นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ*

Implications of International Investment Agreement's Obligations on a Supervisory Function of Domestic Courts over International Commercial Arbitration

โชติกา วิทยาวรากุล
Chotika Wittayawarakul

ผู้ช่วยศาสตราจารย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Assistant Professor
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author Email: chotika.w@chula.ac.th
(Received: September 9, 2025; Revised: November 26, 2025; Accepted: November 26, 2025)

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้ศึกษาพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางตุลาการ และแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพื่อวิเคราะห์นัยของพันธกรณีของรัฐตามความตกลงดังกล่าวต่อการทำหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ มีหลายคดีที่นักลงทุนกล่าวหาว่าการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ซึ่งทำให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องทบทวนคำพิพากษาและคำสั่งของศาลภายใน จากการศึกษาพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะยอมรับดุลพินิจของศาลภายใน กรณีที่ถือว่าการกระทำของศาลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต้องเป็นกรณีที่การกระทำของศาลมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงซึ่งพิจารณาจากมาตรฐานระหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาความรับผิดของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน

คำสำคัญ: ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน, สนธิสัญญาการลงทุน, กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ, การคุ้มครองการลงทุน, การอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐ

* นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 2 (ธรรมศาสตร์); เนติบัณฑิตไทย; MJUR (อ็อกซ์ฟอร์ด); Ph.D. (แมนเชสเตอร์); LLB (2nd Class Honours, Thammasat University); Barrister-at-Law; MJUR (Oxon); Ph.D. (Manchester).

Abstract

This research article explores State's obligations under international investment agreements (IIAs) relating to judicial acts and examines investment treaty arbitral awards to analyse the implication of investment treaty obligations on a domestic court's supervisory function over international commercial arbitration. The study shows that there are cases in which investors allege that the actions of the court in supervising international commercial arbitration have violated the state's obligations under IIAs, prompting the arbitral tribunal to review the judgments and orders of the domestic court. The arbitral tribunals tend to respect the discretion of domestic courts. The actions of the court are deemed to violate the obligations under international investment agreements only in instances where the court's actions are severely flawed as assessed against international standards**.** Furthermore, the study of arbitral awards highlights the significant role of the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in assessing state liability under international investment agreements.

Keywords: International Investment Agreements, Investment Treaties, International Investment Law, Investment Protection, Investor-State Arbitration

1. บทนำ[1]

ประเทศไทยได้ทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับต่างประเทศหลายฉบับทั้งในระดับพหุภาคี และทวิภาคี ซึ่งกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองการลงทุนจากรัฐภาคี เช่น การประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (fair and equitable treatment) การประติบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured-nation treatment) การให้ค่าชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืน (expropriation) อีกทั้งกำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาทโดยให้สิทธิแก่นักลงทุนที่ฟ้องรัฐเป็นคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐได้โดยตรง ทำให้นักลงทุนที่ได้รับประโยชน์จากความตกลงดังกล่าวได้รับการคุ้มครองทั้งในด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติมากกว่าความคุ้มครองที่ได้รับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ พันธกรณีเหล่านี้มีผลกระทบต่อองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในความตกลงฯ การกระทำของศาลรวมถึงคำพิพากษาและคำสั่งของศาลจึงอาจถูกทบทวนโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงฯ โดยที่รัฐไม่สามารถอ้าง

[1] บทความนี้สรุปมาจากรายงานวิจัยเรื่อง "นัยของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ" ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากกองทุนรัชดาภิเษกสมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หลักการแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการมาเป็นข้อแก้ตัวให้ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศได้[2] ในทางปฏิบัติมีหลายคดีที่นักลงทุนอ้างว่าการกระทำทางตุลาการละเมิดความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนและเสนอประเด็นดังกล่าวให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย ตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลภายในของรัฐที่รับการลงทุนมีคำพิพากษาว่านักลงทุนมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งแวดล้อม ซึ่งนักลงทุนอ้างว่ารัฐละเมิดสัญญาที่ทำกับนักลงทุนและความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน[3] หรือกรณีที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทบสิทธิของนักลงทุนตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ[4] หรือในกรณีที่ศาลพิพากษาให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับนักลงทุนสิ้นสุดลง[5] หรือมีคำพิพากษาให้สัญญาสัมปทานเป็นโมฆะ[6] หรือกรณีที่ศาลเพิกถอนสิทธิบัตรของนักลงทุน[7] เป็นต้น

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาผลของพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการกระทำทางตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ศาลใช้อำนาจในการกำกับดูแลกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commercial arbitration) เช่น การไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการ การไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาด การเพิกถอนคำชี้ขาด โดยศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เพื่อศึกษาแนวทางในการตีความพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดของรัฐอันเกิดจากการที่ศาลใช้อำนาจกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนบทบาทของหลักการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (“อนุสัญญานิวยอร์ก”) ในการวินิจฉัยความรับผิดของรัฐ การศึกษาประเด็นดังกล่าวจะทำให้ทราบถึงนัยสำคัญของพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนต่อการทำหน้าที่ของศาล ในอดีตเคยมีกรณีที่ศาลไทยต้องพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับความสนใจอย่างกว้างขวาง เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง ระหว่างกิจการร่วมค้าบีบีซีดีกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งศาลฎีกาปฏิเสธที่จะ

---

[2] International Law Commission (ILC)’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. A/RES/56/83 (2001), 53 UN GAOR Supp. (No. 10) at 43, Supp. (No. 10) A/56/10 (IV.E.1), Article 4(1).

[3] *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. the Republic of Ecuador (II),* PCA Case No. 2009-23 (pending).

[4] *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 12 May 2010.

[5] *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 6 July 2012.

[6] *Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013 (*Arif v. Moldova*).

[7] *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017 (*Eli Lily v. Canada*).

บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ให้กิจการร่วมค้าบีบีซีดีชนะคดีและมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย[8] หรือในคดีพิพาทระหว่างบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด กับกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย เกี่ยวกับโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในเขตกรุงเทพมหานคร ซึ่งอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้บริษัท โฮปเวลล์ ชนะคดีและมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย แต่ศาลปกครองกลางเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด[9] การศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนจะทำให้ได้บทเรียนสำหรับศาลไทยในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและรัฐบาลไทยในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อลดความเสี่ยงที่ประเทศไทยจะถูกนักลงทุนฟ้องคดีการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงดังกล่าว

2. ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงหลักกฎหมาย (doctrinal legal research) โดยศึกษาพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่นักลงทุนมักจะกล่าวอ้างในคดีที่ฟ้องให้รัฐรับผิดอันเนื่องมาจากการกระทำทางตุลาการ และคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้มีแนวคำวินิจฉัยไว้ ได้แก่ การประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม การให้ค่าชดเชยกรณีการเวนคืน และการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ ศึกษาและวิเคราะห์แนวทางการตีความพันธกรณีดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนความเห็นของนักวิชาการเพื่อทราบความหมายและขอบเขตของพันธกรณี นอกจากนี้ งานวิจัยนี้ศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนักลงทุนฟ้องรัฐเกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ โดยสืบค้นข้อมูลจากฐานข้อมูล Investment Dispute Settlement Navigator ของ UNCTAD[10] Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub เป็นหลัก เพื่อวิเคราะห์แนวทางการปรับใช้พันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ โดยมีสมมติฐานการวิจัยว่าพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมีผลผูกพันองค์กรศาล

---

[8] คำพิพากษาศาลฎีกา 7277/2549 ศาลเห็นว่าสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนดังกล่าวเป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย สัญญาจึงไม่มีผลผูกพันการทางพิเศษแห่งประเทศไทย คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (ผู้คัดค้าน) ชำระเงินให้แก่กิจการร่วมค้าบีบีซีดี (ผู้ร้อง) ตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจบังคับได้เพราะจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา 44 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545

[9] คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 107/2552, 2038/2551, 1379/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 366-368/2557 ศาลเห็นว่าการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการขาดอายุความ อนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจรับข้อพิพาทไว้พิจารณาได้ หากยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามนัยมาตรา 40 วรรคสาม (2)(ข) และมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2545

[10] UNCTAD, “Investment Dispute Settlement Navigator,” accessed 15 June 2025, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement.

เช่นเดียวกับองค์กรอื่น ๆ ของรัฐ แต่ในการพิจารณาการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวอันเกิดจากการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะปรับใช้พันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอย่างยืดหยุ่นโดยยอมรับดุลพินิจของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ กรณีที่การกระทำของศาลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกรณีที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรง โดยมาตรฐานสากลดังเช่นที่สะท้อนอยู่ในอนุสัญญานิวยอร์กมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยความเหมาะสมของการกระทำของศาลในกรณีดังกล่าว

3. พันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกับการกระทำทางตุลาการ

ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว ความรับผิดของรัฐจากการกระทำทางตุลาการเกิดขึ้นในกรณีที่มีการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) แต่ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าการกระทำทางตุลาการอาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีอื่น ๆ ได้ไม่จำกัดเฉพาะการปฏิเสธความยุติธรรม ดังนั้น การกระทำทางตุลาการที่ไม่ถึงขนาดที่ถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดอื่น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมายภายในก็ตาม[11] ตัวอย่างเช่น ในคดี *Eli Lilly v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า การกระทำทางตุลาการถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดทางกฎหมายระหว่างประเทศได้[12] และการกระทำทางตุลาการที่ก่อให้เกิดความรัฐผิดของรัฐไม่จำต้องจำกัดแต่เฉพาะการกระทำที่ถือว่าการปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น[13] อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการก็ตระหนักว่าบทบาทหน้าที่ของตนไม่ใช่ศาลอุทธรณ์ ดังนั้น ในการทบทวนการกระทำทางตุลาการคณะอนุญาโตตุลาการจึงควรต้องให้ความเชื่อถือ (deference) ต่อการกระทำและคำพิพากษาของศาล เว้นแต่ในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษซึ่งมีหลักฐานว่าศาลมีการกระทำที่ผิดพลาดร้ายแรงและน่าตกใจ (egregious and shocking conduct) ที่คณะอนุญาโตตุลาการจะเข้ามาพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นไปตามพันธกรณี NAFTA ข้อ 1105 (1) หรือไม่[14]

---

[11] Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration* (Cambridge University Press, 2018), 26; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Award, 3 June 2021 (*Infinito v. Costa Rica*), para 359; *Manchester Securities Corp v Republic of Poland*, PCA Case No. 2015-18, Award, 7 December 2018, para 423; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011 (*White Industries v. India*), para 11.3.19; *OAO Tatneft v. Ukraine*, PCA Case No 2008-8, Award, 29 July 2014 (*OAO Tatneft v. Ukraine*) para 475.

[12] *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 13 March 2017 (*Eli Lily v. Canada*) para 221.

[13] Ibid., para 223; *OAO Tatneft v. Ukraine*, para 475.

[14] *Eli Lilly v. Canada*, para 224; *Robert Azinian Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No ARB (AF)/97/2, Award, 1 November 1999, para 99.

3.1 การประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม (Fair and Equitable Treatment)

พันธกรณีที่รัฐจะต้องให้การประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมมักพบได้ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนส่วนใหญ่ และยังเป็นพันธกรณีที่นักลงทุนมักจะหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน[15] อย่างไรก็ดี ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนอาจกำหนดข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมในลักษณะที่แตกต่างกัน[16] ประเภทที่มักก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ ได้แก่ ข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม โดยไม่ได้มีการอ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ[17] ข้อบทประเภทที่สอง ได้แก่ ข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ[18] หรือกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้การประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมโดยจะต้องไม่ด้อยกว่าการประติบัติตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ[19] ข้อบทประเภทที่สาม ได้แก่ ข้อบทที่เชื่อมโยงการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมกับมาตรฐานขั้นต่ำในการประติบัติต่อคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ[20] ปัญหาว่าการกำหนดข้อบทในลักษณะแตกต่างกันดังกล่าวส่งผลทำให้นักลงทุนหรือการลงทุนได้รับความคุ้มครองแตกต่างกันหรือไม่ ประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศจะมีบทบาทหรือไม่เพียงใดในการตีความข้อบทว่าด้วยการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม

ในทางปฏิบัติรูปแบบของข้อบทอาจจะไม่ได้มีผลทำให้ระดับความคุ้มครองการลงทุนแตกต่างกันมากนัก[21] แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรมมีองค์ประกอบหลายประการ ไม่เพียงแต่ครอบคลุมการคุ้มครองการลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น

---

[15] UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (New York and Geneva: United Nations, 2012), 1.

[16] Ibid., 17-35.

[17] เช่น ข้อ 3(2) สนธิสัญญาระหว่างไทยและเยอรมนีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน คริสต์ศักราช 2002

[18] "fair and equitable treatment in accordance with international law" เช่น ข้อ 3(2) สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างโครเอเชียและโอมาน คริสต์ศักราช 2004

[19] "fair and equitable treatment ... and in no case accord treatment less favorable than that required by international law" เช่น ข้อ 2(3)(a) สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างบาร์เรนและสหรัฐอเมริกา คริสต์ศักราช 1999

[20] "treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment" เช่น ข้อ 1105(1) NAFTA.

[21] *Azurix Corp v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para 364; *Saluka Investments BV v The Czech Republic*, UNCITRAL, 17 March 2006 (*Saluka v Czech Republic)*, para 291. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8*, Award, 17 January 2007, para 299; Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 272; Katia Yannaca-Small, "Standards of Investment Protection," in *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford University Press, 2008), 117. (Small ตั้งข้อสังเกตว่า ความจริงแล้วข้อบทที่อ้างถึงมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ หรือไม่อ้างถึงมาตรฐานดังกล่าวไม่มีความต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ เพราะมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอาจพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป (evolutionary character) และเนื้อหาของมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีอาจได้รับอิทธิพลจากแนวปฏิบัติในการตีความข้อบทว่าด้วยการประติบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม)

แต่ยังครอบคลุมการให้ความคุ้มครองการลงทุนจากการกระทำตามอำเภอใจ (arbitrary action) การเลือกประติบัติ (discriminatory action) การปฏิเสธกระบวนการอันชอบธรรม (due process of law)[22] และการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน (protection of investors' legitimate expectation) ดังนั้น การคุ้มครองภายใต้ข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมจึงมีขอบเขตที่กว้างกว่าการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice) ซึ่งเป็นพันธกรณีที่รัฐมีอยู่แล้วตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้ว่ารัฐจะไม่ได้กระทำการที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ก็ยังอาจละเมิดข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมได้หากการกระทำนั้นขัดต่อหลักการอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม

นักลงทุนอาจกล่าวหาว่าการกระทำของศาลละเมิดพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม เช่น กรณีที่กระบวนการในศาลไม่เป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวน (due process) เพราะนักลงทุนไม่ได้รับแจ้งเกี่ยวกับกระบวนการทางศาลที่ตนเป็นคู่กรณี ศาลไม่อนุญาตให้ที่ปรึกษากฎหมายของนักลงทุนตรวจสอบรายงานในนามของนักลงทุน[23] อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ศาลภายในมีคำพิพากษาที่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจจึงละเมิดพันธกรณีในการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมเสมอไป เพราะความแตกต่างในการตีความกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงคาดหมายได้ในการกระบวนการศาล ซึ่งอาจเป็นผลมาจากพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในแต่ละคดี ดังนั้น ความไม่สอดคล้องกันของแนวคำพิพากษาโดยลำพังแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจ[24] นอกจากนี้ นักลงทุนอาจกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลไม่เป็นไปตามองค์ประกอบอื่นของการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม กรณีที่มีประเด็นที่น่าสนใจซึ่งสมควรศึกษาวิเคราะห์โดยละเอียด ได้แก่ การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน การคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม

- *การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน (Protection of investors' legitimate expectation)*

ตามแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม[25] คณะอนุญาโตตุลาการได้นำหลักการดังกล่าวไปใช้ในลักษณะที่แตกต่างกัน *ลักษณะแรก* คือ การคุ้มครองความคาดหวังในความมั่นคงและ

---

[22] *Waste Management Inc v. Mexico (No 2)*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004 (*Waste Management v Mexico II*), para 98.

[23] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 35; *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 1 July 2012 *(Swisslion v. FYROM)*, paras 293, 300; *Waste Management v. Mexico II*, para 98.

[24] *Eli Lilly v. Canada*, para 421.

[25] *Tenicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003 (*Tecmed v. Mexico*), para 154; *Waste Management v. Mexico*, para 98; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2007 (*Waste Management v. Mexico*), para 183.

คาดหมายได้ในกรอบทางกฎหมายของการลงทุน รัฐจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน[26] ส่งผลให้การเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในในลักษณะที่ทำให้ผลกระทบต่อการลงทุนอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีในการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมได้ *ลักษณะที่สอง* เป็นการคุ้มครองในลักษณะที่แคบกว่าลักษณะแรก กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนอันเกิดจากความเชื่อมั่น (reliance) ในการกระทำบางอย่างของรัฐ กล่าวคือ นักลงทุนจะต้องอ้างว่ามีกระทำโดยเฉพาะเจาะจงของรัฐที่ก่อให้เกิดความคาดหวังของนักลงทุน การแสดงออกของรัฐที่ให้แก่นักลงทุนในเวลาที่ทำการลงทุนจะต้องมีความเฉพาะเจาะจง ไม่คลุมเครือ แล้วนักลงทุนทำการลงทุนโดยเชื่อในการแสดงออกดังกล่าว ทั้งนี้ การแสดงออกของรัฐต้องทำกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ อาจอยู่ในรูปของใบอนุญาต การให้คำมั่น คำรับรอง หรือการให้ความเห็นอย่างเป็นทางการ[27] แต่ความคาดหวังของนักลงทุนจะต้องชอบธรรมด้วย ต้องสมเหตุสมผล และอธิบายได้[28] ในการพิจารณาว่าความคาดหวังของนักลงทุนชอบธรรมหรือไม่ จะต้องพิจารณาความสมดุลระหว่างการคุ้มครองความมั่นคงและแน่นอนของการลงทุนและประโยชน์ของรัฐในการกำกับดูแลการลงทุนด้วย[29] คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ไม่ได้ปรับใช้หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมในลักษณะที่ให้ความคุ้มครองความมั่นคงและคาดหมายได้ของการลงทุนอย่างเป็นเอกเทศ เนื่องจากในคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวถึงการให้ความมั่นคงและคาดหมายได้ของการลงทุนนั้น มักจะมีข้อเท็จจริงด้วยว่ารัฐได้แสดงออกอย่างเฉพาะเจาะจงซึ่งนักลงทุนอ้างได้ว่าทำการลงทุนโดยเชื่อในการแสดงออกดังกล่าว หากไม่มีการแสดงออกหรือคำรับรองโดยเฉพาะเจาะจงของรัฐแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะเห็นว่านักลงทุนไม่อาจอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมได้ว่ากรอบทางกฎหมายจะไม่เปลี่ยนแปลง ตราบใดที่ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างมากหรือไม่ได้เกินขอบอำนาจของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณรัฐ[30] แม้ว่านักลงทุนจะได้รับผลกระทบก็ไม่อาจอ้างว่ารัฐไม่ให้การประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม

เมื่อนำหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุนมาใช้กับการกระทำทางตุลาการมีปัญหาว่านักลงทุนจะสามารถอ้างความคาดหวังผลของคดีหรือการตีความอย่างใดอย่างหนึ่งจากแนวคำตัดสินของศาลในคดีก่อนได้หรือไม่ ในคดี *Eli Lilly v. Canada* ซึ่งเกี่ยวกับกรณีที่ศาลแคนาดา

---

[26] *CMS Gas Transmission Co v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para 274; *Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador*, LCIA No. UN 3467, Final Award, 1 July 2004.

[27] *Waste Management v. Mexico*, para 98; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para 147, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para 148; *Manchester Securities*, paras 495-496.

[28] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para 304.

[29] *Saluka v Czech Republic*, para 305; Andrew Newcombe and Lluis Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 280–86. นอกจากนี้ โปรดดู โชติกา วิทยาวรากุล, "การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 45, ฉบับที่ 1 (2559): 115-144; Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance* (Cambridge University Press, 2019).

[30] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para 423; *Saluka v. Czech Republic*, paras 305-06.

เพิกถอนสิทธิยาเนื่องจากการจดสิทธิบัตรไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในกฎหมายสิทธิบัตรแคนาดาที่ว่า สิ่งประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจะต้องมีอรรถประโยชน์ (utility requirement)[31] ผู้ร้องจึงกล่าวหาว่าแคนาดาละเมิดพันธกรณีภายใต้ NAFTA หลายข้อรวมทั้งข้อ 1105 ที่กำหนดให้รัฐต้องให้การประติบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำซึ่งรวมถึงการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม โดยอ้างว่า ผู้ร้องมีความคาดหวังอันเกิดจากแนวคำพิพากษาที่ตีความข้อกำหนดเรื่องอรรถประโยชน์ในกฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดา และอ้างว่าได้เชื่อ (relied on) แนวทางการตีความข้อกำหนดอรรถประโยชน์แบบดั้งเดิม หรือที่เรียกว่า “traditional utility requirement” ในการพัฒนายาเพื่อจะได้รับสิทธิบัตรในประเทศแคนาดา อ้างว่าโอกาสที่จะได้สิทธิบัตรเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ร้องตัดสินใจที่จะเปิดตัวยาดังกล่าวในประเทศแคนาดา[32] นอกจากนี้ ยังอ้างด้วยว่า แคนาดาได้ให้คำมั่นเฉพาะเจาะจง (specific commitment) แก่ผู้ร้องเกี่ยวกับสิทธิบัตรยาทั้งสองรายการของผู้ร้อง[33] เนื่องจากมาตรฐานสิทธิบัตรเป็นกฎระเบียบทางเทคนิคซึ่งใช้กับผลิตภัณฑ์เฉพาะกลุ่ม และผู้ถูกร้องได้ให้คำมั่นโดยเฉพาะเจาะจงแก่ผู้ร้องโดยการออกสิทธิบัตรสำหรับยาทั้งสองรายการ จึงเป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ร้องว่าจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะผลิต ใช้ และขายนวัตกรรมได้ตลอดอายุสิทธิบัตร

คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของผู้ร้อง โดยเห็นว่าผู้ร้องควรจะคาดหมายได้ว่า กฎหมายอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา และเป็นเรื่องปกติของการพิจารณาพิพากษาคดี หากการเปลี่ยนแปลงเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล (reasonable measure of change and development)[34] กรณีที่ถือว่ารัฐไม่คุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนจะต้องเป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาไปจากเดิมอย่างมาก (dramatic change) แต่ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องประโยชน์ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างค่อยเป็นค่อยไป อีกทั้งองค์ประกอบของหลัก promise utility ซึ่งผู้ร้องอ้างว่าเป็นหลักการใหม่ที่แตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาเดิมนั้นได้มีรากฐานอยู่แล้วในกฎหมายแคนาดา จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงรากฐานหรือมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก (fundamental or dramatic change) ในกฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดา[35] ในประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวหาว่า แนวคำพิพากษาของศาลแคนาดาเกี่ยวกับระยะเวลาในการยื่นหลักฐานสนับสนุนคำขอจดสิทธิบัตรเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ให้ผู้ขอสามารถยื่นหลักฐานหลังจากยื่นคำขอได้ (post-filling) นั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า คำพิพากษาของศาลไม่ได้กลับแนวคำพิพากษาในคดีก่อนอย่างสิ้นเชิงและอย่างน่าประหลาดใจ (complete and surprising reversal from prior law)[36] แม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลอาจจะไม่ตรงกับความคาดหมายของนักกฎหมายหรือแม้กระทั่งผู้พิพากษาที่เข้าใจว่าแนวคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนอนุญาตให้มี post filing ได้ แต่เห็นว่ายังไม่อาจถือได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลง

[31] *Eli Lilly v. Canada*, para 5.

[32] Ibid., paras 261-63.

[33] Ibid., para 264.

[34] Ibid., para 384.

[35] Ibid., para 386.

[36] Ibid., para 332.

แบบ dramatic change[37] ดังนั้น จากคดี *Eli Lilly v. Canada* นี้หากนักลงทุนจะอ้างความคาดหวังจากแนวคำพิพากษาของศาล การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจากแนวเดิมจะต้องเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หากเป็นกรณีที่เกี่ยวกับการตีความถ้อยคำในกฎหมายที่มีแนวทางการตีความแตกต่างกันซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่แล้ว การที่ศาลมีคำพิพากษาตามแนวความเห็นแตกต่างจากแนวคำพิพากษาในคดีก่อน ก็ไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแนวคำพิพากษาที่ถึงกับมีลักษณะเปลี่ยนแปลงอย่างมาก

- *การคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม (denial of justice)*

การปฏิเสธความยุติธรรม เป็นเรื่องความรับผิดของรัฐในการกระทำต่อคนต่างด้าวอันเกิดจากความบกพร่องของรัฐเกี่ยวกับการอำนวยความยุติธรรม เช่น กรณีที่มีการปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการศาล หรือกรณีที่กระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปอย่างไม่ยุติธรรม ผู้พิพากษาไม่เป็นกลาง คู่ความไม่ได้รับสิทธิในการต่อสู้คดี การปฏิเสธความยุติธรรมไม่เพียงแต่ครอบคลุมความบกพร่องในเชิงกระบวนการเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความบกพร่องในเชิงเนื้อหา (substantive deficiencies) ด้วย[38] ดังนั้น คำพิพากษาของศาลหากมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงก็อาจเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมได้ เช่น กรณีที่คำพิพากษาของศาลเป็นไปตามอำเภอในอย่างชัดแจ้ง[39] อย่างไรก็ดี การปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นผลจากความล้มเหลวของระบบยุติธรรมทั้งระบบ[40]

ในการพิจารณาว่าระบบยุติธรรมของรัฐมีความบกพร่องถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เช่นศาลอุทธรณ์ที่จะพิจารณาความถูกต้องของคำพิพากษาของศาลภายใน[41] แต่ต้องพิจารณาตามมาตรฐานทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับสำหรับการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรม (generally accepted standards of the administration of justice) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงทั้งหลายว่าการตัดสินคดีของศาลไม่เหมาะสมอย่างชัดแจ้งหรือไม่น่าเชื่อถือหรือไม่[42] กรณีที่จะถือว่ารัฐได้ปฏิเสธความยุติธรรมต้องผ่านเกณฑ์การพิจารณาที่สูง (high threshold) แม้ไม่จำต้องพิสูจน์ว่าศาลมีเจตนาทุจริต แต่ต้องแสดงให้เห็นว่ามีข้อบกพร่องหรือการกระทำที่ร้ายแรงมากจนสร้างความกังขาในความเหมาะสมของการกระทำทางตุลาการ (judicial propriety)[43] การตัดสินของศาลจะต้องถึงขนาดที่ไม่ฐานทางกฎหมายรองรับ อันส่งผลให้คำพิพากษาเป็นการตัดสินตามอำเภอใจหรือจงใจก่อให้เกิดความเสียหาย[44] หรือกรณีที่ศาลตัดสินตามอำเภอใจและเลือกประติบัติทำให้เกิดผลร้ายแก่

---

[37] Ibid., para 337.

[38] *Infinito Gold Ltd v. Costa Rica*, ICSID Case No ARB/14/5, Award, 3 June 2021 (*Infinito Gold v. Costa Rica*), para 445.

[39] *Azinian v. Mexico*, paras 102-03; *Infinito Gold v. Costa Rica*, para 445.

[40] *Infinito Gold v. Costa Rica*, para 445.

[41] *Azinian v. Mexico*, para 99.

[42] *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002 (*Mondev v. USA*), para 127.

[43] *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador (I),* PCA Case No. 2007-02/AA277, Partial Award on Merits, 30 March 2010, para 244.

[44] *Azinian v. Mexico*, para 105.

นักลงทุน[45] การที่ศาลเพียงแต่ตีความกฎหมายภายในผิดพลาดยังไม่พอที่จะถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมเว้นแต่ความผิดพลาดนั้นเป็นประเภทที่ไม่มีผู้พิพากษาคนใดพึงกระทำ[46] นอกจากนี้ หากศาลทำคำพิพากษาโดยให้เหตุผลประกอบอย่างสมเหตุสมผล แม้ว่าศาลในรัฐอื่นอาจตัดสินแตกต่างจากคำพิพากษาดังกล่าว ก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่ามีการปฏิเสธความยุติธรรม[47] ในกรณีที่นักลงทุนกล่าวอ้างความบกพร่องด้านกระบวนการ (procedural error) ความบกพร่องที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องถึงขนาดที่ขัดต่อหลักศุภนิติกระบวนทางชัดเจน (manifest disrespect of due process) หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างล้าช้า แต่นักลงทุนไม่ได้ถูกกีดกันในการยื่นอุทธรณ์และแสดงข้อต่อสู้ และศาลได้ให้เวลาตามความจำเป็นในการพิจารณาคำร้องและทำคำตัดสินโดยให้เหตุผลประกอบ หากไม่ปรากฏว่าศาลมีอคติ ไม่เป็นกลาง กรณีนี้ยังไม่อาจถือได้ว่ารัฐได้ปฏิเสธความยุติธรรม[48]

ในการพิจารณาว่ารัฐได้ปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่นั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์ของการละเมิดพันธกรณี (completion of breach) แม้ว่านักลงทุนสามารถฟ้องคดีอนุญาโตตุลาการตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้โดยไม่ต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในจนหมดสิ้นเสียก่อนก็ตาม แต่การใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในจนหมดสิ้นเป็นเงื่อนไขเชิงสารัตถะ (substantive requirement) ของการปฏิเสธความยุติธรรม นักลงทุนไม่อาจอ้างว่ามีการปฏิเสธความยุติธรรมได้ตราบใดที่ยังคงมีทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในที่ยังสามารถแก้ไขการกระทำที่บกพร่องได้[49] ดังนั้น จะถือว่ารัฐละเมิดพันธกรณีดังกล่าวก็ต่อเมื่อไม่มีทางเยียวยาตามระบบกฎหมายภายในแล้ว ซึ่งถือว่าระบบยุติธรรมของรัฐล้มเหลวในการอำนวยความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ ผลสุดท้ายของกระบวนการยุติธรรมเท่านั้นเป็นฐานในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดเนื่องจากการปฏิเสธความยุติธรรมได้ ความบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมที่ยังคงสามารถอุทธรณ์ได้ยังไม่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม[50]

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีนักลงทุนไม่ต้องใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นก็ถือว่ามีการปฏิเสธความยุติธรรมแล้ว ข้อ 15 ของ ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection ได้กำหนดสถานการณ์ซึ่งผู้เสียหายไม่ต้องใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นก่อนที่จะขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางทูตไว้หลายกรณีด้วยกัน ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับเงื่อนไขในเชิงสารัตถะของการปฏิเสธความยุติธรรมได้ เช่น กรณีที่ไม่มีทางเยียวยาภายในอย่างสมเหตุสมผลที่จะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องอย่างมีประสิทธิภาพ หรือทางเยียวยาภายในไม่มีความเป็นไปได้ที่จะแก้ไขข้อบกพร่อง หรือในกรณีที่มีความล่าช้าในกระบวนการเยียวยาซึ่งมีเหตุมาจากความรับผิดชอบของรัฐ หรือกรณีที่ทางเยียวยาไม่อาจเป็นไปได้ที่จะแก้ไขข้อบกพร่อง และกรณี

---

[45] *Manchester Securities Corp v Republic of Poland*, UNCITRAL Arbitration, Award, 7 December 2018, paras 444-45, 466-68.

[46] *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala,* ICSID Case No. ARB/09/5, Award, 17 August 2012, para 432.

[47] *Arif v. Moldova*, paras 452-54.

[48] Ibid., paras 448-49.

[49] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 81-82.

[50] Ibid., 83.

ที่ผู้เสียหายไม่ได้รับโอกาสที่จะใช้ทางเยียวยาภายใน[51] กรณีที่เป็นปัญหาในการตีความค่อนข้างมาก ได้แก่ กรณีที่ไม่มีทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในที่จะแก้ไขข้อบกพร่องอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งตามข้อ 15(a) ของ ILC's Draft Article on Diplomatic Protection ให้พิจารณาว่ามีทางเยียวยาที่สมเหตุสมผลอยู่ซึ่งสามารถให้การเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ถูกปรับใช้ในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน[52] ในคดี *Lowen v. USA* คณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับข้อพิจารณาด้านเศรษฐกิจและการเงิน โดยเห็นว่าในการพิจารณาว่าผู้เสียหายได้ใช้ทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในจนหมดสิ้นหรือไม่ ต้องคำนึงถึงภาระทางการเงินที่ผู้เสียหายจะต้องแบกรับหากจะต้องถูกกำหนดให้ต้องใช้ทางเยียวยาภายในเสียก่อน หากการใช้ทางเยียวยาที่มีอยู่นั้นทำให้ผู้ร้องต้องรับภาระทางการเงินอย่างมากอาจถือได้ว่ารัฐไม่เปิดโอกาสให้ผู้ร้องได้รับการเยียวยา[53] ด้วยเหตุนี้ การเยียวยาอาจไม่มีประสิทธิภาพหากทางเยียวยาดังกล่าวไม่อาจปฏิบัติได้ (impractical) การพิจารณาความมีอยู่ (availability) และความเป็นไปได้ (possibility) ในการให้การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องรวมถึงข้อพิจารณาทางเศรษฐกิจและการเงินด้วย[54]

3.2 การจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ *(effective means of asserting claims and enforcing rights)*

พันธกรณีการจัดให้มีกลไกสำหรับอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพพบได้ไม่บ่อยนักในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ข้อบทเกี่ยวกับพันธกรณีดังกล่าวปรากฏในความตกลงฯ บางฉบับ เช่น ข้อ 10 (12) ของสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน[55] ข้อ II (7) ของสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหรัฐอเมริกากับเอกวาดอร์[56] ถึงแม้ว่าความตกลงฯ จะไม่มี

---

[51] International Law Commission (ILC)'s Draft Articles on Diplomatic Protection:

Article 15 Exceptions to the local remedies rule Local remedies do not need to be exhausted where:

(a) there are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;

(b) there is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;

(c) there was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;

(d) the injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or

(e) the State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.

[52] *Pantechniki SA Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 3 July 2009, para 102.

[53] *Loewen Group, Inc. and Raymond L Loewen v. United States of America,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, para 170.

[54] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 98.

[55] Energy Charter Treaty, dated 17 December 1994, entered into force 16 April 1998.

[56] Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, dated 27 August 1993, entered into force 11 May 1997, terminated 18 May 2018.

ข้อบทนี้ก็ตาม นักลงทุนอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้ข้อบทดังกล่าวโดยอาศัยข้อบทว่าด้วยการประติบัติเยี่ยงที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured-nation treatment: MFN) โดยอ้างว่าการลงทุนจะต้องได้รับความคุ้มครองไม่ด้อยกว่าการลงทุนของนักลงทุนจากรัฐที่สามซึ่งทำความตกลงฯ กับรัฐผู้รับการลงทุน และความตกลงดังกล่าวมีข้อบทว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ[57]

พันธกรณีว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพสำหรับการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินี้เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเป็นหลักซึ่งต่างจากพันธกรณีอื่น ๆ พันธกรณีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลักประกันแก่นักลงทุนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในรัฐผู้รับการลงทุน[58] ปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันในการตีความและปรับใช้พันธกรณีนี้ประการหนึ่งได้แก่ ประเด็นที่ว่า การพิจารณา “ความมีประสิทธิภาพ” ของกลไกในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ จะพิจารณาอย่างเป็นระบบหรือพิจารณาการใช้กลไกในแต่ละกรณี คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *AMTO v. Ukraine* เห็นว่าการพิจารณาประสิทธิภาพจะต้องพิจารณาเป็นระบบ (systematic) กล่าวคือ รัฐจะต้องจัดให้มีกรอบหรือระบบสำหรับการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ ความบกพร่องในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยลำพังแล้วไม่อาจถือเป็นการละเมิดพันธกรณีนี้ได้[59] ในขณะที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Chevron v. Ecuador I* เห็นว่าต้องพิจารณาประสิทธิภาพของระบบในแต่ละกรณีด้วย ความล้มเหลวของระบบในการอำนวยความยุติธรรมเฉพาะกรณีอาจก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐได้เช่นกัน[60]

พันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการพิจารณาข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินั้นส่งผลให้รัฐไม่เพียงแต่ต้องไม่แทรกแซงในกระบวนการศาลเท่านั้น แต่ต้องจัดให้มีกลไกพิจารณาข้อเรียกร้องของนักลงทุนโดยไม่ล่าช้าเกินควรด้วย[61] ในการพิจารณาเวลาว่ากระบวนการพิจารณาล่าช้าเกินสมควรหรือไม่ต้องคำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมในแต่ละกรณี ไม่ว่าจะเป็นความซับซ้อนของคดี พฤติกรรมของคู่ความ ความสำคัญของประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งพฤติกรรมของศาลเองด้วย[62] หากไม่ปรากฏว่าการพิจารณาคดีไม่เป็นธรรมหรือมีอคติ แม้ว่าผลการพิจารณาคดีจะเป็นโทษต่อผู้ฟ้อง ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการพิจารณาอย่างไม่เป็นธรรมเสมอไป[63]

---

[57] ตัวอย่างเช่น ในคดี *White Industries v. India* นักลงทุนอ้างข้อบท MFN ที่ปรากฏในสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างออสเตรเลียและอินเดีย ข้อ 4(2) เพื่ออ้างว่าตนจะต้องได้รับการคุ้มครองตามข้อบทว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่ปรากฏในข้อ 4(5) ของสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอินเดียและคูเวต

[58] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 40.

[59] *Limited Liability Company Amto v. Ukraine,* SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para 88.

[60] *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecujador (I)*, PCA Case No. 2007-02/AA277 *(Chevron v. Ecuador I)*, Partial Award on Merits, 30 March 2010, paras 246-47.

[61] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 41.

[62] *Chevron v. Ecuador I*, para 250

[63] *Stati v. Kazakhstan*, paras 1226.

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิกับการคุ้มครองนักลงทุนจากการปฏิเสธความยุติธรรม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนี้แบ่งเป็นสองแนวทาง แนวทางแรก เห็นว่าการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิกับการไม่ปฏิเสธความยุติธรรมต่างก็เป็นพันธกรณีที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเช่นเดียวกัน การจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักประกันการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเป็นหลักประกันที่กว้างกว่า[64] แนวทางที่สอง เห็นว่าพันธกรณีในการจัดกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินั้นเป็นพันธกรณีเฉพาะ หรือ *lex specialis*[65] โดยเห็นว่า พันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดของรัฐต่ำกว่ากรณีการปฏิเสธความยุติธรรม กล่าวคือ กรณีที่จะถือว่ารัฐปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่การกระทำของรัฐมีลักษณะร้ายแรง (egregious conduct) ศาลภายในอาจล้มเหลวในการบังคับตามสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ แต่การกระทำดังกล่าวอาจไม่ถึงขนาดที่จะถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม[66]

ปัญหาว่ารัฐเกิดความรับผิดตามพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิเมื่อใด แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่าแม้นักลงทุนไม่จำต้องใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นเสียก่อน (exhausted local remedies) แต่นักลงทุนจะต้องใช้ทางเยียวยาทั้งหมดที่มีเพื่อให้มีการแก้ไขความผิดพลาดที่กล่าวอ้างด้วย[67] ถึงแม้ว่าโอกาสจะประสบความสำเร็จจะน้อยก็ตาม[68] เพื่อว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะได้ประเมินความมีประสิทธิภาพของกลไกได้ มิฉะนั้นอาจถือไม่ได้ว่าเป็นความล้มเหลวของรัฐในการจัดให้มีกลไกในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิที่มีประสิทธิภาพ[69]

---

[64] *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para 391.

[65] *Chevron v. Ecuador I,* para 242.

[66] Ibid., para 244; *White Industries v. India*, para 11.3.2.

[67] *Chevron v. Ecuador (I)*, para 326.

[68] Ibid; *Anatolie Stati*, *Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan (I)*, SCC Case No. V. 116/2010, Award, 19 December 2013, para 1217.

[69] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 112; *White Industry v. India*, paras 11.4.10-14.

3.3 *การคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย* (Prohibition of Unlawful Expropriation)

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนมักจะให้ความคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนโดยกำหนดห้ามมิให้รัฐเวนคืนการลงทุนไม่ว่าทางตรงหรือโดยมาตรการที่มีผลเทียบได้กับการเวนคืน หรือที่เรียกว่าการเวนคืนโดยอ้อม (indirect expropriation)[70] เว้นแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ เป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวน และต้องให้ค่าชดเชยอย่างทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ[71] การกระทำทางตุลาการอาจเป็นการเวนคืนได้ โดยอาจเป็นการเวนคืนโดยลำพัง หรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำหลาย ๆ การกระทำโดยองค์กรอื่นของรัฐที่เมื่อพิจารณารวมกันแล้วเป็นการเวนคืน สาระสำคัญของการพิจารณาว่ามีการเวนคืนหรือไม่นั้นไม่ใช่รูปแบบของการกระทำหรือตัวองค์กรของรัฐผู้กระทำ[72] การกระทำทางตุลาการที่อาจเป็นการเวนคืน ตัวอย่างเช่น การที่ศาลเพิกถอนสิทธิในความเป็นเจ้าของ (ownership rights) ของนักลงทุนที่มีในวิสาหกิจ หรือการกระบวนการพิจารณาคดีภาษีที่ไม่เป็นกลางและเลือกปฏิบัติซึ่งเมื่อรวมกับการกระทำอื่น ๆ ของรัฐแล้วถึงขนาดที่ทำให้นักลงทุนสูญเสียทรัพย์สิน[73] แต่การที่ศาลมีคำสั่งอายัดทรัพย์สินของนักลงทุนเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับชำระค่าปรับที่เกิดจากความล่าช้า (delay penalties) ซึ่งไม่ได้เกินความจำเป็นเมื่อเปรียบเทียบระหว่างจำนวนค่าปรับกับมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกอายัดไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน[74]

การพิจารณาว่าการกระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนกำหนดให้นักลงทุนสามารถใช้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนเท่านั้น นักลงทุนไม่อาจขอให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่ารัฐได้ละเมิดข้อบทการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมหรือข้อบทว่าด้วยการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิได้ ปัญหาในการพิจารณาการกระทำทางตุลาการภายใต้ข้อบทเรื่องการเวนคืนมีหลายประการ

---

[70] การเวนคืนโดยตรง หมายถึง กรณีที่รัฐยึดเอาทรัพย์สิน (“outright taking”) ที่เป็นการลงทุนของนักลงทุนซึ่งได้รับการคุ้มครองตามความตกลงฯ ซึ่งมักจะมีการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินมาเป็นรัฐหรือบุคคลที่สาม ในขณะที่การเวนคืนโดยอ้อม หมายถึงการกระทำใด ๆ ของรัฐซึ่งอาจเป็นการกระทำเดียวหรือหลายการกระทำซึ่งเป็นการแทรกแซงอย่างไม่สมเหตุผล (unreasonable interference) การใช้การได้รับประโยชน์หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน โปรดดู A. K. Hoffmann, “Indirect Expropriation,” in *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford University Press, 2008), 152–55.

[71] ตัวอย่างเช่น ข้อ 14 ASEAN Comprehensive Investment Agreement 2009. นอกจากนี้ โปรดดู August Reinisch, “Legality of Expropriations” in *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford University Press, 2008), 171-204.

[72] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 51.

[73] Ibid., 51-52. Johanne M. Cox, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2019), 238-53.

[74] *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, paras 371-75.

ประการที่หนึ่ง คือ การพิจารณาว่ากระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร หลักเกณฑ์ประการสำคัญในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืนโดยอ้อมก็คือความร้ายแรงหรือความสำคัญของผลกระทบของการกระทำ (effect) ต่อการที่เจ้าของจะใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน หลักเกณฑ์นี้มักถูกเรียกว่า “sole-effect doctrine”[75] กรณีที่เข้าข่ายเป็นการเวนคืนโดยอ้อมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการพรากไปอย่างมีนัยสำคัญ (substantial deprivation) ซึ่งสิทธิของนักลงทุนในการที่จะใช้หรือได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพย์สิน[76] ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่าการกระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่ จึงต้องพิจารณาผลกระทบของการกระทำดังกล่าวว่ามีผลทำให้การลงทุนสูญเสียมูลค่าอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่

ประเด็นปัญหาประการที่สอง ก็คือ ปัญหาที่ว่าความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสม (propriety) ของการกระทำทางตุลาการมีผลต่อการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเวนคืนหรือไม่อย่างไร โดยหลักแล้วความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐไม่ใช่ข้อพิจารณาในการตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเวนคืนหรือไม่ เนื่องจากหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมดังที่กล่าวมาข้างต้นก็คือ ผลกระทบของการกระทำ[77] อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาว่าการกระทำทางตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่นั้น อาจต้องมีการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำด้วย เนื่องจากการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลอาจเกี่ยวข้องกับการตัดสินความมีอยู่ของสิทธิของนักลงทุน ต่อเมื่อนักลงทุนมีสิทธิเท่านั้นที่จะมีการสูญเสียสิทธิที่จะอ้างได้ว่ามีการเวนคืน[78] เช่น การที่ศาลพิพากษาให้เลิกสัญญาอันเป็นผลมาจากการที่นักลงทุนผิดสัญญา เช่นนี้ไม่อาจถือได้เป็นการเวนคืน[79]

---

[75] Hoffmann, “Indirect Expropriation,” 156.

[76] *Pope Talbot v. Canada*, Interim Award 26 June 2000, para 102; *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000 (*Metaclad v. Mexico*), para, 103. *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB.04/15, Award, 13 September 2006, paras 64-65. *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/01, Award, 7 December 2011, para 328.

[77] *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, paras 71-72. สำหรับความเป็นมาของ sole-effect doctrine โปรดดู Sebastián López Escarcena, “Expropriation, Indirect,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, eds. Anne Peters and Rüdiger Wolfrum (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2023), para 56.

อย่างไรก็ดี มีแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งพิจารณาวัตถุประสงค์ของการกระทำของรัฐในการพิจารณาว่าการกระทำเป็นการเวนคืนหรือไม่ ตัวอย่างเช่น *Methanex v. USA* ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำที่เป็นการออกกฎหมายที่ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน ดังนี้

> as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation (part IV.D para 7).

[78] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 54-55.

[79] *Swisslion v. FYROM*, para 312

ดังนั้น ในการพิจารณาการกระทำของศาลว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่ จึงต้องคำนึงถึงบทบาทของศาลภายในซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดสิทธิทางทรัพย์สินของนักลงทุนซึ่งจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ความตกลงฯ ด้วย จึงมีแนวคิดว่าการวิเคราะห์การกระทำที่เป็นการเวนคืนจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของการกระทำของศาลประกอบด้วยเพื่อแยกแยะการกระทำของศาลที่ชอบธรรม (legitimate judicial measures) จากกระทำที่เป็นการแทรกแซงเกินสมควรกับสิทธิของนักลงทุน ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการเวนคืนโดยการกระทำทางตุลาการ (judicial expropriation) จึงควรแตกต่างจากการเวนคืนอันเกิดจากการกระทำขององค์กรอื่นของรัฐ[80] แนวคิดนี้ทำให้เกิดคำถามว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัยความเหมาะสมของการกระทำทางตุลาการ

แนวทางหนึ่งก็คือ การพิจารณาว่าการกระทำมีความบกพร่องร้ายแรงถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ ในทางปฏิบัติรัฐผู้ถูกฟ้องคดีมักหยิบยกแนวทางนี้เป็นข้อต่อสู้[81] หากการเวนคืนโดยการกระทำทางตุลาการจะต้องเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมด้วยแล้วก็จะส่งผลให้ต้องนำเงื่อนไขเรื่องการใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้น มาใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืนด้วยในฐานะที่เป็นเงื่อนไขในเชิงสาระ (substantive requirement) เช่นเดียวกับที่ต้องพิจารณาในการวินิจฉัยการปฏิเสธความยุติธรรม และการกระทำทางตุลาการที่จะเป็นการเวนคืนได้จะต้องผ่านเกณฑ์ที่สูงกว่ากรณีที่ใช้กับการกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายอื่น ๆ เช่น ต้องเป็นกรณีที่พิเศษ (exceptional cases) ซึ่งไม่มีศาลใดที่สุจริตและมีความสามารถจะตัดสินในลักษณะที่เช่นนั้น หรือเป็นกรณีที่มีการกระทำตามอำเภอใจอย่างชัดแจ้งและการให้ค่าชดเชยไม่เพียงพออย่างยิ่ง (grossly inadequate)[82] แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและความเห็นของนักกฎหมายที่ไม่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว[83] ในทางปฏิบัติคณะอนุญาโตตุลาการในหลายคดีได้พิจารณาการกระทำทางตุลาการว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่อย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ได้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่[84]

---

[80] Vid Prislan, "Judicial Expropriation in International Investment Law," *International and Comparative Law Quarterly* 70, no. 1 (2021): 167.

[81] *Azinian v. Mexico*; Zachary Douglas, "International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed," *International and Comparative Law Quarterly* 63, no. 4 (2014): 895.

[82] Hamid G. Gharavi, "Discord over Judicial Expropriation," *ICSID Review* 33, no. 2 (2018): 352.

[83] เช่น ในคดี *Eli Lilly and Company v. Canada* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการปฏิเสธความยุติธรรมไม่ใช่ฐานทางกฎหมายเดียวที่จะหยิบยกขึ้นกล่าวรัฐต้องรับผิดในทางระหว่างประเทศอันเกิดจากการกระทำของการกระทำทางตุลาการ *Eli Lilly and Company v Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award (16 March 2017), paras 222-23; Gharavi, "Discord over Judicial Expropriation," 352.

[84] *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, paras 702–04; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, paras 125–28; *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 9 September 2009, para 181. สำหรับความเห็นทางวิชาการที่ไม่เห็นด้วยกับการนำหลักเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมมาใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืน โปรดดู Gharavi, "Discord over Judicial Expropriation," 353.

นอกจากแนวทางแรกที่พิจารณาว่าการกระทำของศาลเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ ยังมีแนวทางที่สองก็คือ การพิจารณาการกระทำของศาลว่าเป็นไปตามพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ หรือไม่ ซึ่งจะมีปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความรับผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นหรือไม่[85] ส่วนแนวทางที่สาม ได้แก่ การพิจารณาว่าการกระทำของศาลเป็นไปตามกฎหมายภายในหรือไม่ แนวทางนี้ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับความเหมาะสมของการที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีบทบาทเช่นศาลอุทธรณ์ในการทบทวนความถูกต้องของการใช้กฎหมายภายใน[86]

ปัญหาประการที่สามในการพิจารณาว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืนหรือไม่ ได้แก่ ปัญหาว่าหากการกระทำที่นักลงทุนกล่าวหาว่าเป็นการเวนคืนเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น นักลงทุนต้องอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นหรือไม่ ในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า นักลงทุนไม่จำต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในก่อน[87] อย่างไรก็ดี การใช้ทางเยียวยาจนหมดสิ้นหรือไม่เป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการพิจารณาว่ามีการเวนคืนเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ เนื่องจากมาตรการหรือการกระทำของรัฐที่เป็นการเวนคืนจะต้องเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของนักลงทุนอย่างถาวร (permanent) ไม่อาจเพิกถอนได้ (irreversible)[88] การกระทำที่พรากไปซึ่งสิทธิเพียงชั่วคราวจึงไม่เป็นการเวนคืน ด้วยเหตุนี้ หากนักลงทุนยังสามารถอุทธรณ์เพื่อให้มีการแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ การละเมิดพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์[89]

4. แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ศาลภายในอาจมีบทบาทในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการได้หลายประการด้วยกัน[90] บทบาทที่สำคัญและอาจส่งผลให้เกิดการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เช่น การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ (enforcement of arbitral agreements) การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การทำหน้าที่ดังกล่าวอาจกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนและนักลงทุนอาจกล่าวหาว่าการกระทำดังกล่าวละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนได้ จากการค้นคว้าโดยใช้ฐานข้อมูล Investment

[85] Prislan, "Judicial Expropriation in International Investment Law," 181-84 and 192-94.

[86] Ibid., 184-87.

[87] *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Final Award, 30 June 2009 (*Saipem v. Bangladesh*), paras 175-76.

[88] *Tecmed v. Mexico*, para 116.

[89] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 104-05.

[90] สำหรับการศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับศาลภายในกรณีอื่น ๆ รวมถึงกรณีที่ศาลภายในกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน โปรดดู Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (Springer Open, 2020).

Dispute Settlement Navigator พบว่ามีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ที่เปิดเผยแก่สาธารณะอยู่ด้วยกัน 7 คดี[91] แต่ละคดีมีข้อเท็จจริงและประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญโดยสรุปดังนี้

4.1 Saipem v. Bangladesh: ศาลไม่ยอมรับความมีอยู่ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh เป็นคดีที่ Saipem นักลงทุนจากประเทศอิตาลีกล่าวหาว่าบังคลาเทศมีการกระทำที่เป็นการเวนคืน ตามข้อ 5 ของสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลีและบังคลาเทศว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน[92] เนื่องจากศาลบังคลาเทศไม่ยอมรับความมีอยู่ของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งระงับข้อพิพาทตามสัญญาก่อสร้างระบบท่อ (gas pipeline construction contract) ระหว่าง Petrobangla รัฐวิสาหกิจของบังคลาเทศกับ Saipem ด้วยเหตุที่ศาลบังคลาเทศได้มีคำสั่งเพิกถอนอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไปก่อนแล้ว แต่คณะอนุญาโตตุลาการ ICC ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งมีคำชี้ขาดให้ Saipem ชนะคดี และให้ Petrobangla จ่ายค่าเสียหายแก่ Saipem[93] Petrobangla ได้ขอให้ศาลบังคลาเทศเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ศาลบังคลาเทศได้ปฏิเสธคำขอของ Petrobangla เพราะเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะตามกฎหมายบังคลาเทศเนื่องจากศาลได้เพิกถอนอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงไม่มีเหตุต้องเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ICC[94]

Saipem ไม่ได้อุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวแต่ได้เริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาฯ โดยการอนุญาโตตุลาการ ICSID กล่าวหาว่าบังคลาเทศมีการกระทำอันเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของ Saipem ที่จะได้รับชำระหนี้เงินตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งเป็นการเวนคืนตามข้อ 5 ของสนธิสัญญาฯ บังคลาเทศต่อสู้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้เนื่องจาก Saipem ไม่ได้ทำการลงทุนในความหมายของ BIT[95] คณะอนุญาโตตุลาการ ICSID ปฏิเสธข้อต่อสู้ของรัฐว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากเห็นว่าสิทธิที่จะได้รับเงินตามคำชี้ขาดไม่ได้เกิดขึ้นจากคำชี้ขาด แต่เกิดจากสัญญาก่อสร้างซึ่งเป็นการลงทุน คำชี้ขาดเพียงแต่ทำให้สิทธิและหน้าที่ภายใต้สัญญาก่อตัวเป็นรูปร่างขึ้น ("cystallized") เท่านั้น[96] และมีคำชี้ขาดว่าการกระทำของศาลบังคลาเทศเป็นการเวนคืนเนื่องจากเป็นการพรากไปอย่างมีนัยสำคัญซึ่งประโยชน์ที่ Saipem จะได้รับตามคำชี้ขาดของ

---

[91] ข้อมูล ณ วันที่ 15 มิถุนายน 2568

[92] Agreement between the Government of the Republic of Italy and the Government of the People's Republic of Bangladesh on the Promotion and Protection of Investments, signed 20 March 1990, entered into force 20 September 1994.

[93] *Saipem SpA v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 31 March 2007, para 45.

[94] Ibid., para 50.

[95] Ibid., para 63.

[96] Ibid., para 127.

อนุญาโตตุลาการ และเป็นการเอาไปซึ่งสิทธิตามสัญญาอันเกิดขึ้นจากการลงทุนของผู้ร้อง ดังนั้น จึงเป็นการเวนคืนในความหมายของข้อ 5 ของ BIT[97] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เนื่องจากการเวนคืนในกรณีนี้เกิดจากการพรากไปซึ่งสิทธิตามสัญญาซึ่งได้ก่อตัวขึ้นในรูปคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ดังนั้น จึงเห็นว่าค่าชดเชยที่ผู้ร้องมีสิทธิได้รับมีมูลค่าเท่ากับจำนวนเงินที่ผู้ร้องมีสิทธิได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC[98]

4.2 Romak S.A. v. Uzbekistan: ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

Romak S.A. v. Uzbekistan[99] เป็นคดีระหว่าง Romak นักลงทุนจากสวิตเซอร์แลนด์กับอุสเบกิสถาน ตามสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสวิตเซอร์แลนด์กับอุสเบกิสถาน[100] จากการที่ศาลอุซเบกิสถานไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ GAFTA (Grain and Feed Trade Association) เนื่องจาก Romak ไม่ได้ยื่นคำแปลคำชี้ขาด และไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่า Romak ได้บอกกล่าวไปยังผู้ซื้อถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ[101] Romak จึงขอให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตาม BIT ระหว่างสวิตเซอร์แลนด์กับอุสเบกิสถาน โดยกล่าวหาว่าอุสเบกิสถานละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาหลายประการด้วยกัน เช่น การปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม การเวนคืนโดยไม่ให้ค่าชดเชย และไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของอุสเบกิสถานตามอนุสัญญานิวยอร์ก[102] อุสเบกิสถานต่อสู้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจ เนื่องจากผู้ร้องไม่ได้มีการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญา เนื่องจากข้อพิพาทที่เป็นที่มาของคดีนี้ตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเดิมมีที่มาจากความสัมพันธ์ทางสัญญาทางพาณิชย์ไม่ใช่การลงทุน[103] และถึงแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่ามีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้ อุสเบกิสถานก็ไม่ได้ละเมิดสนธิสัญญา[104] คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ GAFTA เป็นผลมาจากสิทธิตามสัญญาของ Ramak อันเกิดจากสัญญาจำหน่ายธัญพืชของ Romak[105] ซึ่งสัญญาดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนในความหมายของ BIT[106] เมื่อ Romak ไม่ได้มีการลงทุนในความหมายสนธิสัญญาแล้ว จึงถือไม่ได้ว่าอุสเบกิสถานได้ให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทในคดีนี้ตามข้อ 9 BIT และคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาท[107]

---

[97] *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 129.

[98] Ibid., para 204.

[99] *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, 26 November 2009 (*Romak S.A. v. Uzbekistan)*

[100] Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, dated 16 April 1993, entered into forced 5 November 1993.

[101] *Romak SA v. Uzbekistan*, para 65

[102] Ibid., para 8.

[103] Ibid., para 10.

[104] Ibid., para 11.

[105] Ibid., paras 210-11.

[106] Ibid., paras 213-32.

[107] Ibid., paras 242-43.

4.3 ATA v. Jordan: ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง

ATA v. Jordan[108] เป็นคดีระหว่าง ATA นิติบุคคลตามกฎหมายของตุรกีกับจอร์แดน ซึ่งวินิจฉัยโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นภายใต้ BIT ระหว่างตุรกีกับจอร์แดน[109] ATA ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างเขื่อนเก็บน้ำ (dike) ให้แก่ Arab Potash Company (APC) ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่อยู่ในความควบคุมของรัฐบาลจอร์แดน ข้อพิพาทที่เป็นที่มาของคดีนี้เกิดจากการที่เขื่อนได้ถล่มลงมาในระหว่างบรรจุน้ำ APC ได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ FIDIC ตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในสัญญาก่อสร้าง ส่วน ATA ก็ได้ฟ้องแย้ง (counterclaim) เพื่อเรียกร้องให้ชำระเงินตามสัญญา จนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการ FIDIC ได้มีคำชี้ขาดว่า ATA ไม่มีความรับผิดในการที่เขื่อนถล่มและยกคำร้องของ APC นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการ FIDIC ยังได้ตัดสินตามที่ ATA ได้ฟ้องแย้งและให้ APC ได้รับการชดเชยความเสียหาย (compensation) ด้วย APC จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ของประเทศจอร์แดน ขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ FIDIC และศาลอุทธรณ์มีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดและเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่าง ATA กับ APC ATA อุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุดของจอร์แดนซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์[110] ATA จึงเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ICSID กล่าวหาว่า จอร์แดนละเมิดพันธกรณีตาม BIT ระหว่างประเทศตุรกีกับจอร์แดน กล่าวคือ มีการเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการละเมิดพันธกรณีตามข้อ III เรื่องการเวนคืน[111] อีกทั้งมีการปฏิเสธความยุติธรรมซึ่งเป็นการละเมิดพันธกรณีว่าด้วยการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม ซึ่งนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ผ่านข้อบทการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งใน BIT ระหว่างตุรกีกับจอร์แดนเรื่องอีกด้วย[112]

จอร์แดนต่อสู้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีเขตอำนาจเนื่องจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศตุรกีกับจอร์แดนไม่อาจใช้บังคับกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับ[113] และต่อสู้ว่าผู้ร้องไม่ได้มีการลงทุนในเวลาที่สนธิสัญญาฯ มีผลใช้บังคับหรือได้ทำการลงทุนหรือได้มาซึ่งการลงทุนหลังจากที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว[114] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของผู้ถูกเรียกร้องว่าข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการ FIDIC กับข้อพิพาทในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ FIDIC ของศาลจอร์แดนเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับเรื่องเดียวกันซึ่งมีที่มาจากการถล่มของเขื่อน ดังนั้น คณะ

---

[108] *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Jordan*, Award, ICSID Case No. ARB/08/2, IIC 430 (2010), 12 May 2010 (*ATA v. Jordan*).

[109] Agreement Between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, signed 2 August 1993, entered into force 23 January 2006.

[110] *ATA v. Jordan*, paras 46-54.

[111] Ibid., paras 71-72.

[112] Ibid., paras 73-78.

[113] BIT ระหว่างจอร์แดนกับตุรกี มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 2006 ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดและเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการในวันที่ 24 มกราคม ค.ศ. 2006 และศาลสูงสุดของจอร์แดนมีคำพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์เมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 2007

[114] *ATA v. Jordan*, paras 63-66.

อนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถรับข้อเรียกร้องทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้พิจารณาได้เนื่องจากไม่มีเขตอำนาจในด้านเวลา (jurisdiction *ratione temporis*)[115] ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลที่ให้เลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการ (extinction of arbitral agreement) นั้น เป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจในด้านเวลาของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากสิทธิตามสัญญาของ ATA ที่จะอนุญาโตตุลาการถูกยกเลิกโดยคำพิพากษาของศาลสูงสุดหลังจากที่สนธิสัญญาฯ มีผลใช้บังคับแล้ว และสิทธิที่พิพาทนั้นเป็นเอกเทศจากการลงทุนเดิม (underlying investment) ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิที่จะอนุญาโตตุลาการจึงอยู่ในเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ[116]

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เหตุที่ศาลจอร์แดนพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลงเนื่องจากตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจอร์แดนที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี 2001 มาตรา 51 กำหนดให้สิทธิในการอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงหากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอน[117] ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ผู้ร้องทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกับ APC ในปี 1998 ที่ไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกศาลเพิกถอน คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ตามข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์กแล้ว รัฐจะต้องยอมรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและต้องงดเว้นจากการใช้เขตอำนาจในการระงับข้อพิพาทที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ การที่กฎหมายของจอร์แดนกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงหากมีการเพิกถอนคำชี้ขาด มีผลทำให้คู่พิพาทจะต้องระงับข้อพิพาทในศาลของจอร์แดน[118] การเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงขัดต่อตัวบทและเจตนารมย์ของ BIT[119] และไม่สอดคล้องกับข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์ก[120] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายกับข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์กอยู่ที่การมีผลย้อนหลัง (retroactivity) ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นก่อนที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะมีผล ศาลอุทธรณ์และฎีกาของจอร์แดนควรปฏิเสธที่จะใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ดังนั้น การเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเมิดพันธกรณีตาม BIT แต่ไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า การเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการละเมิด BIT ข้อใด[121] เป็นไปได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการเวนคืน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า ผลย้อนหลังของกฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งทำให้สิทธิที่จะอนุญาโตตุลาการระงับลงเป็นการพรากไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ร้อง[122] และเป็นการละเมิดพันธกรณี MFN ตามข้อ II(2) ซึ่งทำให้ผู้ร้องต้องได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในความตกลงที่จอร์แดนทำกับรัฐที่สาม รวมถึงการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมดังที่

---

[115] Ibid., paras 102-3.

[116] Ibid., paras 118-20.

[117] Ibid., para 116. กฎหมายมาตรา 51 ส่วนท้ายกำหนดว่า “the final decision nullifying the award results in extinguishing the arbitration agreement.”

[118] Ibid., para 124.

[119] Ibid., para 126.

[120] Ibid., para 128

[121] Ibid., paras 125, 133.

[122] Ibid., para 126.

ปรากฏใน BIT ระหว่างจอร์แดนกับสหราชอาณาจักร และการประติบัติไม่ด้อยไปกว่าที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดตามที่ปรากฏใน BIT ระหว่างจอร์แดนกับสเปนด้วย[123] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเยียวยาที่เหมาะสมในกรณีนี้ได้แก่การคืนสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแก่ผู้ร้อง (restoration of the right to arbitrate)[124]

4.4 *Frontier Petroleum Services Ltd. v. Czech Republic:* ศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

Frontier Petroleum Services Ltd. v. Czech Republic[125] เป็นคดีระหว่าง Frontier Petroleum Services Ltd ผู้ร้อง ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศแคนาดากับสาธารณรัฐเช็ก และระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างแคนาดากับสาธารณรัฐเช็ก[126] จากการที่ศาลสาธารณรัฐเช็กปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างผู้ร้องกับ Moravan Aeroplanes, a.s. (MA) ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของสาธารณรัฐเช็กโดยอ้างว่าการบังคับตามคำชี้ขาดขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) เรื่องความเท่าเทียมของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย Frontier Petroleum ผู้ร้องจึงดำเนินการอนุญาโตตุลาการตาม BIT กล่าวหาว่าสาธารณรัฐเช็กละเมิดพันธกรณีตาม BIT ที่กำหนดให้รัฐต้องกระตุ้นให้มีการเสริมสร้างบรรยากาศที่ส่งเสริมการลงทุนตามข้อ II(1) พันธกรณีในการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และการให้ความคุ้มครองและมั่นคงอย่างเต็มที่ตามข้อ III(1)[127] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าผู้ร้องมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนี้เนื่องจากข้อพิพาทเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการการลงทุน โดยสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์มีที่มาจากกิจกรรมที่เป็นการลงทุน[128] ในการพิจารณาความรับผิดของรัฐนั้น คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีอำนาจในการทบทวนการอ้างเหตุผลเรื่องนโยบายสาธารณะในการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามข้อ V(2)(b) ของอนุสัญญานิวยอร์ก เมื่อไม่ปรากฏว่าในการพิจารณาคำร้องขอยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดศาลมีการกระทำตามอำเภอใจ เลือกประติบัติ หรือทุจริต อีกทั้งผู้ร้องได้รับโอกาสในการยื่นข้อโต้แย้งทางกฎหมายเกี่ยวกับการตีความอนุสัญญานิวยอร์ก จึงไม่อาจถือได้ว่ามีการละเมิดพันธกรณีในการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม[129]

---

[123] Ibid., para 125 และ footnote 16.

[124] Ibid., para 131.

[125] *Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic*, PCA, Final Award, IIC 465 (2010), 12 November 2010 (*Frontier v. Czech Republic*).

[126] Agreement between the Government of Canada and the Government of the Czech and Slovak Federal Republic for the Promotion and Protection of Investments, dated 15 November 1990, entered into force 9 March 1992.

[127] *Frontier v. Czech Republic*, paras 26-28.

[128] Ibid., para 231.

[129] Ibid., para 529.

4.5 *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine:* ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine[130] เป็นคดีระหว่าง GEA *Group Aktiengesellschaft* (GEA) ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีกับยูเครน GEA ลงทุนในยูเครนโดยรับโอนสิทธิตามสัญญา Fuel Conversion Contract ที่มีต่อ OJSC Oriana ซึ่งเป็นกิจการโรงงานปิโตรเคมีที่เป็นเคยเป็นของรัฐ GEA Group เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ICSID ภายใต้ BIT ระหว่างเยอรมนีกับยูเครน[131] เนื่องจากการที่ศาลยูเครนปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งระงับข้อพิพาทตามสัญญาระงับข้อพิพาทและสัญญาชำระเงินคืนด้วยเหตุที่สัญญาชำระเงินคืนซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ICC นั้นได้ลงนามโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจทำการแทน Oriana จึงส่งผลให้สัญญาเป็นโมฆะ โดยกล่าวหาว่า การกระทำดังกล่าว เป็นการเวนคืน และละเมิดพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ไม่ใช่การลงทุนตาม BIT และอนุสัญญา ICSID[132] เพราะคำชี้ขาดเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการจัดการกับสิทธิและหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาระงับข้อพิพาท (Settlement Agreement) และสัญญาชำระเงินคืน (Repayment Agreement) เท่านั้น ซึ่งทั้งสองสัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช่การลงทุนด้วย[133] แม้จะเห็นว่าสัญญาระงับข้อพิพาทและสัญญาชำระเงินคืนดังกล่าวเป็นการลงทุน คำชี้ขาดที่วินิจฉัยสิทธิหน้าที่อันเกิดขึ้นจากการลงทุนก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการลงทุนเช่นกัน เพราะคำชี้ขาดโดยลำพังไม่ได้ก่อให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ ในยูเครน จึงไม่อยู่ในนิยามคำว่า “การลงทุน” ในความหมายข้อ 1(1) ของ BIT และข้อ 25 ของอนุสัญญา ICSID[134] คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC

อย่างไรก็ดี คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐอันเกิดจากการไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ไว้ด้วย โดยเห็นว่าการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการกระทำที่บกพร่องอย่างร้ายแรง (egregious)[135] แต่ผู้ร้องไม่สามารถแสดงหลักฐานให้เห็นว่าการกระทำของศาลยูเครนมีข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง หรือข้อบกพร่องที่นอกเหนือจากการใช้บังคับกฎหมายของยูเครน หรือมีการกระทำที่เป็นการลดทอนโอกาสที่ผู้ร้องจะได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC อย่างไร ดังนั้น การไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจึงไม่เป็น

---

[130] *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB/08/16, IIC 487 (2011), Award, 31 March 2011 (*GEA v. Ukraine*).

[131] Germany-Ukraine BIT (1993), signed 15 February 1993, entered into force 29 June 1996.

[132] *GEA v. Ukraine*, paras 157, 161-62.

[133] Ibid., para 161.

[134] Ibid., para 162. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, adopted 18 March 1965, entered into force 14 October 1966.

[135] Ibid., paras 232-33.

การเวนคืน[136] นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่าการไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม เนื่องจากผู้ร้องไม่อาจแสดงได้ว่าคำพิพากษาของศาลยูเครนมีความไม่เหมาะสมและไม่อาจเชื่อถือได้อย่างชัดแจ้ง (clearly improper and discreditable) ถึงขนาดที่ขัดต่อมาตรฐานในการอำนวยความยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป (“generally accepted standards of the administration of justice”)[137]

4.6 *White Industries v. India:* ศาลพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างล่าช้า และรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ทำขึ้นในอินเดีย

White Industries v. India[138] เป็นคดีระหว่าง White Industries บริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียกับอินเดียตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย[139] เกี่ยวกับความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ซึ่งระงับข้อพิพาทตามสัญญาจำหน่ายเครื่องมือและพัฒนาเหมืองถ่านหินในอินเดียระหว่าง White Industries กับ Coal India คณะอนุญาโตตุลาการ ICC คำชี้ขาดให้ White Industries ได้รับเงินโบนัสและได้รับหลักประกัน (Bank guarantee) คืน White Industries จึงร้องขอให้ศาลสูงของเมืองเดลี (Delhi High Court) บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ Coal India ก็ได้ร้องขอให้ศาลสูงเมืองกัลกัตตา (Calcutta High Court) เพิกถอนคำชี้ชาด ซึ่งศาลได้เพิกถอนคำชี้ขาด White Industries จึงอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ในระหว่างที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา White Industries ก็ได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการตาม BIT ระหว่างออสเตรเลียกับอินเดีย โดยกล่าวหาว่าการที่ศาลอินเดียบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการล่าช้าถึง 9 ปีเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม BIT ไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง การเวนคืนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย[140]

คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า White Industries เป็นนักลงทุนตามความหมายของคำว่า “นักลงทุน” ในข้อ 1 ของ BIT ซึ่งกำหนดให้นักลงทุนรวมถึงบริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายภายในของรัฐภาคี[141] และ White Industries มีการลงทุนในอินเดียโดยการทำสัญญาจำหน่ายเครื่องมือและพัฒนาเหมืองถ่านหินเป็นการลงทุน เพราะเป็นสิทธิที่จะได้รับเงินหรือที่จะได้รับการชำระหนี้กระทำการซึ่งมีมูลค่าเป็นตัวเงิน (“right to money or to any performance having a financial value, contractual or otherwise”)

---

[136] Ibid., para 236.

[137] Ibid., para 319.

[138] *White Industries Australia limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award 20 November 2011 (*White v. Industries v India*).

[139] Agreement Between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments, dated 26 February 1999, entered into force 4 May 2000.

[140] *White Industries v. India*, paras 4.3.1-4.6.1.

[141] Ibid., para 7.2.1.

ตามข้อ 1(c)(iii)[142] และยังเป็นการลงทุนในความหมายของข้อ 1(c) (iv) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่จำเป็นสำหรับดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (“rights required to conduct economic activity”)[143] ส่วนสิทธิที่จะได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของการลงทุนดั้งเดิม (original investment) จึงเป็นการลงทุน[144] คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าไม่ได้ละเมิดพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และไม่ได้มีการเวนคืน แต่ละเมิดพันธกรณีการให้การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งตามข้อ 4(2) ของ BIT ซึ่งมีผลทำให้อินเดียต้องจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิของนักลงทุนตามข้อ 4(5) ของ BIT ระหว่างอินเดียกับคูเวต

ในส่วนของการเยียวยา คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าหากอินเดียจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะบังคับได้ตามกฎหมายของอินเดียหรือไม่ และพิจารณาว่าค่าสินไหมทดแทนที่จะทำให้ White Industries กลับสู่สถานการณ์ที่การละเมิด BIT ไม่เกิดขึ้น[145] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าหากไม่มีการละเมิด BIT ดังกล่าว White Industries ก็คงจะได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาด เพราะไม่มีเหตุที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC ทั้งตามอนุสัญญานิวยอร์กและตามรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอินเดีย[146] ดังนั้นค่าสินไหมทดแทนที่ White Industries ควรจะได้รับจึงรวมจำนวนเงินที่ White Industries มีสิทธิที่จะได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC พร้อมด้วยดอกเบี้ย[147]

4.7 *Anglia Auto v. Czech Republic:* ศาลภายในไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

คดี *Anglia v. Czech Republic*[148] เป็นข้อพิพาทระหว่างบริษัท Anglia Auto Accessories Ltd. ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรกับรัฐบาลสาธารณรัฐเช็กตามสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐเช็กและสโลวัค[149] ผู้ร้องลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิตอุปกรณ์ยานยนต์ (automobile accessories) ในสาธารณรัฐเช็กโดยทำธุรกิจร่วมกับ VDI Kyjovan ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากความล้าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ที่วินิจฉัยให้ VDI Kyjovan ชำระเงินแก่ Anglia ผู้ร้องอ้างว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืนขัดต่อข้อ 5 ของ BIT และเป็นการละเมิดพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตาม BIT ข้อ 2(2)[150]

---

[142] Ibid., paras 7.3.8. and 7.4.5

[143] Ibid., para 7.4.5.

[144] Ibid., paras 7.6.1-7.6.10.

[145] Ibid., para 14.1.1.

[146] Ibid., para 14.3.6

[147] Ibid., para 16.1.1.

[148] *Anglia Auto Accessories Limited v. Czech Republic*, Final Award, SCC Case No. V. 2014/181, IIC 929 (2017), 10 March 2017 (*Anglia v. Czech Republic*).

[149] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Czech and Slovak Federal Republic for the Promotion and Protection of Investments, signed 10 July 1990, entered into force 26 October 1992.

[150] *Anglia v. Czech Republic*, paras 3-4.

คณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้นักลงทุนได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเป็นการลงทุนตามข้อ 1 เพราะเป็นสินทรัพย์ของนักลงทุน (“asset belonging to an investor”) และยังเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้เงินหรือหนี้กระทำการตามสัญญาที่มีมูลค่าเป็นตัวเงินตามข้อ 1(a)(iii) ด้วย (“claims to money or to any performance under contract having a financial value”)[151]

ในส่วนความรับผิดของสาธารณรัฐเช็กนั้น ผู้ร้องอ้างว่าความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์เป็นการเวนคืนขัดต่อข้อ 5 BIT และเป็นการละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามข้อ 2(2) ของ BIT ระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐเช็ก แต่เนื่องจากข้อ 8 (1) ของ BIT กำหนดไว้ว่า ข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน แต่ไม่รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมด้วย[152] คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่า พันธกรณีการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง สามารถที่จะขยายประเภทของข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนออกไปเพื่อครอบคลุมข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างรัฐกับนักลงทุนดังที่กำหนดไว้ในข้อ 8(2)(d) ของ BIT ระหว่างสาธารณรัฐเช็กกับไซปรัส คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า ข้อ 8(1) ของ BIT กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าพันธกรณีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและพันธกรณีการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ตามข้อ 2(2) ของ BIT นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตที่รัฐภาคีให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ[153] นอกจากนี้ ตามข้อ 8(1) ดังกล่าวข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อ 3 พันธกรณีในการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งยังไม่อาจระงับโดยอนุญาโตตุลาการอีกด้วย[154] ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามข้อ 2(2) ของ BIT

การพิจารณาความรับผิดของรัฐในคดีนี้จึงเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการเวนคืนเป็นสำคัญ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า กรณีที่จะเป็นการเวนคืนนั้น จะต้องมีการพรากไปซึ่งมูลค่าการลงทุนอย่างถาวรและไม่อาจเพิกถอนได้ (permanent and irreversible deprivation)[155] เมื่อผู้ร้องได้รับการชำระหนี้ส่วนมากไปแล้วโดยผ่านการบังคับคดีกับลูกหนี้ของ VDI Kyjovan และบัญชีธนาคารของ VDI Kyjovan ประมาณร้อยละ 77 ของเงินต้นตามคำชี้ขาด จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้ร้องถูกพรากไปซึ่งสิทธิเรียกร้องที่จะได้

---

[151] *Anglia v. Czech Republic*, para 151.

[152] Article 8(1) of the BIT provides: “Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under Articles 2(3), 4, 5 and 6 of this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four months from written notification of a claim, be submitted to arbitration under paragraph (2) below if either party to the dispute so wishes.”

[153] *Anglia v. Czech Republic*, para 190.

[154] Ibid., paras 191-92.

[155] Ibid., para 292.

รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาด[156] คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า แม้ว่าจะมีความยุ่งยากในการบังคับและถึงแม้ว่าจะใช้เวลายาวนานในการบังคับก็ตาม แต่ไม่อาจถือได้ว่าความบกพร่องในกระบวนการบังคับเกิดจากระบบศาลภายใน เพราะผู้ร้องเองก็มีส่วนทำให้กระบวนการล่าช้าด้วย[157] นอกจากนี้ ความล้าช้าในการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ของ VDI Kyjovan ก็เกิดขึ้นจาก VDI Kyjovan เองซึ่งไม่ได้เป็นบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของหรือควบคุมอยู่[158] การที่ผู้ร้องประสบความสำเร็จในกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดในศาลสาธารณรัฐเช็กอยู่หลายครั้ง แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้นิ่งเฉยแต่ได้มีคำวินิจฉัยตามที่ผู้ร้องร้องขอและเยียวยาความบกพร่องในกระบวนการบังคับ[159] คณะอนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องว่ามีการเวนคืน

5. วิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีเกี่ยวกับการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ

5.1 เขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์

จากคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเกี่ยวข้องกับการที่ศาลกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการที่ศึกษาส่วนที่ 4 จะเห็นว่าประเด็นเรื่องเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นประเด็นแรกที่คณะอนุญาโตตุลาการมักจะต้องพิจารณา ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการตีความขอบเขตการใช้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนซึ่งเกี่ยวกับขอบเขตของความยินยอมของรัฐในการอนุญาโตตุลาการกับนักลงทุน

5.1.1 เขตอำนาจในด้านเวลา (Jurisdiction Ratione Temporis)

หลักกฎหมายสนธิสัญญามีอยู่ว่าสนธิสัญญาจะไม่ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับ หลัก non-retroactivity of the treaties นี้ปรากฏอยู่ในข้อ 28 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา[160] ความตกลงฯ บางฉบับอาจมีข้อบทเกี่ยวกับเวลาที่ความตกลงฯ มีผลไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น ข้อ 29 ของความตกลงอาเซียนว่าด้วยการลงทุน[161] แต่ถึงแม้ว่าความตกลงฯ จะไม่ได้มีข้อบทเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ คณะอนุญาโตตุลาการก็จะนำหลักกฎหมายสนธิสัญญามาใช้

---

[156] Ibid., paras 293-94.

[157] Ibid., para 297

[158] Ibid., para 299.

[159] Ibid., paras 301-02.

[160] Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980, Article 28:

> Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

[161] ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), dated 26 February 2009, entered into force 24 February 2012.

ด้วยเหตุนี้ คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของศาลอันเกิดขึ้นก่อนที่ความตกลงฯ จะมีผลใช้บังคับ แม้ว่า BIT จะใช้บังคับกับการลงทุนที่ทำขึ้นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับก็ตาม ปัญหาสำคัญที่คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาก็คือ ข้อพิพาทเกิดขึ้นเมื่อใด และข้อพิพาทที่เป็นประเด็นในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์กับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นในการพิจารณาของศาลภายในเป็นข้อพิพาทเดียวกันหรือไม่ ดังเช่นในคดี *ATA v. Jordan* ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่อาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่ศาลจอร์แดนเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนวันที่ BIT จะมีผลบังคับ เพราะคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อพิพาทซึ่งนำมาสู่การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทเดียวกับข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการ FIDIC ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่มีการยื่นหนังสือแสดงความจำนงที่จะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ FIDIC ดังนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่สามารถรับข้อเรียกร้องทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้พิจารณาได้เนื่องจากไม่มีเขตอำนาจในด้านเวลา (jurisdiction *ratione temporis*)[162]

5.1.2 เขตอำนาจเหนือประเภทของข้อพิพาท: นิยามการลงทุน

ประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการที่คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่ามีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีหรือไม่ ก็คือ ประเด็นที่ว่านักลงทุนได้มีการลงทุนหรือไม่ เพราะหากนักลงทุนจะอ้างความคุ้มครองภายใต้ความตกลงซึ่งรวมถึงกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงฯ นั้น นักลงทุนจะต้องมีการลงทุนในความหมายของความตกลงฯ ที่ต้องการอ้างความคุ้มครองเสียก่อน นอกจากนี้ หากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในกรอบของอนุสัญญา ICSID ตามข้อ 25 ซึ่งกำหนดว่าข้อพิพาทจะต้องเป็นข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุน[163] ด้วยเหตุนี้ รัฐที่ถูกร้องอาจยกข้อต่อสู้ว่านักลงทุนไม่มีการลงทุนในความหมายของความตกลงฯ เนื่องจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นการลงทุน

แนวทางการพิจารณาว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเป็นการลงทุนหรือไม่สามารถแบ่งออกแนวคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการได้สองแนวทาง แนวทางแรก คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาที่มาของข้อพิพาทที่นำไปสู่การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ว่ามาจากกิจกรรมหรือธุรกรรมที่เป็นการลงทุนหรือไม่ เนื่องจากสิทธิตามคำชี้ขาดโดยลำพังไม่ได้เกิดขึ้นจากคำชี้ขาด แต่เกิดจากสัญญาอันเป็นที่มาของข้อพิพาทนั้น ดังที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* กล่าวว่า “The rights embodied in the ICC Award were not created by the Award but arise out of the Contracts. The ICC Award crystallized the parties’ rights and obligations under the original contract.”[164] คดีอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็น *Frontier v. Czech Republic*, *Romak v. Uzbekistan, White Industries v. India* มีแนวทางการพิจารณาเช่นเดียวกับคดี Saipem คณะอนุญาโตตุลาการใน

[162] *ATA v. Jordan*, paras 102-3.

[163] ICSID Convention Article 25(1): “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment …’.

[164] *Saipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, para 127.

คดี *White Industries* กล่าวว่า “awards made by tribunals arising out of disputes concerning ‘investments’ [...] under BITs represent a continuation or transformation of the ‘original investment’”[165] ดังนั้น ถ้าหากว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจของนักลงทุนอันเป็นที่มาของข้อพิพาทไม่ใช่การลงทุนแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ก็ไม่อาจถือว่าเป็นการลงทุน

แนวทางที่สอง คือการพิจารณาว่าคำชี้ขาดโดยลำพังเป็นการลงทุนหรือไม่ คดีที่สนับสนุนแนวทางนี้ได้แก่ *GEA v. Ukraine* และ *Anglia v. Czech Republic* ในคดี *GEA v. Ukraine* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำชี้ขาดเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการจัดการกับสิทธิและหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาที่พิพาทกันเท่านั้น[166] คำชี้ขาดโดยลำพังไม่ได้ก่อให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ จึงไม่อยู่ในนิยามคำว่า “การลงทุน”[167] แนวการพิจารณาในคดี GEA นี้เป็นแนวทางในการตีความคำว่าการลงทุนอย่างแคบ[168] โดยปฏิเสธที่จะพิจารณาที่มาของกิจกรรมการทางเศรษฐกิจอันเป็นที่มาของข้อพิพาท ในทางตรงข้าม คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Anglia v. Czech Republic* เห็นว่าคำชี้ขาดโดยลำพังเป็นการลงทุน เนื่องจากผู้ร้องซึ่งชนะคดีในการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีสิทธิที่จะได้ค่าสินไหมทดแทนมีสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับเงิน (claim to money) ทั้งยังอาจถือได้ว่าผู้ร้องมีสิทธิเรียกให้ปฏิบัติการชำระหนี้ภายใต้สัญญาซึ่งมีค่าเป็นตัวเงิน (“claim to ... performance under contract having a financial value”) ด้วย[169]

สำหรับประเด็นที่ว่าสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (right to arbitrate) เป็น “การลงทุน” หรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *ATA v. Jordan* เห็นว่าสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการลงทุนในตัวเอง ตามข้อ I(2)(a)(ii) ของ BIT ซึ่งกำหนดว่าการลงทุนหมายรวมถึง ‘สิทธิเรียกร้อง ที่จะได้รับเงินหรือสิทธิอื่น ๆ ที่จะได้รับการชำระหนี้ที่มีมูลค่าทางการเงินซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุน’ (“claims to money or any other rights to legitimate performance having financial value related to an investment”) แนวทางการพิจารณาว่าสิทธิในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการลงทุนในตัวเองเช่นนี้ถูกวิจารณ์เป็นการตีความอย่างกว้างเกินไปและอาจส่งผลให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับเรื่องใด ๆ ก็ตาม ถือเป็นการลงทุนภายใต้ความคุ้มครองของ BIT ทั้งสิ้น[170]

---

[165] *White Industries v. India*, para 7.6.8.

[166] *GEA v Ukraine*, para 161.

[167] Ibid., para 162.

[168] Loukas A. Mistelis, “Awards as an Investment: The Value of an Awards or the Cost of Non-Enforcement,” *ICSID Review* 28, no. 1 (2013): 81.

[169] *Anglia v. Czech Republic*, para 151.

[170] Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, 203.

5.1.3 เขตอำนาจเหนือประเภทของข้อพิพาท: Types of breach

ความตกลงฯ อาจจำกัดประเภทของข้อพิพาทที่อาจระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ โดยอาจกำหนดไว้ว่าเฉพาะข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีบางข้อที่ระบุไว้เท่านั้นจึงจะใช้การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ ดังเช่น BIT ระหว่างอิตาลีกับบังคลาเทศที่ได้รับการพิจารณาในคดี *Saipem v. Bangladesh* ข้อ 9(1) ของ BIT ดังกล่าวกำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าชดเชยในกรณีที่มีการเวนคืนเท่านั้นที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

ปัญหาว่านักลงทุนจะสามารถอ้างพันธกรณีในการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) เพื่อนำข้อบทเรื่องการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาอื่นที่รัฐผู้รับการลงทุนทำกับรัฐที่สามมาใช้เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีที่รัฐไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ ข้อกล่าวอ้างในลักษณะนี้เป็นประเด็นในคดี *Anglia v. Czech Republic*[171] คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องที่ว่าพันธกรณี MFN ตามข้อ 3 ของ BIT สามารถที่จะขยายประเภทของข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนออกไป เพื่อครอบคลุมข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างรัฐกับนักลงทุนดังที่กำหนดไว้ใน BIT ที่รัฐทำกับรัฐที่สาม เนื่องจากข้อบทของ BIT ระหว่างสหราชอาณาจักรกับสาธารณรัฐเช็ก กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าพันธกรณีการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและพันธกรณีการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ตามข้อ 2(2) ของ BIT นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตที่รัฐภาคีให้ความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ[172] นอกจากนี้ พันธกรณี MFN ยังเป็นข้อพิพาทที่นักลงทุนไม่สามารถยื่นข้อเรียกร้องให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยได้อีกด้วย[173]

มีข้อน่าพิจารณาว่าถ้าหากสนธิสัญญากำหนดให้นักลงทุนสามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับพันธกรณี MFN แล้วผลการวินิจฉัยจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ เพราะหาก BIT กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถรับพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดข้อบท MFN คณะอนุญาโตตุลาการก็จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการตีความและขอบเขตของข้อบท MFN ซึ่งประเด็นที่ว่านักลงทุนสามารถอ้างพันธกรณี MFN เพื่ออ้างการประติบัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในความตกลงฯ ฉบับอื่นที่รัฐผู้รับการลงทุนทำกับรัฐที่สามได้หรือไม่เป็นประเด็นที่ถูกถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง[174] และ

---

[171] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Czech and Slovak Federal Republic for the Promotion and Protection of Investments, dated 10 July 1990, entered into force 26 October 1992.

[172] *Anglia v. Czech Republic*, para 190.

[173] Ibid., paras 191-92.

[174] Zachery Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails," *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011): 97–113; S. Schill, "Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction—A Reply to Zachary Douglas," *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 2 (2011): 353–71; Patrick Dumberry, "The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs," *ICSID Review* 32, no. 1 (2017): 116–37; Facundo Pérez-Aznar, "Menzies Middle East and Africa SA and Aviation Handling Services International Ltd v. Senegal: Consent to International Jurisdiction and the Limits of Most-Favoured-Nation Clauses," *ICSID Review* 34, no. 1 (2019): 190–95.

แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้ยังคงแตกต่างกัน[175] สำหรับการอ้างพันธกรณี MFN เพื่อขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการดังเช่นในคดี *Anglia v. Czech Republic* นั้น แนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการยังไม่สอดคล้องกัน แนวคำวินิจฉัยในคดีส่วนใหญ่เห็นว่านักลงทุนไม่สามารถอ้างข้อบท MFN เพื่อขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่รัฐไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างความตกลงกับรัฐที่สามได้ เพราะเห็นว่าเมื่อความตกลงฯ ได้กำหนดข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะแล้ว นักลงทุนไม่อาจหลีกเลี่ยงข้อบทดังกล่าวโดยอ้างข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในความตกลงอื่นโดยอาศัยข้อบท MFN ได้[176] ในขณะที่บางคดี เช่น ในคดี *Rosinvest v. Russia* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการเป็นผลธรรมดาของการปรับใช้ข้อบท MFN[177]

5.2 การพิจารณาความรับผิดของรัฐในการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ

งานวิจัยในส่วนนี้จะได้วิเคราะห์แนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนใน 3 เรื่องด้วยกัน คือ การเวนคืน การประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม และการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ

5.2.1 การเวนคืน

จากคดีที่ศึกษาส่วนที่ 4 พบว่ามีหลายกรณีที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ละเมิดพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเรื่องการคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ศาลไม่ยอมรับการมีอยู่ของคำชี้ขาด การเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ การที่ศาลพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง การปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ดี มีเพียงสองคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีการกระทำที่เป็นการเวนคืน ได้แก่ คดี *Saipem v. Bangladesh* ที่และ *ATA v. Jordan* ซึ่งในสองคดีนี้

---

[175] *Maffezini v. Spain*, paras 54-56 (MFN ครอบคลุมถึงการระงับข้อพิพาทด้วย); *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012, para 239 (ไม่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยในคดี *Maffezini v. Spain*); Suzy H. Nikièma, "The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties," IISD Best Practices Series (International Institute for Sustainable Development, February 2017) <https://www.iisd.org/publications>.

[176] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para 212; *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 16 September 2006, para 92; *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 April 2006, paras 178-80.

[177] *Rosinvest v. Russia* para 131; *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, para 79.

การกระทำของศาลที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่าเป็นการเวนคืนมีความแตกต่างกัน ในคดี *Saipem v. Bangladesh* ศาลไม่ยอมรับความมีอยู่ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC เนื่องจากศาลได้เพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้ว ดังนั้น คำชี้ขาดจึงเป็นโมฆะ (nullity) เป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของ Saipem ที่จะได้รับประโยชน์จากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ICC[178] ในขณะที่ในคดี *ATA v. Jordan* นั้น ศาลภายในพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง ทำให้นักลงทุนไม่อาจเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่ได้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า เป็นการพรากไปซึ่งสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการเวนคืน ในขณะที่ในคดีอื่นที่นักลงทุนกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืนนั้น คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างเนื่องจากยังไม่มีการกระทำที่ถึงขนาดเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิ ในคดี *White Industries v. India* แม้ว่าจะมีการพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดอย่างล่าช้า และศาลได้รับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาด แต่ศาลยังไม่ได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดและยังไม่ได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาด จึงยังไม่เป็นการเวนคืน หรือกรณีที่นักลงทุนได้ชำระหนี้ตามคำชี้ขาดไปส่วนแล้ว ก็ไม่อาจถือว่านักลงทุนได้ถูกพรากไปซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจในการใช้หรือได้รับประโยชน์จากการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ เช่น ในกรณี *Anglia v. Czech Republic* นักลงทุนได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดไปร้อยละ 77 ของหนี้ตามคำชี้ขาดแล้ว จึงไม่อาจถือได้ว่ามีการเวนคืน[179]

จากแนวคำชี้ขาดดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวทางในการวินิจฉัยว่าการกระทำของศาลในการกำกับดูแลและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์เป็นการเวนคืนหรือไม่ได้ดังนี้

<u>*ประการแรก*</u> การกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการที่จะเป็นการเวนคืนนั้นต้องเป็นกรณีที่การกระทำของศาลมีผลกระทบเป็นการพรากไปซึ่งสิทธิของนักลงทุนในการใช้หรือได้รับประโยชน์จากการลงทุนอย่างสิ้นเชิงหรืออย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น ถ้าหากผลกระทบยังไม่ถึงขนาดที่ทำให้นักลงทุนสูญเสียสิทธิในการใช้หรือได้รับประโยชน์จากการลงทุนอย่างสิ้นเชิงหรืออย่างมีนัยสำคัญแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเวนคืน อย่างไรก็ดี ยังคงมีประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบกล่าวคือในการพิจารณาผลกระทบนั้น จะต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้ที่นักลงทุนจะได้รับการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดในต่างประเทศหรือไม่ เนื่องจากอาจมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้ว่าศาลของรัฐคู่พิพาทจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดให้ หรือพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาด นักลงทุนยังมีโอกาสได้รับการชำระหนี้ตามคำชี้ขาดในประเทศอื่นอยู่ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* ได้ตระหนักถึงปัญหานี้ แต่เห็นว่าไม่กระทบต่อคำวินิจฉัยว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน เพราะการบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศเป็นไปไม่ได้ในคดีนี้เนื่องจากบังคลาเทศเป็นฝ่ายยอมรับเองว่า Petrobangla ไม่มีทรัพย์สินนอกบังคลาเทศ[180] น่าคิดว่าถ้าหากเป็นกรณีที่นักลงทุนยังคงมีโอกาสบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศ การที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดจะถือว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่

---

[178] *Saipem v. Bangladesh*, Award, paras 128-29.

[179] *Anglia v. Czech Republic*, paras 293-94.

[180] *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 130

ผู้วิจัยเห็นว่า ถ้าเป็นกรณีที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด และรัฐสามารถยกข้อต่อสู้ว่านักลงทุนยังสามารถบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศได้เพราะฝ่ายลูกหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยังมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้ในต่างประเทศ เป็นไปได้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาว่าการกระทำของศาลไม่เป็นการเวนคืน แต่การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรสนับสนุนอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีข้ออื่นได้ เช่น พันธกรณีการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม หากเป็นกรณีที่ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และศาลที่เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นเป็นศาลในรัฐที่เป็นที่ตั้งของการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) แล้ว โอกาสที่นักลงทุนจะบังคับตามคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนแล้วในต่างประเทศเป็นไปได้น้อย เนื่องจากตามอนุสัญญานิวยอร์กข้อ V(1)(e) ศาลของรัฐต่างประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาฯ สามารถที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดได้หากคำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลของรัฐที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น กรณีนี้มีความเป็นไปได้มากว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าเป็นการเวนคืน (โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองประกอบด้วย)

ประการที่สอง แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะให้ความสำคัญกับผลกระทบแต่แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ก็พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลด้วย ในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการพิจารณาผลของการกระทำของศาลเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะสรุปว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน มิฉะนั้นแล้วการที่ศาลภายในเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นการกระทำที่เป็นการเวนคืนทุกกรณีแม้ว่าจะตัดสินโดยมีเหตุผลที่ชอบธรรมก็ตาม[181] แนวคำวินิจฉัยนี้แตกต่างจากคดีอื่น ๆ ที่มักจะให้ความสำคัญกับผลกระทบกับการกระทำมากกว่า (sole-effect doctrine)[182] ปัญหาว่าแนวคำวินิจฉัยนี้แตกต่างกับแนวทางการตีความการกระทำที่เป็นการเวนคืนที่มุ่งพิจารณาผลกระทบเป็นสำคัญโดยไม่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐหรือไม่ ในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการค่อนข้างระมัดระวังไม่ให้เกิดความเข้าใจว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวทางการพิจารณาการกระทำที่เป็นการเวนคืนขัดกับแนวทาง sole-effect doctrine ประการแรก คณะอนุญาโตตุลาการอ้างความเห็นของคู่กรณีที่เห็นตรงกันว่าการกระทำของรัฐจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อที่จะสนับสนุนข้อกล่าวอ้างว่ามีการเวนคืน[183] ประการที่สอง คณะอนุญาโตตุลาการกล่าวชัดเจนว่า การวิเคราะห์การเวนคืนในคดีนี้ไม่ได้เป็นการแยกจากแนวทาง sole-effect doctrine เหตุที่ต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในคดีนี้เนื่องจากลักษณะพิเศษของข้อพิพาทและแนวทางต่อสู้คดีของคู่กรณีที่เห็นว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นปัจจัยสำคัญในการวิเคราะห์ว่าการกระทำของศาลภายในเป็นการเวนคืนหรือไม่[184]

---

[181] Ibid., paras 133-34.

[182] *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, paras 71-72.

[183] *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 133.

[184] Ibid., 134.

ความเห็นของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *GEA v. Ukraine* สนับสนุนแนวทางการพิจารณาการกระทำของศาลที่เป็นการเวนคืนที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลประกอบ ไม่เพียงแต่พิจารณาผลกระทบแต่เพียงประการเดียว แม้ว่าในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาข้อเรียกร้องของผู้ร้อง แต่ก็ได้ให้ความเห็นในประเด็นที่ว่าการที่ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นการเวนคืนหรือไม่ เช่นเดียวกับคณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการคดี *GEA v. Ukraine* พิจารณาว่าการที่ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นคำตัดสินที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และมีข้อบกพร่องที่ร้ายแรงหรือไม่[185] เมื่อผู้ร้องไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องว่าศาลยูเครนใช้กฎหมายอย่างเลือกประติบัติเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ร้องได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด[186] การปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของศาลยูเครนจึงไม่เป็นการเวนคืน

ประการที่สาม ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาล คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง[187] เห็นได้จากในคดี *Saipem v Bangladesh* คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการที่ศาลภายในเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับอำนาจของศาลของรัฐที่เป็นถิ่นที่ตั้งของการอนุญาโตตุลาการในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าคู่พิพาททำการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีการกำหนดองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการเพิกถอนอำนาจอนุญาโตตุลาการนั้น คณะอนุญาโตตุลาการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการใช้อำนาจในทางมิชอบ (abuse of right) มาพิจารณา และอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งแสดงให้เห็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการเพิกถอนอำนาจตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากกว่าที่จะพิจารณากฎหมายภายในเท่านั้น แม้ว่าบังคลาเทศจะอ้างว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของบังคลาเทศมาตรา 5 ให้ศาลมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการหากคาดหมายว่าอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นธรรม (miscarriage of justice) ก็ตาม[188] อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าศาลอาจเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้หากมีการประพฤติมิชอบ (misconduct) และศาลภายในมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (substantial discretion) ในเรื่องนี้ แต่ศาลไม่อาจเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยเหตุผลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการประพฤติมิชอบและความเสี่ยงของการกระทำดังกล่าวอันมีผลต่อการระงับข้อพิพาทที่เป็นธรรม[189] นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาความสอดคล้องของการเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการกับพันธกรณีข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์ก แม้ว่าข้อ II ของ

---

[185] *GEA v. Ukraine*, paras 232-33.

[186] Ibid., para 236.

[187] สำหรับความเห็นที่ว่าการวินิจฉัยการเวนคืนโดยการกระทำทางตุลาการควรจะมีข้อพิจารณาแตกต่างจากการกระทำขององค์กรอื่นของรัฐ โปรดดู Prislan, "Judicial Expropriation in International Investment Law," 165-95.

[188] *Saipem v. Bangladesh*, Award, para 156.

[189] Ibid., para 159.

อนุสัญญาดังกล่าวจะไม่ได้เกี่ยวกับการเพิกถอนอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยตรง แต่ได้กำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยการให้คู่สัญญาระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าการเพิกถอนอำนาจขออนุญาโตตุลาการจะไม่ได้เป็นการไม่ยอมรับสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยตรง แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวมีผลในความเป็นจริงเป็นอุปสรรคไม่ให้มีการอนุญาโตตุลาการตามสัญญา แม้รัฐอาจอ้างว่าคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการยังคงสามารถริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่ได้ รัฐก็ยังละเมิดข้อ II อยู่นั่นเองหากการดำเนินดังกล่าวไม่อาจเป็นไปได้ในทางปฏิบัติเพราะมีความเสี่ยงเช่นเดิมที่ศาลจะแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ[190]

นอกจากนี้ ในคดี *ATA v. Jordan* คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในการที่ศาลมีคำพิพากษาให้สิทธิที่จะอนุญาโตตุลาการระงับลงประกอบการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม BIT ระหว่างจอร์แดนกับตุรกี ข้อ III เรื่องการเวนคืน และข้อ II การประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง[191] แม้ว่าเหตุที่ศาลจอร์แดนพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลงเนื่องจากตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของจอร์แดนที่มีผลใช้บังคับในภายหลังจากวันที่มีการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงหากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการเลิกสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีตาม BIT ระหว่างจอร์แดนกับตุรกี[192] และไม่สอดคล้องกับข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์กเพราะทำให้คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจอ้างข้อสัญญาดังกล่าวได้เพื่อเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการใหม่ มีข้อน่าสังเกตว่า หากมีข้อเท็จจริงแตกต่างจากคดีนี้ กล่าวคือ ถ้าคู่พิพาทได้ตกลงให้จอร์แดนเป็นที่ตั้งของการอนุญาโตตุลาการและให้กฎหมายจอร์แดนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งได้รู้ถึงข้อกฎหมายของจอร์แดนและยอมรับกฎหมายดังกล่าว ผลของคดีจะต่างกับกรณีนี้หรือไม่ ในคดี *ATA v. Jordan* คณะอนุญาโตตุลาการเปิดประเด็นนี้เอาไว้โดยกล่าวว่าเป็นไปได้ที่กรณีดังกล่าวการกระทำของศาลอาจจะไม่ขัดต่อข้อ II ของอนุสัญญานิวยอร์ก[193] ทำให้เป็นไปได้ว่าในกรณีดังกล่าวการกระทำของศาลที่ให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลงอาจจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืน

ในคดี *GEA v. Ukraine* ซึ่งนักลงทุนกล่าวหาว่าการที่ศาลยูเครนปฏิเสธการบังคับตามชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นการเวนคืน จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ศาลภายในไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการลงนามโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายของยูเครน สัญญาจึงเป็นโมฆะ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายยูเครนที่เกี่ยวข้อง แต่ดูลักษณะการปรับใช้กฎหมายของศาลว่ามีลักษณะบกพร่องร้ายแรงหรือมีการกระทำที่เกินไปกว่าการปรับใช้กฎหมายหรือจงใจขัดขวางไม่ให้ผู้ร้องได้รับชำระหนี้ตามคำชี้ขาดหรือไม่[194] อันที่จริงแล้วคณะอนุญาโตตุลาการสามารถอ้างข้อ V(1)(a) ของอนุสัญญา

[190] Ibid., paras 166-69.

[191] *ATA v. Jordan*, paras 81-82.

[192] Ibid., para 126.

[193] Ibid., para 128.

[194] *GEA v. Ukraine*, para 236.

นิวยอร์ก เพื่อสนับสนุนการวินิจฉัยในประเด็นนี้ได้ ตามข้อ V(1)(a) ศาลอาจปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หากคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไร้ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสามารถของคู่สัญญา ปัญหาเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในกรณีของนิติบุคคลนั้นอาจรวมถึงกรณีที่บุคคลธรรมดาไม่มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลด้วย[195] จึงอาจถือได้ว่าการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของศาลยูเครนจึงชอบแล้วตามกฎหมายยูเครนและสอดคล้องกับอนุสัญญานิวยอร์ก

ประการที่ 4 ในการกล่าวอ้างว่าการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน มีปัญหาดังที่ได้อธิบายมาแล้วส่วนที่ 3 ว่านักลงทุนจะต้องใช้ทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในจนหมดสิ้นหรือไม่จึงจะถือว่าเป็นการเวนคืนอย่างสมบูรณ์ เพราะถ้าหากนักลงทุนยังมีโอกาสที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลได้แล้วการกระทำของศาลล่างก็เพียงแต่พรากไปซึ่งสิทธิของนักลงทุนเพียงชั่วคราว สำหรับประเด็นนี้คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Saipem v. Bangladesh* เห็นว่านักลงทุนไม่จำต้องใช้ทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในจนหมดสิ้นเหมือนเช่นกรณีการปฏิเสธความยุติธรรม แต่คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงว่าผู้ร้องได้แสวงหาทางเยียวยาในระบบกฎหมายภายในอย่างสมเหตุสมผลแล้วด้วยประกอบด้วย[196] ทำให้อาจสรุปได้ว่าในการอ้างว่ามีการกระทำของศาลเป็นการเวนคืน นักลงทุนไม่จำต้องถึงขนาดต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในจนหมดสิ้นแต่ก็ควรต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีความพยายามตามสมควรแล้วแต่ไม่เป็นผล

5.2.2 การประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม

จากการศึกษาในส่วนที่ 4 พบว่ามีหลายกรณีที่นักลงทุนมักจะอ้างว่าการกระทำศาลในการกำกับดูแลและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีการให้การประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม ไม่ว่าจะเป็นการที่ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ การที่ศาลพิพากษาให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง ความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และการรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยนักลงทุนอ้างว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักกฎหมายซึ่งเป็นองค์ประกอบของการประติบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม การประติบัติตามอำเภอใจหรือเลือกประติบัติ หรือการไม่คุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการได้วางแนวการพิจารณาพันธกรณีดังกล่าว โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ก. การปฏิเสธความยุติธรรม

กรณีที่นักลงทุนกล่าวหาว่าการกระทำของศาลภายในเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมมีหลายกรณีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และความล่าช้าในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งศาลที่รับพิจารณาคำร้องขอเพิกถอน

---

[195] UNCITRAL Secretariat, *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (United Nations, 2016), 137.

[196] *Saipem v. Bangladesh*, Award, paras 181-83.

คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นประเด็นในคดี *White Industries v India* หรือการที่ศาลภายในไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดในคดี *GEA v. Ukraine* ซึ่งในคดีนี้แม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดว่าไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดี แต่คณะอนุญาโตตุลาการก็ได้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมไว้ ในทั้งสองคดี คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการปฏิเสธความยุติที่คดี *Mondev v. USA* ได้วางไว้ กล่าวคือ การกระทำที่จะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมและไม่อาจเชื่อถือได้อย่างชัดเจน (clearly improper and discreditable)[197] คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *White Industries v. India* ยังได้อ้างถึงคดี *Chevron v. Ecuador I* ที่วางหลักไว้ว่ากรณีที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมต้องเป็นการกระทำที่บกพร่องอย่างร้ายแรงและขัดต่อความยุติธรรมอย่างน่าตกใจ (“a particularly serious shortcoming and egregious conduct that shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”)[198]

ในทั้งสองคดี คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการกระทำของศาลที่ผู้ร้องกล่าวอ้างไม่มีข้อบกพร่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม ในคดี *GEA v. Ukraine* ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยมีเหตุผลว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะเพราะลงนามโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจลงนามผูกพันซึ่งไม่เป็นไปตามกฎหมายยูเครน แม้ผู้ร้องจะอ้างว่าศาลของยูเครนปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยไม่พิจารณาเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการ ICC เห็นว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการไม่เห็นด้วย เพราะศาลได้พิจารณาประเด็นนี้แล้ว เพียงแต่ศาลไม่ยอมรับความมีอยู่ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเพราะข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายของยูเครน[199] ดังนั้น ข้อกล่าวหาเกี่ยวกับความเหมาะสมของผลของการกระทำทางตุลาการของผู้ร้องจึงฟังไม่ขึ้น เพราะผู้ร้องไม่อาจแสดงได้ว่าคำพิพากษาของศาลยูเครนมีความไม่เหมาะสมและไม่อาจเชื่อถือได้อย่างชัดเจน ถึงขนาดที่ขัดต่อมาตรฐานในการอำนวยความยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป[200]

ส่วนในคดี *White Industries v. India* มีประเด็นเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องของนักลงทุนในการบังคับตามคำชี้ขาด และอุทธรณ์คำสั่งศาลที่รับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดจะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการไว้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นนี้ไว้ว่า ต้องพิจารณาหลายปัจจัยด้วยกัน รวมถึงความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณา ความจำเป็นที่ต้องพิจารณาอย่างเร่งด่วน พฤติกรรมของคู่กรณีและศาล ความสำคัญของประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง[201] ในการนำข้อพิจารณาดังกล่าวมาปรับใช้คดีนี้ คณะอนุญาโตตุลาการคำนึงถึงสถานการณ์ในรัฐและศาลภายในด้วย เช่น ประเด็นที่ว่าศาลอินเดียสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกอินเดียได้หรือไม่เป็นประเด็น

[197] *Mondev v. USA*, para 127; *White Industries v. India*, para 10.4.6.

[198] *Chevron v. Ecuador I*, para 244 *White Industries v. India*, para 10.4.7.

[199] *GEA v. Ukraine*, paras 315-16.

[200] Ibid., para 319.

[201] *White Industries v India*, paras 10.4.9-10.4.10.

ที่มีความซับซ้อนและมีการถกเถียงกันอย่างมาก[202] หรือการที่อินเดียเป็นประเทศกำลังพัฒนามีประชากรจำนวนมากและมีคดีค้างอยู่ในศาลจำนวนมาก[203]

ข. การไม่คุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุน

การคุ้มครองความคาดหวังของนักลงทุนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม คดี *White industries v. India* วางแนวทางในการพิจารณาความคาดหวังของนักลงทุนในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นักลงทุนอ้างความคาดหวังอันชอบธรรมจากการที่รัฐเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก ในคดี *White Industries v. India* นี้ผู้ร้องอ้างความคาดหวังว่าอินเดียซึ่งเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญานิวยอร์กจะใช้อนุสัญญาอย่างเหมาะสมเป็นไปตามมาตรฐานสากล และอินเดียจะให้ความยุติธรรมกับ White Industries โดยการบังคับตามคำชี้ขาดที่เป็นธรรมและในเวลาที่เหมาะสม (“in a fair and reasonably timely manner”)[204] White Industries กล่าวหาว่าการที่ศาลอินเดียรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเห็นว่าตนมีอำนาจที่จะพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนดังกล่าวเป็นการทำลายความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ร้อง[205]

คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับแนวการตีความสถานการณ์หรือการกระทำของรัฐที่ก่อให้เกิดความคาดหวังของนักลงทุนอย่างแคบ กล่าวคือ การกระทำของรัฐที่จะก่อให้เกิดความคาดหวังอันชอบธรรมนั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจงและไม่คลุมเครือ ต้องเป็นการให้การรับรองอย่างชัดเจนและซ้ำ ๆ อีกทั้งต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ[206] นักลงทุนจึงไม่สามารถอ้างการที่รัฐเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์กว่าทำให้เกิดความคาดหวังว่าศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดในเวลาอันเหมาะสมหรือคาดหวังว่าศาลจะไม่รับพิจารณาคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในรัฐอื่น นอกจากนี้ การพิจารณาความคาดหวังของนักลงทุนยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแวดล้อมที่มีอยู่ในตอนที่นักลงทุนทำการลงทุน ด้วยเหตุนี้ ในคดี *White Industries v. India* คณะอนุญาโตตุลาการจึงพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของอินเดียในเวลาที่ทำการลงทุนเพื่อพิจารณาว่าความคาดหวังที่นักลงทุนอ้างมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ด้วย เนื่องจาก White Industries ยอมรับว่าในเวลาที่ทำการลงทุนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำในต่างประเทศอาจถูกเพิกถอนในศาลอินเดียได้ถ้าหากสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายอินเดีย หรือกรณีที่คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้ตกลงไม่ให้นำกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1940 มาใช้ จึงไม่อาจอ้างความคาดหวังว่าศาลอินเดียจะไม่ยอมรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ[207] นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการยังพิจารณาข้อเท็จจริงศาลอินเดียมีคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมาก หากไม่มีคำรับรองอย่างชัดแจ้งจากอินเดียว่าคำชี้ขาดจะได้รับการบังคับในลักษณะหรือตามกำหนดเวลาอย่างใด White Industries จึงไม่อาจอ้างว่ามีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าบังคับตามคำชี้ขาดภายในเวลาที่เหมาะสมดังที่กล่าวอ้าง[208]

---

[202] Ibid., para 10.4.11.

[203] Ibid., para 10.4.18.

[204] Ibid., para 10.3.1.

[205] Ibid., paras 4.3.2, 4.3.4, 4.3.19.

[206] Ibid., para 10.3.7.

[207] Ibid., para 10.3.11.

[208] Ibid., paras 10.3.14-10.3.15.

ค. การกระทำตามอำเภอใจหรือการเลือกประติบัติ

ในคดี *Frontier Petroleum v. Czech Republic* ผู้ร้องอ้างว่ารัฐละเมิดพันธกรณีในการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมและพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่จากการที่ศาลสาธารณรัฐเช็กไม่ให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดทั้งที่เป็นคำชี้ขาดบางส่วน (Interim Award) และคำชี้ขาดสุดท้าย (Final Award) ในกระบวนการล้มละลาย โดยอ้างข้อยกเว้นเรื่องนโยบายสาธารณะตามข้อ V(2)(b) ของอนุสัญญานิวยอร์ก[209] ประเด็นที่น่าสนใจในคดีนี้มีสองประการด้วยกัน *ประการแรก* คือ คณะอนุญาโตตุลาการยืนยันว่าตนมีอำนาจทบทวนการกล่าวอ้างนโยบายสาธารณะของรัฐได้ โดยปฏิเสธข้อต่อสู้ของรัฐที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาลอุทธรณ์ที่จะพิจารณาความถูกต้องของการอ้างข้อยกเว้นที่รัฐอ้างเพื่อปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าการอ้างข้อยกเว้นเป็นไปโดยสุจริต มีการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ เป็นไปโดยอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติหรือไม่[210] *ประการที่สอง* คณะอนุญาโตตุลาการวางแนวทางการตีความคำว่า “นโยบายสาธารณะ (public policy) ตามข้อ V(2)(b) ของอนุสัญญานิวยอร์ก ว่าหมายถึงนโยบายสาธารณะของสาธารณรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด[211] นโยบายสาธารณะในที่นี้ไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับนโยบายสาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายภายใน แต่หมายถึง นโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (international public policy) โดยต้องคำนึงถึงแนวคิด International public policy ของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดด้วย คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐมีขอบดุลพินิจ (margin of appreciation) ในการกำหนดเรื่องที่ถือว่าเป็น international public policy ของตนเอง คณะอนุญาโตตุลาการเพียงแต่พิจารณาว่า แนวทางในการตีความข้อยกเว้นเรื่องนโยบายสาธารณะภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กข้อ V(2)(b) นั้นเป็นแนวทางที่เป็นไปได้หรือไม่ กล่าวคือ การตีความดังกล่าวสมเหตุสมผลและเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่[212] แนวปฏิบัติของศาลภายในของต่างประเทศและความเห็นทางวิชาการอาจนำมาพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่านโยบายสาธารณะที่รัฐอ้างนั้นสมเหตุสมผลและเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่[213]

5.2.3 การจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ

พันธกรณีในการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างและบังคับตามสิทธิเป็นประเด็นในคดี *White Industries v. India* คณะอนุญาโตตุลาการนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณามาตรฐานของกลไกที่มีประสิทธิภาพ (“effective means”) ตามที่คดี *Chevron v. Ecuador* กำหนดไว้ กล่าวคือ พันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธินี้

[209] *Frontier Petroleum v. Czech Petroleum*, para 470.

[210] Ibid., para 525.

[211] Ibid., para 526.

[212] Ibid., para 527.

[213] Ibid., para 528.

เป็นกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดต่ำกว่า (less demanding test) กรณีการปฏิเสธความยุติธรรม ดังนั้น การกระทำของศาลที่ไม่ถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม แต่อาจละเมิดพันธกรณีนี้ได้ พันธกรณีนี้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีระบบกฎหมายและสถาบันทางกฎหมายที่ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพในแต่ละคดี โดยที่ความมีประสิทธิภาพนี้จะต้องวินิจฉัยตามมาตรฐานที่เป็นภาวะวิสัยและสากล (objective, international standard)[214]

ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และความล่าช้าในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของศาลที่รับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นกรณีที่รัฐล้มเหลวในการจัดให้มีวิธีการในการบังคับตามสิทธิหรือไม่ คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเหตุผลและปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลต่อความล่าช้าในการบังคับตามคำชี้ขาด เช่น ปริมาณคดีในศาล การเลื่อนการพิจารณาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความหรือที่ปรึกษากฎหมาย โอกาสของคู่กรณีในการต่อสู้คดี พฤติกรรมของนักลงทุน คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่านักลงทุนได้มีการใช้ทางเยียวยาที่มีในระบบกฎหมายภายในแล้วหรือไม่ ถ้ายังสามารถอุทธรณ์ได้ก็ต้องดำเนินการ มิฉะนั้นจะอ้างว่ารัฐไม่จัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิในการบังคับตามสิทธิไม่ได้ เว้นแต่นักลงทุนจะสามารถแสดงหลักฐานได้ว่าการอุทธรณ์จะไร้ผล (ineffective or futile)[215]

การศึกษาแนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นปัญหาเกี่ยวกับพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพและบังคับตามสิทธิ ประการแรก ก็คือ ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างพันธกรณีนี้กับการปฏิเสธความยุติธรรม ในคดี *White Industries v. India* แม้คณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นว่าพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพฯ นี้เป็นกฎหมายเฉพาะและมีหลักเกณฑ์วินิจฉัยความรับผิดที่ต่ำกว่าการปฏิเสธความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ ความล่าช้าของศาลอินเดียในการพิจารณาอุทธรณ์ของ White Industries ซึ่งคัดค้านการที่ศาลรับคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แม้จะไม่ถึงขนาดที่เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมและเป็นกรณีที่รัฐล้มเหลวในการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการพิจารณาข้อกล่าวอ้างของนักลงทุน แต่คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้ความชัดเจนว่าหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการละเมิดพันธกรณีทั้งสองเรื่องมีความแตกต่างกันอย่างไร

ประการที่สอง ปัญหาเรื่องการกำหนดการเยียวยาที่เหมาะสมโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่ารัฐละเมิดพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเนื่องมาจากความล่าช้าในการพิจารณาคดีของศาล[216] ในคดี *White Industries v. India* คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า อินเดียไม่ได้ละเมิดพันธกรณีเรื่องการเวนคืน ไม่ได้ละเมิดพันธกรณีการประติบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม และไม่ได้มีการปฏิเสธความยุติธรรม แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าอินเดียละเมิดพันธกรณีในการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องและบังคับตามสิทธิ โดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนความ

---

[214] *White Industries v. India*, para 11.3.2.

[215] Ibid., para 11.4.11.

[216] Annelise P. Karreman, "Time to Reassess Remedies for Delays Breaking 'Effective Means'," *ICSID Review* 30, no. 1 (2015): 120.

เสียหาย (compensation) เป็นมูลค่าเท่ากับมูลค่าการเยียวยาความเสียหายที่นักลงทุนได้เรียกร้องในกระบวนการในศาลภายใน ซึ่งรวมถึงเงินที่ White Industries มีสิทธิได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICC พร้อมดอกเบี้ย[217] โดยที่ไม่ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ White Industries อาจได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน (double remedies) เนื่องจากโดยหลักแล้วในกรณีการกล่าวอ้างว่ารัฐละเมิดพันธกรณีการจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อบังคับตามสิทธิ นักลงทุนไม่จำต้องใช้ทางเยียวยาตามกฎหมายภายในให้หมดสิ้นเสียก่อนเหมือนกับกรณีที่กล่าวหาว่ารัฐปฏิเสธความยุติธรรม[218] ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่มีความล้าช้าในกระบวนการทางศาลซึ่งละเมิดพันธกรณีที่รัฐต้องจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพฯ ศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษาซึ่งท้ายที่สุดแล้วศาลอาจพิพากษาไปในทางที่เป็นคุณแก่นักลงทุนก็ได้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *White Industry v. India* ตัดสินให้ผู้ร้องได้รับค่าสินไหมทดแทนซึ่งรวมถึงจำนวนเงินที่ผู้ร้องจะได้รับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและดอกเบี้ย จึงอาจทำให้นักลงทุนได้รับการเยียวยาซ้ำซ้อน[219]

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

งานวิจัยนี้ได้ศึกษาพันธกรณีของรัฐตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนที่มีผลกระทบต่อการกระทำทางตุลาการ และศึกษาแนวคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามความตกลงฯ ดังกล่าว จากการศึกษาพบว่ามีหลายคดีที่นักลงทุนกล่าวหาว่าการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์นั้นละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการที่ศาลไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการล่าช้า การสั่งให้สัญญาอนุญาโตตุลาการระงับลง เป็นต้น จากการศึกษาพบว่ามีคดีส่วนน้อยที่คณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่ารัฐได้ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชี้ให้เห็นว่า การกระทำของศาลในกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐเนื่องจากละเมิดพันธกรณีในการคุ้มครองการลงทุนได้ ในขณะเดียวกันคณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะยอมรับดุลพินิจของศาลภายใน ดังนั้น กรณีที่การกระทำของศาลเป็นการละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเป็นกรณีที่การกระทำของศาลมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงเท่านั้นเช่นที่ปรากฏในคดี *Saipem v. Bangladesh* หรือคดี *ATA v. Jordan*

ในการพิจารณาคดีของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้วิจัยพบว่าอนุสัญญานิวยอร์กมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาว่าศาลภายในได้กระทำการอันละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนหรือไม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการอ้างถึงข้อบทของอนุสัญญานิวยอร์กในลักษณะที่เป็นมาตรฐานสากลที่ศาลภายในพึงปฏิบัติตามเมื่อต้องใช้อำนาจในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ เพื่อวิเคราะห์ว่าการกระทำของศาลนั้นเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการโดยปกติหรือเป็นการแทรกแซงการลงทุน

[217] *White Industries v. India*, para 16.1.1.

[218] Karreman, "Time to Reassess Remedies for Delays Breaking 'Effective Means'," 124-26.

[219] Ibid., 131.

โดยไม่ชอบ อย่างไรก็ดี ข้อบทของอนุสัญญาสัญญานิวยอร์กในบางเรื่องไม่ได้กำหนดเนื้อหาไว้ชัดเจน อีกทั้งบางเรื่องก็เป็นดุลพินิจของรัฐ จึงทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญในการตีความและปรับใช้อนุสัญญานิวยอร์ก จากการศึกษาพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับขอบดุลพินิจของรัฐที่ปรากฏในอนุสัญญานิวยอร์ก เช่น การปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลเรื่องนโยบายสาธารณะ ซึ่งอนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดเนื้อหาของนโยบายสาธารณะไว้ คณะอนุญาโตตุลาการในคดี *Frontier v. Czech Republic* เห็นว่าเป็นดุลพินิจของรัฐในการกำหนดว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่เป็นนโยบายสาธารณะของรัฐ หรือในกรณีปัญหาเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาคำร้องขอให้มีบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุสัญญานิวยอร์กไม่ได้กำหนดกรอบเวลาที่ศาลภายในต้องดำเนินการไว้โดยตรง คณะอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มที่จะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ รวมถึงปริมาณคดีที่ค้างอยู่ในระบบศาล ความซับซ้อนของประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาประกอบด้วย ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการพิจารณาความรับผิดของรัฐตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ผู้วิจัยจึงเห็นว่ามาตรฐานในการทบทวนการกระทำของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์นั้นไม่ได้จำกัดอยู่ภายใต้หลักการเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรมเท่านั้น แต่อยู่ภายใต้มาตรฐานสากลที่เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติซึ่งอนุสัญญานิวยอร์กสะท้อนเนื้อหาของมาตรฐานดังกล่าว

แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ศึกษาในบทความวิจัยนี้ให้บทเรียนหลายประการต่อการปฏิบัติหน้าที่ของศาล ในการทำหน้าที่ของศาลในการกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ ศาลควรต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต กระบวนการพิจารณาคดีควรเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวน (due process) การทำคำวินิจฉัยตัดสินคดีควรมีเหตุผลสมควรสนับสนุน โดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญานิวยอร์กซึ่งมีบทบาทสำคัญในการสร้างมาตรฐานอ้างอิงในการที่ศาลกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ การทำหน้าที่ของศาลควรต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ดังนั้น ศาลควรหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ (abuse of rights) หรือการใช้กฎหมายย้อนหลังซึ่งกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนในการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แนวคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยังให้บทเรียนสำคัญสำหรับรัฐในการเจรจาทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนิยาม “การลงทุน” ให้ชัดเจนว่ารวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือสิทธิในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความคำว่าการลงทุนอย่างกว้างเช่นในคดี *ATA v. Jordan* ที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าสิทธิที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยลำพังเป็นการลงทุน นอกจากนี้ รัฐควรต้องกำหนดเนื้อหาพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนให้ชัดเจนและรัดกุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอบเขตของพันธกรณีการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งว่าจะรวมถึงการประติบัติตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุนฉบับอื่นหรือไม่ เพื่อหลีกเลี่ยงการที่นักลงทุนจะอ้างพันธกรณีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนตามความตกลงฯ อื่นมาเพื่อขยายเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เช่น ในคดี *Anglia v. Czech Republic* หรือเพื่อเพิ่มความคุ้มครองตามมาตรฐานที่ไม่ปรากฏในความตกลงฯ ของนักลงทุน เช่น ในคดี *White Industries v. India*