

การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ:

ศาลการลงทุนทวิภาคี*

Investor-State Dispute Settlement Reform:

Bilateral Investment Court

อำนาจ ตั้งศิริพิमान

Amnart Tangkiriphimarn

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ
10200

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Thammasat University, Prachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200

Corresponding Author E-mail: amnart@staff.tu.ac.th

(Received: December 23, 2021; Revised: January 31, 2022; Accepted: February 9, 2022)

บทคัดย่อ

ในการเจรจาความตกลงการค้าการลงทุนระหว่างไทยและสหภาพยุโรปที่กำลังดำเนินอยู่ในปัจจุบัน มีความเป็นไปได้สูงว่าสหภาพยุโรปจะเรียกร้องให้ไทยตกลงนำศาลการลงทุนระหว่างประเทศ ในลักษณะของศาลการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment court) มาใช้เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS) ตามสนธิสัญญาแทนกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างที่พบเห็นได้ทั่วไปในสนธิสัญญาการลงทุนส่วนใหญ่ในปัจจุบัน ซึ่งสอดคล้องกับเนื้อหาที่ปรากฏในความตกลงที่สหภาพยุโรปเป็นคู่เจรจาหรือภาคีในช่วงที่ผ่านมา ได้แก่ Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Comprehensive Economic

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ: ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ” ซึ่งได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้เขียนขอขอบคุณ ดร. ไกรจักร ชีรตยาคินันท์ รองศาสตราจารย์ ดร. นาถนรินทร์ จันทร์งาม นายนัทธชาติ อุไรรงค์ และผู้อ่านที่ไม่ได้เปิดเผยชื่ออีกสองท่าน สำหรับคำวิจารณ์และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนงานชิ้นนี้

and Trade Agreement (CETA) EU-Singapore Investment Protection Agreement (EU-Singapore IPA) และ EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EU-Vietnam IPA) บทความนี้มุ่งศึกษาที่มา คุณสมบัติ ข้อดี และข้อเสียของการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญาโดยศาลการลงทุน เพื่อจะได้ทราบถึงข้อควรพิจารณาหรือข้อพึงระวังอันจะเป็นประโยชน์ในการกำหนดท่าทีการเจรจาและการเตรียมความพร้อมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบการระงับข้อพิพาทลักษณะนี้ของประเทศไทย จากการศึกษา พบว่าการนำระบบศาลการลงทุนทวิภาคีมาใช้ แม้จะปรากฏข้อดีอยู่บ้าง เช่น การจัดการปัญหาเรื่องภาพลักษณ์ความเป็นกลางของผู้ตัดสินคดี แต่อาจจะไม่ได้แก้ปัญหาค้างงวอลของ ISDS ที่ประเทศไทยคำนึงถึงมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของค่าใช้จ่ายที่ประเทศไทยต้องรับผิดชอบทั้งในฐานะภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนและในฐานะคู่พิพาท และไม่มีชัดเจนแน่นอนว่าการนำระบบดังกล่าวมาใช้จะทำให้แนวคำตัดสินมีความสม่ำเสมอสอดคล้องกันมากขึ้นกว่าระบบ ISDS โดยการอนุญาตตุลาการที่เป็นอยู่เดิมหรือไม่

คำสำคัญ: ศาลการลงทุนทวิภาคี, ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ, อนุญาโตตุลาการการลงทุน, กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, สหภาพยุโรป, กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ

Abstract

In the ongoing trade and investment agreements negotiation between Thailand and the European Union (EU), the EU will likely request that Thailand agree to the use of international investment court (i.e., bilateral investment court) as the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism, which shall replace arbitration traditionally adopted in most investment treaties. This development conforms with the EU's position found in its recently negotiated or concluded international agreements, which are Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), EU-Singapore Investment Protection Agreement (EU-Singapore IPA), and EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EU-Vietnam IPA). This article aims to study the origin, characteristics, advantages, and drawbacks of such a new form of ISDS to identify observations and concerns that Thailand should consider in formulating its negotiation position and

possibly prepare itself to be part of the system. According to the study, whereas the adoption of bilateral investment court may generate certain benefits, such as eliminating public suspicion about the decision-maker's impartiality, it may not solve most of the ISDS problems at the center of Thailand's concerns. In particular, the country shall be responsible for additional regular expenses, apart from other case-related expenses, either as a treaty party or a disputing party. In addition, it is doubtful whether the court would alleviate the problem of adjudicatory inconsistency as currently encountered in arbitration.

Keywords: Bilateral Investment Court, International Investment Court, Investment Arbitration, International Investment Law, European Union, ISDS

1. บทนำ

1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหา

ในช่วงต้นปี พ.ศ. 2556 สหภาพยุโรปและประเทศไทยได้เริ่มเจรจาความตกลงการค้าเสรีทวิภาคี (bilateral free trade agreement) ระหว่างกัน แต่เนื่องด้วยเกิดการรัฐประหารขึ้นในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557¹ การเจรจาจึงถูกระงับลงชั่วคราว อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยเริ่มดีขึ้นภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปในเดือนมีนาคม 2562 คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) ได้แสดงความประสงค์ในวันที่ 14 ตุลาคม 2562 ที่จะเดินทางเจรจาความตกลงการค้าเสรีที่มีความครอบคลุมในทุกด้านกับประเทศไทย² ซึ่งรัฐบาลไทยได้ตอบรับอย่างรวดเร็วว่าพร้อมเข้าสู่การเจรจา โดยจะเร่งศึกษาถึงโอกาสและอุปสรรคที่เกี่ยวข้อง³ ทั้งนี้อธิบดีกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้นกล่าวว่า “ประโยชน์ที่ประเทศไทย

¹ European Commission, “Thailand,” (23 April 2020) [online] Available from : <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/thailand>. [17 June 2020]

² Council of the European Union, “Thailand: EU to Broaden Its Engagement Following Elections,” (14 October 2019) [online] Available from : <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/10/14/thailand-eu-to-broaden-its-engagement-following-elections>. [17 June 2020] (“The Council also stresses the importance of taking steps towards the resumption of negotiations on an ambitious and comprehensive Free Trade Agreement (FTA).”)

³ Phusadee Arunmas, “Government to Expedite Studies on Thai-EU FTA,” **Bangkok Post** (16 October 2019) [online] Available from : <https://www.bangkokpost.com/business/1772894/government-to-expedite-studies-on-thai-eu-fta>. [17 June 2020]

คาดหวังจะได้รับจากความตกลงฉบับนี้ [...] คือโอกาสในการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนและถ่ายทอดเทคโนโลยีการผลิตขั้นสูง”⁴

การส่งเสริมหรือโน้มน้าวให้นักลงทุนจากประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นเป้าหมายหลักประการหนึ่งในการทำความตกลงดังกล่าว โดยข้อบทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนน่าจะปรากฏอยู่ในความตกลงการค้าเสรีและการลงทุน ซึ่งเป็นเอกสารแยกต่างหากจากความตกลงการค้าเสรีอันเป็นแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปในระยะหลัง ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของความตกลงกับเวียดนาม⁵ หรือสิงคโปร์⁶ ที่มีการทำความตกลงหลักสองฉบับคือ ความตกลงการค้าเสรี (free trade agreement: FTA) และความตกลงการค้าเสรีและการลงทุน (investment protection agreement: IPA) และมีการเรียกชื่อความตกลงทั้งหมดในภาพรวมว่า ความตกลงการค้าและการลงทุน (trade and investment agreements)

ประเด็นหนึ่งที่จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างแน่นอนในการเจรจาตกลงสนธิสัญญาการลงทุนคือ กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (investor-state dispute settlement: ISDS) ที่ส่วนใหญ่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐผู้รับการลงทุน (host state) ผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และไทยเคยตกเป็นผู้ถูกฟ้องในคดีข้อพิพาทลักษณะนี้มาแล้วสองครั้งในคดี *Walter Bau v. Thailand*⁷ และคดี *Kingsgate v. Thailand*⁸ อย่างไรก็ดี ในการตกลงทำสนธิสัญญาการลงทุนกับสหภาพยุโรปในห้วงเวลานี้ มีความเป็นไปได้สูงว่าสหภาพยุโรปจะเรียกร้องให้ไทยตกลงนำศาลการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment court) มาใช้แทนกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างที่พบเห็นได้ทั่วไปในสนธิสัญญาการลงทุนส่วนใหญ่ ดังปรากฏในความตกลงที่สหภาพยุโรปเป็นคู่เจรจาหรือภาคีในช่วงที่ผ่านมา เช่น Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) EU-Singapore

⁴ “ร่างสรุป FTA ไทย-อียู หนุนค้าเวียดนามแซงหน้า,” **ฐานเศรษฐกิจ** (22 ตุลาคม 2562) [online] Available from : <https://www.thansettakij.com/content/412639>. [17 มิถุนายน 2563]

⁵ European Commission, “EU-Vietnam Trade and Investment Agreements,” (18 June 2020) [online] Available from : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>. [20 June 2020]

⁶ European Commission, “EU-Singapore Trade and Investment Agreements,” (November 2019) [online] Available from : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>. [20 June 2020]

⁷ Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau Ag (In Liquidation) v. Kingdom of Thailand, UNCITRAL; ดู นาดนรินทร์ จันทร์งาม, **หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ** (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 197-221.

⁸ Kingsgate Consolidated Ltd v. The Kingdom of Thailand, UNCITRAL; ดู อำนาจ ตั้งศรีพินาน, “ปภิกษกกฎหมายคืออนุญาโตตุลาการเหมืองชาติ: คิงส์เกตและประเทศไทย”, **วารสารนิติศาสตร์**, 48 (มิถุนายน 2562), หน้า 398.

Investment Protection Agreement (EU-Singapore IPA) และ EU-Vietnam Investment Protection Agreement (EU-Vietnam IPA) ที่มีข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว

1.2 ขอบเขตการวิจัย

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษาปัญหาของระบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญาการลงทุนโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และความพยายามในปัจจุบันที่จะปฏิรูปกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนให้ดียิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเสนอของสหภาพยุโรปให้ตั้งศาลการลงทุนทวิภาคี ไม่ว่าจะเป็นลักษณะ ข้อดี และข้อเสียของระบบการระงับข้อพิพาทดังกล่าว เพื่อจะได้ทราบถึงข้อควรพิจารณาหรือข้อพึงระวังอันจะเป็นประโยชน์ในการกำหนดท่าทีการเจรจาและการเตรียมความพร้อมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบการระงับข้อพิพาทลักษณะนี้ของประเทศไทยต่อไป

1.3 ระเบียบวิธีวิจัย

บทความวิจัยฉบับนี้เป็นงานวิจัยเชิงเอกสาร ศึกษาความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเปรียบเทียบกับกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ โดยอาศัยข้อมูลจากแหล่งข้อมูลปฐมภูมิ อันประกอบด้วย เอกสารทางการที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐ และองค์การระหว่างประเทศ เช่น UNCITRAL UNCTAD และ European Union และสนธิสัญญาการลงทุน เป็นต้น และแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ อันประกอบด้วย ตำรา บทความ เอกสารทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อมูลทางเว็บไซต์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ

1.4 เค้าโครงบทความวิจัย

ผู้เขียนจะอธิบายภาพรวมของ ISDS ในหัวข้อที่ 2 และกล่าวถึงปัญหาของ ISDS และแนวทางการปฏิรูป ISDS ในหัวข้อที่ 3 โดยหัวข้อที่ 4 จะกล่าวถึงศาลการลงทุนระหว่างประเทศทั้งพัฒนาการทางความคิดของรูปแบบการระงับข้อพิพาทดังกล่าว บทบาทและอิทธิพลของสหภาพยุโรปที่มีต่อการผลักดันให้นำศาลการลงทุนระหว่างประเทศมาใช้ และวิเคราะห์ลักษณะของศาลการลงทุนทวิภาคีที่ปรากฏอยู่ในความตกลงหรือร่างความตกลงที่เกี่ยวข้อง ในหัวข้อที่ 5 ผู้เขียนจะประเมินว่าการนำศาลการลงทุนมาใช้แทนที่การอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดผลกระทบทั้งในด้านที่ดีและด้านที่ไม่ดีอย่างไร และในหัวข้อที่ 6 ซึ่งเป็นหัวข้อสุดท้าย ผู้เขียนจะนำเสนอความเห็นถึงความเหมาะสมของการนำศาลการลงทุนมาใช้สำหรับประเทศไทย รวมถึงแนวทางการเจรจาความตกลงการลงทุนกับสหภาพยุโรปในประเด็นดังกล่าว

2. การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (Investor-State Dispute Settlement: ISDS)

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติและกระบวนการการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติซึ่งเกิดขึ้นจากการลงทุนต่างชาติเป็นประเด็นที่มีพลวัตสูง โดยประเด็นสำคัญที่มักจะถูกหยิบยกขึ้นถกเถียงกันอยู่เสมอคือกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีว่าควรจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และกระบวนการระงับข้อพิพาทว่าจะใช้ศาลภายในหรือกระบวนการระงับข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศ⁹ โดยองค์การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ใช้อำนาจตุลาการอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภทหลัก ๆ คือ อนุญาโตตุลาการ และศาลระหว่างประเทศ¹⁰ แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด องค์คณะผู้ตัดสินคดีในทางระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจเหนือคดีที่พิพาทกันก็ต่อเมื่อคู่พิพาท (ทั้งรัฐและเอกชน) ได้ให้ความยินยอมในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการหรือศาลระหว่างประเทศเท่านั้น¹¹

อย่างไรก็ดี ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 20 ข้อถกเถียงดังกล่าวก็ลดความเข้มข้นลงไปอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากทัศนคติทางการเมืองและเศรษฐกิจต่อการลงทุนต่างชาติที่เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต อันส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมกลายเป็นแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์กระแสหลักที่รัฐต่าง ๆ ยึดถือในการออกแบบนโยบายทางการค้าและการลงทุน¹² และการลงทุนโดยนักลงทุนเอกชนต่างชาติถูกมองว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ¹³ ดังนั้น เพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศของตน โดยเฉพาะในกรณีของประเทศที่มีระบบกฎหมายภายในที่ไม่เอื้อต่อการลงทุนมากนักอันเป็นอุปสรรคต่อการตัดสินใจลงทุนของภาคเอกชน นานาประเทศจึงมีฉันทามติให้ความสำคัญกับการสร้างระบบกฎหมายระหว่าง

⁹ “Mexico–United States: Expropriation by Mexico of Agrarian Properties Owned by American Citizens,” *American Journal of International Law Supplement* 32 (October 1938), p.182 (จดหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ถึง เอกอัครราชทูตเม็กซิโกประจำกรุงวอชิงตัน ฉบับลงวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 1938); Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, (Hart Publishing, 2009), pp.38-39.

¹⁰ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edition, (Cambridge University Press, 2007), p.91.

¹¹ *Ibid.*, p.128.

¹² Kenneth J. Vandeveld, “Sustainable Liberalism and the International Investment Regime,” *Michigan Journal of International Law*, 19 (Winter 1998), pp.386-390.

¹³ W. Michael Reisman, “International Arbitration and Sovereignty,” *Arbitration International*, 18 (September 2002), p.233.

ประเทศขึ้นมาเพื่อคุ้มครองนักลงทุนและการลงทุนต่างชาติ¹⁴ โดยมีเป้าหมายคือการสร้างสภาพการณ์แวดล้อมที่เป็นคุณต่อการลงทุนเพื่อประโยชน์ร่วมกันของทั้งนักลงทุนต่างชาติและรัฐผู้รับการลงทุน¹⁵ อันนำไปสู่การตกลงทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaty: BIT) สนธิสัญญาการลงทุนพหุภาคี (multilateral investment treaty: MIT) และสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อบทว่าด้วยการลงทุน (treaty with investment provisions: TIP) เป็นจำนวนทั้งสิ้นกว่า 3,000 ฉบับ¹⁶ บนพื้นฐานทางความคิดที่เรียบง่ายว่ารัฐทั้งหลายพึงลงนามในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเพื่อผูกพันตนตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าจะให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติและการลงทุนต่างชาติตามข้อกำหนดที่ปรากฏในสนธิสัญญา เพื่อส่งเสริมและดึงดูดให้มีการลงทุนจากนักลงทุนของรัฐภาคีเพิ่มมากขึ้น¹⁷

โดยการที่รัฐภาคีตกลงกันตามสนธิสัญญาการลงทุนเหล่านี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยตกลงเข้าผูกพันตนจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของตนในอนาคต เพื่อเป็นหลักประกันแก่นักลงทุนต่างชาติของรัฐภาคีอื่นที่เข้ามาลงทุนในเขตแดนของตนว่าจะได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา¹⁸ อันมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์

¹⁴ R. Doak Bishop and others, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, 2nd edition, (Kluwer Law International, 2014), pp.8-9.

¹⁵ W. Michael Reisman and Robert D. Sloane, "Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation," *British Yearbook of International Law*, 74 (November 2004), pp.116-117.

¹⁶ ฐานข้อมูลของ United Nations Conference on Trade and Development ระบุว่า ณ วันที่ 23 ธันวาคม 2564 มีสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีทั้งสิ้น 2,825 ฉบับ โดยมีผลบังคับใช้อยู่จำนวน 2,257 ฉบับ และมีสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อบทว่าด้วยการลงทุนเป็นจำนวนทั้งสิ้น 420 ฉบับ โดยมีผลบังคับใช้อยู่จำนวน 324 ฉบับ. UNCTAD, "International Investment Agreements Navigator," [online] Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. [23 December 2021]

¹⁷ Andrew T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties," *Virginia Journal of International Law*, 38 (1998), p. 667; สำหรับข้อวิจารณ์ของข้อสันนิษฐานนี้ ดู Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, (Cambridge University Press, 2015); ภัทรพงษ์ แสงไกร, "วิจารณ์เรื่อง Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries by Lauge N. Skovgaard Poulsen," *วารสารนิติศาสตร์*, 48 (กันยายน 2562), หน้า 598. โดย Poulsen ได้แย้งว่า ไม่มีหลักฐานในเชิงประจักษ์ว่าการตกลงทำสนธิสัญญาการลงทุนเหล่านี้ส่งผลให้มีการลงทุนต่างชาติในรัฐคู่สัญญาเพิ่มขึ้น และเจ้าหน้าที่รัฐที่เข้าเจรจาตกลงทำสนธิสัญญาส่วนมากทำการตัดสินใจบนข้อมูลที่ยังมีเหตุผลโดยสมบูรณ์ อันมีสาเหตุมาจากอคติในการรับรู้ (cognitive bias) บางประการ.

¹⁸ Jan Paulsson, "The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners," *Journal of International Dispute Settlement*, 1 (August 2010), pp.341-342.

ของบุคคลภายนอก¹⁹ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประกอบด้วยเนื้อหาหลัก 3 ประการคือ 1) บทนิยาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิยามของคำว่า “นักลงทุน” (investor) และ “การลงทุน” (investment) ซึ่งจะมีผลกระทบต่อขอบเขตการบังคับใช้ของสนธิสัญญา 2) มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุน และ 3) กระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุน²⁰

มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาการลงทุนมีอยู่หลายประการ เช่น การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment: FET) การเวนคืน (expropriation) การให้ความคุ้มครองและประกันความมั่นคงอย่างเต็มที่ (full protection and security: FPS) การไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ซึ่งประกอบด้วย การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment: NT) และ การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored-nation treatment: MFN) โดยในทางปฏิบัติ มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนที่มีการยกขึ้นอ้างโดยนักลงทุนในการฟ้องคดีมากที่สุด คือ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและการเวนคืน โดยฐานข้อมูลของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) ระบุว่าจากคดีจำนวนกว่า 1,104 คดีที่อยู่ในฐานข้อมูล มีคดีที่นักลงทุนอาศัยมาตรฐานการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมในการฟ้องคดีเป็นจำนวนถึง 555 คดี และอ้างถึงมาตรฐานการเวนคืนเป็นจำนวนกว่า 500 คดี²¹ โดยการตีความปรับใช้มาตรฐานความคุ้มครองทั้งสองประการนี้ได้นำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายหลายประการ เนื่องจากธรรมชาติของถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง อะไรคือการปฏิบัติที่เป็นธรรม? อะไรคือการปฏิบัติที่เที่ยงธรรม?²² และอะไรคือมาตรการที่มีผลกระทบต่อการลงทุนเสมือนหนึ่งว่ามีการเวนคืน (การเวนคืนทางอ้อม หรือ indirect expropriation)?²³

¹⁹ W. Michael Reisman and Mahnoush H. Arsanjani, “Interpreting Treaties for the Benefit of Third Parties: The ‘Salvors’ Doctrine’ and the Use of Legislative History in Investment Treaties,” *American Journal of International Law*, 104 (October 2010), p.602.

²⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, (Oxford University Press, 2012), p.13.

²¹ UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator,” [online] Available from : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. [5 September 2021] โดยในส่วนของมาตรฐานเรื่องการเวนคืนนั้นแบ่งออกเป็นเรื่องของการเวนคืนโดยตรง (direct expropriation) 131 คดี และเรื่องของมาตรการเสมือนเวนคืน (indirect expropriation) 450 คดี.

²² ตัวอย่างในเรื่องนี้ โปรดดูได้จาก มาตรา 2(3) ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหพันธรัฐเยอรมนี (Thailand-Germany BIT) ซึ่งบัญญัติเพียงว่า “Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party and their returns fair and equitable treatment and full protection.” โดยไม่ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมว่า “fair and equitable treatment” คืออะไร หรือมีความหมายว่าอย่างไร

²³ ตัวอย่างในเรื่องนี้ โปรดดูได้จาก มาตรา 1110 ของความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement: NAFTA) ซึ่งบัญญัติเพียงว่า “No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an

ความไม่ชัดเจนดังกล่าวส่งผลให้การตีความและปรับใช้ถ้อยคำตามสนธิสัญญาตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนซึ่งมีอำนาจในการระงับข้อพิพาทการลงทุนที่เกิดขึ้นซึ่งก่อให้เกิดข้อวิจารณ์ตามมาว่าการตีความของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐภาคี กล่าวคือมีการตีความมาตรฐานความคุ้มครองที่กว้างจนเกินไป ส่งผลให้นักลงทุนได้รับความคุ้มครองมากกว่าที่ควรจะเป็น และทำให้อำนาจของรัฐผู้รับการลงทุนในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะถูกจำกัด รัฐไม่กล้าออกมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพราะเกรงว่าจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศตามสนธิสัญญา (regulatory chill)²⁴ นำมาซึ่งการที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาบางฉบับออกข้อกำหนดว่าด้วยการตีความบทบัญญัติในสนธิสัญญา²⁵ หรือร่างมาตรฐานความคุ้มครองต่าง ๆ ให้รัดกุมยิ่งขึ้นเพื่อลดทอนอำนาจการใช้ดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการลงในสนธิสัญญาฉบับใหม่ ๆ²⁶ เช่น มาตรา 9.6 ของความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ได้อธิบายความหมายของการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมให้มีความชัดเจนขึ้น โดยหมายถึง “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อชาวต่างชาติ” (minimum standard of treatment (MST) under customary international law)²⁷ และครอบคลุมถึงการที่รัฐต้อง “ไม่ปฏิเสธการให้ความยุติธรรม” (denial of justice) แก่ นักลงทุน ทั้งนี้ตาม “กระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย” (due process)²⁸ โดยข้อเท็จจริงเพียงว่ารัฐผู้รับการลงทุนดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ

investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment.” โดยไม่ได้อธิบายว่าจะไร้คือ การ “indirectly nationalize or expropriate” หรืออะไรคือ “a measure tantamount to nationalization or expropriation.”

²⁴ โปรดดู Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science” in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, eds. Chester Brown and Kate Miles (Cambridge University Press, 2011), pp.606-627.

²⁵ โปรดดู NAFTA Free Trade Commission, “North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions,” (31 July 2001) [online] Available from : http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp. [19 June 2020]

²⁶ M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, (Cambridge University Press, 2015), pp.56-57.

²⁷ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, art 9.6(2). (“CPTPP”) โดยยึดตามคำแปลเป็นภาษาไทยอย่างไม่เป็นทางการที่ปรากฏในเว็บไซต์ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. <<https://www.dtn.go.th/th/negotiation/ภาษาไทย?cate=5cff753c1ac9ee073b7bd20b>> สืบค้นเมื่อ 22 มิถุนายน 2563. ข้อความในมาตรา 9.6(2) ได้รับอิทธิพลมาจาก North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions.

²⁸ Article 9.6(2)(a) of CPTPP

ใด ๆ “ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับความคาดหวังของนักลงทุน” ไม่เพียงพอที่จะทำให้ถือว่ารัฐได้ทำผิดพันธกรณี²⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ความพยายามดังกล่าวของรัฐจะทำให้มาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่ก็ไม่ได้ทำให้ปัญหาการตีความพันธกรณีต่าง ๆ หายไปโดยสิ้นเชิง³⁰ เช่น แม้รัฐจะพยายามบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามาตรฐาน FET เป็นไปตาม “มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่อชาวต่างชาติ” คำถามที่ตามมาคือแล้วอะไรคือมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำดังกล่าว เป็นต้น³¹

แม้การบัญญัติมาตรฐานความคุ้มครองการลงทุนต่าง ๆ ให้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะนับได้ว่าเป็นความก้าวหน้าสำคัญของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 อย่างไรก็ตาม หากปราศจากเครื่องมือที่จะทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติแล้ว กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศคงมีสถานะในทางกฎหมายเป็นเพียง “กฎหมายอย่างอ่อน” (soft law) และเป้าหมายในการส่งเสริมการลงทุนต่างชาติก็คงไม่อาจบรรลุผลได้ ด้วยเหตุดังกล่าว กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพจึงมีความจำเป็น เพื่อที่ว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ปฏิบัติต่อกลงทุนต่างชาติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้สนธิสัญญาหรือไม่ จะได้มีองค์กรทางกฎหมายที่สามารถให้ความเห็นเป็นที่สุดได้ว่าผลจะเป็นอย่างไร และเมื่อได้พิจารณาแล้วว่ารัฐผู้รับการลงทุนได้ฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศจริง จะได้มีคำบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่นักลงทุนต่างชาติต่อไป ซึ่งการระงับข้อพิพาทดังกล่าวอาจมีขึ้นได้ทั้งในระดับ รัฐ-รัฐ และ รัฐ-นักลงทุนต่างชาติ โดยบทความวิจัยนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS) ตามสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะในส่วนของการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐ (investor-state arbitration: ISA) เท่านั้น

สนธิสัญญาการลงทุนจำนวนมากให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการฟ้องคดีต่อรัฐผู้รับการลงทุนโดยตรงผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นความเปลี่ยนแปลงสำคัญที่เกิดขึ้นในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 และส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ

²⁹ Article 9.6(4) of CPTPP

³⁰ โปรดดู José E Alvarez, “Is the Trans-Pacific Partnership’s Investment Chapter the New ‘Gold Standard’?”, *IILJ Working Paper 2016/3*, (2016), p. 25 [online] Available from : http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Alvarez_IILJ_2016_3-MegaReg.pdf. [30 June 2020]

³¹ W. Michael Reisman, “Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law,” *ICSID Review*, 30 (Fall 2015), pp.623-625.

อย่างมีนัยสำคัญ³² ดังที่ W. Michael Reisman อธิบายว่า

ปัจจัยที่ทำให้พัฒนาการใหม่ ๆ ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ แตกต่างไปจากเดิมคือการที่สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีส่วนมากให้สิทธินักลงทุนที่เข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดสามารถดำเนินการได้โดยไม่ถูกแทรกแซง ไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือความเห็นชอบจากรัฐเจ้าของสัญชาติในการขอให้องค์คณะระหว่างประเทศ ตรวจสอบมาตรการของรัฐว่าเป็นการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมหรือไม่ สิ่งนี้คือการเปลี่ยนแปลงในทางวิธีบัญญัติที่ส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางในทางสารบัญญัติ อันทำให้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมีความเป็นเอกลักษณ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ [กล่าวคือ] ส่วนที่เพิ่มเติมเข้ามาในทางวิธีบัญญัตินี้—การทำให้นักลงทุนมีที่ยืนโดยอิสระและมีความหมายในทางระหว่างประเทศ—ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิ่งทีจากเดิมมีลักษณะอ่อน เป็นเพียงความมุ่งหมายและกฎหมายที่มีการปรับใช้อย่างไม่สม่ำเสมอ กลายเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและยิ่งไปกว่านั้นยังมีผลกระทบต่อระบบกฎหมายภายในมากยิ่งขึ้นไปอีก³³

หลักการพื้นฐานที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการคือหลักอิสระของคู่พิพาท (party autonomy) ซึ่งเป็นที่มาของลักษณะที่สำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการหลายประการ³⁴ เช่น ความยืดหยุ่นของกระบวนการพิจารณา และการที่คู่พิพาทมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดี ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ในคดีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐจะกำหนดให้มีจำนวนอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง³⁵

³² สนธิสัญญาการลงทุนฉบับแรกที่ให้สิทธินักลงทุนต่างชาตินำข้อพิพาทระหว่างตนและรัฐผู้รับการลงทุนขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการคือ Belgium/Luxembourg-Indonesia Bilateral Investment Treaty, art 10 อ้างถึงใน OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey,” (2012) n6 [online] Available from : <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestment%20agreements/50291678.pdf>. [16 July 2020]

³³ W. Michael Reisman, “The Future of International Investment Law and Arbitration,” in *Realizing Utopia: The Future of International Law*, ed. Antonio Cassese, (Oxford University Press, 2012), p.279.

³⁴ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* 3rd edition, (Cambridge University Press, 2017), p.1.

³⁵ ตัวอย่าง UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), art 7 (“UNCITRAL Arbitration Rules 2010”); Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, art 37. (“ICSID Convention”) บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดในทำนองเดียวกันว่าให้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกัน ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกัน ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน หรือ Thailand-Germany Bilateral Investment Treaty 2002, arts 9, 10 ที่กำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการจำนวน 3 คน.

และให้คู่พิพาท (นักลงทุนผู้เรียกร้อง (claimant investor) และรัฐผู้รับการลงทุนผู้ถูกเรียกร้อง (respondent state)) แต่ละฝ่ายมีสิทธิในการเลือกอนุญาโตตุลาการฝ่ายละ 1 คน และให้อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้น (หรือคู่พิพาทเอง) ตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการอีก 1 คนเป็นประธานอนุญาโตตุลาการ³⁶ โดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นจะมีอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะในส่วนของการพิพาทระหว่างคู่กรณีที่ตั้งตั้งต้นขึ้นมาเท่านั้น โดยเมื่อพิจารณาคดีดังกล่าวเสร็จสิ้นและทำคำชี้ขาด (award) เรียบร้อยแล้ว อำนาจหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง³⁷

ตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะเป็นใครก็ได้ ภายใต้ข้อจำกัดสำคัญบางประการเพื่อประกันความเป็นอิสระ (independence) และความเป็นกลาง (impartiality) ของอนุญาโตตุลาการ³⁸ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ คู่พิพาทจะใช้สิทธิแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาท อันเป็นข้อดีประการหนึ่งที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากกระบวนการทางศาลที่ส่วนมากกำหนดตัวผู้พิพากษาเจ้าของคดีจะเป็นไปโดยการสุ่ม หรือวิธีการอื่นใดที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาท และการที่คู่พิพาทมีส่วนร่วมในการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดียังก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการระงับข้อพิพาทอันมีส่วนทำให้คู่พิพาทมีโอกาสที่จะให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และปฏิบัติตามคำชี้ขาดที่ออกมาในท้ายที่สุดด้วย³⁹

แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะตั้งอยู่บนหลักอิสระของคู่พิพาทเป็นสำคัญจนทำให้มีลักษณะเป็นการระงับข้อพิพาททางเอกชน แต่กระบวนการดังกล่าวก็ยังคงไม่อาจเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน หากปราศจากระบบกฎหมายเบื้องหลังทั้งกฎหมายภายใน กฎหมายระหว่างประเทศและกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องที่ทำให้อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพในทางระหว่างประเทศ⁴⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งส่วนมากเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards:

³⁶ Article 9(1) of UNCITRAL Arbitration Rules 2010; article 37(2)(b) of ICSID Convention

³⁷ Julian D. M. Lew and others, **Comparative International Commercial Arbitration**, (Kluwer Law International, 2003), p.628, para 24-1.

³⁸ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, 2nd edition (Kluwer Law International, 2014), p. 1638; UNCITRAL Arbitration Rules 2010, arts 11-13; ICSID Convention, arts 14(1), 40(2), and 57.

³⁹ Ibid., pp.1639-1641.

⁴⁰ Nigel Blackaby and others, **Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version** 6th edition, (Oxford University Press, 2015), para 1.08.

New York Convention) และอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: ICSID Convention)⁴¹

Lord Mustill ได้กล่าวถึง New York Convention ว่าเป็นเอกสารในทางระหว่างประเทศที่ประสบความสำเร็จมากที่สุดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ และอาจจะเป็นบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในประวัติศาสตร์ของกฎหมายพาณิชย์⁴² โดยปัจจุบันมีรัฐภาคีจำนวนทั้งสิ้น 169 ประเทศ⁴³ โดยรัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาท กล่าวคือ ศาลของรัฐภาคีจะต้องจำหน่ายข้อพิพาทออกจากสารบบความหากปรากฏว่าคู่พิพาทได้ตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ⁴⁴ และต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ⁴⁵ ส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับอย่างกว้างขวาง ซึ่งต่างจากการบังคับตามคำพิพากษาของศาลที่โดยหลักแล้วจะมีผลใช้บังคับเฉพาะในประเทศของศาลที่พิพากษาคดี หรือมีผลใช้บังคับภายในกลุ่มประเทศที่ประกอบด้วยประเทศจำนวนไม่มากนักเท่านั้น⁴⁶

อย่างไรก็ดี New York Convention ได้กำหนดข้อยกเว้นของการไม่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดไว้ในมาตรา V โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐ (ซึ่งโดยทั่วไปคือศาลภายใน) ที่มีอำนาจบังคับคำชี้ขาดสามารถตรวจสอบคำชี้ขาดได้ว่าเกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ขบด้วยกฎหมายหรือไม่⁴⁷ มีที่มาจากคณะอนุญาโตตุลาการที่มีเขตอำนาจหรือไม่⁴⁸ คำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอน (set aside

⁴¹ Ibid., para 1.91.

⁴² Michael John Mustill, "Arbitration: History and Background," *Journal of International Arbitration* 6 (June 1989): 49. ("[The New York] Convention has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law.")

⁴³ UNCITRAL, "Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards," [online] Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2. [23 December 2021]

⁴⁴ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, art 2. ("New York Convention")

⁴⁵ Article III of New York Convention

⁴⁶ *Supra* Note 40 Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version, para 1.102.

⁴⁷ Article V(1)(b), (d) of New York Convention

⁴⁸ Article V(1)(a), (c) of New York Convention

หรือ annul) โดยศาลของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือไม่⁴⁹ ข้อพิพาทดังกล่าวถูกระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (arbitrability)⁵⁰ หรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public policy) หรือไม่⁵¹ โดยหากไม่ใช่กรณีตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา V รัฐภาคีจะต้องบังคับคำชี้ขาด⁵²

สำหรับ ICSID Convention ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 155 ประเทศ⁵³ และมีขอบเขตการบังคับใช้เฉพาะกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น⁵⁴ ซึ่งจะต่างจากกรณีของ New York Convention ที่มีผลใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการทั่วไป⁵⁵ และกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้ ICSID Convention มีความแตกต่าง New York Convention ในสาระสำคัญคือ มาตรา 54(1) แห่ง ICSID Convention บัญญัติว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดในส่วนของหนี้เงินเสมือนหนึ่งว่าคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่เป็นที่สุดของศาลภายในรัฐภาคีนั้น ส่งผลให้ศาลภายในของรัฐภาคีไม่มีอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาด⁵⁶ และต้องบังคับตามคำชี้ขาดโดยทันที อย่างไรก็ตาม ICSID Convention ได้กำหนดกระบวนการตรวจสอบคำชี้ขาดไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 52 ซึ่งบัญญัติว่า คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยทำการยื่นคำร้องต่อเลขาธิการ (Secretary-General) ของ ICSID⁵⁷ และเมื่อได้รับคำร้องแล้ว ให้ประธานสภาบริหาร (Administrative Council) ซึ่งคือประธานธนาคารโลกโดยตำแหน่ง⁵⁸ แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (*ad hoc* Committee) ประกอบด้วยบุคคล 3 คนจากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการ (Panel of Arbitrators) ของ ICSID⁵⁹ โดยคณะกรรมการเฉพาะกิจดังกล่าวมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้⁶⁰ หากปรากฏ

⁴⁹ Article V(1)(e) of New York Convention

⁵⁰ Article V(2)(a) of New York Convention

⁵¹ Article V(2)(b) of New York Convention

⁵² Article IV of New York Convention

⁵³ ICSID, “List of Contracting States and other Signatories of the Convention,” (9 June 2020) [online] Available from: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID-3.pdf>. [4 June 2021]

⁵⁴ โปรดดู Article 25 of ICSID Convention

⁵⁵ ทั้งนี้รัฐภาคีอาจกำหนดข้อสงวนได้ว่าจะให้ New York Convention มีผลใช้บังคับกับรัฐตนเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ทางพาณิชย์เท่านั้น. Article I(3) of New York Convention

⁵⁶ เปรียบเทียบ Article V of New York Convention

⁵⁷ Article 52(1) of ICSID Convention

⁵⁸ Article 5 of ICSID Convention

⁵⁹ Article 12-16 of ICSID Convention

⁶⁰ Article 52(3) of ICSID Convention

ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการบกพร่องอย่างร้ายแรง⁶¹ คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการไม่เป็นไปตามขอบอำนาจอย่างชัดเจน⁶² หรือไม่ให้เหตุผลประกอบการตัดสินในคำชี้ขาด⁶³

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยศาลภายในตามมาตรา V ของ New York Convention หรือการตรวจสอบคำชี้ขาดโดย *ad hoc* Committee ตามมาตรา 52 ของ ICSID Convention จะต่างจากกระบวนการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลภายในตามระบบการอุทธรณ์-ฎีกา (appeal) ที่ศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่าสามารถตรวจสอบความถูกต้อง (correctness) ในส่วนของการปรับใช้ข้อกฎหมายหรือการพิจารณาข้อเท็จจริงของคำพิพากษาของศาลในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าได้⁶⁴

3. การปฏิรูปการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (ISDS Reform)

การจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนนำมาซึ่งกระแสวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่พอใจต่อการอนุญาโตตุลาการการลงทุน⁶⁵ ปัจจัยหลักที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่เป็นรูปธรรมในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาคือ กระบวนทัศน์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเดิมสนับสนุนการนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ อันมีสาเหตุหลักมาจากการที่ประเทศเหล่านี้ตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดีภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ⁶⁶ และในภาพรวม รายงานของ UNCTAD ว่าด้วย ISDS ที่ได้มีการเผยแพร่ในปี ค.ศ. 2014 ได้สรุปปัญหาของ ISDS ไว้ว่าเป็นระบบที่ประกอบด้วยปัญหาสำคัญ 4 ประการคือ ปัญหาความชอบธรรมและความโปร่งใส (legitimacy and transparency) ปัญหาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดีที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่พิพาท (party-appointed arbitrator) ปัญหาเกี่ยวกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องความไม่สม่ำเสมอและความผิดพลาดของ

⁶¹ Article 52(1)(a), (c) and (d) of ICSID Convention

⁶² Article 52(1)(b) of ICSID Convention

⁶³ Article 52(1)(e) of ICSID Convention

⁶⁴ W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration*, (Duke University Press, 1992), pp.8-9.

⁶⁵ ตัวอย่างคดีสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐออกกฎหมายและระเบียบเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งถูกกล่าวถึงอยู่เสมอเมื่อมีการวิจารณ์กระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนประกอบด้วยคดี *Ethyl v. Canada* คดี *Foresti v. South Africa* คดี *Philip Morris Asia v. Australia* คดี *Philip Morris v. Uruguay* และคดี *Vattenfall v. Germany* ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพของประชาชน.

⁶⁶ Joseph Weiler, "European Hypocrisy: TTIP and ISDS," *EJIL:Talk!* (21 January 2015) [online] Available from: <https://www.ejiltalk.org/european-hypocrisy-ttip-and-isds/>. [23 June 2020]

คำชี้ขาด (consistency and erroneous) และ ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ (cost and time)⁶⁷

3.1 ความชอบธรรมและความโปร่งใส

ปัญหาความชอบธรรมของ ISDS⁶⁸ มีรากฐานที่สำคัญมาจากลักษณะของข้อพิพาทการลงทุนที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเรียกร้องให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในการออกมาตรการต่าง ๆ ที่ (รัฐยืนยันว่า) เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งนำมาสู่คำถามประการสำคัญว่า การกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งประกอบด้วยปัจเจกชนจำนวน 3 คนซึ่งมีที่มาจากความประสงค์ของคู่พิพาทเป็นสำคัญ และถูกตั้งขึ้นเป็นการชั่วคราวเพื่อพิจารณาคดีเป็นรายคดีไปมีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงไร และปัญหาเรื่องความชอบธรรมนี้ยังถูกทำให้แย่ลงด้วยประเด็นเรื่องความโปร่งใสของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่ในหลาย ๆ คดีถูกปิดเป็นความลับอย่างเด็ดขาดตามความประสงค์ของคู่พิพาท⁶⁹

3.2 ผู้ตัดสิน

สำหรับข้อวิจารณ์ถึงอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดีมักเกี่ยวข้องกับกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่กำหนดให้คู่พิพาทมีส่วนสำคัญในการเลือกอนุญาโตตุลาการฝั่งละ 1 คน อันนำมาซึ่งข้อกังวลว่าหากอนุญาโตตุลาการถูกแต่งตั้งมาโดยคู่พิพาทฝ่ายใดก็มีแนวโน้มว่าจะตัดสินเอนเอียงไปในทางที่เป็นคุณกับคู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้งตนเป็นอนุญาโตตุลาการ⁷⁰ และยังมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีแรงจูงใจที่จะตัดสินไปในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุนมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการพิจารณาเขตอำนาจ (jurisdiction) เนื่องจากอนุญาโตตุลาการแต่ละคนจะได้รับค่าตอบแทนในการพิจารณาตัดสินคดีซึ่งโดยหลักแล้วแปรผันตามเวลาที่ใช้ใน

⁶⁷ UNCTAD, “Investor-State Dispute Settlement: A Sequel,” (2014) pp. 25-29 [online] Available from: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf. [16 July 2020].

⁶⁸ บทความฉบับแรก ๆ ที่มีการกล่าวถึงประเด็นเรื่องความชอบธรรมของการอนุญาโตตุลาการการลงทุนและได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวางในเวลาต่อมา คือ Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions,” *Fordham Law Review* 73 (March 2005), p.1521.

⁶⁹ *Supra* Note 67 Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, pp.25-26.

⁷⁰ David Gaukrodger and Kathryn Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community,” *OECD Working Papers on International Investment 2012/03*, (2013), p.46 [online] Available from : http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf [16 July 2020]; ดู Jan Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution,” *ICSID Review*, 25 (Fall 2010), p.339.

การทำงาน⁷¹ ส่งผลให้อนุญาตตุลาการมีแรงจูงใจที่จะตัดสินใจว่าตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี เพื่อให้การพิจารณาคดีดำเนินต่อไปเพื่อตนจะได้มีรายได้จากการพิจารณาคดีเพิ่มขึ้น⁷² นอกจากนี้ ด้วยความที่ในกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญา ฝ่ายที่มีสิทธิริเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทมีเพียงฝ่ายเดียวคือฝ่ายนักลงทุนต่างชาติ⁷³ หากผลการตัดสินคดีจำนวนมากเป็นไปในทางที่เป็นคุณต่อนักลงทุนอย่างเป็นระบบ ก็มีแนวโน้มว่านักลงทุนจะเห็นถึงประโยชน์ของระบบการระงับข้อพิพาทนี้และนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณามากขึ้นเรื่อย ๆ ส่งผลให้อนุญาตตุลาการมีรายได้เพิ่มขึ้นตามไปด้วย⁷⁴ และเนื่องจากการเป็นอนุญาตตุลาการไม่ใช่

⁷¹ ตัวอย่าง ระเบียบข้อ 14 ของระเบียบว่าด้วยการบริหารจัดการและการเงิน (Administrative and Financial Regulations) ของ ICSID ระบุว่าอนุญาตตุลาการจะได้รับค่าป่วยการสำหรับการออกนั่งพิจารณาคดีหรือการประชุมในแต่ละวัน (“a fee for each day on which he participates in meetings”) และค่าป่วยการในอัตราเทียบเท่ากับการทำงานแปด ชั่วโมงต่อวันสำหรับการทำงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับคดี (“a fee for the equivalent of each eight-hour day of other work performed in connection with the proceedings”) เช่น การศึกษาคำคู่ความและเอกสารในคดี การร่างคำชี้ขาด เป็นต้น ซึ่ง ณ ปัจจุบัน อัตราค่าป่วยการของอนุญาตตุลาการที่ ICSID กำหนดไว้ตามตารางค่าธรรมเนียม (Schedule of Fees) คือ USD 3,000 ต่อวัน หรือ USD 375 ต่อชั่วโมง; ICSID, “ICSID Schedule of Fees (Effective 1 July 2020),” [online] Available from : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx> [21 July 2020]; ดู ICSID “Memorandum on Fees and Expenses (6 July 2005)” [online] Available from : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-FullText1.aspx>. [21 July 2020] ในส่วนของการอนุญาตตุลาการที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention ค่าป่วยการของอนุญาตตุลาการก็จะปฏิบัติตามข้อบังคับของอนุญาตตุลาการที่ใช้บังคับกับการอนุญาตตุลาการนั้น ๆ ซึ่งมักจะกำหนดหลักการไว้กว้าง ๆ เช่น มาตรา 41(1) ของ UNCITRAL Arbitration Rules 2010 กำหนดว่า ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของอนุญาตตุลาการพึงเป็นไปตามความเหมาะสม โดยพิจารณาจากทุนทรัพย์ที่พิพาท ความซับซ้อนของคดี เวลาที่ใช้ และปัจจัยอื่น ๆ โดยในทางปฏิบัติคณะอนุญาตตุลาการจะทำการหารือกับคู่ความและสถาบันอนุญาตตุลาการ (ในกรณีที่เป็นการอนุญาตตุลาการแบบอิงสถาบัน) ก่อนในโอกาสแรก และทำการออกคำสั่งกระบวนการระงับข้อพิพาทของอนุญาตตุลาการ. ตัวอย่าง Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, UNCITRAL, Procedural Order No. 1 (9 April 2009) para 12(a). (“Each member of the Arbitral Tribunal shall receive: (a) a fee of US \$550 each hour of participation in meetings of the Arbitral Tribunal or other work performed in connection with the proceeding.”)

⁷² Gus Van Harten, “Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration,” *Osgoode Hall Law Journal*, 50 (Fall 2012), p.212-216.

⁷³ ซึ่งต่างจากการอนุญาตตุลาการตามสัญญาทั่วไปที่คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการทั้งสองฝ่ายมีสิทธิริเริ่มกระบวนการอนุญาตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น.

⁷⁴ *Supra* Note 72 Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, pp.216-219; Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom,” (2012) pp.48-49 [online] Available from : <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf> [24 June 2020]; Sundares Menon, “International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere),” *ICCA Congress 2012*, (10 June 2012), p.15, para 39 [online] Available from : https://lbrcdn.net/cdn/files/gar/articles/AGs_Opening_Speech_ICCA_Congress_2012.pdf. [21 July 2020]

งานประจำ กล่าวคือ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในหลาย ๆ คดีจะประกอบอาชีพอื่นเป็นหลักพร้อมกันไปด้วย เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย อาจารย์มหาวิทยาลัย ผู้พิพากษาในองค์คณะระหว่างประเทศอื่น ๆ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ส่งผลให้เกิดปรากฏการณ์ “การสวมหมวกซ้อนกัน” (double hatting) หรือภาวะ “ประตูหมุน” (revolving-door) ที่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ สับเปลี่ยนสถานะหน้าที่กันตามแต่ละวาระ⁷⁵ อันนำมาซึ่งข้อกังวลเรื่องประโยชน์ได้เสียขัดกัน (conflict of interests) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บุคคลคนเดียวกันทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีหนึ่ง (คดี ก.) และเป็นที่ปรึกษากฎหมายในอีกคดีหนึ่ง (คดี ข.) ที่มีข้อพิพาททางกฎหมายใกล้เคียงกัน (โดยอาจเป็นคดีที่เกิดขึ้นพร้อมกันหรือเกิดขึ้นต่อเนื่องกัน) ซึ่งอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวในสถานะอนุญาโตตุลาการตัดสินคดี ก. ไปในทางเดียวกันกับข้อต่อสู้ของตนในสถานะที่ปรึกษากฎหมายที่อ้างถึงในคดี ข. เพื่อให้ข้อต่อสู้ที่ตนอ้างถึงในคดี ข. มีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น⁷⁶ กรณีดังกล่าวนำมาซึ่งปัญหาความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของความเป็นกลางของผู้ตัดสินคดี อันมีสาเหตุจากการมีส่วนได้เสียในเนื้อหาของประเด็นที่พิพาท (issue conflict)⁷⁷

3.3 ความสม่ำเสมอของคำตัดสิน

ในส่วนของคำตัดสินหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทแต่ละข้อพิพาทถูกตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการจำนวนหลายคนซึ่งได้รับผิดชอบข้อพิพาทแต่ละคดีเป็นรายคดีไป ส่งผลให้คำชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานและวินิจฉัยข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน และการตีความข้อกฎหมายข้อเดียวกันหรือที่มีความคล้ายคลึงกัน อาจมีความแตกต่างกันไป (inconsistency) ไม่สอดคล้องกัน (incoherence) ตามความเห็นของอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดี อันนำมาซึ่งความไม่แน่นอนของความหมายของมาตรฐานทางกฎหมาย ส่งผลให้ผู้มีส่วนร่วมทั้งหลายโดยเฉพาะรัฐและนักลงทุนต่างชาติไม่อาจคาดเดาได้ว่าการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ของรัฐจะนำมาซึ่งผลทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไรในอนาคต ยิ่งไปกว่านั้นการที่ระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันไม่เปิดโอกาสให้องค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาด

⁷⁵ Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, “The Revolving Door in International Investment Arbitration,” *Journal of International Economic Law*, 20 (June 2017), pp.301-302.

⁷⁶ Philippe Sands, “Conflicts and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel,” in *Evolution in Investment Treaty Arbitration*, eds. Chester Brown and Kate Mile, (Cambridge University Press, 2011), pp.21-23.

⁷⁷ William W Park, “Arbitrator Integrity: the Transient and the Permanent,” *San Diego Law Review*, 46 (2009), pp.648-49; ดู Laurence Boisson de Chazournes and others, “Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration,” (2016) [online] Available from: https://www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf. [21 July 2020]

(ศาลภายในตาม New York Convention หรือคณะกรรมการเฉพาะกิจตาม ICSID Convention) ทำการตรวจสอบความถูกต้องของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคณะอนุญาโตตุลาการ ยังอาจนำมาซึ่งปัญหาเรื่องความผิดพลาดในเนื้อหาของคำชี้ขาดอีกด้วย⁷⁸

3.4 ค่าใช้จ่ายและระยะเวลา

ในส่วนของค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทการลงทุน จากผลการสำรวจของ ICSID ในปี ค.ศ. 2018 สำหรับคดีที่ขึ้นสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention และมีคำชี้ขาดในช่วงระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2015 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2017 เป็นจำนวน 63 คดี พบว่ามีการใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีเฉลี่ยคดีละประมาณ 3 ปี 7 เดือน นับแต่วันที่มีการขึ้นทะเบียนข้อพิพาท โดยแบ่งเป็นช่วงระยะเวลาในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเฉลี่ย 258 วัน การรับ-ส่งคำคู่ความและเอกสารต่าง ๆ ก่อนกระบวนการนำสืบพยานเฉลี่ยประมาณ 500 วัน ในกรณีที่ไม่มีกรณการแยกกระบวนการพิจารณา (bifurcation) และเฉลี่ย 885 วัน ในกรณีที่มีการแยกกระบวนการพิจารณา การไต่ตรองคดีของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทำคำชี้ขาด (deliberation) เฉลี่ยประมาณ 300 วัน⁷⁹ ซึ่งระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณานี้ย่อมส่งผลต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยผลสำรวจการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID Convention ระหว่างช่วงปี ค.ศ. 2011-2017 พบว่า ค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการในแต่ละคดีคิดเป็นจำนวนเฉลี่ยประมาณ 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยแบ่งเป็น 6 ล้านดอลลาร์สหรัฐในส่วน of ค่าที่ปรึกษากฎหมายของฝั่งนักลงทุน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐในส่วน of ค่าที่ปรึกษากฎหมายของฝั่งรัฐ และ 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐในส่วน of ค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการและค่าบริหารจัดการคดีของสถาบันอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี⁸⁰ ผลการศึกษาดังกล่าวสอดคล้องกับรายงานของศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration: PCA) ในปี ค.ศ. 2018 ที่สรุปว่า ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนที่ PCA เข้าไปมีบทบาทร่วมด้วย ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นกว่าร้อยละ 90 มีที่มาจากค่าตอบแทนที่ปรึกษากฎหมายและพยานผู้เชี่ยวชาญ ในขณะที่อีกร้อยละ 10 มีที่มาจากค่าธรรมเนียมของคณะอนุญาโตตุลาการและสถาบัน

⁷⁸ Ibid., pp. 26-27.

⁷⁹ ICSID Secretariat, 'Proposals for Amendment of the ICSID Rules,' Working Paper Vol. 3, (2 August 2018), pp.899-904 [online] Available from: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf. [16 July 2020]

⁸⁰ Susan D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, (Oxford University Press, 2019), p.186 citing Jeffrey Commission and Rahim Moloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, (Oxford University Press, 2018), pp.187-188.

อนุญาโตตุลาการ⁸¹

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ส่งผลให้ผู้มีส่วนร่วมในระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องตรงกันถึงความจำเป็นที่จะต้อง “ปฏิรูป” กระบวนการ ISDS ดังที่ UNCTAD ได้กล่าวไว้ในรายงานการลงทุนของโลกประจำปี ค.ศ. 2015 (World Investment Report 2015) ว่า “คำถามตอนนี้ไม่ใช่ว่าควรจะทำการปฏิรูป [ISDS] หรือไม่ แต่เป็นคำถามว่า ควรจะทำการปฏิรูปอะไรบ้าง อย่างไร และขอบเขตของการปฏิรูปควรจะอยู่ที่ตรงไหนต่างหาก”⁸²

ในปัจจุบัน กระบวนการปฏิรูปในระดับมหภาคที่น่าจะสำคัญ ครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ และประกอบด้วยผู้มีส่วนร่วมจำนวนมากที่สุด⁸³ คือ การดำเนินการของคณะทำงานชุดที่สามของ UNCITRAL ว่าด้วยการปฏิรูปกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ (UNCITRAL Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform)⁸⁴ โดย Stephan W. Schill ตั้งข้อสังเกตว่าหากกระบวนการดังกล่าวดำเนินไปอย่างเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ก็อาจจะถูกยกให้เป็นช่วงเวลาแห่งการสถาปนา (constitutional moment) ระบบการกำกับดูแลเศรษฐกิจระหว่างประเทศรูปแบบใหม่ที่ต่างไปจากระบบเดิมอย่างมีนัยสำคัญ⁸⁵ และ Anthea Roberts ได้สรุปจุดยืนของประเทศต่าง ๆ ในที่ประชุมคณะทำงานไว้อย่างน่าสนใจว่า ประกอบด้วยจุดยืนสำคัญที่แตกต่างกันสามลักษณะคือ กลุ่มแรกเห็นว่าควรปฏิรูป ISDS อย่างค่อยเป็นค่อยไป (incrementalist) โดยยังคงใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐ เพียงแต่ต้องปรับปรุงบางสิ่งบางอย่างให้ดีขึ้น กลุ่มที่สองเห็นว่าควรปฏิรูป ISDS เซึ่งโครงสร้าง (systemic reformer) โดยมีข้อเสนอหลักคือการแทนที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศลักษณะ

⁸¹ Permanent Court of Arbitration, “Duration and Cost of State-State Arbitration Proceedings,” (24 October 2018) [online] Available from : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/pca_submission_-_duration_and_cost_-_2018_1024.pdf. [22 July 2020]

⁸² James X. Zhan and others, “World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance,” (2016), p. 120 [online] Available from : https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. [21 July 2020] (“The question is not about whether to reform or not, but about the what, how and extent of such reform.”)

⁸³ Malcolm Langford and others, “UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions: An Introduction,” *Journal of World Investment and Trade*, 21 (June 2020), p.170.

⁸⁴ โปรดดู UNCITRAL, “Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform,” [online] Available from : https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. [21 July 2020]

⁸⁵ Stephan W. Schill, “Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment?,” *Journal of World Investment and Trade*, 19 (February 2018), pp.1-2.

อื่น ๆ เช่น ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ และกลุ่มที่สามเห็นว่าควรเปลี่ยนแปลงรูปแบบการระงับข้อพิพาทจากฐานราก ยกเลิกกระบวนการ ISDS ระหว่างประเทศทั้งหมด (paradigmatic shifter) กล่าวคือ หากมีข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเกิดขึ้น นักลงทุนต่างชาติจะไม่มีสิทธิฟ้องคดีโดยตรงต่อองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยอาจให้ศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนเป็นองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจในการระงับข้อพิพาท หรือจำกัดกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศให้อยู่ในระดับระหว่างรัฐ เช่น การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐ เท่านั้น โดยข้อเสนอนี้มีพื้นฐานตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่านักลงทุนต่างชาติไม่ควรมีสิทธิดีกว่าคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุน⁸⁶ จะเห็นได้ว่าคำว่า “ปฏิรูป” ภายใต้บริบทของ UNCITRAL มีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมแนวความคิดและรายละเอียดที่หลากหลาย ทั้งการ “ปฏิรูป” บางส่วน (incremental reform) การ “ปฏิรูป” เชิงโครงสร้าง (systemic reform) และการ “ปฏิรูป” กระบวนทัศน์ (paradigmatic reform) ตามความเห็นของรัฐต่าง ๆ ที่แสดงออกมาในแต่ละวาระ อันสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเมื่อพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป⁸⁷

4. ศาลการลงทุนระหว่างประเทศ

แนวคิดที่ว่าด้วยศาลการลงทุนระหว่างประเทศได้รับการกล่าวถึงค่อนข้างมากในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 20 แต่ก็ไม่พบการก่อตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการมากนัก⁸⁸ เว้นแต่ในกรณีของศาลการลงทุนอาหรับเพียงแห่งเดียวที่ถูกตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1985⁸⁹ อย่างไรก็ตามก็ถึงปีที่ผ่านมา แนวคิดที่ว่าด้วยการจัดตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศได้กลายเป็นประเด็นถกเถียงอย่างจริงจังในแวดวงกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศอีกครั้ง โดยการนำของสหภาพยุโรปที่มีท่าทีสนับสนุนแนวคิดนี้อย่างจริงจัง เริ่มตั้งแต่การบรรจุบทบัญญัติว่าด้วย “ระบบศาลการลงทุน” ไว้ในบทที่ 2 (การลงทุน) หัวข้อที่ 3.4 (ระบบศาลการลงทุน) ของร่างความตกลงหุ้นส่วนการค้าและการลงทุนภาคพื้นแอตแลนติก (TTIP) ว่าด้วยการค้าบริการ การลงทุน และการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Trade in Services, Investment and E-Commerce) ที่สหภาพยุโรป

⁸⁶ Anthea Roberts, “Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration,” *American Journal of International Law*, 112 (July 2018), pp.410-411.

⁸⁷ *Ibid.*, p.415.

⁸⁸ Taylor St. John and Yulia Chernykh, “Dèjà vu? Investment Court Proposals from 1960 and Today,” *EJIL:Talk!* (15 May 2018) [online] Available from: <https://www.ejiltalk.org/deja-vu-investment-court-proposals-from-1960-and-today>. [24 August 2020]

⁸⁹ Walid Ben Hamida, “The First Arab Investment Court Decision,” *Journal of World Investment and Trade*, 7 (January 2006), p.699.

เสนอเพื่อใช้เป็นกรอบในการเจรจากับสหรัฐอเมริกา⁹⁰ และต่อมาในบทที่ 8 (การลงทุน) หัวข้อ F (การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐ) ของความตกลงทางเศรษฐกิจและการค้าที่ครอบคลุม (CETA) กับแคนาดา⁹¹ บทที่ 3 (การระงับข้อพิพาท) หัวข้อ A (การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาคี) ของความตกลงการค้าและการลงทุนกับสิงคโปร์ (EU-Singapore IPA)⁹² และบทที่ 3 (การระงับข้อพิพาท) หัวข้อ B (การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและภาคี) ของความตกลงการค้าและการลงทุนกับเวียดนาม (EU-Vietnam IPA)⁹³

โดยความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนของสหภาพยุโรปที่มีการเจรจาสำเร็จและลงนามเรียบร้อยแล้วกล่าวถึงบทบัญญัติเรื่องศาลการลงทุน⁹⁴ มีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้นสามฉบับคือ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA โดยมีลักษณะร่วมกันที่สำคัญคือ ประกอบด้วยกระบวนการตัดสินคดีสองลำดับชั้น ได้แก่ องค์คณะชั้นต้น (Tribunal หรือ Tribunal of First Instance) และองค์คณะอุทธรณ์ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก (Member) ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับเสนอชื่อโดยภาคีแต่ละฝ่ายและบุคคลจากประเทศที่สามในสัดส่วนที่เท่ากัน และได้รับการแต่งตั้งโดยภาคีผ่านมติของคณะกรรมการร่วมระหว่างภาคี (Committee) โดยมีวาระดำรงตำแหน่งตามที่ความตกลงกำหนด และอาจมีการต่อวาระได้โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ โดยสมาชิกทุกคนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) ที่กำหนดไว้เพื่อรักษาความเป็นกลางและเป็นอิสระ ทั้งนี้ข้อพิพาทแต่ละคดีจะไม่ได้รับการพิจารณาโดยสมาชิกทุกคน แต่จะถูกพิจารณาโดยองค์คณะ

⁹⁰ Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter II – Investment, Draft as of 12 November 2015 [online] Available from: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf. [24 August 2020] (“Draft TTIP”)

⁹¹ Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada and the European Union and Its Member States (signed 30 October 2016 and entered into force provisionally 21 September 2017) [online] Available from: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [24 August 2020] (“CETA”)

⁹² Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States and the Republic of Singapore (signed 19 October 2018 and pending ratification) [online] Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>. [24 August 2020] (“EU-Singapore IPA”)

⁹³ Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States and the Socialist Republic of Vietnam (signed 30 June 2019 and pending ratification) [online] Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>. [24 August 2020] (“EU-Vietnam IPA”)

⁹⁴ เพื่อความสะดวกและความง่ายต่อการทำความเข้าใจของผู้อ่าน ผู้เขียนจะใช้คำว่า “ศาลการลงทุน” ในการอธิบายกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐภายใต้ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA ถึงแม้ว่าความตกลงดังกล่าวจะไม่ได้ใช้คำว่าศาลการลงทุนก็ตาม.

พิจารณาขั้นต้นหรือองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจากภาคีฝ่ายละ 1 คน และสมาชิกจากประเทศที่สามอีก 1 คนซึ่งได้รับการจัดสรรคดีโดยวิธีการสุ่ม ภายในกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน (แต่อาจขยายได้หากมีเหตุอันสมควร) และภาคีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายประจำที่เกิดขึ้นของศาลการลงทุน เช่น ค่าธรรมเนียมการประจำการของสมาชิกองค์คณะ (retainer fee) และเงินเดือนประจำของฝ่ายเลขานุการ ซึ่ง CETA และ EU-Singapore IPA กำหนดให้ภาคีทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบในสัดส่วนที่เท่ากัน แต่ EU-Vietnam IPA กำหนดให้พิจารณาอัตราตามระดับการพัฒนา อย่างไรก็ตามสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงในชั้นพิจารณาคดีอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันบ้างในแต่ละความตกลง กล่าวคือ ในส่วนของค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายขององค์คณะพิจารณาคดีขั้นต้น และค่าธรรมเนียมการให้บริการของฝ่ายเลขานุการของคดีทั้งในชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ คู่พิพาทเป็นผู้รับผิดชอบภายใต้ความตกลงทั้งสามฉบับ แต่ในส่วนของค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายขององค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ CETA และ EU-Vietnam IPA กำหนดให้คู่พิพาทเป็นฝ่ายรับผิดชอบ ในขณะที่ EU-Singapore IPA กำหนดให้ภาคีทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบฝ่ายละเท่า ๆ กัน⁹⁵

ในส่วนของการอุทธรณ์ องค์คณะพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดชั่วคราว (provisional award) ขององค์คณะพิจารณาขั้นต้นว่าองค์คณะพิจารณาคดีขั้นต้นตีความและปรับใช้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องผิดหรือประเมินข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายภายในประเทศผิดไปอย่างชัดเจนหรือไม่ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาถูกต้องหรือไม่ (ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 ของ ICSID Convention) และต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 180 วันนับแต่วันยื่นอุทธรณ์ ทั้งนี้อาจขยายได้แต่รวมแล้วไม่เกิน 270 วัน (แต่อาจมีเหตุยกเว้นเป็นอย่างอื่น) โดยมีอำนาจวินิจฉัยยืน แก่ หรือกลับคำชี้ขาดขององค์คณะขั้นต้นได้ และอาจส่งเรื่องกลับให้องค์คณะขั้นต้นพิจารณาได้หากเห็นสมควร⁹⁶

นอกจากนี้ ในส่วนของการบังคับตามคำชี้ขาดที่เป็นที่สุด ความตกลงทั้งสามฉบับกำหนดว่าภาคีมีพันธกรณีต้องยอมรับและปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยไม่ชักช้า โดยให้ถือว่าคำชี้ขาดที่เป็นที่สุดมีสถานะเป็นคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ New York Convention และหากคู่พิพาทเลือกที่จะใช้กระบวนการพิจารณาภายใต้ ICSID Convention และ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ ICSID Convention ด้วย⁹⁷ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่พิพาทสามารถบังคับคำชี้ขาดได้

⁹⁵ Article 8.27 and 8.28 of CETA; article 3.9 and 3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.38 and 3.39 of EU-Vietnam IPA

⁹⁶ Article 8.28 of CETA; article 3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.39 of EU-Vietnam IPA

⁹⁷ Article 8.41 of CETA; article 3.22 of EU-Singapore IPA; article 3.57 of EU-Vietnam IPA

ภายใต้ระบบกฎหมายอันทรงประสิทธิภาพที่มีอยู่เดิมตาม New York Convention หรือ ICSID Convention ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการระบุงบข้อความดังกล่าวไว้ในความตกลงจะส่งผลให้ “คำชี้ขาด” ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการระบุงบข้อพิพาทในรูปแบบของศาลการลงทุนซึ่งมีลักษณะแตกต่างไปจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการการลงทุนของ ISDS รูปแบบดั้งเดิมอย่างมีนัยสำคัญ เช่น กระบวนการแต่งตั้งผู้ตัดสินคดี และการเพิ่มกระบวนการอุทธรณ์ สามารถบังคับได้ในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของ CETA EU-Singapore IPA หรือ EU-Vietnam IPA แต่เป็นภาคีของ New York Convention หรือ ICSID Convention หรือไม่⁹⁸

นอกจากนี้ ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของศาลการลงทุนตามความตกลงทั้งสามฉบับนี้ คือ เป็นศาลการลงทุนในระดับทวิภาคีเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อความตกลงทั้งสามฉบับนี้มีผลใช้บังคับจะต้องมีการจัดตั้งระบบศาลการลงทุนขึ้นมาทั้งสิ้นสามศาล โดยแต่ละศาลจะมีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะข้อพิพาทการลงทุนที่อยู่ภายใต้บังคับของความตกลงนั้น ๆ เท่านั้น โดยสหภาพยุโรปและภาคีมีความมุ่งหมายว่าหากในอนาคตมีศาลการลงทุนในลักษณะนี้จำนวนมากขึ้น จะพิจารณายกเลิกศาลการลงทุนทวิภาคี และแก้ไขความตกลงที่มีอยู่เดิมให้ใช้ศาลการลงทุนพหุภาคีที่จะมีการตั้งขึ้นในอนาคตในการระบุงบข้อพิพาทการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีฉบับต่าง ๆ ทั้งหมดหรือสนธิสัญญาการลงทุนพหุภาคีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต⁹⁹ ซึ่งแผนการดำเนินงานดังกล่าวสอดคล้องกับความประสงค์ของสหภาพยุโรปที่ต้องการจะสร้างแรงกระตุ้นให้ประเทศต่าง ๆ ให้การยอมรับศาลการลงทุนระหว่างประเทศอย่างค่อยเป็นค่อยไปจนในที่สุดสามารถก่อตั้งศาลการลงทุนพหุภาคีได้เป็นผลสำเร็จ¹⁰⁰ ผ่านการเจรจาในระดับทวิภาคีและการเจรจาในระดับพหุภาคีซึ่งปัจจุบันกำลังดำเนินการอยู่ในเวทีการประชุมของ UNCITRAL¹⁰¹ กล่าวในอีกมุมหนึ่ง การจัดตั้งศาลการลงทุน

⁹⁸ โปรดดู Albert Jan Van Den Berg, “Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions,” *ICSID Review*, 34 (Winter 2019), p.156; N. Jansen Calamita, “The (In) Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime,” *Journal of World Investment and Trade*, 18 (August 2017), p.585.

⁹⁹ Article 8.29 of CETA; article 3.12 of EU-Singapore IPA; article 3.41 of EU-Vietnam IPA

¹⁰⁰ Joanna Jemielniak, “How Much of a Court?: The EU Investment Court System as a Hybrid Mechanism,” in *China-European Union Investment Relationships: Towards a New Leadership in Global Investment Governance?*, ed. Julien Chaisse (Edward Elgar, 2018), p.230; David M. Howard, “Creating Consistency Through a World Investment Court,” *Fordham International Law Journal*, 41 (2017), p.51.

¹⁰¹ European Commission, “Annex to the Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes,” (13 September 2017), para 3 [online] Available from: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_2&format=PDF. [5 September 2020]

ทวิภาคีไม่ใช่เป้าประสงค์สุดท้ายของสหภาพยุโรป แต่เป็นสิ่งที่สหภาพยุโรปพิจารณาแล้วว่าต้องสร้างให้เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นทางการเมืองภายในของสหภาพยุโรปและเปรียบเสมือนห้องทดลองการทำงานของศาลการลงทุนระหว่างประเทศขนาดย่อมก่อนที่จะค่อย ๆ เติบโตพัฒนาไปสู่การสร้างศาลการลงทุนพหุภาคีต่อไป¹⁰² แม้ว่าในความเป็นจริงศาลการลงทุนทวิภาคีอาจจะไม่ได้แก้ปัญหาที่สำคัญบางประการของ ISDS ตามที่มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ไว้ก็ตาม

ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยศาลการลงทุนโดยละเอียดแล้ว อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า องค์กระบวนข้อพิพาทลักษณะใหม่นี้มีความเป็น “ศาล” มากน้อยเพียงใด¹⁰³ ดังปรากฏในความตกลงที่เกี่ยวข้องว่า ภาคีตั้งใจหลีกเลี่ยงการใช้คำว่าศาลและผู้พิพากษา โดยมีเพียงร่าง TTIP เท่านั้น ที่ใช้คำว่า “ระบบศาลการลงทุน” (Investment Court System)¹⁰⁴ และ “ผู้พิพากษา” (Judge)¹⁰⁵ ในขณะที่ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA ไม่ปรากฏการใช้คำว่า “ศาล” (Court) แทนการพูดถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐตามสนธิสัญญา โดยเลือกใช้คำว่า “องค์คณะ” (Tribunal) แทน¹⁰⁶ และยังระบุให้นักลงทุนผู้เรียกร้องสามารถเลือกใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการและ UNCITRAL กับกระบวนการพิจารณาคดี¹⁰⁷ โดยภาคีกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการที่บริหารจัดการคดีอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับรัฐ (ICSID) ทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการ¹⁰⁸ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้คำตัดสินที่เป็นที่สุดขององค์กระบวนข้อพิพาทเหล่านี้มีสถานะเป็นคำชี้ขาด

¹⁰² European Commission, “The Multilateral Investment Court Project,” (21 December 2016) [online] Available from: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>. [1 September 2020]

¹⁰³ *Supra* Note 100 “How Much of a Court?: The EU Investment Court System as a Hybrid Mechanism,” p.245; Céline Lévesque, “The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?,” (2 0 1 6), p.1 [online] Available from : https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.10_0.pdf [15 June 2020]; Catharine Titi, “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead,” **Transnational Dispute Management**, 1 (2017), p.29. Cf. Elsa Sardinha, “The New EU-Led Approach to Investor- State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU- Vietnam Free Trade Agreement,” **ICSID Review**, 32 (Fall 2017), p.629.

¹⁰⁴ Ch II, sec 3, sub-sec 4 of Draft TTIP

¹⁰⁵ Ch II, sec 3, art 9 of Draft TTIP

¹⁰⁶ Article 8.27 of CETA; article 3.9 of EU-Singapore IPA; article 3.38 of EU-Vietnam IPA

¹⁰⁷ Ch II, sec 3, art 30 of Draft TTIP; article 8.23 of CETA; article 3.6 of EU-Singapore IPA; article 3.33 of EU-Vietnam IPA

¹⁰⁸ Ch II, sec 3, arts 9-10 of Draft TTIP; article 8.27 of CETA; article 3.9-3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.38-3.39 of EU-Vietnam IPA

อนุญาโตตุลาการภายใต้บังคับของ New York Convention หรือ ICSID Convention แล้วแต่กรณีเพื่อประโยชน์แห่งการบังคับคดีด้วย¹⁰⁹ จึงมีผู้กล่าวว่าศาลการลงทุนภายใต้ความตกลงเหล่านี้คงมีลักษณะเป็นเพียง “การอนุญาโตตุลาการที่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนจำกัด”¹¹⁰ “ลูกผสมระหว่างศาลและคณะอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งมี “ผู้พิพากษา” ทำ “คำชี้ขาด”¹¹¹ หรืออนุญาโตตุลาการที่สวมชุดครุยของผู้พิพากษาเท่านั้น¹¹²

5. บทวิเคราะห์

Jan Paulsson นักวิชาการและที่ปรึกษากฎหมายที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากต่อพัฒนาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเขียนบทความในปี ค.ศ. 1995 ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่พิพาท (นักลงทุน-รัฐ) โดยตรง (“Arbitration Without Privity”) แต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสนธิสัญญาระหว่างรัฐ “เป็นเครื่องมือที่มีความเปราะบาง เหตุการณ์เพียงครั้งเดียวซึ่งอนุญาโตตุลาการผู้ขอพยานภัยตัดสินคดีเกินไปกว่าขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่เหมาะสมในคดีซึ่งมีความละเอียดอ่อนอาจเพียงพอที่จะทำให้เกิดปฏิกิริยาที่รุนแรง” อันนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงสำคัญได้¹¹³ ซึ่งเป็นคำกล่าวที่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันของการปฏิรูป ISDS เป็นอย่างมาก กล่าวคือ คลื่นความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนี้มีสาเหตุจากเหตุการณ์ที่กระทบส่วนได้เสียและมุมมองที่มีต่อกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศของผู้มีส่วนร่วมหรือประเทศที่มีอิทธิพลทางการเมืองและเศรษฐกิจของโลกอย่างมีนัยสำคัญ

กล่าวโดยเฉพาะในเรื่องของพัฒนาการการก่อตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการภายใต้ความตกลงการลงทุนของสหภาพยุโรป ปฏิเสธไม่ได้ว่าการที่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็น

¹⁰⁹ Ch II, sec 3, art 6 of Draft TTIP; article 8.41 of CETA; article 3.22 of EU-Singapore IPA; article 3.57 of EU-Vietnam IPA

¹¹⁰ Todd Weiler and Ian A. Laird, “International Investment Arbitration: Revolutionary Development or Doomed Experiment,” in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, eds. Ian A. Laird and others (Juris Publishing, 2017), p.355.

¹¹¹ August Reinisch, “The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court,” (2016), p.25 [online] Available from : https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.2.pdf. [30 May 2020]

¹¹² *Supra* Note 103 “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead,” p.29.

¹¹³ Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity,” *ICSID Review* 10 (Fall 1995), p.257. ในทำนองเดียวกัน ดู Michael D. Goldhaber, “Wanted: A World Investment Court,” *Transnational Dispute Management*, 1 (2004), p.3.

สมาชิกสำคัญของสหภาพยุโรป เช่น เยอรมนี สเปน อิตาลี ถูกฟ้องคดี ISDS โดยนักลงทุนต่างชาติมากขึ้นอย่างมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา มีส่วนสำคัญที่ทำให้ท่าทีของสหภาพยุโรปเปลี่ยนแปลงไป เมื่อประกอบกับผลของสนธิสัญญาสิทธิการค้าที่ช่วยให้สหภาพยุโรปมีบทบาทมากขึ้นในการกำหนดนโยบายการค้าและการลงทุนอย่างเป็นเอกเทศจากประเทศสมาชิก ก็ยิ่งทำให้บทบาทของสหภาพยุโรปในการผลักดันเรื่องนี้มีความชัดเจนและทรงพลังมากขึ้น¹¹⁴ และการที่สหภาพยุโรปมีมุมมองที่เป็นลบต่อระบบ ISDS ก็ส่งผลให้ข้อวิจารณ์ความชอบธรรมของระบบ ISDS มีน้ำหนักมากขึ้นด้วย¹¹⁵

แม้ระบบ ISDS โดยการอนุญาโตตุลาการอย่างที่เบ็ญอยู่จะมีข้อเสียดังที่กล่าวมาก่อนหน้า แต่ด้วยความที่สหภาพยุโรปยังคงมองว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุนตามกฎหมายระหว่างประเทศยังคงมีความสำคัญอยู่ และเป็นทางเลือกที่ดีกว่าการย้อนกลับไปใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐผ่านกระบวนการให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน¹¹⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากการที่ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ของสหภาพยุโรปยังคงมีสถานะเป็นประเทศผู้ส่งออกการลงทุนที่สำคัญ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองนักลงทุนของตนที่ไปลงทุนในต่างประเทศด้วย ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ได้เสียที่เกี่ยวข้องแล้ว สหภาพยุโรปจึงตัดสินใจว่าการคงไว้ซึ่งระบบ ISDS ยังเป็นสิ่งที่ดีที่พึงประสงค์และสำคัญยิ่ง¹¹⁷ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความจริงในทางการเมืองที่มีกระแสดต่อต้านระบบ ISDS อย่างรุนแรง ทำให้การนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และกลายเป็นเรื่องต้องห้ามที่นักการเมืองของสหภาพยุโรปไม่ประสงค์ข้องเกี่ยวกับ¹¹⁸ ส่งผลให้สหภาพยุโรปต้องหาเครื่องมือ ISDS รูปแบบอื่นเข้ามาแทนที่การอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เดิม เพื่อแสดงให้เห็นถึงความพยายามจัดการปัญหาของ ISDS¹¹⁹ ศาลการลงทุนจึงเป็นตัวเลือกที่ดีที่สุด สถานการณ์นี้ ดังที่คณะกรรมาธิการยุโรปได้

¹¹⁴ Lee M. Caplan, "ISDS Reform and the Proposal for a Multilateral Investment Court," *Berkeley Journal of International Law*, 37 (March 2019), p.209.

¹¹⁵ *Supra* Note 103 "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead," p.34.

¹¹⁶ José Manuel Álvarez Zárata and others, "Duration of Investor-State Dispute Settlement Proceedings," *Journal of World Investment and Trade*, 21 (June 2020), p.330.

¹¹⁷ Zhang Zhiyong, "How to Reform Investor-to-State Dispute Settlement Mechanism: EU's Practice and Implications," *Journal of WTO and China*, 6 (2016), p.33, 44.

¹¹⁸ Robert W. Schwieder, "TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication," *Columbia Journal of Transnational Law*, 55 (2016), pp.225-226.

¹¹⁹ European Federation for Investment Law and Arbitration, "Task Force Paper Regarding the Proposed International Court System," (1 February 2016), p.3 [online] Available from : https://efila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICJ_proposal_1-2-2016.pdf. [20 June 2021]

กล่าวถึงจุดยืนการเจรจาสนธิสัญญานับแต่ไป “ระบบศาลการลงทุน” ซึ่งประกอบด้วย “ผู้พิพากษา” ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐจะเป็นแนวทางที่ถูกนำมาใช้ในการเจรจาความตกลงการค้าการลงทุน และในมุมมองของสหภาพยุโรป ระบบ ISDS อย่างที่เป็นอยู่เดิมได้ “ตาย” ไปแล้ว¹²⁰

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องประเมินว่าศาลการลงทุนสามารถแก้ไขปัญหาคือข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐซึ่งถูกใช้เป็นกระบวนการ ISDS ในรูปแบบดั้งเดิมได้หรือไม่ อย่างไร และจะนำมาซึ่งข้อดี ข้อเสีย หรือผลกระทบอะไรบ้าง เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะในท้ายที่สุดว่ามีปัจจัยอะไรบ้างที่ประเทศไทยควรคำนึงถึงเพื่อกำหนดท่าทีหรือจุดยืนต่อการก่อตั้งศาลการลงทุนในการเจรจาสนธิสัญญาการลงทุนต่อไป โดยผู้เขียนจะพิจารณาปัจจัย 3 ประการ ได้แก่ ผู้ตัดสินคดี ความสม่ำเสมอของคำตัดสิน และค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการระงับข้อพิพาท

5.1 ผู้ตัดสิน

ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดของการอนุญาโตตุลาการและศาลการลงทุนคือที่มาของผู้ตัดสินคดี ซึ่งเป็นความเปลี่ยนแปลงที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อครหาเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเป็นสำคัญ เนื่องจากมีผู้เห็นว่าการออกแบบระบบการระงับข้อพิพาทให้คู่พิพาทมีส่วนร่วมโดยตรงในการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดี และค่าตอบแทนของผู้ตัดสินคดีที่ขึ้นอยู่กับจำนวนคดีและปริมาณงานที่ทำเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินไปในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุน¹²¹ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดีไม่ให้นักลงทุนมีส่วนร่วมโดยตรงในการเลือกสมาชิกองค์คณะของศาลการลงทุนจึงน่าจะช่วยลดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวได้ในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สมาชิกองค์คณะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนประจำที่ชัดเจนแน่นอนเพียงทางเดียว

อย่างไรก็ดี ปัญหาเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ตัดสินคดีคงไม่ได้หมดไปโดยสิ้นเชิง เพียงแต่มีลักษณะเปลี่ยนไปเท่านั้น กล่าวคือจะเกิดข้อกังวลในอีกลักษณะหนึ่งว่าสมาชิกองค์คณะที่ได้รับการแต่งตั้งโดยภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนจะมีอคติไปในทางที่เป็นคุณกับภาคีผู้รับการลงทุนและเป็นผู้ถูกฟ้องคดีหรือไม่¹²² ซึ่งเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วก็อาจไม่ใช่ข้อกังวล

¹²⁰ European Commission, “A New EU Trade Agreement with Japan,” (July 2018), p.6 [online] Available from : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155684.pdf. [3 July 2021]

¹²¹ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2

¹²² Charles N. Brower and Jawad Ahmad, “From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court,” *Fordham International Law Journal*,

ที่จะเกิดขึ้นจริงเสมอไป เนื่องจากในเวลาทำภาคีทำการคัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมดำรงตำแหน่งล่วงหน้าก่อนที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ภาคีจะต้องทำการตัดสินใจบนพื้นฐานของความเป็นไปได้ทั้งสองทางว่านักลงทุนของตนจะเป็นผู้ฟ้องคดีและตนจะตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดี¹²³ อนึ่ง หากพิจารณาในบริบทความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างไทยและสหภาพยุโรปที่มีความไม่เท่าเทียมกันอย่างชัดเจน และการที่ประเทศไทยน่าจะเป็นรัฐผู้รับการลงทุนเสียเป็นส่วนใหญ่ในความสัมพันธ์ทวิภาคีนี้ ก็มีความเป็นไปได้สูงกว่าสหภาพยุโรปจะเลือกผู้ตัดสินคดีที่มีความเห็นไปในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุน และในทางกลับกันประเทศไทยก็จะเลือกผู้ตัดสินคดีที่ให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจกำกับดูแลของรัฐ ส่งผลให้พลวัตขององค์คณะพิจารณาคดีซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 3 คน ไม่น่าจะแตกต่างจากพลวัตของคณะอนุญาโตตุลาการอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันมากนัก¹²⁴

นอกจากนี้ยังมีแนวโน้มว่าประเด็นเรื่องสัญชาติของผู้ตัดสินคดีจะกลายเป็นจุดสนใจของการวิเคราะห์แนวทางการตัดสินคดีของศาลการลงทุนในอนาคต¹²⁵ เช่นเดียวกับปัญหาเรื่องความเหมาะสมของการแต่งตั้งบุคคลซึ่งอาจมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐบาลเป็นสมาชิกองค์คณะของศาลการลงทุน¹²⁶ ในทำนองเดียวกัน การกำหนดให้คณะกรรมการร่วมของภาคีมีอำนาจพิจารณาต่อวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกองค์คณะจะนำมาซึ่งข้อวิจารณ์ถึงความเป็นกลางและความ

41 (May 2018), p.811; Joshua B. Simmons, "The Misdiagnosed Investment Court: The Wrong Remedy for the Right Problem," in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, eds. Ian A. Laird and others (Juris Publishing, 2017), p.41; José Manuel Alvarez Zárata, "Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?," *Boston College Law Review*, 59 (2018), p.2789.

¹²³ *Supra* Note 103 "The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?," p.9; *Supra* Note 100 "Creating Consistency Through a World Investment Court," p.26; Rob Howse, "Courting the Critics of Investor-State Dispute Settlement: The EU Proposal for a Judicial System for Investment Disputes," (2015), p.10 [online] Available from: https://cdn-media.web-view.net/i/fj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf. [7 July 2021]

¹²⁴ W. Michael Reisman, "Negotiating Investment Treaties: Mechanisms for Anticipating and Controlling Textual Drift," (19 April 2016), p.19 [online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2789796. [7 July 2021]

¹²⁵ Ning Hongling and Qi Tong, "A Chinese Perspective on the Investment Court System in the Context of Negotiating EU-China Bit," *Tsinghua China Law Review*, 11 (2018), p.120; Chi-Chung Kao, "Assessing the Rules of Appointing Arbitrators under the EU's Investment Court System," *European Review*, 27 (May 2019), p.214.

¹²⁶ American Bar Association, "Investment Treaty Working Group: Task Force Report on the Investment Court System Proposal," (2016), p.13 [online] Available from: <http://www.appletonlaw.com/wp-content/uploads/2017/06/ITWG-Task-Force-Report-on-the-Investment-Court-System-Proposal-Executive-Summary.pdf>. [20 June 2021]

เป็นอิสระของผู้ตัดสินคดี¹²⁷ ในส่วนของการขจัดปัญหาเรื่องการสวมหมวกซ้อนกันโดยกำหนดไว้ในคุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นสมาชิกองค์คณะว่าห้ามมิให้ประกอบอาชีพอื่น หรือทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือพยานในคดีข้อพิพาทอื่นที่มีลักษณะเดียวกันควบคู่กันไปด้วยก็เป็นพัฒนาการที่ดีหากคำนึงถึงเงื่อนไขเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระเป็นสำคัญ¹²⁸ แต่ก็เป็นเงื่อนไขที่กำหนดได้เช่นกันในกรณีของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ดังที่ปรากฏในมาตรา 4 ของร่างประมวลจริยธรรมของผู้ตัดสินคดีในข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes) ซึ่งจัดทำร่วมกันโดย ICSID และ UNCITRAL¹²⁹

นอกจากเงื่อนไขด้านความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้ว การแต่งตั้งสมาชิกองค์คณะพึงคำนึงถึงความสามารถที่จำเป็นต่อการพิจารณาตัดสินคดีเป็นสำคัญ โดยพึงให้ความสำคัญกับความรู้ความเข้าใจของผู้ได้รับการพิจารณาที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ และอาจรวมถึงผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และเพื่อดึงดูดให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถยินดีเข้ารับตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ การกำหนดค่าตอบแทนที่มีความเหมาะสมก็เป็นสิ่งที่จำเป็น¹³⁰ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การนำระบบศาลการลงทุนมาใช้ อาจจะทำให้ความหลากหลายด้านความเชี่ยวชาญและความรู้ความสามารถของสมาชิกองค์คณะพิจารณาคดีแต่ละคดีมีความลดน้อยลงเมื่อพิจารณาถึงปริมาณและคุณสมบัติของตัวเลือกผู้พิจารณาคดีที่ถูกกำหนดไว้แน่นอนตายตัวล่วงหน้าและกระบวนการจัดสรรคดีแบบสุ่มซึ่งอาจทำให้ผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นไม่ได้รับการมอบหมายให้ตัดสินคดี¹³¹ นอกจากนี้ในส่วนของความหลากหลายของผู้ตัดสินคดีในภาพรวม (diversity) ปัจจัยอื่น ๆ เช่น

¹²⁷ *Supra* Note 118 “TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication,” p.203; José E. Alvarez, “To Court or Not to Court?,” *MegaReg Forum* (15 July 2016), p.3 [online] Available from : https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Alvarez_ILJ-MegaRegForum_Paper_2016-2.pdf. [4 July 2021]

¹²⁸ Article 8.30(1) of CETA; article 3.11(1) of EU-Singapore IPA; article 3.40(1) of EU-Vietnam IPA

¹²⁹ “Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes, Version Two Draft,” (19 April 2021) [online] Available from https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_en_final.pdf. [16 August 2021]

¹³⁰ *Supra* Note 111 “The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court,” p. 25.

¹³¹ Article 8.27 and 8.28 of CETA; article 3.9 and 3.10 of EU-Singapore IPA; article 3.38 and 3.39 of EU-Vietnam IPA

เพศ อายุ และเชื้อชาติของสมาชิกองค์คณะก็เป็นสิ่งที่พึงนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในการกำหนดตัวบุคคลที่เหมาะสมด้วยเช่นกัน ซึ่งแม้อาจจะเป็นปัจจัยที่ควบคุมได้ง่ายกว่าเมื่อระบบการระงับข้อพิพาทมีความเป็นสถาบันมากขึ้นอย่างในกรณีของศาลการลงทุนเมื่อเทียบกับกระบวนการที่มีลักษณะเฉพาะกิจเช่นอนุญาโตตุลาการ แต่สุดท้ายแล้วก็ขึ้นอยู่กับภาคีซึ่งมีส่วนสำคัญในการกำหนดตัวบุคคลว่าจะให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องความหลากหลายมากน้อยเพียงใด¹³²

พึงกล่าวในที่นี้ด้วยว่า ปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดตัวผู้ตัดสินคดีที่กล่าวไปข้างต้นจะมีพลวัตเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงในกรณีของศาลการลงทุนพหุภาคี เนื่องจากสิทธิและอิทธิพลในการกำหนดตัวบุคคลของรัฐแต่ละรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับรัฐที่มีอำนาจต่อรองไม่มากนักในเวทีระหว่างประเทศ จะลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญจนถึงขนาดที่ว่าบางรัฐอาจจะไม่มีสิทธิเสียเลยใด ๆ ในการกำหนดตัวสมาชิกองค์คณะของศาลการลงทุนพหุภาคี และกระบวนการเสนอตัวบุคคลตลอดไปจนถึงกระบวนการแต่งตั้งในท้ายที่สุดน่าจะถูกรอบงำโดยมูลเหตุทางการเมืองระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ดังปรากฏตัวอย่างให้เห็นในกรณีของศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน¹³³

5.2 ความสม่ำเสมอของคำตัดสิน

แนวคิดที่ว่าด้วยการจัดตั้งศาลการลงทุนที่จะส่งผลต่อความสม่ำเสมอและความสอดคล้องของคำตัดสินอย่างมีนัยสำคัญคือการรวมศูนย์ (centralization) การระงับการระงับข้อพิพาทการลงทุนไว้ที่สถาบันเดียวกัน อันจะส่งผลให้กลุ่มผู้ตัดสินคดีเป็นกลุ่มบุคคลเดียวกันและแนวทางการตัดสินคดีมีแนวโน้มไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น¹³⁴ เช่นเดียวกับการตั้งองค์คณะอุทธรณ์ขึ้นเพื่อตรวจสอบ “ความถูกต้อง” ของคำตัดสินขององค์คณะชั้นต้น ซึ่งก็มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทำนอง

¹³² Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, “The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards,” *CIDS Supplemental Report*, (15 November 2017), paras 64-66 [online] Available from: https://lk-k.com/wp-content/uploads/2017/11/CIDS_Supplemental_Report.pdf [6 July 2021]; Andrea K. Bjorklund and others, “The Diversity Deficit in International Investment Arbitration,” *Journal of World Investment and Trade*, 21 (June 2020): 426-428.

¹³³ Teresa Cheng, “The Search for Order within Chaos in the Evolution of ISDS,” *ICSID Review*, 32 (Winter/Spring 2020): 14; Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law,” *American Journal of International Law*, 112 (July 2018): 367; Aida Torres Pérez, “Can Judicial Selection Secure Judicial Independence? Constraining State Governments in Selecting International Judges,” in *Selecting Europe’s Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Court*, ed. Michal Bobek (Oxford University Press, 2015), pp.188-190.

¹³⁴ *Supra* Note 118 “TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication,” p.195.

เดียวกัน¹³⁵ ถึงแม้ว่าจะมีข้อพิพาทพิจารณาว่าเพราะเหตุใดคำตัดสินขององค์คณะอนุทรรณีจึงควรจะได้รับ การยอมรับมากกว่าคำตัดสินขององค์คณะชั้นต้นก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คุณสมบัติของผู้ตัดสินคดีในองค์คณะชั้นต้นและองค์คณะอนุทรรณีไม่ได้มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ¹³⁶

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ด้วยความที่ศาลการลงทุนที่จะถูกกล่าวถึงในกรอบการเจรจา ระหว่างไทยและสหภาพยุโรปคงเป็นเพียงศาลการลงทุนทวิภาคีที่มีเขตอำนาจในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาระหว่างไทยและสหภาพยุโรปเท่านั้น จึงยังคงต้องคาดเดาต่อไปว่าศาลการลงทุนที่อาจตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวจะพิจารณาตัดสินคดีโดยคำนึงถึงแนวคำตัดสินของศาลการลงทุนทวิภาคีอื่น หรือคณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนตามสนธิสัญญาการลงทุนฉบับอื่น ๆ หรือไม่ เพียงไร¹³⁷ ซึ่งเป็นปัญหาที่คล้ายคลึงกับกระบวนการ ISDS ในปัจจุบันที่การตัดสินคดีของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ละคณะเป็นเอกเทศต่างหากจากกัน เนื่องจากไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องตัดสินคดีตามแนวคำตัดสินที่มีมาก่อน (*stare decicis*) อันเป็นลักษณะโดยทั่วไปของการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ในระบบกฎหมายภายในของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศคอมมอนลอว์ นอกจากนี้การพิจารณาคดีในรูปแบบขององค์คณะ (chamber หรือ division) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกขององค์คณะพิจารณาที่มีองค์ประกอบแตกต่างกันไปตามระบบการสุ่มที่จะถูกนำมาใช้ ก็ยิ่งนำมาซึ่งความไม่แน่นอนว่าองค์คณะพิจารณาตัดสินคดีชั้นต้นหรือแม้แต่องค์คณะพิจารณาอนุทรรณีแต่ละองค์คณะจะปรับใช้หลักกฎหมายไปในทางเดียวกันหรือไม่ ดังเห็นตัวอย่างได้จากกรณีของศาลภายใน ที่แม้ผู้ตัดสินคดีจะเป็นผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่อยู่ในองค์กรเดียวกัน แต่ก็ไม่ได้จำเป็นเสมอไปว่าการพิจารณาวินิจฉัยข้อกฎหมายที่เหมือนกันบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันจะนำมาซึ่งผลลัพธ์ที่เหมือนกัน¹³⁸

¹³⁵ Christoph Schreuer, "Preliminary Rulings in Investment Arbitration," in **Appeal Mechanism in International Investment Disputes**, eds. Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson, (Oxford University Press, 2008), p.209.

¹³⁶ Elihu Lauterpacht, **Aspects of the Administration of International Justice**, (Cambridge University Press, 1991), pp.109-111.

¹³⁷ *Supra* Note 103 "The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement," p.631; *Supra* Note 118 "TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved) Paradigm for Investor-State Adjudication," p.202; Joanna G. Coyne and Joshua B. Simmons, "Is the Arbitration Model for Investment Dispute Resolution Dying," in **Investment Treaty Arbitration and International Law**, eds. Ian A Laird and others, (Juris Publishing, 2017), p.62.

¹³⁸ *Ibid.* "Is the Arbitration Model for Investment Dispute Resolution Dying," p.58.

ปัจจัยดังกล่าวจะยิ่งมีความสำคัญมากขึ้นไปอีกในกรณีของศาลการลงทุนพหุภาคีที่น่าจะประกอบด้วยสมาชิกองค์คณะจำนวนมากเพื่อให้สอดคล้องกับปริมาณคดีข้อพิพาทการลงทุนตามสนธิสัญญาซึ่งปัจจุบันมีคดีข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการ ISDS มากกว่า 50 คดีต่อปี ซึ่งถือเป็นปริมาณคดีที่สูงมากเมื่อเทียบกับจำนวนคดีของศาลระหว่างประเทศอื่น ๆ ในปัจจุบัน และสมาชิกของศาลการลงทุนพหุภาคีน่าจะมีหลากหลายมากกว่าศาลการลงทุนทวิภาคี เนื่องจากไม่มีปัจจัยแน่นอนตายตัวว่าจะให้ภาคีแต่ละรายมีสิทธิในการแต่งตั้งสมาชิกองค์คณะในรูปแบบใด ส่งผลให้การจัดสรรคดีโดยวิธีการสุ่มนำไปสู่ปัญหาความไม่แน่นอนของคำตัดสินมากยิ่งขึ้นไปอีก

5.3 ค่าใช้จ่ายและระยะเวลา

ลักษณะของกระบวนการระงับข้อพิพาทส่งผลกระทบต่อระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการต่อสู้คดีของคู่พิพาท ซึ่งเป็นข้อกังวลที่ผู้แทนรัฐบาลไทยให้ความสำคัญค่อนข้างมากดังปรากฏตามเอกสารประกอบรายงานการประชุมที่ส่งให้กับคณะทำงานชุดที่ 3 ของ UNCITRAL¹³⁹ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ค่อยได้รับการกล่าวถึงมากนักในการเสนอแนวทางการปฏิรูปรูปแบบต่าง ๆ เมื่อเทียบกับข้อกังวลด้านผู้ตัดสินคดีและผลการพิจารณาคดี¹⁴⁰ โดยผู้เขียนเห็นว่าการจัดตั้งศาลการลงทุนทวิภาคีอาจจะส่งผลให้ภาคีต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายมากขึ้นเสียด้วยซ้ำเมื่อเทียบกับการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากจะเกิดค่าใช้จ่ายประจำที่โดยทั่วไปแล้วภาคีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ เช่น ค่าธรรมเนียมการประจำการ (retainer fee) ของสมาชิกองค์คณะ หรือเงินเดือนประจำ (salary) เมื่องานของสมาชิกองค์คณะมีลักษณะเป็นงานประจำถาวรมากขึ้น และอาจรวมถึงเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายเลขธิการในกรณีที่มีการกำหนดให้จัดตั้งสถาบันขึ้นใหม่โดยไม่ได้อิงกับองค์กรที่มีอยู่เดิม ซึ่งค่าใช้จ่ายเหล่านี้เป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแม้จะไม่มีคดีข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลการลงทุนก็ตาม

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากสถิติจำนวนคดีพิพาทที่ไทยถูกฟ้องในฐานะรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งนับจนถึงปัจจุบันนำไปสู่การพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการเพียงแค่สองคดีเท่านั้น คือ คดี *Walter Bau* และ *Kingsgate* โดยมีเพียงคดี *Walter Bau* เท่านั้นที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิก

¹³⁹ “Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Comments by the Government of Thailand,” Note by the Secretariat, Working Paper No.147, UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.147 (11 April 2018) [online] Available from : <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.147> [24 July 2021]; “Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS): Submission from the Government of Thailand,” Working Paper No.162, UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.162 (8 March 2019) [online] Available from : <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.162>. [24 July 2021]

¹⁴⁰ *Supra* Note 116 “Duration of Investor-State Dispute Settlement Proceedings,” p.304.

ของสหภาพยุโรป โดยถือเป็นจำนวนคดีที่น้อยมากเมื่อเทียบกับปริมาณสนธิสัญญาการลงทุนที่มีบทบัญญัติ ISDS ที่สามารถบังคับใช้ได้กว่า 20 ฉบับซึ่งไทยลงนามผูกพันเป็นภาคีตั้งแต่ช่วงราวปี ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา¹⁴¹ นอกจากนี้ จากฐานข้อมูลของ UNCTAD ยังไม่ปรากฏว่ามีนักลงทุนสัญชาติไทยอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาการลงทุนในการฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด¹⁴² ด้วยเหตุนี้จึงมีความเป็นไปได้สูงว่าหากมีการบัญญัติให้นำระบบศาลการลงทุนมาใช้ในสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างสหภาพยุโรปและไทย อย่างน้อยในช่วงแรก ภาคีจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนของค่าธรรมเนียมการประจําการของสมาชิกองค์คณะโดยยังไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนที่เป็นรูปธรรม ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้จะมากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับจำนวนสมาชิกองค์คณะและอัตราค่าธรรมเนียมการประจําการ

อย่างไรก็ดี ในส่วนของจำนวนเงินดังกล่าว ประเทศไทยอาจจะสามารถต่อรองให้สหภาพยุโรปต้องรับผิดชอบในอัตราส่วนที่สูงกว่าโดยนาระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันของภาคีทั้งสองฝ่ายมาใช้ประกอบการพิจารณา เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงว่าสหภาพยุโรปประกอบด้วยประเทศสมาชิกจำนวน 27 ประเทศซึ่งสามารถช่วยกันเฉลี่ยรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเหล่านี้ได้ ดังปรากฏในกรณีของ EU-Vietnam IPA ซึ่งกำหนดให้เวียดนามรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนนี้น้อยกว่าสหภาพยุโรป¹⁴³

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็มีความเป็นไปได้ว่าในช่วงแรกคู่พิพาทจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงจากการพิจารณาหากเกิดข้อพิพาทขึ้น ทั้งในส่วน of ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของสมาชิกองค์คณะพิจารณาคดี และค่าธรรมเนียมการให้บริการของฝ่ายเลขาธิการ จนกว่าจะมีการยกเลิกระบบดังกล่าวและนำระบบเงินเดือนประจําซึ่งภาคีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกันมาใช้ ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงน่าจะต้องเตรียมงบประมาณไว้สำหรับรับการระงับข้อพิพาทเหล่านี้ซึ่งน่าจะเป็นจำนวนที่สูงพอสมควรในกรณีของศาลการลงทุนทวิภาคี โดยจำนวนเงินดังกล่าวอาจจะลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญในกรณีของศาลการลงทุนพหุภาคี

ทั้งนี้ต้องไม่ลืมว่าในท้ายที่สุดแล้วค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่ ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับตัวองค์คณะพิจารณาคดีมากนัก โดยคิดเป็นอัตราส่วนโดยประมาณเพียงร้อยละ 10-20 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดเท่านั้น และค่าใช้จ่ายที่เหลือกว่า

¹⁴¹ Jason Webb Yackee, “Do Investment Treaties Work – In the Land of Smiles?,” in *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia*, eds. Julien Chaisse and Luke Nottage (Brill Nijhoff, 2018), pp. 90-91.

¹⁴² UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator,” [online] Available from : <https://investment-policy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. [17 August 2021]

¹⁴³ Article 3.38(15) and 3.39(15) of EU-Vietnam IPA

ร้อยละ 80-90 เป็นค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทเสียไปกับการต่อสู้คดีไม่ว่าจะเป็นในส่วนของค่าทนายความ ค่าตอบแทนพยานผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงอื่นอันเกี่ยวข้องกับการเตรียมคดี¹⁴⁴ ดังนั้น หากกระบวนการพิจารณาคดียังคงความซับซ้อนอย่างที่เป็นอยู่ ค่าใช้จ่ายในส่วนดังกล่าวซึ่งคู่พิพาทจะต้องรับผิดชอบก็ไม่น่าจะแตกต่างไปจากเดิมแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับศาลการลงทุนใน CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA จะพบว่าภาคีได้พยายามที่จะแก้ไขปัญหาระยะเวลาและค่าใช้จ่ายของการพิจารณาคดีเช่นกัน แม้จะไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับรูปแบบการระงับข้อพิพาทโดยตรง กล่าวคือ บทบัญญัติในความตกลงดังกล่าวได้กำหนดกรอบระยะเวลาการพิจารณาคดีไว้เป็นการเฉพาะคือ 18 เดือนในส่วนของ การพิจารณาคดีโดยองค์คณะพิจารณาชั้นต้นและ 6 เดือนในส่วนของ การพิจารณาคดีโดยองค์คณะพิจารณาอุทธรณ์ ทั้งนี้อาจขยายได้หากมีเหตุสมควร¹⁴⁵ ซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อพฤติกรรมของคู่พิพาทและผู้ตัดสินคดีไม่มากนักน้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายรัฐ ผู้รับการลงทุนซึ่งน่าจะมีระยะเวลาในการเตรียมคดีน้อยลง และการโต้แย้งคำสั่งกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ เช่น การคัดค้านผู้ตัดสินคดี การขอขยายระยะเวลาการยื่นพยานหลักฐาน น่าจะมีความเคร่งครัดมากขึ้นพอสมควรเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้น จึงควรพิจารณาให้รอบคอบในระหว่างการเจรจาสนธิสัญญาว่าการกำหนดระยะเวลาไว้เคร่งครัดเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมและประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาและสิทธิในการนำเสนอข้อต่อสู้ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อนึ่ง การกำหนดกรอบระยะเวลาในลักษณะนี้ เช่นเดียวกับการกำหนดให้กระบวนการพิจารณาคดีมีความโปร่งใสมากขึ้น ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการเลือกระงับข้อพิพาทโดยศาลการลงทุนแต่อย่างใด ในทางกลับกัน ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจถูกนำไปปรับใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ได้ โดยการแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง

สุดท้ายนี้ การนำระบบศาลการลงทุนมาใช้ อาจส่งผลให้กระบวนการบังคับคดีมีความซับซ้อนและกินเวลามากกว่าเดิมได้ โดยเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นต้องบังคับค่าตัดสินในดินแดนของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนที่จัดตั้งศาลการลงทุนทวิภาคีขึ้นมา เนื่องจากศาลของรัฐซึ่งถูกร้องขอให้บังคับคดีอาจเห็นว่าค่าตัดสินดังกล่าวไม่ได้มีสถานะเป็นคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention หรือ ICSID Convention หรืออาจจะนำไปสู่กระบวนการ

¹⁴⁴ โปรดดูเชิงอรรถที่ 80-81.

¹⁴⁵ Article 3.18(4) and 3.19(4) of EU-Singapore IPA; article 3.53(6) and 3.54(5) of EU-Vietnam IPA

ตรวจสอบคำตัดสินที่ซ้ำซ้อนกัน นอกเหนือไปจากกระบวนการอุทธรณ์ของศาลการลงทุน¹⁴⁶

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การนำระบบศาลการลงทุนทวิภาคีมาใช้อย่างที่ปรากฏในความตกลงบางฉบับของสหภาพยุโรปในปัจจุบัน แม้จะมีข้อดีอยู่บ้าง เช่น การจัดการปัญหาเรื่องภาพลักษณ์ความเป็นกลางของผู้ตัดสินคดี แต่อาจจะไม่ได้แก้ปัญหาค้างงวลงของ ISDS ที่ประเทศไทยคำนึงถึงมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของค่าใช้จ่ายที่ประเทศไทยต้องรับผิดชอบทั้งในฐานะภาคีของสนธิสัญญาการลงทุนและในฐานะคู่พิพาท และไม่มี ความชัดเจนแน่นอนว่าการนำระบบดังกล่าวมาใช้จะทำให้แนวคำตัดสินมีความสม่ำเสมอสอดคล้องกันมากขึ้นกว่าระบบ ISDS โดยการอนุญาตตุลาการที่เป็นอยู่เดิมหรือไม่ เพียงใด นอกจากนี้ แม้ว่าประเทศไทยจะยังคงมีสิทธิในการกำหนดสมาชิกองค์คณะล่วงหน้าในฐานะภาคีของสนธิสัญญา แต่สิทธิในการเลือกตัวบุคคลผู้มีความเหมาะสมกับคดีข้อพิพาทแต่ละคดีเป็นการเฉพาะเจาะจงในฐานะคู่พิพาทจะไม่มีอยู่อีกต่อไป ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการกำหนดตัวประธานองค์คณะพิจารณาคดีแต่ละคดีด้วย ดังนั้นประเทศไทยจึงควรพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้รอบคอบในการเจรจากับสหภาพยุโรปถึงรูปแบบการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ

ทั้งนี้ ผู้เขียนตระหนักดีว่าเมื่อคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจระหว่างไทยและสหภาพยุโรป¹⁴⁷ และรูปแบบการเจรจาที่จะเกิดขึ้นอันมีลักษณะเป็นการพิจารณาความตกลงการค้าคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection Agreement) ควบคู่ไปกับความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement) จะส่งผลให้ประเทศไทยมีอำนาจต่อรองในเรื่องของ ISDS ไม่มากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาว่าประเทศคู่แข่งทางเศรษฐกิจที่สำคัญของไทยในภูมิภาคอาเซียนคือเวียดนามได้ตกลงเข้าทำความตกลงกับสหภาพยุโรปไปก่อนหน้านี้แล้ว และด้วยเหตุที่ “ศาลการลงทุน” เป็นเงื่อนไขการเจรจาที่สหภาพยุโรปให้ความสำคัญมากในปัจจุบัน จึงมีความเป็นไปได้สูงว่าไทยอาจต้องจำยอมรับเงื่อนไข ISDS ในรูปแบบของศาลการลงทุน

¹⁴⁶ โปรดดู Article 3.22(1) of EU-Singapore IPA; article 3.57(1)(b) of EU-Vietnam IPA; Cf. article 8.28(9) (b) and 8.41(3) of CETA

¹⁴⁷ ในปี ค.ศ. 2020 สหภาพยุโรปเป็นคู่ค้าที่สำคัญเป็นลำดับที่ 4 ของไทย รองจาก จีน ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา ตามลำดับ โดยไทยส่งออกสินค้าไปยังสหภาพยุโรปคิดเป็นมูลค่ากว่า 15.1 พันล้านยูโร ในขณะที่ไทยเป็นตลาดที่ใหญ่เป็นลำดับที่ 26 ของสหภาพยุโรป คิดเป็นมูลค่านำเข้าประมาณ 11.3 พันล้านยูโร. ดู อ้างแล้วที่ 1 “Thailand.”

อย่างไรก็ดี ในกรณีดังกล่าว คณะผู้เจรจาควรจะต้องเจรจารายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับศาล การลงทุนให้เป็นคุณกับประเทศไทยมากที่สุด เช่น การกำหนดจำนวนสมาชิกองค์คณะให้มีความเหมาะสม กระบวนการแต่งตั้งสมาชิกองค์คณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสมาชิกองค์คณะที่เป็นคนกลาง จากประเทศที่สาม และสัดส่วนการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายประจำที่จะเกิดขึ้น เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นประเด็นที่มีช่องทางให้พอเจรจาได้ ดังปรากฏให้เห็นจากการศึกษาบทบัญญัติของ CETA EU-Singapore IPA และ EU-Vietnam IPA ซึ่งมีความแตกต่างกันอยู่พอสมควรในรายละเอียด นอกจากนี้ ในกรณีที่ไทยมีความเห็นว่าจะไม่ประสงค์จะนำระบบศาลการลงทุนมาใช้ ทางเลือกหนึ่ง ที่อาจลองเสนอในการเจรจา คือ การละเว้นไม่กล่าวถึงกระบวนการ ISDS ในความตกลงการค้า การลงทุนฉบับใหม่ ดังปรากฏตัวอย่างในการเจรจาด้านการลงทุนระหว่างจีนและสหภาพยุโรป¹⁴⁸ โดยอาจกล่าวถึงเฉพาะกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนในระดับภาคีกับภาคี ซึ่งน่าจะพอมีความเป็นไปได้ที่ผู้แทนสหภาพยุโรปจะตกลงยอมรับเมื่อพิจารณาจากปัจจัยทางการเมืองภายในของสหภาพยุโรปที่มีความเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบ ISDS เป็นทุนเดิม

¹⁴⁸ European Commission, “EU and China Reach Agreement in Principle on Investment,” (30 December 2020) [online] Available from : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233>. [17 August 2021] โดยหากมีกรณีที่ต้องใช้ ISDS ก็สามารถดำเนินการได้ตามสนธิสัญญาการลงทุนฉบับอื่นที่มีอยู่เดิม.