

อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ:  
การตีความและปรับใช้ข้อ 46 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่าง  
รัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965

INTERNATIONAL INVESTMENT TRIBUNALS' JURISDICTION TO DECIDE  
COUNTERCLAIMS: INTERPRETATION AND APPLICATION OF ARTICLE 46 OF THE  
CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTE BETWEEN  
STATES AND NATIONALS OF 1965

ปานเทพ นาคทิพย์พิมาน

Panthepp Naktippiman

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : panthepp.nakt@gmail.com

Graduate student of Master of Laws Program in International Law

Faculty of Law, Thammasat University : panthepp.nakt@gmail.com

Received : September 13, 2024

Revised : November 4, 2024

Accepted : November 22, 2022

### บทคัดย่อ

ข้อเรียกร้องแย้งเป็นหนึ่งในหนทางการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้ถูกร้องหรือรัฐผู้รับการลงทุนในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายหรือหักลบหนี้กับข้อเรียกร้องของผู้ร้องหรือนักลงทุน โดยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศนั้นถูกรับรองไว้อย่างชัดเจนในข้อ 46 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 หรือ ICSID Convention) ซึ่งกำหนดให้ 1) ข้อเรียกร้องแย้งต้องอยู่ภายในขอบเขตความยินยอมของคู่พิพาทซึ่งตกลงกำหนดข้อพิพาทที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาด และ 2) ข้อเรียกร้องแย้งต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท

จากการศึกษาพบว่า 1) ในส่วนเงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท หากคู่พิพาทกำหนดความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดครอบคลุมประเด็นพิพาทตามข้อเรียกร้องแย้งอย่างชัดแจ้งหรือครอบคลุมข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการลงทุน ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งอยู่ภายในขอบเขตความยินยอมของคู่พิพาท ในทางกลับกัน หากความยินยอมของคู่พิพาทจำกัดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดเพียงข้อพิพาทตามพันธกรณีในสนธิสัญญาการลงทุนหรือข้อเรียกร้องของนักลงทุนเท่านั้น ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งไม่อยู่ภายในความยินยอมของคู่พิพาท และ 2) ในส่วนเงื่อนไขความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท หากข้อเรียกร้องแย้งมีความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงและทางกฎหมายกับข้อเรียกร้องหลัก ย่อมมีแนวโน้มทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้อง

โดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ทั้งเงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาทและเงื่อนไขความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทกลับเป็นอุปสรรคสำคัญที่จำกัดมิให้คณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงได้เสนอแนะแนวทางในการร่างหรือแก้ไขสนธิสัญญาการลงทุน แนวทางการกำหนดความยินยอมของคู่พิพาทให้ชัดเจนในเอกสารฉบับอื่น แนวทางการยอมรับความยินยอมของคู่พิพาทที่ไม่ปรากฏชัดเจน แนวทางการยื่นข้อเรียกร้องแย้งที่เหมาะสม แนวทางการค้นหาความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทผ่านสาระของข้อเรียกร้อง และความเป็นไปได้ในการยื่นข้อเรียกร้องแย้งของประเทศไทยในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

### คำสำคัญ

ข้อเรียกร้องแย้ง, กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, สนธิสัญญาการลงทุน, คณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ

### ABSTRACT

A counterclaim is an option for a respondent or a host state to claim rights, either to assert damages or to begin any international investment disputes. International investment tribunals' jurisdiction to decide counterclaims is expressly guaranteed in Article 46 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 (ICSID Convention), requiring that 1) a counterclaim shall be within the scope of the consent of the disputing parties; and 2) a counterclaim shall directly connect to the subject matter of the dispute.

This research reveals that 1) for the conditions of disputing parties' consent, if the disputing parties expressly agree that the tribunal has jurisdiction to decide counterclaims or disputes related to an investment, the counterclaims are within the scope of the consent of the disputing parties. But if the consent of the disputing parties limits the tribunal's jurisdiction to decide only disputes based on investment treaty obligations or claims by investors, the counterclaims are not within the consent of the disputing parties; 2) for the conditions of a direct connection to the subject matter of the dispute, if the counterclaims have factual connection and legal connection to the principal claims, the tribunals tend to decide that the counterclaims directly connect to the subject matter of the disputes. Anyway, the conditions of disputing parties' consent and the conditions of a direct connection are key obstacles to international investment tribunals' jurisdiction to decide counterclaims.

Thus, this article suggests approaches for drafting or amending investment treaties, for determining clear consent of the disputing parties in other relating documents, for accepting consent of the disputing parties where a clear statement is not manifest, for filing appropriate counterclaims, for searching for direct connection to the subject matter of the dispute through the content of the claims, and for the possibility of filing counterclaims of Thailand in international investment disputes.

**Keywords**

Counterclaim, International investment law, Investment treaty, International investment tribunal

## 1. บทนำ

การยื่นข้อเรียกร้องแย้งเป็นช่องทางการใช้สิทธิเรียกร้องประการหนึ่งของรัฐผู้รับการลงทุน (ผู้ถูกร้องหรือผู้คัดค้าน)<sup>1</sup> ในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งถูกรับรองไว้ในกฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้ผู้ถูกร้องมีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องแย้งเข้ามาภายในระยะเวลายื่นคำคัดค้านข้อเรียกร้องหรือเวลาภายหลังจากนั้นหากมีเหตุอันสมควร<sup>2</sup> โดยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนนั้นปรากฏให้เห็นเด่นชัดผ่านถ้อยคำในข้อ 46 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 หรือ ICSID Convention) ซึ่งวางหลักว่า เว้นแต่คู่ความจะตกลงกันไว้เป็นประการอื่น หากมีการร้องขอเข้ามาโดยคู่ความ อนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องหรือเพิ่มเติมเข้ามาหรือข้อเรียกร้องแย้งทั้งหลายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากสาระสำคัญของข้อพิพาท หากข้อเรียกร้องเหล่านั้นอยู่ภายในเขตอำนาจของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (โดยต่อไปจะขอกกล่าวถึงศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุนโดยย่อว่า ศูนย์ฯ) หรืออีกนัยหนึ่งอยู่ภายใต้ขอบความยินยอมของคู่ความ<sup>3</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามข้อ 46 แห่ง ICSID Convention นี้สะท้อนหลักเกณฑ์การพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งที่ถูกนำไปปรับใช้กับคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนโดยทั่วไป ฉะนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์ในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention จึงเป็นประโยชน์ต่อความเข้าใจในอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนในภาพรวม ทั้งนี้ จากการศึกษาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนในอดีตที่ผ่านมาพบว่า เงื่อนไขการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ อันได้แก่ เงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท และเงื่อนไขความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท

1) ในส่วนเงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท ซึ่งโดยปกติแล้วความยินยอมของคู่พิพาทนั้นปรากฏให้เห็นใน 2 ลักษณะ คือ ความยินยอมให้ทุกข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนสามารถถูกนำขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (ความยินยอมอย่างกว้าง)<sup>4</sup> และความยินยอมให้เฉพาะเรื่องที่รัฐภาคีกำหนดไว้เท่านั้นที่สามารถถูกนำขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (ความยินยอมอย่างแคบ)<sup>5</sup> ซึ่งหากพิเคราะห์ในรายละเอียดแล้ว เมื่อปรากฏความยินยอมอย่างกว้าง

<sup>1</sup> ในความสัมพันธ์ของคู่ความในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ โดยส่วนมากจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนซึ่งมีสัญชาติของรัฐหนึ่ง (ผู้ร้อง) และรัฐผู้รับการลงทุนอีกรัฐหนึ่ง (ผู้ถูกร้อง).

<sup>2</sup> ตัวอย่างกฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการ ดู UNCITRAL Arbitration Rules art 21 (3) “... the respondent may make a counterclaim or rely on a claim for the purpose of a set-off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over it.”.

<sup>3</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 (ICSID Convention) art 46 “Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.”.

<sup>4</sup> ตัวอย่างข้อบท Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (Netherlands-Slovakia) (adopted 29 April 1991, entered into force 1 October 1992) art 8; Agreement between Australia and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investments (Australia-Pakistan) (adopted 7 February 1998, entered into force 14 October 1998) art 13.

<sup>5</sup> ความยินยอมให้เฉพาะเรื่องที่รัฐภาคีกำหนดไว้ สามารถจำแนกย่อยเป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่จำกัดเฉพาะการละเมิดข้อบทสนธิสัญญา ตัวอย่างข้อบท Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Greece-Romania) (adopted 23 May 1997, entered into force 11 June 1998) art 9; และรูปแบบที่รัฐภาคีกำหนดไว้เจาะจง ตัวอย่างข้อบท Treaty Between the Government of the United States of

ข้อเรียกร้องแย้งในฐานะข้อพิพาททางการลงทุนอย่างหนึ่งจึงสมควรอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>6</sup> ในทางกลับกันเมื่อปรากฏความยินยอมอย่างแคบ ข้อเรียกร้องแย้งอาจไม่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ หากถ้อยคำในความยินยอมอย่างแคบนั้นไม่ครอบคลุมถึงข้อเรียกร้องอันเป็นฐานของข้อเรียกร้องแย้ง<sup>7</sup> อย่างไรก็ตาม คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนที่ผ่านมากลับมิได้วินิจฉัยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามกรอบความยินยอมของคู่พิพาทเสมอไป

2) ในส่วนเงื่อนไขความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท โดยทั่วไปข้อเรียกร้องหรือข้อเรียกร้องแย้งต้องแสดงออกชัดถึงข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เรียกร้อง ฉะนั้นแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจึงได้พยายามค้นหาความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อเรียกร้องแย้งหรือความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งจากทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง โดยอาจจำแนกได้เป็น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกลุ่มหนึ่งให้ความสำคัญกับการค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งจากทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเป็นหลัก<sup>8</sup> และคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอีกกลุ่มหนึ่งที่มองว่าเพียงข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งมีความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริง ก็เพียงพอทำให้ข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท<sup>9</sup>

ด้วยเหตุนี้ การศึกษาถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ จึงมีความจำเป็นต่อความเข้าใจในขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน อีกทั้งการศึกษาถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งจะเป็นส่วนช่วยให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลายท่านมาความสำคัญต่อสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในบริบทกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>10</sup> และจะเป็นประโยชน์ยิ่งต่อรัฐผู้รับการลงทุนในการเตรียมความพร้อมเพื่อให้การยื่นข้อเรียกร้องแย้งเป็นอาวุธต่อสู้ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศที่ทรงประสิทธิภาพ โดยเนื้อหาในบทความนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงความเบื้องต้นของฟ้องแย้งและข้อเรียกร้องแย้ง (หัวข้อที่ 2) อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป (หัวข้อที่ 3) อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งภายใต้ข้อ 46 แห่ง ICSID Convention (หัวข้อที่ 4) และบทสรุปและข้อเสนอแนะเป็นลำดับสุดท้าย (หัวข้อที่ 5)

America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (United States of America-Romania) (adopted 19 April 1994, entered into force 16 February 1997) art VI.

<sup>6</sup> ตัวอย่างคดีที่มีความยินยอมอย่างกว้างดู *Saluka Investments B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim on 7 May 2004, paras 37–39; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Award (March 1, 2012) para 432; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (December 8, 2016) paras 1143–1150.

<sup>7</sup> ตัวอย่างคดีที่มีความยินยอมอย่างแคบ ดู *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (December 7, 2011) paras 859–877; *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Award (April 15, 2016) paras 332–333.

<sup>8</sup> ตัวอย่างคดีดู *Anglo American v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1, Award (January 18, 2019) para 529; *Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (August 22, 2016) para 628.

<sup>9</sup> ตัวอย่างคดี *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability (November 10, 2017) paras 1413–1415; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (เชิงอรรถ 6) para 1151.

<sup>10</sup> Eric De Brabandere, 'Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration' (2017) 50(2) *Revue Belge de Droit International/Belgian Review of International Law* 591; James Harrison, 'Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration' (2016) 17(3) *Journal of World Investment & Trade* 479.

## 2. ความเบื้องต้นของฟ้องแย้ง (ข้อเรียกร้องแย้ง)

คำว่า “counterclaim” เมื่อแปลความเป็นภาษาไทยจะสามารถแปลว่าเป็น “ฟ้องแย้ง” เมื่ออยู่ภายใต้การพิจารณาของศาล หรือ “ข้อเรียกร้องแย้ง” เมื่ออยู่ภายใต้การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเนื่องจากวัตถุประสงค์ที่ใช้ศึกษาโดยส่วนมากอธิบายถึงลักษณะของฟ้องแย้งได้เด่นชัดกว่าข้อเรียกร้องแย้ง ฉะนั้น ในการศึกษาลักษณะทั่วไปของข้อเรียกร้องแย้ง จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาจากลักษณะทั่วไปของฟ้องแย้งเป็นหลัก ทั้งนี้ เพื่อสร้างความเข้าใจถึงข้อเรียกร้องแย้งในบริบทกฎหมายการลงทุนได้อย่างครอบคลุม

### 2.1 ฟ้องแย้งในความเข้าใจทั่วไป

เมื่อศึกษาถึงความหมายของฟ้องแย้งผ่านหลักเกณฑ์ตามกฎหมายตลอดจนบรรดาความเห็นของนักวิชาการ ทำให้ทราบว่า “ฟ้องแย้ง” มีความหมายถึง คำฟ้องโดยโดยคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้ยื่นฟ้องเดิม ซึ่งได้ยื่นฟ้องแย้งภายหลังมีการยื่นฟ้องเดิม และยื่นฟ้องแย้งนั้นต่อคู่ความฝ่ายที่ยื่นฟ้องเดิม โดยฟ้องแย้งต้องมีสาระสำคัญเชื่อมโยงกับฟ้องเดิม ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการคัดค้านหรือหักกลบลบหนี้กับฟ้องของโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี<sup>11</sup> อันเป็นลักษณะการใช้สิทธิต่อสู้ข้อพิพาทวิธีการหนึ่งโดยฝ่ายจำเลยหรือผู้ถูกร้องตามหลักฟังความทั้งสองฝ่าย (*audi alteram partem*)<sup>12</sup> และอาจเป็นช่องทางในการขอหักกลบลบหนี้โดยมีต้องนำสิทธิเรียกร้องที่ฟังมีไปยื่นต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น<sup>13</sup> ซึ่งจะส่งผลต่อการพิจารณาเรื่องเดียวกันหรือประเด็นเดียวกัน หรือที่เกี่ยวข้องกันให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียว<sup>14</sup>

จากหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติอันเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนที่เกี่ยวกับฟ้องแย้ง ได้สะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของฟ้องแย้งที่ต้องเกิดขึ้นหรือกระทำโดยฝ่ายจำเลยหรือผู้ถูกร้อง ต้องยื่นต่อหรือกระทำต่อฝ่ายโจทก์หรือผู้ฟ้องคดี รวมไปถึงการเรียกร้องตามฟ้องแย้งนั้นต้องเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องโดยชอบและต้องเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับฟ้องของโจทก์ซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่กระนั้นฟ้องแย้งต้องสามารถแยกขาดจากคำให้การของจำเลยได้<sup>15</sup> กล่าวคือ แม้คำให้การและฟ้องแย้งจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่กระทำโดยฝ่ายจำเลยเช่นเดียวกัน แต่คำให้การมีลักษณะเป็นเพียงการเสนอข้อต่อสู้คัดค้านฟ้องของโจทก์ แตกต่างจากฟ้องแย้งซึ่งเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องโดยชอบเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากโจทก์ ฉะนั้นแล้วฟ้องแย้งจึงมีลักษณะที่แตกต่างอย่างชัดเจนความทับซ้อนระหว่างคำให้การและฟ้องแย้งคงมีแต่เพียงขั้นตอนการยื่นเข้าสู่กระบวนการพิจารณาที่ต้องกระทำในห้วงเวลาเดียวกันเท่านั้น<sup>16</sup>

กล่าวโดยสรุป การศึกษาความทั่วไปของฟ้องแย้งได้สะท้อนให้เห็นถึงวิธีการใช้สิทธิเรียกร้องของจำเลย อันเป็นมีลักษณะเป็นการยื่นข้อเรียกร้องเข้าไปสู่กระบวนการพิจารณาที่กำลังดำเนินอยู่ เพื่อขอเรียกร้องค่าเสียหายที่จำเลยมีสิทธิเรียกได้โดยชอบจากโจทก์ หากปรากฏว่าสิทธิเรียกร้องที่จำเลยมีนั้นเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับฟ้อง

<sup>11</sup> Stephan W. Schill and others, *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (3rd edn, Cambridge University Press 2022) 1038-1039.

<sup>12</sup> วรณชัย บุญบำรุง ‘หลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักสิทธิมนุษยชน’ (รายงานส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ 2559) 1-2.

<sup>13</sup> ดาราวรรณ ธีระวัฒน์, *กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2563) 247-248.

<sup>14</sup> Sean D. Murphy, ‘Counter-claims at the International Court of Justice’ in Andreas Zimmerman and Christian J Tams (eds) *The Statute of the International Court of Justice – A commentary* (3rd edn Oxford University Press 2017) 5.

<sup>15</sup> ดูประกอบ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177.

<sup>16</sup> ดู ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ลักษณะ 1 วิธีพิจารณาสามัญในศาลชั้นต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2546); Rules of Court (1978) art 80; UNCITRAL Arbitration Rules art 21 (3).

ของโจทก์ ซึ่งข้อสรุปดังกล่าวนี้สามารถนำมาเทียบเคียงเพื่อสร้างพื้นฐานความเข้าใจถึงข้อเรียกร้องแย้งในบริบทข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศได้ดั่งกัน

## 2.2 ฟ้องแย้งในศาลระหว่างประเทศ

เมื่อศึกษาถึงความทั่วไปของฟ้องแย้งเพื่อเทียบเคียงกับความทั่วไปของข้อเรียกร้องแย้งแล้ว จึงมีความจำเป็นต้องกล่าวถึงแนวทางคำตัดสินในประเด็นว่าด้วยฟ้องแย้งของศาลระหว่างประเทศเป็นลำดับถัดไป เพื่อปูทางไปสู่ความเข้าใจถึงพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน โดยในส่วนของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาถึงความในข้อบังคับที่ 40(4) แห่งข้อบังคับของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่ออกตามความในข้อ 32 แห่งธรรมนูญศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the Permanent Court of International Justice) ได้กำหนดให้ การทำคำให้การแก้ฟ้องนั้นหมายรวมถึงการเสนอข้อเท็จจริงใดเพื่อยืนยันฟ้องแย้งเข้ามาในคดีภายในเขตอำนาจศาล<sup>17</sup> ฉะนั้น จึงปรากฏคำพิพากษาของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Factory at Chorzów (1927)* ซึ่งวินิจฉัยว่าหลักเกณฑ์ที่ปรากฏตามความในข้อบังคับที่ 40 ที่ระบุให้ “ฟ้องแย้งต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล” ไม่เพียงพอต่อการพิจารณาเขตอำนาจเหนือฟ้องแย้งของศาล แต่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องค้นหาว่าฟ้องแย้งมีความเชื่อมโยงกับฟ้องที่กำลังพิจารณาอยู่ด้วย<sup>18</sup> ในเวลาต่อมาจึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจเหนือฟ้องแย้ง โดยแก้ไขความในข้อบังคับที่ 40 เป็นข้อบังคับที่ 63 และเพิ่มถ้อยคำให้ “ฟ้องแย้งนั้นต้องเกี่ยวข้องโดยตรง (directly connected) กับเรื่องที่มีการฟ้องคดี (subject of the application)”<sup>19</sup> ซึ่งปรากฏคำพิพากษาในคดี *Diversion of Water from the Meuse (1937)* ที่นำหลักเกณฑ์ใหม่มาปรับใช้ และได้อธิบายว่า เมื่อข้อเท็จจริงที่จำเลยกล่าวอ้างมาตามฟ้องแย้งเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องพันกับข้อเท็จจริงตามฟ้องที่กำลังพิจารณา จึงทำให้ฟ้องแย้งไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับฟ้องโจทก์ ศาลจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือฟ้องแย้งนั้น<sup>20</sup>

ต่อมาในส่วนของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มรดกความในข้อบังคับที่ 63 แห่งข้อบังคับของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศได้ถูกสืบทอดให้แก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงได้มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Asylum (1950)* ซึ่งได้มีการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงตามฟ้องและฟ้องแย้งที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการอนุญาตให้ลี้ภัยเช่นเดียวกัน กรณีจึงทำให้ฟ้องแย้งเกี่ยวข้องโดยตรงกับฟ้องที่กำลังพิจารณาอยู่<sup>21</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ความเดิมในข้อบังคับที่ 63 จึงถูกนำมาบรรจุไว้ในข้อบังคับที่ 80 แห่งข้อบังคับของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Rules of Court 1978) ถ้อยคำที่กล่าวถึงการค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างฟ้องของโจทก์และฟ้องแย้งที่ถูกสืบทอดมานั้นได้แปรเปลี่ยนจากประเด็นที่กำลังพิจารณากลายมาเป็นสาระสำคัญของฟ้องโจทก์<sup>22</sup> และส่งผลต่อคำพิพากษาในคดี *Oil Platforms (2003)* วินิจฉัยว่าฟ้องแย้งมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทก็ต่อเมื่อฟ้องแย้งมีฐานแห่งการเรียกร้องหรืออาศัยสิทธิเรียกร้องที่ปรากฏ

<sup>17</sup> Rules of Court (1922) art 40 “... Counter-case shall contain: ... (4) conclusions based on the facts stated; these conclusions may include counterclaim, in so far as latter come within the jurisdiction of the Court ...”.

<sup>18</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Germany v. Poland) (Merits) [1927] PCIJ Rep para 5.

<sup>19</sup> Rules of Court (1936) art 63 “When proceedings have been instituted by means of an application a counter-claim may be presents in the submission of the Counter-Memorial, provided that such counter-claim is directly connected with the subject of the application and that it comes within the jurisdiction of the Court. ...”.

<sup>20</sup> United Nation, *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice* (United Nations Publication, 2012) 387.

<sup>21</sup> *Asylum Case* (Colombia v. Peru) (Judgment) [1950] ICJ Rep paras 280-281.

<sup>22</sup> Rules of Court (1978) art 80.

บนกฎหมายมาตราเดียวกันกับฟ้องโจทก์ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในฟ้องและฟ้องแย้งต่างเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอันเป็นฐานแห่งการเรียกร้องทั้งสองกรณีจึงทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือฟ้องแย้งนั้น<sup>23</sup>

จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ สะท้อนให้เห็นแนวทางการพิจารณาเขตอำนาจเหนือฟ้องแย้งที่ต้องคำนึงถึงความเชื่อมโยงระหว่างฟ้องและฟ้องแย้ง โดยแนวทางที่ศาลนำมาใช้เพื่อค้นหาความเชื่อมโยงนั้น ได้แก่ การพิจารณาประเด็นข้อเท็จจริงและประเด็นข้อกฎหมายของทั้งฟ้องและฟ้องแย้งที่ต้องมีฐานอย่างเดียวกัน ซึ่งจากการให้ความสำคัญต่อความเชื่อมโยงระหว่างฟ้องและฟ้องแย้งนี้สามารถนำไปศึกษาเทียบเคียงได้กับการค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งเป็นลำดับต่อไป

### 3. อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไป

เมื่อการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>24</sup> ฉะนั้นแล้วการศึกษาถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปจะเป็นส่วนช่วยเสริมสร้างความเข้าใจถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งในบริบทของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนหรืออำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ได้ดียิ่งขึ้น โดยแรกเริ่มเดิมทีการยื่นข้อเรียกร้องแย้งในคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศปรากฏให้เห็นตั้งแต่ช่วง ค.ศ. 1987 ในคดี *South African Republic v. La Compagnie Franco-Belge du Chemin de Fer du Nord* ซึ่งได้วางแนวทางการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งว่า คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งก็ต่อเมื่อสาระสำคัญของข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องของผู้ร้องเท่านั้น แต่หากข้อเรียกร้องแย้งเป็นอิสระเด็ดขาดจากข้อเรียกร้องที่กำลังพิจารณาอยู่ กรณีย่อมทำให้คณะอนุญาโตตุลาการปราศจากอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง<sup>25</sup> เวลาต่อมาในปี ค.ศ. 1903 ได้ปรากฏคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้คณะกรรมการเม็กซิโก-เวเนซุเอลา ซึ่งวินิจฉัยถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งไว้อย่างน่าสนใจว่า แม้ข้อเรียกร้องแย้งไม่ถูกกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจพิจารณาชี้ขาดไว้อย่างเด่นชัด แต่จากบันทึกแลกเปลี่ยนระหว่างคู่พิพาทที่ยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง ย่อมเพียงพอทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งแล้ว<sup>26</sup> โดยจากตัวอย่างคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในช่วงแรกนี้เป็นหมุดหมายสำคัญที่ชี้ให้เห็นว่าอำนาจพิจารณาข้อเรียกร้องแย้งเป็นเรื่องที่ยังคงขาดความชัดเจนและต้องให้ความสำคัญมากขึ้นเป็นลำดับถัดไป

<sup>23</sup> *Case Concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Judgment) [2003] ICJ Rep para 105; ดูประกอบ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (Congo v. Uganda) (Judgment) [2005] ICJ Rep paras 271-273.

<sup>24</sup> Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press 2007) 3-6; เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2566) 303-305; นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 17-18.

<sup>25</sup> Bradley Larschan and Guive Mirfendereski, 'The Status of Counterclaim in International Law, with Particular Reference to International Arbitration Involving a Private Party and a Foreign State' (1986) 15(1) *Denver Journal of International Law and Policy* 11, 19.

<sup>26</sup> *Mixed Claims Commission Mexico - Venezuela (Del Rio Case)* (1903) *Reports of International Arbitral Awards* Volume X 697.

### 3.1 ข้อเรียกร้องแย้งในคณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกา

คณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกา (Iran-United States Claims Tribunal หรือ IUSCT) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1981 และมีปฏิญญาแห่งรัฐบาลประชาธิปไตยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนแอลจีเรียว่าด้วยการระงับข้อเรียกร้องระหว่างรัฐบาลสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran หรือเรียกโดยย่อว่า Claim Settlement Declaration) ซึ่งกำหนดอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อ 2 ซึ่งมีใจความว่า คณะอนุญาโตตุลาการนี้ก่อตั้งขึ้นเพื่อเป้าประสงค์ในการชี้ขาดข้อเรียกร้องทั้งหลายของชนชาติสหรัฐอเมริกาต่อประเทศอิหร่าน และข้อเรียกร้องทั้งหลายของชนชาติอิหร่านต่อประเทศสหรัฐอเมริกา ตลอดจนบรรดาข้อเรียกร้องแย้งอันมีที่มาจากสัญญาฉบับเดียวกัน จุกรกรรมเดียวกัน หรือเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์เดียวกันกับสาระสำคัญกับฟ้องของชนชาติ<sup>27</sup> ส่งผลให้คณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกานำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน Claim Settlement Declaration มาปรับใช้กับการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของตน

ในคดี *Owens-Corning Fiberglass Corp. v. Iran (1983)* คณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกาได้อธิบายอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของตนไว้ว่า หากข้อเรียกร้องได้เรียกร้องมาโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องตามสัญญา การเรียกร้องแย้งของจำเลยก็ต้องอาศัยสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่นกัน หรือหากข้อเรียกร้องมีที่มาจากเหตุการณ์ใด การเรียกร้องแย้งของจำเลยก็ต้องอ้างอิงที่มาจากเหตุการณ์นั้น อีกทั้ง หากข้อเรียกร้องอ้างสิทธิตามจุกรกรรมที่ซับซ้อนประกอบไปด้วยสัญญาหลายฉบับ ไม่ว่าจะข้อเรียกร้องแย้งจะอ้างสิทธิตามสัญญาฉบับเดียวกันหรือไม่ แต่หากอ้างถึงจุกรกรรมเรื่องเดียวกันกับข้อเรียกร้องของผู้ร้องยอมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งนั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>28</sup> นอกจากนี้คำชี้ขาดที่ ITL 83-B1-FT ในคดี *Iran v. United States (2004)* ได้ยืนยันว่าเมื่ออำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งเมื่อถูกรับรองไว้อย่างชัดเจนใน Claim Settlement Declaration ย่อมส่งผลให้การชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งเป็นอำนาจเคร่งครัดของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>29</sup>

กล่าวโดยสรุป คณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับการค้นหาว่าข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องที่อยู่ระหว่างการพิจารณา เนื่องจากความใน Claim Settlement Declaration ได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงเพียงการค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง ฉะนั้น คำชี้ขาดของคณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกาสะท้อนให้เห็นว่าการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์อันเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งระบุขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งไว้อย่างเด่นชัด

---

<sup>27</sup> Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran art 2 “An international arbitral tribunal (the Iran-United States Claims Tribunal) is hereby established for the purpose of deciding claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitute the subject matter of that national’s claim, ...”.

<sup>28</sup> *Owens-Corning Fiberglass Corp. v. Government of Iran*, IUSCT Case No. ITL 18-113-2, Interlocutory Award (May 13, 1983) 4-5.

<sup>29</sup> *The Islamic Republic of Iran v. United States of America*, IUSCT Case No. ITL 83-B1-FT, Award (September 9, 2004) para 134-135.

### 3.2 ข้อเรียกร้องแย้งในคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules

คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) เป็นหนึ่งในคณะอนุญาโตตุลาการที่เคยวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งอยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้ เนื่องจากตามกฎเกณฑ์ที่ 21(3) แห่ง UNCITRAL Arbitration Rules กำหนดให้ ในการยื่นคำคัดค้านต่อสู้ข้อเรียกร้องหรือในระยะเวลาภายหลังนั้น หากคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าความล่าช้ามีเหตุอันสมควร ผู้ถูกร้องมีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องแย้งหรือข้อเรียกร้องซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขอหักกลบลบหนี้ โดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>30</sup> ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า UNCITRAL Arbitration Rules เปิดช่องให้สามารถยื่นข้อเรียกร้องแย้งเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ถึงขนาดที่รับรองให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งโดยตรง เฉกเช่นความในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ฉะนั้นแล้วการศึกษาหลักเกณฑ์ที่คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules นำมาใช้วินิจฉัยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของตน จึงอาจนำมาเปรียบเทียบกับกรณีวินิจฉัยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ได้

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 21 ได้ปรากฏคำชี้ขาดในคดี *Saluka v. Czech Republic (2004)* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ต้องวินิจฉัยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของตนเป็นครั้งแรก โดยคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้วางแนวทางการวินิจฉัยว่า อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนเงื่อนไข 2 ข้อ คือ 1) ในส่วนเงื่อนไขว่าด้วยความยินยอมของคู่พิพาท เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์และสาธารณรัฐเช็กได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาททั้งหลายระหว่างรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งและนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเกี่ยวพันกับการลงทุนของนักลงทุน ทำให้ขอบเขตอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกว้างครอบคลุมถึงข้อเรียกร้องแย้ง หากข้อเรียกร้องแย้งนั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือสัญญาการลงทุนที่กำกับควบคุมการลงทุน ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งอยู่ภายใต้ความยินยอมของคู่พิพาทที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุน และทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง<sup>32</sup> 2) ในส่วนเงื่อนไขว่าด้วยความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง หากข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวพันถึงขนาดที่ไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้กับข้อเรียกร้องที่อยู่ระหว่างการพิจารณา กล่าวคือ มีต้นกำเนิดแห่งสิทธิร่วมกันหรือมีแหล่งที่มาแห่งสิทธิร่วมกัน เพื่อให้การคุ้มครองแก่การลงทุนเดียวกัน ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับข้อเรียกร้อง แต่คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้กลับพบว่าข้อเรียกร้องแย้งอ้างถึงสิทธิตามกฎหมายภายในรัฐผู้รับการลงทุน มิใช่สิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนเฉกเช่นข้อเรียกร้องที่อยู่ระหว่างการพิจารณา จึงทำให้ข้อเรียกร้องแย้งมีเพียงความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงกับข้อเรียกร้อง แต่ไม่มีความเชื่อมโยงทางกฎหมายกับข้อเรียกร้อง ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งในท้ายที่สุด<sup>33</sup>

แนวทางการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งจากคดี *Saluka v. Czech Republic (2004)* ได้ถูกนำมาปรับใช้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules อีกหลายคณะ เช่น คำชี้ขาดในคดี *Paushok v. Mongolia (2011)* ที่ได้ยืนยันวิธีการวินิจฉัยอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งผ่านเงื่อนไขความยินยอม

<sup>30</sup> UNCITRAL Arbitration Rules art 21(3) “... the respondent may make a counterclaim or rely on a claim for the purpose of a set-off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over it”.

<sup>31</sup> Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (Netherlands-Czech) (adopted 10 July 1990, entered into force 26 October 1992) art 8.

<sup>32</sup> *Saluka Investments B.V. (Netherlands) v. Czech Republic* (เชิงอรธ 6) para 39.

<sup>33</sup> เพิ่งอ้าง paras 79-80.

และเงื่อนไขความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง และได้ให้เหตุผลว่าข้อเรียกร้องแย้งที่อ้างถึงสิทธิ ตามกฎหมายภายในรัฐผู้รับการลงทุนย่อมไม่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการ เพราะ หากคณะอนุญาโตตุลาการไปวินิจฉัยข้อเรียกร้องแย้งซึ่งอ้างสิทธิตามกฎหมายภายในรัฐ ย่อมเป็นกรณีที่คณะ อนุญาโตตุลาการเข้าไปก้าวล่วงรุกร้าอำนาจของศาลภายในรัฐผู้รับการลงทุน<sup>34</sup> และคำชี้ขาดในคดี *Al-Warraq v. Indonesia (2014)* ที่ยืนยันแนวทางการพิจารณาในคดี *Saluka v. Czech Republic (2004)* เช่นกันและได้ขยาย ความถึงขอบเขตความยินยอมของคู่พิพาทที่ไม่จำกัดเพียงถ้อยคำในสนธิสัญญาการลงทุน แต่อาจหมายรวมถึงถ้อยคำที่ ปรากฏในเอกสารอื่น เช่น ข้อตกลงทางจดหมายระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน<sup>35</sup> อย่างไรก็ตาม ได้ปรากฏคำชี้ ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ที่น่าสนใจในคดี *Aven v. Costa Rica (2018)* ที่อธิบายว่าแม้ข้อเรียกร้องแย้งจะอ้างถึงสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ทว่าเมื่อสนธิสัญญา การลงทุนได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องตามข้อเรียกร้องแย้งนั้นเป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนด้วย กรณีย่อมไม่มีเหตุผลใดที่คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งที่เป็นการละเมิดพันธกรณีตาม สนธิสัญญาการลงทุน<sup>36</sup> ฉะนั้นแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อเรียกร้องซึ่งอ้างสิทธิตามกฎหมายภายในรัฐผู้รับการลงทุน ก็ อาจมีความเชื่อมโยงทางกฎหมายกับข้อเรียกร้องที่อ้างสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนได้เช่นกัน หากข้อเรียกร้องแย้ง นั้นเป็นการละเมิดพันธกรณีสนธิสัญญาการลงทุนในเวลาเดียวกัน

กล่าวโดยสรุป จากบรรดาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ที่กล่าว ไปข้างต้นแสดงให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการให้ความสำคัญกับการพิจารณาว่าข้อเรียกร้องแย้งต้องอยู่ภายใต้ความ ยินยอมของคู่พิพาทที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนหรือข้อตกลงอื่นระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่ง กำหนดขอบเขตอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไว้อย่างเด่นชัด และให้ความสำคัญกับการค้นหาว่าข้อเรียกร้อง แยกมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เชื่อมโยงกับข้อเรียกร้องที่อยู่ระหว่างการพิจารณา ดังนั้น จากหลักเกณฑ์การ พิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งนั้น ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมของคู่พิพาทและความเชื่อมโยง ระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง ในลักษณะเดียวกับหลักเกณฑ์ตามข้อ 46 แห่ง ICSID Convention

#### 4. อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งภายใต้ข้อ 46 แห่ง ICSID Convention

ข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ได้กำหนดกรอบอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการ ภายใต้อำนาจ ให้คณะอนุญาโตตุลาการยอมมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง หากคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าอำนาจชี้ ขาดข้อเรียกร้องแย้งต้องอยู่ภายในขอบเขตความยินยอมของคู่พิพาท เกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท และ อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศูนย์ฯตามข้อ 25 แห่ง ICSID Convention<sup>37</sup> ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดประเด็นปัญหาว่าด้วย อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้อำนาจ 2 ประการ ได้แก่ ประเด็นว่าด้วย อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้อำนาจ 2 ประการ ตามความยินยอมของคู่พิพาท และประเด็นว่า ด้วยความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทหรือความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง

<sup>34</sup> *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability on 28 April 2011, paras 694.

<sup>35</sup> *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award on 15 December 2014, para 664.

<sup>36</sup> *David Aven et Al. v. Republic of Costa Rica*, UNCITRAL, Final Award on 18 September 2018, Case No. UNCT/15/3 paras 733-735.

<sup>37</sup> *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on counterclaims (February 7, 2017) para 62.

ฉะนั้น เนื้อหาในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ควบคู่ไปกับคำชี้ขาดของ คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ที่นำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้

#### 4.1 อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามความยินยอมของคู่พิพาท

เมื่อ ICSID Convention กำหนดให้ความยินยอมของคู่พิพาทมีบทบาทสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าต้องค้นหาความยินยอมของคู่พิพาทจาก เอกสารฉบับใด<sup>38</sup> ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงนิยามค้นหาความยินยอมของคู่พิพาทจากสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งมีข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ได้กำหนดกรอบอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนไว้อย่างเด่นชัด<sup>39</sup> โดยทั่วไปแล้วความยินยอมของคู่พิพาทในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ประกอบไปด้วยความยินยอม 3 ส่วน ได้แก่ ความยินยอมก่อตั้งอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ความยินยอมกำหนดอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และความยินยอมกำหนดผู้มีสิทธิยื่นข้อเรียกร้อง แต่ความยินยอมของคู่พิพาทที่ส่งผลอย่างยิ่งต่อขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งนั้น คือ ความยินยอมกำหนดอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อันอาจจำแนกเป็น ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน และความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดเฉพาะข้อพิพาทที่รัฐภาคีกำหนด

##### 4.1.1 ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน

ความยินยอมรูปแบบนี้เปิดช่องให้ทุกข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>40</sup> ด้วยเหตุนี้ หากข้อเรียกร้องแย้งเป็นการเสนอข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนย่อมทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้น ไม่ว่าจะเป็ข้อเรียกร้องแย้งซึ่งอ้างสิทธิตามพันธกรณีในสนธิสัญญาการลงทุน<sup>41</sup> หรือข้อเรียกร้องตามสัญญาการลงทุนก็ตาม<sup>42</sup> โดยปรากฏคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ยืนยันขอบเขตอำนาจชี้ขาดตามความยินยอมของคู่พิพาทดังกล่าว ในคดี *Inmaris v. Ukraine* (2012) ซึ่งวินิจฉัยว่า เมื่อข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุนปรากฏความยินยอมของคู่พิพาทที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้งกับการลงทุน<sup>43</sup> เป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง<sup>44</sup> และคดี *Tethyan Copper v. Pakistan* (2017) ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกันและวินิจฉัยต่อไปว่า แม้ข้อเรียกร้องแย้งจะไม่ได้อ้างสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนโดยตรง แต่เมื่อ

<sup>38</sup> Georges R. Delaume, 'ICSID Arbitration in Practice' (1984) 2(1) International Tax & Business Lawyer 58, 60.

<sup>39</sup> Mosche Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (Kluwer Academic Publishers 1993) 50.

<sup>40</sup> ตัวอย่างข้อบทดู Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (Netherlands-Slovakia) (adopted 29 April 1991, entered into force 1 October 1992) art 8.

<sup>41</sup> Stephan W. Schill and others (เชิงจรรธ 11) 1030.

<sup>42</sup> ตัวอย่างคดี ดู *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 September 2007) para 261; *Metal-Tech LTD. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (October 4, 2013) para 378; ดู ประกอบ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (January 29, 2004) paras 130-135.

<sup>43</sup> Treaty between the Federal Republic of Germany and Ukraine on the Promotion and Mutual Protection of Capital Investments (Germany-Ukraine) (adopted 15 February 1993, entered into force 29 June 1996) art 11 "Disputes concerning investment between one of the Contracting Parties and a national or a company of the other Contracting Parties ...".

<sup>44</sup> *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine* (เชิงจรรธ 6) para 432.

ความยินยอมของคู่พิพาทเพียงกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องซึ่งเกี่ยวกับการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง トラบโดที่ข้อเรียกร้องแย้งนั้นเกี่ยวข้องกับการลงทุน<sup>45</sup> โดยแนวทางการชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ นี้สอดคล้องกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ดังที่กล่าวไปก่อนหน้านี้

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ บางคณะกลับเห็นว่าความยินยอมในลักษณะนี้ไม่เพียงพอทำให้มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง เช่น คำชี้ขาดในคดี *Gavazzi v. Romania (2015)* ที่ข้อบ่งชี้ด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเพียงกำหนดให้นักลงทุนเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นที่มีสิทธิยื่นข้อเรียกร้อง และไม่มีส่วนใดที่กล่าวถึงข้อเรียกร้องแย้ง กรณีจึงส่งผลให้ข้อเรียกร้องแย้งที่ยื่นเข้ามาโดยรัฐผู้รับการลงทุนเป็นข้อเรียกร้องที่ยื่นเข้ามาโดยไม่สอดคล้องกับความยินยอมของคู่พิพาทที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการจึงปราศจากอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง<sup>46</sup> ซึ่งปรากฏคำชี้ขาดในคดี *Karkey v. Pakistan (2017)* ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน<sup>47</sup>

เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำที่สะท้อนความยินยอมของคู่พิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดถ้อยคำอย่างกว้างเพื่อให้ข้อพิพาททั้งหลายที่เกี่ยวกับการลงทุนถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยหลักแล้วหากข้อเรียกร้องแย้งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ข้อเรียกร้องแย้งนั้นย่อมต้องอยู่ภายใต้ความยินยอมของคู่พิพาทและส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง ทว่าความยินยอมให้ทุกข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดนี้ก็ไม้อาจรับประกันว่าข้อเรียกร้องแย้งจะอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเสมอไป เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการบางคณะเห็นว่าตนไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง トラบโดที่ไม่ปรากฏถ้อยคำที่กล่าวถึงข้อเรียกร้องแย้งอย่างเด่นชัดหรือมีการจำกัดให้เพียงนักลงทุน (ผู้ร้อง) ฝ่ายเดียวเท่านั้นที่สามารถยื่นข้อเรียกร้องแย้งได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดถ้อยคำอย่างกว้างนี้ทำขึ้นเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถชำระข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนทั้งหมดโดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นข้อเรียกร้องหรือข้อเรียกร้องแย้ง หรือข้อเรียกร้องของนักลงทุนหรือข้อเรียกร้องของรัฐผู้รับการลงทุน ฉะนั้น ความยินยอมรูปแบบนี้สมควรถูกตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง หากข้อเรียกร้องแย้งนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน

#### 4.1.2 ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดเฉพาะข้อพิพาทที่รัฐภาคีกำหนด

ความยินยอมของคู่พิพาทอีกรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏในข้อบ่งชี้ด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทมีลักษณะเป็นการจำกัดข้อพิพาทที่สามารถเข้าสู่การพิจารณาชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือเรียกว่าความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่รัฐภาคีกำหนดหรือความยินยอมอย่างแคบ โดยความยินยอมเช่นนี้มักมีลักษณะเป็นการระบุให้เฉพาะข้อพิพาทตามพันธกรณีในสนธิสัญญาการลงทุน<sup>48</sup> หรือระบุรายละเอียดข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน<sup>49</sup>

<sup>45</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan* (เชิงอรรถ 9) para 1419-1420.

<sup>46</sup> *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25 Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability (April 21, 2015) para 154.

<sup>47</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan* (เชิงอรรถ 9) para 1012-1016.

<sup>48</sup> ตัวอย่างข้อบท ดู Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of Canada for the Promotion and Protection of Investments (Croatia-Canada) (adopted 3 February 1997, entered into force 30 January 2001) art 7.

<sup>49</sup> ตัวอย่างข้อบท ดู Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (United States of America-Ecuador) (adopted 27 August 1993, entered into force 11 May 1997) art 6.

เมื่อพิจารณาถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งภายใต้ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่รัฐภาคีกำหนด เมื่อในความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนฝ่ายหนึ่งและรัฐผู้รับการลงทุนอีกฝ่ายหนึ่ง ฉะนั้น เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนซึ่งกำหนดพันธกรณีให้กับรัฐผู้รับการลงทุนเพียงฝ่ายเดียว แต่ไม่ได้กำหนดให้รัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิเรียกร้องด้วย รัฐผู้รับการลงทุนจึงไม่สามารถอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อยื่นข้อเรียกร้องแย้งได้ เช่นนี้รัฐผู้รับการลงทุนจึงต้องยื่นข้อเรียกร้องแย้งโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายภายในหรือสัญญาการลงทุน กรณีจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง โดยการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งภายใต้ความยินยอมที่จำกัดอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นปรากฏให้เห็นในคำชี้ขาดคดี *Roussalis v. Romania (2011)* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าเมื่อข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุนกำหนดให้เฉพาะข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวพันกับพันธกรณีของรัฐผู้รับการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนและเกี่ยวข้องกับการลงทุนของนักลงทุนเท่านั้นที่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>50</sup> เป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากในคดีนี้ลงความเห็นว่าข้อเรียกร้องแย้งของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งไม่ได้อ้างถึงสนธิสัญญาการลงทุนนั้น อยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ความยินยอมของคู่พิพาท<sup>51</sup> ซึ่งปรากฏคำชี้ขาดในคดี *Vestey v. Venezuela (2016)*<sup>52</sup> และคำชี้ขาดในคดี *Anglo American v. Venezuela (2019)* ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน<sup>53</sup>

อย่างไรก็ดี ความยินยอมของคู่พิพาทที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะที่รัฐภาคีกำหนด อาจไม่จำกัดความสามารถในการชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการได้เสมอไป ทั้งนี้ จากคำชี้ขาดในคดี *Burlington v. Ecuador (2010)* เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการพบว่าสัญญาการลงทุนที่ทำขึ้นระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดี<sup>54</sup> มีการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดประเด็นข้อเรียกร้องแย้งที่เกิดขึ้นจากการลงทุนของนักลงทุน<sup>55</sup> เท่ากับว่าคู่ความมีความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งที่ถูกลำขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ<sup>56</sup> โดยการค้นหาความยินยอมของคู่พิพาทในเอกสารฉบับอื่นนอกเหนือจากสนธิสัญญาการลงทุนอาจเป็นการค้นหาความยินยอมที่เหมาะสมภายใต้กรอบที่ข้อ 46 แห่ง ICSID Convention กำหนดไว้ เพราะ สนธิสัญญาการลงทุนเกิดขึ้นจากการตกลงกันระหว่างรัฐซึ่งนักลงทุนมีสัญชาติและรัฐผู้รับการลงทุน หากเกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นคู่ความกันแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น การค้นหาความยินยอมจากเอกสารอื่นนี้จะช่วยให้คณะอนุญาโตตุลาการค้นพบความยินยอมต้องตรงเจตนารมณ์ของคู่พิพาทที่แท้จริงยิ่งกว่าความยินยอมที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุน

<sup>50</sup> Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of Romania on the promotion and reciprocal protection of investments (Greece-Romania) (adopted 23 May 1997, entered into force 11 June 1998) art 9 “Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this agreement in relation to an investment of the former ...”.

<sup>51</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania* (เชิงอรรถ 7) paras 871-876.

<sup>52</sup> *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela* (เชิงอรรถ 7) para 333.

<sup>53</sup> *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela* (เชิงอรรถ 8) paras 527-528.

<sup>54</sup> *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 Decision on jurisdiction (June 2, 2010) paras 60.

<sup>55</sup> เฟ็งอ้าง.

<sup>56</sup> เฟ็งอ้าง para 61.

นอกจากนี้ ยังปรากฏคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ที่ตีความว่าความยินยอมที่จำกัดอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนนี้ ไม่อาจจำกัดอำนาจในการชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งได้ เพราะ อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งถูกรับรองไว้อย่างชัดเจนโดยข้อ 46 แห่ง ICSID Convention แล้ว ในคำชี้ขาดคดี *Goetz v. Burundi* (2012) ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เมื่อความส่วนหนึ่งในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ เป็นการอนุญาโตตุลาการสถาบันที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทกรณีจึงเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ มีอำนาจตาม ICSID Convention ทุกประการ ซึ่งหมายรวมให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามความในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ด้วย<sup>57</sup> ฉะนั้น จึงถือได้ว่าถ้อยคำในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ มาทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ได้สะท้อนความยินยอมโดยปริยาย (implied consent) ของคู่พิพาท ที่ประสงค์ให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามความในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention<sup>58</sup> ซึ่งการตีความอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งโดยอาศัยความยินยอมโดยปริยายนี้ สอดคล้องกับความเห็นแย้งของ W. Michael Reisman ในคดี *Roussalis v. Romania* (2011) ที่มองว่าหากมีการนำข้อพิพาทมาระงับยังคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ย่อมทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามความในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention<sup>59</sup> อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมโดยปริยายนี้สมควรนำมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทมีถ้อยคำที่จำกัดอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องของคณะอนุญาโตตุลาการและไม่ปรากฏความยินยอมของคู่พิพาทในเอกสารฉบับอื่น เนื่องจากการนำความยินยอมโดยปริยายมาปรับใช้เป็นลำดับแรกอาจเป็นการเหมินเฉยต่อความยินยอมอย่างชัดแจ้งของคู่พิพาทที่ไม่ต้องการให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง

กล่าวโดยสรุป ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดเฉพาะข้อพิพาทที่รัฐภาคีกำหนด หรือความยินยอมอย่างแคบ มีแนวโน้มทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง หากข้อเรียกร้องแย้งนั้นไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตความยินยอมของคู่พิพาทในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท แต่กระนั้นก็ยังคงมีความเป็นไปได้ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าตนมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง หากพบว่ามีความยินยอมของคู่พิพาทที่แท้จริงในเอกสารฉบับอื่น หรือมีความยินยอมของคู่พิพาทที่ตกลงให้นำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ซึ่งจะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งจากความในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ตามหลักความยินยอมโดยปริยาย

#### 4.2 ความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง

นอกเหนือจากการค้นหาว่าข้อเรียกร้องแย้งอยู่ภายใต้ความยินยอมของคู่พิพาทหรือไม่นั้น ข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ยังคงกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ต้องพิจารณาว่าข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท (“counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute”) ด้วยหรือไม่<sup>60</sup> โดยปกติแล้วคณะอนุญาโตตุลาการมักอธิบายว่าสาระสำคัญของข้อพิพาท คือ ข้อเรียกร้องทางกฎหมาย (legal claim) ตามที่ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณา อันก่อให้เกิด “ประเด็นพิพาท

<sup>57</sup> *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2 Award (June 21, 2012) para 278.

<sup>58</sup> เติ้งอ่าง 280-281.

<sup>59</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration of W. Michael Reisman (November 28, 2011).

<sup>60</sup> ICSID Convention art 46.

ทางกฎหมาย” ระหว่างคู่ความ<sup>61</sup> ซึ่งแม้ว่า ICSID Convention จะไม่ได้นิยามความหมายของ “ประเด็นพิพาททางกฎหมาย” ไว้ชัดเจน<sup>62</sup> แต่ในอดีตที่ผ่านมาคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ได้พยายามอธิบายลักษณะของ “ประเด็นพิพาททางกฎหมาย” ไว้ว่าเป็น ข้อเรียกร้องที่ถูกยื่นเข้ามาสู่การพิจารณา ซึ่งได้อ้างถึงสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย (legal rights) ทำให้ปรากฏข้อโต้แย้งทางกฎหมาย (legal arguments) และเป็นการเรียกร้องให้มีการเยียวยาตามกฎหมาย (legal remedies)<sup>63</sup> อันส่งผลให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าข้อเรียกร้องถูกยื่นเข้าสู่การพิจารณานั้น ต้องเป็นข้อเรียกร้องที่ก่อให้เกิดประเด็นพิพาททางกฎหมาย มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นข้อเรียกร้องที่ไม่ได้อ้างสิทธิโดยชอบตามกฎหมาย ไม่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ในการพิจารณาว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการต้องเริ่มพิจารณาว่าข้อเรียกร้องแย้งนั้นได้ก่อประเด็นข้อพิพาททางกฎหมายหรือมีการอ้างสิทธิตามกฎหมายโดยชอบหรือไม่ หากพบว่าข้อเรียกร้องแย้งไม่ปรากฏประเด็นพิพาททางกฎหมาย ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งนั้นเป็นการเรียกร้องที่ไม่ชอบ และทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งนั้น<sup>64</sup> รวมไปถึงประเด็นพิพาททางกฎหมายในข้อเรียกร้องแย้งนี้ จะเป็นเครื่องมือให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ นำมาใช้เพื่อค้นหาความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท โดยการเปรียบเทียบว่าประเด็นพิพาททางกฎหมายของข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งมีความเกี่ยวข้องกันอย่างไร เป็นเหตุให้การค้นหาว่าข้อเรียกร้องแย้งเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทหรือไม่ นั้น มีลักษณะไม่ต่างจากการค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง<sup>65</sup>

ลำดับต่อมา เมื่อข้อเรียกร้องหรือข้อเรียกร้องแย้งซึ่งสะท้อนประเด็นพิพาททางกฎหมาย ต้องมีองค์ประกอบ 2 ข้อ ได้แก่ 1) ต้องแสดงออกชัดถึงข้อกฎหมายที่ได้เรียกร้อง และ 2) ต้องอธิบายถึงข้อเท็จจริงประกอบข้อเรียกร้อง กรณีจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งต้องให้ความสำคัญกับความเชื่อมโยงทางกฎหมาย (หรือการค้นหาว่าข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งอ้างถึงข้อกฎหมายอย่างเดียวกัน) และความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริง (หรือการค้นหาว่าข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งตั้งอยู่บนฐานข้อเท็จจริงเดียวกัน) ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

#### 4.2.1 ความเชื่อมโยงทางกฎหมาย

ความเชื่อมโยงทางกฎหมายเป็นการค้นหาว่าข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งต่างต้องอ้างสิทธิเรียกร้องโดยอาศัยฐานแห่งกฎหมายฉบับเดียวกันหรือมีฐานทางกฎหมาย (legal basis) เช่นเดียวกัน<sup>66</sup> ในอดีตที่ผ่านมาจึงได้ปรากฏคำชี้ขาดในคดี *Amco v. Indonesia (1988)* ที่คณะอนุญาโตตุลาการพยายามอธิบายว่า เมื่อข้อเรียกร้องแย้งของรัฐผู้รับการลงทุนอ้างว่า นักลงทุนมีความผิดฐานฉ้อโกงภาษีซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการ

<sup>61</sup> Xue Hanqin, *Jurisdiction of the International Court of Justice* (pdf, Brill | Nijhoff 2017) 180-181.

<sup>62</sup> Stephan W. Schill and others (เชิงอรรถ 11) 120-121.

<sup>63</sup> Stephan W. Schill and others (เชิงอรรถ 11) 128-130.

<sup>64</sup> Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement Disputes between States and Nationals of Other States, Jurisdiction of the Centre, Nature of the Dispute; ดูประกอบ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (June 25, 2001) paras 376-378; *Teinver S.A., Transportes de Cercanias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award (July 21, 2017) paras 1060-1062; *Grenada Private Power Limited and WRB Enterprises, INC. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/17/13, Award (March 19, 2020) para 353-362.

<sup>65</sup> Dafina Atanasova, Adrian Martinez Benoit and Josef Ostransky, ‘Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration’ (2014) 31(3) *The Journal of International Arbitration* 357, 386-389.

<sup>66</sup> Andrew Ling, ‘Adjudicating state Counterclaims in ICSID Investor-State Arbitration’ (2021) 57(1) *Texas International Law Journal* 103, 121-123.

ลงทุน กรณีจึงทำให้ข้อเรียกร้องแย้งของรัฐผู้รับการลงทุนอยู่นอกขอบเขตอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ<sup>67</sup> และคำชี้ขาดในคดี *Anglo American v. Venezuela (2019)* ที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเรียกร้องแย้งของรัฐผู้รับการลงทุนอ้างสิทธิตามกฎหมายภายใน ซึ่งแตกต่างจากข้อเรียกร้องของนักลงทุนซึ่งอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนอันมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ กรณีจึงทำให้ข้อเรียกร้องแย้งขาดความเชื่อมโยงทางกฎหมายกับข้อเรียกร้องของนักลงทุน ข้อเรียกร้องแย้งจึงไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท<sup>68</sup>

จากตัวอย่างคำชี้ขาดที่ผ่านมาสสะท้อนให้เห็นว่า เมื่อข้อเรียกร้องอ้างถึงสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อเรียกร้องแย้งก็ต้องอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุน หรืออย่างน้อยที่สุดต้องอ้างถึงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ มิฉะนั้นข้อเรียกร้องแย้งจะขาดความเชื่อมโยงกับข้อเรียกร้อง โดยแนวทางการค้นหาความเชื่อมโยงทางกฎหมายนี้ได้รับการสนับสนุนจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ในคดี *Saluka v. Czech Republic (2004)* คดี *Paushok v. Mongolia (2011)*<sup>69</sup> ซึ่งเห็นพ้องว่าหากข้อเรียกร้องแย้งไม่ได้อ้างถึงสิทธิตามกฎหมายที่มีสถานะเท่าเทียมกับข้อเรียกร้อง ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องแย้งนั้นไม่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

#### 4.2.2 ความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริง

เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนกำหนดให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนเป็นหลัก<sup>70</sup> จึงทำให้รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งเป็นผู้ถูกร้องไม่อาจยื่นข้อเรียกร้องแย้งโดยอ้างว่านักลงทุนละเมิดสนธิสัญญาการลงทุนได้ ด้วยเหตุนี้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ บางคณะจึงได้พยายามค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งจากข้อเท็จจริง โดยหากทั้งข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งต่างอ้างถึงธุรกรรมการลงทุนเดียวกัน ตลอดจนกล่าวถึงนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนรายเดียวกัน ย่อมทำให้ข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งมีความเชื่อมโยงระหว่างกัน<sup>71</sup> โดยการค้นหาความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงนี้ได้รับการยอมรับผ่านคำชี้ขาดในคดี *Klöckner v. Cameroon (1983)* เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ค้นพบว่าข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งได้มีการอ้างถึงสัญญาการลงทุนซึ่งกำกับดูแลการลงทุนเดียวกัน แม้ว่าสัญญาการลงทุนที่อ้างมาในข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งจะเป็นสัญญาต่างฉบับ แต่สัญญาการลงทุนเหล่านั้นต่างทำขึ้นเพื่อกำกับควบคุมการลงทุนเดียวกัน<sup>72</sup> กรณีจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการค้นพบความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง<sup>73</sup> และคำชี้ขาดในคดี *Urbaser v. Argentina (2016)* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การที่ทั้งข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งต่างอ้างถึงการลงทุนเดียวกัน และอ้างถึงการละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองสัมปทานการลงทุนเช่นเดียวกัน กรณีจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการค้นพบความเชื่อมโยง

<sup>67</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding (May 10, 1988) paras 128-136.

<sup>68</sup> *Anglo American v. Bolivarian Republic of Venezuela* (เชิงอรรถ 8) para 529.

<sup>69</sup> *Saluka Investments B.V. (Netherlands) v. Czech Republic* (เชิงอรรถ 6) paras 79-80; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia* (เชิงอรรถ 34) paras 693-697.

<sup>70</sup> Vasuda Sinha and Gabriel Fusea, 'Counterclaims in Investment Arbitration: Key Threshold Issues for Claimants, Respondents and Tribunals' (2021) 15(1) *Romanian Arbitration Journal / Revista Romana de Arbitraj* 54, 69-70.

<sup>71</sup> Arnaud de Nanteuil, 'Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers' (2018) 17(2) *Law & Practice of International Courts and Tribunals* 374, 388.

<sup>72</sup> *Klöckner v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision Rendered by Ad Hoc Committee (October 21, 1983) para 48.

<sup>73</sup> เพิ่งอ้าง para 24.

ทางข้อเท็จจริงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง และทำให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง<sup>74</sup>

กล่าวโดยสรุป การค้นหาความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงเป็นการพิจารณาเพียงว่าข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งได้อ้างถึงการลงทุนเดียวกัน ซึ่งอาจพิจารณาได้จากการที่มีสัญญาการลงทุนซึ่งควบคุมการลงทุนเดียวกันเป็นสำคัญ โดยการค้นหาความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงนี้มีแนวโน้มทำให้คณะอนุญาโตตุลาการค้นพบความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งได้มากกว่าการค้นหาความเชื่อมโยงทางกฎหมาย แต่กระนั้น ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ยังคงให้ความสำคัญกับการค้นหาความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน กรณีจึงทำให้การค้นหาความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงไม่เพียงพอทำให้ข้อเรียกร้องแย้งเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แนวทางการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ที่ผ่านมา ยืนยันว่าข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ได้กำหนดเงื่อนไขสำคัญ 2 ประการที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง ได้แก่ เงื่อนไขความยินยอมของคู่พิพาท และเงื่อนไขความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดคำชี้ขาดมากมายที่วินิจฉัยขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งผ่านเงื่อนไขทั้งสองประการ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

### 5.1 อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งภายใต้ความยินยอมของคู่พิพาท

ข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ยืนยันความสำคัญของความยินยอมของคู่พิพาทที่ส่งผลต่อขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนเมื่อพิจารณาถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนอื่น เช่น คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules ก็ยังคงแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของความยินยอมของคู่พิพาทเช่นเดียวกัน<sup>75</sup> ซึ่งอาจจำแนกความยินยอมของคู่พิพาทออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่

1) ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งสะท้อนเจตนารมณ์ของคู่พิพาทที่ประสงค์ให้ข้อเรียกร้องทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้ข้อเรียกร้องแย้งซึ่งเป็นข้อเรียกร้องรูปแบบหนึ่งจึงอยู่ภายใต้ขอบเขตความยินยอมนี้ ครอบคลุมถึงข้อเรียกร้องแย้งนั้นเกี่ยวข้องกับการลงทุน

2) ความยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดเฉพาะข้อพิพาทที่รัฐภาคีกำหนด มีลักษณะเป็นการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องเฉพาะเพียงเรื่องที่รัฐภาคีกำหนด ซึ่งโดยส่วนมากจะจำกัดให้อำนาจชี้ขาดจำกัดอยู่เพียงข้อพิพาทตามพันธกรณีในสนธิสัญญาการลงทุน อันส่งผลให้ข้อเรียกร้องแย้งซึ่งไม่ได้อ้างพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุน เป็นข้อเรียกร้องแย้งที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามก็ดี แม้ข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจะปรากฏความยินยอมที่จำกัดอำนาจชี้ขาดเช่นนี้ แต่เมื่อไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่บังคับห้ามคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนค้นหาความยินยอมของคู่พิพาทจากเอกสารฉบับอื่นนอกเหนือจากสนธิสัญญาการลงทุน กรณีจึงมีความเป็นไปได้ที่คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง หากปรากฏความยินยอมของคู่พิพาทในเอกสารฉบับอื่นที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อ

<sup>74</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (เชิงบรรณ 6) para 1151.

<sup>75</sup> ดูหัวข้อ 3.2 ข้อเรียกร้องแย้งในคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules.

เรียกร้องอย่างชัดเจน นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจค้นพบความยินยอมโดยปริยายของคู่พิพาท หากมีการนำข้อพิพาทมาชำระยังคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ซึ่งมีข้อ 46 แห่ง ICSID Convention ที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง

## 5.2 อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งภายใต้ความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง

การค้นหาคำเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งเป็นการค้นหาว่าข้อเรียกร้องแย้งนั้นเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทตามความส่วนหนึ่งของข้อ 46 แห่ง ICSID Convention หรือไม่ โดยจากลักษณะทั่วไปของข้อเรียกร้องแย้ง (ซึ่งเทียบเคียงจากลักษณะของฟ้องแย้ง) ทำให้ทราบว่าข้อเรียกร้องแย้งต้องประกอบไปด้วยข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ซึ่งส่งผลให้ปรากฏคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนฝ่ายหนึ่งที่มีมองว่าข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งจะมีความเชื่อมโยงระหว่างกันก็ต่อเมื่อ 1) มีความเชื่อมโยงทางกฎหมาย คือ มีการอ้างถึงกฎหมายอันเป็นฐานแห่งการใช้สิทธิเรียกร้องเช่นเดียวกัน และ 2) มีความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริง คือ มีการอ้างถึงข้อเท็จจริงประกอบข้อเรียกร้องซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนเดียวกัน โดยแนวทางการค้นหาคำเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งโดยคำนึงถึงความเชื่อมโยงทางกฎหมายนี้มีแนวโน้มทำให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อเรียกร้องแย้งขาดความเชื่อมโยงกับข้อเรียกร้อง เพราะข้อเรียกร้องแย้งไม่ได้อ้างถึงสิทธิเรียกร้องตามสนธิสัญญาการลงทุน เฉกเช่นเดียวกับข้อเรียกร้องที่กำลังพิจารณา ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการค้นหาคำเชื่อมโยงทางกฎหมาย อาจได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาว่าด้วยฟ้องแย้งของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่ให้ความสำคัญกับการพิจารณาการอ้างสิทธิเรียกร้องจากกฎหมายฉบับเดียวกัน

ในทางกลับกันก็ปรากฏคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งที่มีมองว่าเพียงความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงก็เพียงพอทำให้คณะอนุญาโตตุลาการค้นพบความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งแล้ว โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่คำนึงถึงเพียงความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงเป็นหลักนี้ อาจสะท้อนว่าคณะอนุญาโตตุลาการเล็งเห็นข้อจำกัดของสนธิสัญญาการลงทุนที่ไม่ปรากฏพันธกรณีของนักลงทุน ซึ่งทำให้รัฐผู้รับการลงทุนในฐานะผู้ถูกร้องไม่อาจยื่นข้อเรียกร้องโดยอ้างสิทธิเรียกร้องตามสนธิสัญญาการลงทุนได้ อันจะเป็นการทำให้ข้อเรียกร้องแย้งขาดความเชื่อมโยงทางกฎหมายกับข้อเรียกร้องโดยปริยาย

## 5.3 ข้อเสนอแนะ

เมื่อความยินยอมของคู่พิพาทและความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องเป็นอุปสรรคต่ออำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงประสงค์จะเสนอแนะแนวทางที่อาจเป็นประโยชน์ต่อทางปฏิบัติในการยื่นข้อเรียกร้องแย้ง ซึ่งอาจจำแนกออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ แนวทางการพิจารณาความยินยอมของคู่พิพาท แนวทางการค้นหาคำเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง และประเทศไทยกับการยื่นข้อเรียกร้องแย้งในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

### 5.3.1 แนวทางการพิจารณาความยินยอมของคู่พิพาท

เมื่อข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุนเป็นวัตถุประสงค์สำหรับค้นหาคำยินยอมของคู่พิพาทที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง ฉะนั้น การกำหนดถ้อยคำในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้ครอบคลุมถึงข้อเรียกร้องแย้ง หรือกำหนดความรับผิดชอบของรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุนจะเป็นส่วนช่วยทำให้ข้อเรียกร้องแย้งอยู่ภายใต้อำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยการกำหนดถ้อยคำนั้นอาจทำได้ ดังนี้ 1) กำหนดขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการให้ครอบคลุมถึงข้อเรียกร้องแย้ง 2) กำหนดให้ทั้งนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนผู้มีสิทธิยื่นข้อเรียกร้อง 3) กำหนดให้นักลงทุนมีพันธกรณีในสนธิสัญญา

การลงทุน<sup>76</sup> ซึ่งหากสนธิสัญญาการลงทุนเปิดช่องให้สามารถยื่นข้อเรียกร้องแย้งได้เช่นนี้ ย่อมทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง

โดยนอกเหนือจากการกำหนดความยินยอมของคู่พิพาทในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คู่ความอาจกำหนดความยินยอมของตนในเอกสารฉบับอื่นได้เช่นกัน เนื่องจากคู่ความที่แท้จริงในข้อพิพาททางการลงทุนนั้น ได้แก่ นักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน จึงสมควรที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องไปค้นหาความยินยอมที่แท้จริงของคู่พิพาทผ่านเอกสารอื่น มิใช่เพียงจากสนธิสัญญาการลงทุนที่จัดทำขึ้นโดยรัฐเพียงอย่างเดียว ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่านักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนอาจตกลงกำหนดถ้อยคำในสัญญาการลงทุน หรือข้อตกลงการลงทุน ตั้งแต่ต้น เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการทราบว่าตนมีขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง อีกทั้ง คณะอนุญาโตตุลาการสมควรค้นหาความยินยอมที่แท้จริงของคู่พิพาทเสียก่อน หากไม่พบแล้วจึงจะไปค้นหาความยินยอมของคู่พิพาทจากสนธิสัญญาลงทุน เพื่อให้อำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการสอดคล้องกับความยินยอมของคู่พิพาทอย่างแท้จริง

นอกจากนี้ การยอมรับความยินยอมโดยปริยายก็เป็นส่วนสำคัญทำให้คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ มีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง แม้ความยินยอมของคู่พิพาทต้องปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ทว่าเมื่อคำนึงถึงความจำเป็นในการปฏิบัติตามหลักฟังความทั้งสองฝ่าย หากคณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธการชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งโดยละเอียดต่อสิทธิในการยื่นข้อเรียกร้องโดยชอบ ย่อมเป็นเหตุให้คณะอนุญาโตตุลาการอาจไม่ได้รับฟังความทั้งหมดอย่างรอบด้าน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุน กำหนดให้สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ฯ ได้ ย่อมเพียงพอแล้วที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง เพราะข้อ 46 แห่ง ICSID Convention กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการนำหลักความยินยอมโดยปริยายมาอธิบายอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งโดยตรงอาจสร้างความหนักใจให้แก่ผู้มีส่วนร่วมในข้อพิพาททางการลงทุนบางฝ่ายที่ยังคงให้ความสำคัญกับความยินยอมของคู่พิพาทที่ต้องปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการพิจารณาอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องตามความยินยอมโดยปริยายสมควรนำมาใช้เพื่อปิดช่องว่างหากไม่ปรากฏความยินยอมของคู่พิพาทเป็นลายลักษณ์ในเอกสารฉบับใดเลย ซึ่งนำไปสู่ลำดับการค้นหาความยินยอมของคู่พิพาทตามธรรมชาติของผู้เขียน คือ 1) ต้องเริ่มต้นค้นหาความยินยอมที่แท้จริงระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน เป็นลำดับแรก 2) หากพบว่าความยินยอมที่แท้จริงไม่ครอบคลุมให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง ต้องพิจารณาถ้อยคำที่แสดงออกถึงความยินยอมของคู่พิพาทในข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเป็นลำดับต่อมา 3) หากพบว่าข้อบทว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทไม่อาจตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง ต้องนำเอาแนวทางการค้นหาความยินยอมโดยปริยายมาอธิบายอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง ของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นลำดับสุดท้าย เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนไม่ละเลยที่จะชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง และเพื่อให้ถ้อยคำความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษรยังคงมีความสำคัญเหนือความยินยอมโดยปริยายของคู่พิพาท<sup>77</sup>

<sup>76</sup> ดูประกอบ Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India (Brazil-India) (adopted 25 January 2020) art 10 Investment Measures and Combating Corruption and Illegality.

<sup>77</sup> Dafina Atanasova, Adrian Martinez Benoit and Josef Ostransky (เชิงอรรถ 65) 367.

### 5.3.2 แนวทางการค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง

การค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง เนื่องจากความไม่ชัดเจนว่าความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทต้องมีลักษณะเช่นไร กรณีจึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการบางคณะให้ความสำคัญกับการค้นหาความเชื่อมโยงทางกฎหมายเพื่อพิจารณาว่าข้อเรียกร้องแย้งนั้นมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้เพื่อให้ข้อเรียกร้องแย้งมีความเชื่อมโยงทางกฎหมายกับข้อเรียกร้อง จึงสมควรที่ผู้ยื่นข้อเรียกร้องแย้งจะต้องอ้างถึงสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สิทธิเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหรือสิทธิมนุษยชน เพื่อให้อย่างน้อยที่สุดข้อเรียกร้องแย้งนั้นจะได้มีการอ้างถึงสิทธิตามกฎหมายซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับข้อเรียกร้องที่มีการอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุน

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์การค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการที่ยึดถือการค้นหาความเชื่อมโยงทางข้อกฎหมายหรือความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงนี้ อาจทำให้คณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจทราบข้อพิพาทหรือข้อเรียกร้องที่ถูกเสนอเข้ามา มีสาระที่แท้จริงว่าอย่างไร ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นสมควรให้การพิจารณาว่าข้อเรียกร้องแย้งเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระสำคัญของข้อพิพาทหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายร่วมกัน ผ่านการนำแนวทางค้นหาความเกี่ยวข้องโดยตรงแบบบูรณาการ (integrated approach) มาใช้ กล่าวคือ คณะอนุญาโตตุลาการต้องให้ความสำคัญกับสาระของข้อพิพาทว่าเป็น “เรื่อง” อะไร และ “เรื่อง” ที่เรียกร้องแย้งเข้ามาเป็น “เรื่อง” เดียวกันหรือเกี่ยวเนื่องกันกับ “เรื่อง” ซึ่งเป็นสาระของข้อเรียกร้องที่กำลังพิจารณาอยู่หรือไม่ ไม่ใช่เพียงการพิจารณาพบความเชื่อมโยงทางข้อเท็จจริงหรือความเชื่อมโยงทางกฎหมายเพียงเท่านั้น

### 5.3.3 ประเทศไทยกับการยื่นข้อเรียกร้องแย้งในข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

ประเทศไทยในฐานะที่เคยมีส่วนร่วมในคดีพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศในคดี *Walter Bau v. Thailand* (2009) และคดี *Kingsgate v. Thailand* ซึ่งการพิจารณายังคงเป็นความลับอยู่ (ข้อมูลเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2567) กรณีจึงมีความจำเป็นต้องกล่าวถึงบทบาทของประเทศไทยในฐานะรัฐผู้รับการลงทุนที่ไม่เพียงมีสิทธิในการต่อสู้ข้อเรียกร้อง แต่ประเทศไทยย่อมมีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องแย้งเพื่อต่อสู้ข้อพิพาทด้วยเช่นกัน โดยเมื่อพิจารณาถึงคำชี้ขาดในคดี *Walter Bau v. Thailand* (2009) ได้ปรากฏเอกสารก่อตั้งการอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอำนาจของการอนุญาโตตุลาการ (scope of arbitration) โดยมีใจความว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาขอบเขตอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของตน ตลอดจนข้อเรียกร้อง และ/หรือข้อเรียกร้องแย้ง อันถูกเสนอขึ้นสู่การพิจารณาโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเกี่ยวข้องกัพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างไทยและเยอรมนี ค.ศ. 1961 ทั้งนี้ การคัดค้านอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งในส่วนข้อเรียกร้องและข้อเรียกร้องแย้ง จะต้องยื่นเข้ามาโดยชัดแจ้งตามวิธีการที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด<sup>78</sup> กรณีเป็นการรับรองว่าประเทศไทยมีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องแย้ง และคณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้ง

แม้ปัจจุบันประเทศไทยยังคงไม่เข้าร่วมเป็นรัฐภาคีใน ICSID Convention แต่ประเทศไทยย่อมมีสิทธิในการยื่นข้อเรียกร้องแย้งเข้าสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนได้เช่นเดียวกัน<sup>79</sup> แต่กระนั้นประเทศไทยย่อมเสียประโยชน์จากการไม่อาจอ้างถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามความในข้อ 46 แห่ง ICSID Convention

<sup>78</sup> *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand*, UNCITRAL, Terms of Reference to Arbitration and Terms of Appointment of Arbitral Tribunal, 4 Scope of Arbitration “The Tribunal may consider such objections to jurisdiction, claim and/or counterclaims that either party may seek to bring and which arise in any way under the provisions of the Treaty...”.

<sup>79</sup> ดูหัวข้อ 3.2 ข้อเรียกร้องแย้งในคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules.

เพื่ออ้างถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งตามความยินยอมโดยปริยาย หากคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความยินยอมของคู่พิพาทไม่ครอบคลุมข้อเรียกร้องแย้ง ด้วยเหตุนี้ ภายใต้การศึกษา ICSID Convention เฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องแย้งนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีใน ICSID Convention ย่อมทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์ที่ดีที่สุดในการยื่นข้อเรียกร้องแย้ง ทั้งนี้ เพื่อมิให้ประเทศไทยต้องเสียโอกาสในการรักษาผลประโยชน์ผ่านการยื่นข้อเรียกร้องแย้งเข้าสู่การพิจารณาข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศในอนาคต

กล่าวโดยสรุป การศึกษาถึงอำนาจชี้ขาดข้อเรียกร้องแย้งของคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนเป็นประโยชน์ยิ่งต่อความเข้าใจในสิทธิยื่นข้อเรียกร้องแย้งของผู้ถูกร้อง (รัฐผู้รับการลงทุน) และทำให้รัฐผู้รับการลงทุนทราบถึงแนวทางหรือวิธีการยื่นข้อเรียกร้องแย้งที่สอดคล้องกับอำนาจชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนเป็นประโยชน์ต่อรัฐผู้รับการลงทุนในการเตรียมความพร้อมในด้านต่าง ๆ เพื่อรองรับความเป็นไปได้ในการยื่นข้อเรียกร้องแย้งในข้อพิพาททางการลงทุนในอนาคต อันจะส่งผลให้ข้อเรียกร้องแย้งเป็นอาวุธที่ทรงประสิทธิภาพในการต่อสู้ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

#### ภาษาไทย

ดาราดพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2563).

นาถนรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).

ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ลักษณะ 1 วิธีพิจารณาสამัญในศาลชั้นต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2546).

เสาวนีย์ อัครโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2566).

#### ภาษาต่างประเทศ

Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press 2007).

Mosche Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (Kluwer Academic Publishers 1993).

Stephan W. Schill and others, *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (3rd edn, Cambridge University Press 2022).

#### บทความภาษาต่างประเทศ

Andrew Ling, 'Adjudicating state Counterclaims in ICSID Investor-State Arbitration' (2021) 57(1) *Texas International Law Journal* 103.

Arnaud de Nanteuil, 'Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers' (2018) 17(2) *Law & Practice of International Courts and Tribunals* 374.

Bradley Larschan and Guive Mirfendereski, 'The Status of Counterclaim in International Law, with Particular Reference to International Arbitration Involving a Private Party and a Foreign State' (1986) 15(1) *Denver Journal of International Law and Policy* 11.

Dafina Atanasova, Adrian Martinez Benoit and Josef Ostransky, 'Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration' (2014) 31(3) *The "Journal of International Arbitration"* 357.

Eric De Brabandere, 'Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration' (2017) 50(2) *Revue Belge de Droit International/Belgian Review of International Law* 591.

Georges R. Delaume, 'ICSID Arbitration in Practice' (1984) 2(1) *International Tax & Business Lawyer* 58.

James Harrison, 'Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration' (2016) 17(3) *Journal of World Investment & Trade* 479.

Sean D. Murphy, 'Counter-claims at the International Court of Justice' in Andreas Zimmerman and Christian J Tams (eds) *The Statute of the International Court of Justice - A commentary* (3rd edn Oxford University Press 2017).

Vasuda Sinha and Gabriel Fusea, 'Counterclaims in Investment Arbitration: Key Threshold Issues for Claimants, Respondents and Tribunals' (2021) 15(1) *Romanian Arbitration Journal / Revista Romana de Arbitraj* 54.

Xue Hanqin, *Jurisdiction of the International Court of Justice* (pdf, Brill | Nijhoff 2017).

### รายงานผลการวิจัย

วรรณชัย บุญบำรุง 'หลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักสิทธิมนุษยชน' (รายงานส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ ศาลรัฐธรรมนูญ 2559).

### เอกสารขององค์การระหว่างประเทศ

Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement Disputes between States and Nationals of Other States, Jurisdiction of the Centre, Nature of the Dispute.

United Nation, *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice* (United Nations Publication, 2012).

### คำพิพากษาและคำชี้ขาด

#### ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ

*Case Concerning the Factory at Chorzów* (Germany v. Poland) (Merits) [1927] PCIJ Rep.

#### ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

*Asylum Case* (Colombia v. Peru) (Judgment) [1950] ICJ Rep.

*Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (Congo v. Uganda) (Judgment) [2005] ICJ Rep.

*Case Concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Judgment) [2003] ICJ Rep.

**การอนุญาตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน**

*Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (June 25, 2001).

*Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding (May 10, 1988).

*Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1 Award (January 18, 2019).

*Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux et Republique du Burundi*, Affaire CIRDI No. ARB/01/2 Sentence (June 21, 2012).

*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 Decision on Counterclaim (February 7, 2017).

*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 Decision on jurisdiction (June 2, 2010).

*Grenada Private Power Limited and WRB Enterprises, INC. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/17/13, Award (March 19, 2020).

*Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Award (March 1, 2012).

*Klöckner v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision Rendered by Ad Hoc Committee (October 21, 1983).

*Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25 Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability (April 21, 2015).

*Metal-Tech LTD. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (October 4, 2013) para 378.

*Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 September 2007).

*Rusoro Mining Limited v. the Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (August 22, 2016).

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (January 29, 2004).

*Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (December 7, 2011).

*Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Declaration of W. Michael Reisman (November 28, 2011).

*Teinver S.A., Transportes de Cercanias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award (July 21, 2017).

*Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability (November 10, 2017).

*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (December 8, 2016).

*Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Award (April 15, 2016).

### **การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายใต้คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ**

*David Aven et Al. v. The Republic of Costa Rica*, UNCITRAL, Final Award on 18 September 2018, Case No. UNCT/15/3.

*Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award on 15 December 2014.

*Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim on 7 May 2004.

*Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability on 28 April 2011.

*Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand*, UNCITRAL, Terms of Reference to Arbitration and Terms of Appointment of Arbitral Tribunal.

### **คณะตุลาการข้อเรียกร้องอิหร่าน-สหรัฐอเมริกา**

*Owens-Corning Fiberglass Corp. v. The Government of Iran*, IUSCT Case No. ITL 18-113-2, Interlocutory Award (May 13, 1983).

*The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, IUSCT Case No. ITL 83-B1-FT, Award (September 9, 2004).

### **การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอื่น**

Mixed Claims Commission Mexico - Venezuela (Del Rio Case) (1903) Reports of International Arbitral Awards Volume X 697.

### **อนุสัญญาระหว่างประเทศ**

#### **สนธิสัญญาทวิภาคี**

Agreement between Australia and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investments (Australia-Pakistan) (adopted 7 February 1998, entered into force 14 October 1998).

Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Greece-Romania) (adopted 23 May 1997, entered into force 11 June 1998).

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of Canada for the Promotion and Protection of Investments (Croatia-Canada) (adopted 3 February 1997, entered into force 30 January 2001).

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (Netherlands-Czech) (adopted 10 July 1990, entered into force 26 October 1992).

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (Netherlands-Slovakia) (adopted 29 April 1991, entered into force 1 October 1992).

Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran.

Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India (Brazil-India) (adopted 25 January 2020).

Treaty between the Federal Republic of Germany and Ukraine on the Promotion and Mutual Protection of Capital Investments (Germany-Ukraine) (adopted 15 February 1993, entered into force 29 June 1996).

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (United States of America-Estonia) (adopted 19 April 1994, entered into force 16 February 1997).

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (United States of America-Ecuador) (adopted 27 August 1993, entered into force 11 May 1997).

### **ข้อบังคับของศาลหรือกฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ**

Rules of Court (1922).

Rules of Court (1936).

Rules of the International Court of Justice (1978).

UNCITRAL Arbitration Rules (2010).

### **กฎหมายภายใน**

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.