

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานในการอนุญาโตตุลาการ
ตามสนธิสัญญาการลงทุน: การวิเคราะห์กลไกทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหา

PARALLEL PROCEEDINGS IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION : AN ANALYSIS OF EXISTING
LEGAL MECHANISMS FOR PROBLEM RESOLUTION

กชกร มาลาคำ

Kodchakorn Malakum

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : mal.kodcha@gmail.com

Graduate student of Master of Laws Program in International Law,

Faculty of Law, Thammasat University: mal.kodcha@gmail.com

Received : August 26, 2024

Revised : September 30, 2024

Accepted : October 10, 2024

บทคัดย่อ

การให้คุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติปรากฏให้เห็นได้จากบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งเป็นการให้สิทธินักลงทุนต่างชาติในการยื่นข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุนต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้โดยตรง ถึงแม้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติจะเป็นการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนภายในรัฐผู้รับการลงทุนมากขึ้นก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติอาศัยประโยชน์จากบทบัญญัติดังกล่าว ในการวางแผนสัญญาสิทธิโดยการออกแบบโครงสร้างทางธุรกิจของตน เพื่อให้องค์กรที่อยู่ภายใต้ธุรกิจที่ตนเป็นผู้ควบคุมอย่างแท้จริงมีหลายสัญชาติ และสามารถนำข้อพิพาทมายื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยสนธิสัญญาการลงทุนที่คุ้มครองแตกต่างกันในลักษณะที่เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน และถึงแม้จะไม่ใช้รูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่มีผิดในตัวเอง แต่อาจส่งผลกระทบต่อความยุติธรรม เช่น ความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด การเยียวที่ซ้ำซ้อน การสูญเสียทรัพยากรในการต่อสู้คดี และการเสียเปรียบของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่อาจเพิกเฉยได้

บทความนี้เป็นการศึกษาถึงกลไกทางกฎหมายทั้งกลไกทางสนธิสัญญา กลไกในการประสานงานระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการ และการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป เพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ว่ากลไกทางกฎหมายใดมีประสิทธิภาพและเหมาะสมสำหรับนำมาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานตามสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งเป็นการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ บทความ เอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมทั้งเอกสารขององค์กรระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มศึกษาจากลักษณะ และปัจจัยที่ก่อให้เกิดของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานขึ้น ต่อมาจึงศึกษาว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบอย่างไร หลังจากนั้นจึงศึกษาถึงกลไกในทางกฎหมายในด้านการปรับใช้และข้อจำกัดของแต่ละกลไก

จากการศึกษาถึงกลไกทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน พบว่ากลไกแต่ละประเภทยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้ จึงต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายในการปรับปรุงให้กลไกทางกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นและป้องกันผลกระทบหากเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน, การอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน, การวางแผนสัญชาติ

ABSTRACT

Foreign investors are protected by an investment treaty arbitration provision, which provides them with the right to bring legal action directly against the host state. However, foreign investors may exploit these provisions by structuring businesses to attribute multiple nationalities to controlled entities. This enables them to initiate parallel proceedings by filing disputes with arbitral tribunals under multiple investment treaties. While not inherently unlawful, parallel proceedings may have several undesirable consequences that must be considered: inconsistent awards, double remedies, wasted judicial resources, and disadvantages to the host state.

This article analyzes legal mechanisms, particularly treaty provisions, tribunal cooperation, and general principles, to determine methods for managing parallel proceedings under investment treaties. Data was gathered from Thai and English language sources, in addition to reports from international organizations. An examination of the characteristics and causes of parallel proceedings is followed by a study of related problems and consequences. Applications and limitations associated with different legal mechanisms are also analyzed.

Results are that each kind of mechanism has specific limitations, so participants in investment treaty arbitration must collaborate to clarify extant legal systems, avoid parallel proceedings and limit negative effects.

Keywords

Parallel proceedings, International investment arbitration, Nationality planning

1. บทนำ

นักลงทุนต่างชาติ (foreign investor)¹ ที่เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน (host state) ย่อมคาดหวังให้การลงทุนของตนได้รับความคุ้มครองตามที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับรัฐผู้ส่ง (home state) อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนหากเกิดการกระทำที่ไม่เป็นธรรมจากรัฐผู้รับการลงทุน หรือเมื่อเกิดข้อพิพาททางการลงทุนขึ้น นักลงทุนจะสามารถอ้างสิทธิที่ตนมีขึ้นว่ากล่าวกับรัฐผู้รับการลงทุนได้ โดยตรงผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาท เช่น การอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) หรือกระบวนการทางศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่านักลงทุนดังกล่าวเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากขอบเขต และบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่กำหนดไว้ในแต่ละฉบับ ซึ่งสนธิสัญญาการลงทุนส่วนใหญ่มักกำหนดค่านิยามของนักลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองในความหมายที่กว้าง² ทำให้นักลงทุนต่างชาติมักใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาในทางที่มีขอบผ่านการวางแผนสัญชาติของตน³ เพื่อให้สามารถได้รับความคุ้มครองและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ฝ่ายนักลงทุนมากที่สุด ทั้งยังเป็นการแสวงหาโอกาสในการชนะคดี โดยนำข้อพิพาทที่มีคู่พิพาทและมูลคดีเกี่ยวพันกันมายื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งกระบวนการพิจารณาในลักษณะที่เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน (parallel proceedings) ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวไม่ได้มีสาเหตุที่เกิดขึ้นจากปัจจัยของนักลงทุนเท่านั้น แต่ยังเกิดขึ้นจากปัจจัยจากสนธิสัญญาการลงทุนเอง⁴ และปัจจัยจากการขาดการประสานงานกันระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการอีกด้วย⁵

ในปัจจุบันลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานยังเป็นเรื่องที่น่ากังวลต่อระบบการระงับข้อพิพาทซึ่งผู้มีส่วนร่วมทุกฝ่ายไม่ควรเพิกเฉย เห็นได้จากทั้งรายงานของคณะกรรมการ (Commission)⁶ และคณะทำงานชุดที่ 3 (Working Group III)⁷ ของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) ที่ต่างก็เห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีลักษณะดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาและผลกระทบหลายประการ ได้แก่ ความไม่สอดคล้องกัน

¹ ซึ่งต่อไปบทความฉบับนี้จะใช้คำว่า “นักลงทุน”.

² Kaj Hober, 'Parallel arbitration proceedings-Duties of the arbitrators some reflections and ideas' in Bernardo M Cremades and Julian D M Lew (ed), *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* (ICC Publishing 2005) 246.

³ นาดนิรันดร์ จันทร์งาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน, 2562) 297.

⁴ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Concurrent proceedings in international arbitration' (8 April 2016) A/CN.9/881 para 15.

⁵ เติ้งอ่าง para 15.

⁶ UNGA, 'Report of the United Nations Commission on International Trade Law' (8-26 July 2013) A/68/17 paras 131-133; คณะทำงานชุดที่ 2 ได้มีการมอบหมายให้ที่ศึกษาเรื่องอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอม รวมถึงประเด็นเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีพร้อมกันในการอนุญาโตตุลาการ (concurrent proceedings).

⁷ คณะทำงานชุดที่ 3 มีบทบาทหน้าที่ในการศึกษาเรื่องการปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ รวมถึงประเด็นเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหลายกระบวนการพิจารณา (multiple proceedings).

ของคำชี้ขาด⁸ การเยียวยาที่ซ้ำซ้อน⁹ การสูญเสียทรัพยากรในการต่อสู้คดี¹⁰ และทำให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องเสียเปรียบในทางการต่อสู้คดี¹¹

บทความฉบับนี้จึงมุ่งศึกษากลไกทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน ซึ่งกลไกดังกล่าวประกอบไปด้วยกลไกทางสนธิสัญญา กลไกในการประสานงานระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการ และกลไกในการปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะศึกษาและวิเคราะห์ว่ากลไกทางกฎหมายแต่ละประเภทที่มีอยู่ในปัจจุบัน มีประสิทธิภาพมากเพียงพอสำหรับการป้องกันสาเหตุและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานหรือไม่ เพื่อนำบทสรุปจากการศึกษาเสนอแนะต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องให้สามารถนำไปใช้พัฒนากลไกทางกฎหมายและส่งเสริมการปรับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพต่อไป

2. การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานในการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน

ก่อนที่จะศึกษาถึงสาเหตุและปัญหาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน ในส่วนที่สองผู้เขียนจะกล่าวถึงความทั่วไปของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานที่บทความนี้มุ่งศึกษา เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดปัญหาและผลกระทบอันเป็นข้อกังวลในปัจจุบันในลำดับถัดไป

2.1 การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่คู่พิพาทมีการตกลง หรือให้ความยินยอมระหว่างกันที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหากเกิดข้อพิพาทขึ้น โดยผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะผูกพันคู่พิพาทในทางกฎหมาย และสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดี โดยมีรายละเอียดดังนี้ **ประการที่หนึ่ง** เขตอำนาจพิจารณาตามประเภทมูลคดี (*ratione materiae*) คือ การพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายใต้ค่านิยมและบทบัญญัติของสนธิสัญญาการลงทุนหรือไม่ **ประการที่สอง** เขตอำนาจพิจารณาตามประเภทของคู่พิพาท (*ratione personae*) คือ การพิจารณาว่านักลงทุนหรือรัฐผู้รับการลงทุนเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของสนธิสัญญา และสนธิสัญญากำหนดให้สามารถยื่นข้อพิพาทได้หรือไม่ **ประการที่สาม** เขตอำนาจพิจารณาตามเงื่อนไขเวลา (*ratione temporis*) คือ การพิจารณาว่าการยื่นข้อเรียกร้องอยู่ภายในกรอบระยะเวลาที่สนธิสัญญาการลงทุนมีผลบังคับใช้หรือไม่ และ**ประการที่สี่** เขตอำนาจโดยความยินยอม (*ratione voluntatis*) คือ การพิจารณาว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ให้ความยินยอมในการระงับข้อพิพาทหรือไม่ โดยความยินยอมดังกล่าวอาจแสดงออกได้ในหลายรูปแบบ เช่น ความยินยอมเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของรัฐที่แสดงผ่านการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ส่งก็ดี การทำสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนก็ดี หรือแสดงผ่านการออกกฎหมายภายในของรัฐก็ดี ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐได้ยินยอมที่จะเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหากเกิดข้อพิพาทขึ้น ส่วนการให้ความยินยอมของ

⁸ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Shareholder claims and reflective loss' (9 August 2019) A/CN.9/WG.III/WP.170 para 21.

⁹ เพิ่งอ้าง para 22.

¹⁰ Josefa Sicard-Mirabal and Yves Derains, *Introduction to Investor State Arbitration* (Kluwer Law International 2018) 66.

¹¹ Emmanuel Gaillard, 'Abuse of Process in International Arbitration' (2016) 32 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 11.

นักลงทุนแสดงให้เห็นในรูปแบบของการปฏิบัติตามเงื่อนไขก่อนการนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในตราสารทางกฎหมาย

จึงกล่าวได้ว่าอำนาจในการระงับข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นมาจากความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และมีความผูกพันทางกฎหมายให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตามอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีเพียงแต่อำนาจที่เกิดจากความตกลงของคู่พิพาท หรือที่สนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ปรากฏอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจที่ไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “อำนาจที่มีอยู่ในตัวเอง” (inherent power) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการผ่านการใช้ดุลพินิจเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีดำเนินการอย่างเป็นระเบียบและเป็นธรรม¹² หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์ในทางที่มีขอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดการใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีที่มีขอบ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถใช้อำนาจดังกล่าวในการปฏิเสธที่จะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา¹³ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี ถึงแม้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ภายในเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการก็ตาม

2.2 ลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานในการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานมีลักษณะบางประการร่วมกันกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยพร้อมกัน (concurrent proceedings) และการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหลายกระบวนการ (multiple proceedings) โดยมีความแตกต่างกันในคู่พิพาท กล่าวคือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานไม่ได้หมายความว่ารวมถึงกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกันทั้งในแง่ของบุคคล และการลงทุนอย่างกรณี concurrent proceedings¹⁴ และ multiple proceedings¹⁵ ซึ่งการพิจารณาลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานมีองค์ประกอบอยู่สามประการดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ผู้เรียกร้องในแต่ละข้อพิพาทเป็นบุคคลเดียวกันหรือมีความเกี่ยวพันกัน¹⁶ ได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อผู้คัดค้านเดียวกัน (ในกรณีนี้คือรัฐหรือหน่วยงานของรัฐผู้รับการลงทุน) ซึ่งส่วนใหญ่มักเกิดจากการลงทุนของนิติบุคคลที่ภายในนิติบุคคลมีผู้ถือหุ้นหลายระดับถือหุ้นในบริษัทเดียวกัน¹⁷ ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. มีสัญชาติ X เข้ามาลงทุนโดยการทำสัญญาสัมปทานเพื่อสำรวจน้ำมันในรัฐ A ต่อมารัฐ A ออกกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อทำให้บริษัท ก. ไม่สามารถเข้าสำรวจน้ำมันได้เป็นเหตุให้บริษัท ก. ต้องเสียหาย บริษัท ก. จึงอาศัยความคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐ X และรัฐ A (X-A BIT) ซึ่งเป็นรัฐผู้ส่งยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่เดียวกันบริษัท ข. มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่รัฐ Y ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนร้อยละ 100 ของบริษัท ก. อ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการที่มูลค่าหุ้นที่ตนลงทุนในบริษัท ก. ต้องลดลงอันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐ A จึงอาศัยความคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐ Y และรัฐ A (Y-A BIT) ยื่นข้อพิพาทกับรัฐ A ต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญา ไม่เพียงเท่านั้น นาย ค. บุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติ Y ในฐานะผู้

¹² Chester Brown, 'The Inherent Powers of International Courts and Tribunals' (2006) 76 British Yearbook of International Law 205.

¹³ Jonathan Brosseau and Simon Rollat, 'Inherent Powers of Tribunals' (2022) 9-10.

¹⁴ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible future work in the field of dispute settlement: Concurrent proceedings in international arbitration' (24 March 2017) A/CN.9/915 paras 5-6.

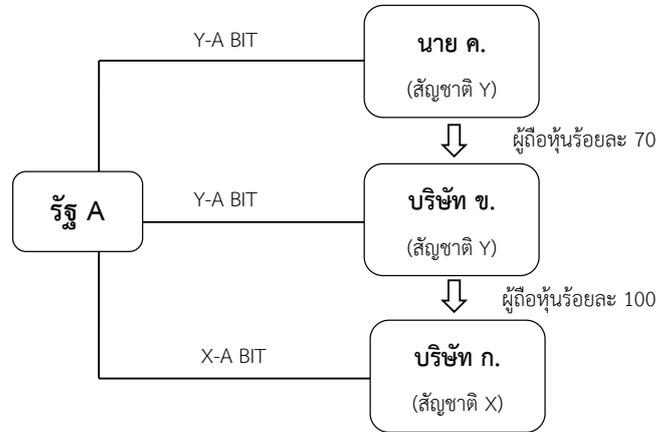
¹⁵ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Multiple proceedings and counterclaims' (22 January 2020) A/CN.9/WG.III/WP.193 para 6.

¹⁶ Robin F Hansen, 'Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties' (2010) 73 The Modern Law Review 528.

¹⁷ Salim Moollan and Gustavo Laborde, 'Parallel Proceedings in Investment Arbitration: Causes, Problems and Possible Solutions' in Gourad Banerji and others (eds) *International Arbitration and the Rule of Law: Essays in Honour of Fali Nariman* (Permanent Court of Arbitration 2021) 204.

ถือหุ้นของบริษัท ข. ร้อยละ 70 อ้างว่าตนต้องได้รับความเสียหายจากการที่มูลค่าหุ้นที่ตนลงทุนในบริษัท ข. ต้องลดลงอันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐ A อีกทอดหนึ่ง รายละเอียดดังภาพ

ภาพที่ 1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน



ถึงแม้ว่าในทางกฎหมายนิติบุคคลจะมีสภาพบุคคลแยกออกจากผู้ถือหุ้นก็ตาม แต่จากภาพจะเห็นได้ว่าบริษัท ก. บริษัท ข. และ นาย ค. บุคคลทั้งสามเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวพันกันในลักษณะแนวดิ่ง เนื่องจากเป็นผู้ที่อยู่ภายใต้โครงสร้างในหน่วยการลงทุนเดียวกัน (vertical corporate chain) ในลักษณะที่เป็นบริษัทแม่ (parent company) บริษัทลูก (subsidiary company) และผู้ถือหุ้นที่อยู่ในบริษัทเดียวกัน¹⁸ โดยที่บริษัท ข. เป็นบริษัทแม่ที่ถือหุ้นในบริษัท ก. ส่วนนาย ค. เป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมบริษัท ข. อีกทอดหนึ่ง แต่กลับยื่นข้อพิพาทแยกออกเป็นสามกระบวนการพิจารณา โดยอาศัยฐานทางกฎหมายหรือสนธิสัญญาในการคุ้มครองที่แตกต่างกัน

ประการที่สอง มูลคดีมีความเกี่ยวพันกัน¹⁹ อันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของรัฐ ที่ส่งผลต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไม่ว่าจะเป็น การออกกฎหมาย หรือการมีนโยบายที่กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนทำให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยการลงทุนเดียวกัน อาจเกิดกรณีที่นักลงทุนหลายรายเรียกร้องค่าเสียหายกรณีบริษัทที่ตนลงทุนมีผลขาดทุนจากการกระทำในครั้งเดียวกันของรัฐได้

ประการที่สาม มีการยื่นข้อพิพาทเพื่อให้ได้รับการเยียวยา มากกว่าหนึ่งกระบวนการ²⁰ โดยอาจเกิดจากการอาศัยความคุ้มครองตามสนธิสัญญาเดียวกัน หรือต่างกันของนักลงทุนที่มีความเกี่ยวพันกัน โดยแยกข้อพิพาทออกเป็นหลายองค์คณะ (tribunal) ซึ่งแต่ละองค์คณะต่างมีความประสงค์เพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำเดียวกันของรัฐ ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ในหลายสถานการณ์โดย Robin F. Hansen ได้อธิบายว่าสถานการณ์ที่สามารถเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานแบ่งออกได้เป็น 13 ประเภท²¹ แต่สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนนั้น สามารถเกิดขึ้นได้ในสี่รูปแบบดังต่อไปนี้

รูปแบบที่หนึ่ง คือ ข้อพิพาทที่คดีมากกว่าหนึ่งคดีอยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาฉบับเดียวกันหรือต่างฉบับกัน²² **รูปแบบที่สอง** คือ ข้อพิพาทที่คดีหนึ่งอยู่ภายใต้การระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนส่วนอีกองค์คณะหนึ่งเป็นการอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาทในสัญญาการลงทุน (อนุญาโตตุลาการพาณิชย์)²³

¹⁸ เฟ็งอ้าง 204.

¹⁹ Robin F. Hansen (เชิงอรรถ 16) 528.

²⁰ เฟ็งอ้าง 528.

²¹ เฟ็งอ้าง 530.

²² เฟ็งอ้าง 530.

²³ เฟ็งอ้าง 530.

รูปแบบที่สาม คือ การที่ข้อพิพาทคดีหนึ่งเป็นการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน ส่วนอีกข้อพิพาทเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การพิจารณาตัดสินของศาลระหว่างประเทศ²⁴ และ**รูปแบบที่สี่** คือ กรณีที่ข้อพิพาทคดีหนึ่งเป็นการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน ส่วนอีกคดีหนึ่งเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้การพิจารณาตัดสินของศาลภายใน²⁵

การให้สิทธินักลงทุนในการยื่นข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการต่อรัฐผู้รับการลงทุนได้โดยตรงเป็นการส่งเสริมการลงทุนอย่างหนึ่ง เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน อย่างไรก็ตาม การอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนยังมีข้อโต้แย้งถึงความไม่เหมาะสม ทั้งในปัญหาเรื่องความโปร่งใสและความสอดคล้องกันของคำชี้ขาด²⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินแบบคู่ขนานที่อาจถูกมองได้ว่าเป็นการใช้สิทธิของนักลงทุนในทางที่มิชอบ ถึงแม้ว่านักวิชาการบางท่านจะเห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำที่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นไปตามสิทธิของนักลงทุนที่มีในสนธิสัญญา และเป็นเทคนิคในทางคดีอย่างหนึ่งที่ฝ่ายผู้เรียกร้องก็ตาม²⁷ แต่ปัญหาหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นก็เป็นสิ่งที่ผู้มีส่วนร่วมทุกฝ่ายไม่ควรเพิกเฉย

3. สาเหตุของการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินแบบคู่ขนาน

เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์กลไกทางกฎหมายในการไขปัญหาอย่างรอบด้าน ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาปัจจัยที่ก่อให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินแบบคู่ขนานที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากตัวของนักลงทุนผ่านการใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาการลงทุนเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐเข้าทำสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างกันโดยที่สนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้วางกลไกทางกฎหมายรองรับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินแบบคู่ขนาน ทั้งยังมีปัจจัยที่เกิดขึ้นจากองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ประสานความร่วมมือระหว่างกัน ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

3.1 พัฒนาการของสนธิสัญญาการลงทุน

การเข้าทำสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐผู้ส่ง เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศ และยังเป็นหลักประกันว่านักลงทุนว่านักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองตามสิทธิในสนธิสัญญา ซึ่งในปัจจุบันมีการจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนรวมทั้งสนธิสัญญาที่มีข้อบ่งชี้ด้วยการลงทุนที่ยังมีผลบังคับใช้จนถึงปี 2024 มีจำนวนมากถึง 2615 ฉบับ²⁸ และยังคงมีการเจรจาจัดทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐอย่างต่อเนื่อง เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนที่เพิ่มขึ้นมีข้อบ่งชี้ด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการยอมเป็นการให้สิทธิในการยื่นข้อพิพาททางการลงทุนต่อคณะอนุญาโตตุลาการแก่นักลงทุน หมายความว่าจำนวนของสนธิสัญญาที่เพิ่มขึ้น เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนเพิ่มขึ้น กอปรกับสนธิสัญญาการลงทุนมักกำหนดคานียามของคำว่า “นักลงทุน” และ “การลงทุน” ที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาในลักษณะที่กว้าง โดยคานียามของคำว่า “นักลงทุน” ในสนธิสัญญาบางฉบับจะกำหนดเพียงแค่ว่าเป็นผู้ที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่าย²⁹ การกำหนดคานียามในลักษณะดังกล่าวยอมเปิดโอกาสให้นักลงทุนวางแผนสัญชาติเพื่อใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาได้ อีกทั้งสนธิสัญญาการลงทุนบางฉบับที่ให้คานียามของนักลงทุน

²⁴ เฟ็งอ่าง 530.

²⁵ เฟ็งอ่าง 530.

²⁶ นาถนรินทร์ จันทรวงาม (เชิงอรธ 3) 78.

²⁷ Lukas Vanhonnaeker, *Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law* (Cambridge University Press 2020) 206.

²⁸ 'International Investment Agreements Navigator' (UNCTAD) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> สืบค้นเมื่อ 30 กันยายน 2567.

²⁹ Agreement between the government of the Kingdom of Thailand and the government of the Arab Republic of Egypt for the promotion and protection of investments (Thailand - Egypt BIT) art 1 para 2.

หมายความรวมถึงผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐภาคีอีกฝ่ายด้วย³⁰ ส่วนคำนิยามของคำว่า “การลงทุน” ในสนธิสัญญาที่มีการกำหนดขอบเขตที่กว้างส่วนใหญ่ให้หมายความรวมทั้งการลงทุนทางตรงและทางอ้อม³¹ ซึ่งความแตกต่างประการสำคัญของการลงทุนทางตรง และการลงทุนทางอ้อมอยู่ตรงที่อำนาจในการควบคุมจัดการกิจการระยะเวลา ความต่อเนื่องของการไหลเวียนของกำไร และการแบกรับความเสี่ยงจากการลงทุน³² กล่าวคือ การลงทุนทางตรงนักลงทุนที่เข้ามาลงทุนจะมีอำนาจในการควบคุมกิจการ และต้องแบกรับความเสี่ยงที่เกิดจากการลงทุนมากกว่าการลงทุนทางอ้อมของนักลงทุนที่เป็นการลงทุนผ่านตัวกลาง แต่การลงทุนทางอ้อมกลับสามารถได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุนเช่นเดียวกับการลงทุนทางตรง ยิ่งไปกว่านั้นหากสนธิสัญญาไม่ได้กำหนดขอบเขตหรืออัตราส่วนขั้นต่ำของจำนวนหุ้นของนักลงทุนไว้อย่างชัดเจน ย่อมทำให้เกิดการเรียกค่าเสียหายของนักลงทุนกรณีบริษัทที่ตนลงทุนมีผลขาดทุนจากนักลงทุนที่มีความเกี่ยวพันกันและอยู่ภายใต้ อองคภาวะในหน่วยการลงทุนเดียวกันได้

ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะมีจำนวนของสนธิสัญญาและข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจำนวนมาก แต่การเจรจาเพื่อจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนที่ผ่านมายังไม่ได้คำนึงถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีแบบคู่ขนานหรือมีการกำหนดบทบัญญัติเพื่อรองรับเมื่อเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าการเพิ่มขึ้นของจำนวนสนธิสัญญาการลงทุนเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีแบบคู่ขนานได้

3.2 การขาดการประสานงานกันระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการ (arbitral tribunal)

ด้วยลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีแบบคู่ขนานที่อาศัยฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการอาศัยฐานทางสนธิสัญญาการลงทุน หรือสัญญาการลงทุน หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ทำให้มีความเป็นไปได้ที่คณะอนุญาโตตุลาการแต่ละองค์คณะจะอยู่ภายใต้สถาบันที่แตกต่างกัน โดยมีการใช้ข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีที่แตกต่างกัน หรือมีระบบการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน ประกอบกับลักษณะของการที่อนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีหลักกฎหมายที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการแต่ละองค์คณะต้องคำนึงถึงองค์คณะอื่นที่อยู่ระหว่างการพิจารณา หรือได้มีผลคำชี้ขาดออกมาแล้ว³³ เป็นเหตุให้การพิจารณาตีในการอนุญาโตตุลาการมีความแยกต่างหากออกจากกัน และขาดรูปแบบที่เป็นรูปธรรมที่กำหนดเรื่องการประสานงานหรือแบ่งปันข้อมูลในทางคดีระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่คณะกรรมการฯ และคณะทำงานชุดที่ 3 กล่าวถึงว่าเป็นข้อกังวลซึ่งเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีแบบคู่ขนาน³⁴

3.3 การวางแผนสัญชาติ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาตีแบบคู่ขนานสามารถเกิดขึ้นจากการที่นักลงทุนอาศัยประโยชน์จากสนธิสัญญา (treaty shopping) ผ่านเทคนิคในทางกฎหมายคือการวางแผนสัญชาติ (nationality planning) ของตน โดยการเปลี่ยนแปลงสัญชาติของตนหรือการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางธุรกิจในกรณีที่นักลงทุนเป็นนิติบุคคล ซึ่งการวางแผนสัญชาติมักพบในกรณีของนักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลมากกว่ากรณีบุคคลธรรมดา³⁵ โดยการที่นักลงทุนนำบริษัทไปจดทะเบียนในประเทศที่มีสนธิสัญญาการลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน เพื่อให้ได้ประโยชน์

³⁰ ASEAN comprehensive investment agreement (ACIA) art 4.

³¹ นาดนิรันดร์ จันทร์งาม (เชิงอรธ 3) 154; Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (United States-Argentina BIT) art 1.

³² Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford University Press 2012) 60.

³³ Andres Rigo Sureda, *Investment treaty arbitration* (Cambridge University Press 2012) 114.

³⁴ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, ‘Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Multiple proceedings and counterclaims’ (เชิงอรธ 15) para 18; United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, ‘Concurrent proceedings in international arbitration’ (เชิงอรธ 4) para 15.

³⁵ Amnart Tangkiriphimarn and Nartnirun Junngam, ‘The Doctrine of Abuse of Rights and Corporate Restructuring: Subtle Demarcation between Legitimate and Abusive Exercises of Rights to Access International Investment Arbitration’ (SSRN, 1 June 2019) <<https://ssrn.com/abstract=3857561>> สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2566 44.

จากสนธิสัญญาดังกล่าวทั้งในแง่สารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ แต่ในความเป็นจริงบริษัทที่นำไปจดทะเบียนนั้นไม่มีการดำเนินการทางธุรกิจที่มีผลต่อเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนอย่างแท้จริง บริษัทดังกล่าวเป็นเพียงบริษัทที่มีแต่ชื่อ (mailbox company)³⁶ อย่างไรก็ตามก็มีการวางแผนสัญญาของนักลงทุนเพื่อใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาที่มีความเห็นอยู่สองแง่มุม ทั้งฝ่ายที่เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยชอบเนื่องจากเป็นเทคนิคทางกฎหมายเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งนักลงทุนย่อมเลือกเส้นทางที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อการลงทุนของตนมากที่สุด อีกทั้งเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนตกลงที่จะเข้าผูกพันต่อสนธิสัญญาการลงทุนโดยอัตโนมัติตามผลของสนธิสัญญา นักลงทุนดังกล่าวเพียงใช้สิทธิในสนธิสัญญาที่ตนมี คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่ควรเป็นผู้กำหนดสัญญาของนักลงทุน³⁷

ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่า การวางแผนสัญญาเพื่อใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาโดยมีจุดประสงค์เพื่อให้สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน เป็นการกระทำที่หลีกเลี่ยงกระบวนการทางกฎหมายเป็นการใช้สิทธิในทางที่มิชอบ และขัดต่อหลักต่างตอบแทน (reciprocity)³⁸ เนื่องจากการทำสนธิสัญญาการลงทุนรัฐที่เป็นภาคีย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน หากเปิดโอกาสให้บุคคลจากรัฐที่สามซึ่งไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในสนธิสัญญาการลงทุนอย่างแท้จริงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญา ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่เป็นธรรมต่อรัฐผู้รับการลงทุนที่ต้องมีหน้าที่อยู่เพียงฝ่ายเดียว³⁹

จะเห็นได้ว่าการวางแผนสัญญาของนักลงทุน เป็นปัจจัยที่ทำให้ให้นักลงทุนที่มีความเกี่ยวพันในลักษณะแนวคิดที่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดในหน่วยการลงทุนเดียวกัน สามารถอาศัยประโยชน์จากสนธิสัญญาการลงทุนไม่ว่าจะฉบับเดียวกันหรือต่างฉบับ เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยแยกข้อพิพาทออกเป็นหลาย tribunal ได้

3.4 การเรียกค่าเสียหายของนักลงทุนกรณีบริษัทที่ตนลงทุนมีผลขาดทุน

การเรียกร้องเพื่อให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายของผู้ถือหุ้นอาจปรากฏรูปแบบของการที่ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายโดยตรงที่ส่งผลกระทบต่อหุ้นที่ผู้ถือหุ้นถือ เช่น การที่โดนยึดหุ้น⁴⁰ และในรูปแบบของการเรียกร้องที่เกิดจากความเสียหายโดยอ้อมของผู้ถือหุ้น อันเนื่องมาจากการที่บริษัทที่ตนลงทุนมีผลขาดทุน (reflective loss)⁴¹ ซึ่งหลักทั่วไปของกฎหมายบริษัทที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในกฎหมายทุกระบบ คือการไม่อนุญาตให้มีการเรียกค่าเสียหายของผู้ถือหุ้นกรณีบริษัทมีผลขาดทุน⁴² หากปรากฏว่าเกิดความเสียหายขึ้นบริษัทเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายในการนั้นได้ อย่างไรก็ตามก็กระบวนกฎหมายภายในหลายระบบให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทได้ ในกรณีที่บริษัทโดยกรรมการไม่ดำเนินการฟ้องคดี ผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้ (derivative actions)⁴³ และเมื่อมีคำพิพากษาในคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องแทนบริษัทแล้ว คำพิพากษาดังกล่าวจะมีผลผูกพันบริษัทและผู้ถือหุ้นทุกคน⁴⁴ ในทางกลับกันระบบกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ปรากฏว่ามี

³⁶ Manuel Casas, 'Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and access to Investor - State Dispute Settlement' (2016) 49 NYU Journal of International Law and Politics 106.

³⁷ เพิ่งอ้าง 111.

³⁸ John Lee, 'Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration' (2015) 6 Journal of International Dispute Settlement 358.

³⁹ Amnat Tangkiriphimarn and Nartnirun Junngam (เชิงอรธ 35) 44.

⁴⁰ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Shareholder claims and reflective loss' (เชิงอรธ 8) para 4.

⁴¹ เพิ่งอ้าง para 4.

⁴² Lukas Vanhonnaeker (เชิงอรธ 27) 54.

⁴³ เพิ่งอ้าง 63.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง 64.

การกำหนดข้อห้าม หรือกลไกการป้องกันการยื่นข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวของผู้ถือหุ้นอย่างกฎหมายภายใน ทั้งยังมีการตีความสนธิสัญญาเพื่อให้ครอบคลุมการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นในบริษัทอีกด้วย⁴⁵

การอนุญาตให้มีการยื่นข้อเรียกร้องอันเกิดจากความเสียหายของนักลงทุนกรณีบริษัทที่ตนลงทุนมีผลขาดทุน แม้จะเป็นการเพิ่มการคุ้มครองให้แก่นักลงทุน แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการเพิ่มจำนวนของข้อพิพาทให้มีจำนวนมากขึ้น ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาททางการลงทุนขึ้นบริษัทซึ่งเป็นนักลงทุนที่เข้ามาลงทุนในรัฐยื่นข้อพิพาทการลงทุนในนามของบริษัท และผู้ถือหุ้นของบริษัทกลับยื่นข้อพิพาทเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบในความเสียหายเป็นอีกคดีแยกต่างหากจากข้อพิพาทของบริษัท อย่างที่เกิดขึ้นในคดี RSM v. Grenada (“คดี RSM”)⁴⁶ และคดี RSM and others v. Grenada (“คดี RSM and others”)⁴⁷ ซึ่งในคดี RSM and others ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้เรียกร้องคือบริษัท RSM และผู้ถือหุ้นในบริษัทอีกสามราย ซึ่งมูลค่าหุ้นของผู้ถือหุ้นมีจำนวนรวมกันทั้งหมดร้อยละ 100 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดของบริษัท⁴⁸ ผู้เรียกร้องของทั้งสองคดีได้ยื่นข้อพิพาทที่เกิดจากมูลคดีเดียวกัน แต่กลับยื่นข้อพิพาทแยกออกจากกัน โดยในคดี RSM เป็นการเรียกร้องในนามของบริษัท ส่วนข้อพิพาทในคดี RSM and others เป็นข้อพิพาทโดยนักลงทุนที่มีอำนาจควบคุมและอยู่ภายใต้บังคับภาวะในหน่วยการลงทุนเดียวกันกับคดีแรก

จึงเห็นได้ว่ากรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้นักลงทุนในฐานะผู้ถือหุ้นเรียกร้องค่าเสียหายกรณีบริษัทที่ตนลงทุนมีผลขาดทุน ส่งผลให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อความสามารถในการคาดการณ์ข้อพิพาทที่รัฐจะถูกยื่นข้อเรียกร้อง⁴⁹ หรือหากทราบก็เป็นเรื่องยากที่รัฐจะทราบว่าภายในบริษัทหรือหน่วยการลงทุนหนึ่งซึ่งมีฐานะเป็นนักลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนจะมีผู้ถือหุ้นสัญชาติใดบ้างที่จะยื่นข้อพิพาทต่อรัฐและเป็นจำนวนข้อพิพาทมากน้อยเพียงใด

3.5 การแสวงโอกาสในการชนะคดี

เมื่อนักลงทุนได้รับความเสียหายย่อมประสงค์ให้รัฐผู้รับการลงทุนเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสิทธิที่ตนมี การแยกข้อพิพาทออกเป็นหลาย tribunal เป็นเทคนิคทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่นักลงทุนสามารถใช้เพื่อเป็นเครื่องมือลดความเสี่ยงในการต่อสู้คดี โดยการที่นักลงทุนที่มีความเกี่ยวพันกัน ยื่นข้อพิพาทที่มีมูลคดีเดียวกัน ต่อคณะอนุญาโตตุลาการหลาย tribunal ถึงแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการในคดีหนึ่งจะพิจารณาให้นักลงทุนแพ้คดีและไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายก็ตาม แต่คณะอนุญาโตตุลาการอีกคดีหนึ่งอาจชี้ขาดให้นักลงทุนชนะคดีและได้รับการเยียวยาความเสียหาย⁵⁰ เนื่องจากการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ผูกพันให้ต้องคำนึงถึงการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีอื่น

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะพยายามทำให้การระงับข้อพิพาทเป็นระบบมากขึ้น ผ่านการใช้อำนาจที่มีอยู่ในตัวเองของคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาในกรณีที่มีการยื่นข้อพิพาทในลักษณะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบคู่ขนาน โดยมีจุดประสงค์เพื่อแสวงโอกาสในการชนะคดี และได้รับการเยียวยาดีกว่าหนึ่งครั้ง การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ตั้งกล่าวอาจถูกพิจารณาว่าเป็นลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีขอบ และเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่รับคดีที่เกิดขึ้นภายหลังไว้พิจารณา⁵¹

⁴⁵ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, ‘Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Shareholder claims and reflective loss’ (เชิงอรรถ 8) para 7.

⁴⁶ RSM (RSM Production Corporation v. Grenada) (Final Award) (2009) ICSID Case No. ARB/05/14.

⁴⁷ RSM and others (RSM Production Corporation and others v. Grenada) (Award) (2010) ICSID Case No. ARB/10/6.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง para 1.2.1.

⁴⁹ Lukas Vanhonnaeker (เชิงอรรถ 27) 166.

⁵⁰ Emmanuel Gaillard (เชิงอรรถ 11) 6.

⁵¹ John David Branson, ‘The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration’ (2021) 2 Journal of International Arbitration 214.

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานไม่ได้มีสาเหตุมาจากตัวของนักลงทุนเท่านั้น หากแต่ยังมีสาเหตุมาจากสนธิสัญญาที่รัฐเองทำขึ้นเปิดช่องให้นักลงทุนสามารถใช้สิทธิตามสัญญาได้ และยังมีสาเหตุที่เกิดจากความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบของคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นกลไกทางกฎหมายที่จะเข้ามาป้องกันสาเหตุในการเกิดขึ้น ไม่อาจแก้ไขเพียงเฉพาะฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ แต่ต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้มีส่วนร่วมทุกฝ่าย

4. ปัญหาและผลกระทบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน

ลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานเป็นเรื่องที่ยังคงได้รับการถกเถียงในปัจจุบันว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ควรได้รับการยอมรับหรือไม่ อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวจะไม่ใช่วิธีการที่ผิดต่อกฎหมายด้วยตัวมันเอง แต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจละเลยได้ และเป็นเรื่องที่ประชาคมระหว่างประเทศให้ความสนใจ

4.1 ความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด

หากพิจารณาถึงคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมา จะพบว่าในเนื้อหาของคำชี้ขาดบางส่วนนอกจากมีการอ้างถึงข้อกฎหมายแล้วก็ยังมีกล่าวถึงคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีก่อนหน้าเพื่อนำมาเป็นข้อสนับสนุน ไม่ว่าจะเป็นการให้เห็นผลหรือการปรับใช้หลักกฎหมายของคณะอนุญาโตตุลาการ ถึงแม้ว่าลักษณะของการอนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกกำหนดให้ต้องมีคำชี้ขาดเหมือนคำชี้ขาดที่ผ่านมาก็ตาม⁵² เนื่องด้วยปัจจัยความแตกต่างของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ทั้งยังเป็นเรื่องความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นย่อมมีความเป็นไปได้ที่ผลของคำชี้ขาดจะออกมาแตกต่างกัน

อย่างไรก็ดีด้วยลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานที่ข้อพิพาทถูกยื่นออกเป็นหลาย tribunal ที่อาจอยู่ภายใต้สนธิสัญญาต่างฉบับกัน เมื่อคำชี้ขาดออกมาไม่สอดคล้องกันย่อมเป็นเรื่องที่อาจเข้าใจได้ แต่หากเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาฉบับเดียวกัน หรือแม้แต่สนธิสัญญาต่างฉบับกันหากแต่มีข้อบทที่กำหนดมาตรฐานทางการลงทุนอย่างเดียวกัน เมื่อคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการออกมาไม่สอดคล้องกันย่อมส่งผลกระทบต่อความสามารถในการคาดการณ์ของคู่พิพาท⁵³ ความเชื่อมั่นและความชอบธรรมของระบบการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้

4.2 การเยียวยาที่ซ้ำซ้อน

ถึงแม้ว่าการที่ผลของคำชี้ขาดในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานออกมาไม่สอดคล้องกันจะเป็นปัญหาหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันหากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานมีผลของคำชี้ขาดออกมาเหมือนกัน โดยคณะอนุญาโตตุลาการให้ฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายต้องชดใช้ค่าเสียหายจากเหตุเดียวกัน ย่อมจะส่งผลให้นักลงทุนที่มีความเกี่ยวพันหรือในบางครั้งเป็นบุคคลเดียวกันได้รับการเยียวยาจากความเสียหายจากรัฐมากกว่าหนึ่งครั้ง (double recovery) ส่วนรัฐเองก็ต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำครั้งเดียวกันของรัฐแต่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนที่มีการแยกข้อเรียกร้องออกเป็นหลาย tribunal

⁵² Andres Rigo Sureda (เชิงอรรถ 33) 114.

⁵³ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III , 'Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November 1 December 2017)' (26 February 2018) A/CN.9/930/Add.1/Rev.1 para 33.

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันคณะอนุญาโตตุลาการบางคณะเริ่มตระหนักถึงปัญหาการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน เห็นได้จากการที่คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะมีคำชี้ขาดออกมาโดยให้นักลงทุนต้องคืนค่าสินไหมของรัฐที่ใช้ในคดีที่ชี้ขาด หากปรากฏว่าคำชี้ขาดในคดีหลังที่คณะอนุญาโตตุลาการให้นักลงทุนได้รับค่าสินไหมทดแทนที่ซ้ำซ้อนกับคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นในคดีคณะอนุญาโตตุลาการคณะนั้นพิจารณา⁵⁴

4.3 การสูญเสียทรัพยากร

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานส่งผลให้รัฐผู้รับการลงทุนสูญเสียทรัพยากรในการต่อสู้คดีไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่าย เวลาและบุคลากรในต่อสู้คดี จากการเรียกร้องของคู่พิพาทที่มีความเกี่ยวพันกันในการเรียกร้องข้อเรียกร้องที่เกิดจากมูลคดีเดียวกันแต่แบ่งข้อพิพาทออกเป็นหลายคดี โดยที่รัฐผู้รับการลงทุนไม่อาจคาดการณ์ถึงจำนวนที่แน่นอนว่าตนจะถูกนักลงทุนที่อยู่ภายใต้บริษัทหรือการลงทุนไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบความสัมพันธ์ของบริษัทแม่และบริษัทลูก หรือบริษัทโฮลดิ้งที่เข้ามาเรียกร้องความเสียหายกรณีที่บริษัทที่ตนไปลงทุนมีผลขาดทุน ส่งผลให้รัฐต้องต่อสู้คดีในมูลคดีเดียวกันหลาย tribunal ที่เกิดจากการกระทำในครั้งเดียวกันของรัฐ

4.4 การเสียเปรียบของรัฐผู้รับการลงทุน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานส่งผลให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทในหลายคดีที่เกิดจากผลของการกระทำในครั้งเดียวกันของรัฐ กล่าวคือมูลคดีพิพาทเกิดขึ้นจากสาเหตุเดียวกัน หากรัฐประสงค์ที่จะชนะคดีรัฐมีความจำเป็นต้องชนะคดีในทุกคดี ต่างจากกรณีการต่อสู้คดีของฝ่ายนักลงทุนที่มีความเกี่ยวพันกันสามารถกระจายความเสี่ยงในโอกาสการชนะคดีของตนที่เกิดจากความเสียหายเดียวกัน โดยการแยกข้อพิพาทออกเป็นหลายคดี และหากนักลงทุนสามารถชนะคดีกับรัฐผู้รับการลงทุนได้ นักลงทุนก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหายแล้ว และหากในคดีที่มีการพิจารณาเช่นเดียวกันมีคำชี้ขาดให้นักลงทุนได้รับการเยียวยาอีกก็เท่ากับว่านักลงทุนจะได้รับการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน⁵⁵ อีกทั้งในแง่ของการต่อสู้คดีของรัฐในแต่ละครั้งรัฐต้องคำนึงถึงท่าทีของตน เพราะหากในคดีที่มีมูลคดีเดียวกันรัฐยกข้อต่อสู้ที่แตกต่างจากคดีอีกคดีหนึ่งอย่างสิ้นเชิง ย่อมทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือต่อรัฐเองด้วย ในขณะที่การต่อสู้คดีของนักลงทุนในข้อพิพาทเดียวกันนักลงทุนอาจยกข้อต่อสู้ที่แตกต่างจากคดีก่อนหน้านี้หรือคดีที่กำลังพิจารณาอยู่ได้ เนื่องจากแต่ละข้อพิพาทมีความแตกต่างหากออกจากกัน

5. กลไกในทางกฎหมาย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะอธิบายเกี่ยวกับลักษณะ และข้อจำกัดของกลไกในทางกฎหมายที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือเพื่อป้องกันและแก้ปัญหาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน ซึ่งในแต่ละกลไกต่างก็มีประสิทธิภาพและข้อจำกัดในการปรับใช้ที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับผู้ที่มีส่วนร่วมจะเลือกใช้กลไกใดเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพและความเป็นธรรมมากที่สุด ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

5.1 กลไกในทางสนธิสัญญา

สนธิสัญญาเป็นเครื่องมือที่มีความชัดเจน มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐภาคีมากที่สุด เพราะหากรัฐภาคีไม่ประสงค์ที่จะให้เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานก็สามารถกำหนดไว้ในสนธิสัญญาได้โดยการจำกัดความคุ้มครองของนักลงทุนรัฐภาคีแต่ละฝ่าย ในขณะที่เดียวกันนักลงทุนก่อนที่จะเข้ามาลงทุนในรัฐก็สามารถทราบถึงขอบเขต และข้อจำกัดความคุ้มครองที่ตนจะได้รับก่อนที่จะตัดสินใจเข้ามาลงทุนในรัฐผู้รับการลงทุน

⁵⁴ Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. (Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela) (Award of the Tribunal) ICSID Case No. ARB/07/27 para 404 (e).

⁵⁵ Emmanuel Gaillard (เชิงอรรถ 11) 9.

5.1.1 กำหนดค่านิยามอย่างเฉพาะเจาะจงในสนธิสัญญา

สำหรับการพิจารณาในประเด็นสำคัญอย่างเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาคดี หากคำนิยามของ “นักลงทุน” และ “การลงทุน” ถูกบัญญัติไว้อย่างกว้างย่อมเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าข้อพิพาทที่ถุกนำขึ้นมาสู่กระบวนการพิจารณาคดีเป็นข้อพิพาททางการลงทุนหรือไม่ และบุคคลที่ยื่นข้อเรียกร้องเป็นผู้มีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องตนหรือไม่ ดังนั้นการกำหนดค่านิยามในสนธิสัญญาให้ชัดเจนว่ารัฐภาคีมุ่งคุ้มครองนักลงทุนโดยมีข้อจำกัดประการใด โดยสามารถกำหนดได้ทั้งในส่วนของค่านิยามของสนธิสัญญา และกำหนดในส่วนข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญา

ในส่วนค่านิยามของสนธิสัญญา หากรัฐประสงค์ที่จำกัดการคุ้มครองนักลงทุนในการยื่นข้อพิพาท รัฐอาจกำหนดสัดส่วนของนักลงทุน หรือประเภทการลงทุนให้เฉพาะเจาะจงที่จะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญา เพื่อไม่ให้เกิดการเรียกร้องค่าเสียหายของนักลงทุนที่เกิดจากผลขาดทุนของบริษัท หรือการวางแผนสัญชาติเพื่อใช้ประโยชน์ในทางสนธิสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ที่มีขอบ⁵⁶ รวมถึงการกำหนดค่านิยามของ “การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน” เนื่องจากในทางระหว่างประเทศยังไม่มีค่านิยามอย่างแน่ชัด⁵⁷ ดังนั้นหากรัฐกำหนดค่านิยามไว้อย่างเฉพาะเจาะจง ย่อมส่งผลให้ทุกฝ่ายมีความเข้าใจเป็นไปในทิศทางเดียวกันได้

ในส่วนข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาท สืบเนื่องมาจากในส่วนค่านิยามความหมายของ “การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน” หากรัฐภาคีไม่เห็นด้วยกับลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าว รัฐอาจกำหนดข้อปฏิบัติของคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น เช่น การให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่รับคดีในลักษณะดังกล่าวไว้พิจารณา เป็นต้น

อย่างไรก็ดีการที่สนธิสัญญาการลงทุนมีการกำหนดค่านิยามไว้โดยเฉพาะที่มีลักษณะแคบ อาจแก้ไขปัญหาการเกิดขึ้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้ แต่ในแง่ของการที่จะเจรจาจัดทำสนธิสัญญาขึ้นใหม่ในอนาคต การที่รัฐภาคีจะตกลงให้ค่านิยามที่เฉพาะเจาะจงมากเกินไปเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ยาก และไม่เป็นที่นิยม⁵⁸ อีกทั้งในแง่ของการปรับใช้สนธิสัญญาที่แคบเกินไป ทำให้ไม่สามารถปรับใช้ได้กับสถานการณ์อย่างครอบคลุม และยังส่งผลกระทบต่อการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในรัฐภาคีแต่ละฝ่าย ประกอบกับการแก้ไขสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่แต่เดิมซึ่งในปัจจุบันมีจำนวนกว่า 2615 ฉบับ ที่มีผลบังคับใช้⁵⁹ ย่อมต้องมีส่วนตอนของการแก้ไขสนธิสัญญาที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่สนธิสัญญาแต่ละฉบับกำหนดย่อมไม่ใช่เรื่องที่น่า

5.1.2 ข้อบทปฏิเสธผลประโยชน์ (denial of benefits clause)

การกำหนดข้อบทปฏิเสธผลประโยชน์เป็นบทบัญญัติในสนธิสัญญาการลงทุนที่ทำหน้าที่เป็นการป้องกันการที่นักลงทุนต่างชาติที่ไม่ได้มีความเกี่ยวพันทางเศรษฐกิจในลักษณะที่เป็น mailbox company กับรัฐภาคีในสนธิสัญญาเป็นนักลงทุนของรัฐที่สาม แต่กลับวางแผนสัญชาติเพื่อใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาการลงทุน หากในสนธิสัญญาไม่มีการบัญญัติบทบัญญัติดังกล่าวและนักลงทุนวางแผนสัญชาติเพื่อให้ตนเข้าลักษณะของค่านิยามของนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุนจะส่งผลให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่สามารถที่จะอ้างความไม่เกี่ยวพันทางเศรษฐกิจเพื่อปฏิเสธเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนได้

⁵⁶ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible future work in the field of dispute settlement: Concurrent proceedings in international arbitration' (เชิงอรรถ 14) paras 36-39.

⁵⁷ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Multiple proceedings and counterclaims' (เชิงอรรถ 15) paras 18-19.

⁵⁸ Rudolf Dolzer, 'The notion of investment in recent practice' in Steve Charnovitz and others (eds) *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge University Press 2005) 263.

⁵⁹ 'International Investment Agreements Navigator' (UNCTAD) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> สืบค้นเมื่อ 30 กันยายน 2567.

โดยข้อบทดังกล่าวในสนธิสัญญาการลงทุนมักกำหนดลักษณะในการปรับใช้ข้อสองประการดังนี้ **ประการแรก** คือ การลงทุนที่เข้ามาลงทุนในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน มีลักษณะเป็นกิจการที่ไม่มีความสำคัญ (no substantial business activities)⁶⁰ ซึ่งการพิจารณาถึงความสำคัญของกิจการขึ้นอยู่กับว่าสนธิสัญญาแต่ละฉบับจะกำหนดขอบเขตไว้หรือไม่ เพียงใด และ **ประการที่สอง** คือ ความเป็นเจ้าของหรือความสามารถในการควบคุมกิจการในการลงทุน⁶¹ ซึ่งจะส่งผลเป็นการปฏิเสธที่จะคุ้มครองนักลงทุนดังกล่าวที่จะอ้างความคุ้มครองตามสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นทางสารบัญญัติหรือการคุ้มครองในวิธีสบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยื่นข้อพิพาทต่อรัฐตามสนธิสัญญา⁶² และถึงแม้ว่าสนธิสัญญาการลงทุนจะปรากฏว่ามีข้อบทปฏิเสธผลประโยชน์ แต่หากรัฐไม่ยกข้อบทดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธที่จะไม่คุ้มครองสิทธิของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่สามารถนำข้อบทดังกล่าวขึ้นมาปรับใช้ได้โดยอัตโนมัติ

จากการศึกษาพบว่า ข้อบทปฏิเสธผลประโยชน์ในฐานะกลไกทางสนธิสัญญาอย่างหนึ่งสามารถป้องกันสาเหตุของการเกิดขึ้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้ ถึงแม้จะไม่ใช้การป้องกันโดยตรงแต่เป็นการลดโอกาสที่จะเกิดขึ้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานตั้งแต่ในโอกาสแรก เนื่องจากข้อบทดังกล่าวสามารถป้องกันสาเหตุที่เกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานในหลายกรณี ได้แก่ กรณีที่ค่านิยมของสนธิสัญญาได้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองบุคคลที่กว้างมากเกินไป โดยข้อบทดังกล่าวจะทำหน้าที่ในการจำกัดการคุ้มครองเฉพาะนักลงทุน และการลงทุนที่มีความเกี่ยวพันทางเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งยังป้องกันการวางแผนสัญญาชาติของนักลงทุนโดยที่นักลงทุนไม่ได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในทางเศรษฐกิจของรัฐผู้ส่งเพื่อให้ได้รับประโยชน์ในการยื่นข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุน ทำให้นักลงทุนดังกล่าวไม่สามารถยื่นข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาที่กำหนดข้อบทดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามข้อบทดังกล่าวยังไม่สามารถป้องกันการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าใดนัก เนื่องจากข้อบทดังกล่าวจะสามารถป้องกันได้ต่อเมื่อมีการบัญญัติข้อบทดังกล่าวไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนทุกฉบับอย่างชัดเจน ซึ่งในปัจจุบันปรากฏว่าสนธิสัญญาการลงทุนที่กำหนดข้อบทปฏิเสธผลประโยชน์มีจำนวนเพียง 182 ฉบับ⁶³ จากสนธิสัญญาการลงทุนทุกฉบับยังมีผลใช้บังคับในปัจจุบันที่มีจำนวน 2615 ฉบับ⁶⁴

5.1.3 ข้อทว่าด้วยทางเลือก (fork-in-the-road)

ข้อทว่าด้วยทางเลือกเป็นข้อบทที่สามารถปรากฏได้ทั้งในรูปแบบข้อกำหนดในสัญญา และข้อบทหนึ่งในสนธิสัญญา โดยมีทำหน้าที่เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นหากคู่พิพาทฝ่ายที่เป็นผู้ยื่นข้อเรียกร้องเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ไม่ว่าจะยื่นข้อพิพาทต่อศาลภายใน หรือต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้เงื่อนไขที่สนธิสัญญาหรือสัญญากำหนด⁶⁵ การเลือกดังกล่าวย่อมเป็นที่สุดส่งผลให้คู่พิพาทไม่สามารถนำข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่น ข้อบทดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือที่ทำให้ข้อพิพาทในเรื่องเดียวกันไม่อาจถูกพิจารณาอีกในกระบวนการพิจารณาอื่น

อย่างไรก็ตามการปรับใช้ข้อบทดังกล่าวยังต้องคำนึงถึงเรื่องฐานทางกฎหมายที่ข้อพิพาทแต่ละคดีกล่าวอ้าง เพราะหากข้อพิพาทคดีหนึ่งอาศัยตราสารทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น กรณีที่นักลงทุนยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามที่มีในข้อสัญญาการลงทุนเป็นคดีหนึ่ง และอีกคดีหนึ่งเป็นการอนุญาโตตุลาการตาม

⁶⁰ Yas Banifatemi, 'Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses' (2018) 8 Jurisdiction in investment Treaty Arbitration 235.

⁶¹ เติ้งอ่าง 237.

⁶² เติ้งอ่าง 234.

⁶³ 'International Investment Agreements Navigator' (UNCTAD) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>> สืบค้นเมื่อ 30 กันยายน 2567.

⁶⁴ 'International Investment Agreements Navigator' (UNCTAD) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> สืบค้นเมื่อ 30 กันยายน 2567.

⁶⁵ Lukas Vanhonnaeker (เชิงอรรถ 27) 226.

สนธิสัญญาการลงทุน การแยกข้อเรียกร้องของนักลงทุนในคดีหนึ่งย่อมไม่เป็นการตัดสิทธิการยื่นข้อพิพาท และอีกปัจจัยหนึ่งที่ต้องพิจารณาเมื่อปรับใช้ข้อบทดังกล่าว คือ ลักษณะที่เหมือนกันของข้อพิพาทในสามประการ (triple identity test)⁶⁶ ประการที่หนึ่ง คือ ข้อพิพาทนั้นต้องมีมูลคดีเดียวกัน ประการที่สอง คือ ข้อพิพาทที่มีคำขอให้ได้รับการเยียวยาอย่างเดียวกัน ประการที่สาม คือ ข้อพิพาทต้องมีคู่พิพาทเดียวกัน⁶⁷

เมื่อพิจารณาการกำหนดข้อบทว่าด้วยทางเลือกเพื่อป้องกันการเกิดขึ้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณา คดีแบบคู่ขนาน จะเห็นได้ว่าข้อบทดังกล่าวหากถูกนำมาปรับใช้จะสามารถแก้ไขผลกระทบที่ตามมาจากการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้ทั้งในเรื่องความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด และการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน เนื่องจากการพิจารณาคดีจะเกิดขึ้นในเพียงองค์คณะเดียวคือองค์คณะที่ถูกเลือกในโอกาสแรก

อย่างไรก็ดีการนำข้อบทว่าด้วยทางเลือกมาปรับใช้ยังมีข้อจำกัดในการป้องกันการเกิดขึ้นของกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าว ทั้งในแง่ของลักษณะของข้อพิพาทที่ในแต่ละคดีอาจมีการอาศัยฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือในคดีหนึ่งเป็นข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุน ส่วนอีกข้อพิพาทเป็นการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาการลงทุน ย่อมทำให้การเลือกการพิจารณาของคู่พิพาทยังไม่เป็นที่สุด และการดำเนินกระบวนการพิจารณา คดีแบบคู่ขนานยังเกิดขึ้นต่อไปได้⁶⁸

อีกทั้งในแง่ของลักษณะของข้อพิพาทที่ต้องคำนึงถึงปัจจัยสำคัญสามประการ ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน อาจเกิดขึ้นจากคู่พิพาทที่ไม่ได้เป็นบุคคลเดียวกัน หากแต่เป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกัน ดังนั้นการกำหนดข้อบทว่าด้วยทางเลือกจึงยังไม่อาจป้องกันการเกิดขึ้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณา คดีแบบคู่ขนานในการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนได้อย่างครอบคลุม ทั้งยังอาจส่งผลให้การดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีล่าช้าในประเด็นการโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

5.1.4 การรวมการพิจารณา (consolidation)

โดยหลักแล้วการจะรวมการพิจารณาต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย เว้นแต่สนธิสัญญา การลงทุนหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการได้กำหนดให้ข้อพิพาททางการลงทุนสามารถรวมการพิจารณา ได้หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด อย่างที่ปรากฏในข้อ 1126 และข้อ 1117 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ICSID (ICSID Arbitration Rules) ข้อ 46 (2)

ถึงแม้ว่าสนธิสัญญาการลงทุนจะมีบทบัญญัติว่าด้วยการรวมการพิจารณาหรือให้บุคคลที่สามที่มีความ เกี่ยวพันในคดีร้องสอดเข้ามาก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้อยู่สองประการ **ประการที่ หนึ่ง** คือ การพิจารณาว่าข้อพิพาทแต่ละคดีอาศัยความคุ้มครองภายใต้ข้อกฎหมายไม่ว่าจะทางสารบัญญัติหรือ วิธีบัญญัติที่แตกต่างกันทำให้การรวมการพิจารณาไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากมีบทบัญญัติทางกฎหมายที่คณะ อนุญาโตตุลาการจะต้องปรับใช้แก่กรณีต่างกัน **ประการที่สอง** คือ การพิจารณาลักษณะของข้อพิพาทว่าเป็นข้อ พิพาทที่สามารถรวมการพิจารณาได้หรือไม่ โดยการพิจารณาในเรื่องคู่พิพาทในคดีที่จะรวมการพิจารณาต้องเป็น คู่พิพาทคนเดียวกัน หรือมีส่วนได้เสียอย่างเดียวกัน

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน หากปรากฏว่ามีข้อบทว่าด้วยการรวมการพิจารณา และ ข้อพิพาทดังกล่าวมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเปิดช่องให้สามารถทำได้ ย่อมเป็นการป้องกันการเกิดขึ้นของการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานที่มีประสิทธิภาพล้นเกิน และทำให้ไม่เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องของ คำชี้ขาดและการเยียวยาที่ซ้ำซ้อนตามมาในภายหลัง อย่างไรก็ตามข้อจำกัดในการรวมการ พิจารณา กล่าวคือ แม้จะกำหนดในสนธิสัญญาหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ แต่หากนักลงทุนที่มี

⁶⁶ Markus A Petsche, 'The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches' (2019) 18 Washington University Global Studies Law Review Washington University Global Studies Law Review 410.

⁶⁷ เฟ็งอ่าง 407.

⁶⁸ Vivendi (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic) (Decision on Annulment) (2002) ICSID Case No. ARB/97/3.

ความเกี่ยวพันกันแต่อาศัยสนธิสัญญาหรือบทบัญญัติทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะในทางสารบัญญัติ หรือวิธีสบัญญัติ และการอนุญาตตุลาการอยู่ภายใต้สถาบันอนุญาตตุลาการที่แตกต่างกัน การรวมการพิจารณาคดีย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งด้วยลักษณะของการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนมีโอกาสดังกล่าวที่มีความเกี่ยวพันกันจะยื่นข้อพิพาทโดยอาศัยฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นการรวมการพิจารณายังไม่ขัดกับกฎหมายที่สามารถแก้ไขปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้อย่างครอบคลุม

5.2 กลไกในการประสานงานระหว่างองค์คณะอนุญาตตุลาการ

กลไกในการประสานงานระหว่างองค์คณะอนุญาตตุลาการเป็นการส่งเสริมทำให้ระบบการอนุญาตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนมีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยการใช้อำนาจที่มีอยู่ในตัวเองของคณะอนุญาตตุลาการหรืออาจเกิดจากการที่คณะอนุญาตตุลาการดำเนินการตามที่ข้อบังคับของสถาบันกำหนดไว้

5.2.1 การระงับหรือหยุดการพิจารณาชั่วคราว (stay or suspension of proceeding)

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการไม่มีลำดับศักดิ์ระหว่างกัน การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในคดีหนึ่งย่อมเป็นอิสระแยกต่างหากจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคดีอื่น แม้ว่าข้อพิพาทเหล่านั้นจะมีความเกี่ยวพันกันในแง่ของข้อพิพาทและคู่พิพาทคณะอนุญาตตุลาการในคดีที่มีการยื่นข้อเรียกร้องเข้ามาในภายหลังก็ไม่ถูกบังคับให้ต้องระงับหรือหยุดการพิจารณาชั่วคราวเพื่อรอการพิจารณาคดีของข้อพิพาทที่ถูกยื่นไว้ก่อนหน้า

การใช้อำนาจในการออกคำสั่งระงับหรือหยุดการพิจารณาชั่วคราวของคณะอนุญาตตุลาการเป็นการใช้อำนาจที่มีอยู่ในตัวเองของตนในการออกคำสั่งเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม⁶⁹ โดยการให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการในคดีแรกมีผลกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคณะอนุญาตตุลาการในคดีหลังด้วย⁷⁰ อย่างไรก็ตามหากไม่มีการกำหนดอย่างชัดเจนในสนธิสัญญาการลงทุนหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการเป็นการเฉพาะ จะทำให้การออกคำสั่งดังกล่าวหรือไม่ขึ้นอยู่กับการดุลพินิจของแต่ละองค์คณะซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน และส่งผลกระทบต่อความสามารถในการคาดการณ์ถึงแนวทางในการดำเนินคดีของคู่พิพาท

เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานที่มีคู่พิพาทเกี่ยวพันกันและมูลคดีเดียวกัน การที่คณะอนุญาตตุลาการออกคำสั่งให้ระงับหรือหยุดการพิจารณาชั่วคราวคดีอีกคดีหนึ่งที่เกี่ยวข้อง ทำให้สามารถป้องกันปัญหาในเรื่องคำชี้ขาดที่ไม่สอดคล้องกัน หรือการเยียวยาที่ซ้ำซ้อนที่อาจเกิดขึ้นได้

5.2.2 การแบ่งปันข้อมูลระหว่างองค์คณะอนุญาตตุลาการ

โดยหลักแล้วการอนุญาตตุลาการจะยึดถือเรื่องหลักการรักษาความลับในการพิจารณาคดี⁷¹ แต่หลักการดังกล่าวไม่ใช่หลักที่เป็นข้อบังคับเด็ดขาด คู่พิพาทจึงสามารถตกลงยกเว้นโดยอนุญาตให้มีการเปิดเผยเอกสารกระบวนการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ทั้งในปัจจุบันมีสนธิสัญญาและข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่กำหนดให้มีการเปิดเผยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อสาธารณะมากขึ้น อย่างในข้อ 11 ของ NAFTA ที่ให้สามารถเปิดเผยข้อมูลทางคดีอย่างขั้นตอนการดำเนินคดีและคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ

⁶⁹ Jonathan Brosseau and Simon Rollat (เชิงอรรถ 13) 7-8; United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Concurrent proceedings in international arbitration' (เชิงอรรถ 4) para 14.

⁷⁰ เพิ่งอ้าง para 15.

⁷¹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International) 791; Anthea Roberts, 'Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' 40 <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/Roberts_-_Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf> สืบค้นเมื่อ 9 ตุลาคม 2566.

หากมีการแบ่งปันข้อมูลระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการทั้งในเรื่องข้อเท็จจริง หรือเอกสารในทางคดี ย่อมเป็นการป้องกันผลกระทบที่จะเกิดจากการสูญเสียทรัพยากร บรรเทาค่าใช้จ่ายในเรื่องเอกสารในทางคดีที่มีการส่งซ้ำซ้อนกัน และลดระยะเวลาหากต้องสืบพยานในเรื่องเดียวกันหลายครั้งหลายครา⁷²

ดังนั้นเมื่อเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานขึ้นแล้วคณะอนุญาโตตุลาการมีการแบ่งปันข้อมูลระหว่างองค์คณะ ย่อมทำให้ลดโอกาสการเกิดขึ้นของความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด และการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้เกิดการประสานงานระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ยังมีข้อจำกัดในเรื่องการรักษาความลับเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท⁷³

5.3 กลไกในการปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

การใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศสามารถเข้ามาเพื่ออุดช่องว่างเมื่อไม่ปรากฏว่ามีตราสารทางกฎหมายใดที่สามารถป้องกันปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้ การปรับใช้ดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรม

5.3.1 หลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณา (*lis alibi pendens*)

หลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาถูกนำมาใช้กับข้อพิพาทที่มีเขตอำนาจทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์⁷⁴ รวมถึงระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้วย⁷⁵ โดยหลักการดังกล่าวจะถูกใช้ขึ้นเมื่อปรากฏว่ามีข้อพิพาทที่มีข้อเรียกร้องอย่างเดียวกัน ข้อพิพาทที่มีมูลคดีเดียวกัน และคู่พิพาทเดียวกัน ถูกยกขึ้นว่ากล่าวในกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน หรือมากกว่าหนึ่งกระบวนการพิจารณาคดี และส่งผลให้การพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นภายหลังต้องระงับการพิจารณาเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดกรณีคำชี้ขาดที่ขัดกัน หรือหลีกเลี่ยงกรณีที่ถูกเรียกร้องได้รับการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน

อย่างไรก็ตามการใช้หลักดังกล่าวยังมีข้อจำกัดอยู่ในแง่ของการปรับใช้ และในแง่ของเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ในแง่ของการปรับใช้นั้นการจะนำหลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาถึงลักษณะที่เหมือนกันของข้อพิพาทในสามประการ (triple identity test) **ประการที่หนึ่ง** คือ คู่พิพาทเป็นบุคคลเดียวกัน **ประการที่สอง** คือ ข้อเท็จจริงเดียวกัน **ประการที่สาม** คือ มูลคดีเป็นมูลคดีเดียวกัน⁷⁶ และถึงแม้ปัจจัยจะครบสามประการคณะอนุญาโตตุลาการก็ไม่อยู่ในบังคับให้ต้องนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้เสมอไป เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการสามารถอ้างว่าตนมีเขตอำนาจที่ได้รับมาอย่างเฉพาะเจาะจง (exclusive jurisdiction) ในข้อพิพาทที่ถูกนำขึ้นมาเรียกร้องได้เพื่อพิจารณาคดีต่อไปได้⁷⁷ ถึงแม้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวจะเป็นข้อพิพาทที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือศาลอื่นก็ตาม

เมื่อพิจารณาการปรับใช้หลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณากับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานยังคงมีข้อจำกัด เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่มีคู่พิพาทเดียวกันเท่านั้น หากแต่เป็นคู่พิพาทที่มีความเกี่ยวพันกัน ข้อพิพาทเกิดจากมูลคดีอย่างเดียวกัน หลักการดังกล่าวจึงไม่สามารถปรับใช้ได้ กรณีที่มีคู่พิพาทที่อยู่ภายใต้องค์คณะในหน่วยการลงทุนเดียวกัน⁷⁸ แต่ยื่นข้อเรียกร้องโดยอาศัยความคุ้มครองตามสนธิสัญญาการลงทุนที่แตกต่างกันได้⁷⁹ ดังจะเห็นได้จากคำชี้ขาดในคดี CME

⁷² United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Multiple proceedings and counterclaims' (เชิงอรรถ 15) para 26.

⁷³ ดูประกอบ Yarik Kryvoi, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* (5 th edn, Wolters Kluwer 2023) 68.

⁷⁴ Emmanuel Gaillard (เชิงอรรถ 11) 28.

⁷⁵ Robin F Hansen (เชิงอรรถ 16) 531.

⁷⁶ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Concurrent proceedings in international arbitration' (เชิงอรรถ 4) para 25.

⁷⁷ Emmanuel Gaillard (เชิงอรรถ 11) 28.

⁷⁸ เฟ็งอ้าง 28.

⁷⁹ เฟ็งอ้าง 29.

v. Czech Republic⁸⁰ และคดี *Lauder v. Czech Republic*⁸¹ ที่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธในการใช้หลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณา เนื่องจากทั้งสองคดีอาศัยสนธิสัญญาที่แตกต่างกัน แม้ฝ่ายผู้คัดค้านจะกล่าวอ้างว่ามีการพิจารณาคดีอยู่อีกกระบวนการหนึ่งก็ตาม การปรับใช้หลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาจึงยังไม่ใช่กลไกทางกฎหมายที่สามารถเข้ามาจัดการกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้อย่างครอบคลุม

5.3.2 หลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาด (*res judicata*)

เมื่อปรากฏว่าข้อพิพาทมีคู่พิพาทเดียวกัน และมูลคดีเดียวกันได้รับการพิจารณาและมีคำพิพากษาแล้ว คู่พิพาทย่อมไม่อาจนำข้อพิพาทในมูลคดีเดียวกันว่ากล่าวกันได้อีก ตามหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดและหลักกฎหมายปิดปาก (*collateral estoppel*) ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับและนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซีวิลลอว์ และกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งยังมีนักวิชาการเห็นว่าหลักการดังกล่าวเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁸² การนำหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดจึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับและนำมาปรับใช้ เพื่อไม่ให้ข้อพิพาทเดียวกันต้องมีการลงโทษซ้ำสองและส่งผลให้คำพิพากษาและคำชี้ขาดในมูลคดีเดียวกันออกมาในลักษณะที่สอดคล้องกัน

อย่างไรก็ตาม ในอดีตที่ผ่านมาการที่จะนำหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดมาปรับใช้ได้ต้องพิจารณาถึงลักษณะที่เหมือนกันของข้อพิพาทในสามประการ (*triple identity test*) อย่างเคร่งครัดโดยพิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้ **ประการที่หนึ่ง** คือ ข้อพิพาทต้องมีคู่พิพาทคนเดียวกัน **ประการที่สอง** คือ ข้อพิพาทที่มีข้อเรียกร้องเดียวกัน และ**ประการที่สาม** คือ ข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้ข้อกฎหมายเดียวกัน⁸³ เช่นเดียวกับกับหลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาแต่ในปัจจุบันมีการเสนอให้พิจารณาองค์ประกอบทั้งสามประการที่ยืดหยุ่นขึ้น⁸⁴ โดยนำหลักเรื่องกฎหมายปิดปากเข้ามาประกอบเพื่อให้สามารถปรับใช้หลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดได้⁸⁵

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้นการนำหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดมาปรับใช้ในกรณีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานยังมีข้อจำกัดทั้งในเรื่องลักษณะที่เหมือนกันของข้อพิพาทสามประการ เนื่องจากคู่พิพาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลเดียวกัน อีกทั้งไม่สามารถนำมาปรับใช้กรณีที่ข้อพิพาทกำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีพร้อมกันได้ เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานในบางครั้งอาจเกิดขึ้นพร้อมกันและยังไม่ปรากฏว่ามีคำชี้ขาดเกิดขึ้นในองค์คณะใดคณะหนึ่ง ทำให้การปรับใช้หลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดยังไม่สามารถป้องกันการเกิดขึ้นของกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวได้อย่างครอบคลุม

5.3.3 หลักสุจริต (*good faith*)

หลักสุจริตเป็นหลักที่กำหนดให้บุคคลต้องใช้สิทธิในลักษณะที่สุจริตหากบุคคลใดใช้สิทธิในลักษณะที่ไม่สุจริตหรือเป็นไปในทางที่ก่อให้เกิดอันตรายหรือเสียหายต่อสิทธิของบุคคลเกินควร บุคคลนั้นย่อมไม่อาจอ้างสิทธิตามกฎหมายเพื่อให้ตนได้รับความคุ้มครอง หลักสุจริตเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปทั้งในระบบกฎหมาย

⁸⁰ CME (CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic) (UNCITRAL).

⁸¹ *Lauder* (Ronald S. Lauder v. The Czech Republic) (UNCITRAL).

⁸² August Reinisch, 'The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes' (2004) 3 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 44.

⁸³ Audley Sheppard, 'Res judicata and estoppel' in Bernardo Maria Cremades and Julian D M Lew (eds) *Parallel state and arbitral procedures in international arbitration* (ICC Pub 2005) 224.

⁸⁴ ดูประกอบ *Apotex* (*Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*) (award) (2014) paras 7.37-7.40; C L Lim and others, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and other Materials* (Cambridge University Press 2018) 136.

⁸⁵ John David Branson (เชิงอรรถ 51) 204.

ภายใน⁸⁶ และระบบกฎหมายระหว่างประเทศ จะเห็นได้จากการปรากฏในรูปแบบของสนธิสัญญา การยอมรับในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมาย อีกทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอีกด้วย ถึงแม้ว่าหลักสุจริตจะไม่ปรากฏตราสารระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายในฉบับใดกำหนดขอบเขตการปรับใช้หลักสุจริตไว้อย่างชัดเจน แต่การที่ไม่มีขอบเขตอย่างชัดเจนเป็นข้อดีประการหนึ่งที่จะสามารถนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมาย⁸⁷ เพื่อให้การใช้สิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดการใช้สิทธิในทางที่มิชอบ⁸⁸ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงความสมดุลของความยุติธรรมกับการจำกัดสิทธิของแต่ละฝ่ายประกอบด้วย

หลักสุจริตเป็นหลักที่สามารถนำมาปรับใช้ได้หลายหลายรูปแบบ⁸⁹ แต่การปรับใช้สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภทดังต่อไปนี้ **ประเภทที่หนึ่ง** คือ การปรับใช้หลักสุจริตในลักษณะที่เป็นการป้องกันมิให้บุคคลใช้สิทธิในทางที่มิชอบ (abuse of right) ซึ่งเป็นลักษณะการใช้สิทธิในทางสารบัญญัติในลักษณะที่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการมีอยู่ของสิทธิหรือมีเจตนาเพื่อขัดขวางการใช้สิทธิหรือก่อให้เกิดความเสียหายของผู้อื่น ถึงแม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีสิทธิตามกฎหมายก็ตาม บุคคลดังกล่าวย่อมไม่อาจใช้สิทธิได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁹⁰ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปและมีการนำมาปรับใช้ในทางระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจและการยอมรับคดีไว้พิจารณาในคดี *Abaclat*⁹¹ ที่คณะอนุญาโตตุลาการนำหลักการใช้สิทธิในทางที่มิชอบมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริต

ประเภทที่สอง คือ การปรับใช้หลักสุจริตในลักษณะที่เป็นการป้องกันมิให้บุคคลใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีที่มิชอบ (abuse of process) เป็นการใช้สิทธิในวิธีสบัญญัติ⁹² ซึ่งมีความเกี่ยวพันทั้งกับผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายและผู้มีหน้าที่ในการตัดสินชี้ขาดคดี⁹³ หลักการดังกล่าวจะถูกนำมาใช้เมื่อผู้ทรงสิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใช้สิทธิของตนในลักษณะที่เป็นการก่อกวนคู่พิพาทอีกฝ่าย ไม่เป็นธรรมหรือเป็นปฏิกษณ์ต่อการใช้สิทธิของผู้อื่น (unfair or anti-social use of rights)⁹⁴ ซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการระงับข้อพิพาทโดยการใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือ เช่น การออกแบบการลงทุนเพื่อที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน⁹⁵ การยื่นข้อเรียกร้องโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มโอกาสในการชนะคดี⁹⁶ การยื่นข้อเรียกร้องที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁹⁷

⁸⁶ ดูประกอบ *Apotex (Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America) (award) (2014) paras 7.37-7.40; C L Lim (เชิงอรรถ 84) 136.*

⁸⁷ Halil Rahman Basaran, 'The Principle of Good Faith in International Law' (2021) 51 *Hong Kong Law Journal* 598.

⁸⁸ Gerald Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice' (1958) 34 *British Year Book of International Law* 12.

⁸⁹ Halil Rahman Basaran (เชิงอรรถ 87) 599.

⁹⁰ Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (Cambridge University Press 1953) 123.

⁹¹ *Abaclat (Abaclat and Others v. Argentine Republic) (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (2011) paras 646-650.*

⁹² John David Branson (เชิงอรรถ 51) 188; Giovanni Zarra, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration* (2016) 124.

⁹³ Robert Kolb, 'General principles of procedural law' in Zimmermann and others (eds) *The statute of the International Court of Justice : a commentary* (Oxford University Press 2006) para 6.

⁹⁴ Lauterpacht, *The function of Law in International Community* (2010 ed) 294 cited in Giovanni Zarra (เชิงอรรถ 92) 129.

⁹⁵ Emmanuel Gaillard (เชิงอรรถ 11) 19.

⁹⁶ เฝิงอ่าง 22.

⁹⁷ เฝิงอ่าง 26.

ดังที่กล่าวมาในข้างต้นแสดงให้เห็นว่าแนวคิดของหลักสุจริตที่ประกอบไปด้วยหลักการใช้สิทธิในทางที่มีชอบและหลักการใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีที่มีชอบ เป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้เพื่อป้องกันการใช้สิทธิในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทางสารบัญญัติหรือวิธีบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานที่มีวัตถุประสงค์ที่มีชอบ ทั้งในช่วงเวลาก่อนมีคำชี้ขาดอย่างการวางแผนสัญญาชาติเพื่อใช้ประโยชน์ในทางสนธิสัญญาที่มีชอบ การแสวงหาโอกาสในการชนะคดี หรือการเรียกร้องของนักลงทุนกรณีบริษัทที่ต้นลงทุนมีผลขาดทุน อีกทั้งยังป้องกันปัญหาในช่วงเวลาทำคำชี้ขาดผ่านการปรับใช้ของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดี โดยการปฏิเสธการรับคดีไว้พิจารณาด้วยเหตุผลที่เกิดจากการใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีที่มีชอบของผู้เรียกร้อง ซึ่งเป็นการป้องกันผลที่อาจตามมาในเรื่องความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด หรือการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัดในเรื่องความชัดเจนในขอบเขตและความแน่นอนในการปรับใช้ ทำให้ผู้ที่มีส่วนร่วมทุกฝ่ายไม่อาจคาดการณ์ในผลของคำชี้ขาดได้ นอกจากนี้การบัญญัติไว้ชัดแจ้งในสนธิสัญญาอย่างชัดแจ้งหรือการได้รับการยอมรับให้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงสามารถแก้ไขและป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานไม่ใช่ลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นความผิดหรือมีชอบด้วยกฎหมายในตัวเอง แต่หากนักลงทุนอาศัยลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเช่นว่าเพื่อประโยชน์ในทางที่มีชอบและก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่พิพาทอีกฝ่าย ผู้มีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทจึงไม่ควรนิ่งเฉยต่อสาเหตุและปัญหาที่เกิดขึ้น แต่ควรรักษาสิทธิทางกฎหมายเข้ามาปรับใช้เพื่อไม่ให้กระทบต่อความน่าเชื่อถือและความชอบธรรมของกระบวนการระงับข้อพิพาท

จากการศึกษาพบว่ามีกลไกทางกฎหมายที่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้ต่างก็มีข้อจำกัดในการปรับใช้ อย่างไรก็ตามกรณีของกลไกทางสนธิสัญญาที่มีข้อจำกัดในเรื่องการที่จะเสนอให้มีการแก้ไขสนธิสัญญาที่มีอยู่แต่เดิมซึ่งมีอยู่ในปัจจุบันจำนวนมาก ส่วนกลไกในการประสานงานระหว่างองค์คณะอนุญาโตตุลาการหากไม่มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ยังมีข้อจำกัดเนื่องจากโดยหลักการอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินไปเป็นความลับ⁹⁸ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท และกลไกในการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป ยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้เนื่องจากลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานนั้น ฝ่ายผู้เรียกร้องไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลเดียวกันเสมอไปเพียงแต่ต้องเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวพันกัน จึงทำให้ไม่อาจนำหลักคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาและหลักความเป็นที่สุดของคำชี้ขาดมาปรับใช้แก่กรณีได้ สำหรับหลักสุจริตที่ยังมีข้อจำกัดในเรื่องความชัดเจนในการปรับใช้เพราะหากไม่มีการบัญญัติให้นำมาใช้กับกรณีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานจะทำให้การปรับใช้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของแต่ละองค์คณะอนุญาโตตุลาการ

ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอให้ผู้มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนปรับปรุงกลไกทางกฎหมายที่มีอยู่เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อทุกฝ่ายและป้องกันการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานที่มีเจตนาในทางที่มีชอบของนักลงทุน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ข้อเสนอต่อรัฐ

รัฐในฐานะผู้ที่มีอำนาจเจรจาและจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนกับรัฐอื่น มีส่วนสำคัญในการกำหนดแบบแผนลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ ดังนั้นหากรัฐไม่เห็นด้วยกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานรัฐสามารถหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นของกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวและกำหนดวิธีการรับมือหากเกิดขึ้นโดยใช้กลไกทางสนธิสัญญาเป็นเครื่องมือ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

⁹⁸ Gary B Born (เชิงอรรถ 71) 791.

ในขั้นตอนการเจรจาสนธิสัญญา นอกจากการกำหนดค่านิยมอย่างเฉพาะเจาะจงในสนธิสัญญาการลงทุน ผู้เขียนเห็นควรเสนอให้มีการกำหนดบทบัญญัติที่สำคัญ ได้แก่ เรื่องการนำหลักการใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีที่มีขอบ และเรื่องการรวมการพิจารณาคดีไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนด้วย โดยกำหนดว่าสถานการณ์ใดบ้างที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในการปฏิเสธที่จะรับข้อพิพาทไว้พิจารณา การกำหนดดังกล่าวจะทำให้เกิดความชัดเจนทั้งต่อคู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการ ส่วนเรื่องการรวมการพิจารณาไว้ในสนธิสัญญา โดยให้มีการรวมการพิจารณาคดีเมื่อมีข้อพิพาทที่มีปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงร่วมกัน และเพื่อแก้ไขปัญหามือข้อพิพาทแต่ละคดีอยู่ภายใต้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน รัฐภาคีอาจตกลงให้เลือกใช้ข้อบังคับใดไว้เป็นการเฉพาะ⁹⁹ เพื่อความชัดเจนและการรวมการพิจารณาสามารถเกิดขึ้นได้ง่ายมากขึ้น

ทั้งนี้ หากการที่รัฐจะต้องแก้ไขสนธิสัญญาระหว่างรัฐด้วยกันที่มีอยู่แต่เดิมหรือเจรจาจัดทำสนธิสัญญาการลงทุนขึ้นมาใหม่เป็นเรื่องยาก รัฐอาจแก้ไขโดยการกำหนดข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนที่รัฐมีต่อนักลงทุนไว้เป็นรายกรณีไป

(2) ข้อเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ

ถึงแม้ว่าจะไม่ปรากฏตราสารที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายใดให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการใดเมื่อเกิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานขึ้นก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรเพิกเฉยต่อลักษณะดังกล่าวของข้อพิพาท อีกทั้งควรคำนึงถึงผลกระทบต่อคู่พิพาทและความน่าเชื่อถือของระบบการระงับข้อพิพาทด้วย

ผู้เขียนจึงเสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการควรพิจารณาถึงความเหมาะสมในลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีประกอบด้วย ถึงแม้ว่าลักษณะของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานจะไม่ใช่งานกระทำโดยไม่สุจริตในตัวของกระบวนการพิจารณาเอง หากแต่ผู้เรียกร้องมีการยื่นข้อพิพาทโดยใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่พิพาทอีกฝ่ายเกินควรในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของผู้เรียกร้อง เช่น การที่ผู้เรียกร้องที่มีความเกี่ยวพันกันยื่นข้อพิพาทโดยแบ่งข้อพิพาทออกเป็นหลาย tribunal โดยมีจุดประสงค์เพื่อแสวงโอกาสในการชนะคดี หรือการวางแผนสัญญาชาติเพื่อให้ได้รับประโยชน์ในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุน หรือการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้ถือหุ้นบริษัทที่ต้นลงทุนมีผลขาดทุนเพื่อให้ได้รับการเยียวยาที่ซ้ำซ้อน หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการควรใช้อำนาจที่มีอยู่ในตัวเองของตนปฏิเสธที่จะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา โดยพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายคดี นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจใช้อำนาจที่มีอยู่ในตัวเองของตนในการออกคำสั่งระงับหรือหยุดการพิจารณาชั่วคราวเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบทั้งในความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดและการได้รับการเยียวยาตามคำชี้ขาดที่ซ้ำซ้อนกัน

อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจและดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงเขตอำนาจของตนและความยินยอมของคู่พิพาท มิเช่นนั้นแล้วถึงแม้ปัญหาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนานได้รับการแก้ไขแต่ก็อาจเกิดปัญหาเรื่องการใช้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการอื่นตามมาอีกเช่นกัน

⁹⁹ ดูประกอบ เอกสารการเจรจาที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการยุโรปหลังจากที่ได้มีการเจรจาความตกลงคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและประเทศสิงคโปร์ (EU-Singapore investment protection agreement) art 3.24 para 5(b)

Article 3.24 Consolidation

5. The consolidating division of the Tribunal shall conduct its proceedings in the following manner:

(b) where the claims for which a consolidation order is sought have not been submitted under the same dispute settlement rules:

(i) the disputing parties may agree on the applicable dispute settlement rules available under Article 3.6 (Submission of Claim to Tribunal) which shall apply to the consolidation proceedings; or

(ii) if the disputing parties cannot agree on the same dispute settlement rules within thirty days from the request made pursuant to paragraph 3, the UNCITRAL arbitration rules shall apply to the consolidation proceedings.

(3) ข้อเสนอต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ

หน้าที่โดยหลักของสถาบันอนุญาโตตุลาการ คือ การอำนวยความสะดวกในการระงับข้อพิพาทแก่คู่พิพาท ดังนั้น เพื่อส่งเสริมและลดโอกาสการเกิดขึ้นของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของแต่ละสถาบัน ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามวิธีการและเงื่อนไขของแต่ละสถาบันกำหนด ยกตัวอย่างเช่น การใช้อำนาจของสภาพบริหารซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนของรัฐภาคีรัฐละหนึ่งคน¹⁰⁰ สามารถกำหนดกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน ICSID ได้¹⁰¹ ซึ่งเป็นวิธีการที่ไม่ต้องผ่านขั้นตอนการแก้ไขสนธิสัญญา การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่สถาบันอนุญาโตตุลาการสามารถทำได้ คือ เรื่องข้อกำหนดว่าด้วยการรวมการพิจารณาคดี ทั้งกรณีข้อพิพาทอยู่ภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการเดียวกันหรือต่างกัน สำหรับข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันอาจกำหนดให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายตกลงกันเลือกที่จะนำข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดมาใช้สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

(4) ข้อเสนอต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอื่น

ผู้มีส่วนร่วมในการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนไม่ได้มีเพียงแค่นักลงทุน รัฐ คณะอนุญาโตตุลาการ และสถาบันอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ยังมีองค์กรในระดับระหว่างประเทศ อย่างเช่น คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่สามารถสร้างความตระหนักรู้ถึงผลกระทบและปัญหาที่เกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบคู่ขนาน และนำเสนอแนวทางในการพิจารณาความเหมาะสมของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยการจัดให้มีแนวทางสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการที่สามารถเลือกใช้ให้เหมาะสมแก่กรณี และเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการเลือกใช้แนวทางดังกล่าวประกอบคำชี้ขาดหรือการออกคำสั่งย่อมได้รับการยอมรับมากกว่าการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการเอง

ทั้งนี้ แม้การนำเสนอแนวทางในการพิจารณาดังกล่าวจะไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย แต่หากแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับอาจถูกพัฒนาเป็นบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะส่งผลเป็นการพัฒนาต่อระบบการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนมากยิ่งขึ้น

¹⁰⁰ the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) art 4(1).

¹⁰¹ ICSID Convention art 4(1).

¹⁰¹ ICSID Convention art 6(1)(c).

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

นาถนรินทร์ จันทร์งาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน, 2562).

ภาษาต่างประเทศ

Andres Rigo Sureda, *Investment treaty arbitration* (Cambridge University Press 2012).

Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (Cambridge University Press 1953).

C L Lim and others, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and other Materials* (Cambridge University Press 2018).

Gary B Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International).

Giovanni Zarra, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration* (2016).

Josefa Sicard-Mirabal and Yves Derains, *Introduction to Investor State Arbitration* (Kluwer Law International 2018).

Lukas Vanhonnaeker, *Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law* (Cambridge University Press 2020).

Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford University Press 2012).

บทความ

ภาษาต่างประเทศ

Audley Sheppard, 'Res judicata and estoppel' in Bernardo Maria Cremades and Julian D M Lew (eds) *Parallel state and arbitral procedures in international arbitration* (ICC Pub 2005).

August Reinisch, 'The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes' (2004) 3 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*.

Chester Brown, 'The Inherent Powers of International Courts and Tribunals' (2006) 76 *British Yearbook of International Law*.

Emmanuel Gaillard, 'Abuse of Process in International Arbitration' (2016) 32 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*.

Gerald Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice' (1958) 34 *British Year Book of International Law*.

- Halil Rahman Basaran, 'The Principle of Good Faith in International Law' (2021) 51 Hong Kong Law Journal.
- John David Branson, 'The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration' (2021) 2 Journal of International Arbitration.
- John Lee, 'Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration' (2015) 6 Journal of International Dispute Settlement.
- Jonathan Brosseau and Simon Rollat, 'Inherent Powers of Tribunals' (2022).
- Kaj Hober, 'Parallel arbitration proceedings-Duties of the arbitrators some reflections and ideas' in Julian D M Lew Bernardo M Cremades (ed), *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration* (ICC Publishing 2005).
- Manuel Casas, 'Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and access to Investor - State Dispute Settlement' (2016) 49 NYU Journal of International Law and Politics.
- Markus A Petsche, 'The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches' (2019) 18 Washington University Global Studies Law Review Washington University Global Studies Law Review.
- Robert Kolb, 'General principles of procedural law' in Zimmermann and others (eds) *The statute of the International Court of Justice : a commentary* (Oxford University Press 2006).
- Robin F Hansen, 'Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties' (2010) 73 The Modern Law Review.
- Rudolf Dolzer, 'The notion of investment in recent practice' in Steve Charnovitz and others (eds) *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge University Press 2005).
- Salim Moollan and Gustavo Laborde, 'Parallel Proceedings in Investment Arbitration: Causes, Problems and Possible Solutions' in Gourad Banerji and others (eds) *International Arbitration and the Rule of Law: Essays in Honour of Fali Nariman* (Permanent Court of Arbitration 2021).
- Yas Banifatemi, 'Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses' (2018) 8 Jurisdiction in investment Treaty Arbitration.
- Yarik Kryvoi, 'International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)' (5 th edn, Wolters Kluwer 2023).

**คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ
ภาษาต่างประเทศ**

- Abaclat (Abaclat and Others v. Argentine Republic) (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (2011).
- Apotex (Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America) (award) (2014).
- CME (CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic) (UNCITRAL).
- Lauder (Ronald S. Lauder v. The Czech Republic) (UNCITRAL).
- RSM (RSM Production Corporation v. Grenada) (Final Award) (2009) ICSID Case No. ARB/05/14.

RSM and others (RSM Production Corporation and others v. Grenada) (award) (2010). ICSID Case No. ARB/10/6.

Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. (Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela) (Award of the Tribunal) ICSID Case No. ARB/07/27.

Vivendi (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic) (Decision on Annulment) (2002) ICSID Case No. ARB/97/3.

เอกสารอื่น ๆ

ภาษาต่างประเทศ

--'International Investment Agreements Navigator' (UNCTAD) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> สืบค้นเมื่อ 30 กันยายน 2567.

--'International Investment Agreements Navigator' (UNCTAD) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>> สืบค้นเมื่อ 30 กันยายน 2567.

Amnat Tangkiriphimarn and Nartnirun Junngam, 'The Doctrine of Abuse of Rights and Corporate Restructuring: Subtle Demarcation between Legitimate and Abusive Exercises of Rights to Access International Investment Arbitration' (SSRN, 1 June 2019) <<https://ssrn.com/abstract=3857561>> สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2566.

Anthea Roberts, 'Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' 40<https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/Roberts__Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf> สืบค้นเมื่อ 9 ตุลาคม 2566.

UNGA, 'Report of the United Nations Commission on International Trade Law' (8-26 July 2013) A/68/17.

United Nations Commission on International Trade Law Working Group III, 'Concurrent proceedings in international arbitration' (8 April 2016) A/CN.9/881.

-- , 'Possible future work in the field of dispute settlement: Concurrent proceedings in international arbitration' (24 March 2017) A/CN.9/915.

-- , 'Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November 1 December 2017)' (26 February 2018) A/CN.9/930/Add.1/Rev.1.

-- , 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Shareholder claims and reflective loss' (9 August 2019) A/CN.9/WG.III/WP.170.

-- , 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Multiple proceedings and counterclaims' (22 January 2020) A/CN.9/WG.III/WP.193.