ กระมเดียวกันนั้น จึงอาจถูกโต้แย้งว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (กฎหมายปกครอง) หรืออาจจะถูกนักลงทุนโต้แย้งว่าการกระทำเดียวกันนั้นขัดต่อข้อกำหนดของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน

และเมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนมีลักษณะเป็นคดีปกครองแล้ว คู่กรณีต้องเสนอข้อพิพาทนั้นให้ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษา แต่การที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้สร้างกระบวนการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่มีลักษณะเป็นคดีปกครองขึ้นมาอีกอย่างหนึ่ง เท่ากับว่าเป็นการสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางปกครองขึ้นโดยที่กฎหมายของไทยในปัจจุบันยังไม่เปิดช่องให้ทำได้ อันเป็นผลประการแรกที่เกิดขึ้นจากการทับซ้อนกันอยู่ของกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งสองที่ได้กล่าวมาแล้ว

ข. การสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางปกครองขึ้นโดยอัตโนมัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 223 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง และโดยนัยของบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว คู่กรณีต้องเสนอคดีปกครองทุกประเภทให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ทั้งนี้ เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น (เช่น คดีพิพาททางภาษีอากร เป็นต้น) จึงเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีปกครองของไทยในปัจจุบันยังไม่เปิดช่องให้มีการใช้กระบวนการทางเลือกในการระงับคดีปกครอง (โดยแท้)⁸¹ ได้อย่างใด

เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งได้กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้วว่ามีลักษณะเป็นคดีปกครองด้วยนั้น โดยหลักกฎหมายที่อ้างมาเบื้องต้น คู่กรณีก็ต้องเสนอข้อพิพาทดังกล่าวให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษา แม้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะเป็นนักลงทุนต่างด้าวก็ตาม อย่างไรก็ตาม เมื่อสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้เข้ามาสร้างกระบวนการระงับข้อพิพาทขึ้นมาอีกกระบวนการหนึ่ง โดยเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวมียุติสนธิสัญญาให้องค์การระงับข้อพิพาทอื่นนอกเหนือจากศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดแล้ว จึงเท่ากับว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้สร้าง

⁸¹ คดีปกครองโดยแท้ ในที่นี้หมายความว่าคดีปกครองที่เกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยฝ่ายเดียวหรือเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของฝ่ายปกครอง แต่ไม่หมายรวมถึงคดีพิพาททางปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก คดีพิพาททางปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีข้อกำหนดของสัญญาให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้นั้น คู่กรณีอาจนำข้อพิพาทดังกล่าวให้อนุญาโตตุลาการตามสัญญาวินิจฉัยชี้ขาดหรืออาจนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองก็ได้ คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงเป็นคดีพิพาททางปกครองที่มีการระงับข้อพิพาททางเลือกอยู่แล้ว

ทางเลือกในการดำเนินคดีปกครองที่มีนักลงทุนต่างด้าวเป็นคู่กรณีขึ้นมาแล้ว แม้กฎหมายภายในของไทยจะยังไม่เปิดช่องให้ทำได้ก็ตาม

แต่ถึงอย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงลักษณะที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายภายในของรัฐและระบบกฎหมายความรับผิดชอบระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมทำให้ไม่สามารถที่จะชี้ชัดลงไปได้โดยเด็ดขาดว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้สร้างกระบวนการที่เป็นข้อยกเว้นของระบบกฎหมายภายใน เนื่องจากระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีความแตกต่างกัน⁸² และสิ่งที่แตกต่างกันย่อมไม่อาจนำมาเปรียบเทียบหรือเทียบเคียงกันได้ กระนั้น หากมองในแง่ของผลในท้ายที่สุดซึ่งเกิดขึ้นจากการสร้างระบบดังกล่าวขึ้นมาแล้ว นักลงทุนต่างด้าวมีทางเลือกในการดำเนินคดีปกครองเพิ่มขึ้นอีกทางหนึ่ง โดยอาจจะเลือกเสนอข้อพิพาท (ซึ่งมีลักษณะเป็นคดีปกครอง) นั้นไปยังศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หรือเลือกที่จะใช้สิทธิตามกระบวนการที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้สร้างขึ้น

การสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาทขึ้นมาโดยอัตโนมัติดังกล่าวทำให้เกิดผลกระทบที่ตามมาในเรื่องต่างๆ อันอาจพิจารณาได้ดังนี้

1) ประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบในเรื่องเขตอำนาจศาล

การสร้างทางเลือกในการดำเนินคดีปกครองเพื่อให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนซึ่งเป็นคดีปกครองไปให้องค์กรอื่นนอกจากศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดอาจมีผลทำให้คดีพิพาทเหล่านี้หลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาลปกครอง แม้ข้อพิพาทนั้นจะเป็นเรื่องการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐโดยแท้ (การกระทำทางปกครองโดยการออกคำสั่ง กฎ) ก็ตาม

โดยแท้จริงแล้ว กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีเป้าหมายที่จะทำให้ข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างด้าวหลุดพ้นจากอำนาจอธิปไตยของรัฐและเข้าไปอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้องค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้ นักลงทุนต่างด้าวจึงมักจะเลือกให้องค์กรระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทมากกว่าที่จะยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลภายในของรัฐให้เป็นผู้พิจารณาพิพากษา และในทาง

⁸² ความแตกต่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ กระบวนการหนึ่งเป็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในฐานะที่รัฐเป็นนิติบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่อีกกระบวนการหนึ่งเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ ตามหลักกฎหมายภายในของรัฐนั่นเอง หลักความรับผิดชอบทั้ง 2 อย่างนี้มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนทั้งในแนวคิดและหลักการ โปรดดูเพิ่มเติม เช่น จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, อ้างแล้ว, 267-336.

ปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของการลงทุนที่มีทุนทรัพย์สูง นักลงทุนมักจะไม่นำเสนอให้ศาลภายในของรัฐเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีเลย เพราะโอกาสที่ฝ่ายนักลงทุนจะเป็นฝ่ายชนะคดีและได้รับค่าสินไหมทดแทนครบเต็มจำนวนนั้นมีอยู่ไม่มากนัก เพราะในการพิจารณาพิพากษาคดีใดๆ ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐนั้น ศาลภายในของรัฐย่อมต้องคำนึงถึงและต้องรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะภายในของรัฐนั้นเป็นสำคัญมากกว่าจะคำนึงถึงผลประโยชน์ของนักลงทุนต่างด้าวเป็นลำดับแรก

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่าข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างด้าวกับรัฐผู้รับการลงทุนอาจเป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือองค์การของรัฐ ซึ่งโดยปกติแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐโดยฝ่ายปกครองนั้น เป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่เมื่อนักลงทุนไม่นำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครอง และได้ไปใช้สิทธิตามกระบวนการของสนธิสัญญา ย่อมทำให้ศาลปกครองไม่อาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจึงเป็นกฎหมายที่มีผลลดทอนอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่มีอยู่เหนือคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ การที่คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น ก็อาจเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลภายในของรัฐไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของหน่วยงานของรัฐอันเป็นประเด็นพิพาทแห่งคดีได้อีก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาวอชิงตันหรือ ICSID Convention ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID มีผลเป็นเสมือนคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลของรัฐ⁸³ ศาลภายในย่อมไม่อาจที่จะเข้าไปทบทวนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID⁸⁴ ได้อีก หลักการมีผลผูกพัน

⁸³ อนุสัญญาเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐและบุคคลชาติอื่นหรืออนุสัญญาวอชิงตัน (ICSID Convention) ปี ค.ศ. 1965 ข้อ 53 (1) ได้กำหนดไว้ว่า “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.” และข้อ 54 (1) ได้กำหนดอีกว่า “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.” (เน้นโดยผู้เขียน)

⁸⁴ ซึ่งอาจเป็นด้วยสาเหตุนี้เองที่ทำให้รัฐไทยจึงยังคงไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาวอชิงตัน เพราะเกรงว่าศาลของรัฐจะถูกลดอำนาจลงไปโดยผลของอนุสัญญาวอชิงตัน

และต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจึงอาจเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่เป็นคดีปกครองหลุดพ้นไปจากการตรวจสอบของศาลปกครองไปโดยปริยาย

แต่ถึงแม้จะเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอื่นที่ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการ ICSID หากเป็นอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแล้ว ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปทบทวนหรือตรวจสอบคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นได้เลย เพราะโดยหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้น คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันและถึงที่สุด ศาลหรือองค์กรใดๆ ไม่มีอำนาจเข้าไปทบทวนพิจารณาวินิจฉัยในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดไปแล้วนั้นได้อีก เพราะหากทำเช่นนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการห้ามมิให้มีการพิจารณาและพิพากษาซ้ำในสิ่งที่ได้มีการพิจารณาพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เรียกว่าหลัก *Res judicata* ดังนั้น ข้อพิพาททางปกครองใดที่มีนักลงทุนต่างด้าวเป็นคู่กรณีและถูกนำไปเสนอให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ศาลปกครองจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้อีก คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศจึงอาจหลุดพ้นจากอำนาจของศาลปกครองไปโดยปริยาย

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงเกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สมควรจะนำมาพิจารณาต่อมาก็คือ การที่สนธิสัญญากำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนซึ่งเป็นคดีปกครองเพิ่มขึ้นเท่ากับเป็นการตัดหรือลดทอนเขตอำนาจของศาลปกครองที่ถูกกำหนดไว้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทยหรือไม่ หรือกล่าวได้อีกอย่างหนึ่ง คือ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนที่มีข้อกำหนดที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งยังคงเป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมายที่ต้องขบคิดกันต่อไปซึ่งไม่อาจนำมาพิจารณาได้โดยละเอียดในขอบเขตการศึกษาที่จำกัดของบทความนี้

2) นักลงทุนระหว่างประเทศมีทางเลือกที่มากยิ่งขึ้นในการโต้แย้งการกระทำทางปกครอง?

โดยผลของการได้รับความคุ้มครองจากสนธิสัญญา นักลงทุนระหว่างประเทศมีสิทธิที่จะเลือกองค์กรที่จะทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยอาจเสนอข้อพิพาทให้องค์กัระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองที่มีเขตอำนาจก็ได้ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนต่างด้าวจึงเป็นผู้ที่มีทางเลือกในการจะเสนอข้อพิพาทที่เพิ่มมากขึ้นกว่าบุคคลอื่นผู้อยู่นอกขอบเขตความคุ้มครองของสนธิสัญญา หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ นักลงทุนมีสิทธิที่จะเสนอคดีปกครองที่ตนเป็นคู่กรณีกับรัฐผู้รับการลงทุนไปให้องค์กรอื่นนอกเหนือจากศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาพิพากษา นักลงทุนระหว่างประเทศจึงมีสิทธิตามกฎหมายในการโต้แย้งการกระทำทางปกครองโดยวิธีอื่น เช่นนี้จะถือว่าได้หรือไม่ว่า ความเป็นนักลงทุนระหว่างประเทศทำให้เป็นผู้มีสิทธิที่ดีกว่าบุคคลผู้มีสัญชาติของรัฐผู้รับการลงทุน (ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครอง)

หลักการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาโดยแท้จริงแล้ว เป็นเพียงทางเลือกที่นักลงทุนจะนำไปใช้ได้เท่านั้น ไม่ใช่ว่าบังคับให้นักลงทุนจะต้องเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทของสนธิสัญญาแต่อย่างใด นักลงทุนอาจจะไม่ใช้สิทธิดังกล่าวและเลือกที่จะดำเนินการทางคดีโดยฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนก็ได้⁸⁵ อีกทั้งการกำหนดให้กระบวนการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นสิทธิของนักลงทุนนั้นมีเป้าหมายอยู่ที่การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนเสียมากกว่าที่จะเป็นการสร้างข้อได้เปรียบให้กับนักลงทุน เพราะการเข้าไปลงทุนในอาณาเขตของรัฐอื่นเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงสูงโดยสภาพอยู่แล้ว การที่นักลงทุนไม่มีสิทธิในการเสนอข้อพิพาทต่อองค์กรที่เป็นอิสระอาจเป็นการเพิ่มความเสี่ยงมากขึ้นอีก และอาจทำให้นักลงทุนต่างด้าวไม่ได้รับความเป็นธรรมและเป็นกลางอย่างแท้จริงในการแสวงหาความยุติธรรม หากต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ต้องให้องค์กฤษฎาภายในของรัฐที่ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุน เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาท

นอกจากนี้ การให้สิทธิแก่นักลงทุนดังกล่าวเกิดขึ้นจากคามยินยอมของรัฐผู้รับการลงทุนที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาที่ต้องการจะพัฒนาเศรษฐกิจของตนโดยการแสวงหาแหล่งเงินทุนเพิ่มเติมจากภายนอก สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายอีกอย่างหนึ่งที่รัฐสร้างขึ้นมานำมาใช้เพื่อดึงดูดกระแสการลงทุนระหว่างประเทศให้เข้ามาในอาณาเขตของรัฐภาคี โดยรัฐนั้นยินยอมที่จะสละการใช้อำนาจอธิปไตยบางอย่างของตนเพื่อแลกกับการรับเอากระแสการลงทุนเข้ามาในดินแดนของตน ดังนั้น ในแง่มุมนี้ การให้สิทธิดังกล่าวแก่นักลงทุนจึงเป็นไปตามหลักการต่างตอบแทนนั่นเอง

ค. ผลกระทบต่อหลักกฎหมายภายใน (กฎหมายปกครอง) อื่น ๆ

นอกจากผลกระทบต่อกระดำนคตปปกครองที่เกี่ยวกับการลงทุนที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญายังอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ได้อีก

1) ปัญหาในการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดและเมื่ออนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

⁸⁵ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับได้กำหนดให้ศาลของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นทางเลือกหนึ่งด้วยเช่นกัน เช่น สนธิสัญญาไทย-อียิปต์ (2000) ข้อ 10 (2) กำหนดไว้ว่า "If dispute cannot be settle (...), it may be submitted upon request of the investor ... to (a) The competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made." (ถ้าวข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้ (...) โดยคำร้องขอของนักลงทุนอาจเสนอข้อพิพาทนั้น (...) ต่อ (ก) ศาลซึ่งมีอำนาจของภาคีสัญญาในดินแดนซึ่งได้มีการลงทุน) สนธิสัญญาไทย-ฟินแลนด์ (1994) ข้อ 8 (2) ; สนธิสัญญาไทย-บังกลาเทศ (2002) ข้อ 9 (2)

ระหว่างประเทศและตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน⁸⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมผูกพันคู่กรณีแห่งข้อพิพาทและคู่กรณียินยอมที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด⁸⁷ และดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุสัญญาของซึ่งต้นได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID มีผลเสมือนคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลภายในของรัฐ รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาต้องยอมรับการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ICSID⁸⁸ อีกทั้ง อนุสัญญา ICSID ได้กำหนดกระบวนการในการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดเอากับรัฐผู้รับการลงทุนในไว้ด้วย ดังนั้น โดยหลักแล้ว รัฐภาคีจำเป็นต้องยินยอมที่จะผูกพันและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและหากรัฐไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยปราศจากเหตุอันจะอ้างได้แล้ว รัฐอาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งของสนธิสัญญา

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติกลับมีปัญหามาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อรัฐผู้รับการลงทุนไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีเช่นนี้ นักลงทุนย่อมต้องเผชิญปัญหาในการดำเนินการโดยเฉพาะปัญหาที่ว่าจจะร้องขอให้ศาลบังคับเอากับทรัพย์สินของรัฐได้หรือไม่ ต้องร้องขอต่อศาลใด และหากโดยสภาพของการกระทำที่เป็นต้นเหตุแห่งข้อพิพาทที่ถูกนำไปเสนอให้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการกระทำทางปกครอง กรณีเช่นนี้คู่กรณีฝ่ายนักลงทุนจะต้องนำคำวินิจฉัยชี้ขาดมาขอให้ศาลปกครองออกคำบังคับหรือไม่ และเนื่องจากว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครอง คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายภายในของการกระทำของหน่วยงานของรัฐ การบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดในคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐจึงมักจะมีปัญหาว่าจะบังคับให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่และต้องบังคับเอากับหน่วยงานใด เพราะหน่วยงานรัฐผู้กระทำการทางปกครองที่เป็นเหตุนั้นย่อมอ้างอยู่ได้เสมอว่าการกระทำทางปกครองของตนนั้นยังไม่ถูกเพิกถอนไป (หรือการกระทำนั้นยังชอบอยู่ยังไม่ถูกเพิกถอนโดยองค์กรศาลผู้มีอำนาจ) ฝ่ายปกครองจึงไม่ยินยอมที่จะชำระค่าสินไหมทดแทนให้กับนักลงทุนต่างด้าว เช่นนี้ นักลงทุนต่างด้าวจะดำเนินการเช่นใด ซึ่งเหล่านี้ล้วนแต่เป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติที่มักจะพบเจอได้บ่อยครั้ง

⁸⁶ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-บาร์เรน (2002) ข้อ 9 (2) วรรคท้าย สนธิสัญญาไทย-สวีเดน (2000) ข้อ 9 (7)

⁸⁷ โปรดดู พรบ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หมวด 7 มาตรา 41

⁸⁸ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, (กรกฎาคม-กันยายน 2538), "ความเป็นมาและภาพรวมของICSID," **ดุลพินิจ** เล่ม 1 ปีที่ 43 : น. 23-32.

นอกจากนี้แล้ว ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีที่ยอมรับว่ารัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคลซึ่งอาจจะถูกเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบได้⁸⁹ อย่างไรก็ตาม การเรียกร้องตามสนธิสัญญาคู่ครองการลงทุนเป็นการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบในฐานะนิติบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลของรัฐอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อรัฐไทยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ นักลงทุนจะขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเอากับหน่วยงานใด หากรัฐไม่ยินยอมชดเชยค่าเสียหายตามที่คำวินิจฉัยชี้ขาดได้กำหนดไว้ เช่นนี้ นักลงทุนจะขอให้ศาลบังคับเอากับทรัพย์สินของรัฐผู้รับการลงทุนในดินแดนของรัฐนั้นได้หรือไม่ การบังคับเอากับทรัพย์สินของรัฐดังกล่าวจะขัดต่อหลักการไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีของทรัพย์สินอันเป็นสาระณะสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ ซึ่งเหล่านี้เป็นประเด็นปัญหากฎหมายที่อาจเกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบพหุนิยม (Dualism) และเป็นปัญหาในวิธีปฏิบัติที่นักลงทุนต่างด้าวผู้ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องพบเจออยู่บ่อยครั้ง

ในที่สุดแล้ว หากนักลงทุนต่างด้าวไม่อาจร้องขอให้มีการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุนได้หรือเมื่อเกิดปัญหาที่รัฐไม่ยินยอมผูกพันและไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ในทางปฏิบัติเท่าที่ปรากฏอยู่บ่อยครั้ง นักลงทุนมักจะกลับไปร้องขอต่อศาลของรัฐภาคีที่ตนมีสัญชาติอยู่ให้ทำการบังคับเอากับทรัพย์สินของรัฐคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ตั้งหรือมีอยู่ภายในอาณาเขตของรัฐเจ้าของสัญชาติ ซึ่งการดำเนินการเช่นนี้ อาจจะทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาที่อาจกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐได้

ดังนั้น ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงเป็นประเด็นปัญหาที่หน่วยงานผู้มีส่วนที่รับผิดชอบจำต้องทำความเข้าใจ เพราะหากไม่มีการดำเนินการให้ถูกต้องแล้วอาจทำให้ข้อพิพาทดังกล่าวกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศระหว่างรัฐคู่ภาคีของสนธิสัญญาคู่ครองการลงทุนตามกระบวนการที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนแรกของบทความเรื่องเดียวกันนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด รัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะร้องขอให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีได้ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ทางการเมือง ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและต่อบรรยากาศการลงทุนระหว่างรัฐภาคี ซึ่งล้วนแต่เป็นสิ่งที่ไม่เป็นที่พึงประสงค์ของรัฐภาคีฝ่ายใด

⁸⁹ ศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ประเทศไทยไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของไทย จึงไม่อาจที่จะฟ้องเรียกให้รัฐรับผิดชอบในความเสียหายได้ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490

2) ผลกระทบต่อการกำหนดเงื่อนไขของสัญญาระหว่างรัฐและเอกชน (นักลงทุนต่างด้าว) เพื่อให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาท

ก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังมีข้อถกเถียงในแวดวงนักกฎหมายว่า สัญญาระหว่างรัฐและเอกชนที่เป็นสัญญาทางปกครองจะกำหนดให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทตามสัญญาได้หรือไม่ หรือจะเขียนข้อสัญญาให้มีอนุญาตตุลาการได้หรือไม่⁹⁰ ซึ่งประเด็นข้อโต้แย้งนี้ได้ยุติลงไปในระดับหนึ่ง ภายหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการดังกล่าว โดยมาตรา 15⁹¹ ของพระราชบัญญัติเดียวกันได้กำหนดอย่างชัดเจนให้คู่สัญญาทางปกครองสามารถกำหนดให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทได้⁹²

อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 27 มกราคม 2547 ได้กำหนดข้อห้ามมิให้อนุญาตตุลาการในสัญญาของฝ่ายปกครองทุกประเภท เว้นแต่ มีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นรายๆ ไปและมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 ได้กำหนดแนวปฏิบัติในการทำสัญญาของภาครัฐว่าสัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในประเทศไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ

กระนั้น การที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเพื่อให้เป็นแนวปฏิบัติของฝ่ายรัฐดังกล่าว หากไม่เกิดขึ้นจากการระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งแล้ว ย่อมเกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจหรือการขาดความรู้ที่เพียงพอเกี่ยวกับระบบการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน เนื่องจาก การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาจเกิดขึ้นได้

⁹⁰ สำนักงานอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, (ธันวาคม 2543), “มุมมองร่วมระหว่างนักกฎหมายเอกชนและมหาชนเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกับอำนาจพิจารณาของอนุญาตตุลาการ, รายงานการสัมมนา,” บทบันทึกถ้อย เล่ม 56 ตอน 4, 119-166.

⁹¹ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 15 กำหนดไว้ว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา”

⁹² อย่างไรก็ตาม ในจุดนี้อาจวิเคราะห์ไปได้อีกว่า พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่กำหนดให้สามารถเสนอข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเป็นตบตบกฎหมายที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ถึงแม้ว่าสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นจะไม่มีข้อกำหนดให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือถึงแม้ว่านักลงทุนกับรัฐไม่มีข้อผูกพันตามสัญญากันอยู่เลยก็ตาม

กรณีที่สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ได้กำหนดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการไว้เลย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ยังสามารถอ้างสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเพื่อให้อนุญาตตุลาการเข้ามาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หากสนธิสัญญานั้นได้กำหนด “ข้อกำหนดคุ้มครองข้อผูกพัน หรือ Umbrella Clause”⁹³ ไว้ในสนธิสัญญา⁹⁴ นั้นด้วย ข้อกำหนดนี้ให้สิทธิแก่นักลงทุนที่จะอ้างว่ารัฐผู้รับการลงทุนไม่เคารพข้อผูกพัน (ตามสัญญา) ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อข้อกำหนดของสนธิสัญญาและให้อนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และแม้จะเป็นกรณีที่ไม่มีข้อกำหนดในสัญญาระหว่างกัน (สัญญาระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุน) ให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดไว้ก่อนก็ตาม

ดังนั้น ไม่ว่าในกรณีใดๆ หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนต่างด้าวระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน (รัฐบาลไทย) แล้ว นักลงทุนก็สามารถที่จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้ หน่วยงานรัฐจึงต้องตระหนักข้อเท็จจริงทางกฎหมายข้อนี้ เพื่อในการเจรจาต่อรองการทำสัญญากับเอกชนนักลงทุนต่างด้าวจะไม่ตกเป็นฝ่ายที่ “เสียรู้” และมีผลทำให้สัญญาที่ทำขึ้นฝ่ายรัฐตกเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบคู่สัญญาเป็นอย่างมาก⁹⁵

3) ผลกระทบต่อหลักความรับผิดชอบของรัฐ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติได้ใช้สิทธิโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐต่อองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่มีความเป็นกลางและปราศจากการแทรกแซงจากรัฐผู้รับการลงทุน

⁹³ โปรดดู ZOLIA V., (November 2005), “Effect and Purpose of “Umbrella Clauses,” in *Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*, TDM Online Law Journal, vol. 2 Issue 5, Retrieved 15 August 2010, form www.transnational-dispute-management.com ; ANTHONY S., (2004), “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection,” *Arb. Int'l*, 412-413 ; WALDE Th., (April 2005), “The Umbrella clause in Investment Arbitration - A Comment on Original Intentions and Recent Cases,” *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 6, n° 2, 183.

⁹⁴ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงการคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้ร่วมลงนามกับประเทศอื่นๆ ได้รวมเอาข้อกำหนดคุ้มครองการลงทุนไว้อยู่หลายฉบับด้วยกัน เช่น ความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 7 (2), ระหว่างไทย-ทาจิกิสถาน (2005) ข้อ 12 (2), ระหว่างไทย-เปรู (1991) ข้อ 4 (2), ระหว่างไทย-สหราชอาณาจักร (1978) ข้อ 5 (2), ระหว่างไทย-เกาหลีใต้ (1989) ข้อ 4 (2), ระหว่างไทย-ฮังการี (1991) ข้อ 4 (3)

⁹⁵ เนื่องจากในการเจรจาต่อรองการทำสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องต่อรองและปกป้องผลประโยชน์ของตน นักลงทุนคู่สัญญาอาจอ้างว่ายอมสละสิทธิของตนและยินยอมตามที่ฝ่ายรัฐเรียกร้องคือยินยอมที่จะไม่กำหนดให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่ฝ่ายรัฐต้องให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการที่นักลงทุนได้สละประโยชน์ที่อาจได้รับการให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาท

ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของการกระทำของรัฐ ดังนั้น แม้การกระทำของรัฐบางอย่างจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายในหรือเป็นไปตามตัวบทกฎหมายที่รัฐได้สร้างขึ้น รัฐอาจยังคงต้องรับผิดชอบต่อนักลงทุนระหว่างประเทศหากการกระทำนั้นขัดแย้งหรือฝ่าฝืนหลักกฎหมายระหว่างประเทศ (ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน)

อาจยกตัวอย่างที่ทำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบต่อหลักกฎหมายภายในของรัฐและความรับผิดชอบต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้ เช่น รัฐอาจออกกฎหมายเพื่อเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติหรือออกกฎหมายเพื่อสร้างมาตรการทางภาษีขึ้นมาเพื่อให้มีผลบังคับใช้เฉพาะกับนักลงทุนที่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าหรือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน โดยอำนาจอธิปไตยแล้ว รัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม หากรัฐใช้มาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยไม่มีค่าตอบแทนหรือกำหนดค่าตอบแทนการเวนคืนอย่างไม่เป็นธรรมโดยการเลือกปฏิบัติหรือใช้มาตรการทางภาษีที่มีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดขึ้นกับนักลงทุนเป็นอย่างมาก แม้จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (มีกฎหมายรองรับการดำเนินการ) แต่อาจเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้นำมากำหนดไว้ให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (สนธิสัญญา) ได้สร้างมาตรฐานในการดำเนินงานของรัฐ (หรือหน่วยงานของรัฐ) หรือการกระทำของรัฐต่อบุคคลต่างด้าวที่เป็นนักลงทุนที่นอกจากจะต้องชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐนั่นเองแล้วการกระทำนั้นต้องชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ หลักกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐที่เป็นเรื่องทางนโยบายบางอย่างที่ไม่อาจถูกนำไปฟ้องโต้แย้งต่อศาลได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลไม่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็น “การกระทำของรัฐบาล” หรือ “การกระทำทางรัฐบาล” หรือที่เรียกว่า « acte de gouvernement »⁹⁶ ซึ่งมีผลทำให้รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อหลักกฎหมายภายในต่อการกระทำทางนโยบายดังกล่าว บุคคลจึงไม่อาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ อย่างไรก็ตาม หลักการกระทำของรัฐบาลนี้ไม่อาจนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้

⁹⁶ ในทางวิชาการยังมีการโต้แย้งกันอยู่ว่าต้องเรียกแนวคิด “Actes de gouvernement” “ว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำของรัฐบาล” โปรดดู เอกบุณญ วงศ์สวัสดิกุล, (2551), **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย**, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

การกระทำเชิงนโยบายของรัฐจึงอาจก่อให้เกิดความรับผิดตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้หากการกระทำนั้นขัดต่อข้อกำหนดของสนธิสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุนผู้ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เคยมีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจภายในของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักลงทุน จนถึงขั้นที่ทำให้การลงทุนนั้นสูญสิ้นไปแม้ว่านโยบายทางเศรษฐกิจนั้นจะเกิดขึ้นจากความจำเป็นทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนก็ตาม⁹⁷

จึงจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายความรับผิดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐผู้รับการลงทุน มีขอบเขตที่กว้างเป็นอย่างมาก รัฐจึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างสูงในการดำเนินนโยบายทางด้านต่างๆ ซึ่งหากนโยบายนั้นขัดต่อหลักกฎหมายของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแล้ว รัฐก็ยังคงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนนักลงทุนระหว่างประเทศโดยไม่อาจที่จะนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำเชิงนโยบายมาใช้เพื่อปฏิเสธความรับผิดได้

กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนถูกออกแบบมาโดยไม่คำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายภายในของการกระทำของรัฐที่เป็นต้นเหตุทำให้เกิดความเสียหาย เพราะถึงอย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็ไม่มีอำนาจที่จะชี้ขาดว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐและสั่งให้รัฐเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบนั้นเสีย อนุญาโตตุลาการมีอำนาจแต่เพียงแค่ว่าการกระทำนั้นขัดต่อหลักกฎหมายของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนและกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้รัฐผู้ก่อความเสียหายชดใช้เท่านั้น การขาดอำนาจที่จะให้รัฐเพิกถอนการกระทำนั้นนี้เองทำให้ในหลายๆ คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายเป็นจำนวนที่สูงมากกว่าที่ศาลปกครองจะกำหนดไว้ในคดีปกครองทั่วไป⁹⁸

⁹⁷ โปรดดู TEYNIER E., (14 décembre 2006), "Umbrella clauses : le temps se couvre," *Gaz. Pal.*, n° 348, 30 et s. ในบทความเรื่องนี้ ผู้เขียนได้อธิบายให้เห็นถึงหลักการและเหตุผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ซึ่งในหมู่นักกฎหมายการลงทุนนิยมเรียกแนวคำพิพากษาในกรณีนี้ว่า *Les sentences argentines*) การที่กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบในการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นเหตุให้นักลงทุนได้รับความเสียหาย โดยรัฐไม่อาจอ้างเหตุความจำเป็นเพื่อมีต้องรับผิดชอบได้ อย่างไรก็ดีตาม อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เคยวินิจฉัยยอมรับเหตุความจำเป็นไว้เช่นเดียวกัน โปรดดูเพิ่มเติม ROUX M., (14 décembre 2006, "La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin," *Gaz. Pal.*, n° 348, 38.

⁹⁸ เช่น คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการคดีวอลเตอร์บาว เอจี ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดให้รัฐไทยต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับคู่กรณีพิพาทเป็นจำนวนกว่า 800 ร้อยล้านบาท โปรดดู *Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand* ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2009, สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2555, จาก http://italaw.com/documents/WalterBauThailand-Award_000.pdf.

3. บทสรุป

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างด้าวและรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีผลเป็นการสร้างทางเลือกในการระงับข้อพิพาทให้แก่คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งมีนักลงทุนต่างชาติเป็นคู่กรณี แม้กฎหมายไทย ในปัจจุบัน ยังคงไม่เปิดช่องให้มีการใช้ทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางปกครอง “โดยแท้” ได้

การระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจึงมีความสำคัญและเป็นข้อเท็จจริงทางกฎหมายที่นักกฎหมายมหาชนควรให้ความสนใจ เพราะคดีพิพาทอันเกี่ยวกับการลงทุนที่ตกอยู่ภายใต้กระบวนการระงับข้อพิพาทของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีผลกระทบในวงกว้าง ทั้งต่อระบบเศรษฐกิจ ต่อสถานะการลงทุน และอาจทำให้รัฐจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งเงินค่าสินไหมทดแทนที่รัฐต้องชดเชยก็เป็นเงินที่มาจากเงินภาษีอากรของประชาชนทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าการใช้อำนาจนั้นนอกจากจะต้องชอบด้วยกฎหมายภายในแล้ว การใช้อำนาจนั้นจะต้องชอบด้วยหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ความผิดพลาดเล็กๆ น้อยๆ อันเกิดจากการขาดความรู้ความเชี่ยวชาญหรือขาดความเข้าใจอย่างแท้จริงในการบริหารจัดการสัญญาที่รัฐได้ทำร่วมกับนักลงทุนต่างด้าวหรือการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนอย่างไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็นเกิดขึ้นจากสาเหตุใด อาจก่อให้เกิดความเสียหายจำนวนมหาศาลให้กับประเทศชาติได้ ผู้เขียนจึงได้แต่เพียงชี้ให้เห็นถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายแต่เพียงบางส่วนที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งยังไม่มีการกล่าวถึงกันมากนัก เพื่อให้เกิดความเข้าใจขั้นพื้นฐานเท่านั้นและหวังเป็นอย่างยิ่งว่าในการใช้กฎหมายของนักกฎหมายไทยและผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานของรัฐ ในต่อไปภาคหน้า จะเป็นไปโดยคำนึงถึงบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความภาษาไทย

- โกศล ฉันทิกุล. (2531). **กระบวนการกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน**. กรุงเทพฯ : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จุมพต สายสุนทร. (2554). **กฎหมายระหว่างประเทศ**. เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2554). **กฎหมายระหว่างประเทศ**. เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศรัทย์, จรัส ภัคดิธนากุลและกรองเกียรติ คมสัน. (พฤษภาคม-มิถุนายน 2530). “ความรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ.” **ตุลพาห**. 34 (3) : 4-8.
- วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. (กรกฎาคม-กันยายน 2539). “ความเป็นมาและภาพรวมของ ICSID.” **ตุลพาห**. 43 (1) : 23-32.
- ฉันทาย โรจนสโรช. (2552). “รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ.” **วารสารอนุญาโตตุลาการ**. 4 : 87-97.
- ประยูร กาญจนกุล. (2423). **กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน**. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2538). **กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- พินัย ไชยแสงสุขกุล. (2530). **กฎหมายการลงทุน**. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มานิตย์ วงศ์เสวี. (กันยายน-ธันวาคม 2545). “อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองของไทย (คำบรรยาย).” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 2 (3) : 109-128.
- ฤทัย หงส์สิริ. (2545). **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สำนักกระชับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. (2551). “ปัญหาการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างภาครัฐและเอกชน.” **วารสารอนุญาโตตุลาการ**. 3 : 155-184.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล. (2551). **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย**. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อำพน เจริญชีวินทร์. (2545). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.



อนันต์ จันทโรภากร. (2552). “บทบาทของอนุญาโตตุลาการในคดีข้อพิพาททางสัญญาที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวข้องกับการให้สินบนหรือการทุจริตประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ.” **วารสารอนุญาโตตุลาการ**. 4 : 6-16.

_____. (2552). “พัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย : ก้าวต่อไปที่ต้องเดิน.” **วารสารอนุญาโตตุลาการ**. 4 : 61-69.

หนังสือและบทความภาษาต่างประเทศ

ภาษาอังกฤษ

ANTHONY S. (2004). “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection.” **Arb. Int'l**. 20 (4) : 412-413.

ADEDE A.O. (1983). “Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries.” **RCADI**. tome. 180 (1983-III) : 9-168.

BELL A. (2003). **Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation**. Oxford. Oxford University Press. Private International Law Series.

DOLZER R. (2005). “The Notion of Investment in Recent Practice.” *in* S. SHARNOVITZ, D. STEGER & P. Van Den BOSSCHE, **Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Flerention Filiciano**. Cambridge :Cambridge University Press : 261-275.

EI CHIATI E.Z. (1987). “Production of Investment in the Field of Petroleum Agreements.”, **RCADI**, tome (1987-IV). 204 : 9-170.

GUILLARD E.. (October 2005). “Treaty Based Jurisdiction : Broad Dispute Resolution Clause.” **N.Y.L.J.** 234 (68). 3 et s.

HIGGINS R. (1982). “The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law.” **RCADI**, tome 176 (1982-III) : 259-391.

KRISHAN D. (March 2009). “A notion of ICSID Investment.” **TDM** (Transnational Dispute Management ; online law journal), Retrieved 15 August 2010 from <http://www.transnational-dispute-management.com>.

McKENNA C. CMS. (November 2005). “Forum Shopping in Arbitration.” **Transnational Dispute Management**. Retrieved August 15, 2010, From <http://www.transnational-dispute-management.com>.

- MUCHINSKI P. (1997). **Multinational Enterprises and the Law**. London. Blackwell Publisher.
- NWOJUGU E.I. (1976). "Legal Problem of Foreign Investments." **RCADI**. tome. 153 (1976-V) : 167-262.
- ORLOV L.N. (1990). "Soviet Joint Enterprises with Capitalist Firms and Other Joint Ventures between East and West." **RCADI**. tome (1990-II). 221 : 371-414.
- SACERDOTI G. (1997). "Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection." **RCADI**, Tome. 269 : 251-460
- SHIHATA I.F.I. (1987). "The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment." **RCADI**. tome. 203 (1987-III) : 95-230.
- SORNARAJAH M. (2004), **The international law on foreign investment**, 2nd ed.. Cambridge. Cambridge University Press : 525
- SCHEURER CH. (2004), "Travelling the BIT Route : Of Waiting, Umbrella Clauses and Forks in the Road." **JWIT** 5 : 231.
- ZOLIA V. (November 2005). "Effect and Purpose of "Umbrella Clauses" in Bilateral Investment Treaties : Unresolved Issues." **TDM Online Law Journal**. Retrieved 15 August 2010 From www.transnational-dispute-management.com.

ภาษาฝรั่งเศส

- BEN HAMIDA W. (2003). **L'arbitrage transnational unilatéral : Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique**. Paris :Thèse, Université Paris II,.
- BEN HAMIDA W. (15 décembre 2009). "La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI", **Gaz. Pal.**, n° 349 : 24 et s.
- CARREAU D., JUILLARD P. (2010). **Droit international économique**. 4^{ème} éd. Paris :Dalloz. XI-770.
- CONDORELLI L. (2003). "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique." in **La protection diplomatique : Mutation contemporain et pratiques nationales**, Bruxelles. Bruyant : 3-28
- DELAUME G. (1982). "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements." **JDI**. : 775-843



- DINH N.Q., DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A. (2009). **Droit international public**. 8^{ème}éd. Paris :L.G.D.J. : 1722
- GAILLARD E. (2003). "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements." **Rev. Arb.** : 853-877
- LALIVE J.-F. (1983). "Contrats entre Etats ou entreprise étatiques et personnes privées. Développements récents." **RCADI**. Tome 181 (1983-III) : 9-284
- LAVIEC J.-P. (1985). **Protection et promotion des investissements ; Etude de droit international économique**. Genève. P.U.F. : 331
- LEBEN CH. (2004). "La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des Traités de promotion et de protection des investissements ." **AFDI**. : 708.
- LEBEN CH. (1999). "L'évolution du droit international des investissements ." *in Journée d'étude : Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*. Institute des Hautes Etudes internationales. Paris II :Pedone : 7-32.
- LEMAIRE S. (2006). "Treaty Claims et Contract Claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat ." **Rev.arb.** n° 2 : 353-400.
- PAZARTZIS Ph. (1992). **Les engagements internationaux en matière de pacifique des différends entre Etats**. Paris :L.G.D.J. : 349
- POULAIN B. (16 décembre 2008). "Contribution au développement d'une conception large de la notion d'investissement ." **Gaz. Pal.** n° 351 : 23 et s :
- ROUX M. (14 décembre 2006). "La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin." **Gaz. Pal.** n° 348 : 38 et s.
- SANTULLI C. (2005), **Droit du Contentieux international**, Paris :Montchrestien : XI-582
- STERN B. (2003). "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?." *in Mélange en l'Honneur de Philippe KHAN*. Paris :Litec : 203 et s.
- TEYNIER E. (14 décembre 2006). "Umbrella clauses : le temps se couvre ." **Gaz. Pal.** n° 348 : 30 et s.