

ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับแนวทางพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน
โดยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2564
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Certain Aspects of Mediation as a Possible Investor-State
Dispute Settlement Reform Option



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2021
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับแนวทางพัฒนากระบวนการ ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอาศัยวิธีการไกล่ เกลี่ย
โดย	นายศุภคาร วิเชียรรัตน์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ พิเศษวิชัย อริยะนันท์ทกะ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

ศฤงคาร วิเชียรรัตน์ : ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับแนวทางพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ย. (Certain Aspects of Mediation as a Possible Investor-State Dispute Settlement Reform Option)
 อ.ที่ปรึกษาหลัก : อ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน หลักการสำคัญและแนวทางการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน จากหนังสือและบทความวิชาการต่าง ๆ เพื่อวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยจากการศึกษาพบว่า การนำวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation) มาใช้อย่างเหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทจะช่วยพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้ดีขึ้นได้ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยจะช่วยลดปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ปัญหาการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ประเทศไทยสามารถเตรียมการรองรับพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไปได้ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้ประเทศไทยมีการเสริมสร้างขีดความสามารถและความตระหนักรู้ให้กับผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง การปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและการปรับปรุงแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีของไทยที่มีการบรรจุวิธีการไกล่เกลี่ยไว้เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2564

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6280171634 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Investor-State arbitration, Investor-State Dispute Settlement,
Mediation, Singapore Convention on mediation

Saringkan Wichianrat : Certain Aspects of Mediation as a Possible Investor-State Dispute Settlement Reform Option. Advisor: TIDARAT SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

This study examines some concerns regarding Investor-State arbitration and the principle of mediation whether it has the potential to complement arbitration in Investor-State disputes. The study found that implementing a facilitative mediation into Investor-State Dispute Settlement (ISDS) properly will provide a better ISDS mechanism. Concerns regarding Investor-State arbitration such as an appointment of arbitrators, Third-party funding, and increasing duration and costs of procedure may be addressed by using mediation. This study recommends that Thailand should raise awareness and assist the stakeholders through capacity-building activities. Finally, it also suggests improving Thai law on mediation, becoming a party to the Singapore Convention on Mediation, and revising Thailand's BIT model containing mediation as a guideline for settling the dispute between the state and investor.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2021

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยได้รับความกรุณาจากอาจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิมมย์สุข รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และสละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งยังให้กำลังใจกับผู้วิจัยตลอดมา จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ ที่กรุณาได้รับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำรวมทั้งข้อคิดที่เปี่ยมมุมมองใหม่ ๆ ในทางวิชาการให้กับผู้วิจัย ในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์นี้ และขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และสละเวลาอันมีค่าตรวจทานและให้คำแนะนำในการปรับปรุง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากขึ้น

ผู้วิจัยขอขอบคุณ คุณชฎานิศ คชสิทธิ์ ที่คอยให้กำลังใจและช่วยเหลือผู้วิจัยในการตรวจทาน ข้อผิดพลาดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่คอยอำนวยความสะดวกในระหว่างการจัดทำวิทยานิพนธ์ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้ หากปราศจากกำลังใจจากบุคคลในครอบครัวของผู้วิจัย ตลอดจนเพื่อน ๆ ร่วมชั้นเรียนปริญญาโท รวมทั้งเพื่อนร่วมงานของผู้วิจัย ที่มีอยู่ตลอดระยะเวลาในการศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้วิจัยขออุทิศความดี ความชอบเหล่านั้นให้แก่บุพการีและคณาจารย์ของผู้วิจัย แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

ศฤงคาร วิเชียรรัตน์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	6
บทที่ 2 ปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ.....	11
2.1 บทนำ.....	11
2.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน.....	13
2.1.2 พัฒนาการของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในอดีตถึงปัจจุบัน.....	19
2.1.2.1 การทูตแบบเรือปืน.....	20
2.1.2.2 การให้ความคุ้มครองทางการทูต.....	21
2.1.2.3 การอาศัยกลไกภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน.....	23

2.1.3	ฐานทางกฎหมายในการกำหนดรูปแบบและกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบัน.....	31
2.1.3.1	สัญญาการลงทุน	31
2.1.3.2	กฎหมายภายใน.....	32
2.1.3.3	สนธิสัญญาการลงทุน.....	34
2.2	ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท	36
	คดี Burlington v Ecuador	39
	คดี Tidewater v Venezuela.....	40
	คดี Telekom Malaysia v Ghana.....	41
2.3	ปัญหาการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding).....	43
	คดี Teinver v Argentina	44
2.4	ปัญหาเกี่ยวกับการขาดความโปร่งใส.....	46
	คดี Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania.....	50
	คดี Methanex Corp. (Can.) v United States.....	50
2.5	ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย.....	51
	คดี Plama Consortium v Bulgaria.....	55
	คดี Pey Casado v Chile	56
2.6	ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด	57
	คดี CMS Gas v Argentina และ คดี LG&E Energy Corporation v Argentina ...	58
	คดี Lauder v Czech Republic และ คดี CME v Czech Republic.....	61
2.7	บทสรุป	62
บทที่ 3	การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	64
3.1	บทนำ.....	64
3.2	แนวคิดที่สำคัญในการพัฒนาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	66

3.2.1 การปรับปรุงเกี่ยวกับคณะผู้พิจารณา กลไกพหุภาคีแบบถาวรและแบบเฉพาะกิจ	68
3.2.2 การปรับปรุงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและคณะผู้วินิจฉัยคดี และจริยธรรม	69
3.2.3 การปรับปรุงเกี่ยวกับกลไกการมีส่วนร่วมและการควบคุมของภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับการ การตีความสันติสัญญา.....	70
3.2.4 การปรับปรุงเกี่ยวกับการป้องกันและบรรเทาข้อพิพาท	70
3.2.5 การปรับปรุงเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding)	72
3.3 ความหมายของการไกล่เกลี่ยในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	73
3.3.1 แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย	76
3.3.2 แนวคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	78
3.4 ความเคลื่อนไหวในเวทีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อ พิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	82
3.4.1 คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)	82
3.4.2 ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID).....	86
3.4.3 ที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (The United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)	88
3.4.4 ที่ประชุมกฎบัตรพลังงาน (The Energy Charter Conference)	90
3.4.5 เนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศ (The International Bar Association).....	91
3.5 แนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ภายใต้ สันติสัญญาการลงทุน.....	93
3.5.1 การปรับปรุงข้อบท Cooling-off period ในสันติสัญญาการลงทุน	96
3.5.2 การนำวิธีการไกล่เกลี่ยในรูปแบบต่าง ๆ มาปรับเข้ากับข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ระหว่างรัฐกับนักลงทุนในสันติสัญญาการลงทุน	97
3.5.2.1 แนวทางการไกล่เกลี่ยตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย	97

3.5.2.2 แนวทางการไกล่เกลี่ยตามแนวทางในการตรากฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (PPP legislative guide, Chapter VI) ของ UNCITRAL	99
3.5.2.3 แนวทางการไกล่เกลี่ยตามข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุนของ ICSID	100
3.6 บทสรุป	103
บทที่ 4 วิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	106
4.1 บทนำ.....	106
4.2 ความท้าทายในกรณีนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน .	116
4.2.1 อุปสรรคสำคัญของการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยจากผลการสำรวจของศูนย์กฎหมายระหว่างประเทศแห่งมหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์.....	117
4.2.2 การไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) กับการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation).....	118
4.3 วิธีการและรูปแบบการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	122
4.3.1 วิธีการในการนำการไกล่เกลี่ยมาเป็นส่วนหนึ่งในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	124
4.3.1.1 การอาศัยมาตรการต่าง ๆ ในระดับชาติเพื่อป้องกันและจำกัดข้อพิพาท.....	124
4.3.1.2 การปรับปรุงสนธิสัญญาการลงทุน.....	124
4.3.2 รูปแบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	126
4.3.2.1 Med-Arb model.....	126
4.3.2.2 Arb-Med model.....	127
4.3.2.3 Arb-Med-Arb model.....	127
4.3.3 ปัญหาในทางกฎหมายที่น่าสนใจ.....	128

4.3.3.1 ปัญหาเรื่องความเป็นกลาง กรณีผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลเดียวกัน.....	128
4.3.3.2 ปัญหาเรื่องการไม่ยอมรับคำชี้ขาดโดยคู่พิพาท กรณีอนุญาโตตุลาการใช้ข้อมูลที่ได้รับจากขั้นตอนการไกล่เกลี่ยมาเป็นฐานในการทำคำชี้ขาด.....	128
4.4 การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยกับปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ	129
4.4.1 ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย.....	130
4.4.2 ปัญหาการขัดกันผลประโยชน์ในขั้นตอนการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย	133
4.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding)	134
4.6 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับปัญหาความโปร่งใส.....	137
4.6.1 ปัญหาเรื่องความโปร่งใสการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ	138
4.6.2 ความโปร่งใสคืออะไร	139
4.6.3 ข้อบังคับ UNCITRAL ว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามสนธิสัญญา	140
4.6.4 ประเด็นในทางกฎหมายที่น่าสนใจ	147
4.6.5 แนวทางในการหลีกเลี่ยงประเด็นปัญหา.....	149
4.6.5.1 การปรับปรุงประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย.....	149
4.6.5.2 การจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษา	149
4.7 การไกล่เกลี่ยกับปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย	150
4.7.1 ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนในมิติเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่าย	150
คดี Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago	151
4.7.2 แนวทางในการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยมิติเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่าย.....	154
4.7.2.1 การจัดตั้งองค์กรผู้นำสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยเฉพาะ (A lead agency for ISDS dispute).....	154

4.7.2.2 การกำหนดขั้นตอนที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องดำเนินการก่อนเข้าสู่การไกล่เกลี่ย	155
4.8 การขาดกลไกตามกฎหมายในการบังคับตามความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	157
4.8.1 การตรวจสอบและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบัน	158
4.8.2 แนวทางการตรวจสอบและบังคับตามความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้โครงสร้างทางกฎหมายปัจจุบัน	160
4.8.3 การอาศัยกลไกตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย	161
4.9 การไกล่เกลี่ยกับการช่วยจัดปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด	163
4.9.1 บทบาทของการไกล่เกลี่ยในการช่วยจัดปัญหาความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด	164
4.9.2 ผลกระทบในเชิงลบที่อาจเกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน	166
4.10 บทสรุป	168
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	170
5.1 บทสรุป	170
5.2 ข้อเสนอแนะ	186
5.2.1 ข้อเสนอในระดับชาติ	187
5.2.1.1 การเสริมสร้างขีดความสามารถให้กับผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง	187
5.2.1.2 การเพิ่มความตระหนักรู้ให้กับภาคส่วนต่าง ๆ	187
5.2.1.3 การปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของไทยให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018	188
5.2.2 ข้อเสนอในระดับระหว่างประเทศ	189
5.2.2.1 การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย	189

5.2.2.2 การปรับปรุงแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BIT model) ของไทยที่
 มีการบรรจุวิธีการไกล่เกลี่ยไว้เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับ
 นักลงทุน..... 190

บรรณานุกรม..... 193

ประวัติผู้เขียน..... 201



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การลงทุน¹จากต่างชาติได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อมีการปลดปล่อยอาณานิคม (decolonization) เพิ่มมากขึ้น ทุนระหว่างประเทศภาครัฐ (public international fund) ก็ไม่เพียงพอกับความต้องการของรัฐที่เพิ่งได้รับเอกราชในการนำไปใช้พัฒนาประเทศ การลงทุนจากต่างชาติโดยตรงของภาคเอกชน (private direct foreign investment) จึงเข้ามามีบทบาทเป็นแหล่งเงินทุนทดแทน²

เมื่อรัฐต่าง ๆ ต้องการดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติจึงอาศัยการทำสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างกันเพื่อให้ความคุ้มครองการลงทุนที่อาจเป็นได้ทั้งรูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี โดยทั่วไปในสนธิสัญญาการลงทุนจะมีข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (dispute resolution clause) ซึ่งข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเป็นหนึ่งในข้อสัญญาที่สำคัญเพราะจะระบุการเลือกเวทีสำหรับการระงับข้อพิพาทไว้ โดยมีกระบวนให้นำการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution, ADR) มาใช้สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เช่น การเจรจาต่อรอง การประนีประนอม และการอนุญาโตตุลาการ³ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้กับนักลงทุนจากต่างชาติมากขึ้น และหากเกิดกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ฝ่าฝืนพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนย่อมนำมาสู่การเรียกร้องของนักลงทุนต่างชาติให้รัฐผู้รับการลงทุนปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาการลงทุน และหากไม่สามารถตกลงกันได้ก็จะต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) โดยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนส่วนใหญ่ มักอาศัยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดี

¹ การลงทุน (Investment) สามารถให้ความหมายอย่างกว้างได้ว่าหมายถึงสินทรัพย์ที่มีรูปร่าง หนี้สิน ทรัพย์สินทางปัญญา ความลับทางการค้า สิทธิประโยชน์ตามสัญญาที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ (see. "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review* 127, 8 (2014). p. 2544.)

² นาดินรันตร์ จันทรวงศ์, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า. 1.

³ Ibid. หน้า. 388.

ปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (Bilateral Investment Treaties, BITs) ที่มีผลใช้บังคับแล้วจำนวน 36 ฉบับ อีกทั้งยังมีสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนอีกมากกว่า 21 ฉบับ⁴ ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านี้จะให้ความคุ้มครองกับนักลงทุนต่างชาติ ในกรณีที่รัฐผู้รับการลงทุนออกมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินและสัญญาของนักลงทุน โดยในกรณีที่นักลงทุนได้รับความเสียหายจากมาตรการแทรกแซงการลงทุนโดยรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนจะสามารถใช้สิทธิภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนดังกล่าวในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาได้⁵ โดยเหตุดังกล่าวประเด็นเรื่องการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) จึงเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ

ภายหลังจากรัฐบาลไทยถูกนักลงทุนยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากข้อกล่าวหาว่ารัฐบาลไทยกระทำการอันเป็นการขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาการลงทุน ตัวอย่างเช่น คดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด ลิมิเต็ด⁶ (Kingsgate Consolidated Ltd.) หรือคดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท วาลเทอร์ บาว⁷ (Walter Bau Ag) ก่อให้เกิดข้อพิพาทขั้ววิจารณ์จากประชาชนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในแต่ละคดีที่รัฐบาลไทยต้องนำเงินงบประมาณซึ่งมาจากภาษีอากรของประชาชนมาใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาท อีกทั้งยังเกิดคำถามมากมายเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

⁴ UNTAD, [Online] Accessed: 07 July 2021. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/207/thailand>

⁵ รัฐพงศ์ สุภาภา, "หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยอ้อมภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ," *วารสารนิติศาสตร์* 46, 1 (2560).

⁶ "Kingsgate Consolidated Ltd V. The Kingdom of Thailand.", ข้อเรียกร้องในคดีนี้เกิดจากข้อกล่าวหาของบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด ลิมิเต็ด จำกัด จากออสเตรเลีย ผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท อัครา รีซอร์สเซส จำกัด (มหาชน) ผู้ประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำชาติว่า รัฐบาลไทยได้มีการเวนคืนทางอ้อม (indirect expropriation) กิจการเหมืองแร่ทองคำชาติด้วยการใช้มาตรการของรัฐบาลในปี ค.ศ. 2016 รวมทั้งการไม่ต่อใบอนุญาตให้ประกอบกิจการเหมืองแร่ทองคำชาติ และมีคำสั่งให้ปิดการทำเหมืองแร่และหยุดกิจการที่เกี่ยวข้องกับการทำเหมืองแร่ทองคำทั้งหมดในประเทศไทยตั้งแต่สิ้นปี ค.ศ. 2016

⁷ "Werner Schneider, Acting in His Capacity as Insolvency Administrator of Walter Bau Ag V. The Kingdom of Thailand (Formerly Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand)," ในคดีนี้ผู้ร้องซึ่งเป็นนักลงทุนสัญชาติเยอรมันได้กล่าวอ้างว่า การลงทุนของตนตกอยู่ภายใต้การเวนคืนอย่างค่อยเป็นค่อยไป (creeping expropriation) และไม่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรมตามสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างไทยกับเยอรมนี ค.ศ. 1961 และ ค.ศ. 2002 โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดให้ราชอาณาจักรไทยต้องจ่ายเงินให้กับบริษัทวาลเทอร์ บาวฯ มากกว่า 30 ล้านยูโรตามข้อกล่าวหาที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการทางด่วน (An ad hoc tribunal under UNCTIRAL Rules, 2009).

ข้อพิพาทซึ่งวิจารณ์เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่ในระดับสากลกลุ่มประเทศต่าง ๆ องค์กรระหว่างประเทศ รวมถึงนักวิชาการต่างตั้งคำถามเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ว่ามีข้อบกพร่องหรือมีปัญหาที่อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพียงใด และถึงเวลาที่จะต้องอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น (Alternative Dispute Resolutions, ADR) มาเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อพัฒนาหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้ดีขึ้นหรือไม่

จากการสำรวจสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements, IIAs) กว่า 1,600 ฉบับ ขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development, OECD) ในปี ค.ศ. 2012 พบว่า ร้อยละ 96 ของสนธิสัญญาการลงทุนที่ได้สำรวจมีการกำหนดกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติในการยกข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุน ผ่านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) รวมถึงการเรียกร้องผ่านกระบวนการทางศาลภายใน (domestic court) โดยมีเพียงร้อยละ 7 จากทั้งหมดเท่านั้น ที่ไม่ได้กำหนดให้ใช้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการระงับข้อพิพาท⁸ นอกจากนี้ สนธิสัญญาการลงทุนส่วนมากมักจะกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองการลงทุนไว้ค่อนข้างกว้างก่อให้เกิดปัญหาในการตีความขอบเขตของการคุ้มครองการลงทุน⁹ ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนจำนวนหนึ่งมีความพยายามในการปรับปรุงสนธิสัญญาการลงทุนให้มีมาตรฐานในการคุ้มครองการลงทุนที่มีความชัดเจนมากขึ้น รวมถึงเพื่อลดช่องว่างในการตีความมาตรฐานดังกล่าวให้แคบลง¹⁰

อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น มักประสบข้อวิพากษ์วิจารณ์อยู่เสมอ เช่น ปัญหาการขัดกันผลประโยชน์ของอนุญาโตตุลาการ ปัญหาค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีที่ค่อนข้างสูง ปัญหาทางเทคนิคในการแต่งตั้ง

⁸ David Gaukrodger and Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community," (2012).

⁹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142.

¹⁰ Ibid. paras 10 – 11.

อนุญาโตตุลาการ รวมถึงปัญหาความโปร่งใสของอนุญาโตตุลาการ¹¹ นำมาสู่ข้อเสนอแนะของนักวิชาการ และองค์กรที่เกี่ยวข้องในการเลือกใช้กลไกระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ มาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน¹² ซึ่งในทางทฤษฎีนั้น กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกสามารถนำมาใช้ในการหลีกเลี่ยง ป้องกัน และบริหารจัดการข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการประนอมข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติยังคงมีปัญหาในการนำกระบวนการดังกล่าวไปปฏิบัติเพราะยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจในการนำไปปฏิบัติใช้จริง¹³

งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งในการศึกษาปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติจากหนังสือและบทความของนักวิชาการ รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่น่าสนใจ และศึกษาแนวคิด ทฤษฎีกฎหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ รวมทั้งแนวทางการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยวิธีการไกล่เกลี่ยจากหนังสือและบทความของนักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากเอกสารของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) เพื่อวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และเสนอแนวทางเตรียมการเพื่อปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

(2) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีกฎหมาย และแนวปฏิบัติของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ

¹¹ Ibid. paras 19 – 47.

¹² Susan D. Franck and Anna Joubin-Bret, "Investor-State Mediation: A Simulation," *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 29, 1 (2014). p. 90.

¹³ Ibid. p. 91.

(3) เพื่อวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

การนำแนวคิด ทฤษฎีกฎหมาย และหลักการที่สำคัญของการไกล่เกลี่ย (Mediation) มาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะช่วยลดปัญหาในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งในการศึกษาปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Investment arbitration) ทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติจากหนังสือและบทความของนักวิชาการ รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่น่าสนใจ และศึกษาแนวคิด ทฤษฎีกฎหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ รวมทั้งแนวทางการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยการไกล่เกลี่ยจากหนังสือและบทความของนักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากเอกสารของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) เพื่อวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และเสนอแนะแนวทางเตรียมการเพื่อปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการศึกษาและวิจัยโดยใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary research) เป็นหลัก โดยศึกษาปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติจากหนังสือ บทความ วารสารทางวิชาการ วิทยานิพนธ์และคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้อง ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีกฎหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศจากหนังสือ บทความ วารสารทางวิชาการ และวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง

และศึกษาแนวทางในการพัฒนากรอบข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจากเอกสารของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) หนังสือบทความ วารสารทางวิชาการ รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศเพื่อรวบรวมข้อมูลที่ได้มาศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจ รวมทั้งเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายไทยเพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (1) ทำให้ทราบปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
- (2) ทำให้เข้าใจแนวคิด ทฤษฎีกฎหมาย และหลักการที่สำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ
- (3) ทำให้ทราบประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนากรอบข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน
- (4) สามารถนำเสนอแนวทางเตรียมการเพื่อปรับปรุงกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไปได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

1.7.1. หนังสือ เรื่อง “International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects” (Netherlands: Koninklijke Brill nv, 2018) โดย Borzu Sabani, Ian A. Laird, and Giovanna E. Gismondi

หนังสือเล่มนี้อธิบายเกี่ยวกับความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ รวมทั้งได้วิเคราะห์ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองการลงทุนต่างชาติและความท้าทายของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ อีกทั้งยังมีการประเมินแนวทางในการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการอีกด้วย ดังนั้น

หนังสือเล่มนี้จึงสามารถนำมาใช้อธิบายเกี่ยวกับความเป็นมาและแนวโน้มในอนาคตของกฎหมายการคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศได้

1.7.2. หนังสือ เรื่อง “หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ” (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562)

โดย นานิรันดร์ จันทร์งาม

หนังสือเล่มนี้อธิบายความเบื้องต้นของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ พัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงสัญญาการลงทุน ช่วยให้เข้าใจประเด็นในทางกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้ลึกซึ้งขึ้น นอกจากนี้ หนังสือเล่มนี้ยังมีการวิเคราะห์คดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ประเทศไทยมีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น คดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเดเต็ด ลิมิเตด และคดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท วาลเทอร์ บาว ซึ่งสามารถนำมาวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายของประเทศไทยที่ยังคงมีข้อบกพร่องและสมควรปรับปรุงแก้ไขต่อไปได้

1.7.3. หนังสือ เรื่อง “Global Trends in Mediation” (Second Edition) (Kluwer Law International Publisher, 2006) โดย Nadja Alexander

หนังสือเล่มนี้รวบรวมเกี่ยวกับพัฒนาการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศต่างๆ ในบริบทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ ซึ่งช่วยให้สามารถทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยได้ลึกซึ้งมากขึ้น

1.7.4. หนังสือ เรื่อง “Transparency in International Investment Arbitration: A guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor–State Arbitration” (published by Cambridge University Press, August 2018.) โดย Dimitrij Euler, Markus Gehring, and Maxi Scherer

หนังสือเล่มนี้อธิบายเกี่ยวกับหลักความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนระหว่างประเทศ แม้ว่าเนื้อหาส่วนใหญ่จะเน้นอธิบายการปรับใช้ข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ หรือ UNCITRAL แต่หนังสือเล่มนี้ยังมีการอธิบายเกี่ยวกับประเด็นประโยชน์สาธารณะในการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน

ซึ่งเป็นประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าพิจารณาว่าหากมีนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนจะก่อให้เกิดปัญหาที่คล้ายคลึงกันหรือไม่

1.7.5. หนังสือ เรื่อง “An introduction to international arbitration” (published by Cambridge University Press, 2015.) โดย Ilias Bantekas

หนังสือเล่มนี้อธิบายกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภาพรวมช่วยในการทำความเข้าใจประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รวมทั้งยังมีบทเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนทำให้สามารถนำประเด็นที่ได้จากหนังสือดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจได้

1.7.6. วิทยานิพนธ์ เรื่อง “การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562) โดย นฤมล มีชูกรณ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาเกี่ยวกับอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019 (Singapore Convention on Mediation 2019) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่มีเป้าหมายหลักในการสนับสนุนให้มีการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ และเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้สัญญาไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศสามารถบังคับในประเทศอื่นหรือข้ามพรมแดนได้ วิทยานิพนธ์นี้จึงสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์เกี่ยวกับการนำสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนไปบังคับในทางปฏิบัติ รวมทั้งการศึกษามุมมองในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจ

1.7.7. วิทยานิพนธ์ เรื่อง “ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เรื่องการลงทุน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557) โดย จุฬาลักษณ์ พิณระ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาอำนาจและบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการปราบปรามการทุจริตในการลงทุนระหว่างประเทศ และศึกษาแนวคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ

ในคดีที่นักลงทุนมีพฤติการณ์ทุจริต เพื่อพิจารณาฐานทางกฎหมายที่เหมาะสมในการที่อนุญาโตตุลาการจะนำมาใช้ในคดี วิทยานิพนธ์นี้จึงสามารถนำมาใช้อธิบายจุดบกพร่องของกลไก ISDS เกี่ยวกับปัญหา Third-party funding ได้

1.7.8. วิทยานิพนธ์ เรื่อง “หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559) โดย นภชนก รอดแสง

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนซึ่งทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาถึงข้อดีและข้อเสียของหลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการในเรื่องความโปร่งใสของ UNCITRAL วิทยานิพนธ์นี้จึงสามารถนำมาใช้อธิบายจุดบกพร่องของกลไก ISDS เกี่ยวกับปัญหาความโปร่งใสได้

1.7.9. เอกสารประกอบการประชุม เรื่อง “Investment Mediation” (Discussion Paper for the ISDS Reform Conference, Hong Kong, February 2019) โดย David Ng

เอกสารฉบับนี้อธิบายแนวคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุน อุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นในการใช้การไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน รวมทั้งชี้ให้เห็นหลักการที่สำคัญซึ่งสามารถช่วยให้กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุนมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จึงสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการอธิบายแนวความคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติได้

1.7.10. บทความ เรื่อง “The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?” (37 Berkeley Journal of International Law. 215, 2019) โดย Christina G. Hioureas

บทความนี้อธิบายเกี่ยวกับพัฒนาทางกฎหมายของการไกล่เกลี่ย และความเป็นมาและสาระสำคัญของอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Singapore Convention on Mediation) รวมทั้งยังได้แนะนำแนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ จึงสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการอธิบายแนวความคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติได้

1.7.11. บทความเรื่อง "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?." (Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, vol. 20, no. 1, 2020, p. 78-100) โดย James M. Claxton

บทความนี้อธิบายเกี่ยวกับความเป็นมาของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการใช้การไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน วิเคราะห์ข้อดี – ข้อเสียของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเปรียบเทียบกับ การอนุญาโตตุลาการ รวมถึงให้ข้อมูลเกี่ยวกับการริเริ่มสนับสนุนการใช้การไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งสามารถนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายที่น่าสนใจต่อไปได้

1.7.12. บทความเรื่อง "Investor-State Mediation and the Rise of Transparency in International Investment Law: Opportunity or Threat." (Denver Journal of International Law and Policy, vol. 45, no. 2, Winter 2017, p. 225-250.) โดย Shahla F. Ali and Odysseas G. Reposis.

บทความนี้อธิบายเกี่ยวกับขั้นตอนที่สำคัญในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน พัฒนาการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และวิเคราะห์ผลของการนำข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL มาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอนุญาโตตุลาการ รวมถึงบทบาทของข้อบังคับดังกล่าวหากมีการใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับการวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศ หากนำการไกล่เกลี่ยมาปรับใช้กับกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

บทที่ 2

ปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

2.1 บทนำ

“ข้อพิพาททางการลงทุนมักเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ความท้าทายที่กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศต้องเผชิญที่สำคัญมากที่สุดคือ ความจำเป็นในการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของนักลงทุนในการคุ้มครองการลงทุนกับประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุนในการกำกับดูแล ซึ่งบางครั้ง การชี้ขาดคดีของคุณะผู้วินิจฉัยเฉพาะกิจในข้อเรียกร้องตามสนธิสัญญาการลงทุน ก็ดูเหมือนว่าจะไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐผู้รับการลงทุนมากนัก ก่อให้เกิดความกังวลกับรัฐต่าง ๆ ว่ากฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศกำลังเข้าข้างนักลงทุนผู้เสนอข้อเรียกร้องมากกว่ารัฐผู้รับการลงทุน”¹⁴

James Crawford¹⁵

อดีตผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

การที่นักลงทุนของรัฐหนึ่งได้ออกไปลงทุนในอีกรัฐหนึ่งอาจเกิดจากปัจจัยในทางเศรษฐศาสตร์ที่แตกต่างกัน เช่น ความไม่เพียงพอของตลาดภายในประเทศที่จะสร้างผลตอบแทนที่คุ้มค่า ความต้องการประสิทธิภาพการผลิต หรือการขาดแคลนวัตถุดิบภายในประเทศ ซึ่งการที่นักลงทุนได้ออกไปลงทุนในต่างประเทศย่อมส่งผลดีต่อทั้งรัฐผู้ส่งการลงทุน (home state) และรัฐผู้รับการลงทุน (host state) ในทางเศรษฐกิจด้วย โดยเหตุดังกล่าว รัฐต่าง ๆ จึงเข้าทำสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ท่าลงโดยนักลงทุนของแต่ละฝ่ายในดินแดนของอีกฝ่ายหนึ่ง

¹⁴ “Investment disputes often engage matters of the public interest. One of the most significant challenges facing international investment law today is the need to balance the interests of investors in the protection of their investment with the regulatory interests of host States. At time, ad hoc tribunals deciding investment treaty claims have produced decisions with seemingly little regard for the latter interests. This contributes to a concern on the part of States that international investment law is becoming one-sided, favouring claimant investors over host States” (see. Dimitrij Euler, Markus Gehring, and Maxi Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor–State Arbitration* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2015). p. xxiii.

¹⁵ James Richard Crawford เป็นอดีตศาสตราจารย์สาขากฎหมายระหว่างประเทศประจำมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์และเคยทำหน้าที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ระหว่างปี ค.ศ. 2015 – 2021

แทนการปล่อยให้การลงทุนระหว่างประเทศตกอยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่เดียวกันกฎหมายภายในและสัญญาการลงทุนก็มีบทบาทร่วมกับสนธิสัญญาการลงทุนในการกำกับดูแลการลงทุนระหว่างประเทศ¹⁶

ผู้สนับสนุนกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างกับนักลงทุนโดยอาศัยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักกล่าวอ้างว่าการคุ้มครองการลงทุนจะช่วยสร้างความมั่นคงแน่นอนให้กับการลงทุนและช่วยเพิ่มความเข้มแข็งให้กับหลักนิติธรรม (strengthen the rule of law) อีกทั้งยังเป็นการช่วยสนับสนุนการพัฒนาทางเศรษฐกิจ การอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนจึงเป็นกลไกในการปกป้องนักลงทุนโดยเพิ่มทางเลือกในการบังคับตามสิทธิของนักลงทุนนอกเหนือไปจากการฟ้องร้องคดีต่อศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ในขณะเดียวกันก็มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่าการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนเป็นการให้สิทธิพิเศษกับนักลงทุนโดยอาศัยสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนซึ่งทำให้เกิดผลบางประการอย่างไม่ตั้งใจ เช่น การทำให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องให้การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อนักลงทุนต่างชาติ การทำให้รัฐผู้รับการลงทุนไม่กล้าออกกฎระเบียบเพื่อประโยชน์สาธารณะ (the chilling of state regulation) เพราะเกรงจะถูกฟ้องร้องจากนักลงทุนต่างชาติ นอกจากนี้ ยังมีผู้วิจารณ์ว่าการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบธรรม (illegitimate) เพราะทำให้เอกชนซึ่งมักเป็นนักกฎหมายในภาคธุรกิจ (corporate lawyers) เข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดการกระทำของหน่วยงานรัฐ¹⁷

เพื่อให้สามารถมองเห็นภาพรวมของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รวมทั้งมองเห็นปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ชัดเจนมากขึ้น ในบทที่ 2 ตอนต้น ผู้วิจัยจะนำเสนอเกี่ยวกับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และพัฒนาการของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน หลังจากนั้นจะได้นำเสนอปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเด็นที่สำคัญต่าง ๆ เพื่อชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยปัญหาดังกล่าวจะถูกนำไปวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากมีการนำ

¹⁶ นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า 14-15.

¹⁷ James M. Claxton, "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 20, 1 (2020). p. 79.

การใกล้ชิดมาเสริมเพื่อพัฒนาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในบทที่ 4 โดยละเอียดต่อไป

2.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นมีความเกี่ยวพันกันกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแพนคอดีเมือง (public international law) ที่มีความคาบเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแพนคอดีบุคคล (private international law) การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (international dispute resolution) รวมถึงกฎหมายของแต่ละรัฐ (national laws) โดยกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้รับอิทธิพลจากโครงข่ายของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaties) ที่มีมากกว่า 3,000 ฉบับ และความตกลงการค้าเสรี (free trade agreement) ที่มีลักษณะเฉพาะตัวในการให้สิทธิโดยตรงกับนักลงทุนต่างชาติ ในการดำเนินคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน นอกจากนี้ กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนที่ใช้ในการกำกับดูแลการลงทุนจากต่างชาติ สัญญาการลงทุน รวมถึงระบบการประกันภัยความเสี่ยงทางการเมือง (political risk insurance schemes)¹⁸ ต่างก็มีส่วนในพัฒนาการของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

ที่ผ่านมา มีนักวิชาการหลายคนพยายามที่จะเสนอทฤษฎีที่ครอบคลุม (comprehensive theories) ในการให้เหตุผล (rationalize) กับระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่ ให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนเท่าที่จะเป็นไปได้ ตัวอย่างเช่น Dolzer และ Schreuer มองว่าระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่เป็นเพียงศาสตร์ (semantics) เกี่ยวกับการอธิบายกลุ่มของหลักกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อให้เชื่อมโยงกับหลักกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม โดยธรรมชาติ โครงสร้างและวัตถุประสงค์ของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศมีความแตกต่างทางโครงสร้างหากมองในภาพของความเป็นระหว่างประเทศอย่างกว้าง ส่วน Zachary Douglas เห็นว่า ระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่เป็นระบบไฮบริด

¹⁸ Borzu Sabani, Ian A. Laird, and Giovanna E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects* (Netherlands: Koninklijke Brill nv, 2018). p. 2.

หรือผสมผสาน (hybrid) เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และกฎหมายภายใน (public international law and domestic law) ต่างมีบทบาทซึ่งกันและกัน ในมุมมองของ Benedict Kingsbury และ Stephan Schill มองว่า ระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองระดับโลกที่กำลังเกิดขึ้นใหม่ (an emerging global administrative law) ขณะที่ Santiago Montt มองว่าระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองระดับโลกเช่นกัน ส่วน Gus van Harten มองว่าระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่อยู่ในตระกูลของกฎหมายปกครอง และ Anthea Robert ยืนยันว่าเอกลักษณ์ของระบบนี้คือเป็นระบบที่มีความผสมผสานหลาย ๆ ระบบเข้าด้วยกัน¹⁹ โดยระบบการคุ้มครองการลงทุนต่างชาติสมัยใหม่ โดยเฉพาะสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties, BITs) ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากแนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (economic liberalism) ในช่วงศตวรรษที่ 18 ของ Adam Smith และ David Ricardo ซึ่งเป็นนักทฤษฎีด้านเศรษฐศาสตร์ แนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเป็นกระดูกสันหลังของเศรษฐกิจระบบตลาดสมัยใหม่ (the modern market economies) และยังช่วยหนุนให้เกิดนโยบายการเคลื่อนย้ายของทุนอย่างเสรี รวมทั้งการเคารพสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน²⁰ โดยความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนต่างชาติต้องย้อนกลับไปพิจารณามาตรการที่รัฐต่าง ๆ ใช้ในการคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สินของคนชาติในต่างแดน ในช่วงระหว่างศตวรรษที่ 19 ถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20²¹

หลังจากการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถาวร (the Permanent Court of International Justice, PCIJ) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีคดีพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนที่ได้รับการตัดสินโดยศาลดังกล่าวหลายคดี โดยมีคดีที่สำคัญ เช่น คดี Chorzow Factory²² และคดี Mavrommatis Palestine Concession²³ แต่ทั้งนี้ คดีข้างต้นเป็นการที่ยกข้อเรียกร้องขึ้นโดยรัฐ²⁴ ต่อมาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ได้เกิดข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศขึ้นเป็นจำนวนมาก

¹⁹ Ibid. p. 6-7.

²⁰ Ibid. p. 3.

²¹ นาถนรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า 7-9.

²² "Factory at Chorzów," (Permanent Court of International Justice, 1928).

²³ "The Mavrommatis Palestine Concessions," (Permanent Court of International Justice, 1924).

²⁴ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 13.

เนื่องจากการใช้ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมในยุโรปตะวันออก การได้รับเอกราชของดินแดนที่เคยเป็นอาณานิคม และการโอนสัมปทานปิโตรเลียมและเหมืองแร่ในหลายประเทศ โดยหลังจากการก่อตั้งธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development, IBRD) หรือธนาคารโลก ที่มีวัตถุประสงค์ในการให้สินเชื่อระยะยาวเพื่อบูรณะประเทศที่ได้รับความเสียหายจากสงครามโลกครั้งที่สอง และการช่วยส่งเสริมการลงทุนโดยตรงของภาคเอกชน ก็ได้มีความพยายามในการจัดทำกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงทุน รวมถึงมีความพยายามในการเสนอประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติที่เป็นธรรมสำหรับนักลงทุนต่างชาติ (International Code of Fair Treatment for Foreign Investors, ICC Code) แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จเพราะไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐต่าง ๆ²⁵

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1958 การเกิดขึ้นของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างชาติ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards of 1958) หรือที่รู้จักกันในนามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) เป็นการช่วยสร้างหลักประกันว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะได้รับการยอมรับและบังคับในรัฐภาคีได้ และต่อมาในปี ค.ศ. 1959 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับปากีสถานก็ได้เข้าทำสนธิสัญญาเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investment of 1959) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีฉบับแรกของโลกที่ได้รับการออกแบบเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะ และถือเป็นจุดเริ่มต้นของยุคสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีสมัยใหม่ ทำให้ประเทศอื่น ๆ ในยุโรปเริ่มมีการเข้าทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ให้แก่คนชาติของตน ที่ลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา²⁶

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965, ICSID Convention) มีความสำคัญต่อประเด็นการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศอย่างมากเพราะอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้สิทธิทางวิธีสบัญญัติ

²⁵ นาดินรันดร์ จันทรวงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 54-60.

²⁶ Ibid. หน้า. 54-60.

(procedural right) แก่นักลงทุนต่างชาติในการเข้าสู่การระงับข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุนได้โดยตรง และยังสร้างระบบการตรวจสอบและการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนว่าจะมีเวทีระงับข้อพิพาทที่เป็นกลางและเชื่อถือได้ นอกจากนี้ โดยผลของ ICSID Convention ได้มีการจัดตั้งศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID Centre) เพื่อเป็นเวทีในการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ซึ่งนักวิชาการต่างเห็นว่า ICSID Convention นั้นเป็นก้าวที่สำคัญในประวัติศาสตร์สมัยใหม่ของความร่วมมือระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนต่างชาติ และเป็นตัวเร่งให้เกิดการทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีเป็นจำนวนมากในเวลาต่อมา²⁷

ในปี ค.ศ. 1976 คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) ประสบความสำเร็จจากการที่สมาชิกใหญ่ได้รับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Arbitration Rules) ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการอย่างแพร่หลายทั้งการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ โดยข้อบังคับดังกล่าวได้มีการปรับปรุงแก้ไขอีกครั้งในปี ค.ศ. 2010²⁸

หลังจากนั้นในช่วงทศวรรษที่ 1980 การเกิดขึ้นของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี²⁹ (Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA Convention) นำไปสู่การก่อตั้งสถาบันประกันการลงทุนพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA) เพื่อรับประกันความเสี่ยงทางการเมืองแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งในปัจจุบันสถาบันดังกล่าวมีสมาชิกทั้งสิ้น 181 ประเทศรวมถึงประเทศไทยด้วย นอกจากนี้ ในห้วงเวลานี้ สหรัฐอเมริกาได้นำข้อพิพาททางการลงทุนเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

²⁷ Ibid. หน้า. 62-64.

²⁸ United Nations Commission on International Trade Law, "Uncitral Arbitration Rules," [Online] Accessed: 12 July 2021. Available from: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

²⁹ Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), [Online] Accessed: 12 July 2021. Available from: <https://www.miga.org/about-us>

ในคดี Elettronica Sicula S.P.A.³⁰ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนของตนที่ลงทุนในอิตาลี ซึ่งในคดีนี้ แม้ศาลจะปฏิเสธข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา แต่ก็ได้อธิบายเรื่องมาตรฐานการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่³¹ (full protection and security, FPS) ที่ปรากฏในสนธิสัญญาทางไมตรีระหว่างอิตาลี กับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1948³²

ในช่วงทศวรรษที่ 1990 ความตกลงการค้าอเมริกาเหนือ ค.ศ. 1992 (North American Free Trade Agreement of 1992, NAFTA) จัดเป็นความตกลงการค้าเสรีที่แสดงให้เห็นแนวโน้มของการทำสนธิสัญญาเพื่อคุ้มครองการลงทุนที่มีการเจรจาเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุน และบรรจุมหาวัดว่าด้วยการลงทุน (Investment Chapter) ไว้ในความตกลงด้วย ซึ่งหลังจากการเกิดขึ้นของ NAFTA สหรัฐอเมริกาก็ได้มีการทำความตกลงการค้าเสรีที่มีมหาวัดว่าด้วยการลงทุนอยู่ด้วย กับหลายประเทศจนถึงศตวรรษที่ 21 และหลังจากนั้นก็ยังคงมีความตกลงที่สำคัญ ๆ เกิดขึ้นอีกหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน ค.ศ. 1994 (Energy Charter Treaty of 1994, ECT) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ครอบคลุมเฉพาะการลงทุนในอุตสาหกรรมพลังงาน, ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs), ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services, GATS) และ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right, TRIPS) ซึ่งความตกลงต่าง ๆ ข้างต้นล้วนมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติและการปฏิบัติต่อนักลงทุน³³ ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างสูงต่อการเข้าทำความตกลงการลงทุนทวิภาคี และความตกลงการค้าเสรี โดยมีลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์ในการให้สิทธิโดยตรง (direct right) กับนักลงทุนต่างชาติในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้ กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศยังมีอิทธิพลต่อบรรดากฎหมายที่ใช้ในการกำกับการลงทุนจากต่างชาติ

³⁰ "Elettronica Sicula S.P.A. (Elsi) (United States of America V. Italy)," (International Court of Justice, 1989).

³¹ ตัวอย่างอื่น ๆ ของหลักการคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ เช่น การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนจากอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยกองกำลังของรัฐผู้รับการลงทุน (police force) เป็นต้น (see. "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2544.)

³² นาดินรันดร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 70-72.

³³ Ibid. หน้า. 72-77.

ของรัฐผู้รับการลงทุน สัญญาการลงทุน รวมถึงระบบการประกันภัยความเสี่ยงทางการเมือง (political risk insurance)³⁴

เมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 21 เสี่ยงวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสมของสนธิสัญญาการลงทุนและการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ถูกมองว่าโอนเอียงไปในทางที่เป็นคุณกับนักลงทุนต่างชาติก็เพิ่มมากขึ้นเพราะความไม่พอใจต่อกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ขาดความโปร่งใสและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้รัฐจำนวนหนึ่งได้ออกแบบกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนใหม่ด้วยการจัดตั้งศาลการลงทุนถาวร³⁵ เพื่อแทนที่การอนุญาโตตุลาการเป็นรายคดี แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะเป็นไปได้ในทิศทางใด³⁶ นอกจากนี้ เพื่อการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในปี ค.ศ. 2013 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ลงมติรับกฎว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนบนพื้นฐานของสนธิสัญญา³⁷ (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลให้สาธารณะได้รับทราบข้อมูลตั้งแต่เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และขอยกเว้นการเข้าถึงข้อมูลโดยสาธารณะ ทั้งนี้ กฎดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับกับรัฐที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนบนพื้นฐานของสนธิสัญญา ค.ศ. 2014

³⁴ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 2.

³⁵ คณะกรรมาธิการยุโรปได้เสนอให้สร้างระบบศาลการลงทุน (investment court system, ICS) เพื่อแทนที่การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งระบบศาลการลงทุนทวิภาคีนี้มีลักษณะที่คล้ายกับการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลก และปรากฏอยู่ในความตกลงเศรษฐกิจและการค้าซึ่งครอบคลุมระหว่างแคนาดา กับสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิก ค.ศ. 2016 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) รวมถึงความตกลงคุ้มครองการลงทุนที่สหภาพยุโรปทำกับประเทศสิงคโปร์และเวียดนาม (see. นาดนรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 90-91.)

³⁶ Ibid. หน้า. 78-79.

³⁷ กฎว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนบนพื้นฐานของสนธิสัญญาสามารถปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาการลงทุนที่สร้างขึ้นก่อนวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014 หากภาคีในสนธิสัญญาหรือคู่กรณีตกลงยินยอมให้คณะอนุญาโตตุลาการนำมาใช้ได้ และกฎดังกล่าวจะถูกนำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของ UNCITRAL Arbitration Rules กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาการลงทุนที่สร้างขึ้นในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014 และหลังจากนั้น เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น (see. United Nations Commission on International Trade Law, "Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (Effective Date: 1 April 2014)," [Online] Accessed: 12 July 2021. Available from: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>)

(United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration of 2014) หรืออนุสัญญาโมริเชียส (Mauritius Convention)³⁸

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่จะประกอบด้วยผู้มีส่วนได้เสียหลายกลุ่ม ได้แก่ รัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาเพื่อสร้างอำนาจในการต่อรองและอิทธิพลทางการเมือง (geopolitical status) ในระบบเศรษฐกิจของโลก (global economic) รวมถึงในโครงสร้างทางอำนาจ, บุคคลธรรมดาและกลุ่มบริษัท (individual and corporation) ซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์หลักจากสนธิสัญญาการลงทุน, องค์กรที่ไม่ได้เป็นหน่วยงานของรัฐ (non-governmental organization), สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ, สถาบันระหว่างรัฐบาล (inter-governmental institutions) ที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยและการพัฒนา, รวมทั้งบรรดาที่ปรึกษากฎหมาย (counsel) ผู้เชี่ยวชาญ (expert) นักวิชาการ (scholars) และอนุญาโตตุลาการ (arbitrators) ซึ่งเป็นผู้ที่ปรับใช้กฎหมาย³⁹

2.1.2 พัฒนาการของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในอดีตถึงปัจจุบัน

การเข้าไปดำเนินการลงทุนในต่างประเทศย่อมนำมาสู่ความเสี่ยงต่อตัวนักลงทุน โดยจากเหตุการณ์ในอดีต การกระทำของรัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนนอกจากจะนำมาซึ่งความเสียหายต่อนักลงทุนอย่างใหญ่หลวงแล้ว ยังอาจกระทบถึงความน่าเชื่อถือในการให้ความคุ้มครองกับการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1938 ประธานาธิบดีของเม็กซิโกได้ทำการยึดกิจการ (nationalized) ปีโตรเลียมที่ดำเนินกิจการโดยบริษัทจากสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมาเป็นของรัฐบาลเม็กซิโก ทำให้รัฐบาลเม็กซิโกเป็นผู้ผูกขาดการสำรวจ การผลิต การกลั่น และการขนส่งน้ำมันและก๊าซธรรมชาติภายในเม็กซิโกทั้งหมด ทำให้ในขณะนั้นบริษัทน้ำมันอเมริกันต่างกดดันรัฐบาลอเมริกาให้มีการสั่งห้ามนำเข้าสินค้าทั้งหมดจากเม็กซิโก และแม้จะมีการคว่ำบาตร (boycott) เกิดขึ้นเป็นระยะเวลาสั้น ๆ ก็ตาม รัฐบาลอเมริกาโดยประธานาธิบดี Roosevelt ก็ได้โน้มน้าวให้บริษัทอเมริกันยอมรับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐบาลเม็กซิโกเป็นเงินราว 24 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁴⁰

³⁸ นาดนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 88-89.

³⁹ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 4.

⁴⁰ Borzu Sabahi, Noah Rubins, and Don Wallace Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)* (2019). p. 13 – 14.

โดยในช่วงระหว่างศตวรรษที่ 19 ถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 คนต่างชาติหรือต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศมักประสบปัญหาในการไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐที่ตนพำนักอยู่ โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้น ศาลหรือองค์กรผู้ทรงอำนาจในการแก้ไขปัญหาให้กับคนต่างชาติ อาจจะไม่ได้อยู่ในบางประเทศ หรือขาดประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองกับคนต่างชาติที่เพียงพอ หรืออาจจะมีอคติต่อคนต่างชาติเป็นเหตุให้ชาติมหาอำนาจในยุโรป รวมถึงสหรัฐอเมริกา มักใช้นโยบาย “การทูตแบบเรือปืน” (gunboat diplomacy) ในการให้ความคุ้มครองกับคนชาติของตน ที่ได้เข้าไปลงทุนในต่างประเทศ⁴¹

2.1.2.1 การทูตแบบเรือปืน

การทูตแบบเรือปืน (gunboat diplomacy) เป็นแนวทางการเยียวยาความเสียหายรูปแบบดั้งเดิมสำหรับการลงทุนจากต่างชาติที่ประเทศผู้ส่งออกการลงทุนนำมาใช้ในช่วงปี ค.ศ. 1890 ด้วยการที่ประเทศเจ้าของสัญชาตินักลงทุนอาศัยการใช้กำลังทางการทหารเพื่อบีบบังคับให้รัฐผู้รับการลงทุนต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายให้กับนักลงทุนของตน ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1900 สหรัฐอเมริกาได้ทำการส่งเรือรบไปยังเวเนซุเอลาเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายทรัพย์สินของบริษัทอเมริกันที่ประกอบกิจการในเวเนซุเอลา เป็นต้น⁴²

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังเป็นผู้ริเริ่มพัฒนาหลักกฎหมายที่ให้การคุ้มครองกับนักลงทุนจากต่างชาติ ตัวอย่างเช่น หลักมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองคนต่างด้าว (a minimum standard for protection of aliens) ในกฎหมายระหว่างประเทศ, มาตรฐานเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐผู้รับการลงทุนโดยคณะผู้พิจารณาที่เป็นกลางนอกดินแดน (extraterritorial neutral tribunals) ซึ่งอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถูกสร้างมาเพื่อการให้ความคุ้มครองทางการทูตกับคนชาติในต่างประเทศ รวมถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเวนคืนทรัพย์สินของคนต่างชาติที่จะต้องมีการชดใช้ค่าชดเชย (expropriation of aliens' property)⁴³ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวสำหรับประเทศในแถบละตินอเมริกาซึ่งเป็นกลุ่มประเทศผู้รับการลงทุน

⁴¹ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 7-8.

⁴² Sabahi, B., N. Rubins, and D. W. Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)*. p. 28-29.

⁴³ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 7-9.

จากสหรัฐอเมริกาที่สำคัญ ได้ปฏิเสธแนวทางของสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างเช่น ผู้พิพากษาชาวอาร์เจนตินา Carlos Calvo ได้ปฏิเสธทฤษฎีมาตรฐานขั้นต่ำ (the minimum standard theory) โดยได้เสนอแนวความคิดขึ้นใหม่ที่ต่อมาได้ชื่อว่าเป็นทฤษฎีของคาลโว (the Calvo doctrine) ที่มีหลักการว่ารัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนไม่จำเป็นต้องให้การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อนักลงทุนต่างชาติ มากไปกว่าการปฏิบัติต่อนักลงทุนที่เป็นคนชาติของตน⁴⁴

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นก็ไม่สามารถช่วยในการพัฒนาการคุ้มครองการลงทุนต่างชาติหากปราศจากสิทธิในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะผู้พิจารณาที่มีอำนาจ โดยในทางกฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเอกชนไม่มีสิทธิในทางกฎหมายในการฟ้องร้องรัฐอธิปไตยต่อศาลระหว่างประเทศหรือองค์กรผู้ทรงอำนาจอื่น ซึ่งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมารัฐจะต้องยกข้อขัดข้อง (the grievances) ของคนชาติขึ้นต่ออยู่กับรัฐต่างชาติในฐานะที่เป็นข้อเรียกร้องของรัฐเจ้าของสัญชาติ (the home State's claim) ซึ่งในทางปฏิบัติเรียกว่า “การคุ้มครองทางการทูต” (diplomatic protection) โดยเงื่อนไขเบื้องต้นก่อนที่รัฐจะให้การคุ้มครองทางการทูตได้นั้น คนชาติที่เสียหายจะต้องหมดหนทางในการเยียวยาจากท้องถิ่นที่ข้อพิพาทได้เกิดขึ้น (the aggrieved nationals needed to exhaust local remedies) ด้วยการฟ้องคดีจนถึงที่สุดภายในศาลท้องถิ่น และไม่ได้รับการเยียวยาใด ๆ⁴⁵

2.1.2.2 การให้ความคุ้มครองทางการทูต

การให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) จัดเป็นแนวทางการเยียวยาความเสียหายรูปแบบดั้งเดิม โดยในทางปฏิบัติการให้ความคุ้มครอง (practice of espousal) มีความเปลี่ยนแปลงไปจากแนวทางในอดีตเล็กน้อย โดยรัฐมักจะเลือกให้ความคุ้มครองกับข้อเรียกร้องที่รัฐเห็นด้วยเท่านั้น ทำให้เกิดข้อจำกัดในการที่นักลงทุนจะได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายยิ่งขึ้น นอกจากนั้น ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) การให้ความคุ้มครองทางการทูตจะไม่สามารถกระทำได้จนกว่านักลงทุนต่างชาติที่ได้รับความเสียหายจะได้พยายามหาหนทางเยียวยาความเสียหายของตนจากถิ่นที่ตนได้เข้าไปทำการลงทุนทุกช่องทางแล้ว และไม่ได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลท้องถิ่นนั้น (Exhaustion of Local Remedies) ซึ่งหลักการนี้

⁴⁴ Ibid. p. 9-11.

⁴⁵ Ibid. p. 10-11.

ได้รับการยอมรับในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาตั้งแต่ยุคกลางจนถึงปัจจุบัน ซึ่งหลักการได้รับการเยียวยาจากท้องถิ่นนี้ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า รัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนจะต้องให้โอกาสกับรัฐผู้รับการลงทุนในการอำนวยความสะดวกหรือนักลงทุนที่ได้รับความเสียหายโดยอาศัยแนวทางปกติ (regular way) ของรัฐผู้รับการลงทุนเสียก่อน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศขึ้น อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลัก exhaustion rule นั้นค่อนข้างจะสลับซับซ้อน เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติจะต้องยกข้อโต้แย้งทั้งหมด รวมทั้งข้อกล่าวหาของการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศตั้งแต่กระบวนการดำเนินคดีภายใต้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ก่อนที่รัฐเจ้าของสัญชาติจะสามารถยกข้อเรียกร้องเพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตได้⁴⁶

ในคดีเรือสัญชาติฟินแลนด์ (the Finnish Ships Arbitration)⁴⁷ คณะอนุญาโตตุลาการชี้ว่า “ไม่เพียงแต่การยืนยันข้อเท็จจริงที่จะต้องกระทำก่อนมีการฟ้องคดี มากไปกว่านั้นข้อกฎหมายที่ถูกยกขึ้นโดยรัฐผู้ร้องนั้นจะต้องได้รับการตรวจสอบและตัดสินโดยศาลท้องถิ่นมาแล้ว ก่อนที่จะได้มีการเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁴⁸ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการที่นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองทางการทูตจากรัฐเจ้าของสัญชาติของตนนั้นมีอุปสรรคค่อนข้างมาก

ข้อจำกัดที่เข้มงวดในการให้ความคุ้มครองทางการทูตนี้เป็นผลมาจากข้อพิจารณาทางด้านการเมืองและทางปฏิบัติ (the consequence of political and practical considerations) เพื่อให้ความเป็นธรรมกับรัฐผู้ถูกกล่าวหาในการมีโอกาสได้แก้ไขข้อขัดข้องของนักลงทุนต่างชาติโดยอาศัยกลไกภายในของรัฐผู้ถูกกล่าวหาก่อน อีกทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดข้อเรียกร้องในทางระหว่างประเทศที่มากเกินไปเพราะบุคลากรที่จะทำหน้าที่ตัดสินคดีมีอยู่อย่างจำกัด (the limited resources of international tribunals) การป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่าง ๆ และข้อเท็จจริงที่ว่าศาลภายในย่อมมีความเชี่ยวชาญและเข้าใจต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ดีกว่าศาลระหว่างประเทศ⁴⁹

⁴⁶ Sabahi, B., N. Rubins, and D. W. Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)*. p. 32-33.

⁴⁷ Finish Ships Arbitration (Finland v. U.K.), 3 UNRIAA 1479 (1934).

⁴⁸ Sabahi, B., N. Rubins, and D. W. Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)*. p. 32-33.

⁴⁹ Ibid. p. 34.

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นทำให้รัฐผู้ส่งออกเงินทุนและรัฐผู้รับเงินลงทุน (capital exporters and importers) ต่างต้องการพัฒนารอบทางกฎหมายที่ช่วยให้เกิดการไหลเวียนของเงินทุนได้มากขึ้น รวมถึงพัฒนาแนวทางในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ซึ่งความพยายามในการสร้างกรอบทางกฎหมายดังกล่าวก็ได้ส่งผลมาถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบันด้วย อาทิ ในสนธิสัญญาเจย์ ค.ศ. 1794 (the Jay Treaty of 1794) รัฐได้ริเริ่มให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐ (international claims commission) หรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า คณะกรรมการผสมเพื่อพิจารณาข้อเรียกร้อง (mixed claims commission) เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสองรัฐ รวมถึงกรณีข้อพิพาทที่รัฐฝ่ายหนึ่งได้กระทำแทนคนชาติของตนด้วย⁵⁰

2.1.2.3 การอาศัยกลไกภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

เมื่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจของคนชาติได้ขยายกว้างออกไปยังต่างแดนมากยิ่งขึ้น การใช้นโยบายการทูตแบบเรือปืนและการคุ้มครองทางการทูตจึงไม่เพียงพออีกต่อไป สังคมระหว่างประเทศจึงค่อย ๆ พัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี (peaceful means of dispute settlement) ที่รวมถึงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยแนวคิดเริ่มแรกนั้นได้ถูกนำมาใช้ในการแก้ปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (State-to-State disputes) และต่อมาก็ได้วิวัฒนาการมาใช้สำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกชน ในสนธิสัญญาเจย์ ค.ศ. 1794 (the Jay Treaty of 1794) รัฐได้ริเริ่มให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐ (international claims commission) หรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า คณะกรรมการผสมเพื่อพิจารณาข้อเรียกร้อง (mixed claims commission) เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐสองรัฐ รวมถึงกรณีข้อพิพาทที่รัฐฝ่ายหนึ่งได้กระทำแทนคนชาติของตนด้วย แต่ในขั้นนี้ ปัจเจกชนก็ยังคงไม่สามารถฟ้องร้องรัฐอธิปไตยได้โดยตรง ในปี ค.ศ. 1899 ถึงปี ค.ศ. 1907 ที่ประชุมสันติภาพแห่งกรุงเฮก (Hague peace conferences) ซึ่งเป็นต้นกำเนิดในการก่อตั้งศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration, PCA) ที่ถือเป็นความสำเร็จแรก ๆ ในความพยายามก่อตั้งกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น และในช่วงเวลาเดียวกันนั้น การระงับข้อพิพาท

⁵⁰ Ibid. p. 36.

โดยอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) ตามข้อบทอนุญาโตตุลาการในสัญญาต่าง ๆ ก็ได้ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทกับสหภาพโซเวียตในช่วงต้นทศวรรษที่ 1920⁵¹

คดี The Lena Goldfields ถือเป็นคดีที่โด่งดังที่สุดในยุคนี้ โดยคดีนี้เป็นการพิพาทในสัญญาสัมปทานเหมืองแร่และกิจการขนส่งระหว่างรัฐบาลโซเวียตกับบริษัทสัญชาติอังกฤษที่ดำเนินกิจการในไซบีเรีย สาเหตุเกิดจากการเปลี่ยนแปลงนโยบายทางเศรษฐกิจของสหภาพโซเวียตนำไปสู่การระงับสัมปทาน ทำให้บริษัทสัญชาติอังกฤษได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาสัมปทานดังกล่าว ซึ่งสามเดือนหลังจากเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการสหภาพโซเวียตก็ได้ถอนตัวออกจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และบริษัทผู้ร้องก็เป็นฝ่ายชนะคดี แต่ฝ่ายรัฐบาลโซเวียตก็ไม่ได้มีการปฏิบัติตามคำชี้ขาดแต่อย่างใด⁵² หรือในคดี Barcelona traction ซึ่งเป็นกรณีพิพาทที่ยาวนานที่สุดคดีหนึ่งในวงการกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นทำให้นักลงทุนต่างชาติตกอยู่ในความไม่แน่นอนอันจากการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน และส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของรัฐผู้รับการลงทุนในการแก้ไขข้อพิพาททางการลงทุนทำให้เงินลงทุนไหลไปสู่ภูมิภาคอื่น⁵³

การที่นักลงทุนจากต่างชาติจะก้าวข้ามปัญหาความไม่แน่นอนในการได้รับความคุ้มครองการลงทุนนั้น นักลงทุนจะต้องพบเจอกับอุปสรรคต่าง ๆ มากมาย ทั้งอุปสรรคที่เกิดจากการมีอคติของศาลท้องถิ่น (local bias)⁵⁴ ของรัฐผู้รับการลงทุน อุปสรรคเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity)⁵⁵ ที่ทำให้นักลงทุนอาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย อุปสรรคอันเกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของศาลท้องถิ่น (Inefficient Local Courts) อุปสรรคจากแนวคำสอนของคาลโว (Calvo Doctrine)

⁵¹ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 11-12.

⁵² Ibid. p. 12.

⁵³ Sabahi, B., N. Rubins, and D. W. Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)*. p. 13 – 14.

⁵⁴ หมายถึง การที่ผู้พิพากษาของรัฐผู้รับการลงทุนมีอคติต่อคนต่างชาติซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ในทุกประเทศ

⁵⁵ แนวความคิดเรื่องความคุ้มกันของรัฐมีพัฒนาการในทางกฎหมายระหว่างประเทศมาอย่างยาวนาน โดยในกรณีที่มีรัฐมีความคุ้มกันจากศาลของตนเองนั้นจะมีความแตกต่างจากกรณีรัฐมีความคุ้มกันจากศาลต่างประเทศ กล่าวคือ ในกรณีแรกนั้น รัฐบาลจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องในศาลภายในหากรัฐไม่ได้แสดงความยินยอม ซึ่งเป็นผลผลิตที่สืบเนื่องมาจากหลัก “the king can do no wrong” ในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ โดยมีเหตุผลที่ว่า ผู้ที่สร้างกฎหมายไม่ควรที่จะถูกกฎหมายนั้นมาบังคับเสียเอง ในขณะที่เดียวกัน หลักการดังกล่าวก็ปรากฏในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ด้วยเช่นกัน โดยเป็นพัฒนาการที่เกิดจากระบบกฎหมายของนโปเลียน (the Napoleonic system) ในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยในช่วงดังกล่าวนี้ไม่มีผู้ใดสามารถฟ้องรัฐได้ (see Sabahi, B., N. Rubins, and D. W. Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)*. p. 16-17.)

อุปสรรคที่เกิดจากเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) หรืออุปสรรคเกี่ยวกับการกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท (Choice of Law)⁵⁶ สนธิสัญญาการลงทุน (Investment treaties) จึงถูกใช้เป็นเครื่องมือในการเพิ่มความมั่นใจในความแน่นอนของการลงทุน

รัฐต่าง ๆ มีการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (FDI) ผ่านสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะสนธิสัญญาการลงทุนที่ก่อตั้งสิทธิทางกฎหมายให้กับนักลงทุนในการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน⁵⁷ สนธิสัญญาการลงทุน (Investment treaties) ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการเพิ่มความมั่นใจในความแน่นอนของการลงทุน โดยให้การรับรองกับนักลงทุนต่างชาติและการลงทุนในการมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุน และรัฐผู้รับการลงทุนจะต้องให้การปกป้องการลงทุนให้สอดคล้องกับมาตรฐานบางประการ เช่น หลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมและเป็นธรรม (Fair and Equitable Treatment) หลักการปกป้องจากการเวนคืน (Protection from Expropriation) หลักการไม่แบ่งแยก (Non-discrimination) ที่เป็นหลักการสำคัญในการปกป้องการลงทุนระหว่างประเทศ และแม้ว่าข้อบ่งชี้ด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุนจะมีความหลากหลาย แต่โดยทั่วไปจะอาศัยกลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ⁵⁸

สำหรับการระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐประเภทหนึ่ง และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (state-state dispute settlement, SSDS) นั้น มักจะใช้การเจรจา การประนีประนอม หรือการอนุญาโตตุลาการ ส่วนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) นั้น มักมีสาเหตุจากการที่รัฐนำมาตรการต่าง ๆ ของรัฐมาใช้กับการลงทุน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กฎ วิธีการ คำตัดสิน การกระทำทางปกครอง หรือในรูปแบบอื่นใดที่มีผลกระทบต่อนักลงทุนหรือการลงทุน ซึ่งมาตรการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อเรียกร้องได้สองลักษณะ คือ (1) ข้อเรียกร้องตามสนธิสัญญา (treaty claim) เนื่องจากการละเมิดสนธิสัญญาการลงทุน หรือ

⁵⁶ Ibid. p. 15-28.

⁵⁷ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2544.

⁵⁸ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. paras. 6-7.

(2) ข้อเรียกร้องตามสัญญา (contract claim) เนื่องจากการผิดสัญญาการลงทุน โดยนักลงทุน อาจอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาทกับรัฐได้หลายรูปแบบ ทั้งการพิจารณาหรืออย่างฉันทมิตรกับรัฐผู้รับการลงทุน การนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน การประนีประนอม การอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ หรือการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลการลงทุน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อกำหนด ในสัญญาการลงทุน กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน หรือสนธิสัญญาการลงทุน⁵⁹

โดยที่กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติถูกพัฒนาขึ้นมา เพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถยกข้อเรียกร้องต่อรัฐอธิปไตยที่ได้มีการเข้าไปลงทุนได้โดยตรง ซึ่งมีความแตกต่าง จากกลไกแบบดั้งเดิมที่จะต้องอาศัยวิธีการปกป้องในทางการทูตเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการลงทุน กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติจึงเป็นกลไกที่ถูกตั้งใจออกแบบมาเพื่อลด อิทธิพลทางการเมือง (de-politicize) ในข้อพิพาทด้านการลงทุน และช่วยขจัดความเสี่ยงที่ข้อพิพาท ด้านการลงทุนจะถูกยกระดับขึ้นเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ⁶⁰

ลักษณะที่สำคัญของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการนั้น โดยทั่วไปจะวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและหลักการ อนุญาโตตุลาการที่ปราศจากการตกลงกันเป็นส่วนตัวระหว่างคู่กรณี (the doctrine of arbitration without privity) กล่าวคือ หากใครก็ตามที่มีคุณสมบัติเป็นนักลงทุนตามความตกลงทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty) ก็จะสามารถอาศัยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (the arbitration clause) ในความตกลงนั้นเพื่อเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับรัฐผู้รับการลงทุนได้ แม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงใด ๆ ระหว่างนักลงทุนรายนั้นกับรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อที่จะเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการกันเลยทีเดียว⁶¹ ซึ่งมีผู้วิจารณ์ว่าหลักการดังกล่าวนี้มีความละเอียดอ่อนมากเพราะหาก คณะอนุญาโตตุลาการ พิจารณาประเด็นนอกเหนือไปจากเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของตน (going beyond the proper scope of his jurisdiction) ในคดีที่มีความอ่อนไหวก็อาจจะสร้างผลในเชิงลบอย่างรุนแรงได้⁶²

⁵⁹ นาดนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 17-18.

⁶⁰ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 5.

⁶¹ Giovanni Zarra, "The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the Eu and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step Forward or a Hasty Reform?," *Studi sull'integrazione europea* XIII(2018). p. 389-390.

⁶² David Ng, "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 2.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติส่วนใหญ่ จะมีความคล้ายคลึงกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้า (International commercial arbitration) เนื่องจากกลไกดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากบรรดานักกฎหมายที่คุ้นเคยกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน มีความซับซ้อนเพิ่มขึ้น อีกทั้งยังใช้ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทที่ยาวนาน และมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง ซึ่งตรงกันข้ามกับแนวคิดพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เนื่องจากข้อพิพาทตาม สนธิสัญญาการลงทุนมักเกิดขึ้นจากโครงการลงทุนขนาดใหญ่และมีประเด็นข้อพิพาทที่ละเอียดอ่อน⁶³

สำหรับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น คู่พิพาท นิยมเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการสถาบัน (institutional arbitration) และการอนุญาโตตุลาการ เฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) โดยสำหรับการอนุญาโตตุลาการสถาบัน ปัจจุบันมีหลายสถาบัน ที่มีชื่อเสียงให้บริการดังกล่าว เช่น การอนุญาโตตุลาการภายใต้ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับ ข้อพิพาททางการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID Centre) การอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration, PCA) การอนุญาโตตุลาการโดยหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce, ICC) การอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งลอนดอน (London Court of International Arbitration, LCIA) การอนุญาโตตุลาการโดยหอการค้าแห่งสตอกโฮล์ม (Stockholm Chamber of Commerce, SCC)⁶⁴ หรือการอนุญาโตตุลาการโดยศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แห่งสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre, SIAC) เป็นต้น ส่วนการอนุญาโตตุลาการ เฉพาะกิจนั้น มักเป็นกรณีที่สนธิสัญญาการลงทุนให้สิทธินักลงทุนดำเนินการระงับข้อพิพาท ภายใต้กฎเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้า ระหว่างประเทศ (UNCITRAL Arbitration Rules) หรือภายใต้กฎเกณฑ์อื่นที่คู่กรณีกำหนดไว้⁶⁵

สำหรับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการและการบริหารจัดการคดี กระบวนการ อนุญาโตตุลาการจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ (arbitral rules) ที่ถูกออกแบบไว้

⁶³ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 31.

⁶⁴ นาดินันตร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 18.

⁶⁵ Ibid. หน้า 18.

ในสนธิสัญญาการลงทุน และฝ่ายผู้เรียกร้องก็จะอาศัยข้อบังคับดังกล่าวมาปรับใช้ในการยื่นข้อเรียกร้อง โดยข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่มักถูกนำมาใช้มากที่สุดคือ ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL ซึ่งในกรณีข้อบังคับของ UNCITRAL มักจะถูกใช้ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) โดยในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ทั้งข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และ UNCITRAL ได้รับการปรับปรุงเพื่อให้มีความเหมาะสมต่อกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติอยู่ตลอดเวลา และข้อบังคับดังกล่าวก็มีความยืดหยุ่นที่ค่อนข้างสูง โดยในปี ค.ศ. 2006 ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบทว่าด้วยความโปร่งใส (transparency) รวมทั้งการปรับปรุงกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการคัดค้านเบื้องต้น (preliminary objection) สำหรับข้อเรียกร้องที่ไม่มีมูล (non – meritorious claims) และประเด็นวิธีการชั่วคราว (provisional measures) นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2016 สำนักเลขาธิการของ ICSID ก็ได้เริ่มกระบวนการปรึกษาหารือกับรัฐสมาชิกในการกำหนดประเด็นที่จะปรับปรุงข้อบังคับของ ICSID อาทิ ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ ปัญหาการสนับสนุนจากฝ่ายที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน รวมถึงกรอบระยะเวลาในการพิจารณาคดี ส่วนข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ก็ได้รับการทบทวนในปี ค.ศ. 2010 และ 2013 ในประเด็นการเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณา และข้อบังคับว่าด้วยมาตรการชั่วคราว (interim measures)⁶⁶

ความแตกต่างสำคัญระหว่างข้อบังคับของ ICSID กับ UNCITRAL คือ ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID นั้นอยู่ภายใต้อนุสัญญา ICSID (the ICSID Convention) ที่มีกลไกระงับข้อพิพาทเป็นของตนเอง (self-contained system) โดยการบริหารจัดการข้อพิพาทต่าง ๆ รวมไปถึงการเพิกถอนคำชี้ขาดจะต้องเป็นไปตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในทางกลับกัน ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (the UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อบังคับดังกล่าวจะให้อำนาจกับศาลท้องถิ่นในการพิจารณาไม่บังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ปี ค.ศ. 1958 (the New York Convention 1958)⁶⁷

⁶⁶ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. paras 15-18.

⁶⁷ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 31.

การเลือกอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ โดยทั่วไป คณะอนุญาโตตุลาการจะประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทแต่ละฝ่าย และประธานคณะอนุญาโตตุลาการอาจได้รับการแต่งตั้งโดยความตกลงระหว่างคู่พิพาท หรือโดยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาทเป็นผู้เลือก หรือโดยองค์กรผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง ซึ่งก็คือสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ นั่นเอง การคัดเลือกว่าอนุญาโตตุลาการที่มีความเหมาะสม เป็นกระบวนการที่มีความซับซ้อนในทางปฏิบัติและก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์มากขึ้น เนื่องจากโดยหลักการแล้วผู้ที่ได้รับเลือกเป็นอนุญาโตตุลาการไม่ว่าโดยคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องมีความเป็นอิสระ และมีความเป็นกลาง (independent and impartial) อย่างไรก็ตาม คู่พิพาทก็มักจะพยายามเลือก อนุญาโตตุลาการที่ตนเห็นว่ามีแนวโน้มเอียงเข้าข้างฝ่ายตนทั้งในด้านของมุมมองกฎหมาย หรือภูมิหลังทางวัฒนธรรมประเพณีหรือมีความเชื่อทางทฤษฎีต่าง ๆ ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กับฝ่ายที่เลือกอนุญาโตตุลาการผู้นั้นมา ความโน้มเอียงดังกล่าวนี้จะไม่กระทบต่อคุณสมบัติ ของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการคัดเลือกตราบดีที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นตระหนักถึงเรื่องดังกล่าว และมีความเป็นมืออาชีพในการตัดสินคดี อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นต่างออกไปว่าการมีความโน้มเอียง ตั้งแต่ต้นจะสร้างอคติและกระทบต่อกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทอย่างร้ายแรง และเห็นว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนควรกระทำโดยบุคคลภายนอก ที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาท⁶⁸

ปัญหาในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะส่งผลกระทบต่อบทบาท ของอนุญาโตตุลาการหลังจากได้รับการเลือก ซึ่งโดยหลักอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระ เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับคู่พิพาทว่าจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ และเพื่อสร้างหลักประกันในความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการผู้นั้นจะต้องเปิดเผยข้อมูลและสภาวะแวดล้อม (circumstance) ที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตน ตัวอย่างเช่น การให้คำแนะนำทางกฎหมาย หรือการให้ความเห็นในฐานะ ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เป็นประเด็นระหว่างคู่พิพาท ทั้งนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่ง ก็จะมีฐานในการกำหนดข้อบกพร่องเรื่องคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน แต่ก็จะเป็นไป ในแนวทางที่ว่าข้อบกพร่องดังกล่าวนี้จะต้องก่อให้เกิดความสงสัยที่สมเหตุสมผล (justifiable doubt)

⁶⁸ Ibid. p. 32.

ต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการผู้นั้น ตัวอย่างเช่น ข้อบังคับ การอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อที่ 12 กำหนดไว้ว่า อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏถึงความสงสัยอย่างสมเหตุสมผลเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นต้น⁶⁹

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในอดีตการที่นักลงทุนจะได้รับการเยียวยาหากได้รับความเสียหาย จากการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศนั้นทำได้ยากลำบาก เนื่องจากจะต้องประสบกับอุปสรรค ทางด้านข้อกฎหมายและด้านการเมืองจากรัฐบาลท้องถิ่น ทำให้นักลงทุนมีทางเลือกในการเรียกร้อง เพื่อให้มีการชดใช้เยียวยาความเสียหายไม่มากนัก จนกระทั่งในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง หนทางหนึ่ง ในการเยียวยาความเสียหายจากการถูกเวนคืนการลงทุนคือ การใช้กองกำลังทางทหารหรือที่เรียกกันว่า “นโยบายการทูตแบบเรือปืน” ซึ่งปัจจุบันเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนอีกหนทางหนึ่งซึ่งเป็นรูปแบบที่สันติในการเยียวยาความเสียหายของนักลงทุนคือ การอาศัยการคุ้มครอง ทางการทูตจากรัฐผู้ส่งการลงทุน⁷⁰ แต่ด้วยข้อจำกัดที่เข้มงวดในการให้ความคุ้มครองทางการทูต ทำให้รัฐผู้ส่งออกเงินทุนและรัฐผู้รับเงินลงทุน (capital exporters and importers) ต่างต้องการ พัฒนารอบทางกฎหมายที่ช่วยให้เกิดการไหลเวียนของเงินทุนได้มากขึ้น รวมถึงพัฒนาแนวทาง ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) จึงถูกพัฒนาขึ้นเพื่อให้นักลงทุนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลสามารถยกข้อเรียกร้องขึ้นต่อผู้กับรัฐอธิปไตยที่ได้มีการลงทุนเกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างจาก กลไกแบบดั้งเดิมที่อาศัยการปกป้องทางการทูต (Diplomatic means of protection) ในการระงับ ข้อพิพาทด้านการลงทุน นอกจากนี้ กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนยังถูกใช้เป็นกลไก ในการลดข้อพิพาทด้านการลงทุนที่มีการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง (to de-politicize investment dispute) และยังช่วยขจัดความเสี่ยงในการยกระดับข้อพิพาทไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐ (inter-state conflicts)⁷¹ โดยกลไกดังกล่าวนี้จะถูกบรรจุไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนต่าง ๆ ที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ตกลงไว้กับรัฐ ผู้ส่งการลงทุน และสัญญาการลงทุนโดยทั่วไป ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทนั้น จะมีการระบุการเลือกเวทีสำหรับระงับข้อพิพาท (forum selection) ไว้อย่างเฉพาะเจาะจง

⁶⁹ Ibid. p. 32-33.

⁷⁰ Sabahi, B., N. Rubins, and D. W. Jr., *Investor-State Arbitration (2nd Edition)*. p. 30.

⁷¹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 5.

โดยอาจเป็นการระงับข้อพิพาทในศาลหรือการระงับข้อพิพาทนอกศาล โดยข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทนี้มีกระบวนให้นำการระงับข้อพิพาททางเลือกรมาใช้ เช่น การเจรจาต่อรอง การประนีประนอม และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนักลงทุนต่างชาติมักต้องการให้ใช้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นเพราะนักลงทุนย่อมมีความต้องการแสวงหาเวทีระงับข้อพิพาทที่เป็นกลางและไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองที่เป็นโทษกับตน⁷²

2.1.3 ฐานทางกฎหมายในการกำหนดรูปแบบและกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบัน

2.1.3.1 สัญญาการลงทุน

รัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติมักเข้าทำสัญญาการลงทุน (investment contract) ระหว่างกันเพื่อรองรับโครงการการลงทุนที่เฉพาะเจาะจง แม้สัญญาดังกล่าวเป็นเพียงบ่อเกิดของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่คำรากฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่ได้จัดให้สัญญาการลงทุนเป็นส่วนหนึ่งของคำอธิบายว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย และพิจารณาว่าสัญญาการลงทุนเป็นบ่อเกิดหนึ่งของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศควบคู่ไปกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน โดยสัญญาการลงทุนอาจจะอยู่ในรูปของสัญญาสัมปทาน (concession contract) หรือข้อตกลงการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (development agreement) ซึ่งรัฐและนักลงทุนจะใช้สัญญาดังกล่าวเป็นเครื่องกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างกันที่อาจจะเป็นกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน หรือกฎหมายของรัฐที่สาม แต่ส่วนมากสัญญาการลงทุนจะกำหนดให้นำทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนมาใช้⁷³

รูปแบบและกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะถูกกำหนดไว้ในข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (dispute resolution clause) ซึ่งเป็นหนึ่งในข้อสัญญาที่สำคัญที่สุดในสัญญาการลงทุน โดยข้อสัญญาดังกล่าวจะระบุการเลือกเวทีสำหรับระงับข้อพิพาท (forum selection) ไว้อย่างเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะเป็นการระงับข้อพิพาทในศาลหรือการระงับ

⁷² นาดนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 388-389.

⁷³ Ibid. หน้า. 143.

ข้อพิพาทนอกศาล โดยกรณีของการระงับข้อพิพาทนอกศาล ข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาท มักระบุให้อำศัยการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution, ADR) มาใช้ในการระงับข้อพิพาท เช่น การเจรจาต่อรอง การประนอม และการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งตัวอย่างของข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทสามารถพบเห็นได้จากข้อสัญญาแม่แบบที่จัดทำโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เช่น ข้อสัญญาของหอการค้านานาชาติ (ICC) หรือข้อสัญญาแม่แบบของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Arbitration Clause) เป็นต้น⁷⁴

2.1.3.2 กฎหมายภายใน

กฎหมายภายในถูกนำมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลการลงทุนระหว่างประเทศ และระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการลงทุนดังกล่าว กฎหมายภายในจึงถูกจัดให้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ และไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาในฐานะที่เป็นเพียง “ข้อเท็จจริง” ตามความเข้าใจดั้งเดิมในกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หากแต่กฎหมายภายในยังถูกนำมาพิจารณาในฐานะที่เป็น “กฎหมาย” ด้วย โดยกฎหมายภายในดังกล่าวนี้หมายถึง กฎหมายและข้อบังคับทั้งหมดของรัฐผู้รับการลงทุน ไม่ว่าจะเป็กฎหมายการลงทุนต่างชาติหรือกฎหมายอื่น โดยเหตุผลที่นำกฎหมายภายในมาปรับใช้เนื่องจากการลงทุนต่างชาติเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน ดังนั้น การลงทุนต่างชาติจึงอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนตั้งแต่การเริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดการลงทุน ซึ่งแม้รัฐจะได้จำกัดอำนาจอธิปไตยของตนด้วยการสร้างกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศขึ้น แต่กฎหมายภายในก็ยังคงมีบทบาทสำคัญในการลงทุนระหว่างประเทศเพราะไม่มีรัฐใดกำหนดให้การลงทุนต่างชาติที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด โดยจะพบว่าสนธิสัญญาการลงทุนบางฉบับมีการกำหนดไว้ว่า สนธิสัญญาการลงทุนจะปรับใช้เฉพาะกับการลงทุนที่ถูกรับเข้ามาตามกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน ทำให้การลงทุนที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนย่อมกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนในการกล่าวอ้างความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน⁷⁵

กฎหมายการลงทุนต่างชาติ (foreign investment law, FIL) เป็นกฎหมายภายในของรัฐที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับคำนิยามของการลงทุนและนักลงทุน การรับการลงทุน มาตรฐาน

⁷⁴ Ibid. หน้า. 388-390.

⁷⁵ Ibid. หน้า. 139-140.

การส่งเสริม คุ้มครองและควบคุมการลงทุน การบริหารกระบวนการลงทุน และสิทธิของนักลงทุน ที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายการลงทุนต่างชาติ จึงมีเนื้อหาคล้ายคลึงกับสนธิสัญญาการลงทุน โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวถูกบัญญัติขึ้น เพื่ออนุวัติการ⁷⁶ ให้เป็นไปตามสนธิสัญญาการลงทุน คำนิยามและมาตรฐานการคุ้มครองต่าง ๆ ที่ปรากฏในสนธิสัญญาการลงทุนก็มักปรากฏในกฎหมายการลงทุนต่างชาติด้วย เช่น การรับประกัน การโอนเงินทุน การเวนคืน การไม่เลือกปฏิบัติ การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเที่ยงธรรม และการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ตัวอย่างของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนต่างชาติ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 เป็นต้น นอกจากนี้ ในกรณี การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศนั้น กฎหมายการลงทุนต่างชาติจัดเป็นตราสาร ที่รัฐผู้รับการลงทุนใช้แสดงความยินยอมที่จะเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกเหนือไปจาก สัญญาการลงทุนและสนธิสัญญาการลงทุนอีกด้วย⁷⁷

การที่รัฐผู้รับการลงทุนตรากฎหมายในโอกาสก่อให้เกิดการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral acts) ที่มีผลผูกพันรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ใน Article 1⁷⁸ ของข้อชี้แนะหลักการที่ใช้บังคับกับการประกาศฝ่ายเดียวของรัฐจัดทำโดย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission's Guiding Principles applicable to Unilateral Declarations of States) ซึ่งการตรากฎหมายดังกล่าวของรัฐ จะก่อความผูกพันต่อรัฐในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหากกฎหมายดังกล่าวเป็นการสร้างความคาดหวังอันชอบธรรม (a legitimate expectation) ให้กับฝ่ายนักลงทุน ทำให้นักลงทุน สามารถแสดงการยอมรับได้โดยการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (acceptance by initiating arbitral proceeding) หรืออาศัยการประกาศยอมรับอย่างเป็นทางการ (making a formal

⁷⁶ “หมายถึง ก. ทำตาม, ประพฤติตาม, ปฏิบัติตาม, เขียนเป็น อนุวรรตน์ อนุวัตน์ อนุวัตร หรือ อนุวัติ ก็มี.” (see. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, “[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th/index.php>)

⁷⁷ นาถนรินทร์ จันทร์งาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 140-141.

⁷⁸ “Declarations publicly made and manifesting the will to be bound may have the effect of creating legal obligations. When the conditions for this are met, the binding character of such declarations is based on good faith; States concerned may then take them into consideration and rely on them; such States are entitled to require that such obligations be respected”

acceptance) ก็ได้ และเมื่อนักลงทุนได้แสดงการยอมรับแล้ว รัฐก็จะไม่สามารถเพิกถอนความผูกพัน แต่ฝ่ายเดียวได้ ตัวอย่างเช่น ในคดี Telsim and Rumeli v Kazakhstan⁷⁹ ประเทศ Kazakhstan ได้ยกเลิก (repealed) กฎหมายการลงทุน ฉบับปี ค.ศ. 1994 ในปี ค.ศ. 2003 โดยใน Article 6 (1) ของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติข้อบทรักษาเสถียรภาพ (a stabilization clause) เป็นระยะเวลาสิบปี นับแต่ได้ก่อตั้งการลงทุน ซึ่งในกรณีนี้นักลงทุนได้ก่อตั้งการลงทุนในปี ค.ศ. 1999 และ Article 27 ของกฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดให้สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID ได้โดยการยื่นคำร้องขอเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการภายในสิบปีนับแต่ผู้เสนอคำร้องได้รับคำเสนอฝ่ายเดียวที่ก่อตั้งโดยกฎหมายการลงทุนต่างชาติของ Kazakhstan⁸⁰ ดังนั้น จะเห็นได้ว่ารูปแบบและกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนอาจจะเกิดขึ้นจากกฎหมายภายในของรัฐได้ แต่ทั้งนี้ ก็อาจจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายที่รัฐผู้รับการลงทุนได้ตราขึ้นเป็นรายกรณีไป

2.1.3.3 สนธิสัญญาการลงทุน

ในทางกฎหมายนั้น สนธิสัญญาการลงทุน (Investment treaty) เป็นบ่อเกิดของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดเพราะสนธิสัญญาการลงทุนเป็นใบเบิกทางเพื่อเข้าสู่ตลาดการลงทุนระหว่างประเทศด้วยการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อลดความเสี่ยงของโครงการการลงทุนระยะยาว รวมทั้งสร้างเสถียรภาพและความแน่นอนให้การลงทุนต่างชาติ โดยสนธิสัญญาการลงทุนมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับการลงทุนที่ตกลงโดยนักลงทุนของรัฐภาคีหนึ่งในดินแดนของรัฐภาคีหนึ่ง⁸¹ โดยการเข้าทำ การตีความ และการปรับใช้สนธิสัญญาการลงทุนทั้งหลายจะตกอยู่ภายใต้ธรรมนูญกรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)⁸²

หากพิจารณาจากเนื้อหาและจำนวนรัฐภาคีในสนธิสัญญาการลงทุนจะสามารถแบ่งสนธิสัญญาออกได้เป็น 3 ประเภทหลัก ได้แก่ (1) สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (bilateral investment treaty, BIT) (2) ความตกลงเศรษฐกิจทวิภาคีที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการลงทุน (bilateral

⁷⁹ Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16

⁸⁰ Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration* (Cambridge University Press, 2015). p. 300-301.

⁸¹ นาดินรันดร์ จันทรังาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 100-102.

⁸² Ibid. หน้า. 104.

economic agreement with investment provisions) และ (3) ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ซึ่งเกี่ยวข้องกับรัฐมากกว่าสองรัฐ (investment-related agreement involving more than two states) ทั้งนี้ สนธิสัญญาประเภทต่าง ๆ ข้างต้นอาจมีชื่อเรียกเฉพาะที่แตกต่างกันไป อาทิ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (agreement for promotion and protection of investment), ความตกลงการค้าเสรี (free trade agreement, FTA), ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ (economic partnership agreement, EPA) หรือความตกลงการค้าในระดับภูมิภาค (regional trade agreement, RTA) ที่มีหมวดว่าด้วยการลงทุน⁸³

สนธิสัญญาการลงทุนมักจะให้หลักประกันแก่นักลงทุนที่นอกเหนือไปจากสิทธิตามสัญญาการลงทุน โดยหากนักลงทุนไม่สามารถเจรจาให้กำหนดข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาการลงทุนได้ หากนักลงทุนนั้นอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของสนธิสัญญาการลงทุนที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นักลงทุนก็สามารถอาศัยหลักประกันที่ได้รับจากสนธิสัญญาการลงทุนยันกับรัฐผู้รับการลงทุนได้เพื่อเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหากเป็นไปตามเงื่อนไขของอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือเป็นกรณีของการอนุญาโตตุลาการที่ปราศจากการตกลงกันเป็นส่วนตัวระหว่างคู่กรณี (arbitration without privity)⁸⁴

โดยรูปแบบและกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน จะถูกกำหนดไว้ในหมวดว่าด้วยการระงับข้อพิพาท ซึ่งนอกเหนือจากบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ (state-state dispute settlement, SSDS) ที่เกิดจากการตีความและการปรับใช้สนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาการลงทุนยังมีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิในทางวิธีสบัญญัติ (procedural right) ของนักลงทุน คือ บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (investor-state dispute settlement, ISDS) โดยเฉพาะการใช้การอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (investor investment arbitration) ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมักกำหนดให้การระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญา ICSID เป็นตัวเลือกหนึ่งของนักลงทุนต่างชาติ ทำให้นักลงทุนที่ต้องการใช้ตัวเลือกดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข

⁸³ Ibid. หน้า. 103-104.

⁸⁴ Ibid. หน้า. 390.

ในอนุสัญญา ICSID⁸⁵ หรือในบางสนธิสัญญาอาจจะกำหนดให้นักลงทุนสามารถเลือกการระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจภายในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law) ก็ได้ ตัวอย่างเช่น ความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย ค.ศ. 2004 (Thailand-Australia Free Trade Agreement of 2004, TAFTA) Article 917 (2)⁸⁶ ที่กำหนดไว้ว่า “หากข้อพิพาทไม่อาจระงับลงได้ผ่านการปรึกษาหารือและการเจรจาต่อรอง นักลงทุนอาจเลือกการระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)”

2.2 ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทเป็นส่วนสำคัญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นจุดตั้งต้นของความชอบธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การให้สิทธิกับคู่พิพาทในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นหนทางที่ช่วยให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ ชื่อเสียง ความสามารถ รวมถึงความเป็นกลาง ซึ่งจะเพิ่มความมั่นใจให้กับคู่พิพาทต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁸⁷ ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ นั้น คณะอนุญาโตตุลาการมักประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการจำนวนสามคน โดยข้อบทของสนธิสัญญาการลงทุนหรือข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการจะให้สิทธิกับคู่พิพาทในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน ส่วนวิธีการในการตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการนั้นจะมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างคู่พิพาท⁸⁸

⁸⁵ Ibid. หน้า. 110-11.

⁸⁶ “If the dispute in question cannot be resolved through consultations and negotiations, the dispute may, at the choice of the investor, be:

1. initiated before the Party's competent judicial or administrative bodies, in accordance with the laws and regulations of the Party; or

2. resolved by an international ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).”

⁸⁷ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para 43.

⁸⁸ Ibid. para 42.

อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ กลับได้รับข้อวิจารณ์เพิ่มมากขึ้นในหลายประเด็น เช่น การขาดหลักประกันที่มีประสิทธิภาพเกี่ยวกับความเป็นอิสระ (independence) และความเป็นกลาง (impartiality) สำหรับอนุญาโตตุลาการแต่ละราย, การที่มีอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญการพิจารณาคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจำนวนน้อยซึ่งส่งผลให้เกิดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ซ้ำ ๆ กันในคดี, การขาดความโปร่งใสในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น⁸⁹

ในกรณีของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทางการค้า การที่คู่พิพาทต่างสัญชาติเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็เพื่อหลีกเลี่ยงประเด็นการมีอคติจากการตัดสินใจของศาลภายใน คู่พิพาทจึงคาดหวังถึงมาตรฐานที่สูงที่สุดเกี่ยวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ โดยหากพิจารณาตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน Article 12 (1)⁹⁰ ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law) ที่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยพฤติการณ์ใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดข้อสงสัยอย่างสมเหตุสมผลต่อความเป็นกลางและเป็นอิสระของตน ซึ่งหากอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามก็อาจถูกคัดค้านจากคู่พิพาทได้ ตัวอย่างเช่น การที่อนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางการเงินอย่างมีนัยยะในข้อพิพาทหรือกับคู่พิพาท หรือกับที่ปรึกษาทางกฎหมาย, การมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับคู่พิพาทหรือที่ปรึกษากฎหมาย การแสดงออกต่อสาธารณะในประเด็นพิพาท หรือการมีความสัมพันธ์ที่เป็นปฏิปักษ์กับคู่พิพาท เป็นต้น⁹¹

สำหรับในประเทศไทยประเด็นความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการมักได้รับข้อวิจารณ์เมื่อเอกชนจะทำการระงับข้อพิพาทกับหน่วยงานของรัฐที่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ เนื่องจาก

⁸⁹ Ibid. para 44.

⁹⁰ Article 12. Grounds for challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

⁹¹ Bantekas, I., *An Introduction to International Arbitration*. p. 123-126.

หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจมักจะแต่งตั้งให้อัยการซึ่งเป็นข้าราชการประจำมาเป็นอนุญาโตตุลาการด้วย อยู่เสมอ ทั้งที่อัยการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของรัฐในฐานะทนายของแผ่นดิน ทำให้เกิดความไม่สบายใจกับภาคเอกชนในการเข้าร่วมกระบวนการระงับข้อพิพาทเนื่องจากมีข้อกังวลเกี่ยวกับความเป็นกลางของพนักงานอัยการ ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ก็มักจะมีการวางกฎกติกาในเรื่องของความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย เช่น ตามประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 10 ได้กำหนดว่า “ภายหลังจากได้รับการแต่งตั้งหรือในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เข้าไปมีความเกี่ยวพันไม่ว่ากับคู่พิพาทฝ่ายใด หรือบุคคลอื่นใดไม่ว่าด้านการเงิน ธุรกิจ อาชีพ หรือความสัมพันธ์ทางครอบครัวและสังคม อันอาจทำให้ คู่พิพาทเกิดความสงสัยอันควรในความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางของตนในการปฏิบัติหน้าที่ อนุญาโตตุลาการได้” ดังนั้น การแต่งตั้งให้พนักงานอัยการที่ยังเป็นข้าราชการให้เป็นอนุญาโตตุลาการเปรียบได้กับการตั้งผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นคู่ความในข้อพิพาท อันขัดต่อหลักการที่จะต้องให้คู่กรณีมีความสบายใจว่าการแพ้ชนะคดีของตนไม่ได้เกิดเพราะความลำเอียงแต่อย่างใด⁹²

ในด้านของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนก็เช่นเดียวกัน ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถือเป็นคุณสมบัติสำคัญที่อนุญาโตตุลาการทุกคนจะต้องมี โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้ว่าโดยทั่วไปคู่พิพาทมักจะเลือกแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ตนคิดว่ามีจุดยืนเข้าข้างตัวเองก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวก็อาจไม่กระทบต่อการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้นั้น หากอนุญาโตตุลาการดังกล่าวตระหนักและวินิจฉัยคดีอย่างมีความเป็นมืออาชีพ ในขณะที่อีกฝ่ายเห็นว่า ความโน้มเอียงของอนุญาโตตุลาการถือเป็นอคติที่กระทบต่อกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน⁹³

⁹² อธิก อัครวานันท์, ร่างสัญญาธุรกิจ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า. 419-420.

⁹³ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects. p. 32.

การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการหลังจากการได้รับเลือกคือการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการเป็นอิสระ เพื่อให้การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตลอดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ⁹⁴ โดยหลักประกันความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการคือ การที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับเลือกจะต้องเปิดเผยข้อมูลและพฤติการณ์ที่อาจนำไปสู่การขาดคุณสมบัติได้ ซึ่งข้อแนะนำของเนติบัณฑิตยสภา ระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันผลประโยชน์ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 2014 (The International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration (October 23, 2014)) แม้เป็นเครื่องมือที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (a non-binding instrument) แต่มีถูกนำมาใช้ในการพิจารณาถึงการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ เช่น การเคยให้คำแนะนำทางกฎหมาย (legal advice) หรือความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญ (expert opinion) ให้กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมาก่อน⁹⁵ หรือกรณีของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ซ้ำ ๆ กันโดยคู่พิพาทในคดี เป็นต้น

คดี Burlington v Ecuador

Burlington Resources Inc. (Burlington) เป็นนักลงทุนสัญชาติอเมริกันที่ลงทุนในกิจการผลิตน้ำมันในประเทศ Ecuador ร่วมกับ Parenco Ecuador Ltd. (Parenco) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจของรัฐบาล Ecuador โดยในปี ค.ศ. 2001 Burlington ได้เข้าทำสัญญาแบ่งปันผลผลิต (production-sharing contracts, PSCs) สำหรับบริเวณ Blocks 7 และ 11 โดยในสัญญาดังกล่าว กำหนดให้ Burlington และ Parenco รับผิดชอบค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงจากการประกอบกิจการทั้งหมด แลกเปลี่ยนกับการได้รับส่วนแบ่งผลิตภัณณ์น้ำมัน นอกจากนี้ ในสัญญายังมีการกำหนดเรื่องการจัดเก็บภาษีจาก Burlington ด้วย โดยหลังจากที่ราคาน้ำมันพุ่งสูงขึ้น รัฐบาล Ecuador ได้มีการตรากฎหมายที่เรียกว่า “Law 42” ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2006 สำหรับจัดเก็บภาษีจากผลกำไรพิเศษ (extraordinary profits)⁹⁶ ในอัตราร้อยละ 50 จากบริษัทน้ำมัน และในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2007

⁹⁴ See. ICSID Convention Article 14 (1) “Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment...”

⁹⁵ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 32-33.

⁹⁶ also called “windfall profits” defined as the profits resulting from an “unforeseen” rise of oil prices in excess of the price level at the time of conclusion of the PSCs.

รัฐบาล Ecuador ก็เพิ่มอัตราจัดเก็บภาษีจากผลกำไรพิเศษเป็นร้อยละ 99 ซึ่ง Burlington ก็ได้ยอมจ่ายภาษีดังกล่าวพร้อมทั้งเรียกร้องให้มีการปรับอัตราภาษีแต่ก็ประสบความล้มเหลวในการเจรจา ทำให้ Burlington ตัดสินใจหยุดการจ่ายภาษีตามกฎหมาย Law 42 ในปี ค.ศ. 2009 เป็นเหตุให้ รัฐบาล Ecuador อายัดผลิตภัณฑ์น้ำมันที่เป็นส่วนแบ่งของ Burlington และนำออกประมูลขาย เพื่อนำมาจ่ายเป็นภาษี และต่อมารัฐบาล Ecuador ก็ได้เข้าครอบครองบรรดาโรงงานผลิตน้ำมันของ Burlington รวมถึงออกพระราชกฤษฎีกา (ministerial decree) เพื่อยกเลิกสัญญาแบ่งปันผลผลิตกับ Burlington⁹⁷

ในคดี Burlington v Ecuador⁹⁸ ผู้ถูกกล่าวหาได้กล่าวอ้างการที่อนุญาตอุตสาหกรรม ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนักลงทุนไม่ได้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการที่ตนเคยได้รับแต่งตั้งเป็น อนุญาตอุตสาหกรรมโดยบริษัทที่ปรึกษากฎหมายรายเดิมมาก่อนเพื่อปฏิเสธการแต่งตั้งอนุญาตอุตสาหกรรม รายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้อนุญาตอุตสาหกรรมที่ถูกกล่าวหาก็ได้ถอนตัวจากการเป็น อนุญาตอุตสาหกรรมไปด้วยตนเอง

คดี Tidewater v Venezuela

ในคดี Tidewater v Venezuela⁹⁹ เป็นกรณีที่กลุ่ม Tidewater ซึ่งประกอบกิจการ ขนส่งทางทะเลในอ่าวเม็กซิโก ได้เข้าไปก่อตั้งกิจการในประเทศ Venezuela และหลังจากรัฐบาล Venezuela ได้มีการยึดกิจการน้ำมันในปี ค.ศ. 1975 ก็ได้มีการว่าจ้าง Tidewater ให้บริการขนส่ง น้ำมันทางทะเล แต่ในช่วงปี ค.ศ. 2008-2009 ซึ่งราคาน้ำมันตกต่ำ บรรดาบริษัทน้ำมันของรัฐบาล Venezuela ได้เริ่มผลิตนิตชำระค่าขนส่ง และในปี ค.ศ. 2009 รัฐบาล Venezuela ก็ได้ตรากฎหมาย เพื่อการสงวนทรัพย์สินและบริการที่เกี่ยวข้องกับกิจการไฮโดรคาร์บอนให้กับรัฐบาล (Reserve Law) ทำให้สินทรัพย์ของกลุ่ม Tidewater ทั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทและเรือขนส่งถูกยึดโดยกฎหมาย ดังกล่าว¹⁰⁰ ซึ่งในขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาตอุตสาหกรรมในคดี ข้อคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของ อนุญาตอุตสาหกรรมโดยฝ่ายผู้เรียกร้องถูกปฏิเสธเนื่องจากพบว่า แม้อนุญาตอุตสาหกรรมจะไม่ได้มีการ

⁹⁷ Stefanie Schacherer, ed. *International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s*(The International Institute for Sustainable Development, 2018). p. 20.

⁹⁸ "Burlington Resources, Inc. V. Republic of Ecuador ", (ICSID Case No. ARB/08/5, 2017).

⁹⁹ "Tidewater Investment Srl and Tidewater Caribe, C.A. V. Bolivarian Republic of Venezuela," (ICSID Case No. ARB/10/5, 2015).

¹⁰⁰ Jus Mundi, [Online]. Available from: <https://jusmundi.com/en/>

เปิดเผยข้อมูลที่เคยได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการโดยรัฐบาล Venezuela มาก่อน แต่ในคดีก่อนหน้านั้นอนุญาโตตุลาการรายดังกล่าวได้มีคำชี้ขาดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐบาล Venezuela ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคำตัดสินเกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่พิพาทขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญ¹⁰¹

มูลฐานเกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติในการได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท นอกเหนือไปจากการมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีแล้วยังรวมไปถึงการที่ผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการได้เคยมีงานเขียนทางวิชาการที่แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งกับประเด็นพิพาทหรือความไม่เหมาะสมกรณีที่ได้รับเลือกเป็นอนุญาโตตุลาการอาจทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือพยานผู้เชี่ยวชาญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเรื่องอื่น หรือที่เรียกว่า “การสวมหมวกสองใบ” (double hatting)¹⁰² ซึ่งกรณีดังกล่าวนั้นก็อาจจะนำไปสู่การคัดค้านจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้เช่นเดียวกัน¹⁰³ ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องล่าช้าออกไปและนำมาซึ่งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นสำหรับคู่พิพาทในคดีทั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุน ตัวอย่างเช่น

คดี *Telekom Malaysia v Ghana*

ในปี ค.ศ. 1996 Telekom Malaysia Berhad (TMB) ซึ่งเป็นบริษัทโทรคมนาคมสัญชาติมาเลเซียได้เข้าลงทุนในบริษัท Ghana Telecommunications มูลค่ากว่า 38 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยการเข้าถือหุ้นในสัดส่วนร้อยละ 30 ทำให้ TMB มีอำนาจควบคุมการบริหารในบริษัท Ghana Telecommunications ต่อมาในปี ค.ศ. 2001 ได้เกิดข้อพิพาทระหว่าง TMB กับบริษัท Ghana Telecommunications เกี่ยวกับผลประโยชน์ของ TMB เป็นเหตุให้ TMB อาศัยสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนทวิภาคีระหว่าง Ghana กับ Malaysia ยกข้อเรียกร้องขึ้นสู่อนุญาโตตุลาการภายใต้

¹⁰¹ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 33.

¹⁰² Ibid. p. 34.

¹⁰³ Divij Jain, "Double Hatting: Challenging the International Investment Dispute Resolution Mechanism," [Online] Accessed: 16 July 2021. Available from: <https://rmlnluseal.home.blog/2020/08/04/double-hatting-challenging-the-international-investment-dispute-resolution-mechanism/#:~:text=Double-hatting%20occurs%20when%20an%20individual%20plays%20the%20role,of%20impartiality%20while%20deciding%20on%20a%20legal%20issue.>

ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL โดยที่ตั้งการอนุญาโตตุลาการอยู่ที่กรุงเฮกภายใต้การบริหารจัดการคดีของศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration, PCA) และภายหลังการตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ในระหว่างกระบวนการรับฟังพยานหลักฐานมีการกล่าวอ้างถึงคำชี้ขาดในคดีระหว่างบริษัทร่วมทุน RFCC กับ the Kingdom of Morocco ซึ่งศาสตราจารย์ Gaillard อนุญาโตตุลาการที่ได้รับเลือกจาก TMB ได้เคยทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายให้กับ RFCC เป็นเหตุให้รัฐบาล Ghana คัดค้านการทำหน้าที่ของศาสตราจารย์ Gaillard แม้ว่าศาสตราจารย์ Gaillard จะได้มีการเปิดเผยการทำหน้าที่ดังกล่าวภายใต้ Article 9 ของข้อบังคับ UNCITRAL แล้วก็ตาม และต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการก็ได้ชี้ขาดให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินการต่อไปได้ ในขณะที่เดียวกันศาสตราจารย์ Gaillard ก็ได้แถลงว่าจะไม่ถอนตัวจากการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ¹⁰⁴

ในคดี Telekom Malaysia v Ghana¹⁰⁵ รัฐบาลของ Ghana ได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลแขวงแห่งกรุงเฮก (the District Court of The Hague) คัดค้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ได้รับเลือกโดยนักลงทุนของมาเลเซีย หลังจากการคัดค้านต่อศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration, PCA) ไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากเห็นว่า อนุญาโตตุลาการรายดังกล่าวได้ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายให้กับนักลงทุนในอีกคดีหนึ่ง ซึ่งในคดีนั้นมีประเด็นพิพาทที่เหมือนกับคดีนี้ระหว่างนักลงทุนมาเลเซียกับรัฐบาล Ghana ทำให้รัฐบาล Ghana ยกขึ้นเป็นข้อคัดค้านว่า อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติเพราะอาจไม่เป็นกลาง โดยในคดีนี้ ศาลแขวงแห่งกรุงเฮกได้สั่งยืนตามคำร้องของรัฐบาล Ghana โดยมีเงื่อนไขว่าจนกว่าอนุญาโตตุลาการรายดังกล่าวจะได้ถอนตัวออกจากการเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายให้กับนักลงทุนในอีกคดีหนึ่ง¹⁰⁶

¹⁰⁴ Mundi, J.,

¹⁰⁵ "Telekom Malaysia Berhad V. The Republic of Ghana, Pca Case No. 2003-03," (Permanent Court of Arbitration, 2004).

¹⁰⁶ "The provisional measures judge: upholds the motion challenging Prof. Gaillard's impartiality, if he does not within ten days from this judgment expressly and unreservedly notify the parties to this arbitration whether he will resign as attorney in the RFCC/Moroccan case." (See. Ibid.)

2.3 ปัญหาการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding)

ปัญหาเรื่องการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้านการลงทุนเป็นปัญหาที่กำลังเพิ่มสูงขึ้น เนื่องจากกลุ่มทุนที่เป็นบุคคลภายนอกมักจะให้เงินทุนกับนักลงทุนในการยกข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนเพื่อแลกเปลี่ยนกับส่วนแบ่งผลตอบแทนหากนักลงทุนเป็นฝ่ายชนะคดี ทั้งนี้ รูปแบบของการให้การสนับสนุนเงินทุนนั้นอาจแตกต่างกันไปในหลายรูปแบบ เช่น การสำรองจ่ายค่าธรรมเนียม (contingency fee arrangements) การประกันภัยความรับผิด (liability insurance) การลงทุนในลักษณะพอร์ตโฟลิโอ (portfolio funding) การสนับสนุนเงินทุนโดยบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย (law firm financing) การประกันภัยก่อนเกิดเหตุพิพาทและหลังเกิดเหตุพิพาท (before-the-event and after-the-event insurances) การให้กู้ยืมเงินสำหรับการฟ้องคดี (litigation loans) รวมถึงการให้ความช่วยเหลือในรูปแบบของมูลนิธิ (philanthropic arrangements)¹⁰⁷ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีผู้วิจารณ์เช่นกันว่ายังคงมีข้อมูลในเชิงประจักษ์ที่ไม่เพียงพอ (a lack of sufficient empirical data) สำหรับทางปฏิบัติของการสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอก ทำให้การโต้แย้งปัญหาดังกล่าวบางครั้งก็เป็นความเข้าใจไปเองบนข้อมติฐานที่ตั้งขึ้น¹⁰⁸

โดยฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดการให้การสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอกเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการช่วยคู่พิพาทที่ไม่มีความพร้อมด้านเงินทุนในการดำเนินคดีชั้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการเข้าถึงความยุติธรรม (access to justice) ในอีกมุมมองหนึ่งมีผู้เห็นว่าการให้การสนับสนุนทางการเงินมักเป็นการให้เงินทุนกับนักลงทุนชาติในการฟ้องคดีต่อรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายกับรัฐที่ถูกเรียกร้องในการต่อสู้คดี และค่าใช้จ่ายของรัฐดังกล่าวก็เป็นเงินที่มาจากภาษีของคนในชาติของรัฐนั้น การปล่อยให้มีการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจึงเป็นการสร้างความไม่เป็นธรรมให้กับประชาชนในรัฐที่ถูกฟ้องคดี ดังนั้น จึงควรมีการปรับปรุงกลไกของกฎหมายการลงทุน

¹⁰⁷ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.157. para. 9.

¹⁰⁸ Asian Academy of International Law, "Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward," (Hong Kong SAR, China: Asian Academy of International Law Limited, 2019). p. 153-154.

เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบจากการดำเนินการสนับสนุนทางการเงิน โดยบุคคลภายนอกดังกล่าว¹⁰⁹

การเพิ่มขึ้นของข้อเรียกร้องในคดีอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนดึงดูดให้เกิดการเข้ามา แสวงหาผลประโยชน์ของกลุ่มเงินทุนที่เป็นบุคคลภายนอกเป็นอย่างมากเพราะคดีอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศด้านการลงทุนนั้นมีทุนทรัพย์ที่สูง และค่าชี้ขาดมักให้ค่าเสียหายมากกว่าคดี อนุญาโตตุลาการทางการค้าทั่วไป¹¹⁰ ซึ่งหากพิจารณาจากจำนวนข้อพิพาทด้านการลงทุนภายใต้ ICSID ที่มีเพียง 38 คดีในปี ค.ศ. 1996 จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 2017 มีคดีพิพาทตามสนธิสัญญา การลงทุนมากขึ้นถึง 855 คดี¹¹¹ นำมาซึ่งความกังวลของผู้ที่เกี่ยวข้องในสังคมนานาชาติมากขึ้น

นอกจากนี้ การที่กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนไม่ได้เปิดช่องให้มีการฟ้องแย้ง (counterclaim) โดยรัฐผู้ถูกเรียกร้อง การเข้าไปสนับสนุนทางการเงินโดยกลุ่มทุนให้กับนักลงทุนในการ ฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนจึงเป็นสิ่งที่น่าล่อตาล่อใจยิ่งขึ้น และโดยที่ทุนทรัพย์ในคดีอนุญาโตตุลาการด้านการ ลงทุนมีมหาศาลซึ่งอาจมากถึงหลายร้อยล้านดอลลาร์สหรัฐ รวมทั้งผลตอบแทนที่จะได้รับจากการเข้า ไปสนับสนุนทางการเงินให้กับนักลงทุนก็อาจมากถึงร้อยละสามสิบถึงร้อยละห้าสิบของเงินลงทุน และ อาจจะมากกว่านั้นในบางคดี¹¹² และเมื่อพิจารณาในมุมมองของนักลงทุนผู้ฟ้องคดี การที่นักลงทุนได้รับ เงินทุนจากกลุ่มทุนที่เป็นบุคคลภายนอกเป็นการช่วยขจัดความเสี่ยงด้านการเงินที่จะใช้ในการฟ้องคดี ต่อรัฐผู้รับการลงทุนเพราะเงินทุนทั้งหมดจะได้รับการช่วยเหลือจากบุคคลภายนอก ตัวอย่างเช่น

คดี *Teinver v Argentina*

คดี *Teinver v Argentina*¹¹³ เป็นการพิพาททางการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสเปนและอาร์เจนตินา ระหว่าง *Teinver S.A. ("Teinver")*,

¹⁰⁹ Frank J. Garcia., "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System," *Boston College Law Review* Forthcoming 59, no.1 (2018).

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Tara Santosuosso and Randall Scarlet, "Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance," *Law and Justice in the Americas Working Paper Series*, 8 *Boston College Law Review* (2018). p. 4.

¹¹² Garcia., F. J., "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System," *Boston College Law Review*. p. 5-6.

¹¹³ "Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. Argentine Republic,," (ICSID Case No. ARB/09/1).

Transportes de Cercanias S.A. ("Transportes de Cercanias") และ Autobuses Urbanos del Sur S.A. ("Autobuses Urbanos") ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสเปนกับรัฐบาลอาร์เจนตินา โดยมีการกล่าวหาว่ารัฐบาลอาร์เจนตินาละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาและกฎหมายของอาร์เจนตินาด้วยการใช้มาตรการเข้ายึดกิจการสายการบินสองแห่งเป็นของชาติ ซึ่งในการยกข้อเรียกร้องของ Teinver ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากกลุ่มทุน Burford ซึ่งเป็นบริษัทด้านการลงทุน และมีการทำข้อตกลงสนับสนุนทางการเงิน (the Funding Agreement) กันในวันที่ 14 เมษายน ค.ศ. 2010 สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งฝ่ายรัฐบาลอาร์เจนตินาก็ได้มีการคัดค้านการเข้าสนับสนุนทางการเงินดังกล่าวและมองว่ากลุ่มทุน Burford เป็นผู้รับผลประโยชน์หลักจากคำชี้ขาดในคดีนี้ และเห็นว่าการสมคบคิดกัน (a conspiracy) ระหว่าง Teinver ผู้เสนอข้อเรียกร้องกับกลุ่มทุน Burford¹¹⁴ ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดมูลค่ากว่า 325 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยกลุ่มทุน Burford Capital ได้ออกเงินทุนในคดีประมาณ 13 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และได้ขายสิทธิต่อไปในราคา 107 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ทำให้กลุ่มทุน Burford Capital ได้รับผลตอบแทนจากคดีดังกล่าวมากถึง 736 % ของเงินที่ได้ลงทุน¹¹⁵

จะเห็นได้ว่าปัญหาการสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอกในคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่น่าจะก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมต่อกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในภาพรวม เนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนโดยบุคคลภายนอกอาจก่อให้เกิดปัญหาการขัดกันผลประโยชน์ ปัญหาเกี่ยวกับอิทธิพลของบุคคลภายนอกเหนือกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ผลกระทบต่อการรักษาความลับ รวมไปถึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการหาประโยชน์จากการฟ้องคดีที่ไม่มีมูล (speculative, marginal and/or frivolous claims) โดยหนึ่งในหนทางแก้ไขปัญหานี้ได้คือการให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการได้รับเงินทุนจากบุคคลภายนอกเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถที่ประเมินถึงความเป็นไปได้ในการเกิดปัญหาเรื่องการขัดกันผลประโยชน์¹¹⁶ ตัวอย่างเช่น ในคดี Euro Gas Inc.

¹¹⁴ Mundi, J.,

¹¹⁵ Santosuosso, T. and R. Scarlet, "Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance," *Law and Justice in the Americas Working Paper Series, 8 Boston College Law Review*. p. 4-5.

¹¹⁶ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.157. paras. 16 – 23.

and Belmont Resources Inc v Slovak Republic¹¹⁷ คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการร้องขอให้ คู่พิพาทเปิดเผยการมีอยู่และระบุถึงกลุ่มทุนที่ให้การสนับสนุนเงินทุนให้กับคู่พิพาทในคดี

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบันนี้ มีปัญหาบางประการทำให้บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในคดีสามารถเข้ามาแสวงหาประโยชน์ จากช่องว่างของกลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งส่งผลกระทบต่อความชอบธรรมของระบบการลงทุน ในภาพรวม และสมควรได้รับการปรับปรุงต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า หากนำวิธีการไกล่เกลี่ย มาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาททางการลงทุนอาจจะสามารถช่วยลดปัญหาการสนับสนุนทางการเงิน โดยบุคคลภายนอกลงได้ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยนั้นมีรูปแบบ และขั้นตอนรวมถึงแนวความคิดที่อยู่เบื้องหลังกระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในรายละเอียดจะได้นำเสนอต่อไปในบทที่ 4

2.4 ปัญหาเกี่ยวกับการขาดความโปร่งใส

ความโปร่งใส (transparency) จัดเป็นคุณธรรมที่สำคัญสำหรับองค์กรในการตัดสินใจคดี ซึ่งวัตถุประสงค์ทั่วไปของความโปร่งใสก็เพื่ออำนวยความสะดวกในการตรวจสอบกระบวนการ พิจารณาตัดสินคดี¹¹⁸ คำว่า “ความโปร่งใส” (transparency) อาจจะไม่ได้เป็นความหมายหรือ แนวความคิดอย่างตรงไปตรงมาในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน เพราะคำว่า ความโปร่งใสอาจถูกให้ความหมายในเชิงลบโดยหมายถึงการปราศจากความลับ (absence of confidentiality) ตัวอย่างเช่น การให้อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทรายงานเกี่ยวกับข้อพิพาท ต่อสาธารณะตามที่เห็นสมควร ความโปร่งใสอาจจะเข้าใจได้ว่าหมายถึงกลไกบางอย่างที่มีความมุ่งหมาย ในการปกป้องสาธารณะประโยชน์ (safeguard public interest) และรวบรวมผู้มีส่วนได้เสีย เข้ามาในกระบวนการทั้งหมด ตัวอย่างเช่น การเปิดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ (opening the hearing to the public) หรือการเปิดรับข้อมูลจากฝ่ายที่สาม (inviting third party submissions) ส่วนในบริบทของข้อบังคับ คำว่าความโปร่งใสอาจอธิบายได้ว่าเป็นข้อบกพร่อง (an umbrella term) ซึ่งประกอบด้วยหลายส่วนตั้งแต่การเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณะ (publication of information)

¹¹⁷ Euro Gas Inc. and Belmont Resources Inc v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14

¹¹⁸ นภชนก รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า. 8.

เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การให้เข้าถึงเอกสารและการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมถึงการมีส่วนร่วมของฝ่ายที่สามในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งประเด็นเหล่านี้ถูกรวมอยู่ภายใต้หัวข้อว่าด้วยความโปร่งใสทั้งสิ้น¹¹⁹

สำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในหลายกรณี เป็นข้อพิพาทการลงทุนที่เกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ หรือปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม รวมถึงการกล่าวหาว่ารัฐผู้รับการลงทุนกระทำการที่ไม่ชอบและปัญหาการทุจริต นอกจากนี้ กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนยังมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและปริมาณของค่าเสียหายในคดีที่สูง ซึ่งเหล่านี้เกี่ยวพันไปถึงงบประมาณของรัฐที่ถูกจัดเก็บจากประชาชนผู้เสียภาษี¹²⁰

ปัญหาเรื่องความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นประเด็นที่น่ากังวลเพิ่มมากขึ้น เพราะนอกจากจะเป็นกระบวนการที่มีรัฐเข้ามาแก้ไขประเด็นที่มักกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ บรรดานักวิเคราะห์และกลุ่มองค์กรภาคประชาชนต่างก็ต้องการเพิ่มการมีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนมากขึ้น แนวความคิดในการรักษาความลับของการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดความไม่พอใจต่อกลไกการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ในภาพรวมมากยิ่งขึ้น ซึ่งในบางกรณีก็ส่งผลให้บางรัฐถึงขั้นบอกเลิกสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี เช่น ในปี ค.ศ. 2014 ประเทศอินโดนีเซีย ได้ประกาศเจตนาในการทบทวนและยกเลิกความตกลงการลงทุนทวิภาคีจำนวนมาก หรือในปี ค.ศ. 2012 ประเทศเวเนซุเอล่าได้ส่งจดหมายบอกเลิกการเป็นภาคีในอนุสัญญา ICSID หลังจากที่ประเทศโบลิเวีย และเอกวาดอร์ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนหน้านี้¹²¹

ปัญหาวิกฤติความชอบธรรม (legitimacy crisis) ของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนส่วนหนึ่งเกิดจากธรรมชาติของกลไกดังกล่าวที่มีการผสมผสานกันระหว่างขอบเขตของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนนั้นเป็นผลผลิตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองจากการที่รัฐเข้าทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน ในขณะที่รูปแบบ

¹¹⁹ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. p. 5.

¹²⁰ Shahla F. Ali and Odysseas G. Repousis, "Investor-State Mediation and the Rise of Transparency in International Investment Law: Opportunity or Threat," *Denver Journal of International Law and Policy* 45 no. 2(Winter 2017). p. 227.

¹²¹ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. p. 2.

ของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นแบบเอกชน แตกต่างจากระบบศาลของรัฐ ข้อบังคับที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาก็ถูกเลือกโดยคู่พิพาท ซึ่งส่งผลให้เกิดข้อถกเถียงกันว่ากลไกดังกล่าวสมควรมีความโปร่งใสเพียงใด เพราะในมุมมองหนึ่งผลลัพธ์ของการชี้ขาดข้อพิพาทด้านการลงทุนนั้นกระทบต่อปัจเจกชนจำนวนมากรวมถึงเศรษฐกิจของรัฐด้วย จึงมีการตั้งคำถามว่าเหตุใดจึงต้องมีการรักษาความลับในกระบวนการพิจารณาเอกชนเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้า แต่ในอีกมุมที่แตกต่างกันเห็นว่า การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทแบบเอกชน (a private dispute resolution mechanism) จึงไม่ต้องคำนึงว่าคู่พิพาทเป็นใครหรือความตกลงในการอนุญาโตตุลาการนั้นมีที่มาอย่างไร กระบวนการต่าง ๆ ควรที่จะถูกรักษาไว้เป็นความลับ เพราะไม่ใช่การเสนอคดีต่อศาลของรัฐ (State courts) การที่คู่พิพาทตัดสินใจนำข้อพิพาทเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการโดยไม่เลือกใช้การฟ้องคดีต่อศาล สิทธิในการรักษาความลับของคู่พิพาทก็ควรจะได้รับการเคารพเช่นกัน¹²²

โดยที่กลไกการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมีหลักการสำคัญคือการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อป้องกันไม่ให้ข้อมูลของคู่พิพาทรั่วไหลออกสู่ภายนอก เช่น การรั่วไหลของข้อมูลทางธุรกิจ แต่สำหรับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นมักเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การที่สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการย่อมก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใส จึงมีความพยายามในการพัฒนาและปรับปรุงข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเพื่อเพิ่มความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในขั้นตอนต่าง ๆ เช่น การรับเอกสารจากฝ่ายที่สาม การเปิดให้ฟังการพิจารณาคดีและการเปิดเผยคำชี้ขาด¹²³ ซึ่งหากพิจารณาจากข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนปัจจุบันก็มักจะปรากฏข้อบทที่ว่าด้วยการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนอยู่ด้วย เช่น ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 2010 Article 28 (3)¹²⁴ ที่กำหนดให้ในชั้นการรับฟังพยานจะต้องกระทำเป็นการลับ เว้นแต่คู่พิพาทตกลง

¹²² Ibid. p. 2-3.

¹²³ นภชนก รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ," หน้า. 2-3.

¹²⁴ "Article 28 (3) Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses, including expert witnesses, during the testimony of such other

กันไว้เป็นอย่างอื่น หรือในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อที่ 48 (4)¹²⁵ ยังคงกำหนดให้ การเปิดเผยคำชี้ขาดจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท แต่ยังคงต้องมีการเปิดเผยในส่วนที่เป็น เหตุผลทางกฎหมายที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการอยู่¹²⁶

ปัจจุบันหลายองค์กรได้มีความพยายามในการเพิ่มความโปร่งใสให้กับการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยในปี ค.ศ. 2006 ICSID ได้มีการแก้ไขข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ เพื่อเพิ่มความคล่องตัวและความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID และทำให้เกิด ความเชื่อมั่นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้นด้วยการเพิ่มข้อบทเกี่ยวกับการรับข้อมูล จากบุคคลที่สาม (Amicus Briefs) การเปิดให้สาธารณชนเข้ารับฟังในชั้นแถลงเปิดคดี (Open hearings) และการเผยแพร่คำชี้ขาด (Publication of Awards)¹²⁷

หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 2014 ได้มีการรับข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL (the 2014 UNCITRAL Rules on Transparency) และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใส ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เกิดจากข้อพิพาทตามสนธิสัญญา (the United Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) หรือที่รู้จักในชื่อ หนึ่งว่า “อนุสัญญามอริเชียส” (Mauritius Convention) เพื่อแก้ปัญหาข้อกั่วงวลที่เกี่ยวข้องกับ ประโยชน์สาธารณะในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยในส่วนของข้อบังคับว่าด้วย ความโปร่งใสของ UNCITRAL เป็นการรวมกฎที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาที่จะช่วยสร้างความโปร่งใส และเพิ่มการเข้าถึงข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสาธารณชนให้มากขึ้น เช่น การเผยแพร่ เอกสารในกระบวนการพิจารณาคดี การเปิดเผยกระบวนการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนการรับฟัง

witnesses, except that a witness, including an expert witness, who is a party to the arbitration shall not, in principle, be asked to retire.”

¹²⁵ “Rule 48 Rendering of the Award

(4) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

¹²⁶ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. p.92-95

¹²⁷ Gary Born *et al.*, "Investment Treaty Arbitration: Icsid Amends Investor-State Arbitration Rules," [Online]

Accessed: 14 July 2021. Available from: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/publications/investment-treaty-arbitration-icsid-amends-investor-state-arbitration-rules-2006>

ข้อเท็จจริง (hearing) การมีส่วนร่วมของคู่พิพาท และการมีส่วนร่วมของบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาท (amicus curiae)¹²⁸ ตัวอย่างเช่น

คดี Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania

ใน คดี Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania¹²⁹ เป็นการพิพาทกันระหว่าง Biwater Gauff (Tanzania) Ltd ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งตามกฎหมายอังกฤษและเวลส์ ในปี ค.ศ. 2003 กับรัฐบาล Tanzania ในโครงการจัดหาแหล่งน้ำและสุขาภิบาล (the Dar es Salaam Water Supply and Sanitation Project) ซึ่ง Tanzania ได้รับงบประมาณในการดำเนินโครงการจากธนาคารโลก ทำให้รัฐบาล Tanzania มีการเสนอให้บรรดานักลงทุนเข้าร่วมประมูลจัดทำโครงการดังกล่าว แต่ในการดำเนินงานต่อมาภายหลังก็ได้เกิดปัญหาการปฏิบัติตามสัญญา เป็นเหตุให้ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd อาศัยสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างอังกฤษและเวลส์กับ Tanzania ค.ศ. 1994 กล่าวหาว่ารัฐบาล Tanzania ได้เวนคืนการลงทุนของบริษัท และเป็นการละเมิดพันธกรณีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม¹³⁰ โดยในระหว่างการพิจารณาคดีได้สะท้อนให้เห็นความสำคัญของการอนุญาตให้มีการรับเอกสารจากบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาท (amicus curiae) ซึ่งสามารถให้ข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งทางกฎหมายได้ เนื่องจากในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้มีการเปิดเผยพื้นฐานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องทั้งหมดในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น การได้รับข้อมูลจากบุคคลภายนอกดังกล่าวจะช่วยให้อนุญาตตุลาการได้รับข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจได้ดีขึ้น¹³¹

คดี Methanex Corp. (Can.) v United States

ในคดี Methanex Corp. (Can.) v United States เป็นการพิพาทระหว่างบริษัท Methanex Corporation ("Methanex") ซึ่งเป็นนักลงทุนสัญชาติแคนาดากับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาภายใต้ Chapter 11 ของความตกลงการค้าอเมริกาเหนือ ค.ศ. 1992 (North American Free Trade Agreement of 1992, NAFTA) โดย Methanex ได้มีการเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลสหรัฐ

¹²⁸ Ali, S. F. and O. G. Repousis, "Investor-State Mediation and the Rise of Transparency in International Investment Law: Opportunity or Threat," *Denver Journal of International Law and Policy*. p. 241-242.

¹²⁹ ICSID Case No. Arb/05/22

¹³⁰ Mundi, J.,

¹³¹ นกชนก รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ," หน้า. 102.

มูลค่ากว่า 970 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จากการที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ห้ามการขายและใช้สารเติมแต่งน้ำมันเบนซินที่เรียกว่า "MTBE" ซึ่งเป็นสารสังเคราะห์จาก methanol ซึ่ง Methanex เป็นผู้ผลิตรายใหญ่¹³² โดยในการพิจารณาคดี คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการรับเอกสารจากองค์กรภาคประชาสังคมที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมถึงสามองค์กรที่แสดงถึงความกังวลของประชาชนโดยเฉพาะในประเด็นเรื่องสุขภาพของมนุษย์และการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งองค์กรภาคประชาสังคมดังกล่าวได้ระบุถึงประเด็นข้อกฎหมายที่สำคัญที่ถูกปรังแต่งโดยคู่พิพาท¹³³

2.5 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการถูกทำให้รับรู้ว่าเป็นกระบวนการที่มีความรวดเร็วและมีค่าใช้จ่ายน้อยในการระงับข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนหลายคดีแสดงให้เห็นว่าการใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทนั้นมีค่าใช้จ่ายที่สูงและใช้ระยะเวลานาน ซึ่งอาจเกิดจากหลายสาเหตุ เช่น ความซับซ้อนของคดี ข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่กระจุกกระจาย ประเด็นข้อพิพาทที่หลากหลาย รวมทั้งการที่ต้องศึกษาค่าชี้ขาดในคดีก่อน (precedent) และข้อกฎหมายจำนวนมาก¹³⁴ โดยจากการสำรวจคดีอนุญาโตตุลาการโดยบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย Allen & Overry LLP ในปี ค.ศ. 2014 พบว่าระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทโดยใช้การอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มกระบวนการจนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดใช้เวลาโดยเฉลี่ยประมาณ 3 ปี 8 เดือน¹³⁵ นอกจากนี้ หากพิจารณากรณีพิพาทระหว่างรัฐบาลไทยกับนักลงทุนต่างชาติในคดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท วาลเทอร์ บาว¹³⁶ ที่ผู้ร้องได้เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการกับไทยตั้งแต่วันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 2005 และคณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2009 ก็ใช้ระยะเวลาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปกว่า 1,379 วัน หรือกว่า 3 ปี 9 เดือน และหากรวมระยะเวลาในการต่อสู้คดีเพื่อบังคับตาม

¹³² Mundi, J.,

¹³³ นภชนก รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ," หน้า. 103.

¹³⁴ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 20.

¹³⁵ Claudia Caluori, "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration* 6, 1 (2019). p. 262.

¹³⁶ "Walter Bau V. Thailand."

คำชี้ขาดดังกล่าวด้วยแล้วระยะเวลาโดยรวมอาจจะเพิ่มขึ้นอีกเท่าตัวซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาด้านการใช้ระยะเวลาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ค่อนข้างยาวนานได้อย่างชัดเจน

เมื่อคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ กับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอข้อพิพาทจนกระทั่งอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งนอกจากจะมีค่าธรรมเนียมในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีค่าใช้จ่ายในการเดินทางรวมถึงค่าใช้จ่ายของฝ่ายเลขานุการของอนุญาโตตุลาการอีกด้วย นอกจากนี้ คู่พิพาทยังมีค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการคดีที่จะต้องจ่ายให้กับสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่ออำนวยความสะดวกในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท อีกทั้งคู่พิพาทยังมีค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านอีกด้วย โดยจากการสำรวจค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD) พบว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายนั้นจะสูงถึงร้อยละ 82 ของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทั้งหมด ซึ่งใกล้เคียงกับข้อมูลจากศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (The Permanent Court of Arbitration, PCA) ที่ระบุว่าในคดีการลงทุนจะมีค่าใช้จ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน คิดเป็นประมาณร้อยละ 90 ของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทั้งหมด¹³⁷ ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนที่ถูกฟ้องร้องบางรัฐอาจถูกวิจารณ์จากการใช้งบประมาณสาธารณะในการต่อสู้คดีเพราะโดยปกติอนุญาโตตุลาการจะไม่สั่งให้นักลงทุนฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องจ่ายเงินค่าต่อสู้คดีให้กับรัฐผู้ชนะคดี¹³⁸

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาได้ในหลายขั้นตอน เริ่มตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทมักพยายามที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการฉันทมิตร (amiable resolution) โดยในขั้นตอนนี้คู่พิพาทอาจเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นนอกเหนือไปจากการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท ซึ่งในระหว่างที่คู่พิพาทพยายามระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันทมิตรนี้ คู่พิพาทก็จะใช้ระยะเวลาดังกล่าวเพื่อการเตรียมคดีไปในขณะเดียวกันด้วย ซึ่งสนธิสัญญาการลงทุนทั่วไปจะมีช่วง cooling off

¹³⁷ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. paras 17-21.

¹³⁸ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 25.

หรือ waiting period เพื่อให้คู่พิพาทได้ใช้ช่วงระยะเวลาดังกล่าวในการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ¹³⁹

กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มขึ้นเมื่อได้มีการส่งหนังสือร้องขอ (notice/request) เริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปยังรัฐผู้ถูกเรียกร้อง โดยสำหรับกระบวนการของ ICSID คดีจะเริ่มขึ้นเมื่อหนังสือร้องขอดังกล่าวได้รับการตรวจสอบและลงทะเบียนแล้ว หลังจากนั้นเมื่อได้มีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็จะเริ่มขึ้นและในขั้นตอนนี้คู่พิพาท ก็จะต้องมีการส่งคำแถลงข้อเรียกร้องและข้อคัดค้าน (statement of claims and defense) และเอกสารพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมถึงคำร้องขอเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราว และหลังจาก คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทก็อาจยื่นคำขอให้ตรวจสอบความถูกต้องของคำชี้ขาดได้ หรืออาจขอให้มีการเพิกถอนคำชี้ขาด ทั้งนี้ หากกระบวนการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นยืดเยื้อออกไป ก็ย่อมส่งผลให้ค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการสูงขึ้นไปด้วย¹⁴⁰ ตัวอย่างเช่น ในคดี Methanex Corp. (Can.) v United States คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวถึงการยอมรับเอกสารจาก บุคคลภายนอกคดี (amicus curiae) นั้น อาจจะทำให้คู่พิพาทมีค่าใช้จ่ายมากขึ้นในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการโดยรวม และเป็นความเสี่ยงที่จะเพิ่มภาระพิเศษให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่พิพาททั้งสองฝ่าย¹⁴¹

ปัญหาความเหมาะสมของการจัดสรรค่าใช้จ่ายให้กับผู้ชนะคดีเมื่ออนุญาโตตุลาการ มีคำชี้ขาดถือเป็นปัญหาสำคัญในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเช่นกัน กล่าวคือ ในการจัดสรรค่าใช้จ่ายในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนสามารถดำเนินการ ได้หลายแนวทาง สำหรับแนวทางแรกคือกรณีที่คู่พิพาทต่างรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นด้วยตนเอง (the “pay your own way” approach) ส่วนค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับคณะอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการคดีแต่ละฝ่ายก็ต้องแบ่งจ่ายคนละครึ่ง ส่วนแนวทางที่สองคือ กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปอย่างสมเหตุสมผล (the “costs follow the event” approach) และแนวทางที่สามคือ กรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการ

¹³⁹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. para. 22.

¹⁴⁰ Ibid. para. 22-27.

¹⁴¹ นภชนก รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ," หน้า. 108.

จะต้องจัดสรรค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบที่แตกต่างกันโดยสัมพันธ์กับผลสำเร็จที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้ดำเนินการในกระบวนการพิจารณาแต่ละขั้นตอน (the “relative success” approach) ซึ่งในแนวทางที่สามนี้หากพิจารณาในรายละเอียดคือการนำแนวทางที่สองมาปรับใช้แต่ในขั้นตอนของการกำหนดค่าเสียหายในคำชี้ขาดจะต้องคำนึงว่าฝ่ายชนะคดีควรได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายในแต่ละขั้นตอนเพียงใด¹⁴²

ตาม Article 40 (1) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 1976¹⁴³ ได้นำวิธีการ the “cost follow the event” มาใช้ในการกำหนดค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่โดยหลักการแล้วฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ส่วนค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายนั้น Article 40 (2) กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้รับผิดชอบในการกำหนดสัดส่วนค่าใช้จ่ายให้กับคู่พิพาทแต่ละฝ่ายอย่างเหมาะสมขึ้นอยู่กับสถานะแวดล้อมของแต่ละคดี อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 2010 ไม่ได้มีการแบ่งแยกเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายกับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการออกจากกัน โดยกำหนดใน Article 42¹⁴⁴ เพียงว่า ค่าใช้จ่าย¹⁴⁵ ในการอนุญาโตตุลาการโดยหลักแล้วฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องรับผิดชอบเท่านั้น¹⁴⁶

¹⁴² UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. para 29.

¹⁴³ Article 40

1. Except as provided in paragraph 2, the costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

2. With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable.

3. When the arbitral tribunal issues an order for the termination of the arbitral proceedings or makes an award on agreed terms, it shall fix the costs of arbitration referred to in article 38 and article 39, paragraph 1, in the text of that order or award.

4. No additional fees may be charged by an arbitral tribunal for interpretation or correction or completion of its award under articles 35 to 37.

¹⁴⁴ Article 42

1. The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

จากการรายงานของ UNCTAD พบว่าค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนพุ่งสูงมากขึ้น โดยเฉพาะค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจมีค่าใช้จ่ายทางกฎหมายถึงประมาณร้อยละ 60 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดในคดี¹⁴⁷ ตัวอย่างเช่น

คดี Plama Consortium v Bulgaria

คดี *Plama Consortium v Bulgaria*¹⁴⁸ เป็นการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (the Energy Charter Treaty) โดยผู้เรียกร้องกล่าวหาว่ารัฐบาล Bulgaria ละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา โดยไม่ปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม (fair and equitable treatment) และไม่ได้ให้การคุ้มครองและความมั่นคงอย่างเต็มที่ (the most constant protection and security) รวมถึงการใช้มาตรการที่เลือกปฏิบัติและไม่สมเหตุสมผล (unreasonable and discriminatory measures) กับการลงทุนของ Nova Plama และมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนกิจการ Nova Plama จึงได้มีการเสนอข้อเรียกร้องให้มีการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน Article 10 (12) ซึ่งรัฐบาล Bulgaria

2. The arbitral tribunal shall in the final award or, if it deems appropriate, in any other award, determine any amount that a party may have to pay to another party as a result of the decision on allocation of costs.

¹⁴⁵ Article 40

1. The arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in the final award and, if it deems appropriate, in another decision.

2. The term “costs” includes only:

(a) The fees of the arbitral tribunal to be stated separately as to each arbitrator and to be fixed by the tribunal itself in accordance with article 41;

(b) The reasonable travel and other expenses incurred by the arbitrators;

(c) The reasonable costs of expert advice and of other assistance required by the arbitral tribunal;

(d) The reasonable travel and other expenses of witnesses to the extent such expenses are approved by the arbitral tribunal;

(e) The legal and other costs incurred by the parties in relation to the arbitration to the extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable;

(f) Any fees and expenses of the appointing authority as well as the fees and expenses of the Secretary-General of the PCA.

¹⁴⁶ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. para 30.

¹⁴⁷ UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration," UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. p. 17-18.

¹⁴⁸ ICSID Case No. ARB/03/24

ก็ได้มีการปฏิเสธข้อกล่าวหาทั้งหมด¹⁴⁹ โดยในคดีดังกล่าวนี้มีค่าใช้จ่ายทางกฎหมายสำหรับผู้เรียกร้องประมาณ 4.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในขณะที่ค่าใช้จ่ายสำหรับผู้เรียกร้องสูงถึงราว 13.2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งในคดีนี้ฝ่ายผู้เรียกร้องถูกกำหนดให้ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทางกฎหมายในส่วนของรัฐผู้เรียกร้องกึ่งหนึ่งอีกด้วย¹⁵⁰

คดี Pey Casado v Chile

คดี *Pey Casado v Chile*¹⁵¹ มีที่มาจาก Mr. Víctor Pey Casado ผู้ซึ่งเกิดในสเปน และย้ายถิ่นฐานไปยังประเทศชิลี โดย Mr. Pey Casado ประกอบธุรกิจหนังสือพิมพ์ *El Clarin* ที่เป็นฝ่ายสนับสนุนประธานาธิบดีชิลี Mr. Salvador Allende แต่ภายหลังการรัฐประหารโดย General Augusto Pinochet กองกำลังทหารก็ได้เข้ายึดที่ทำการของหนังสือพิมพ์ *El Clarin* และยึดเอกสารในที่ทำงานของ Mr. Pey Casado ไปทั้งหมด และต่อมารัฐบาลทหารก็ได้มีการตรากฎหมาย Decree-Law No. 77 ประกาศให้องค์กรที่เกี่ยวข้องกับมาร์กซิสต์ (Marxist entities) เป็นองค์กรที่ผิดกฎหมาย และกองทัพก็ได้เข้าควบคุมกิจการเหล่านั้นทั้งหมด เป็นเหตุให้ Mr. Pey Casado ต้องลี้ภัยไปยังประเทศสเปน ในปี ค.ศ. 1975 จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 เมื่อประเทศชิลีกลับเข้าสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย Mr. Pey Casado ก็ได้กลับเข้ามาทำธุรกิจในชิลีอีกครั้ง และได้มีการก่อตั้งมูลนิธิประธานาธิบดี Allende ขึ้นภายใต้กฎหมายของสเปน รวมทั้งมีการร้องขอไปยังประธานาธิบดีของชิลีในปี ค.ศ. 1995 ให้คืนกิจการหนังสือพิมพ์ *El Clarin* แต่ก็ได้รับการปฏิเสธจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1998 รัฐบาลชิลีได้มีการตรากฎหมาย No. 19,568 เพื่อการจ่ายค่าชดเชยให้กับบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการเข้ายึดครองทรัพย์สินโดยรัฐบาลทหารซึ่ง Mr. Pey Casado ถือเป็นหนึ่งในกลุ่มคนที่มีสิทธิได้รับการชดเชย และเมื่อเข้าสู่ปี ค.ศ. 2000 รัฐบาลชิลีก็ได้ออกคำสั่งที่ 43 (Decision No. 43) เพื่อชดเชยค่าเสียหายให้กับบุคคลต่าง ๆ รวมถึงการคืนกิจการให้กับบุคคลที่รัฐบาลกำหนดโดยไม่มีการคืนกิจการหรือค่าชดเชยให้กับ Mr. Pey Casado แต่อย่างไรก็ตาม เป็นเหตุให้ Mr. Pey Casado ยื่นข้อเรียกร้องให้มีการอนุญาโตตุลาการภายใต้กลไกของ ICSID โดยอาศัยสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสเปนกับชิลี ว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมการลงทุน Article 10 โดยมี

¹⁴⁹ Mundi, J.,

¹⁵⁰ UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration." p. 17-18.

¹⁵¹ ICSID Case No. ARB/98/2

การต่อสู้คดีกันอย่างยาวนาน¹⁵² ซึ่งจากรายงานของ UNCTAD พบว่าคดีนี้มีค่าใช้จ่ายทางกฎหมายสำหรับผู้เรียกร้องทั้งสิ้นราว 11 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในขณะที่ค่าใช้จ่ายสำหรับฝ่ายรัฐผู้ถูกเรียกร้องอยู่ที่ประมาณ 4.3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹⁵³

นอกจากนี้ ปัญหาการขาดกฎหมายให้มีการวางหลักประกันในคดีทำให้รัฐผู้ถูกฟ้องคดีอาจไม่มีความสามารถทางการเงินที่เพียงพอที่จะรองรับค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีที่พิพาทกับนักลงทุนที่ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต โดยนักลงทุนอาจใช้บริษัทหลวง (Shell companies) หรือนักลงทุนอาจไม่มีความสามารถทางการเงิน (impecunious) ในการชดใช้เงินให้กับรัฐเมื่อสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ก่อให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างคู่พิพาทเพราะการที่ฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐที่มีตัวตนอย่างแน่นอน แต่อีกฝ่ายหนึ่งอาจเป็นนักลงทุนที่บกพร่องเรื่องความสามารถทางการเงิน อีกทั้ง สนธิสัญญาการลงทุนและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการปัจจุบันก็ยังไม่มีความเกี่ยวข้องกับการวางหลักประกันในคดี¹⁵⁴ จึงจัดเป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งสำหรับกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

2.6 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับการออกแบบมาเพื่อจัดการเมืองออกจากข้อพิพาททางการลงทุน (depoliticizing investment disputes) และสร้างพื้นที่ให้กับนักลงทุนในการได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมจากคณะผู้วินิจฉัยที่มีความเชี่ยวชาญ เป็นอิสระและเป็นกลาง¹⁵⁵ เป้าประสงค์สำคัญของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าและการลงทุนคือ การช่วยให้ผู้ค้าและนักลงทุนมีหลักประกันและสามารถคาดหมายสิ่งที่จะเกิดขึ้นได้ (security and predictability)¹⁵⁶ สำหรับระบบที่มีความสอดคล้องกัน (consistent system) ควรจะทำให้สถานการณ์ที่เหมือนกันได้รับการปฏิบัติที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดอาจสร้างผลในเชิงลบต่อความน่าไว้วางใจ ความมีประสิทธิผล และความคาดหมายได้ของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่าง

¹⁵² Mundi, J.,

¹⁵³ UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration." p. 17.

¹⁵⁴ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. para 33.

¹⁵⁵ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap," [Online] Accessed: 19 July 2021. Available from: https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2013d4_en.pdf

¹⁵⁶ Gaukrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community." p. 58.

รัฐกับนักลงทุน¹⁵⁷ ซึ่งการระงับข้อพิพาท การตีความข้อบทกฎหมายที่สอดคล้องกันสามารถช่วยให้บรรล่วัตถุประสงค์เหล่านี้ได้ ตัวอย่างเช่น ในการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization, WTO) จะมีการรับรองบทบาทของระบบการระงับข้อพิพาทของ WTO และความสอดคล้องกันของผลการพิจารณาคดีที่จะช่วยเพิ่มหลักประกันและความคาดหมายได้ของคำตัดสินของ WTO¹⁵⁸

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏออกสู่สาธารณะจำนวนหนึ่งได้เปิดเผยให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันตั้งแต่การตีความข้อกฎหมายที่แตกต่างกันในบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน ตลอดจนความแตกต่างในการประเมินพื้นฐานของข้อเท็จจริงในคดี (the merits of cases) ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเดียวกันนำไปสู่ความไม่แน่นอนในความหมายของพันธกรณีที่สำคัญตามสนธิสัญญาและการไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าผลจากการตีความดังกล่าว จะถูกนำไปใช้ในคดีถัดไปอย่างไร¹⁵⁹ ตัวอย่างเช่น การตัดสินของอนุญาโตตุลาการในคดี CMS Gas v Argentina¹⁶⁰ และคดี LG&E Energy Corporation v Argentina¹⁶¹

คดี CMS Gas v Argentina และ คดี LG&E Energy Corporation v Argentina

CMS เป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่เข้ามาซื้อหุ้นในกิจการขนส่งก๊าซเส้นทางสายเหนือ (Transportadora de as Del Norte, TGN) โดยได้ถือหุ้นในบริษัทขนส่งดังกล่าวร้อยละ 29.42 โดยในช่วงที่ประเทศอาร์เจนตินาได้เริ่มการแปรรูปกิจการภายใต้กฎหมายในขณะนั้น ได้กำหนดให้มีการกำหนดพิกัดอัตราก๊าซเป็นสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐ แต่เมื่อเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจในอาร์เจนตินา รัฐบาลอาร์เจนตินาได้ออกมาตรการต่าง ๆ รวมทั้งมีการยกเลิกการใช้พิกัดอัตราก๊าซเป็นสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐ และได้ประกาศให้ค่าเงินสกุลเปโซของอาร์เจนตินามีค่าเท่ากับค่าเงินดอลลาร์สหรัฐในอัตรา 1 ต่อ 1 ทำให้ CMS ได้รับความเสียหายคิดเป็นมูลค่ากว่า 26 ล้านดอลลาร์สหรัฐ CMS จึงได้ยื่นฟ้องรัฐบาลอาร์เจนตินาต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วยข้อหาการละเมิด

¹⁵⁷ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. paras. 31-33.

¹⁵⁸ Gaukrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community." p. 58.

¹⁵⁹ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap."

¹⁶⁰ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8

¹⁶¹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1

พันธกรณีที่ประเทศอาร์เจนตินามีตามสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอาร์เจนตินา ปี ค.ศ. 1994 โดยเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตาม article II (2) ในการให้การปฏิบัติโดยเที่ยงธรรมและเป็นธรรม (fair and equitable) ซึ่งรัฐบาลอาร์เจนตินาได้ให้การว่าตนมิได้ละเมิดพันธกรณีดังกล่าวเพราะการดำเนินการต่าง ๆ รวมถึงการปรับใช้มาตรการต่าง ๆ นั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐตามที่ article XI ของสนธิสัญญาทวิภาคีได้กำหนดไว้ อีกทั้งได้ต่อสู้ว่าสิทธิของ CMS นั้นเป็นสิทธิในฐานะของผู้ถือหุ้นสำหรับการกำหนดพิกัดอัตราที่เป็นธรรม ไม่ได้รวมถึงการมีส่วนได้ส่วนเสียทางการเงินกับ TGN¹⁶²

ส่วนประเด็นข้อพิพาทในคดี LG&E เกิดขึ้นจากวิกฤติทางเศรษฐกิจของประเทศอาร์เจนตินาเช่นเดียวกัน โดย LG&E เป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่ดำเนินธุรกิจด้านพลังงานและได้เข้ามาลงทุนในกิจการพลังงานในประเทศอาร์เจนตินาในช่วงของการแปรรูปกิจการ ข้อกล่าวหาที่ LG&E ได้กล่าวอ้างคือ รัฐบาลอาร์เจนตินาได้ละเมิดต่อพันธกรณีการปฏิบัติโดยเที่ยงธรรมและเป็นธรรมตามสนธิสัญญา ทั้งยังเป็นการละเมิดต่อข้อบท umbrella clause อีกด้วย ทำให้ LG&E สูญเสียรายได้จากการใช้มาตรการต่าง ๆ ของอาร์เจนตินา¹⁶³

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดี CMS และคดี LG&E ได้ตัดสินแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง โดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีแรกนั้นอนุญาโตตุลาการได้ตัดสินโดยสรุปได้ว่า รัฐบาลอาร์เจนตินาไม่สามารถยกข้อต่อสู้เรื่องความมั่นคงของชาติ (national security) ทั้งตามสนธิสัญญาทวิภาคีและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศขึ้นกล่าวอ้างได้ ในขณะที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดี LG&E นั้นได้ตัดสินให้รัฐบาลอาร์เจนตินาสามารถยกข้อต่อสู้เรื่องความมั่นคงของชาติเพื่อปกป้องประโยชน์ของรัฐได้ตามสนธิสัญญาทวิภาคี article XI และร่างข้อบทด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่จัดทำโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นการยกอ้างขึ้นตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งสองก็ไม่ได้ให้ความเห็นหรือเหตุผลสนับสนุนสาเหตุที่รัฐบาลอาร์เจนตินาในคดีหนึ่งสามารถยกข้อต่อสู้เรื่องความมั่นคงของชาติได้ แต่ในอีกคดีหนึ่งกลับไม่สามารถทำได้¹⁶⁴

¹⁶² ศิริชัย มงคลเกียรติศรี, "State of Necessity: ข้อบทตามความตกลงทวิภาคีและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 3 ฉบับที่ 1(2553).

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

ระดับของความสอดคล้องของคำชี้ขาดที่สมเหตุสมผลเป็นปัจจัยสำคัญต่อความชอบธรรม และความยุติธรรมในระบบการระงับข้อพิพาท หากเกิดข้อพิพาทในกรณีที่เหมาะสมแต่ไม่ได้ถูกแก้ไข โดยวิธีการที่เหมือนกันย่อมทำให้ความเชื่อมั่นของสาธารณะชนลดน้อยลง และความชอบธรรมของระบบระงับข้อพิพาทอาจถูกทำลายลงโดยความคลางแคลงใจ โดยนอกจากนักลงทุนแล้ว รัฐต่าง ๆ ย่อมได้รับประโยชน์จากการตีความกฎหมายการลงทุนที่สอดคล้องกันด้วยเพราะรัฐมักตกเป็นคู่ความ ในคดีพิพาททางการลงทุนอยู่เสมอ นอกจากนี้ ความสอดคล้องกันยังช่วยในการเพิ่มประสิทธิผล ในด้านค่าใช้จ่าย (the cost-effectiveness) ในกระบวนการระงับข้อพิพาทสำหรับคู่พิพาทเช่นเดียวกัน เพราะการที่ประเด็นพิพาทหรือกฎเกณฑ์มีความสอดคล้องกันก็ย่อมช่วยให้การเตรียมคดีของที่ปรึกษา กฎหมายและอนุญาโตตุลาการง่ายขึ้น¹⁶⁵

ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดก่อให้เกิดจากคำถามที่ว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน กับในคดีก่อนหรือไม่ โดยจากการถกเถียงกันตลอดระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ปัญหาเรื่องความ ไม่สอดคล้องกันในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็มีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งในบริบทของ OECD ปัญหาดังกล่าวได้ถูกยกขึ้นพิจารณาในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 2002-2005 นำไปสู่แนวความคิดในการตั้งกลไก พิเคราะห์อุทธรณ์ (an appellate mechanism) เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด¹⁶⁶

ในขณะที่ความสอดคล้องหรือความสม่ำเสมอเป็นสิ่งสำคัญในการประเมินระบบ การตัดสินคดี แต่ก็จำเป็นต้องเข้าใจว่าทุกระบบกฎหมายต่างมีประเด็นปัญหาที่เรื้อรังมาอย่างยาวนาน ดังนั้น ปัญหาความไม่สอดคล้องกันบางอย่างก็อาจจำเป็นต้องยอมให้เกิดขึ้น สำหรับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนนั้น สามารถแบ่งลักษณะของความไม่สอดคล้องกันออกได้เป็น สองลักษณะ ลักษณะแรกคือ ความไม่สอดคล้องกันของการตีความมาตรฐานทางกฎหมาย (legal standards/rules) ในข้อพิพาทแต่ละคดี ลักษณะที่สองคือ ความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด ที่อาจจะมีสาระสำคัญของข้อพิพาทที่มีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งกรณีนี้มักเกิดขึ้นในกรณีที่คู่พิพาท ที่เกี่ยวข้องแยกฟ้องคดี¹⁶⁷

¹⁶⁵ Gaukrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community." p. 58-59.

¹⁶⁶ Ibid. p. 58.

¹⁶⁷ Ibid. p. 60.

สำหรับลักษณะที่หนึ่ง ความไม่สอดคล้องกันของการตีความมาตรฐานทางกฎหมายในข้อพิพาทแต่ละคดี สามารถแบ่งย่อยได้อีกสองประการ คือ การที่คณะผู้พิจารณาต่างคณะกันเห็นไม่สอดคล้องกันเกี่ยวกับบทบัญญัติในสนธิสัญญาเดียวกัน และการที่คณะผู้พิจารณาต่างคณะกันตัดสินข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุนที่ต่างกันแต่มีข้อเท็จจริงหรือสิทธิด้านการลงทุนที่เหมือนหรือคล้ายกัน แต่ผลของคำตัดสินกลับออกมาในทางตรงกันข้ามกัน¹⁶⁸ ตัวอย่างเช่น

คดี Lauder v Czech Republic และ คดี CME v Czech Republic

ในคดี *Lauder v Czech Republic* (UNCITRAL, 3 September 2001) และคดี *CME v Czech Republic* (UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001) เป็นกรณีข้อพิพาทเดียวกันแต่ผู้ที่เสนอข้อพิพาทเป็นคนละคนกัน โดยในคดีหนึ่งเป็นการเสนอข้อเรียกร้องโดยบริษัท CME และอีกคดีหนึ่งเป็นการเสนอข้อเรียกร้องโดยผู้ถือหุ้นของบริษัท CME คือ Mr. Lauder กล่าวคือ ในคดี *Lauder v Czech Republic* เป็นการอาศัยสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐเชก (the US-Czech Republic bilateral investment treaty) เนื่องจาก Mr. Lauder เป็นคนสัญชาติอเมริกันที่ถือหุ้นในบริษัท CME ได้ยื่นฟ้องสาธารณรัฐเชกในฐานะผู้ถือหุ้น ส่วนในคดี *CME v Czech Republic* เป็นการอาศัยสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีระหว่างเนเธอร์แลนด์กับสาธารณรัฐเชก (the Netherlands - Czech BIT) เนื่องจากบริษัท CME เป็นบริษัทสัญชาติเนเธอร์แลนด์ ซึ่งในท้ายที่สุดคดีทั้งสองก็ได้ถูกตัดสินโดยผลออกมาแตกต่างกัน โดยคดีหนึ่งคณะอนุญาโตตุลาการได้จำหน่ายคดี ส่วนในอีกคดีคณะอนุญาโตตุลาการได้ออกคำชี้ขาดให้ชดใช้ค่าเสียหาย¹⁶⁹

สำหรับลักษณะที่สองคือความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดที่อาจจะมีสาระสำคัญของข้อพิพาทที่มีความคล้ายคลึงกัน ซึ่งอาจจะเกิดกรณีที่ข้อพิพาทเดียวกัน แต่คู่พิพาทนำเข้าสู่ระบบข้อพิพาทที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่าง Turkey กับ the Uzan family ซึ่งรัฐบาลตุรกีถูกรอกรับ Uzan ฟ้องโดยอาศัยกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (ISDS) และโดยกลไกของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights, ECHR)¹⁷⁰

¹⁶⁸ Ibid. p. 60.

¹⁶⁹ UNCITRAL, UNCITRAL, Report No. A/CN.9/881. para. 18.

¹⁷⁰ Gaukrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community." p. 60.

2.7 บทสรุป

เมื่อได้ทราบถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนว่ามีความเกี่ยวพันกันกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่ที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและมีความคาบเกี่ยวกันกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล รวมถึงกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ โดยกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้รับอิทธิพลจากโครงข่ายของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี รวมทั้งเข้าใจพัฒนาการของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน โดยในอดีตการที่นักลงทุนจะได้รับการเยียวยาหากได้รับความเสียหายจากการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศนั้นทำได้อย่างยากลำบาก การใช้กองกำลังทางทหารหรือที่เรียกกันว่า นโยบายการทูตแบบเรือปืน จึงถูกนำมาใช้โดยรัฐต่าง ๆ จนมีการพัฒนามาใช้แนวทางการคุ้มครองทางการทูตจากรัฐผู้ส่งการลงทุน แต่ด้วยข้อจำกัดที่เข้มงวดในการให้ความคุ้มครองทำให้รัฐผู้ส่งออกเงินทุนและรัฐผู้รับเงินลงทุนต่างต้องการพัฒนารอบทางกฎหมายที่ช่วยให้เกิดการไหลเวียนของเงินทุนได้มากขึ้นรวมถึงพัฒนาแนวทางการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจึงได้รับการพัฒนาขึ้น และถูกบรรจุไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนต่าง ๆ จนถึงปัจจุบัน

อีกทั้ง เมื่อเข้าใจปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตั้งแต่ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทที่เป็นจุดตั้งต้นของความชอบธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเรื่องการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกที่อาจก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมต่อกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ปัญหาเกี่ยวกับการขาดความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มักกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แนวความคิดในการรักษาความลับของการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน จึงก่อให้เกิดความไม่พอใจต่อกลไกการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้มากยิ่งขึ้น ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย ซึ่งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนหลายคดีแสดงให้เห็นว่าการใช้ออนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทนั้นมีค่าใช้จ่ายที่สูงและใช้ระยะเวลานาน อีกทั้งยังขาดกฎหมายที่ให้มีการวางหลักประกันในคดีทำให้รัฐผู้ถูกฟ้องคดีอาจไม่มีความสามารถทางการเงินที่เพียงพอที่จะรองรับค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีที่พิพาทกับนักลงทุนที่ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกัน

ของคำชี้ขาดที่นำไปสู่ความไม่แน่นอนในความหมายของพันธกรณีที่สำคัญตามสนธิสัญญาและการไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าผลจากการตีความอันกระทบถึงความชอบธรรมและความยุติธรรมในกลไกการระงับข้อพิพาท โดยละเอียดแล้วในบทนี้

ในบทที่ถัดไปผู้วิจัยจะได้นำเสนอเกี่ยวกับแนวความคิดต่าง ๆ ในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความเคลื่อนไหวในเวทีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน รวมถึงแนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ และในบทที่ 4 ผู้วิจัยจะได้นำเสนอปัญหาที่เกิดขึ้นกับกลไกการระงับข้อพิพาทนี้ไปวิเคราะห์โดยละเอียดว่า หากมีการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอย่างเป็นระบบจะมีประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจประการใด และกลไกดังกล่าวนั้นจะยังคงมีปัญหาเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนเช่นเดิมอีกหรือไม่

บทที่ 3

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

3.1 บทนำ

ปัจจุบันคดีอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศมีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยหากพิจารณาจากจำนวนคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนซึ่งที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (the United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) เก็บรวมไว้จนถึงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2020 มีมากถึง 1,061 คดี¹⁷¹ และปัจจุบันกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับข้อวิพากษ์วิจารณ์มากขึ้น เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาที่ไม่สอดคล้องกันของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นและระยะเวลาการดำเนินคดีที่ยาวนาน ซึ่งส่งผลกระทบต่อความชอบธรรมของกลไกการระงับข้อพิพาทที่เป็นอยู่ ทำให้รัฐ องค์การระหว่างประเทศและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจำนวนหนึ่งเริ่มให้ความสนใจกับการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ตัวอย่างเช่น คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้ริเริ่มการศึกษาเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยเน้นไปยังการปรับปรุงกลไกการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน เช่น การมีข้อเสนอให้จัดตั้งองค์กรอุทธรณ์ที่แยกเป็นอิสระ (standalone appellate body) และการจัดตั้งศาลการลงทุนพหุภาคี (multilateral investment court)¹⁷² เป็นต้น หรือในกรณีของคณะกรรมาธิการยุโรป (the European Commission) ที่ได้จัดทำข้อเสนอสำหรับการจัดตั้งศาลการลงทุนพหุภาคี (a new multilateral investment court) ในปี ค.ศ. 2017 และได้เปิดให้มีการหารือกันเพื่อการจัดทำอนุสัญญาเพื่อการจัดตั้งศาลการลงทุน¹⁷³

ทั้งนี้ นอกจากแนวคิดต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution, ADR) ก็เป็นแนวทางที่สามารถนำมาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

¹⁷¹ Available at <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

¹⁷² Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras 1-3.

¹⁷³ UNCTAD, "Unctad's Reform Package for the International Investment Regime (2018 Edition)." p. 49.

(mediation) มาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพราะการไกล่เกลี่ยนั้นสามารถช่วยลดระยะเวลา ค่าใช้จ่าย และความซับซ้อนของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนลงได้ โดยการไกล่เกลี่ยนั้นมีความแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการที่เป็นกระบวนการซึ่งคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการบางครั้งก็ไม่อาจคาดหมายได้ว่าผลจะออกมาเป็นเช่นใด ในขณะที่ผลสำเร็จของการไกล่เกลี่ย (ความตกลงระงับข้อพิพาท) จะขึ้นอยู่กับความสมัครใจ (the willingness) และความร่วมมือกัน (cooperation) ระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายที่จะเข้าทำความตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยสมัครใจ¹⁷⁴

หากพิจารณาในบริบทของการไกล่เกลี่ยภายในของรัฐและการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ สหรัฐอเมริกาและอีกหลายประเทศทั่วโลกได้นำการไกล่เกลี่ยมาใช้แทนที่การอนุญาโตตุลาการและการฟ้องร้องคดีต่อศาลแบบดั้งเดิมมากขึ้นในฐานะที่เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกสำหรับพ่อค้าพาณิชย์ โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 ผลจากค่าธรรมเนียมในการฟ้องร้องคดีที่สูงทำให้ที่ปรึกษากฎหมายเริ่มพิจารณากลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มากขึ้น โดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยเพื่อนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ต่อมาในปี ค.ศ. 1979 กลุ่มของที่ปรึกษากฎหมายบริษัทได้มีการจัดตั้งศูนย์ทรัพยากรสาธารณะ (the Center of Public Resources, CPR) ที่ต่อมาได้มีการเปลี่ยนชื่อเป็นสถาบันระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันและแก้ไขข้อพิพาท (the International Institution for Conflict Prevention & Resolution) เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ช่วยสนับสนุนให้มีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกผ่านการเป็นแหล่งเรียนรู้และสนับสนุนคู่พิพาทในการหาอนุญาโตตุลาการหรือผู้ไกล่เกลี่ยที่มีคุณสมบัติเหมาะสมในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงหาคนกลางกันได้ ทำให้ภายในปี ค.ศ. 1980 การไกล่เกลี่ยกลายเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมมากในหมู่นักกฎหมายธุรกิจและหลังจากปี ค.ศ. 1990 ปริมาณคดีที่ล้นศาลและความนิยมการไกล่เกลี่ยที่เพิ่มขึ้นทำให้ศาลสหรัฐและศาลมลรัฐ (federal and state court) บังคับใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ (compulsory mediation program) โดยศาลจะสั่งให้คู่พิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการฟ้องคดีต่อศาลได้ โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยในชั้นศาล (Court-connected mediation) นี้มีลักษณะเป็นการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่ามากกว่าการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก

¹⁷⁴ Romesh Weeramantry and Brian Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," [NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01](#) (2020). p. 4.

โดยเน้นไปที่การชั่งน้ำหนักในคดีมากกว่าการพยายามประสานประโยชน์ของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย หรือสร้างความเข้าใจระหว่างกัน และในความเป็นจริงคู่พิพาทมักจะถูกครอบงำโดยที่ปรึกษากฎหมายที่อยู่ในกระบวนการไกล่เกลี่ยในชั้นศาล ทำให้การหาทางออกที่สร้างสรรค์เป็นไปได้ยาก¹⁷⁵

แต่หากพิจารณาจากประโยชน์ของการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในส่วนที่การไกล่เกลี่ยสามารถเสริมสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างคู่พิพาท (relationship-building) ทำให้เป็นประโยชน์โดยเฉพาะต่อตัวนักลงทุนที่ได้ลงทุนภายในรัฐผู้รับการลงทุน และต้องการจะคงการลงทุนให้มียุติต่อไป นอกจากนี้ หากพิจารณาในบริบทของการลงทุนในบริการสาธารณะ ความสัมพันธ์ในทางธุรกิจระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับนักลงทุนมีลักษณะที่ต้องมีอยู่อย่างยาวนาน ซึ่งหากใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทก็อาจจะทำลายความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องอาศัยความร่วมมือกันในการทำให้เป้าหมายของนักลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนบรรลุผลสำเร็จได้ และในมุมมองของฝ่ายรัฐก็ได้รับประโยชน์ในการรักษาความสัมพันธ์ระยะยาวเนื่องจากรัฐก็ต้องพึ่งพาการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (FDI) เพื่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจเช่นกัน¹⁷⁶

ในบทที่ 3 ผู้วิจัยจะนำเสนอเกี่ยวกับแนวความคิดต่าง ๆ ที่สำคัญในการพัฒนาหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ความหมายของการไกล่เกลี่ยในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ความเคลื่อนไหวในเวทีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน รวมถึงแนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

3.2 แนวคิดที่สำคัญในการพัฒนาหลักการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

โดยที่การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนด้วยการอนุญาโตตุลาการได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากขึ้นในระยะหลัง ซึ่งผู้วิจัยได้นำเสนอข้อวิจารณ์ที่เป็นประเด็นสำคัญไว้อย่างละเอียดแล้วในบทที่ 2 การไกล่เกลี่ยที่เป็นหนึ่งในการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงได้รับความสนใจมากขึ้นในการนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และเนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่ซับซ้อนเหมือนกรณีของการอนุญาโตตุลาการเพราะในการไกล่เกลี่ย

¹⁷⁵ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2550.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 2555.

อาศัยความร่วมมือและความตั้งใจจริงของคู่พิพาทในการบรรลุความตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจ อีกทั้งในปัจจุบันความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย มีความเป็นไปได้ที่จะนำไปบังคับภายใต้กฎหมายภายในหรือรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พัฒนาการดังกล่าวจึงสร้างความน่าสนใจให้กับรัฐและองค์กรต่าง ๆ ในการปรับปรุง กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้ดีขึ้น อาทิเช่น ในการหารือของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ครั้งที่ 50 ได้มีการมอบหมายให้ คณะทำงาน 3 (the Working Group III) ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับปรุงกลไกการระงับ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน¹⁷⁷ ส่วนในโครงการลงทุนระดับโลกตามแผนหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง (The Belt and Road Initiative) ซึ่งเป็นโครงการลงทุนขนาดใหญ่ นำโดยสาธารณรัฐประชาชนจีน มีการจัดให้การไกล่เกลี่ยเป็นเครื่องมือสำคัญในการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากโครงการ¹⁷⁸ หรือในกรณีของ ICSID เมื่อปี ค.ศ. 2018 ICSID ได้มีการเสนอข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) ให้รัฐสมาชิกได้พิจารณา โดยข้อบังคับดังกล่าวนี้จะช่วยให้การไกล่เกลี่ย ข้อพิพาททางการลงทุนสามารถทำได้สะดวกภายใต้อนุสัญญา ICSID โดยข้อบังคับการไกล่เกลี่ยนี้ จะช่วยเติมเต็มข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เดิม และอาจนำมาใช้อย่างเป็นเอกเทศ หรือใช้ร่วมกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการประนีประนอม (Conciliation) ก็ได้ และล่าสุด เมื่อต้นเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2021 ICSID ก็ได้มีการออกเอกสารเกี่ยวกับประเด็นการไกล่เกลี่ย ทางการลงทุนจำนวนสองฉบับได้แก่ (1) ICSID's Background Paper on Investment Mediation และ (2) ICSID's Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation ซึ่งเป็นการให้คำแนะนำ อย่างครอบคลุม (comprehensive guide) ในการพัฒนาการไกล่เกลี่ยทางการลงทุนระหว่างประเทศ อย่างรวดเร็ว รวมถึงการสร้าง ความเข้าใจกับรัฐต่าง ๆ ในการนำการไกล่เกลี่ยไปรวมไว้ในสนธิสัญญา การลงทุนของตน ซึ่งเอกสารทั้งสองฉบับดังกล่าวจะช่วยให้ทั้งรัฐและนักลงทุนมองเห็นประโยชน์ ของการใช้วิธีไกล่เกลี่ยในการแก้ไขข้อขัดแย้งในบริบทของการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น¹⁷⁹

¹⁷⁷ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.190. para. 1.

¹⁷⁸ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, "icc Guidance on Mediation of Belt and Road Disputes," [Online] Accessed: 25 July 2021. Available from: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-mediation-belt-road-disputes/>

¹⁷⁹ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation," [Online] Accessed: 13 July 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf

อย่างไรก็ตาม นอกจากแนวทางการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีการศึกษาถึงแนวทางอื่น ๆ ที่สามารถช่วยยกระดับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้ดียิ่งขึ้นอีกหลายแนวทางที่สำคัญ เพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ตั้งแต่ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสอดคล้องกันและความถูกต้องของคำชี้ขาดโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ปัญหาที่เกิดจากอนุญาโตตุลาการ ปัญหาเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่ใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาท รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินจากฝ่ายที่สาม โดยสามารถสรุปแนวทางที่สำคัญได้ ดังนี้

3.2.1 การปรับปรุงเกี่ยวกับคณะผู้พิจารณา กลไกพหุภาคีแบบถาวรและแบบเฉพาะกิจ

(1) การจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษาระดับพหุภาคี (Multilateral advisory centre) โดยศูนย์ดังกล่าวจะอยู่ในรูปแบบคล้ายกับศูนย์ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายขององค์การการค้าโลก (the Advisory Centre on WTO Law, ACWL) ทำหน้าที่ให้คำแนะนำทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายการลงทุนก่อนเกิดข้อพิพาทและทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาเมื่อเกิดข้อพิพาท โดยเฉพาะกับประเทศกำลังพัฒนา และประเทศด้อยพัฒนาในการจัดการคดี ISDS รวมถึงการช่วยเหลือรัฐต่าง ๆ ในการสร้างขีดความสามารถและการแบ่งปันแนวปฏิบัติที่ดี (the sharing of best practices)¹⁸⁰

(2) การสร้างกลไกตรวจสอบคำชี้ขาดหรือกลไกอุทธรณ์ (Stand-alone review or appellate mechanism) เนื่องจากมีการมองว่ากฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนนั้นไม่ดีพอในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีคุณภาพ ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบคำชี้ขาดก่อนที่จะมีผลเด็ดขาดได้ ดังนั้น จึงมีข้อเสนอให้มีกระบวนการพิจารณาเพื่อตรวจสอบ (scrutiny) คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างละเอียดก่อน คล้ายกับกระบวนการที่ผู้ใช้โดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของหอการค้านานาชาติ (the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, ICC) เพื่อให้คู่พิพาทสามารถเสนอความเห็นในทุกมิติของคำชี้ขาดเป็นหนังสือต่อคณะอนุญาโตตุลาการก่อนคำชี้ขาดจะมีผลเด็ดขาด ทั้งนี้ มีการเสนอให้อาศัยคณะผู้วินิจฉัยอิสระ (an independent body) ในการตรวจสอบคำชี้ขาด โดยการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องไม่ใช่การตรวจสอบเกี่ยวกับเนื้อหาของคดี (the merits of the case) นอกจากนี้ ยังมีการเสนอให้มีการจัดตั้งกลไกการอุทธรณ์ที่เป็นอิสระ (a stand-alone appellate mechanism)

¹⁸⁰ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.166. paras 13-16.

เป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจทางกฎหมายที่เหนือกว่า (a higher judicial authority) ทำหน้าที่ตรวจสอบความสอดคล้อง (ensuring consistency) ในการตีความข้อบทต่าง ๆ ในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี และแก้ไขข้อผิดพลาดของคำชี้ขาดที่อาจส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยยะสำคัญต่องบประมาณสาธารณะ (public funds)¹⁸¹ ของประเทศผู้รับการลงทุน

(3) การจัดตั้งองค์กรไต่สวนและศาลอุทธรณ์ทางการลงทุนที่มีผู้พิพากษาทำหน้าที่เต็มเวลา (Standing first instance and appeal investment court, with full-time judges) โดยคณะผู้ไต่สวน (A first instance tribunal) จะทำหน้าที่รับฟังข้อพิพาท การค้นหาความจริง (fact finding) และการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ส่วนคณะผู้พิจารณาอุทธรณ์ (An appellate tribunal) จะรับฟังคำอุทธรณ์จากคณะผู้ไต่สวน ในกรณีที่มีข้อบกพร่องของกฎหมายรวมถึงกรณีที่กระบวนการพิจารณาผิดพลาดอย่างร้ายแรง หรือมีข้อผิดพลาดอย่างแจ่มชัดของข้อเท็จจริงในคดี แต่ทั้งนี้คณะผู้พิจารณาอุทธรณ์จะไม่สามารถทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงใหม่ได้เอง (should not undertake a *de novo* review of the facts.) และกลไกในการอุทธรณ์ดังกล่าวข้างต้นจะทำได้เมื่อมีการวางเงินประกันเพื่อป้องกันการอาศัยช่องทางอุทธรณ์โดยมิชอบ¹⁸²

3.2.2 การปรับปรุงวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและคณะผู้วินิจฉัยคดี และจริยธรรม

(1) การปรับปรุงวิธีการแต่งตั้งและการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและผู้วินิจฉัยคดี (ISDS tribunal members' selection, appointment and challenge) อาจทำได้หลายแนวทาง อาทิ การปรับปรุงกฎระเบียบในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท การจัดทำบัญชีรายชื่อของผู้ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ การเพิ่มการมีส่วนร่วมของสถาบันต่าง ๆ ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือการจัดตั้งศาลการลงทุน เป็นต้น

(2) การจัดทำประมวลจริยธรรม (Code of conduct) เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางขององค์คณะผู้วินิจฉัยคดี ISDS และสร้างมาตรฐานทางจริยธรรมสำหรับผู้ที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยคดี รวมถึงการกำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม¹⁸³

¹⁸¹ Ibid. paras 17-20.

¹⁸² Ibid. paras 21-23.

¹⁸³ Ibid. paras 24-28.

3.2.3 การปรับปรุงเกี่ยวกับกลไกการมีส่วนร่วมและการควบคุมของภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา

(1) การเพิ่มบทบาทของรัฐภาคีสันติสัญญาในการตีความตราสารที่ตนเป็นภาคี (Enhancing treaty Parties' control over their instruments) เนื่องจากมีหลายประเทศพยายามแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องกันอย่างไม่สมเหตุสมผลในการตีความสนธิสัญญาการลงทุน ด้วยการกำหนดข้อบทว่าด้วยการตีความสนธิสัญญาร่วมกัน การตีความโดยฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายในสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ตนเข้าเป็นภาคี การจัดทำคำแนะนำสำหรับคณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำและมาตรฐานต่าง ๆ ในสนธิสัญญา หรือการนำการตีความที่มีผลผูกพันตามข้อตกลงในสนธิสัญญาการลงทุนมาใช้ รวมทั้งการตั้งคณะกรรมการร่วมเพื่อการตีความสนธิสัญญา ซึ่งวิธีการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้น่าจะนำมาปรับปรุงและนำมาใช้อย่างเป็นระบบ โดยอาจจะมีการจัดตั้งกลไกในการตีความสนธิสัญญาในกรอบพหุภาคี หรือโดยสถาบันหนึ่งสถาบันใด รวมทั้งการพัฒนามาตรฐานทางกฎหมายเพื่อนำมาใช้กับสนธิสัญญาการลงทุนต่อไป¹⁸⁴

(2) การเพิ่มการมีส่วนร่วมของหน่วยงานผู้ทรงอำนาจของรัฐ (Strengthening the involvement of State authorities) เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องกันอย่างไม่สมเหตุสมผลในการตีความสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งอาจจะทำโดยการสร้างกรอบการทำงานสำหรับรัฐต่อรัฐในการพิจารณาประเด็นปัญหาเบื้องต้น การจัดตั้งคณะทำงานร่วมโดยคู่ภาคีสันติสัญญาเพื่อการตรวจสอบหรือการจัดตั้งกลไกตรวจสอบหรือกลไกอุทธรณ์ที่เป็นองค์กรระหว่างรัฐกับรัฐ (a State-State body)¹⁸⁵

3.2.4 การปรับปรุงเกี่ยวกับการป้องกันและบรรเทาข้อพิพาท

(1) การเสริมสร้างกลไกการระงับข้อพิพาทนอกเหนือจากอนุญาโตตุลาการ เช่น การไกล่เกลี่ยหรือผู้ตรวจการ (Strengthening of dispute settlement mechanisms other than arbitration (ombudsman, mediation) เพื่อลดระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการระงับข้อพิพาท และเพื่อป้องกันไม่ให้ข้อขัดแย้งยกระดับสู่ข้อพิพาททางกฎหมาย โดยอาจมีการจัดทำบัญชีรายชื่อ

¹⁸⁴ Ibid. paras 28-32.

¹⁸⁵ Ibid. paras 33-36.

ผู้ประนอมหรือผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อช่วยให้การระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรสามารถทำได้สะดวกขึ้น รวมถึงการพัฒนาข้อบังคับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกต่าง ๆ ให้ดีขึ้น โดยอาจพัฒนาร่วมไปกับกรอบการทำงานที่มีอยู่ในปัจจุบันด้วยการผสมผสานกระบวนการชี้ขาดทางกฎหมายกับกระบวนการอื่น ๆ เข้าด้วยกัน หรือที่เรียกว่า กลไกการระงับข้อพิพาทแบบไฮบริดหรือแบบผสม (hybrid or mixed-mode dispute resolution) ซึ่งในปัจจุบันความพยายามดังกล่าวข้างต้นสะท้อนได้จากการดำเนินงานของ UNCITRAL ในการเสริมสร้างให้นำการไกล่เกลี่ยมาใช้มากขึ้นผ่านอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Singapore Convention on Mediation) รวมถึงการดำเนินงานของ ICSID ที่มีการเตรียมนำเสนอข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยฉบับใหม่¹⁸⁶

(2) การอาศัยหลักปราศจากการเยียวยาความเสียหายจากท้องถิ่น (Exhaustion of local remedies) โดยมีการเสนอให้นักลงทุนจะต้องแสวงหาหนทางเยียวยาความเสียหายจากท้องถิ่นที่ได้เข้าไปลงทุนทุกหนทางก่อนและหากไม่มีการเยียวยาจึงจะสามารถเสนอข้อเรียกร้องเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ เพื่อให้องค์กรผู้ทรงอำนาจภายในของรัฐผู้รับการลงทุน (domestic authorities) ได้มีโอกาสพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นกับนักลงทุนก่อน โดยมีการเสนอให้มีการกำหนดหลักการดังกล่าวในเชิงบังคับไว้ในข้อบทของสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อเพิ่มอำนาจให้กับระบบกฎหมายภายในของรัฐมากขึ้น (to empower domestic legal systems) และเลี่ยงปัญหาการหลบหลีกการตรวจสอบของนักลงทุน¹⁸⁷

(3) การปรับปรุงกระบวนการพิจารณาเพื่อแก้ปัญหาการฟ้องคดีที่ไม่มีมูลและการยกฟ้อง (Procedure to address frivolous claims, including summary dismissal) โดยมีการเสนอให้พัฒนาคำแนะนำ (a guideline) ที่มีกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลการเสนอข้อเรียกร้อง (a check-and-balances mechanism for claims) การสร้างกลไกการตรวจสอบการฟ้องคดีที่ไม่มีมูล (unfounded or frivolous claims) การสร้างกลไกที่ให้อำนาจคณะผู้พิจารณาในการออกคำสั่งให้ผู้เรียกร้องชำระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมดหากเป็นการเสนอข้อเรียกร้องที่ไม่มีมูล รวมถึงการสร้าง

¹⁸⁶ Ibid. paras 38-42.

¹⁸⁷ Ibid. paras 43-45.

กระบวนการพิจารณาแบบเร่งรัด (the expedited processing) สำหรับข้อเรียกร้องที่ไม่มีมูลเพื่อลดค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ¹⁸⁸

(4) การปรับปรุงเกี่ยวกับปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ การเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยตรง (reflective loss)¹⁸⁹ และการฟ้องแย้งโดยรัฐผู้ถูกเรียกร้อง (Multiple proceedings, reflective loss and counterclaims by respondent States) โดยมีข้อเสนอให้อาศัยมาตรการทางกฎหมายอย่างอ่อน (soft law instruments) เพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการยื่นข้อเรียกร้องเดียวกันต่ออนุญาโตตุลาการหรือต่อศาลหลายแห่งในเวลาเดียวกัน ปัญหาการเสนอข้อเรียกร้องในค่าเสียหายที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยตรง (claims for reflective loss) จากผู้ถือหุ้นของนักลงทุน รวมถึงมีการเสนอให้รัฐผู้รับการลงทุนสามารถฟ้องแย้งหากนักลงทุนไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนได้¹⁹⁰

3.2.5 การปรับปรุงเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding)

โดยมีข้อเสนอให้มีการเปิดเผยสัญญาระหว่างนักลงทุนผู้เรียกร้อง (the claimant) กับนายทุน (the funder) เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบจากที่ปรึกษากฎหมายและอนุญาโตตุลาการ และจำนวนเงินผลประโยชน์ตอบแทนจากการเข้าสนับสนุนทางการเงินให้กับนักลงทุนในการเสนอข้อเรียกร้องจะต้องถูกจำกัดสัดส่วนอย่างเหมาะสม นอกจากนี้ ยังมีการเสนอให้ห้ามไม่ให้มีการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในข้อพิพาททางการลงทุน หรือหากไม่สามารถห้ามได้ก็ควรมีการป้องกันปัญหาการขัดกันผลประโยชน์ โดยให้มีการเปิดเผยสัญญาการเข้าสนับสนุนทางการเงิน (the funding agreement) และควรมีบทลงโทษหากไม่มีการเปิดเผยดังกล่าว กล่าวโดยสรุปคือ ควรจะมีการสร้างความโปร่งใสในประเด็นเรื่องการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลที่สามมากขึ้น¹⁹¹

¹⁸⁸ Ibid. paras 46-48.

¹⁸⁹ 'Reflective Loss' is a legal principle of company autonomy. The idea is that a company, and not its shareholders, should have the right to recover the company's losses. This principle is especially important for a company's creditors, who could otherwise find their claims frustrated if shareholders could bypass the company and recover directly. It is also important for potential defendants who could face claims from both a company and its shareholders for the same loss. (see. Chris Webber and Michael Davar, "Overcoming the Principle of Reflective Loss", [Online] Accessed: 26 July 2021. Updated: November 1, 2017. Available from: <https://www.finance-disputes.co.uk/2017/11/overcoming-the-principle-of-reflective-loss/>)

¹⁹⁰ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.166. paras 49-50.

¹⁹¹ Ibid. paras 61-63.

3.3 ความหมายของการไกล่เกลี่ยในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

คำว่า “การไกล่เกลี่ย¹⁹²” (mediation) นั้นมีความใกล้เคียงกับคำว่า “การประนีประนอม¹⁹³” (conciliation) โดยปัจจุบันยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับความหมายที่ชัดเจนของสองคำนี้ เพราะกระบวนการในการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมนั้นมีความคาบเกี่ยวกันในสาระสำคัญ ดังนั้นจึงมักปรากฏว่ามีการใช้ทั้งสองคำในลักษณะแทนกันได้ (interchangeable) อย่างไรก็ตามหากพิจารณาอย่างละเอียดจะพบว่ากลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนทั้งสองรูปแบบนี้มีความแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ การประนีประนอม (conciliation) จะมีผู้ประนีประนอมคนเดียว (a sole conciliator) หรือคณะผู้ประนีประนอม (conciliation commission) ทำหน้าที่ประเมินจุดยืนหรือสถานะของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย (the respective positions of the disputing parties) และออกข้อเสนอแนะที่ไม่มีผลผูกพัน (non-binding recommendations) เพื่อช่วยให้คู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงกันได้โดยฉันทมิตร อีกทั้งข้อบังคับการประนีประนอม (conciliation rules) มักจะมีความยืดหยุ่น (flexibility) เพื่อให้สามารถนำเทคนิคการไกล่เกลี่ยอื่นๆ (other mediation techniques) มาปรับใช้ได้ ในขณะที่การไกล่เกลี่ย (mediation) นั้นเป็นกระบวนการที่ผู้ไกล่เกลี่ย (a mediator) จะทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่พิพาทให้จัดจ่อหรือให้ความสนใจกับผลประโยชน์ที่แท้จริงของแต่ละฝ่ายมากกว่าสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ไกล่เกลี่ยจะหลีกเลี่ยงการประเมินเชิงคุณค่าในจุดยืนหรือสถานะของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย (merits-based evaluation of parties' positions) และผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในการหารือกันระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อให้สามารถบรรลุความตกลงกันได้โดยฉันทมิตร¹⁹⁴

นักวิชาการรวมทั้งในเอกสารของ UNCITRAL ใช้คำว่า “การประนีประนอม” (conciliation) และ “การไกล่เกลี่ย” (mediation) ในความหมายที่แทนกันได้ (interchangeable terms)¹⁹⁵ ในขณะที่

¹⁹² ความหมายในภาษาไทยของคำว่า “ไกล่เกลี่ย” คือ พุดจาให้ตกลงกัน, พุดจาให้ปรองดองกัน (see. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, [ออนไลน์].)

¹⁹³ ความหมายในภาษาไทยของคำว่า “ประนีประนอม” คือ อะลุ่มอล่วย, ทำการปรองดอง (see. Ibid.)

¹⁹⁴ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," *NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01*, p. 4.

¹⁹⁵ ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) ได้มีการแก้ไขกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการประนีประนอมข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 (the 2002 UNCITRAL Model Law on International

ระบบของ ICSID แยกสองคำนี้ออกจากกันเนื่องจากรากฐานความเป็นมาที่แตกต่างกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง¹⁹⁶ กล่าวคือ ในระบบของ ICSID หากเป็นการไกล่เกลี่ย (mediation) จะเปิดให้รัฐทุกรัฐแม้จะไม่ได้เป็นสมาชิกของ ICSID สามารถเข้าใช้บริการได้ โดยคู่กรณีสามารถตกลงกันตั้งผู้ไกล่เกลี่ยได้ 1-2 คน ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยจะทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่กรณีให้สามารถบรรลุความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่แสดงคำแนะนำใด ๆ ต่อการเข้าทำความตกลงกันระหว่างคู่กรณี อีกทั้งกระบวนการไกล่เกลี่ยยังมีความเป็นทางการน้อย และคู่กรณีสามารถออกจากกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลาเนื่องจากหลักความยินยอมที่จะต้องมียู่ตลอดกระบวนการไกล่เกลี่ย (ongoing consent) ในขณะที่หากเป็นการประนอม (conciliation) ภายใต้ ICSID คณะผู้ประนอมประกอบด้วยบุคคล 3 คน โดยคู่กรณีแต่งตั้งฝ่ายละหนึ่งคน และประธานจะมาจากการตกลงกันเลือกโดยคู่พิพาทอีกหนึ่งคน ซึ่งคณะผู้ประนอมจะมีบทบาทในการชี้ประเด็นข้อพิพาทด้วย¹⁹⁷

Oppenheim 1926 ให้ความหมายของการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองไว้ว่า “กระบวนการในการระงับข้อพิพาทโดยการนำข้อพิพาทให้คณะบุคคลที่มีหน้าที่ในการให้ความกระจ่างกับข้อเท็จจริง และรับฟังข้อพิพาทเพื่อพยายามนำไปสู่ความตกลงกันได้ระหว่างทั้งสองฝ่ายและเพื่อจัดทำร่างสัญญาระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพันอย่างคำชี้ขาดหรือคำพิพากษาของศาล”¹⁹⁸

Bottini และ Lavista 2010 และ Salacuse 2015 อธิบายการประนอมข้อพิพาทของ ICSID ว่าเป็น “การอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีผลผูกพัน” (non-binding arbitration) โดย Salacuse ได้อธิบายต่อไปว่า “หากเรานิยามการไกล่เกลี่ย (mediation) ว่าเป็นกระบวนการโดยสมัครใจ

Commercial Conciliation) โดยใช้คำว่า “การไกล่เกลี่ย (mediation)” แทนที่คำว่า “การประนอม (conciliation)” ทั้งหมดรวมทั้งมีการสอดแทรกบทบัญญัติในส่วนของกรบงคับตามความตกลงระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยลงไปด้วย (see. Ibid. p. 26.)

¹⁹⁶ Ibid. p. 20.

¹⁹⁷ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation." p. 4-5.

¹⁹⁸ “The process of settling a dispute by referring it to a commission of persons whose task it is to elucidate the facts and (usually after hearing the parties and endeavouring to bring them to an agreement) to make a report containing proposals for a settlement, but not having the binding character of an award or judgment.” (see. Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," [NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01](#). p. 12.)

ให้บุคคลที่สามเข้ามาช่วยคู่พิพาทในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาท จะทำให้การประนอม (conciliation) ตกอยู่ในจำพวกเดียวกับการไกล่เกลี่ยในอีกรูปแบบหนึ่ง”¹⁹⁹

Franck 2014 และ Ng 2019 แยกคำว่า การไกล่เกลี่ยออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกคือ การไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) ซึ่งตัวผู้ไกล่เกลี่ยจะให้ความเห็นเกี่ยวกับจุดแข็งจุดอ่อนของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย กลุ่มที่สองคือ การไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation) ที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทโดยอยู่บนฐานของผลประโยชน์ (interest-based) และการแก้ปัญหาเพื่อวางแนวทางในอนาคต (future-oriented problem solving)²⁰⁰

ดังนั้น ความเข้าใจเกี่ยวกับการประนอมข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (investor-State conciliation) ในสมัยใหม่จึงค่อนข้างจำกัดความตามอนุสัญญา ICSID ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ในทางตรงกันข้าม ความเข้าใจเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (investor-State mediation) สมัยใหม่มีแนวโน้มที่จะอยู่บนพื้นฐานของการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (the facilitative mediation) ที่พบในการปฏิบัติทางการค้ามากกว่า ความเข้าใจการไกล่เกลี่ยตามกฎหมายระหว่างประเทศในอดีต ซึ่งมองว่าการไกล่เกลี่ยเป็นการอำนวยความสะดวกในการเจรจา (the facilitation of negotiations) โดยรัฐที่สามเพื่อให้เกิดการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐโดยสันติ²⁰¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁹⁹ “if one defines mediation as a voluntary process by which a third person assists the disputants to negotiate a settlement of their dispute, then conciliation clearly falls within the category of mediation,” (see. Ibid. p. 12.)

²⁰⁰ Ibid. p. 12.

²⁰¹ “Modern understanding of investor-State conciliation has tended to gravitate towards the definition in the ICSID Convention and under public international law. In contrast, the modern understanding of investor-State mediation tends to be based on the facilitative mediation found in commercial practice, rather than international law’s historic understanding of mediation as the facilitation of negotiations by a third State to achieve a peaceful settlement of inter-State disputes” (see. Ibid. p. 12.)

3.3.1 แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย

การไกล่เกลี่ยมีความสัมพันธ์กับทั้งประเด็นทางกฎหมายและสังคมวิทยา²⁰² และเป็นรูปแบบหนึ่งของวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานตั้งแต่ยุคสมัยแรกเริ่มของประวัติศาสตร์มวลมนุษยชาติ โดยการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยนั้นมีขึ้นตั้งแต่ประมาณ 3,000 ปีก่อนคริสตกาลใน Egypt, Babel และ Assyria สำหรับในประเทศไทยจีน ระบบการไกล่เกลี่ยเป็นส่วนสำคัญในวัฒนธรรมทางกฎหมายของจีนและสามารถสืบสาวความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ได้ถึงราว 4,000 ปีก่อน โดยธรรมชาติของการไกล่เกลี่ยที่จะไม่ทำให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกันนั้นสอดคล้องกับแนวความคิดของลัทธิสำคัญของประเทศจีน เช่น ลัทธิเต๋า (Taoism) และลัทธิขงจื้อ (Confucianism)²⁰³ นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยเป็นกลไกที่พบได้ทั่วไปในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ตามข้อ 33 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หรือในเอกสารแนบท้าย ฉบับที่ 5 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (Annex V of the United Nation on the Law of the Sea)²⁰⁴ และโดยที่รูปแบบของการไกล่เกลี่ยมีหลายลักษณะจึงทำให้เกิดประเด็นถกเถียงถึงการแบ่งแยกวิธีการไกล่เกลี่ย (mediation) กับการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ออกจากกันว่าสามารถแบ่งออกจากกันได้ อย่างเด็ดขาดได้หรือไม่ ซึ่งหลายฝ่ายต่างก็ยอมรับว่าการประนอมข้อพิพาทถือเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการไกล่เกลี่ยเช่นกัน

ตัวอย่างเช่น ในรายงานของคณะทำงาน 2 ของ UNCITRAL ได้กล่าวถึงการใช้คำว่า “การไกล่เกลี่ย” แทนการใช้คำว่า “การประนอม” ในร่างตราสารต่าง ๆ ของ UNCITRAL และได้มีการเขียนคำอธิบายต่อไปว่า การไกล่เกลี่ยเป็นคำศัพท์ที่ถูกใช้อย่างกว้างขวางในกระบวนการที่คู่พิพาทเรียกร้องให้บุคคลภายนอกหรือคณะบุคคลเข้าช่วยเหลือคู่พิพาทเพื่อให้สามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาหรือนิติสัมพันธ์อื่น ๆ อย่างฉันทมิตร และในเอกสารอื่น ๆ ของ UNCITRAL ก่อนหน้านั้น ได้มีการใช้คำว่า การประนอมและคำว่า การไกล่เกลี่ยในเชิงสลับกันไปมาได้ (the terms “conciliation” and “mediation” were interchangeable) ทำให้ UNCITRAL เลือกว่าจะนำคำว่า “การไกล่เกลี่ย”

²⁰² Michal Alberstein, "The Jurisprudence of Mediation: Between Formalism, Feminism, and Identity Conversations."

²⁰³ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 6-7.

²⁰⁴ Ibid. para 6.

มาใช้ในการร่างอนุสัญญาทดแทนคำว่า “การประนอม” โดยหวังว่าจะเป็นการช่วยสนับสนุนให้เกิดความเข้าใจหรือมองเห็นภาพที่ชัดมากขึ้น²⁰⁵

ลักษณะทั่วไปของการไกล่เกลี่ยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

ลักษณะแรก คือการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) ซึ่งการไกล่เกลี่ยในรูปแบบนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะมีบทบาทในการประเมินและให้ความเห็นเกี่ยวกับจุดแข็งและจุดอ่อนของข้อพิพาท รวมถึงการชี้ประเด็นสำคัญในข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น ในกระบวนการประนอมข้อพิพาทภายใต้ ICSID เป็นกระบวนการที่แสดงให้เห็นถึงการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่าโดยในคดี Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago²⁰⁶ ผู้ประนอม Lord Wilberforce ได้กล่าวว่า “เขารับทราบว่าหน้าที่ในกระบวนการนี้คือการประเมินข้อขัดแย้งระหว่างคู่พิพาทเพื่อชี้ให้เห็นประเด็นที่ชัดเจน และจะต้องพยายามประเมิณจุดแข็งของแต่ละฝ่ายและความเป็นไปได้ที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะยอมรับหรือปฏิเสธในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการทางศาล ซึ่งการกระทำทั้งหมดนี้ก็เพื่อช่วยให้คู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงร่วมกันได้”²⁰⁷

ลักษณะที่สอง การไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation) ซึ่งยึดผลประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นหลัก โดยบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยคือการช่วยให้คู่พิพาทมาหารือเกี่ยวกับผลประโยชน์ ความต้องการ และวัตถุประสงค์ของคู่พิพาท ว่าคู่พิพาทมีจุดร่วมกันในส่วนใดบ้างหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ได้มีการประเมินจุดแข็งหรือจุดอ่อนของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายและจะไม่แสดงความเห็นใด ๆ ต่อกรณีพิพาท แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะเน้นที่การอาศัยกระบวนการไกล่เกลี่ยในการช่วยให้คู่พิพาทสามารถมองเห็นวิธีการที่จะช่วยแก้ข้อขัดแย้งด้วยตนเอง และช่วยให้คู่พิพาท

²⁰⁵ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.II/WP.205. para. 5.

‘Mediation’ is a widely used term for a process where parties request a third person or persons to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of, or relating to, a contractual or other legal relationship. In its previously adopted texts and relevant documents, UNCITRAL used the term ‘conciliation’ with the understanding that the terms ‘conciliation’ and ‘mediation’ were interchangeable. In preparing the [Convention/amendment to the Model Law], the Commission decided to use the term ‘mediation’ instead in an effort to adapt to the actual and practical use of the terms and with the expectation that this change will facilitate the promotion and heighten the visibility of the [Convention/ Model Law]. This change in terminology does not have any substantive or conceptual implications.”

²⁰⁶ ICSID Case No. CONC/83/1

²⁰⁷ Stephen M. Schwebel, "Is Mediation of Foreign Investment Disputes Plausible?," *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 22, 2 (2017).

มุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์ในอนาคตที่ฝ่ายต่าง ๆ สามารถควบคุมได้มากกว่าการกล่าวหาเกี่ยวกับอดีตที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้²⁰⁸

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (Evaluative mediation) หรือการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (Facilitative mediation) ก็เป็นเพียงเครื่องมือสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่สามารถนำมาใช้ร่วมกันเพื่อช่วยให้คู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สามารถพบได้ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ในกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อบทที่ 33²⁰⁹ ได้กำหนดให้คู่พิพาทจะต้องใช้วิธีการเจรจาเป็นลำดับแรก และจะต้องอาศัยการไต่ถาม การไกล่เกลี่ย การประนอม การอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทโดยศาล หรือองค์การระดับภูมิภาค หรือวิธีการโดยสันติอื่น ๆ แล้วแต่คู่พิพาทจะเลือกในการระงับข้อพิพาท และหากพิจารณาในมุมมองของการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ในข้อบทที่ 5 ของบันทึกความเข้าใจของ WTO เกี่ยวกับกฎเกณฑ์และขั้นตอนในการระงับข้อพิพาท (article 5 of the WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) ได้กำหนดให้อาศัยการระงับข้อพิพาทโดยการจัดการหรือ (good offices) การประนอมและการไกล่เกลี่ย²¹⁰

3.3.2 แนวคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นมีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายว่าด้วยการให้ความคุ้มกันทางการทูต (the law of diplomatic protection) ซึ่งรัฐผู้ส่งการลงทุน (the home State of an investor) อาจยกข้อเรียกร้องของนักลงทุนขึ้นต่อผู้กับรัฐผู้รับการลงทุน (host State) ที่นักลงทุนได้เข้าไปลงทุน แต่ระบบนี้ก็ไม่ได้รับประกันว่านักลงทุนจะได้รับการเยียวยา

²⁰⁸ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para 10.

²⁰⁹ Article 33 of the Charter of the United Nations provides that "[t]he parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice"

²¹⁰ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras 12-13.

เนื่องจากรัฐผู้ส่งการลงทุนมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าจะเข้าไปแทรกแซงและยกข้อเรียกร้องของคนชาติตนขึ้นต่อสู้กับรัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่ก็ได้ และแม้รัฐผู้ส่งการลงทุนจะยกข้อเรียกร้องขึ้นแต่การควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมดก็อยู่ในมือของรัฐผู้ส่งการลงทุน²¹¹

โดยแต่เดิมนั้น การไกล่เกลี่ยถูกจัดเป็นหมวดหนึ่งของวิธีการระงับข้อพิพาทตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการระงับข้อพิพาทอย่างสันติ ปี ค.ศ. 1899 และ 1907 (the Hague Conventions on the Pacific Settlement of Disputes of 1899 and 1907) โดยการให้รัฐฝ่ายที่สามหรือผู้ทรงอำนาจทางการเมืองเข้ามาช่วยในการแก้ไขข้อขัดแย้งระหว่างรัฐคู่พิพาท ซึ่งในตอนนั้นมีกรมองว่าการเข้าแทรกแซงโดยรัฐฝ่ายที่สามหรือผู้ทรงอำนาจทางการเมืองอาจทำให้รัฐหรือองค์กรดังกล่าวอาศัยการไกล่เกลี่ยเพื่อแสวงหาประโยชน์ได้²¹²

การไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทระหว่างประเทศตามมาตรา 33 ของกฎบัตรสหประชาชาติมีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาระหว่างรัฐกับรัฐ (State-to-State dispute) ซึ่งเพิ่มความสนใจในการนำกลไกดังกล่าวมาใช้มากยิ่งขึ้น โดยในด้านของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 2017 ICSID ได้จัดการอบรมให้กับผู้ไกล่เกลี่ยสำหรับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2016 ที่ประชุมกฎบัตรพลังงาน (The Energy Charter Conference) ก็ได้รับรอง “คู่มือว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุน” (A guide on investment mediation) ที่ถูกออกแบบมาสำหรับกระตุ้นให้รัฐและนักลงทุนหันมาใช้ในการไกล่เกลี่ยเพิ่มมากขึ้น ซึ่งคู่มือดังกล่าวประกอบด้วยเนื้อหาหลายส่วน เช่น ข้อบังคับที่อาจปรับใช้กับกระบวนการไกล่เกลี่ย โครงสร้างของการไกล่เกลี่ย และการบังคับตามสัญญาการระงับข้อพิพาท²¹³

ในด้านของประโยชน์ที่จะได้รับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนนั้น มีการเสนอแนะไว้จำนวนมากในงานของนักวิชาการ รวมทั้งผลการศึกษากองค์กรระหว่างประเทศหลากหลายองค์กร ซึ่งพบว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถช่วยให้คู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้อย่างสร้างสรรค์และมองไปยังผลประโยชน์และความต้องการร่วมกันในภายภาคหน้าได้

²¹¹ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," *NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01*. p. 5.

²¹² *Ibid.* p. 5.

²¹³ Christina G. Hioureas, "The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?," *Berkeley Journal of International Law* 37(2019).

โดยการอาศัยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความเชี่ยวชาญ โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้คู่พิพาทมีทางเลือกในการจัดข้อพิพาทในหลากหลายมิติมากกว่าการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนที่มักจำกัดหนทางในการเยียวยาความเสียหายในลักษณะที่เป็น การชดใช้เงินและการทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิมเท่านั้น แต่ทางเลือกในการเยียวยาความเสียหาย ที่อาจเกิดจากความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยอาจมีได้หลายทางเลือกเพราะไม่ได้ถูกจำกัด ด้วยวิธีการทางกฎหมายเท่านั้น การไกล่เกลี่ยจึงช่วยเพิ่มช่องว่างสำหรับการพิจารณาปัจจัยที่ไม่ใช่ ข้อกฎหมาย (non-legal factors) เช่น การพิจารณาความถึงต้องการที่แท้จริงของผู้มีส่วนได้เสีย การพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ เงื่อนไขทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคม รวมทั้งความเป็นมาทางสังคม วัฒนธรรม โดยสำหรับทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดจากความตกลงระงับข้อพิพาท จากการไกล่เกลี่ยมีได้หลายแนวทาง อาทิ (1) การให้สิทธิหรือการต่ออายุใบอนุญาต (2) การให้ทางเลือก สำหรับการก่อตั้งการลงทุนในพื้นที่หรือโครงการอื่นเพื่อชดเชยการปฏิเสธหรืออนุญาตให้ลงทุน ในบางพื้นที่ (3) การแลกเปลี่ยนข้อตกลงประเภทของสัญญาการลงทุนหรือการแปลงหนี้ใหม่ (4) การเจรจาเพื่อทบทวนข้อตกลงในโครงการสัมปทานต่าง ๆ (5) การประเมินผลตอบแทน ของโครงการและข้อตกลงเกี่ยวกับการรับประกันหรือแหล่งทุนใหม่อีกครั้ง (re-evaluation) และ (6) การตรวจสอบทบทวนมาตรการที่ก่อปัญหาของรัฐผู้รับการลงทุนใหม่ เป็นต้น ซึ่งทางเลือกเหล่านี้ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ช่วยสนับสนุนความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจมากกว่าการอนุญาโตตุลาการ ทางการลงทุน ทำให้ช่วยรักษาความสัมพันธ์และความร่วมมือในระยะยาวระหว่างรัฐผู้รับการลงทุน กับนักลงทุนต่างชาติได้เป็นอย่างดี²¹⁴

สำหรับประเด็นปัญหาว่าการไกล่เกลี่ยควรจะทำมาใช้กับข้อพิพาทด้านการลงทุน เมื่อใดจึงจะเหมาะสมนั้น จะพบว่า การไกล่เกลี่ยเป็นการหารือที่ได้รับการอำนวยความสะดวก (a facilitated dialogue) ระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายและเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่สามารถใช้ในการระงับ ข้อพิพาทด้านการลงทุนได้จึงสามารถนำมาใช้ได้ตลอดเวลาเมื่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเห็นว่าเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดข้อพิพาทอย่างชัดเจนเสียก่อน ดังนั้น การไกล่เกลี่ยอาจถูกนำมาใช้ได้

²¹⁴ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras 20-25.

ตลอดระยะเวลาที่มีการลงทุนโดยอาจนำมาใช้ในช่วงการปรึกษาหารือ (consultations) หรือใช้ควบคู่ไปกับการอนุญาโตตุลาการก็ได้²¹⁵

แต่การไกล่เกลี่ยก็มักไม่ได้รับความนิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทด้านการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยผู้ปฏิบัติและนักวิเคราะห์ห่มองว่าส่วนหนึ่งเกิดจากปัญหาที่เมื่อคู่พิพาทได้ทำสัญญาระงับข้อพิพาทกันแล้ว ปัจจุบันยังไม่มีกรอบทางกฎหมายสำหรับการบังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาทดังกล่าว ทำให้คู่สัญญาจะต้องอาศัยกลไกของศาลภายในเพื่อบังคับตามสัญญา ซึ่งทำให้คู่สัญญาที่ต้องการบังคับตามสัญญาจะต้องเริ่มกระบวนการบังคับตามสัญญาอีกส่วนหนึ่งต่างหากจึงเป็นการเพิ่มทั้งค่าใช้จ่ายและเสียเวลามากขึ้น²¹⁶ อีกทั้ง ในมุมมองของรัฐผู้รับการลงทุนก็มีสิ่งจูงใจที่แตกต่างจากนักลงทุน เนื่องจากรัฐต่าง ๆ นั้นมีเรื่องที่ต้องดำเนินการที่หลากหลาย ตั้งแต่เรื่องความมั่นคงของชาติ เศรษฐกิจมหัพภาค (macroeconomic) ประเด็นนโยบายสาธารณะต่าง ๆ ที่ต้องดำเนินการนอกเหนือไปจากเรื่องของบริษัทข้ามชาติ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่เคยตกเป็นอาณานิคมของตะวันตกมาก่อน รัฐจะตกอยู่ภายใต้แรงกดดันทางการเมืองเพราะการระงับข้อพิพาทอาจถูกมองว่าเสียเปรียบหรือมีการทุจริต จึงมีการอาศัยคณะอนุญาโตตุลาการเป็นแพะรับบาป (scapegoats) เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบหากผลลัพธ์ของการระงับพิพาทเป็นคุณต่อฝ่ายนักลงทุนต่างชาติ²¹⁷

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันรัฐต่าง ๆ นักวิชาการและองค์การระหว่างประเทศหลายแห่งได้เพิ่มความสนใจในการใช้การไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมากขึ้นเพราะกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบันนั้นประสบกับปัญหาต่าง ๆ ดังที่ได้นำเสนอไว้ในบทที่ 2 มากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น คณะทำงาน 3 (Working Group III) ของ UNCITRAL ได้มีการเสนอแนวทางในการป้องกันและจำกัดไม่ให้เกิดข้อพิพาทโดยได้มีการนำเสนอเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่อาจนำมาใช้กับสนธิสัญญาการลงทุนได้ ซึ่งประเทศสมาชิกต่าง ๆ ก็ได้มีการเสนอทางเลือกที่หลากหลาย เช่น การพิจารณานำการไกล่เกลี่ย การประนอม หรือวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่น ๆ มาปรับใช้

²¹⁵ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation." p. 4.

²¹⁶ Hioureas, C. G., "The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?," *Berkeley Journal of International Law*.

²¹⁷ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2558.

หรือในปี ค.ศ. 2018 ICSID ได้มีการเสนอข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) ให้รัฐสมาชิกได้พิจารณา โดยข้อบังคับดังกล่าวนี้จะช่วยให้การไกล่เกลี่ยด้านการลงทุนสามารถทำได้สะดวกภายใต้อนุสัญญา ICSID โดยข้อบังคับการไกล่เกลี่ยนี้จะช่วยเติมเต็มข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เดิม และยังมีอีกหลายองค์กรที่มีข้อเสนอเกี่ยวกับการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อถัดไป

3.4 ความเคลื่อนไหวในเวทีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

3.4.1 คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)

ในการประชุมครั้งที่ 48 ของคณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) เมื่อปี ค.ศ. 2015 ตัวแทนของรัฐสมาชิกและองค์การระหว่างประเทศหลายหน่วยได้มีข้อเรียกร้องให้มีการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และต่อมาในการประชุมครั้งที่ 49 ของ UNCITRAL ในปี ค.ศ. 2016 ได้มีการนำเสนอผลงานของศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (the Center for International Dispute Settlement, CIDS) ซึ่งเป็นศูนย์วิจัยร่วมระหว่างสถาบันศึกษาระหว่างประเทศและการพัฒนา (the Graduate Institute of International and Development Studies) และคณะนิติศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยเจนีวา (the University of Geneva Law School) เกี่ยวกับประเด็นที่จะต้องพิจารณาหากมีการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยมีข้อเสนอเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศถาวร (a permanent international dispute settlement body) หรือกลไกอุทธรณ์คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน (an appeals mechanism for investor-State arbitral awards)²¹⁸ ต่อมาในการประชุมครั้งที่ 50 UNCITRAL จึงได้มอบหมายให้คณะทำงาน 3 (Working Group III) ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งคณะทำงานฯ พบว่า กลไกการระงับ

²¹⁸ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/890. Paras 21-22.

ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนหรือ ISDS นั้นมีปัญหาในหลายประเด็น ได้แก่ (1) ความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด (inconsistency in arbitral decisions) (2) กลไกที่จำกัดในการตรวจสอบความถูกต้องของคำชี้ขาด (limited mechanisms to ensure the correctness of arbitral decisions) (3) การไม่สามารถคาดการณ์ผลของคำชี้ขาด (lack of predictability) (4) ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท (appointment of arbitrators by parties) (5) ผลกระทบในกรณีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทต่อความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ (the impact of party-appointment on the impartiality and independence of arbitrators) (6) การขาดความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (lack of transparency) และ (7) ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการที่เพิ่มสูงขึ้น (increasing duration and costs of the procedure)²¹⁹

ในการดำเนินงานของคณะทำงาน 3 นั้น ในการประชุมครั้งที่ 34 คณะทำงานได้พิจารณาเอกสารต่าง ๆ ที่ได้มีการเสนอต่อคณะกรรมการ UNCITRAL ในการประชุมครั้งที่ 49 และครั้งที่ 50 เกี่ยวกับข้อเสนอที่เป็นไปได้ในการพัฒนากรอบการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งการดำเนินงานของคณะทำงานต่อเนื่องมาจนกระทั่งในการประชุมครั้งที่ 38 คณะทำงานได้พิจารณาทางเลือกในการพัฒนากรอบการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนซึ่งมีสามทางเลือกหลัก ได้แก่ (1) การจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษา (Establishment of an advisory centre) (2) การจัดทำประมวลจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ (Code of conduct) และ (3) การแก้ไขปัญหาการสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลฝ่ายที่สาม (Third-party funding) โดยในการประชุมครั้งนี้คณะทำงานได้ร้องขอให้สำนักเลขาธิการรวบรวมบรรดาเอกสารต่าง ๆ เพื่อเตรียมการในการดำเนินการต่อไป²²⁰ ต่อมาในการประชุมของคณะทำงาน 3 ครั้งที่ 39 ก็ได้มีการเสนอแนวทางในการป้องกันและบรรเทาข้อพิพาทโดยได้มีการนำเสนอเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่อาจนำมาใช้กับสนธิสัญญาการลงทุนได้ ซึ่งประเทศสมาชิกต่าง ๆ ก็ได้มีการเสนอทางเลือกที่หลากหลาย เช่น การพิจารณานำการไกล่เกลี่ย การประนอม หรือวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่น ๆ มาปรับใช้ โดยอาจนำรูปแบบต่าง ๆ มาปรับใช้ร่วมกันทั้งในระดับสนธิสัญญาการลงทุนไปจนถึงระดับศาลภายในประเทศ

²¹⁹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 20.

²²⁰ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1004.

และจากการพิจารณาข้อเสนอต่าง ๆ ของประเทศสมาชิก ส่วนใหญ่เสนอให้ปรับใช้กลไกระงับข้อพิพาททางเลือกที่ใช้ระยะเวลาสั้นลงและประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประเทศสมาชิกมองเห็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนปัจจุบันที่ใช้ระยะเวลาดำเนินการที่ยาวนานอีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูง²²¹

ในการนี้ คณะทำงาน 3 ได้เสนอวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่จะนำไปปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งอาศัยระยะเวลาและค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งยังให้ความยืดหยุ่นและความเป็นอิสระในระดับสูงต่อคู่พิพาท อันเป็นการช่วยรักษาและพัฒนาความสัมพันธ์ในระยะยาว และให้ความคุ้มครองกับการลงทุนจากต่างชาติด้วยมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทและความขัดแย้งที่รุนแรง²²² ดังนี้

(1) การใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลา Cooling-off period

คณะทำงานเน้นย้ำว่าในสนธิสัญญาการลงทุนได้มีการวางกรอบระยะเวลาที่เรียกว่า “cooling-off period” ซึ่งมีระยะเวลาตั้งแต่สามเดือนถึงแปดเดือนโดยประมาณเพื่อให้คู่พิพาทได้พยายามระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันทามติในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก่อนที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ สนธิสัญญาการลงทุนมักบรรจุข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทสองระดับ (a two-tiered dispute settlement clause) ซึ่งกำหนดให้ในชั้นแรกคู่พิพาทจะต้องมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งก่อนที่จะเข้าสู่ขั้นที่สองโดยการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในระดับแรกนี้ (the first tier) คู่พิพาทอาจเลือกใช้การปรึกษาหารือ การเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอม หรืออาจใช้การระงับข้อพิพาทอย่างฉันทามติด้วยวิธีการใด ๆ ก็ได้เพื่อให้ข้อพิพาทสามารถระงับลงได้ ซึ่งในสนธิสัญญาการลงทุนยุคหลังที่มีการบรรจุข้อตกลง cooling-off period ก็มักจะกำหนดเรียกร้องให้นักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวก่อน ตัวอย่างเช่น Energy Charter Guide to Investment Mediation ใน Article 26 ได้อธิบายเกี่ยวกับวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในช่วง cooling-off period²²³ ดังนั้น เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลา cooling-off period เป็นผล จึงต้องปรับปรุงให้ช่วงระยะเวลาดังกล่าว

²²¹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.190. paras 29-41.

²²² UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. para 27.

²²³ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.190. paras 34-36.

มีระยะเวลาที่ทอดยาวเพียงพอมากกว่าหกเดือน และจำเป็นจะต้องมีการจัดทำคำแนะนำในการใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลาดังกล่าวแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย²²⁴

(2) การสนับสนุนให้ใช้กลไกระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ย

เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการหลักที่มักถูกเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ในขณะที่การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่นถูกนำมาใช้น้อยมาก แม้จะสามารถทำได้ภายใต้โครงสร้างทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เช่น ข้อบังคับว่าด้วยการประណอมของ ICSID ซึ่งถูกรับรองตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 และในปี ค.ศ. 2018 ก็ได้มีการออกแบบข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยสำหรับข้อพิพาทด้านการลงทุนขึ้นมาโดยเฉพาะ ซึ่งในกรณีข้อบังคับของ ICSID เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยก็สามารถนำมาใช้ร่วมกับกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้เช่นกัน นอกจากนี้ ยังมีข้อบังคับว่าด้วยการประណอมของ UNCITRAL ค.ศ. 1980 (UNCITRAL Conciliation Rules 1980) ที่สามารถนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้เช่นกัน โดยในปัจจุบัน UNCITRAL ก็อยู่ระหว่างกระบวนการปรับปรุงข้อบังคับดังกล่าวเพื่อให้สามารถเป็นกรอบใหม่ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยการไกล่เกลี่ย²²⁵

นอกจากนี้ คณะทำงานยังเห็นว่าอุปสรรคในการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐในระหว่างการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร จำเป็นต้องมีกรอบทางกฎหมายที่แน่นอนรองรับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่และองค์กรผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงระงับข้อพิพาท ดังนั้น จึงต้องมีกรอบนโยบายและกรอบทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนให้มีการอาศัยการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทมากขึ้น โดยมีการเน้นให้เห็นว่าอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (Singapore Convention on Mediation) น่าจะเป็นตราสารที่เป็นประโยชน์ในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน²²⁶

²²⁴ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. para 28.

²²⁵ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.190. paras 37-42.

²²⁶ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. para 29.

3.4.2 ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน

(International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID)

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, ICSID Convention) อาจถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มแนวความคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนสมัยใหม่ ที่อาศัยวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นนอกเหนือจากการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากกลไกการประนอมข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (investor-State conciliation) ได้ถูกบรรจุไว้เพื่อเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทนอกเหนือไปจากการอนุญาโตตุลาการ โดยในช่วงแรกนั้น มีความคาดหวังว่าการประนอมข้อพิพาทอาจได้รับความนิยมมากกว่าการอนุญาโตตุลาการ ซึ่ง Aron Broches อดีตที่ปรึกษาของธนาคารโลกซึ่งเป็นหัวหน้าคณะทำงานในการออกแบบอนุสัญญา ICSID ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการนั้นได้รับความสนใจจากภาคธุรกิจ แต่ก็มีมติความเชื่อว่าการประนอมนั้นจะได้รับความนิยมจากคู่พิพาทมากกว่าการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากคู่พิพาทต้องการที่จะรักษาความสัมพันธ์ทางธุรกิจ นอกจากนี้ Broches ยังได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่าอาจจะเป็นไปได้ในการนำการประนอมข้อพิพาทมาปรับใช้ร่วมกันกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแม้ว่าความคาดหวังของ Broches จะไม่ประสบผลดังคาด แต่การประนอมข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็ยังคงเป็นทางเลือกที่รอวันพัฒนาเพื่อนำมาใช้ในสนธิสัญญาการลงทุนสมัยใหม่²²⁷

นอกจากนี้ ในเอกสารบันทึกความเป็นมาของอนุสัญญา ICSID (the History of the ICSID Convention) ที่เผยแพร่โดยสำนักเลขาธิการ ICSID ได้มีการยกประเด็นในการหารือระหว่างผู้อำนวยการระดับสูงของธนาคารโลกในปี ค.ศ. 1962 ว่า “การประนอมข้อพิพาทไม่ได้ล่วงล้ำ (infringe) หรือได้เคยปรากฏว่ามีการล่วงล้ำอธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด” ซึ่งในปีเดียวกันนั้น ผู้อำนวยการระดับสูงของธนาคารโลกอีกท่านก็ได้กล่าวว่า “การประนอมข้อพิพาทช่วยให้รัฐบาลสามารถรักษาหน้า (save face) ได้” และ “บางครั้งรัฐบาล (a government) ก็ถูกตบตาโดยข้อเรียกร้องที่ดูน่าเชื่อถือของนักลงทุนต่างชาติ แต่ก็ไม่สามารถพิสูจน์หักล้างข้อเรียกร้องนั้นได้ด้วยเหตุ

²²⁷ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," *NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01*. p. 5.

ทางการเมือง การเข้ามาแทรกแซงโดยผู้ประνομที่เป็นกลางและเป็นอิสระซึ่งเป็นผู้ที่สามารถแสดงข้อคิดเห็นโดยปราศจากอคติ จะมีผลอย่างมากในการช่วยจูงใจรัฐสภา (parliaments) ว่าข้อเรียกร้องนั้นจะต้องถูกระงับลงได้”²²⁸

ส่วนในด้านพัฒนาการของการไกล่เกลี่ยนั้น ในปี ค.ศ. 2018 ICSID ได้เสนอข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) ให้รัฐสมาชิกได้พิจารณา โดยข้อบังคับดังกล่าวนี้ จะช่วยให้การไกล่เกลี่ยด้านการลงทุนสามารถทำได้สะดวกภายใต้อนุสัญญา ICSID โดยข้อบังคับการไกล่เกลี่ยนี้จะช่วยเติมเต็มข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เดิม และอาจนำมาใช้อย่างเป็นเอกเทศหรือใช้ร่วมกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการประνομ (Conciliation) ก็ได้ ซึ่งแม้ว่าข้อบังคับการไกล่เกลี่ยฉบับนี้จะยังไม่ได้รับการรับรองโดยคณะกรรมการบริหารของ ICSID (the ICSID Administrative Council) แต่รัฐสมาชิกก็สามารถนำไปใช้กับการทำความตกลงและขอใช้บริการจาก ICSID เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับการไกล่เกลี่ยได้²²⁹

ข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐและนักลงทุนได้มีเวทีที่เป็นกลางและน่าเชื่อถือ (a neutral and trusted forum) สำหรับช่วยอำนวยความสะดวกในการเจรจากัน ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวยังเปิดช่องให้คู่พิพาทสามารถเข้าถึงการอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุน การเปิดให้คู่พิพาทเป็นผู้ขับเคลื่อนกระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตัวเอง การมีกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ยืดหยุ่น ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย และกำหนดเกี่ยวกับความตกลงระงับข้อพิพาทที่มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย²³⁰

ข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID เป็นข้อบังคับที่เน้นความสมัครใจของคู่พิพาทในการไกล่เกลี่ยเป็นหลัก โดยคู่พิพาทจะต้องแสดงความยินยอมตลอดระยะเวลาไกล่เกลี่ย รวมทั้งยอมรับผลของการไกล่เกลี่ยด้วย และหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยก็สามารถถอนความยินยอมโดยฝ่ายเดียวได้ตลอดเวลา นอกจากนี้ สำนักเลขาธิการของ ICSID ก็สามารถเข้าไปเพื่ออำนวยความสะดวก

²²⁸ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 26.

²²⁹ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation."

²³⁰ Frauke Nitschke, "Icsid's Proposed Mediation Rules," ใน *The Role of Mediation in ISDS*(UNCITRAL Webinar 2020). p. 5.

ในการจัดส่งข้อเสนอต่าง ๆ ระหว่างคู่พิพาทเพื่อการไกล่เกลี่ยได้อีกด้วย สำหรับบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยตามข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID คือการทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับการเจรจาของคู่กรณีเพื่อให้สามารถบรรลุความตกลงร่วมกันได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีส่วนในการตัดสินข้อพิพาทให้กับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ไม่ว่าจะโดยการให้ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย ทางการเงิน หรือในฐานะผู้เชี่ยวชาญ อย่างไรก็ตาม ผู้ไกล่เกลี่ยอาจช่วยคู่กรณีในการประเมินจุดแข็งและจุดอ่อนของคู่กรณีได้ (the strengths and weaknesses) เช่น การพิสูจน์ความเป็นจริง (reality testing) และการประเมินความเสี่ยง (risk assessment)²³¹

3.4.3 ที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา

(The United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)

ในการประชุม World Investment Forum ของ UNCTAD ในปี ค.ศ. 2018 ได้มีการออกข้อเสนอการปฏิรูปสำหรับระบอบการลงทุนระหว่างประเทศ ฉบับปี ค.ศ. 2018 (UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime (2018 edition)) ที่ได้มีการรวบรวมทางเลือกสำหรับประเทศต่าง ๆ ในการพัฒนาการทำความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ (IIA) อย่างยั่งยืนซึ่งเอกสารดังกล่าวได้นำเสนอเกี่ยวกับข้อพิจารณาเชิงเหตุผลและกลยุทธ์ที่จะต้องใช้ในการปรับปรุงความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงแนวทางสำหรับการปรับปรุงความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ โดยรวบรวมจากผู้เชี่ยวชาญด้านการลงทุนและการพัฒนาอย่างยั่งยืน และผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง²³²

โดยข้อเสนอดังกล่าวได้กล่าวถึงความสำคัญในการปรับปรุงระบอบความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศอย่างเป็นระบบ ซึ่ง UNCTAD ได้มีคำแนะนำในการปฏิรูปออกเป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนที่ 1 การจัดลำดับความสำคัญของประเด็นที่ควรได้จะได้รับการแก้ไข เช่น ปัญหาวิกฤติความชอบธรรมของกลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุน รวมถึงการเพิ่มความสอดคล้องอย่างเป็นระบบในการทำความตกลงทางการลงทุนระหว่างประเทศ เป็นต้น ขั้นตอนที่ 2 การปรับปรุงความตกลงการลงทุน

²³¹ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation." p. 7.

²³² UNCTAD, "Unctad's Reform Package for the International Investment Regime (2018 Edition)," [Online] Accessed: 23 July 2021. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition>

รุ่นเก่า (old-generation treaties) ให้มีความทันสมัยมากขึ้น โดยมีการเสนอทางเลือกเชิงนโยบายหลายทางเลือก เช่น การแก้ไขข้อบกพร่องในความตกลง การปรับปรุงความตกลงใหม่ทั้งหมด หรือการนำมาตราฐานสากลไปใช้มากขึ้น เป็นต้น และในขั้นตอนที่ 3 จะเน้นไปที่การเพิ่มความสอดคล้องและการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างการกำหนดนโยบายในระดับที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะในส่วนของข้อกำหนดนโยบายระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ²³³

การพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนเป็นหนึ่งในประเด็นสำคัญที่ได้รับการเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุง เนื่องจากรูปแบบดั้งเดิมของระบบการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจการพาณิชย์ที่เป็นความลับระหว่างคู่พิพาท (ad hoc confidential commercial arbitration) ได้ก่อให้เกิดวิกฤติความชอบธรรมต่อกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ทำให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับการที่กลไกปัจจุบันทำให้รัฐผู้รับการลงทุนมีความเสี่ยงทางกฎหมายและทางการเงินมากขึ้น โดยที่ไม่อาจคาดเห็นได้ในตอนที่มีการเข้าทำความตกลงการลงทุน รวมถึงความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของเอกชน ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มากกว่านักลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งอาจทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการดำเนินนโยบายของรัฐบาลที่อาจไม่กล้าออกนโยบายที่ชอบธรรมอันอาจกระทบต่อนักลงทุนได้ (the risk of a regulatory chill) อีกทั้งกลไกปัจจุบันยังมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด การขาดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลเรื่องความโปร่งใส การเลือกอนุญาโตตุลาการ และการรับประกันหลักศุนิติกะบวน (insufficient in terms of guaranteeing due process) อีกด้วย²³⁴

สำหรับทางเลือกในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่ UNCTAD ได้มีการเสนอสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ²³⁵ ดังนี้

1. การปรับปรุงแก้ไขกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน (Fixing existing ISDS mechanisms) ด้วยวิธีการ 1) การพัฒนาระบวนอนุญาโตตุลาการ เช่น ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดความโปร่งใสและมีประสิทธิภาพมากขึ้น การกีดกันไม่ให้มีการเสนอข้อเรียกร้องที่ไม่มีมูล (unfounded claims) การแก้ไขปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

²³³ UNCTAD, "Unctad's Reform Package for the International Investment Regime (2018 Edition)." p. 7-8.

²³⁴ Ibid. p. 23.

²³⁵ Ibid. p. 48.

และข้อขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้น 2) การจำกัดสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของนักลงทุน เช่น การจำกัดขอบเขตของประเด็นที่จะเสนอข้ออนุญาโตตุลาการ การตีกรอบข้อเรียกร้องที่สามารถเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการให้แคบลง การกำหนดกรอบระยะเวลา และการป้องกันไม่ให้มีการใช้ประโยชน์จากบริษัทที่ไม่มีตัวตนอยู่จริง (mailbox company) ในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมิชอบ 3) การสร้างระบบคัดกรองให้การระงับข้อพิพาทที่มีความอ่อนไหวไปใช้กลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐแทน (Using filters for channelling sensitive cases to State-State dispute settlement) และ 4) การให้มีข้อกำหนดในการฟ้องคดีต่อศาลท้องถิ่นเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะนำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Introducing local litigation requirements as a precondition for ISDS)

2. การเพิ่มเติมส่วนประกอบใหม่ลงในกลไก ISDS โดยการอาศัยการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีประสิทธิภาพ (Building in effective alternative dispute resolution) และการเพิ่มกลไกการอุทธรณ์ทั้งในระดับทวิภาคี ระดับภูมิภาค และระดับพหุภาคี

3. การแทนที่กลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนด้วยกลไกอื่น ได้แก่ การจัดตั้งศาลการลงทุนระหว่างประเทศ (a standing international investment court) การใช้กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐแทน (Replacing ISDS by State-State dispute settlement) หรือการใช้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายใน (Replacing ISDS by domestic dispute resolution)

3.4.4 ที่ประชุมกฎบัตรพลังงาน (The Energy Charter Conference)

สนธิสัญญากฎบัตรพลังงาน (Energy Charter Treaty, the ECT) ได้รับการลงนามตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 โดยสนธิสัญญาดังกล่าวเน้นเกี่ยวกับความร่วมมือและการค้าพลังงานระหว่างประเทศต่าง ๆ และมีการกำหนดกรอบการดำเนินงานที่ครอบคลุมสำหรับการปกป้องนักลงทุนต่างชาติที่ได้เข้าไปลงทุนด้านพลังงานในรัฐผู้รับการลงทุนต่าง ๆ โดยกลไกสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้ Article 26 (1)²³⁶ ของ the ECT ได้กำหนดไว้ว่า “ข้อพิพาท

²³⁶ Article 26 (1), the ECT provides: "Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably."

ระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุน ที่กล่าวหาเกี่ยวกับการละเมิดพันธกรณีโดยรัฐภาคีภายใต้ลักษณะ 3 จะต้องถูกระงับลงอย่างฉันทมิตร” ซึ่งต่อมาในวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2016 ที่ประชุม the Energy Charter Conference ได้มีการรับรองข้อเสนอแนะว่าด้วยการไกล่เกลี่ยด้านการลงทุน (the Guide on Investment Mediation) ซึ่งเป็นเอกสารคำอธิบายที่ถูกออกแบบมาเพื่อกระตุ้นให้รัฐภาคีพิจารณาใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร โดยข้อเสนอแนะดังกล่าวครอบคลุมสาระสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมด อาทิ กฎเกณฑ์ที่อาจนำมาใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ย คำโครงสร้างของกระบวนการไกล่เกลี่ย และการบังคับตามความตกลงที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ข้อเสนอแนะดังกล่าวยังอธิบายความแตกต่างสำคัญระหว่างกฎเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยกับกฎเกณฑ์ในการประนอมข้อพิพาทอีกด้วย²³⁷

ข้อเสนอแนะว่าด้วยการไกล่เกลี่ยด้านการลงทุนนั้นให้ความสำคัญการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุน (investor-state treaty-based mediation) โดยองค์การต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกำลังส่งเสริมให้มีการใช้การไกล่เกลี่ยในทุกช่วงระยะเวลาของการพิพาท เนื่องจากในข้อแนะนำมีการแนะนำให้คู่พิพาทอาศัยช่วงเวลา cooling-off period ในการประเมินข้อพิพาทอย่างระมัดระวัง และให้คู่พิพาทมีอิสระที่จะตกลงใช้การพูดคุย (Good office) การเจรจา (Negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) หรือการประนอม (Conciliation) ภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ในปัจจุบัน²³⁸

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Chulalongkorn University

3.4.5 เนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศ (The International Bar Association)

ข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศว่าด้วยการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุน (The IBA Rules for Investor-State Mediation, IBA Mediation Rules) ได้รับ การรับ ร้อง จากสภานิติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศ (the IBA council) ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2012 โดยข้อบังคับดังกล่าวถูกออกแบบสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุนที่มีรัฐหรือองค์กรของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ข้อบังคับจะนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อคู่พิพาทในการไกล่เกลี่ยทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอม นำข้อบังคับมาใช้ ซึ่งข้อบังคับจะครอบคลุมตั้งแต่การเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ย และการปฏิบัติ

²³⁷ Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 263-265.

²³⁸ Ibid. p. 264-265.

ในระหว่างดำเนินการไกล่เกลี่ย ทั้งการแต่งตั้ง การถอดถอน และบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ในข้อบังคับยังมีการกำหนดหลักการเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย การรักษาความเป็นส่วนตัวและการรักษาความลับ รวมถึงกระบวนการทำความเข้าใจข้อพิพาทหรือยกเลิกกระบวนการไกล่เกลี่ยอีกด้วย²³⁹

The IBA Mediation Rules นั้นมีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างขวางมากกว่าข้อบังคับว่าด้วยการประนอมของ ICSID (the ICSID Conciliation Rules) เนื่องจาก the IBA Mediation Rules นั้นไม่ได้นำมาใช้เฉพาะกับข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการลงทุนเท่านั้น แต่สามารถนำมาใช้กับทุกข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนได้ (investment-related disputes) รวมถึงใช้กับข้อโต้แย้ง (differences) ที่ยังไม่ได้ถึงขั้นกลายเป็นข้อพิพาทก็ได้เช่นกัน โดยคดี Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others²⁴⁰ ถือเป็นแรกที่มีการนำข้อบังคับของ IBA ไปปรับใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้กระบวนการประนอมข้อพิพาทของ ICSID²⁴¹

สำหรับการเลือกและการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดย the IBA Mediation Rules ก็จะมี ความแตกต่างจากการแต่งตั้งองค์คณะผู้ประนอม (the conciliation commission) ตามกลไกของ ICSID กล่าวคือ ใน article 4 ของ the IBA Mediation Rules ได้บัญญัติให้มีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียว หรือจะมีผู้ไกล่เกลี่ยร่วมก็ได้ (co-mediator) โดยการตกลงกันระหว่างคู่กรณี ในขณะที่การแต่งตั้งตามอนุสัญญา ICSID article 29 ได้บัญญัติให้แต่งตั้งองค์คณะผู้ประนอมเป็นจำนวนคี่ (uneven number of conciliators) ซึ่งโดยทั่วไปจะถูกกำหนดไว้จำนวน 3 คน โดยคู่กรณีแต่งตั้งผู้ประนอมฝ่ายละหนึ่งคน ส่วนประธานองค์คณะผู้ประนอมจะต้องมีการตกลงกันแต่งตั้งระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้ในด้านการอบระยะเวลาสำหรับการแต่งตั้งก็มีความแตกต่างกัน โดยการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยตาม the IBA Mediation Rules จะต้องดำเนินการภายใน 21 วัน ตาม article 5 (4) ในขณะที่การแต่งตั้งตามข้อบังคับ ICSID จะมีระยะเวลาที่ทอดยาวกว่า

²³⁹ The International Bar Association, "The Iba Rules for Investor-State Mediation," [Online] Accessed: 24 July 2021. Available from: <https://www.ibanet.org/resources>

²⁴⁰ ICSID Case No. CONC(AF)/12/2

²⁴¹ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 43.

ในด้านของบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ภายใต้ the IBA Mediation Rules ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถทำคำแนะนำ (recommendations) ได้เฉพาะในกรณีที่มีการร้องขอจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตาม article 8 (7) ในขณะที่คณะผู้ประนอมตามกลไกของ ICSID สามารถทำคำแนะนำในลักษณะเดียวกันได้ด้วยตัวเอง (*sua sponte*) ตลอดระยะเวลาที่อยู่ในกระบวนการประนอมตามข้อบังคับการประนอม ICSID ข้อที่ 22 (2)

ในด้านการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น the IBA Mediation Rules จะมีการวางแนวทางที่เป็นรายละเอียดและทางปฏิบัติให้สอดคล้องกับความประสงค์ของคู่กรณี (article 8) ในขณะที่หากเป็นการดำเนินการภายใต้กรอบของ ICSID กระบวนการต่าง ๆ จะมีความยืดหยุ่นที่มากกว่า ตัวอย่างเช่น ในการจัดเก็บพยานหลักฐาน (the collection of evidence) หากเป็นการดำเนินการภายใต้ the IBA Mediation Rules ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่สามารถเรียกพยานวัตถุใด ๆ จากบุคคลหนึ่งบุคคลใดหากปราศจากความยินยอมจากคู่กรณี (article 8 (8)) ในขณะที่คณะผู้ประนอมของ ICSID มีอำนาจในการดำเนินการดังกล่าวได้ (Rule 22 (3) (b))²⁴²

3.5 แนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน

ความไม่พึงพอใจต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เพิ่มสูงขึ้น ได้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ มาเสริมกลไกดังกล่าวให้มีความรวดเร็ว ประหยัด และช่วยรักษาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุนมากขึ้น ซึ่งวิธีการไกล่เกลี่ยสามารถช่วยให้วัตถุประสงค์ข้างต้นบรรลุไปได้ และช่วยให้การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นไปอย่างฉันทมิตรมากยิ่งขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม ยังคงมีอีกหลายวิธีในการพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพื่อส่งเสริมให้มีการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทมากขึ้น ซึ่งการส่งเสริมดังกล่าวสามารถเริ่มจากผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทโดยการหันมาใช้วิธีการไกล่เกลี่ยกับข้อพิพาทของตนให้มากขึ้นได้²⁴³

²⁴² Frauke Nitschke, "The Iba's Investor-State Mediation Rules and the Icsid Dispute Settlement Framework," *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 29, 1 (2014). p. 126-128.

²⁴³ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2564.

การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (ISDS) ได้รับการกล่าวถึงในทางกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นพลวัตและซับซ้อนมากที่สุดแขนงหนึ่ง เพราะเป็นการให้อำนาจแก่นักลงทุนต่างชาติในการยกข้อเรียกร้องขึ้นต่อสู้กับรัฐที่ตนได้เข้าไปทำการลงทุนโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิจากสนธิสัญญา การที่สนธิสัญญาให้สิทธิทางกฎหมายแก่นักลงทุนดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นการผิดวิสัยของกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิม แต่ยังเป็นการทำให้สิทธินั้นสามารถบังคับได้ผ่านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งที่นักลงทุนไม่ได้เป็นคู่ภาคีในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่อย่างใด คดี ISDS เรียกความสนใจจากสาธารณชนจากคดีสำคัญหลายคดี เช่น คดี Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v Russia Federation ซึ่งมีการเรียกค่าเสียหายมากถึง 114 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือคดี Philip Morris v Australia and Uruguay ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องซองบรรจุผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่²⁴⁴

การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution) เป็นประโยชน์ต่อคู่พิพาททุกฝ่ายเป็นอย่างมาก เนื่องจากจะไม่มีคู่พิพาทฝ่ายใดต้องแพ้หรือชนะคดี หากคู่พิพาทแต่ละฝ่ายให้ความร่วมมือในการหาข้อยุติข้อพิพาทนั้นร่วมกัน การระงับข้อพิพาททางเลือก อาทิเช่น การไกล่เกลี่ยหรือการประนอมข้อพิพาทจัดเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ใช้ระยะเวลาสั้นและมีค่าใช้จ่ายต่ำกว่าการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งยังมีความยืดหยุ่นสูง และอำนาจในการตัดสินใจเป็นของคู่พิพาทช่วยในการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทในระยะยาว รวมทั้งช่วยให้สามารถนำมามาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงการนำไปสู่ข้อพิพาท²⁴⁵ ตัวอย่างเช่น ในคดี Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago²⁴⁶ ถือเป็นตัวอย่างคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่สามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยการไกล่เกลี่ยภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการประนอมของ ICSID ซึ่งในคดีนั้น Lord Wilberforce ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยในคดีที่มีมูลค่ากว่า 143 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ประสบผลสำเร็จในการทำให้คู่พิพาทบรรลุความตกลงร่วมกันได้ภายในระยะเวลาเพียง 2 ปี และมีค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นเพียง 11,000 ดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น²⁴⁷

²⁴⁴ Claxton, J. M., "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*.

²⁴⁵ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. Para. 27.

²⁴⁶ ICSID Case No. CONC/83/1

²⁴⁷ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 33.

ปัญหาประการสำคัญสำหรับหน่วยงานของรัฐในการร่วมมือกันเพื่อจัดการกับข้อพิพาท มักเกิดขึ้นในขั้นตอนของการเจรจาข้อพิพาท เนื่องจากการขาดความแน่นอนทางกฎหมาย สำหรับเจ้าหน้าที่รัฐที่ร่วมในการระงับข้อพิพาท รวมถึงการปราศจากแนวปฏิบัติ และการขาดองค์กรผู้มีอำนาจในการเข้าร่วมการเจรจาข้อพิพาท ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องวางนโยบายและกรอบทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนให้มีการใช้การไกล่เกลี่ยมากขึ้น ซึ่งปัจจุบันเครื่องมือทางกฎหมาย ที่ได้รับความสนใจสำหรับนำมาใช้ในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนคือ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย²⁴⁸ ซึ่งการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น สามารถนำมาใช้ได้ตลอดเวลา แม้จะเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นมาแล้วก็ตาม โดยจำเป็นต้องมีการพัฒนาแนวทางที่สนับสนุนให้ คณะอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาททั้งสองฝ่ายกระตือรือร้นในการหาวิธีการที่เหมาะสมเพื่อการระงับข้อพิพาท นอกจากนี้ อาจจะต้องพิจารณาวิธีการในการสร้างความตระหนักให้กับผู้มีส่วนได้เสีย เกี่ยวกับการใช้วิธีการไกล่เกลี่ย และการสร้างแรงจูงใจให้กับรัฐและนักลงทุนในการใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก เช่น การจัดฝึกอบรมพัฒนาความสามารถให้กับผู้เกี่ยวข้อง เป็นต้น²⁴⁹ อย่างไรก็ตาม ในการนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะต้องหา จุดสมดุลระหว่างวิธีการระงับข้อพิพาทที่เลือกใช้กับประเด็นที่สำคัญอื่น ๆ ด้วย เช่น วิธีการระงับข้อพิพาท ที่ใช้นั้นจะก่อให้เกิดปัญหาความเสี่ยงต่อการดำเนินนโยบายของรัฐบาลที่อาจไม่กล้าออกนโยบาย ที่ชอบธรรมอันอาจกระทบต่อนักลงทุน (regulatory chill) หรือไม่ หรือส่งผลให้ความโปร่งใสลดลง จากการระงับข้อพิพาทที่ถูกปกปิดเป็นความลับหรือไม่ เป็นต้น ดังนั้น การพัฒนากลไกระงับข้อพิพาท ดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาล (good governance norms) รวมถึงตอบสนอง ต่อเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (the Sustainable Development Goal (SDG 16))²⁵⁰ ด้วย

การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมเข้าร่วมการเจรจาข้อพิพาทกัน โดยตรงด้วยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นบุคคลที่สาม โดยบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยคือ การช่วยเหลือคู่พิพาทในการเจรจากัน และโดยที่ธรรมชาติของการไกล่เกลี่ยอยู่บนพื้นฐานของความยินยอม ตามหลักความสมัครใจของคู่กรณี (party autonomy) ความยินยอมของคู่กรณีจึงต้องมีอยู่ตลอด

²⁴⁸ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. para. 29.

²⁴⁹ Ibid. para. 30.

²⁵⁰ Ibid. para. 31.

กระบวนการไกล่เกลี่ย²⁵¹ ดังนั้น การไกล่เกลี่ยจึงจัดเป็นทางเลือกที่น่าจะจูงใจและมีความเป็นไปได้สำหรับนักลงทุนและรัฐต่าง ๆ ในการระงับข้อขัดแย้งและข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมการลงทุน เนื่องจากการไกล่เกลี่ยนั้นสามารถนำมาใช้ร่วมกับ (in conjunction with) หรือใช้อย่างคู่ขนาน (in parallel to) กับการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน²⁵² โดยอาจสรุปแนวทางการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนได้ ดังนี้

3.5.1 การปรับปรุงข้อบท Cooling-off period ในสนธิสัญญาการลงทุน

UNCITRAL ได้ให้ข้อเสนอแนะกับรัฐต่าง ๆ ว่าในการเจรจาทำสนธิสัญญาการลงทุนนั้น รัฐควรจะต้องจัดให้มีกระบวนการปรึกษาหารือก่อนการอนุญาโตตุลาการ (pre-arbitration procedures) เพื่อป้องกันและบรรเทาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งอาจจะเป็นกระบวนการในลักษณะของการบังคับดำเนินการ²⁵³ (mandatory pre-arbitration procedures)

สนธิสัญญาการลงทุนโดยทั่วไปจะมีกรอบระยะเวลาประมาณสามถึงหกเดือนสำหรับให้คู่พิพาทได้อาศัยช่วงเวลาดังกล่าวในการพยายามระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันทามติก่อนที่จะนำข้อพิพาทนั้นขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้นรู้จักกันในชื่อว่า “cooling-off period”²⁵⁴ ซึ่งมีการเสนอแนะว่าควรจะให้โอกาสกับนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุนในการเจรจา ปรึกษาหารือ หรือไกล่เกลี่ยกัน ในช่วง cooling-off period โดยมีระยะเวลาอย่างน้อยหกเดือน เพื่อให้กลไกดังกล่าวนี้มีประสิทธิผล²⁵⁵ นอกจากนี้ สนธิสัญญาการลงทุนมักบรรจุข้อสัญญาการระงับข้อพิพาทสองระดับ (a two-tiered dispute settlement clause) ซึ่งกำหนดให้ในขั้นแรกคู่พิพาทจะต้องมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งก่อนที่จะเข้าสู่ขั้นที่สองโดยการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในระดับแรกนี้ (the first tier) คู่พิพาท

²⁵¹ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation." p. 1.

²⁵² Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 261.

²⁵³ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. para. 20.

²⁵⁴ ในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BITs) หรือ ความตกลงการค้าเสรี (FTAs) “Cooling-off period” หมายถึง กรอบระยะเวลา ระหว่างการแจ้งข้อเรียกร้อง (notification of the claim) ไปยังฝ่ายตรงข้าม จนถึงช่วงการเริ่มต้นของกระบวนการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือศาลในประเทศ โดยในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวคู่พิพาทมักอาศัยการเจรจา (negotiation) เพื่อพยายามบรรลุข้อตกลงกันอย่างฉันทามติ (see. Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 261-262.)

²⁵⁵ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/1044. para. 28.

อาจเลือกใช้การปรึกษาหารือ การเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการประนอม หรืออาจใช้การระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรด้วยวิธีการใด ๆ ก็ได้เพื่อให้ข้อพิพาทสามารถระงับลงได้ ซึ่งในสนธิสัญญาการลงทุนยุคหลังที่มีการบรรจุข้อตกลง cooling-off period ก็มักจะกำหนดเรียกร้องให้นักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวก่อน ตัวอย่างเช่น ข้อเสนอแนะสำหรับการไกล่เกลี่ยด้านการลงทุนของ ECT (Energy Charter Guide to Investment Mediation) ใน Article 26 ได้อธิบายเกี่ยวกับวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในช่วง cooling-off period²⁵⁶ หรืออาจนำข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยของ IBA (IBA mediation rules) มาปรับใช้ในช่วง cooling-off period ก็ได้²⁵⁷ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาและหาแนวทางที่จะใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลา cooling-off period ต่อไปว่าจะต้องมีการปรับแก้ไขข้อบทในสนธิสัญญาการลงทุนอย่างไร เพื่อให้ทั้งรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติสามารถใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้สูงสุด

3.5.2 การนำวิธีการไกล่เกลี่ยในรูปแบบต่าง ๆ มาปรับเข้ากับข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุน

3.5.2.1 แนวทางการไกล่เกลี่ยตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย

พัฒนาการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศปรากฏอย่างชัดเจนมากขึ้นเมื่อประเทศต่าง ๆ กว่า 46 ประเทศ นำโดยประเทศจีน อินเดีย เกาหลีใต้ และสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้นำทางเศรษฐกิจที่สำคัญของโลกได้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) หรือ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (the Singapore Convention on Mediation) ในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 2019²⁵⁸ โดยอนุสัญญาดังกล่าวเปรียบเสมือนเป็นเครื่องที่ได้รับการพัฒนามาเพื่อแก้ไขปัญหาการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยให้สามารถนำสัญญาดังกล่าวไปบังคับชำระหนี้ได้ เนื่องจากขั้นตอนการดำเนินการบังคับตามสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในปัจจุบันที่ใช้บังคับอยู่มีความยุ่งยาก

²⁵⁶ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.190. paras 34-36.

²⁵⁷ Nitschke, F., "The Iba's Investor-State Mediation Rules and the Icsid Dispute Settlement Framework," *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. p. 128.

²⁵⁸ "The Singapore Convention on Mediation," [Online] Accessed: 27 July 2021. Available from: <https://www.singaporeconvention.org/convention/about-convention/>

หลายขั้นตอน ทำให้คู่สัญญาเสียทั้งเวลา ค่าใช้จ่าย และยังเสี่ยงต่อการทำลายความสัมพันธ์ในทางธุรกิจ ที่หากมีการดำเนินการฟ้องร้องและใช้เวลานานในการระงับข้อพิพาทด้วยเหตุนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ มีการออกแบบให้สัญญาที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยมีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับแนวทางการบังคับคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ. 1958 (the New York Convention 1958)²⁵⁹

อนุสัญญาสิงคโปร์ฯ นั้นใช้กับความตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และขยายไปสู่ข้อพิพาทด้านการลงทุนที่มีลักษณะเชิงพาณิชย์ได้ โดยในอนุสัญญาดังกล่าวได้มีการนิยามความหมายของคำว่า “การพาณิชย์” (commercial) ไว้ด้วย ซึ่งเป็นวิธีการที่คณะผู้ร่างต้องการเปิดให้สามารถตีความอย่างกว้างและสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ (Model law) ที่ออกมาพร้อมกันซึ่งอาจตีความได้ว่าการพาณิชย์นั้นรวมถึง “การลงทุน” (investment) ด้วย แต่ทั้งนี้ รัฐต่าง ๆ ก็อาจทำข้อสงวน (reservations) ภายใต้อนุสัญญาเพื่อจำกัดไม่ให้ใช้อนุสัญญาสิงคโปร์ฯ กับกรณีการลงทุนได้ และยังสามารถตั้งข้อสงวนยกเว้นการใช้อนุสัญญากับความตกลงระงับข้อพิพาท ที่มีรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาได้เช่นกัน²⁶⁰

อนุสัญญาสิงคโปร์ฯ อาจถูกนำมาใช้ประโยชน์ในบริบทของระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ หากรัฐบาลประเทศต่าง ๆ มีการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายต่อประเด็นการลงทุน โดยจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันรัฐต่าง ๆ เริ่มมีการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีกับนักลงทุนต่างชาติและมีการยกเลิกสนธิสัญญา การลงทุนเพิ่มขึ้น ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้ออนุสัญญาสิงคโปร์อาจมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริม ความตกลงการไกล่เกลี่ยโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศ²⁶¹ และอาจจะทำให้การไกล่เกลี่ย มีความสำคัญในเวทีระหว่างประเทศมากขึ้นเคียงข้างกับการอนุญาโตตุลาการ ดังเช่นที่อนุสัญญานิววยอร์ก

²⁵⁹ นฤมล มีชูกรณ์, "การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับ สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019" (นิติศาสตรมหา บัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า. 77-78.

²⁶⁰ Article 8 Reservations

1. A Party to the Convention may declare that:

(a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;

(b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.

²⁶¹ Claxton, J. M., "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. p. 88.

ค.ศ. 1958 (The New York Convention) ซึ่งช่วยในการอำนวยความสะดวกในการบังคับและรับรองคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และถูกมองว่าเป็นเครื่องยนต์ที่อยู่เบื้องหลังการเติบโตของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และถือเป็นหนึ่งในสนธิสัญญาทางกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลที่ประสบความสำเร็จมากที่สุดฉบับหนึ่ง²⁶²

3.5.2.2 แนวทางการใกล้เคียงตามแนวทางในการตรากฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (PPP legislative guide, Chapter VI) ของ UNCITRAL

แนวทางในการตรากฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (UNCITRAL Legislative Guide on Public-Private Partnerships, PPPs Legislative Guide) เป็นแม่แบบของบทบัญญัติกฎหมายที่รัฐต่าง ๆ สามารถนำไปปรับใช้โดยการตราเป็นกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ซึ่งความประสงค์ของแนวทางดังกล่าวก็เพื่อให้วงกรอบในการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน

PPPs Legislative Guide นั้นครอบคลุมในหลายประเด็นตั้งแต่กระบวนการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนที่เข้าร่วมการดำเนินการด้านโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ จนถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ ทั้งนี้ ในหมวดที่ 6 ได้วางแนวทางเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ ซึ่งหนึ่งในกระบวนการสำคัญที่ PPPs Legislative Guide ได้วางแนวทางไว้คือ การระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย และการประนอมข้อพิพาท โดย PPPs Legislative Guide ได้อธิบายคำว่า “การไกล่เกลี่ย” ว่าหมายถึงกระบวนการที่บุคคลหรือคณะบุคคลเข้าช่วยเหลือคู่พิพาทโดยความเป็นอิสระและเป็นกลาง เพื่อพยายามให้ข้อพิพาทสามารถบรรลุความตกลงร่วมกันได้อย่างฉันทมิตร นอกจากนี้ ยังได้อธิบายต่อไปว่า ในทางปฏิบัติกระบวนการไกล่เกลี่ยอาจถูกเรียกได้หลายอย่าง รวมไปถึงกระบวนการประนอม ซึ่งผู้ปฏิบัติบางคนก็ได้แยกความแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยและการประนอมข้อพิพาทออกจากกัน แต่ส่วนใหญ่แล้วคำว่า “การไกล่เกลี่ย” และ “การประนอม” ก็ถูกใช้ในความหมายเดียวกัน²⁶³ ดังนั้น แนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตาม PPPs Legislative Guide จึงมีความน่าสนใจ

²⁶² Ibid. p. 88.

²⁶³ UNCITRAL, "Uncitral Legislative Guide on Public-Private Partnerships,"(2019).

ในการนำมาประยุกต์และปรับเข้ากับข้อบ่งชี้ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนได้

3.5.2.3 แนวทางการไกล่เกลี่ยตามข้อบ่งชี้ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุนของ ICSID

จากข้อมูลการสำรวจของ ICSID เกี่ยวกับข้อตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BITs) ความตกลงการค้าเสรี (FTAs) และในสนธิสัญญาต้นแบบต่าง ๆ (model treaties) พบว่ามีการบรรจุรูปแบบไกล่เกลี่ย (mediation) ไว้ในสนธิสัญญาที่สำรวจมากถึง 350 สนธิสัญญา ซึ่งข้อมูลดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์กับรัฐบาลประเทศต่าง ๆ ในการพิจารณานำการไกล่เกลี่ยมาเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนและสัญญาการลงทุนในอนาคตได้²⁶⁴

ในปี ค.ศ. 2018 ICSID ได้เริ่มการดำเนินงานเกี่ยวกับการจัดทำข้อบ่งชี้สำหรับการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปรับปรุงข้อบ่งชี้ที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาของ ICSID ซึ่งข้อบ่งชี้ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยนี้ได้ถูกออกแบบมาสำหรับข้อพิพาทด้านการลงทุนโดยเฉพาะ ข้อบ่งชี้ดังกล่าวเป็นการเสริมข้อบ่งชี้ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแต่ก็สามารถนำมาใช้บังคับอย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ต้องยึดโยงกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการประนอมข้อพิพาทก็ได้

สำหรับข้อบ่งชี้การไกล่เกลี่ยของ ICSID มีกรอบในการปรับใช้ที่กว้างกว่าข้อบ่งชี้การอนุญาโตตุลาการหรือข้อบ่งชี้การประนอม โดยตามร่างข้อบ่งชี้ที่ได้มีการนำเสนอ นั้น คู่พิพาทสามารถมอบอำนาจให้เลขาธิการของ ICSID บริหารจัดการกระบวนการไกล่เกลี่ยที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทการลงทุนใด ๆ ได้ โดยที่คู่พิพาทไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นสมาชิกของ ICSID แต่อย่างใด

ลักษณะเด่นของข้อบ่งชี้การไกล่เกลี่ยของ ICSID คือ ข้อบ่งชี้การไกล่เกลี่ยนี้จะครอบคลุมกระบวนการตั้งแต่เริ่มต้นการไกล่เกลี่ยจนเสร็จสิ้นการไกล่เกลี่ย โดยข้อบ่งชี้ถูกออกแบบมาให้มีความยืดหยุ่นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของคู่พิพาทให้มากที่สุด

²⁶⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes, "Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation," [Online] Accessed: 14 July 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf p. 1.

ในขณะเดียวกันก็มีโครงสร้างที่ช่วยประกันความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลของกระบวนการไกล่เกลี่ย โดยขั้นตอนเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ย (Initiation of the Mediation) เริ่มจากการที่คู่พิพาทจัดส่งคำขอไกล่เกลี่ยที่เป็นไปตามความตกลงที่เป็นหนังสือระหว่างคู่พิพาท เสนอต่อเลขาธิการ ICSID โดยคำขอดังกล่าวจะต้องเป็นการเชื้อเชิญให้คู่พิพาทอีกฝ่ายเข้ามาร่วมการไกล่เกลี่ย หลังจากนั้น เลขาธิการฯ จะดำเนินการจัดส่งเอกสารดังกล่าวไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง และหากคู่พิพาทฝ่ายนั้นยอมรับข้อเสนอลงไกล่เกลี่ย เลขาธิการฯ ก็จะตรวจสอบคำร้องขอและลงรับไว้ในทะเบียน ทั้งนี้ หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับคำขอภายในกำหนดหกสิบวัน กระบวนการไกล่เกลี่ยก็จะไม่เริ่มขึ้นแต่อย่างใด

สำหรับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย (Appointment of the Mediator) นั้น ภายหลังจากได้มีการลงทะเบียนรับแล้ว คู่พิพาทจะต้องแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียวหรือสองคนก็ได้โดยการตกลงกัน ถ้าหากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยได้ภายในสี่สิบห้าวันหลังจากลงทะเบียนแล้ว คู่พิพาทอาจร้องขอให้เลขาธิการ ICSID แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนเดียวโดยการปรึกษาหารือกับคู่พิพาทก็ได้ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องให้คำแถลงถึงความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง ความพร้อม และคำมั่นว่าจะรักษาความลับของการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ประนอม ที่ปรึกษากฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญ พยาน หรือการปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องข้อพิพาทเดียวกันนั้นมาก่อน เว้นแต่คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น

สำหรับการถอนตัวของผู้ไกล่เกลี่ย (Resignation of the Mediator) ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะตัดสินใจถอนตัวได้ตลอดเวลา และจะต้องถอนตัวหากคู่พิพาทได้มีข้อเรียกร้องร่วมกัน โดยในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยแทนผู้ไกล่เกลี่ยรายเดิมที่ได้ถอนตัวไปนั้นก็จะใช้วิธีการแบบเดียวกับตอนแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยรายแรก สำหรับกรณีที่มีผู้ไกล่เกลี่ยสองรายและมีรายใดรายหนึ่งถอนตัว คู่พิพาทอาจตกลงกันเพื่อให้ดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยต่อไปก็ได้

การดำเนินการไกล่เกลี่ย (Conduct of the Mediation) เพื่อให้การเตรียมการไกล่เกลี่ยในช่วงแรกระหว่างคู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยเป็นไปด้วยความเรียบร้อย คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะแถลงข้อสรุปเบื้องต้นให้ผู้ไกล่เกลี่ยทราบประเด็นที่พิพาท จุดยืนของแต่ละฝ่ายเกี่ยวกับ ประเด็นพิพาท มุมมองเกี่ยวกับกระบวนการในระหว่างการไกล่เกลี่ย ซึ่งทั้งหมดนี้จะต้องดำเนินการภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับการแต่งตั้ง

กระบวนการไกล่เกลี่ยในขั้นแรกจะเริ่มภายในสามสัปดาห์หลังจากแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งในกระบวนการนี้จะมีทั้งการกำหนดรายละเอียดที่จะใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ย เช่น การกำหนดภาษาที่จะใช้ วิธีการในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน สถานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ย การป้องกันความลับของข้อมูล ในการไกล่เกลี่ย การเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลภายนอก และในระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยนี้ คู่พิพาทควรจะต้องตกลงว่า (1) คู่พิพาทจะไม่ดำเนินการกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ ในประเด็นที่อยู่ระหว่างการไกล่เกลี่ย (2) วิธีการในการเปิดเผยข้อมูลระหว่างคู่พิพาทกับผู้ไกล่เกลี่ยว่าจะใช้ช่องทางใด (3) ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกำหนดการต่าง ๆ นอกจากนี้ ข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID ยังได้กำหนดให้ในขั้นตอนเริ่มแรก คู่พิพาทจะต้องกำหนดผู้แทนที่มีอำนาจในการระงับข้อพิพาท ในนามของคู่พิพาทรวมถึงมีอำนาจในกระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมด เพื่อให้สามารถบังคับ ความตกลงไกล่เกลี่ยกันได้ และในขั้นตอนนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะกำหนดพิธีการขั้นต้น (the protocol) เกี่ยวกับแนวทางในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมด

สำหรับการสื่อสารระหว่างกัน (Communication) ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะติดต่อ และประชุมกับคู่พิพาทร่วมกันหรือแยกกันประชุม หรืออาจจะติดต่อกันเป็นลายลักษณ์อักษรหรือ มาพบเจอกัน (in person) หรือโดยวิธีการอื่นใดที่เห็นว่าจะมีความเหมาะสม นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ย อาจร้องขอให้คู่พิพาทเสนอข้อมูลเพิ่มเติมหรือคำแถลงเป็นหนังสือ (written statement) ก็ได้ และคู่พิพาทก็อาจร้องขอให้ผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับการแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยวาจาหรือ เป็นหนังสือก็ได้ อีกทั้ง ผู้ไกล่เกลี่ยอาจรับคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญโดยความตกลงของคู่พิพาทก็ได้ เช่นเดียวกัน

CHULALONGKORN UNIVERSITY

การเลิกกระบวนการไกล่เกลี่ย (Termination of the Mediation) กระบวนการ ไกล่เกลี่ยอาจถูกยกเลิกได้ในหลายกรณี ดังนี้

- (1) เมื่อคู่พิพาทได้ตกลงกันระงับข้อพิพาท
- (2) เมื่อคู่พิพาทได้ตกลงกันยกเลิกกระบวนการไกล่เกลี่ย
- (3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวจากกระบวนการไกล่เกลี่ย
- (4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยหรือไม่ให้ความร่วมมือกับผู้ไกล่เกลี่ย

(5) เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่จะระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ กระบวนการไกล่เกลี่ยก็อาจถูกยกเลิกเนื่องจากไม่สามารถแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยได้ภายใน 120 วัน หลังจากที่สำนักเลขาธิการได้จัดแจ้งลงทะเบียน หรือหากเกิดกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ชำระค่าธรรมเนียมล่วงหน้าตามที่ข้อบังคับกำหนด

สำหรับประเด็นการรักษาความลับและหลักความปราศจากอคติ (Confidentiality and Without Prejudice Principle) แม้ว่ารัฐสมาชิกของ ICSID หลายรัฐจะเน้นเรื่องความสำคัญของการรักษาความลับในกระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร ซึ่งข้อบังคับการไกล่เกลี่ยก็ได้กำหนดให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมดจะต้องถูกเก็บไว้เป็นความลับระหว่างคู่พิพาท เว้นแต่คู่พิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หรือข้อมูลเหล่านั้นถูกบังคับให้เปิดเผยโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อได้เริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยแล้วจะต้องมีการเปิดเผยว่ากำลังมีกระบวนการไกล่เกลี่ยดำเนินการอยู่ เนื่องจากในความเป็นจริงกระบวนการไกล่เกลี่ยอาจเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (a pre-condition) สำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และคู่พิพาทอาจจำเป็นต้องเปิดเผยการมีอยู่ของกระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งในทางปฏิบัติข้อบังคับการไกล่เกลี่ยก็ได้กำหนดให้คู่พิพาทอาจให้ความยินยอมในการเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องโดย ICSID ได้²⁶⁵

3.6 บทสรุป

ในบทที่ 3 ผู้วิจัยได้นำเสนอมุมมองต่าง ๆ ตั้งแต่แนวคิดที่สำคัญต่าง ๆ นอกเหนือจากการไกล่เกลี่ยที่อาจนำมาใช้ในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เช่น การสร้างกลไกพหุภาคีเพื่อการระงับข้อพิพาท หรือการเพิ่มการมีส่วนร่วมของภาคีสันติสัญญา การลงทุนในการตีความสันติสัญญา เป็นต้น และได้แนะนำเสนอเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “การไกล่เกลี่ย” (mediation) ซึ่งแม้ปัจจุบันยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับความหมายที่ชัดเจนของคำว่า การไกล่เกลี่ยกับคำว่า “การประนอม” (conciliation) เพราะกระบวนการในการไกล่เกลี่ยและ

²⁶⁵ Frauke Nitschke, "A Preview of Icsid's New Investor-State Mediation Rules," [Online] Accessed: 4 March 2020. Available from: [http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/#:~:text=ICSID%20Mediation%20Rules%E2%80%9494Scope.%20Notably,%20the%20mediation%20rules%20have,State%20or%20a%20regional%20economic%20integration%20organization%20\(REIO\).](http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/#:~:text=ICSID%20Mediation%20Rules%E2%80%9494Scope.%20Notably,%20the%20mediation%20rules%20have,State%20or%20a%20regional%20economic%20integration%20organization%20(REIO).)

การประนอมนั้นมีความคาบเกี่ยวกันในสาระสำคัญ แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าทั้งสองคำดังกล่าว ในทางระหว่างประเทศสามารถใช้แทนกันได้ โดยเนื่องจากการใกล้เคียงข้อพิพาทนั้นไม่ซับซ้อน เหมือนกรณีของการอนุญาโตตุลาการเพราะในการใกล้เคียงอาศัยความร่วมมือและความตั้งใจจริง ของคู่พิพาทในการบรรลุความตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจ อีกทั้งในปัจจุบันความตกลงระงับ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เป็นผลมาจากการใกล้เคียงมีความเป็นไปได้ที่จะนำไปบังคับภายใต้ กฎหมายภายในหรือรัฐที่เป็นภาคีสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการใกล้เคียง ทำให้หลายองค์กร ต่างมีความเคลื่อนไหวเพื่อนำการใกล้เคียงมาใช้ประโยชน์ในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ กับนักลงทุนมากขึ้น เช่น คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ที่ได้มอบหมายให้คณะทำงาน 3 (Working Group III) ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการพัฒนาการ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน หรือศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาท ทางการลงทุน (ICSID) ที่ได้เสนอข้อบังคับการใกล้เคียงของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) ให้รัฐสมาชิกได้พิจารณา หรือที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD) ซึ่งมีการออกข้อเสนอการปฏิรูปสำหรับระบอบการลงทุนระหว่างประเทศ ฉบับปี ค.ศ. 2018 (UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime (2018 edition)) ที่ได้มีการรวบรวมทางเลือกสำหรับประเทศต่าง ๆ ในการพัฒนาการทำความตกลงการลงทุน ระหว่างประเทศ (IIA) อย่างยั่งยืน รวมทั้งการจัดทำข้อบังคับว่าด้วยการใกล้เคียงของที่ประชุม กฎบัตรพลังงาน (The Energy Charter Conference) และเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศ (The International Bar Association)

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังได้นำเสนอแนวทางในการนำการใกล้เคียงมาเสริมกลไกการระงับ ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน ที่อาจนำมาใช้ได้โดยการปรับปรุงข้อบท Cooling-off period ในสนธิสัญญาการลงทุน หรือการนำวิธีการใกล้เคียงในรูปแบบต่าง ๆ อาทิ แนวทางการใกล้เคียงตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการใกล้เคียง หรือแนวทางการใกล้เคียง ตามข้อบังคับว่าด้วยการใกล้เคียงข้อพิพาทด้านการลงทุนของ ICSID มาปรับเข้ากับข้อบทว่าด้วย การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการใกล้เคียง ข้อพิพาท คู่พิพาทจะเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดเนื้อหาและประเด็นในความตกลงระงับข้อพิพาท

(the mediated settlement agreement) ทำให้มีความเป็นไปได้ว่าคู่พิพาทจะเต็มใจที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นมากขึ้น และจะช่วยให้ประหยัดค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นหลังจากเสร็จสิ้นกระบวนการไกล่เกลี่ย²⁶⁶

ดังนั้น ไม่ว่าจะแนวทางในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะอาศัยแนวทางใดก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะเป็นการช่วยพัฒนาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม โดยที่กลไกการระงับข้อพิพาทไม่ว่าในรูปแบบใดก็ย่อมมีทั้งข้อดีและข้อเสียในตัวเอง ในบทถัดไปผู้วิจัยจะได้นำประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอไว้ในบทที่ 2 ประกอบกับแนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมเพื่อพัฒนาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในบทที่ 3 ไปวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไปว่าจะมีประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจประการใดหรือไม่ เพื่อให้สามารถมองเห็นประเด็นในทางกฎหมายและจะได้นำเสนอแนวทางเตรียมความพร้อมของประเทศไทยในการเตรียมการรองรับในบทที่ 5 ต่อไป



²⁶⁶ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 34.

บทที่ 4

วิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจหากนำวิธีการไกล่เกลี่ย มาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

4.1 บทนำ

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) จัดเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนมากที่สุดแขนงหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากความเป็นพลวัต (dynamic) ของกลไกดังกล่าว โดยกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบันเป็นการให้สิทธิกับนักลงทุนในการยกข้อเรียกร้องขึ้นต่อสู้กับรัฐผู้รับการลงทุนโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิมาจากสนธิสัญญาการลงทุน²⁶⁷ ซึ่งระบบของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศสมัยใหม่ไม่เพียงแต่ทำให้ความแตกต่างระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเลือนลางไปเท่านั้น แต่ยังทำให้การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนไม่ชัดเจนไปด้วยเพราะกฎเกณฑ์ที่ใช้กับสัญญาการลงทุนมีทั้งกฎเกณฑ์ของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และกฎเกณฑ์เหล่านี้สร้างความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศผนวกดีเมืองด้วย ซึ่งหากพิจารณาในมุมมองทางวิธีสบัญญัติ ลักษณะผสมผสานในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศจะปรากฏชัดเจนในการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งผสมผสานระหว่างการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์และการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศผนวกดีเมือง²⁶⁸

โดยลักษณะเฉพาะตัวของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มักเกี่ยวข้องกับ การกระทำของหน่วยงานของรัฐ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจึงมักเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการของรัฐ ต่อประเด็นที่มีความเป็นการเมืองหรือเป็นประเด็นอ่อนไหวที่ดึงดูดความสนใจจากสื่อมวลชนและภาคประชาชน เช่น ประเด็นด้านการสาธารณสุข ทรัพยากรระหว่างประเทศ หรืออุตสาหกรรม การบิน เป็นต้น ซึ่งทำให้มีความยากต่อการแก้ไขข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย²⁶⁹ อย่างไรก็ตาม

²⁶⁷ Claxton, J. M., "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. p. 78.

²⁶⁸ นาถนรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 22.

²⁶⁹ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 53.

ข้อพิพาทกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 2 ได้ก่อให้เกิดข้อเรียกร้องจากผู้มีส่วนได้เสียหลายฝ่ายให้มีการพัฒนากลไกดังกล่าว ซึ่งในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างกับนักลงทุนนอกจากจะต้องพิจารณาวิธีการ เครื่องมือ และแนวทางที่จะนำมาปรับใช้แล้วก็ยังมีประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่จะต้องคำนึงถึงอีกด้วย

มีผู้เปรียบเทียบว่าการอนุญาโตตุลาการคือ “การทำสงคราม (war)” ในขณะที่การไกล่เกลี่ยคือ “สันติภาพ (peace)” ซึ่งการเปรียบเทียบดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยอย่างสุดโต่ง ทั้งในทางปฏิบัติก็ไม่น่าจะเป็นไปได้และไม่เหมาะสมที่จะนำการไกล่เกลี่ยทางการลงทุนมาแทนที่การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนทั้งหมด²⁷⁰ อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับความสนใจเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วจากนักวิชาการ สถาบันผู้ให้บริการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ที่ปรึกษากฎหมาย รวมถึงหน่วยงานของรัฐและองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) ต่าง ๆ โดยมีการหารือถึงแนวทางในการอาศัยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมาใช้ประโยชน์เพื่อสนับสนุนให้เกิดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (foreign direct investment, FDI)²⁷¹ และการค้าขายระหว่างประเทศสะดวกมากขึ้น²⁷² ซึ่งสหภาพยุโรปและองค์การสหประชาชาติถือเป็นหนึ่งในผู้นำด้านความคิดในการพัฒนาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยหนึ่งในแนวทางของการพัฒนาคือ การนำวิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation) ที่เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาเสริมเพื่อพัฒนาการระงับข้อพิพาทให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เพราะวิธีการไกล่เกลี่ยน่าจะเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทที่รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และช่วยรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทได้เป็นอย่างดี สะท้อนให้เห็นได้จาก

²⁷⁰ Ibid. para. 14.

²⁷¹ การลงทุนโดยตรงจากต่างชาติเกิดขึ้นเมื่อนักลงทุนจากรัฐหนึ่ง (รัฐผู้ส่งการลงทุน) เข้าไปถือครองสินทรัพย์ในอีกประเทศหนึ่ง (รัฐผู้รับการลงทุน) โดยมีความตั้งใจที่จะบริหารจัดการสินทรัพย์นั้น ซึ่งการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติเป็นมากกว่าการลงทุนในหลักทรัพย์ของต่างชาติ กล่าวคือ การลงทุนโดยตรงจากต่างชาติเกิดขึ้นเมื่อบริษัทที่มีสถานะเป็นธุรกิจต่างชาติได้จัดตั้งบริษัทลูกหรือขยายการดำเนินงานไปยังอีกประเทศหนึ่ง ผลประโยชน์จากการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติคือการที่รัฐผู้ส่งการลงทุนจะได้รับประโยชน์ตอบแทนกลับเข้าสู่ประเทศจากการลงทุนจากต่างชาติ ส่วนรัฐผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์จากการมีแหล่งเงินทุนจากต่างชาติ (see. "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2544.)

²⁷² "Investor-State Mediation: Trends, Risks and Opportunities," [Online] Accessed: 1 Sep 2021. Updated: 18 JANUARY 2021. Available from: <https://www.biicl.org/blog/17/investor-state-mediation-trends-risks-and-opportunities?cookieset=1&ts=1630490598>

การเกิดขึ้นของข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (EU Directive on Mediation) หรือ บันทึกข้อแนะนำว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจาก โครงการ Belt and Road ²⁷³ (Guidance Notes on Resolving Belt and Road Disputes Using Mediation and Arbitration) รวมถึงอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยที่เพิ่งมีการลงนาม ไปเมื่อปี ค.ศ. 2019²⁷⁴

เมื่อกล่าวถึงความสำคัญของการอาศัยวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาปรับใช้ เพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนแล้ว Meg Kinnear เลขาธิการ ICSID ได้ชี้ให้เห็นว่าผู้ร่างอนุสัญญา ICSID ได้เล็งเห็นความสำคัญของกลไกการระงับข้อพิพาท²⁷⁵ ที่เหนือกว่าการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม การตระหนักถึงการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เพิ่มมากขึ้น การระงับข้อพิพาทจึงมีบทบาทมากขึ้นในระบบการระงับข้อพิพาทภายในประเทศ และด้วยความจำเป็น อย่างยิ่งในการระงับข้อพิพาทที่คุ้มค่า (cost-efficiency of dispute resolution) จึงเป็นเวลาที่เหมาะสม ในการพิจารณาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอีกครั้งหนึ่ง²⁷⁶ นอกจากนี้ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยซึ่งช่วยอำนวยความสะดวกในการบังคับตามความตกลงระงับ ข้อพิพาท สามารถเสริมสร้างความมั่นใจให้กับคู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยได้มากขึ้น โดยเพื่อให้ กระบวนการไกล่เกลี่ยมีประสิทธิภาพ จำเป็นจะต้องมีการดำเนินการสำหรับการจัดการ กระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจทำได้โดยการจัดตั้งหน่วยงานที่รับผิดชอบในการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ สิ่งจูงใจอีกประการหนึ่งคือ การไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นช่วยในการสร้างแรงดึงดูด

²⁷³ the ICC International Centre, "Icc Guidance on Mediation of Belt and Road Disputes," [Online] Accessed: 07 March 2020. Available from: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-mediation-belt-road-disputes/>

²⁷⁴ Claxton, J. M., "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, p. 79.

²⁷⁵ “เนื่องจากการระงับข้อพิพาทและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่ได้แตกต่างกันในสาระสำคัญมากนัก แต่ขึ้นอยู่กับคำจำกัดความ ของนักวิชาการและองค์กรต่าง ๆ ซึ่งปัจจุบันก็ยังไม่ได้ข้อยุติที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันในวงการกฎหมายว่าคำทั้งสอง ดังกล่าวอาจใช้แทนกันได้ดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 3 ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีเจตนาที่จะใช้คำทั้งสองดังกล่าว ในลักษณะเดียวกันขึ้นอยู่กับแหล่งที่มาของข้อมูลที่ใช้ในการวิจัยเป็นสำคัญ”

²⁷⁶ “Meg Kinnear of ICSID highlighted that the drafters of the ICSID Convention foresaw the conciliation mechanisms, rather than arbitration, to be the instrument of choice. Practice has proved the opposite to be true. However, with the growing awareness of alternative dispute resolution (ADR), its increasing role in domestic systems. With the urgent need for cost-efficiency of dispute resolution, now is the right time to revisit investor-State mediation.” (see. "Investor-State Mediation: Trends, Risks and Opportunities." "Investor-State Mediation: Trends, Risks and Opportunities.")

การลงทุนโดยตรงจากต่างชาติได้ ซึ่งจะช่วยสร้างเสถียรภาพในระหว่างสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19)²⁷⁷ จึงเห็นได้ว่าการใกล้ชิดข้อพิพาททางการลงทุนเป็นกระบวนการที่ค่อนข้างมีความยืดหยุ่นที่สามารถนำมาเติมเต็มกลไกการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนได้

ในบทที่ 4 นี้ ผู้วิจัยจะได้นำเสนอประเด็นสำคัญว่าการนำวิธีการใกล้ชิดมาเสริมเพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะมีข้อพิจารณาในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจประการใดหรือไม่ และแนวทางดังกล่าวจะสามารถแก้ไขหรือช่วยลดปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบันบางประการดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้ในบทที่ 2 ได้หรือไม่ เพียงใด และเพื่อให้สามารถมองเห็นภาพรวมของโครงสร้างทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบันซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวบางประการ ในตอนต้นผู้วิจัยจะนำเสนอข้อพิจารณาทางกฎหมายบางประการสำหรับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน รวมถึงทบทวนแนวทางในการนำการใกล้ชิดมาเสริมการอนุญาโตตุลาการอย่างคร่าว ๆ ก่อนที่จะนำเสนอประเด็นการวิเคราะห์ในส่วนถัดไป

สำหรับข้อพิจารณาทางกฎหมายบางประการของการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนนั้น โดยที่สิทธิของนักลงทุนจะถูกกำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนแต่ละฉบับโดยเฉพาะ ซึ่งส่วนมากคือการทำสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BITs) ระหว่างรัฐผู้ส่งการลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุนทำให้ในแต่ละสนธิสัญญาการลงทุนมีแหล่งที่มาของกฎหมาย (source of laws) ที่จะใช้บังคับกับการลงทุนที่แตกต่างกัน ทำให้สิทธิและเอกสิทธิ์ (rights and privileges) ในแต่ละการลงทุนแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับว่านักลงทุนและการลงทุนตั้งอยู่ที่ใด และถึงแม้ว่าการคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนจะคล้ายคลึงกัน แต่การจัดวางรูปแบบถ้อยคำในสนธิสัญญาการลงทุนอาจส่งผลกระทบต่อการที่นักลงทุนจะเรียกร้องการคุ้มครองสิทธิของตน²⁷⁸

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (ISDS) เป็นกลไกที่ถูกออกแบบมาเพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถกล่าวหาว่ารัฐผู้รับการลงทุนเกี่ยวกับการปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุน และโดยทั่วไปข้อบท ISDS ในสนธิสัญญาการลงทุน

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2544.

ทวิภาคี (BITs) มักจะยกเว้นหลักเกี่ยวกับการได้รับการเยียวยาจากท้องถิ่น (the local remedies rule) ที่การลงทุนได้เกิดขึ้น ทำให้นักลงทุนไม่จำเป็นต้องหาหนทางเยียวยาจากรัฐผู้รับการลงทุน ก่อนการเสนอข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ ตัวอย่างเช่น ในบทที่ 11 ของความตกลงการค้าเสรีภูมิภาคอเมริกาเหนือ (Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, NAFTA) ซึ่งวางกรอบกฎเกณฑ์ให้สิทธิกับนักลงทุนจากประเทศในกลุ่ม NAFTA ให้สามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่สามารถคาดหมายได้ (predictable) และใช้ระยะเวลาสั้น โดยนักลงทุนสามารถยื่นข้อเรียกร้องเพื่อให้มีการชดเชยความเสียหาย หากนักลงทุนสูญเสียผลกำไร ที่คาดว่าจะได้รับจากการกระทำบางประการของรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การยึดอุตสาหกรรมเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน (the nationalization of a factory) การเวนคืนที่ดิน (land expropriation) หรือการเปลี่ยนแปลงนโยบายภายในประเทศ (domestic policy changes) และข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จากการกระทำดังกล่าวมักไม่ได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลภายใน แต่จะอาศัยคณะอนุญาโตตุลาการ เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาท²⁷⁹

ทั้งนี้ หากพิจารณาในประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ การลงทุนโดยเฉพาะแล้วจะเห็นได้ถึงลักษณะเฉพาะของกลไกดังกล่าวได้ชัดเจนมากขึ้น โดยการลงทุนระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนอกจากปัจจัยในทางเศรษฐกิจที่รัฐต่าง ๆ ต้องการดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติมากขึ้นแล้ว กฎหมายถือเป็นเครื่องมือหนึ่งที่อยู่เบื้องหลังการขับเคลื่อนการลงทุนระหว่างประเทศ โดยสนธิสัญญาการลงทุน กฎหมายภายใน และสัญญาการลงทุนถือเป็นตราสารหลัก ในวงจรของการลงทุนระหว่างประเทศทั้งในทางสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ กล่าวคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐนั้น สนธิสัญญาการลงทุนเป็นเครื่องมือในการพัฒนาประเทศและดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุน สนธิสัญญาการลงทุนเป็นเครื่องมือสำหรับลดความเสี่ยงทางการเมืองให้แก่นักลงทุนต่างชาติด้วยการสร้างสภาพแวดล้อมที่เป็นคุณและเหมาะสมกับการลงทุน อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาการลงทุนเป็นเพียงโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย ที่มีได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไว้ สนธิสัญญาจึงมีการกำหนดให้นำกฎหมายภายในว่าด้วยการลงทุนต่างชาติและกฎหมายภายในอื่นมาใช้บังคับในบางประเด็น เช่น การกำหนดให้การรับการลงทุนและนักลงทุนเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน การจัด

²⁷⁹ Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 259-260.

โครงสร้างองค์กรของนักลงทุน ความสมบูรณ์ของการลงทุน หรือการกำหนดสัญชาติของนักลงทุน เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ใช่กรณีที่กฎหมายภายในมีสถานะที่สูงกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศย้อนส่ง (*renvoi*) ประเด็นกลับไปให้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติอื่นในสนธิสัญญาการลงทุน โดยรัฐและนักลงทุนอาจตกลงกันอย่างชัดเจนให้นำกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งมาใช้บังคับกับสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างกันได้ นอกจากนี้ สัญญาการลงทุน (*investment contract*) ระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่สร้างขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา เป็นการเฉพาะเพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะการลงทุนแต่ละประเภท คู่สัญญาอาจจะระบุให้นำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับสัญญานอกเหนือจากกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนก็ได้ และนักลงทุนต่างชาติอาจพิจารณาเข้าทำสัญญาประกัน (*contract of guarantee*) กับบริษัทเอกชนหรือองค์การระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการประกันความเสี่ยงทางการเมือง (*political risk insurance*) ก็ได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีของบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเต็ด จำกัด ซึ่งอาศัยสัญญาลักษณะดังกล่าวเพื่อเรียกร้องให้ผู้รับประกันปฏิบัติตามสัญญาหลังจากการสั่งปิดเหมืองทองคำอัครา โดยกล่าวอ้างว่าเป็นการเวนคืนโดยมิชอบ เป็นต้น²⁸⁰ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในการลงทุนระหว่างประเทศหนึ่ง ๆ มีกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวพันกันจำนวนมาก และต่างก็มีบทบาทซึ่งกันและกันทั้งสนธิสัญญาการลงทุน กฎหมายภายใน และสัญญาการลงทุน

กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้ให้สิทธิทางวิธีสบัญญัติ (*procedural right*) แก่นักลงทุนต่างชาติในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้โดยตรงโดยปราศจากการกลั่นกรอง แทรกแซง หรืออนุญาตจากรัฐผู้ส่งการลงทุนอีกครั้งหนึ่ง โดยหากนักลงทุนเลือกจะใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว การระงับข้อพิพาทก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้รับการลงทุนด้วย ซึ่งการให้สิทธิดังกล่าวเป็นไปเพื่อขจัดอิทธิพลของรัฐเหนือข้อพิพาท (*depoliticization*) โดยหากรัฐแสดงการยอมรับข้อพิพาทที่แสดงความยินยอมที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะกรณีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทดังกล่าวจัดเป็นคำเสนอของรัฐผู้รับการลงทุน (*standing offer*) และนักลงทุนสามารถสนองรับคำเสนอดังกล่าวด้วยการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (*arbitration agreement*) หรือสัญญาที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (*arbitration clause*) เป็นการเฉพาะเจาะจงกับรัฐผู้รับการลงทุนอีกแต่อย่างใด เช่น ความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย ค.ศ. 2004 (Thailand-Australia

²⁸⁰ นาดินรินด์ร์ จันทรังาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 15-16.

Free Trade Agreement of 2004, TAFTA) มีการบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการระงับข้อพิพาท โดยให้สิทธิที่จะฟ้องคดีได้โดยตรงแก่นักลงทุนเท่านั้น²⁸¹ จากบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวทำให้ บริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเต็ด จำกัด ใช้เป็นช่องทางในการนำคดีพิพาทกับประเทศไทยเข้าสู่การพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้ แม้ว่านักลงทุนต่างชาติจะไม่มีสัญญาใด ๆ กับรัฐผู้รับการลงทุน นักลงทุนดังกล่าวก็อาจอาศัยความยินยอมของรัฐที่ปรากฏในกฎหมายภายใน ว่าด้วยการลงทุนต่างชาติหรือสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อเริ่มการอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งรูปแบบของการให้ความยินยอมในการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว เรียกว่า การอนุญาโตตุลาการที่ปราศจากการตกลงกันเป็นส่วนตัวระหว่างคู่กรณี (arbitration without privity) ทำให้การพิจารณาว่ารัฐกับนักลงทุนยินยอม (consent) ที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างกันหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่ว่าด้วยอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการในเชิงความยินยอม (*jurisdiction rationae voluntatis*)²⁸²

Zachary Douglas ได้นำเสนอไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการลงทุนนั้น ไม่สามารถที่จะแยกได้อย่างชัดเจนว่าเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองหรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะสนธิสัญญาการลงทุนนั้นจัดเป็นตราสารระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองว่าด้วยสนธิสัญญา ส่วนผู้รับประโยชน์หลักจากสนธิสัญญาการลงทุนมักจะเป็นองค์กรในทางธุรกิจที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายท้องถิ่น (a municipal law) ในขณะที่สิทธิทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองจากระบอบดังกล่าวประกอบไปด้วยกลุ่มของสิทธิทางการลงทุนที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายภายในที่แตกต่างกัน อาทิ มาตรฐานในการคุ้มครองการลงทุนถูกก่อตั้งโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ความรับผิดชอบจากการ

²⁸¹ Thailand-Australia Free Trade Agreement of 2004, Article 917 Settlement of Disputes between a Party and an Investor of the other Party

“1. In the event of a dispute between a Party and an investor of the other Party relating to a covered investment, consultations shall take place between the parties concerned with a view to resolving the case amicably.

2. If the dispute in question cannot be resolved through consultations and negotiations, the dispute may, at the choice of the investor, be:

1. initiated before the Party's competent judicial or administrative bodies, in accordance with the laws and regulations of the Party; or

2. resolved by an international ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).” ...

²⁸² นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 24-26.

ละเมิดมาตรฐานดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นไปตามคำชี้ขาดทางแพ่งหรือพาณิชย์ ซึ่งแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันอันเกิดจากระบบสนธิสัญญาการลงทุนในลักษณะที่เป็นการผสมผสาน (hybrid) หรือมีลักษณะเฉพาะตัว (*sui generis*) ของระบบดังกล่าว ทำให้สังคมนระหว่างประเทศและการพาณิชย์สมัยใหม่มีลักษณะที่ซับซ้อนและบางครั้งก็เป็นโครงข่ายของความสัมพันธ์ที่สับสนปะปนระหว่างรัฐอธิปไตย ปัจเจกชน องค์การระหว่างประเทศ และองค์กรธุรกิจข้ามชาติ²⁸³

โดยความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างปัจเจกชนและรัฐอธิปไตยในระบบสนธิสัญญาการลงทุนมีความคล้ายคลึงกันกับความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นภายใต้อนุสัญญาสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the European Convention of Human Rights) กล่าวคือ พลเมืองในหลายประเทศของสหภาพยุโรปมีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายโดยตรงจากรัฐที่ละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศว่าด้วยการปฏิบัติ (international minimum standards of treatment) โดยการฟ้องต่อศาลระหว่างประเทศได้ ซึ่งหากพิจารณาในมุมนี้ทำให้เห็นได้ว่า มุมมองดั้งเดิมของกฎหมายระหว่างประเทศที่ลดสถานะของปัจเจกชนและบรรษัทนิติบุคคลว่าเป็นเพียงผู้ถูกกระทำในกฎหมายระหว่างประเทศ (objects of international law) อาจไม่น่าเชื่อถืออีกต่อไป²⁸⁴

ทั้งนี้ จากผลการศึกษาของ Douglas สามารถสรุปประเด็นในทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนที่สำคัญได้หลายประการ เช่น ระบบสนธิสัญญาการลงทุนสำหรับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นไม่สามารถแยกได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองหรือกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเนื่องจากระบบดังกล่าวมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องจากกฎหมายทั้งสองสาขาและสามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้ และทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนทำให้เห็นได้ว่านักลงทุนได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ได้อาศัยสิทธิที่ได้รับมาจากรัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน กล่าวคือ นักลงทุนใช้สิทธิของตัวเองในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรืออีกนัยหนึ่งคือ รัฐผู้รับการลงทุนมีพันธกรณีโดยตรงต่อนักลงทุน²⁸⁵

²⁸³ Zachary Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration," *British Yearbook of International Law* 74, 1 (2003).

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.*

สนธิสัญญาการลงทุนสร้างพันธกรณีระหว่างประเทศบางประการระหว่างรัฐภาคี และหลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดของรัฐ (the general rules of state responsibility) ถูกนำมาใช้บังคับในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว โดยพันธกรณีระหว่างประเทศสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท ได้แก่ พันธกรณีในการตีความและปรับใช้สนธิสัญญาการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา และพันธกรณีในการห้ามปฏิเสธนักลงทุนในการเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือห้ามปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐผู้รับการลงทุน โดยกฎเกณฑ์ลำดับรอง (the secondary rules) ว่าด้วยความรับผิดของรัฐสำหรับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ที่ถูกรวบรวมโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Commission, ILC) ไม่อาจนำมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้โดยตรง เนื่องจากสนธิสัญญาการลงทุนจะสร้างระบบซ้อนขึ้นมาอีกชั้นหนึ่ง (a sub-system) สำหรับความรับผิดของรัฐในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน กล่าวคือ การละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนของรัฐผู้รับการลงทุนสร้างสิทธิและหน้าที่ลำดับรอง (secondary rights and obligations) ระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยเฉพาะ ทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนไม่มีความข้องเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่ถูกสร้างขึ้นใหม่นี้แต่อย่างใด²⁸⁶

กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยสัญชาติของคำฟ้องและหลักว่าด้วยการหมดหนทางเยียวยาจากท้องถิ่น (the international rules on the nationality of claims and the exhaustion of local remedies) ไม่ถูกนำมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน โดยแหล่งที่มาของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ได้แก่ กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน (the municipal law of the host state) สนธิสัญญาการลงทุน และหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ และหากพิจารณาตามหลักในการเลือกกฎหมาย (choice of law rules) ที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนสามารถแบ่งออกได้เป็นสามประการ

ประการแรก กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนจะถูกใช้เพื่อชี้ว่าสิทธิในทรัพย์สินมีอยู่หรือไม่ ขอบเขตของสิทธิมีเพียงใด และใครมีสิทธินั้น

ประการที่สอง สนธิสัญญาการลงทุนจะถูกใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของการลงทุนและจะถูกใช้เพื่อชี้ว่าสิทธิในทรัพย์สินที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุนได้รับการคุ้มครองโดยสนธิสัญญาการลงทุนหรือไม่

²⁸⁶ Ibid.

ประการที่สาม หลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศที่ถูกระบุไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน จะถูกใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำหรือมาตรการของรัฐผู้รับการลงทุนสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองการลงทุนหรือไม่²⁸⁷

กระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนอยู่ภายใต้ข้อบทของสนธิสัญญาการลงทุน ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ และกฎหมายภายในของรัฐที่การพิจารณาคดีเกิดขึ้น (the *lex loci arbitri*) อย่างไรก็ตาม กฎหมายภายในของรัฐที่การพิจารณาคดีเกิดขึ้น (the *lex loci arbitri*) จะไม่นำมาใช้กับกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ดำเนินการภายใต้อนุสัญญา ICSID เพราะเป็นกระบวนการเฉพาะที่ไม่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายภายในของรัฐ ส่วนคำชี้ขาด (arbitral awards) ที่ได้ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนถือเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศหรือคำชี้ขาดทางพาณิชย์ (foreign or commercial awards) ตามอนุสัญญานิวยอร์ค (the New York Convention) การรับรองและบังคับคำชี้ขาดดังกล่าวจึงอาจถูกปฏิเสธโดยมูลฐานตามที่กำหนดไว้ใน Article 5 ของอนุสัญญานิวยอร์ค ในขณะที่การรับรองและการบังคับคำชี้ขาดของ ICSID ที่เกิดขึ้นในประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี อนุสัญญา ICSID ก็จะถือเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศหรือคำชี้ขาดทางพาณิชย์ (foreign or commercial awards) ตามอนุสัญญานิวยอร์ค (the New York Convention) เช่นเดียวกัน โดยหากศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุนปฏิเสธการรับรองและบังคับคำชี้ขาดที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาการลงทุนก็อาจถือเป็นการละเมิดพันธกรณีกรณีตามสนธิสัญญาการลงทุนขึ้นอีกแขนงหนึ่งที่สามารถนำไปสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับรัฐหรือระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นอีกกรณีหนึ่งได้²⁸⁸

นอกจากนี้ การขัดกันของเขตอำนาจในการพิจารณาคดี (conflicts of jurisdiction) ระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญากับศาลอื่นมักเกิดขึ้นเนื่องจากนักลงทุนไม่ถูกผูกพันโดยหลักการหมดหนทางเยียวยาจากศาลท้องถิ่น (exhaustion of local remedies) ทำให้นักลงทุนสามารถเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ทันที²⁸⁹

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Ibid.

4.2 ความท้าทายในกรณีนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน

แนวคิดเรื่องการไกล่เกลี่ยไม่ได้เป็นสิ่งใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้น โดยก่อนที่จะมีกฎหมายและการจัดตั้งศาล มนุษย์ได้อาศัยการเจรจาและการไกล่เกลี่ยเพื่อการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการมาก่อนหน้านั้นแล้ว และในทางประวัติศาสตร์ รัฐต่าง ๆ ก็อาศัยการไกล่เกลี่ยในการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างกัน ในบางวัฒนธรรม เช่น จีน หลักปรัชญาขงจื้อ (Confucian philosophy) ก็ได้เน้นในเรื่องการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทด้วยการใช้การไกล่เกลี่ยมาเป็นวิธีการสำคัญในกระบวนการระงับข้อพิพาท²⁹⁰

ในสังคมสมัยใหม่ การไกล่เกลี่ยและวิธีการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ ได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นอีกครั้ง โดยเฉพาะเมื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับการวิจารณ์มากขึ้นเพราะการใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น รวมทั้งผู้ที่ชนะคดีอาจไม่ได้ผลลัพธ์ที่เป็นที่น่าพอใจ เช่น ในคดี *Metalclade Corp. v The United Mexican States* ที่ใช้ระยะเวลาในการอนุญาโตตุลาการนานถึง 5 ปี และมีค่าใช้จ่ายในคดีทั้งทางตรงและทางอ้อมมากถึง 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือในคดี *Achmea BV v Slovakia* คณะอนุญาโตตุลาการได้กล่าวในตอนปิดการรับฟังพยานว่า ในคดีนี้ การระงับข้อพิพาทเป็นสิ่งที่ดีเพราะเป้าหมายของคู่พิพาทดูเหมือนว่าจะไปในแนวทางเดียวกัน และวิธีการแก้ปัญหาที่ตัดสินโดยข้อกฎหมายซึ่งทำให้ฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งแพ้ไม่ได้สร้างผลที่ดีที่สุดสำหรับกรณีนี้²⁹¹ ในขณะที่ความน่าเชื่อถือของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนลดลง การไกล่เกลี่ยจึงเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพิ่มขึ้น โดยมีการเสนอให้มีการบรรจุการไกล่เกลี่ยเป็นหนึ่งในข้อบ่งชี้ด้วยการระงับข้อพิพาทในสนธิสัญญาการลงทุนที่กำลังจะเกิดขึ้นใหม่ รวมถึงในแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีและสนธิสัญญาการลงทุนพหุภาคีต่าง ๆ ซึ่งการเกิดขึ้นของอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยสะท้อนความสำคัญของการไกล่เกลี่ยได้เป็นอย่างดี²⁹²

วิธีการไกล่เกลี่ยเป็นหนึ่งในวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เป็นไปได้และน่าสนใจสำหรับทั้งนักลงทุนและรัฐเนื่องจาก ประการที่หนึ่ง วิธีการไกล่เกลี่ยสามารถนำมาใช้ร่วมกับ

²⁹⁰ Kun Fan, "Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey," *J. Disp. Resol.* 327 (2020). p. 327.

²⁹¹ *Ibid.* p. 328.

²⁹² *Ibid.*

(in conjunction with) หรือใช้อย่างคู่ขนาน (parallel to) ไปกับการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน เช่น การนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาปรับใช้ในระหว่างช่วง cooling off period ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาการลงทุน ประการที่สอง วิธีการไกล่เกลี่ยทำให้คู่พิพาทสามารถให้ความสำคัญกับความจำเป็นทางธุรกิจ (the business needs) ที่อยู่ภายใต้การลงทุนเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น นอกจากนี้ โดยที่วิธีการไกล่เกลี่ยเป็นการอาศัยวิธีการที่ยืดหยุ่นเป็นหลัก (an interest-based method) จึงส่งผลดีต่อกระบวนการพิจารณาและระยะเวลาที่จะมีความยืดหยุ่น การประหยัดค่าใช้จ่าย และการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี อีกทั้งการที่วิธีการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่ไม่ทำให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ต่อกันระหว่างคู่พิพาท (a non-adversarial process) ทำให้ไม่ว่าคู่พิพาทจะระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้หรือไม่ก็ตาม แต่ก็จะไม่สร้างความขัดแย้งระหว่างกันเพิ่มมากขึ้นดังเช่นกรณีการอนุญาโตตุลาการ และประการสุดท้ายคือ วิธีการไกล่เกลี่ยยังเปิดช่องให้บุคคลภายนอกสามารถเข้ามาเป็นแหล่งข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือเพื่อให้คู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้²⁹³

4.2.1 อุปสรรคสำคัญของการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยจากผลการสำรวจของศูนย์กฎหมายระหว่างประเทศ แห่งมหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์

สำหรับความท้าทายที่สำคัญในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอาจจะประกอบด้วยหลายปัจจัยตั้งแต่ลักษณะโดยธรรมชาติของแต่ละข้อพิพาทที่อาจแตกต่างกัน ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจมีหลายฝ่าย และประเด็นทางการเมือง โดยจากผลการสำรวจของศูนย์กฎหมายระหว่างประเทศแห่งมหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์ ในปี ค.ศ. 2016 พบว่าอุปสรรคสำคัญของการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยคือ ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบ (responsibility) ในการระงับข้อพิพาทที่ตกอยู่กับคู่พิพาททั้งหมด ซึ่งต่างจากการอนุญาโตตุลาการที่ความรับผิดชอบดังกล่าวถูกฝังถ่ายไปยังคณะอนุญาโตตุลาการที่เป็นผู้ชี้ขาดคดี อุปสรรคอีกประการที่สำคัญคือการรายงานข่าวของสื่อมวลชน (media coverage) ซึ่งมักทำให้ข้อพิพาทกลายเป็นประเด็นทางการเมืองและสร้างแรงกดดันต่อรัฐ อุปสรรคเกี่ยวกับความกลัวต่อการวิพากษ์วิจารณ์จากสังคม (fear of public criticism) และความกลัวถูกกล่าวหาหรือการดำเนินคดีเนื่องจากการทุจริต (fear of allegations of or future

²⁹³ Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 261-262.

prosecution for corruption) นอกจากนี้ โครงสร้างของรัฐที่มีหลายหน่วยงานเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้สร้างความยากลำบากต่อการระงับข้อพิพาท รวมทั้งอุปสรรคในการขอรับงบประมาณสำหรับการระงับข้อพิพาท²⁹⁴ ก็ถือเป็นอุปสรรคอย่างสำคัญที่เกิดขึ้น

4.2.2 การไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) กับการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation)

Professor William Ury ได้เขียนเกี่ยวกับวิธีการในการระงับข้อพิพาทไว้ 3 ขั้นตอน (1) การประสานประโยชน์สำคัญระหว่างคู่พิพาท (reconciling parties' underlying interests) (2) การชี้ว่าใครเป็นฝ่ายถูก (determining who is in the right) และ (3) การชี้ว่าใครเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่ากัน (determining who is more powerful) การเจรจาโดยตรงและการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวกเป็นวิธีการทั่วไปของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยยึดผลประโยชน์ (interest-based dispute resolution) ส่วนกรณีของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยยึดถือสิทธิ (right-based methods) เช่น ระบบศาลแบบดั้งเดิม และการอนุญาตตุลาการ ส่วนกรณีของการระงับข้อพิพาทโดยยึดถือเรื่องอำนาจ (power-based methods) เช่น การนัดหยุดงาน (labor strike) การถือสิทธิของผู้มีอำนาจทางบริหาร (assertions of managerial authority) การลงโทษในทางเศรษฐกิจ (economic sanctions) ระหว่างประเทศ และการทำสงคราม (war) เป็นต้น²⁹⁵

กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยยึดผลประโยชน์ (interest-based dispute resolution processes) มักได้รับความนิยมเนื่องจากเป็นวิธีการที่มีค่าใช้จ่ายต่ำและผลลัพธ์เป็นที่น่าพึงพอใจ ทั้งสองฝ่าย ช่วยให้สามารถหาวิธีการแก้ปัญหาอย่างเป็นมิตร และรักษาหรือเรียกคืนความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ทุกข้อพิพาทที่จะสามารถแก้ไขได้ด้วยการใช้วิธีการดังกล่าว เพราะบางครั้งอาจจะไม่มีวิธีการแก้ปัญหาที่ตกลงกันได้ ทำให้ผู้ที่ออกแบบระบบการระงับข้อพิพาทจะต้องสร้างกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทที่คู่พิพาทสามารถปรับแต่งให้สอดคล้องกับความต้องการของทั้งสองฝ่ายได้²⁹⁶

²⁹⁴ Fan, K., "Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey," *J. Disp. Resol.* 327. p. 329.

²⁹⁵ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2552.

²⁹⁶ *Ibid.* p. 2552.

กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบันนั้นขาดโครงสร้างของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยยึดผลประโยชน์ (interest-based process) เนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาททางการลงทุนขึ้น นักลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนมีทางเลือก 4 ประการ คือ การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) การประนอมข้อพิพาท (conciliation) การค้นหาความจริง (factfinding) และการเจรจาโดยตรง (direct negotiation) กับรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีผลผูกพันและตัดสินโดยยึดถือสิทธิเป็นหลัก (right-based) ส่วนการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ที่มีอยู่ภายใต้ ICSID และ UNCITRAL แม้เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน (non-binding) แต่ก็ยังอาศัยการตัดสินโดยยึดถือสิทธิ ส่วนการค้นหาความจริงแม้จะเห็นได้ชัดว่าเป็นกระบวนการที่อยู่ตรงกลางระหว่างกรณียึดถือผลประโยชน์กับกรณียึดถือสิทธิ แต่การค้นหาความจริงก็เกี่ยวข้องกับกระบวนการที่ยึดผลประโยชน์เป็นหลัก ในขณะที่การเจรจาเป็นกระบวนการที่ยึดผลประโยชน์เป็นหลัก แต่ก็ไม่มีโครงสร้างที่ชัดเจนและสุ่มเสี่ยงที่จะล้มเหลวในการเจรจากรณีที่เป็นข้อพิพาทที่มีความซับซ้อน²⁹⁷

การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำให้คู่พิพาทเข้าใจจุดอ่อนของตนในขณะเดียวกันก็ต้องแสวงหาผลประโยชน์ของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายเพื่อค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เป็นประโยชน์สูงสุด อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยเป็นเพียงกระบวนการที่ยึดผลประโยชน์เป็นหลัก เนื่องจากขอบเขตงานผู้ไกล่เกลี่ยคือการให้ความสนใจกับเรื่องผลประโยชน์ เมื่อคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย วิธีการของผู้ไกล่เกลี่ยที่จะถูกนำมาใช้ไม่ได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับแนวคิดและประสบการณ์ของผู้ไกล่เกลี่ยในข้อพิพาทนั้น ๆ โดยนักวิชาการบางคนมีข้อโต้แย้งว่ารูปแบบของการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) ที่ได้รับความนิยมใช้กับข้อพิพาททางพาณิชย์ภายในประเทศและระหว่างประเทศ เป็นสิ่งที่กีดเซาะประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยที่มีอยู่อย่างมากมายและเหนือกว่าการอนุญาโตตุลาการ เพราะการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่านี้ สร้างความเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน (an adversarial) และเป็นกระบวนการที่ยึดถือกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (legalistic) โดยไม่ได้สนใจในเรื่องสิทธิในทางวิธีสบัญญัติ (procedural right) ข้อพิพาทที่พิจารณาเหล่านี้ฝังรากลึกอยู่ในวงการของการไกล่เกลี่ยจนกลบประเด็นเรื่องการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวกกับวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า โดยผู้ไกล่เกลี่ย

²⁹⁷ Ibid. p. 2553.

ที่มีทักษะจะตัดสินใจได้ว่าจะอาศัยเทคนิคการประเมินคุณค่า (evaluative techniques) เมื่อใด ขึ้นอยู่กับการสังเกตเอกลักษณ์ของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย (the identities of the parties) ความคืบหน้าในการไกล่เกลี่ย และสภาพของกระบวนการไกล่เกลี่ย กระบวนการไกล่เกลี่ยจึงเป็นกระบวนการที่มีความยืดหยุ่น (flexible process) ที่สามารถปรับแต่งให้เข้ากับลักษณะของข้อพิพาทได้ และตัวเลือกต่าง ๆ ก็มีใช้อยู่ในการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์อยู่แล้ว และแม้ว่าในโลกทางธุรกิจการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่าจะได้รับความนิยม แต่รูปแบบการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวกก็สามารถใช้ได้เช่นกัน²⁹⁸

เหตุผลหนึ่งที่ทำให้วิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative approach) จะมีประโยชน์มากกว่าในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนคือ กระบวนการดังกล่าวจะทำให้คู่พิพาทให้ความสำคัญกับโอกาสในการได้รับผลประโยชน์ร่วมกันในระยะยาวมากขึ้น ในขณะที่มีเหตุผลเพียงเล็กน้อยที่จะเชื่อได้ว่าการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) จะช่วยเพิ่มมูลค่าให้ระบบการระงับข้อพิพาทภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนเพราะ (1) มีกลไกการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ใช้อยู่ในลักษณะที่เป็นกระบวนการในเชิงประเมินคุณค่าที่ไม่มีผลผูกพัน (a nonbinding evaluative process) (2) คู่พิพาทสามารถอ้างทนายความหรือผู้เชี่ยวชาญที่มีความเป็นกลางและมีความสามารถในการประเมินเนื้อหาแห่งคดี (the merits of the case) ได้อยู่แล้ว (3) กฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาการลงทุนมีลักษณะที่ไม่แน่นอนและคาดเดาไม่ได้ (inchoate and unpredictable nature) ลดคุณค่าของสิ่งที่จะได้รับการอาศัยกระบวนการดังกล่าว ดังนั้น ตัวเลือกการไกล่เกลี่ยที่สามารถเพิ่มมูลค่าให้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็คือรูปแบบของการไกล่เกลี่ยที่ยึดผลประโยชน์เป็นหลักและมีลักษณะในเชิงอำนวยความสะดวก (a facilitative, interest-based model) เพราะเป็นกระบวนการที่เป็นประโยชน์ต่อคู่พิพาทและยังไม่มีมีการนำมาใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มีอยู่ในปัจจุบัน²⁹⁹

ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัยจึงเห็นว่า ประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องพิจารณาหากต้องการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้เป็นประโยชน์ต่อทั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุน

²⁹⁸ Ibid. p. 2553.

²⁹⁹ Ibid. p. 2553-2554.

มากขึ้นคือ ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของลักษณะของการไกล่เกลี่ย แต่แต่ละลักษณะที่มีความแตกต่างกัน โดยลักษณะของการไกล่เกลี่ยทั้งการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนาจความสะดวก และการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่าต่างก็มีจุดเด่นจุดด้อยในตัวเอง

โดยหากพิจารณาจากกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบัน จะพบว่า แม้สนธิสัญญาการลงทุนอาจจะมีการเปิดช่องให้คู่พิพาทสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีผลผูกพัน เช่น การปรึกษาหารือ (consultations) หรือการเจรจา (negotiations) เพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันทมิตรก่อนก็ตาม ดังเช่นที่ปรากฏในความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับออสเตรเลีย ค.ศ. 2004 (Thailand-Australia Free Trade Agreement of 2004, TAFTA) หมวดที่ 9 ว่าด้วยการลงทุน ส่วนที่ 4 การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (promotion and protection of investments) Article 917 (1)³⁰⁰ ที่กำหนดว่า “ในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีกับนักลงทุนของอีกรัฐภาคีหนึ่งเกี่ยวกับการลงทุนภายใต้ความตกลงนี้ คู่พิพาทจะต้องจัดการปรึกษาหารือ (consultations) ด้วยความมุ่งมั่นที่จะระงับข้อพิพาทกันอย่างฉันทมิตร” แต่การปราศจากคนกลางเข้ามาอำนวยความสะดวกหรือช่วยเหลือคู่พิพาทให้หาทางออกร่วมกันโดยพิจารณาจากผลประโยชน์ร่วมกันเป็นหลัก ทำให้ข้อขัดแย้งระหว่างรัฐกับนักลงทุนมักจะถูกยกระดับขึ้นไปสู่การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยยึดถือสิทธิเป็นหลักผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะนำไปสู่ขั้นตอนและภาระค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นตามมาอีกมากมายทั้งต่อฝ่ายรัฐและนักลงทุน เช่น ค่าใช้จ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินคดีระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการทำลายความสัมพันธ์ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนในระยะยาวอีกด้วย

การนำวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) มาปรับใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนก็อาจจะไม่ได้ช่วยให้ข้อพิพาทดังกล่าวหมดไปอย่างสิ้นเชิงเพราะลักษณะโดยธรรมชาติของวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่าที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะมีบทบาทในการประเมินและให้ความเห็นเกี่ยวกับจุดแข็งและจุดอ่อนของข้อพิพาท รวมถึงการชี้ประเด็นสำคัญในข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ซึ่งคล้ายกับกลไกการประนอมข้อพิพาท (conciliation) ในปัจจุบันที่ได้รับการ

³⁰⁰ Article 917 Settlement of Disputes between a Party and an Investor of the other Party

(1) In the event of a dispute between a Party and an investor of the other Party relating to a covered investment, consultations shall take place between the parties concerned with a view to resolving the case amicably.

พิสูจน์มาแล้วว่าไม่ได้รับความนิยมนอกจากรัฐและนักลงทุน³⁰¹ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation) น่าจะเป็นวิธีการไกล่เกลี่ยที่เหมาะสมกับการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน นอกเหนือไปจากการใช้การอนุญาโตตุลาการเพราะผู้ไกล่เกลี่ยจะเน้นที่การอาศัยกระบวนการไกล่เกลี่ยในการช่วยให้คู่พิพาทสามารถมองเห็นวิธีการที่จะช่วยแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยตนเอง และช่วยให้คู่พิพาทมุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์ในอนาคตที่ฝ่ายต่าง ๆ สามารถควบคุมได้ ส่วนปัญหาว่าวิธีการและรูปแบบในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มีอยู่ในปัจจุบันควรเป็นอย่างไร จะได้นำเสนอในหัวข้อถัดไป

4.3 วิธีการและรูปแบบการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นสิ่งที่ผิดปกติ (anomaly) ในกฎหมายระหว่างประเทศเพราะรัฐได้สละความคุ้มกันของรัฐ (sovereign immunity) และทำให้ตัวรัฐเองสามารถถูกนักลงทุนต่างชาติยื่นฟ้องรัฐได้ โดยการกล่าวหาว่ารัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา นอกจากนี้ การที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐอธิปไตยและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนผู้ดำเนินธุรกิจทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนยังมีความแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (commercial arbitration)³⁰²

ในขณะที่นักลงทุนมีข้อกังวลหลักเกี่ยวกับผลตอบแทนที่จะได้รับจากการลงทุนรัฐกลับประสบปัญหาสำคัญเกี่ยวกับประเด็นอธิปไตย (sovereignty) และบทบาทที่เหมาะสมของรัฐในการจัดการทางเศรษฐกิจ (economic affairs) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมีลักษณะโดยธรรมชาติที่เกี่ยวข้องกับการเมือง (the political nature) เนื่องจากพลเมืองของรัฐผู้รับการลงทุนที่อาศัยอยู่ในรัฐอาจได้รับผลกระทบจากการลงทุน หรือรัฐผู้ส่งการลงทุน (the home state) อาจมีส่วนในการดำเนินนโยบายทางการทูตในข้อพิพาท ทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนมักมีการยื่นคำขอ

³⁰¹ "As of December 15, 2020, ICSID had organized 156 virtual hearings and sessions in calendar year 2020. The vast majority of these (90%) were in ICSID Convention arbitrations. The remaining hearings and sessions were held in the context of ICSID Additional Facility arbitrations (4%), UNCITRAL arbitration proceedings administered by ICSID (4%), ICSID Convention conciliation proceedings (1%) and one hearing for a case not administered by the Centre (1%)." (see. ICSID, "2020 Year in Review," [Online] Accessed: 24 Sep 2021. Available from: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/2020-year-review>)

³⁰² "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2547-2548.

โดยผู้มีส่วนได้เสียภายนอกคดี (amicus petition) หรือมีการเรียกร้องให้มีการรับฟังความคิดเห็น สาธารณะอยู่เสมอ³⁰³

นอกจากนี้ ในการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนมักเกิดความไม่ชัดเจนว่าหน่วยงานหรือองค์กรใดของรัฐที่จะเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการข้อพิพาท และโดยส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบในคดีการลงทุนก็มักจะไม่ใช่หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้น รวมทั้งในการเจรจาข้อยุติข้อพิพาทก็มักต้องอาศัยการเห็นพ้องต้องกันของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย หรืออาจต้องอาศัยการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้อำนาจในการระงับข้อพิพาท แต่ก็มีบางประเทศที่มีการจัดตั้งสำนักงานเฉพาะของรัฐบาลเพื่อแก้ไขปัญหาความซับซ้อนทางโครงสร้างของรัฐนี้ เช่น ในปี ค.ศ. 2006 รัฐบาลเปรูได้มีการรวบรวมอำนาจในการจัดข้อพิพาททางการลงทุนไว้ที่หน่วยงานเดียวทั้งหมด เป็นต้น³⁰⁴

ภายใต้กรอบทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันพบว่า สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีมากกว่า 2,500 ฉบับ มีการตกลงให้สามารถอาศัยการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนประมาณ 620 ฉบับ หรือคิดเป็นประมาณร้อยละ 24 ของสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีที่มีอยู่ นอกจากนี้ ยังพบว่าแนวโน้มของการบรรจุข้อตกลงว่าด้วยการไกล่เกลี่ยไว้ในสนธิสัญญาการลงทุนมีเพิ่มมากขึ้น³⁰⁵

จึงอาจก่อให้เกิดประเด็นคำถามได้ว่าหากในอนาคตความนิยมการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพิ่มสูงขึ้น หรือคู่ภาคีในสนธิสัญญาการลงทุนต้องการให้อาศัยการไกล่เกลี่ยเป็นทางเลือกหนึ่งหากเกิดกรณีพิพาทขึ้นระหว่างรัฐกับนักลงทุน จะมีวิธีการในการปรับปรุงสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทในปัจจุบันได้อย่างไร และรูปแบบของกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวนี้ควรจะไปในทิศทางใด

³⁰³ Ibid. p. 2547-2548.

³⁰⁴ Ibid. p. 2547-2548.

³⁰⁵ Fan, K., "Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey," *J. Disp. Resol.* 327.

4.3.1 วิธีการในการนำการไกล่เกลี่ยมาเป็นส่วนหนึ่งในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

4.3.1.1 การอาศัยมาตรการต่าง ๆ ในระดับชาติเพื่อป้องกันและจำกัดข้อพิพาท

รัฐผู้รับการลงทุนสามารถอาศัยมาตรการที่หลากหลายในการป้องกันการเกิดข้อพิพาทขึ้นกับนักลงทุน โดยหนึ่งในรูปแบบของมาตรการคือระบบการแจ้งเตือนล่วงหน้า (early warning) เนื่องจากการหารือกันระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นไม่ได้หยุดลงเมื่อเริ่มมีการลงทุนเท่านั้น แต่การหารือระหว่างกันจะต้องมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่มีการลงทุน โดยหลายประเทศมีกลไกในการป้องกันข้อพิพาทอย่างเป็นทางการ (a formal dispute prevention mechanism) ในลักษณะของการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐหรือผู้ตรวจการ (an ombudsman) เช่น สำนักงานส่งเสริมการค้าและการลงทุน แห่งเกาหลีใต้ เป็นต้น³⁰⁶

นอกจากนี้ การที่รัฐต่าง ๆ เพิ่มความตระหนักเกี่ยวกับกิจกรรมในการป้องกันข้อพิพาท การออกนโยบายที่ช่วยในการป้องกันไม่ให้ข้อพิพาทถูกยกระดับขึ้น รวมถึงการจัดตั้งกรอบการทำงานในการบริหารจัดการคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยเฉพาะ³⁰⁷ ก็อาจจะช่วยให้สามารถนำวิธีการไกล่เกลี่ยเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนก่อนที่ข้อพิพาทจะถูกยกระดับขึ้นไปสู่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ โดยการดำเนินการดังกล่าวจะประสบผลสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อรัฐผู้รับการลงทุนสามารถกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบในกรณีเกิดข้อพิพาทกับนักลงทุนได้อย่างรวดเร็ว รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องมีความรู้ความสามารถในการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดจากการลงทุน จึงอาจนำวิธีการไกล่เกลี่ยเข้ามาเสริมในกลไกการระงับข้อพิพาทได้ หากการเจรจาระหว่างคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทลงได้

4.3.1.2 การปรับปรุงสนธิสัญญาการลงทุน

จากฐานข้อมูลของ UNCTAD ในการสำรวจความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศจำนวน 2,577 ฉบับ พบว่า ความตกลงการลงทุนจำนวน 627 ฉบับมีข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยสมัครใจ (voluntary ADR) และความตกลงการลงทุนจำนวน 1,813 ฉบับ ไม่มีข้อบทในลักษณะดังกล่าว

³⁰⁶ Catherine Kessedjian *et al.*, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16* (2020). p. 4.

³⁰⁷ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.190. para. 6.

และความตกลงการลงทุนที่ยังไม่อาจสรุปข้อมูลได้อีกจำนวน 2 ฉบับ³⁰⁸ นอกจากนี้ จากเอกสารของ UNCTAD พบว่า กรอบระยะเวลา 3-6 เดือน สำหรับช่วง cooling-off period นั้นค่อนข้างสั้นเนื่องจากส่วนใหญ่แล้วรัฐต่าง ๆ มักใช้ระยะเวลานานกว่าที่จะหาหน่วยงานผู้รับผิดชอบกับประเด็นพิพาทได้อย่างไรก็ดี หากรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนมีการพูดคุยหรือกันอยู่เสมอแล้ว ระยะเวลาเพียง 3-6 เดือนในช่วง cooling-off period ก็อาจจะเพียงพอได้ ซึ่งทั้งหมดก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีการบริหารจัดการเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างชาติอย่างไรด้วย³⁰⁹

ดังนั้น เมื่อสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีส่วนใหญ่จะมีช่วงระยะเวลาให้คู่พิพาทได้เจรจากันอย่างฉันทมิตรในช่วงแรก ๆ เมื่อเกิดขึ้นพิพาทระหว่างกันขึ้น หรือที่รู้จักกันว่า “cooling-off period” โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้น คู่พิพาทอาจอาศัยการไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาทเพื่อให้สามารถบรรลุความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ ดังนั้น การแก้ไขสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีเพื่อแก้ไขบทบัญญัติ cooling-off period เพื่อให้สามารถอาศัยการไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตรขั้นต้น ก่อนที่ข้อพิพาทจะถูกยกระดับไปสู่การอนุญาโตตุลาการ จัดเป็นวิธีการที่สะดวกต่อการดำเนินการของรัฐภาคีสันติสัญญาต่าง ๆ เนื่องจากในสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีโดยมากมีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้อยู่แล้ว

อย่างไรก็ดี จากผลการสอบถามนักลงทุนของมหาวิทยาลัย Queen Mary ในปี ค.ศ. 2019-2020 (the 2019/2020 QMUL investors' survey) พบว่า นักลงทุนมองว่าหากมีช่วง cooling-off period ในสนธิสัญญาแล้ว การบังคับไกล่เกลี่ย (mandatory mediation) อาจไม่ใช่สิ่งที่ต้องการและจะก่อให้เกิดกระบวนการที่ไม่จำเป็น (an unnecessary step) สำหรับคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันซึ่งอาจมีความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่การใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มสูงขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า นักลงทุนไม่ได้ต้องการเข้าสู่วิธีการแก้ปัญหาหลายลำดับขั้น (multi-tiered approach) ที่ประกอบด้วยขั้นตอนในช่วง cooling-off period และตามมาด้วยการบังคับไกล่เกลี่ยอีกขั้นตอนหนึ่งอีก แม้ผลการสำรวจไม่อาจชี้ได้ว่านักลงทุนขึ้นชอบกระบวนการบังคับไกล่เกลี่ยหรือไม่ แต่อาจให้ข้อสรุปอย่างมีเหตุผลได้ว่านักลงทุนน่าจะต้องการให้ใช้การบังคับไกล่เกลี่ย

³⁰⁸ Kessedjian, C. *et al.*, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*. p. 4.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 6.

มาแทนที่ (in lieu of) ช่วง cooling-off period³¹⁰ จึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับความต้องการของทั้งฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนกันไป

นอกจากนี้ เนื่องจากสนธิสัญญาการลงทุนส่วนมากมีการกำหนดให้คู่พิพาทอาจเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับของ ICSID หรือ UNCITRAL แล้วแต่กรณี ดังนั้น การปรับปรุงข้อบทในสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อให้มีการใช้ข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยกับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็น่าจะเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยให้วิธีการไกล่เกลี่ยเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งในปัจจุบันองค์การดังกล่าวก็มีความพยายามในการปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการระงับข้อพิพาทของตนให้สามารถอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ เช่น กรณีของ ICSID มีการได้เสนอข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) ให้รัฐสมาชิกได้พิจารณา โดยข้อบังคับดังกล่าวนี้จะช่วยให้การไกล่เกลี่ยทางการลงทุนสามารถทำได้สะดวกภายใต้อนุสัญญา ICSID โดยข้อบังคับการไกล่เกลี่ยนี้จะช่วยเติมเต็มข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เดิมและอาจนำมาใช้อย่างเป็นเอกเทศหรือใช้ร่วมกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการประนอม (Conciliation) ก็ได้ ซึ่งแม้ว่าข้อบังคับการไกล่เกลี่ยฉบับนี้ยังไม่ได้การรับรองโดยคณะกรรมการบริหารของ ICSID (the ICSID Administrative Council) แต่รัฐสมาชิกก็สามารถนำไปใช้กับการทำความตกลงและขอใช้บริการจาก ICSID เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับการไกล่เกลี่ยได้³¹¹

4.3.2 รูปแบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทที่สามารถนำมาใช้ร่วมกันเพื่อเติมเต็มซึ่งกันและกันได้ โดยอาจมีรูปแบบการผสมผสานที่หลากหลาย ตัวอย่างเช่น

4.3.2.1 Med-Arb model

รูปแบบ Med-Arb เป็นกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยจะต้องถูกนำมาใช้ก่อนการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มขึ้น และหากข้อตกลงระงับข้อพิพาทไม่อาจบรรลุได้ จึงจะสามารถตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

³¹⁰ Ibid. p. 7.

³¹¹ ICSID, "Background Paper on Investment Mediation."

เพื่อดำเนินการชี้ขาดข้อพิพาทต่อไป³¹² โดยในกรณีของการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์นั้นคู่พิพาทจะมีการตกลงเข้าไกล่เกลี่ยกันโดยอาศัยข้อตกลงไกล่เกลี่ยก่อนการอนุญาโตตุลาการ (a med-arb clause) ซึ่งกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาจะต้องได้รับการไกล่เกลี่ยและหากไม่สามารถไกล่เกลี่ยกันได้ ก็จะต้องไประงับข้อพิพาทกันโดยวิธีอนุญาโตตุลาการต่อไป ซึ่งในวงการอุตสาหกรรมการก่อสร้าง คู่สัญญา มักจะไม่ได้ตกลงเพียงการเลือกใช้การไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทเท่านั้น แต่คู่สัญญา จะมีการตกลงกันเลือกตัวผู้ไกล่เกลี่ยไว้เป็นการเฉพาะเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นตลอดช่วง ระยะเวลาที่สัญญามีผลบังคับ ซึ่งโดยทั่วไปคือจนกระทั่งเสร็จสิ้นโครงการก่อสร้างในแต่ละช่วง และในกรณีที่ไม่ได้มีการทำข้อตกลงไกล่เกลี่ยกันไว้ล่วงหน้า คู่พิพาทก็อาจอาศัยการไกล่เกลี่ย ภายใต้อำนาจขององค์การระหว่างประเทศ เช่น ICC หรือศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาท (the International Centre for Dispute Resolution, ICDR) เป็นต้น³¹³

4.3.2.2 Arb-Med model

สำหรับรูปแบบ Arb-Med นั้นคู่พิพาทจะต้องเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ก่อนที่จะมีการไกล่เกลี่ยภายหลังจากอนุญาโตตุลาการได้มีการรับฟังประเด็นในการอนุญาโตตุลาการ ที่สำคัญแล้ว (the substantive arbitration hearings) ซึ่งในกลุ่มรูปแบบนี้อนุญาโตตุลาการจะมีการตั้งประเด็นในคำชี้ขาดไว้ล่วงหน้า และอนุญาโตตุลาการก็จะมีบทบาทเป็นผู้ไกล่เกลี่ยด้วย และ หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จ ร่างคำชี้ขาดที่ถูกปิดผนึกไว้ก็จะถูกนำมาใช้ในการชี้ขาดคดี³¹⁴

4.3.2.3 Arb-Med-Arb model

สำหรับรูปแบบ Arb-Med-Arb model กระบวนการนี้คู่พิพาทจะเริ่มต้นด้วย กระบวนการอนุญาโตตุลาการหลังจากนั้นจึงค่อยเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยและหากการไกล่เกลี่ย สำเร็จคู่พิพาทก็สามารถนำความตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยมาให้อนุญาโตตุลาการรับรองในฐานะที่ เป็นคำชี้ขาดด้วยความยินยอม (a consent arbitral award) แต่หากกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ ก็จะต้องดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการต่อไป³¹⁵

³¹² Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras. 101-103.

³¹³ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2551-2552.

³¹⁴ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras. 101-103.

³¹⁵ *Ibid.* paras. 101-103.

4.3.3 ปัญหาในทางกฎหมายที่น่าสนใจ

แม้กลไกระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นนั้นมิใช่อัตโนมัติตรงที่การมีคนกลางที่เป็นบุคคลเดียวกันในทุกชั้นตอนจะช่วยให้ประหยัดค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการดำเนินคดี เพราะทั้งอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยก็คือบุคคลเดียวกัน ทำให้มีความคุ้นเคยกับข้อพิพาทและไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ซ้ำซ้อนกัน³¹⁶ แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายตามมาได้เช่นเดียวกัน ดังนี้

4.3.3.1 ปัญหาเรื่องความเป็นกลาง กรณีผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลเดียวกัน

การใช้กลไกผสมผสานที่มีคนกลางเป็นบุคคลเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความเป็นกลางได้ เช่น อาจมีข้อกังวลเกิดขึ้นได้หากในกรณีที่การไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จและจะต้องเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการก็คือผู้ที่เคยทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นมาก่อน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาเรื่องความเป็นกลางได้เพราะอนุญาโตตุลาการอาจรับรู้ความลับระหว่างคู่พิพาทบางประการในขั้นตอนการไกล่เกลี่ย และในทางปฏิบัติก็เป็นการยากมากที่จะไม่มีการนำข้อมูลที่ได้รับจากกระบวนการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ³¹⁷

4.3.3.2 ปัญหาเรื่องการไม่ยอมรับคำชี้ขาดโดยคู่พิพาท กรณีอนุญาโตตุลาการใช้ข้อมูลที่ได้รับจากขั้นตอนการไกล่เกลี่ยมาเป็นฐานในการทำคำชี้ขาด

ปัญหาที่สำคัญอีกประการคือภายหลังจากที่กระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลสำเร็จนำไปสู่การมีคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวก็อาจจะถูกโต้แย้งจากคู่พิพาทโดยอาศัยมูลฐานเรื่องความมีอคติ (bias) ของอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน ซึ่งแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในเบื้องต้น คือการให้คู่พิพาทแสดงการยอมรับว่าคู่พิพาทจะไม่โต้แย้งคำชี้ขาดที่ได้มีการนำข้อมูลที่ได้รับจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ นอกจากนี้ การที่อนุญาโตตุลาการได้รับรู้ข้อมูลที่เป็นความลับจากคู่พิพาทในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยอาจส่งผลบางประการต่อทำให้ความเห็นของอนุญาโตตุลาการในการทำคำชี้ขาดได้เช่นกัน³¹⁸

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ Ibid. para. 105.

³¹⁸ Ibid. paras. 106-107.

4.4 การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยกับปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าในกรณีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์จะได้รับการสนับสนุนเนื่องจากเป็นกระบวนการทางเลือกที่มีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล แต่การอนุญาโตตุลาการในช่วงทศวรรษหลังกลับมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มสูงขึ้น โดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ยังมีค่าใช้จ่ายที่แพง คู่พิพาทใช้ระยะเวลานานนับปีและต้องเสียค่าธรรมเนียมนับล้านดอลลาร์สหรัฐต่อคดี ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับการวิจารณ์จากสาธารณะในทางลบ ทั้งยังทำลายการลงทุนและความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท ในทางตรงกันข้าม การไกล่เกลี่ยใช้ระยะเวลาและมีค่าใช้จ่ายต่ำกว่าการอนุญาโตตุลาการ การอาศัยการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจึงน่าจะเป็นสิ่งที่ทั้งรัฐและนักลงทุนต้องการ³¹⁹

การไกล่เกลี่ยจัดเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่นอกเหนือไปจากการอนุญาโตตุลาการ และโดยที่การทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความไม่แน่นอน ทำให้หากคู่กรณีต้องการรักษาสภาพประโยชน์ของแต่ละฝ่ายด้วยการอาศัยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยในการช่วยหาผลลัพธ์ที่ต่างฝ่ายต่างสามารถยอมรับได้ การอาศัยการไกล่เกลี่ยก็จะสามารถช่วยขจัดข้อปัญหาเกี่ยวกับความชอบธรรมของอนุญาโตตุลาการเอกชนในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐได้ ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้รับการวิจารณ์บ่อยครั้งในการอนุญาโตตุลาการ เพราะในกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น คู่พิพาทคือผู้ชี้ขาดผลแห่งคดี และหากคู่พิพาทไม่อาจบรรลุความตกลงกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยก็ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจแทนคู่พิพาทแต่อย่างใด³²⁰

นอกจากนี้ การที่การไกล่เกลี่ยเปิดโอกาสให้รัฐกับนักลงทุนสามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ด้วยตนเอง ซึ่งผ่านการพิสูจน์มาแล้วว่ามีความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าการอนุญาโตตุลาการ จึงมีความเหมาะสมอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่โดยทั่วไปใช้ระยะเวลาในการอนุญาโตตุลาการประมาณ 4 ปี 4 เดือน และมีค่าใช้จ่ายต่อคดีโดยเฉลี่ยอยู่ที่ราว 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐสำหรับผู้ฟ้องคดี และประมาณ 3.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐสำหรับผู้ถูกฟ้องคดี³²¹

³¹⁹ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2555.

³²⁰ Fan, K., "Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey," *J. Disp. Resol.* 327, p. 330.

³²¹ *Ibid.* p. 330.

ในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.2 ผู้วิจัยได้นำเสนอเกี่ยวกับปัญหาของกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในประเด็นปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทฝ่ายรัฐและนักลงทุนต่างชาติในปัจจุบัน ซึ่งพบว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติมีข้อวิจารณ์ในหลายประเด็น เช่น การขาดหลักประกันที่มีประสิทธิภาพเกี่ยวกับความเป็นอิสระ (independence) และความเป็นกลาง (impartiality) สำหรับอนุญาโตตุลาการแต่ละราย, การที่มีอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญการพิจารณาคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจำนวนน้อยซึ่งส่งผลให้เกิดการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ซ้ำ ๆ กันในคดี, การขาดความโปร่งใสในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ทำให้กระทบต่อความชอบธรรมของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน จึงก่อให้เกิดประเด็นคำถามว่าหากมีการอาศัยการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนแล้ว จะยังคงประสบปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นเกี่ยวกับการแต่งตั้งบุคคลผู้ที่จะเข้ามาให้ความช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาทหรือไม่

4.4.1 ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ย

หลักของการไกล่เกลี่ยคือการให้บุคคลภายนอกที่เป็นกลาง (a third-party neutral) ช่วยเหลือคู่พิพาทเพื่อให้บรรลุแนวทางที่ต่างฝ่ายต่างสามารถยอมรับกันได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีส่วนในการตัดสินข้อพิพาทกัน ซึ่งแตกต่างจากการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำงานร่วมกับคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการประนีประนอมและอำนวยความสะดวกให้เกิดการพูดคุยกันระหว่างคู่พิพาทเกี่ยวกับประเด็นที่พิพาทเพื่อให้สามารถแก้ไขข้อโต้แย้งระหว่างกันได้³²² นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018 ได้กล่าวถึงการไกล่เกลี่ยว่า เป็นกระบวนการ (a process) ไม่ว่าจะแสดงออกมาหรืออาศัยกระบวนการใดก็ตามที่คู่พิพาทพยายามที่จะบรรลุความตกลงกันอย่างฉันทามติด้วยความช่วยเหลือของบุคคลที่สาม (ผู้ไกล่เกลี่ย) ที่ปราศจากอำนาจในการกำหนดแนวทางแก้ไขให้กับคู่กรณีในข้อพิพาท³²³

³²² Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para 8.

³²³ Article 1. Scope of application of the Law and definitions

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยในบริบทของข้อพิพาททางการลงทุน คือผู้ที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในการพูดคุยกันระหว่างคู่พิพาท โดยตัวผู้ไกล่เกลี่ยเองไม่ได้มีอำนาจที่จะกำหนดทางออกหรือตัดสินข้อพิพาทแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการอย่างสิ้นเชิง

หากพิจารณาจากพัฒนาการทางกฎหมายที่องค์การระหว่างประเทศหรือสถาบันเพื่อการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศได้มีความพยายามในการกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ในข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก็มักจะปรากฏข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ยอยู่ด้วย เช่น กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) Article 6 (5)³²⁴ ที่กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดเผยพฤติการณ์ที่อาจนำไปสู่ข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตน หรือในกรณีของ ICSID ที่ในปี ค.ศ. 2018 ICSID ได้เริ่มการดำเนินงานเกี่ยวกับการจัดทำข้อบังคับสำหรับการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปรับปรุงข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาของ ICSID ซึ่งข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยนี้ได้ถูกออกแบบมาสำหรับข้อพิพาทด้านการลงทุนโดยเฉพาะ ข้อบังคับดังกล่าวเป็นการเสริมข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแต่ก็สามารถนำมาใช้บังคับอย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ต้องยึดโยงกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือการระงับข้อพิพาทก็ได้ โดยสำหรับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย (Appointment of the Mediator) นั้น Article 14 ได้กำหนด

“mediation” means a process, whether referred to by the expression mediation, conciliation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the mediator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The mediator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute. (see. UNCITRAL, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation," ed. UNCITRAL(2018).)

³²⁴ Article 6. Number and appointment of mediators

5. When a person is approached in connection with his or her possible appointment as mediator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. A mediator, from the time of his or her appointment and throughout the mediation proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him or her. (see. Ibid.)

ให้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องให้คำแถลงถึงความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง ความพร้อม และคำมั่นว่าจะรักษาความลับของการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ประนอมที่ปรึกษากฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญ พยาน หรือการปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องข้อพิพาทเดียวกันนั้นมาก่อน เว้นแต่คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น³²⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้นมีการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องของความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยไว้แล้วในข้อบังคับขององค์กรแนวหน้าด้านการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ แต่กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่าในทางปฏิบัติ การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยคู่พิพาทจะไม่มีปัญหาในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางดังเช่นที่เกิดขึ้นกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพราะในการอนุญาโตตุลาการก็มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน แต่ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โดยธรรมชาติของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือในกระบวนการพูดคุยกันระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และไม่ได้มีบทบาทในการกำหนดผลของการระงับข้อพิพาทดังเช่นการอนุญาโตตุลาการ เพราะในการไกล่เกลี่ย

³²⁵ Rule 14 Acceptance of Appointment

(3) Within 20 days after receipt of the request for acceptance of an appointment, the appointee shall:

(a) accept the appointment; and

(b) provide a signed declaration in the form published by the Centre, addressing matters including the mediator's independence, impartiality, availability and commitment to maintain the confidentiality of the mediation.

(4) The Secretary-General shall notify the parties of the acceptance of appointment by the mediator and transmit the signed declaration to them.

(5) The Secretary-General shall notify the parties if a mediator fails to accept the appointment or provide a signed declaration within the time limit referred to in paragraph (3), and another person shall be appointed as mediator in accordance with the method followed for the previous appointment.

(6) The mediator shall have a continuing obligation promptly to disclose any change of circumstances relevant to the declaration referred to in paragraph (3)(b).

(7) Unless the parties and the mediator agree otherwise, a mediator may not act as arbitrator, conciliator, counsel, expert, judge, witness or in any other capacity in any proceeding relating to the issues in dispute in the mediation.

(see. ICSID, "Icsid Mediation Rules.")

บทบาทในการยุติข้อพิพาทขึ้นอยู่กับความตั้งใจของคู่พิพาทเป็นหลัก ดังนั้น จึงเห็นว่าการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนน่าจะเป็นการลดปัญหาในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางของคนกลางที่เข้ามามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้

4.4.2 ปัญหาการขัดกันบทบาทหน้าที่ในขั้นตอนการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย

ประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทคือ กรณีที่คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการรายเดิมซ้ำกันในหลายคดี หรือในบางกรณีอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งอาจมีข้อสงสัยพฤติการณ์ในการสวมหมวกสองใบ (double hatting)³²⁶ กล่าวคือ เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจจะทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีก่อนหรือในคดีอื่นที่มีความสัมพันธ์กับกรณีที่พิพาทในขณะเดียวกัน ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจกระทบต่อความชอบธรรมของอนุญาโตตุลาการผู้นั้นในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ จึงอาจก่อให้เกิดประเด็นว่า ในกรณีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจจะเกิดปัญหา double hatting เช่นเดียวกับกรณีการอนุญาโตตุลาการหรือไม่

หากวิเคราะห์สาเหตุของปัญหา double hatting ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจะพบว่า มีหลายปัจจัยเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น การมีอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญในคดีการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนน้อย การขาดกลไกในการตรวจสอบที่ดีเพียงพอ เป็นต้น³²⁷ ซึ่งในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่า ปัญหา double hatting ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นกระทบต่อความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการชี้ขาดคดีพิพาทด้วยการอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายและความเห็นเฉพาะตัวของอนุญาโตตุลาการทำให้คู่พิพาทในคดีมีความคาดหวังต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ที่จะทำหน้าที่

³²⁶ "Double-hatting is generally understood in the context of investor-State dispute settlement (ISDS) as the practice by which one individual acts in two different roles in ISDS cases simultaneously or within a short time period. Often it refers to being an arbitrator and a counsel simultaneously but may extend to other roles such as acting as an expert witness or mediator in separate ISDS proceedings." (see. ICSID, "Code of Conduct – Background Papers: Double-Hatting," (2021). p. 1.)

³²⁷ Asian Academy of International Law, "Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward." p. 453.

อนุญาตตุลาการสูงมาก ในขณะที่การไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ที่ได้รับเลือกให้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย ข้อพิพาททางลงทุนแม้จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญจนเป็นที่ไว้วางใจจากคู่พิพาทเช่นเดียวกัน แต่การไกล่เกลี่ยเป็นกลไกที่ไม่ได้ยึดโยงผลของการระงับข้อพิพาทไว้ที่ตัวผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น แต่บทบาทหลักของการระงับข้อพิพาทอยู่ที่ตัวคู่กรณีพิพาทกันเป็นหลักว่าจะมองไปยังผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่ ดังนั้น แม้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับเลือกจากคู่พิพาทจะมีพฤติกรรมที่น่าสงสัยว่าจะสวมหมวกสองใบ (double hatting) ก็ตาม พฤติกรรมดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อการตกลงระงับข้อพิพาทกันระหว่างคู่กรณี

นอกจากนี้ โดยที่การไกล่เกลี่ยเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทกันโดยอาศัยความสมัครใจ ระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย หากเกิดกรณีความไม่ไว้วางใจในตัวผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อใด คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ก็สามารถถอนตัวออกจากกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลาอยู่แล้ว จึงไม่น่าจะทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยจะเกิดความล่าช้าได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันนั้นยังไม่ได้มีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ ในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอย่างเป็นระบบ รวมทั้งองค์ความรู้และผู้เชี่ยวชาญในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนยังคงอยู่ในช่วงต้นของพัฒนาการ จึงเป็นความท้าทายสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติในการพิจารณานำวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป และควรจะต้องมีการทำการศึกษาถึงผลกระทบในประเด็นดังกล่าวต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

4.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับปัญหาการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding)

แม้ว่าการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในการอนุญาตตุลาการทางการลงทุนในภาพรวมจะมีทั้งข้อดีและข้อเสีย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกเป็นการช่วยให้คู่พิพาทสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้ (access to justice) ซึ่งช่วยให้ความเป็นธรรมกับคู่พิพาท เนื่องจากหากไม่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินก็อาจจะไม่มีเงินทุนเพียงพอในการยกข้อเรียกร้องขึ้นต่อสู้ได้ และแม้มีข้อวิจารณ์ว่าการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกอาจทำให้เกิดการเก็งกำไรและการฟุ้งซ่านที่ไม่มีมูลมากขึ้น (more marginal speculative and frivolous schemes) แต่การที่นายทุน (Funder) ที่เป็นบุคคลภายนอกมักจะมีแรงจูงใจเป็นผลประโยชน์ทางการเงิน

การเข้ามาตรวจสอบวิเคราะห์คดีของนายทุนอาจจะช่วยถ่วงการประเดิมที่ไม่มีสาระออกไปได้ และจะทำให้การบริหารจัดการคดีมีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย ส่วนในมุมมองของนักลงทุนนั้น การสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอกยังช่วยจำกัด (mitigate) ความเสี่ยงทางการเงินของนักลงทุนที่จะได้รับจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วย³²⁸

อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การที่รัฐบาลของรัฐผู้รับการลงทุนมักจะไม่สามารถยื่นข้อเรียกร้องต่อนักลงทุนได้ ทำให้การสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกอาจนำไปสู่ความไม่สมดุลกันระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพราะการสนับสนุนทางการเงินอาจจะเพิ่มช่องทางและโอกาสให้กับนักลงทุนในการฟ้องคดีมากขึ้น และอาจนำไปสู่ปัญหาในเรื่องการจัดสรรค่าใช้จ่าย (cost allocations) และผู้ที่คือนายทุนอาจใช้กลยุทธ์ “arbitral hit and run”³²⁹ มากขึ้น กล่าวคือ การเข้าไปสนับสนุนทางการเงินให้กับนักลงทุนในการฟ้องรัฐผู้รับการลงทุน หากนักลงทุนกลับเป็นฝ่ายแพ้คดี รัฐที่เป็นฝ่ายชนะคดีก็ไม่สามารถบังคับคดีเอาเงินกับนักลงทุนที่ฟ้องคดีได้เพราะนักลงทุนนั้นอาจไม่มีเงิน และผู้ที่คือนายทุนก็ไม่ได้ถูกผูกพันโดยคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด นอกจากนี้ ยังมีข้อกังวลว่าการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกจะนำไปสู่การถ่ายโอนความมั่งคั่งจากภาครัฐไปสู่ภาคเอกชน เนื่องจากเงินที่ต้องจ่ายตามคำชี้ขาดในคดีระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็มาจากเงินงบประมาณของรัฐที่มาจากภาษีอากรของประชาชน³³⁰

โดยสำหรับกรณีการอนุญาโตตุลาการทางการเงินการลงทุนมีการเสนอให้แก้ไขปัญหาค่าใช้จ่ายในการสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอกด้วยการให้คู่พิพาทเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการได้รับเงินทุนจากบุคคลภายนอกเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถที่ประเมินถึงความเป็นไปได้ในการเกิดปัญหาเรื่องการขัดกันผลประโยชน์³³¹ ซึ่งในข้อเสนอกแก้ไขข้อบังคับของ ICSID ฉบับล่าสุดก็ได้มีการ

³²⁸ Ibid. p. 154.

³²⁹ “a TPF-specific situation where a successful respondent holding an adverse costs award is unable to enforce the same on account of the claimant being impecunious [1] and the claimant’s funder not being bound by such award.” (see. <https://investmentandcommercialarbitrationreview.com/2020/07/third-party-funding-and-security-for-costs-resolving-the-arbitral-hit-and-run/>)

³³⁰ Asian Academy of International Law, “Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward.” p. 154.

³³¹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.157. paras. 16 – 23.

บรรจู่ประเด็นการเปิดเผยการมีอยู่ของข้อตกลงการสนับสนุนทางการเงิน และการระบุดำบุคคลภายนอกที่เป็นนายทุนไว้ด้วยเช่นกัน³³²

ส่วนในกรณีการไกล่เกลี่ยนั้น มีการรายงานโดยผู้ไกล่เกลี่ยคดีทางการลงทุนว่า เคยพบเจอประเด็นการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในกระบวนการไกล่เกลี่ยอยู่เช่นกัน³³³ จึงก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่น่าสนใจว่าหากมีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนแล้วจะสามารถช่วยลดปัญหาเรื่องการขัดกัน ในผลประโยชน์ที่อาจเกิดจากการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกได้หรือไม่

หากพิจารณาจากการที่ข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยของทั้ง ICSID และ IBA ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกไว้อย่างชัดเจน อาจจะทำให้เห็นว่าปัญหาของการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในกลไกการไกล่เกลี่ยนั้นอาจจะลดน้อยลง และแม้ว่าปัญหาของการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน บางอย่างอาจจะไม่เกิดขึ้นกับกลไกการไกล่เกลี่ยทางการลงทุน เช่น ปัญหาความไม่ได้สัดส่วนของการชดเชยค่าเสียหาย (asymmetrical nature of compensation) ปัญหาเกี่ยวกับการไม่บังคับใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเนื่องจากเกรงว่าจะถูกนักลงทุนฟ้องร้อง (regulatory chill)³³⁴

แต่ก็อาจจะมีบางประเด็นที่ยังคงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกอยู่ เช่น ประเด็นการขัดกันผลประโยชน์ (conflict of interest) อาจเกิดขึ้นได้ระหว่างบุคคลภายนอกผู้เป็นนายทุน (Funder) กับผู้ไกล่เกลี่ย (mediators) ซึ่งหากพิจารณาในข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุนของทั้ง ICSID และ IBA จะพบว่ามีการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยถึงความเป็นอิสระและความกลางเฉพาะกับตัวผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น แต่ไม่ได้มีบทบังคับให้มีการเปิดเผยถึงการมีอยู่ของผู้เป็นนายทุนแต่อย่างใด ทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยอาจจะมีปัญหาการขัดกัน ในผลประโยชน์อย่างไม่ได้ตั้งใจเกิดขึ้นได้³³⁵

³³² Asian Academy of International Law, "Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward." p. 155.

³³³ Asian Academy of International Law, "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds,"(Hong Kong: Asian Academy of International Law, 2020). p. 356.

³³⁴ Asian Academy of International Law, "Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward." p. 415-416.

³³⁵ Ibid.

ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่า การนำวิธีการใกล้เคียงข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนา กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนสามารถช่วยจำกัดปัญหาเรื่องความชอบธรรมและ การขัดกันผลประโยชน์อันเนื่องมาจากการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลคนภายนอกได้ เพราะโดยโครงสร้างและวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกันระหว่างการอนุญาโตตุลาการ กับการใกล้เคียง ทำให้ปัญหาบางอย่างจากการสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอก ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจจะไม่เกิดขึ้นกับการใกล้เคียง เช่น ปัญหาการแก่งแย่งกำไรและ การฟ้องคดีที่ไม่มีมูลอันที่เกิดจากการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก เพราะการอาศัยวิธีการ ใกล้เคียงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ยึดถือผลประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นหลัก (an interest-based method) ทำให้การระงับข้อพิพาทขึ้นอยู่กับข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่พิพาทเป็นหลัก ซึ่งจะทำให้บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นนายทุน (Funder) ให้กับนักลงทุนต่างชาติคาดการณ์หรือ ประเมินผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้อย่างขึ้น และอาจจะไม่มีผลประโยชน์ที่มากพอ สำหรับนายทุนในการเข้ามาสนับสนุนเงินทุนให้กับนักลงทุน

อย่างไรก็ตาม อาจมีการศึกษากันต่อไปว่าปัญหาเรื่องการขัดกันผลประโยชน์ระหว่าง ผู้ใกล้เคียงกับนายทุน (Funder) ที่อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำกับดูแลเรื่องการ เปิดเผยการสนับสนุนทางการเงินในกระบวนการใกล้เคียงอย่างเพียงพอ จะส่งผลกระทบต่อ ความชอบธรรมของกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพียงใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.6 กระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนกับปัญหาความโปร่งใส

ในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.4 ผู้วิจัยได้นำเสนอเกี่ยวกับปัญหาการขาดความโปร่งใส ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อความชอบธรรม ของกระบวนการระงับข้อพิพาทในหลากหลายมิติ เช่น ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนบางส่วนมีการยกเลิก สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีเนื่องจากไม่เชื่อมั่นในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน แต่ก็มีอีกมุมมองหนึ่งซึ่งเห็นว่าการเพิ่มความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน อาจทำให้กระทบต่อหลักการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน ซึ่งรายละเอียด ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 2 ในบทนี้ผู้วิจัยจึงมีความสนใจว่าหากนำวิธีการใกล้เคียงมาปรับใช้

เพื่อพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนแล้วจะมีประเด็นเกี่ยวกับความโปร่งใสที่น่าสนใจประการใดหรือไม่

แม้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุนอาจช่วยลดปัญหาในเรื่องความซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น ปัญหาเรื่องการตรวจสอบพยานหลักฐาน (witness cross-examinations) ปัญหาการแลกเปลี่ยนเอกสาร (document exchanges) รวมทั้งช่วยลดระยะเวลาและค่าใช้จ่ายก็ตาม³³⁶ แต่เนื่องจากกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นมีลักษณะโดยธรรมชาติที่จะต้องรักษาความลับระหว่างคู่พิพาทไม่ไหว้รั่วไหลไปสู่บุคคลภายนอกเพื่อรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทและช่วยให้การประสานประโยชน์ระหว่างคู่พิพาทราบรื่นมากขึ้น จึงก่อให้เกิดคำถามต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนว่าจะสอดคล้องกับหลักการว่าด้วยความโปร่งใสดังเช่นที่ UNCITRAL พยายามผลักดันเพื่อเพิ่มความโปร่งใสให้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามสนธิสัญญา (United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)³³⁷ หรือที่รู้จักกันในชื่อว่า “อนุสัญญาอริเชียส” (Mauritius Convention) หรือไม่

4.6.1 ปัญหาเรื่องความโปร่งใสการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ

ปัญหาเรื่องความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นประเด็นที่น่ากังวลเพิ่มมากขึ้น เพราะนอกจากจะเป็นกระบวนการที่มีรัฐเข้ามาแก้ไขประเด็นที่มักกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ บรรดานักวิเคราะห์และกลุ่มองค์กรภาคประชาชนต่างก็ต้องการเพิ่มการมีส่วนร่วม

³³⁶ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 32.

³³⁷ “The Convention is an instrument by which Parties to investment treaties concluded before 1 April 2014 express their consent to apply the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency” or “Rules”). The Rules on Transparency, effective as of 1 April 2014, are a set of procedural rules for making publicly available information on investor-State arbitrations arising under investment treaties. In relation to investment treaties concluded prior to 1 April 2014, the Rules apply, inter alia, when Parties to the relevant investment treaty agree to their application. The Convention is an efficient and flexible mechanism for recording such agreement.” (see. UNCITRAL, [Online]. Available from: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency>)

ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนมากขึ้น แนวความคิดในการรักษาความลับของการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจต่อกลไกการระงับข้อพิพาทรูปแบบนี้ในภาพรวมมากยิ่งขึ้น ซึ่งในบางกรณีก็ส่งผลให้บางรัฐถึงขั้นบอกเลิกสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี³³⁸ ซึ่งในรายละเอียดของปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 2

4.6.2 ความโปร่งใสคืออะไร

หากพิจารณาคำว่า “ความโปร่งใส” (transparency) อาจจะได้เป็นความหมายหรือแนวความคิดอย่างตรงไปตรงมาในบริบทของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน เพราะคำว่าความโปร่งใสอาจถูกให้ความหมายในเชิงลบโดยหมายถึงการปราศจากความลับ (absence of confidentiality) ตัวอย่างเช่น การให้อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทรายงานเกี่ยวกับข้อพิพาทต่อสาธารณะตามที่เห็นสมควร ความโปร่งใสอาจจะเข้าใจได้ว่าหมายถึงกลไกบางอย่างที่มีความมุ่งหมายในการปกป้องสาธารณะประโยชน์ (safeguard public interest) และรวบรวมผู้มีส่วนได้เสียเข้ามาในกระบวนการทั้งหมด ตัวอย่างเช่น การเปิดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ (opening the hearing to the public) หรือการเปิดรับข้อมูลจากฝ่ายที่สาม (inviting third party submissions) ส่วนในบริบทของข้อบังคับ คำว่าความโปร่งใสอาจอธิบายได้ว่าเป็นชื่อบทกวาด (an umbrella term) ซึ่งประกอบด้วยหลายส่วนตั้งแต่การเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณะ (publication of information) เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ การให้เข้าถึงเอกสารและการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมถึงการมีส่วนร่วมของฝ่ายที่สามในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งประเด็นเหล่านี้ถูกรวมอยู่ภายใต้หัวข้อว่าด้วยความโปร่งใสทั้งสิ้น³³⁹

³³⁸ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor–State Arbitration*. p. 2.

³³⁹ Ibid. p. 5.

4.6.3 ข้อบังคับ UNCITRAL ว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามสนธิสัญญา

ข้อบังคับ UNCITRAL ว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามสนธิสัญญาได้รับการพัฒนาภายใต้การดำเนินงานของคณะทำงาน 2 ของ UNCITRAL (the UNCITRAL's Working Group II) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 และต่อมาข้อบังคับดังกล่าวก็ได้รับการรับรองในการประชุมครั้งที่ 43 ในปี ค.ศ. 2013 ซึ่งต่อมาก็ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติ (the UN General Assembly) ก็ได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามสนธิสัญญา (Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration) เพื่อให้รัฐต่าง ๆ สามารถลงนามได้ตั้งแต่วันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 2015 อันเป็นการขยายขอบเขตการใช้บังคับข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ ออกไปมากขึ้น³⁴⁰ โดยวัตถุประสงค์ของข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ คือการเพิ่มการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยสาธารณะให้มากขึ้น³⁴¹

สำหรับสาระสำคัญของข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ ได้แก่

(1) ขอบเขตการใช้บังคับ (Article 1) โดยข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ จะถูกนำมาปรับใช้อย่างจำกัดกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน และจะใช้กับกับสนธิสัญญาการลงทุนที่ทำขึ้นหลังวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014 เว้นแต่

³⁴⁰ “Article 2. Application of the UNCITRAL Rules on Transparency

Bilateral or multilateral application

1. The UNCITRAL Rules on Transparency shall apply to any investor-State arbitration, whether or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1)(a) or (b), and the claimant is of a State that is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1)(a).

Unilateral offer of application

2. Where the UNCITRAL Rules on Transparency do not apply pursuant to paragraph 1, the UNCITRAL Rules on Transparency shall apply to an investor-State arbitration, whether or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a Party that has not made a reservation relevant to that investor-State arbitration under article 3(1), and the claimant agrees to the application of the UNCITRAL Rules on Transparency”

...

³⁴¹ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. p. 32.

คู่ภาคีได้ตกลงกันได้เป็นอย่างดี เป็นอีกนัยหนึ่ง เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่าประเด็นเรื่องความโปร่งใสมีความสำคัญต่อการดำเนินกิจกรรมของรัฐ และจะช่วยส่งเสริมธรรมาภิบาล (good governance) ที่ต้องมีการเปิดโอกาสการมีส่วนร่วมให้กับสาธารณชนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการทำนโยบาย (policymaking) และการเงินการคลังสาธารณะ (public finance) และสาธารณชนจะยอมรับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการว่ามีความชอบธรรม (legitimate) หากพวกเขาสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้³⁴²

(2) การเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะเมื่อมีการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Publication of information at the commencement of arbitral proceedings) (Article 2) เป็นการกำหนดหน้าที่สำหรับคู่พิพาทในการแจ้งการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการไปยังผู้เก็บข้อมูลกลาง (the repository) และกำหนดหน้าที่สำหรับผู้เก็บข้อมูลดังกล่าวในการเปิดให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับชื่อของคู่พิพาท ภาคเศรษฐกิจที่พิพาท และสนธิสัญญาที่เป็นฐานแห่งข้อเรียกร้อง เพื่อเปิดช่องให้กับผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องสามารถรับรู้ความเป็นไปของข้อพิพาท และสามารถเข้ามามีส่วนในฐานะ *amici curiae* ได้³⁴³

(3) การเปิดเผยเอกสาร (Publication of document) (Article 3) ประกอบไปด้วยการดำเนินการเกี่ยวกับการเปิดเผยเอกสารในแต่ละขั้นตอน โดยส่วนแรกจะเกี่ยวข้องกับชุดเอกสารที่ต้องเปิดเผยโดยอัตโนมัติ ส่วนที่สองจะระบุเกี่ยวกับกลุ่มของเอกสารที่อาจถูกเปิดเผยหากมีการร้องขอโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใด ส่วนที่สามให้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการเปิดเผยบรรดาเอกสารที่ไม่ได้ถูกเปิดเผยในสองส่วนแรก ส่วนที่สี่กำหนดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการกับผู้จัดเก็บข้อมูล และในที่สุดท้ายกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการเปิดเผยข้อมูล³⁴⁴ เนื่องจากข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปจะถูกร่างขึ้นโดยมีแนวคิดตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์จึงทำให้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการในตัวเองนั้นไม่ได้ส่งเสริมในเรื่องของความโปร่งใส ตัวอย่างเช่น ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 2010

³⁴² Ibid. p. 40-43.

³⁴³ Ibid. p. 64-66.

³⁴⁴ Ibid. p. 92.

Article 28 (3)³⁴⁵ ที่กำหนดให้ในชั้นการรับฟังพยานจะต้องกระทำเป็นการลับ เว้นแต่คู่พิพาทตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เป็นต้น

ส่วนในกรณีของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID นั้น แม้จะไม่ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับการเปิดเผยเอกสารไว้โดยตรง แต่กลไกของ ICSID กลับมีการเปิดเผยข้อมูลของคดีที่ได้มีการขึ้นทะเบียนไว้ในระบบออนไลน์ อีกทั้งในการปรับปรุงข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ในปี ค.ศ. 2006 ก็ได้เพิ่มความโปร่งใสให้มากขึ้น แม้จะยังคงมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการบางส่วนที่ยังคงไว้ซึ่งการรักษาความลับอยู่ ตัวอย่างเช่น ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อที่ 48 (4)³⁴⁶ ยังคงกำหนดให้การเปิดเผยคำชี้ขาดจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท แต่ยังคงต้องมีการเปิดเผยในส่วนที่เป็นเหตุผลทางกฎหมายที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการอยู่³⁴⁷

(4) การยอมรับข้อมูลจากบุคคลที่สาม (Submission by a third person) (Article 4)

ศูนย์รวมที่ช่วยให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนมีความโปร่งใสมากขึ้นได้คือ การเข้ามามีบทบาทของ *amici curiae* หรือเพื่อนของศาล (friends of the court) โดยแนวความคิดของ *amici curiae* คือการให้บุคคลที่สามเข้ามามีส่วนในการเสนอความช่วยเหลือศาลภายใต้บริบทบางประการ เพื่อช่วยให้องค์คณะผู้ชี้ขาดมีข้อมูลเพิ่มเติมที่อาจจะอยู่นอกเหนือความเชี่ยวชาญขององค์คณะ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ข้อมูลประกอบการพิจารณาที่มีอยู่นั้นยังไม่เพียงพอ³⁴⁸

การเสนอข้อมูลโดย *amici curiae* มักพบในการพิจารณาคดีของศาล common law เพื่อชดเชยกับการที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ศาลเข้าไปแสวงหาข้อเท็จจริงได้ด้วยตนเอง ส่วนในกรณีของคณะผู้พิจารณาระหว่างประเทศนั้น การรับข้อมูลจากบุคคลที่สามได้รับการยอมรับมากขึ้น

³⁴⁵ “Article 28 (3) Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses, including expert witnesses, during the testimony of such other witnesses, except that a witness, including an expert witness, who is a party to the arbitration shall not, in principle, be asked to retire.”

³⁴⁶ “Rule 48 Rendering of the Award

(4) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

³⁴⁷ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor–State Arbitration*. p. 92-95.

³⁴⁸ *Ibid.* p. 129-130.

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) หรือภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BITs) ได้รับคำร้องจากองค์กรพัฒนาเอกชน (non-governmental organizations, NGOs) ภาคอุตสาหกรรม (industry bodies) รวมถึงปัจเจกชน (individuals) จำนวนมากที่ต้องการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งคำร้องขอส่วนใหญ่คือการขอส่งข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษร (written submissions) การขอเข้าถึงสำนวนในคดี (access case documents) หรือการขอมีส่วนร่วมในการรับฟังการแถลงด้วยวาจา (oral hearings) เพราะในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมักจะเกี่ยวข้องกับประเด็นประโยชน์สาธารณะ (public interest) และกลุ่มองค์กรหรือบุคคลดังกล่าวถือเป็นตัวแทนของสาธารณชน ดังนั้น บทบัญญัติใน Article 4 ของข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ จึงเป็นพัฒนาการสำคัญของการยอมรับการมีส่วนร่วมของบุคคลที่สามในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนมากขึ้น³⁴⁹

โดยความตั้งใจของผู้ร่างในการอนุญาตให้บุคคลที่สามเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณา คือ การเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลดังกล่าวจะต้องช่วยเพิ่มมูลค่า (added value) ให้กับกระบวนการพิจารณาด้วย และการส่งข้อมูลใด ๆ เข้ามาโดยบุคคลที่สามจะต้องไม่ทำให้กระบวนการพิจารณาดัดจริต และที่สำคัญคือประโยชน์ที่จะได้รับจากการเสนอข้อมูลดังกล่าวจะต้องมีมากกว่าผลเสียต่อประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณา เพราะโดยปกติการรับข้อมูลเพิ่มเติมจากบุคคลภายนอกย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า (a delay of the proceedings) นอกจากนี้ บุคคลที่สามดังกล่าวจะไม่สามารถรับสิทธิในการเข้าถึงสำนวนคดี เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ต้องเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะอยู่แล้ว³⁵⁰

ข้อกังวลหนึ่งของการเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลที่สามในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนคือ บุคคลดังกล่าวมักจะได้เข้ามาในฐานะเพื่อนของศาล (a friend of the court) แต่มักจะกลายเป็นเพื่อนของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด (a friend of one of the parties) เสียมากกว่า และทำให้บุคคลดังกล่าวถูกมองว่าไม่ได้เป็นที่ปรึกษาที่เป็นกลาง (neutral advisors) และเข้ามามีส่วนร่วมเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองบางประการ ตัวอย่างเช่น ในกรณีโครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน บุคคลที่สามมักจะมิ้มมองที่สนับสนุนข้อโต้แย้งของรัฐหรืออาจจะเสนอข้อคิดเห็นที่แสดงถึง

³⁴⁹ Ibid. p. 130-134.

³⁵⁰ Ibid. p. 134.

ความเข้าใจเข้าใจข้อกล่าวอ้างของรัฐ ทำให้นักลงทุนมักจะตั้งข้อสงสัยกับบุคคลที่สามดังกล่าว และทำให้มีแนวโน้มที่นักลงทุนจะคัดค้านการเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลที่สามดังกล่าว³⁵¹

(5) การยอมรับข้อมูลจากรัฐภาคีสันติสัญญาที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาท (Submission by a non-disputing Party to the treaty) (Article 5)

บทบัญญัติในส่วนนี้เกี่ยวกับกับการรับข้อมูลที่จัดทำโดยฝ่ายที่สาม (a third party) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน อย่างไรก็ตาม การเสนอข้อมูลดังกล่าวให้กับคณะอนุญาโตตุลาการเป็นการดำเนินการโดยรัฐภาคีสันติสัญญาที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาท (Submission by a non-disputing Party to the treaty) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่กำลังดำเนินอยู่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการได้รับข้อมูลจากรัฐภาคีอื่น ๆ ในสนธิสัญญาการลงทุนที่มีการพิพาทอยู่ด้วย ซึ่งความหมายของคำว่า “a non-disputing Party” ในที่นี้หมายถึง ผู้ที่ไม่ใช่คู่กรณีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนที่เกี่ยวข้อง (not a party to relevant investment arbitration proceedings)³⁵²

โดยความสำคัญของบทบัญญัติในส่วนนี้คือการให้รัฐภาคีสันติสัญญาการลงทุนที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทได้มีส่วนร่วมกับการตีความสนธิสัญญา (treaty interpretation) ที่เป็นที่มาของข้อพิพาท แต่กรณีดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับการสร้างความไม่เป็นธรรมบางประการต่อคู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพราะอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการที่รัฐเจ้าของสัญชาติ (a State of nationality) อาจจะสามารถเข้ามามีส่วนในการให้ความคุ้มครองทางการทูต (the diplomatic protection) กับนักลงทุนของตนได้³⁵³ แต่จุดมุ่งหมายของบทบัญญัติใน Article 5 นี้เหมือนกันกับกรณีที่กำหนดให้มีการรับข้อมูลจากบุคคลที่สามใน Article 4 ที่ต้องการให้คณะอนุญาโตตุลาการมีข้อมูลเพื่อประกอบการวินิจฉัยคดีเพียงพอมากยิ่งขึ้น

(6) การรับฟังพยานหลักฐาน (Hearings) (Article 6)

ข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ Article 6 ได้กำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงกระบวนการรับฟังพยานหลักฐานในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยสาธารณะ ภายใต้ข้อยกเว้น

³⁵¹ Ibid. p. 135.

³⁵² Ibid. p. 197.

³⁵³ Ibid. p. 198.

บางประการ ซึ่งแต่เดิมภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1976 (the Arbitration Rules 1976) การรับฟังพยานหลักฐานจะถูกเก็บไว้เป็นความลับ เว้นแต่คู่พิพาทได้ตกลงกันให้มีการเปิดเผย แม้ว่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะสำคัญก็ตาม โดย Article 6 ของข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ นี้จะปรับใช้กับข้อพิพาททั้งหมดภายใต้ UNCITRAL เว้นแต่ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาที่ถูกทำขึ้นก่อนวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014³⁵⁴

การที่กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศไม่มีกรอบทางกฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันและไม่มีลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ที่กำกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนักลงทุน การขาดซึ่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของข้อบังคับหรือมาตรฐานสำหรับข้อพิพาททางการลงทุนทำให้เป็นการยากที่จะพัฒนาแบบแผนในเรื่องของความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และในความเป็นจริง คดีพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะถูกพิจารณาเป็นการลับ (behind closed doors) ทำให้มีข้อมูลออกสู่สาธารณะน้อยมาก ส่งผลให้เกิดอุปสรรคต่อทั้งนักวิชาการ นักกฎหมาย และสาธารณชนในการค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับพัฒนาการของเนื้อหาสารบัญญัติของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดแนวคิดในเรื่องการเพิ่มความโปร่งใสในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมากขึ้น³⁵⁵ ซึ่งในระยะหลังคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้มีการเปิดให้เข้าถึงข้อมูลในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้มากขึ้น ซึ่งในบางคดีก็ได้มีการเปิดรับฟังความเห็นด้วย ในกรณีขององค์การการค้าโลก (WTO) ที่เดิมถือเป็นองค์กรที่สนับสนุนกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นความลับอย่างแข็งขัน ก็ได้เริ่มสนับสนุนเรื่องความโปร่งใสและการเปิดเผยกระบวนการพิจารณาเพิ่มขึ้น เช่น ในปี ค.ศ. 2005 คณะผู้พิจารณาของ WTO (a WTO panel) ได้มีการสั่งให้มีการเปิดรับฟังความเห็นสาธารณะตามคำร้องขอของประชาคมยุโรป (the European Communities, EC) ในคดี *the US – Continued Suspension of Obligations of Canada Dispute* เป็นต้น นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ ICSID ก็ได้มีความพยายามที่จะสร้างสมดุลระหว่างความจำเป็นในเรื่องความโปร่งใส (the need for transparency) กับความจำเป็นในการคุ้มครองกระบวนการพิจารณาที่เป็นเอกภาพ (the need to protect procedural integrity) ในการอนุญาโตตุลาการด้วย เช่น ในคดี *Biwater Gauff*³⁵⁶ คณะอนุญาโตตุลาการได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องของรัฐบาล Tanzania ในการ

³⁵⁴ Ibid. p. 228.

³⁵⁵ Ibid. p. 229.

³⁵⁶ ICSID Case No. Arb/05/22

เปิดรับฟังความเห็นสาธารณะ แต่อนุญาตให้มีการเปิดเผยบรรดาคำร้องขอ (memorials) และคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ (the tribunal's procedural orders) ได้³⁵⁷

แม้การที่ข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ กำหนดให้มีการเปิดการรับฟังพยานหลักฐานเป็นการเพิ่มความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนมากขึ้น ทำให้ช่วยเสริมสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของคู่พิพาทให้เท่าเทียมกันมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีข้อกังวลเกี่ยวกับการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวที่ยังไม่ชัดเจนและอาจกระทบต่อหลักเรื่องการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อาจทำให้เกิดการวางเฉย (a chilling effect) ต่อการนำข้อบังคับดังกล่าวไปใช้ หรืออาจจะมีการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการลดน้อยลงสำหรับการระงับข้อพิพาททางการลงทุน เพราะคู่พิพาทหันไปอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบอื่นแทน³⁵⁸

(7) ข้อยกเว้นว่าด้วยความโปร่งใส (Exceptions to transparency) (Article 7)

ข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ Article 7 เป็นการจำกัด (limiting) หลักการของความโปร่งใสตามที่กำหนดไว้ใน Article 2 – 6 เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างความสมดุลระหว่างเรื่องประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของคู่พิพาทให้เท่าเทียมกัน การเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดโดยไม่ได้พิจารณาถึงผลกระทบเมื่อเผยแพร่ข้อมูลสู่สาธารณะแล้วอาจจะสร้างความไม่เป็นธรรมต่อคู่พิพาทได้ ซึ่งใน Article 7 ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นในการเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อสาธารณะไว้ โดยบทบัญญัติในส่วนนี้จะไม่บังคับกับข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของคู่พิพาท และข้อมูลต่าง ๆ ที่ยังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่จะใช้บังคับกับกรณีพยานหลักฐาน (evidence) ในคดีเท่านั้น³⁵⁹

ทั้งนี้สาระสำคัญของ Article 7 สามารถแบ่งออกได้เป็นสองส่วน ส่วนแรกตั้งแต่วรรคที่หนึ่งถึงวรรคที่ห้า ว่าด้วย “ข้อมูลที่เป็นความลับหรือการคุ้มครองข้อมูล” (Confidential or protected information) ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้จะใช้ในการพิจารณาว่าข้อใดที่จะไม่ถูกเปิดเผย

³⁵⁷ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. p. 230-231.

³⁵⁸ Ibid. p. 247.

³⁵⁹ Ibid. p. 250-251.

ต่อสาธารณะเนื่องจากลักษณะของข้อมูลนั้น ๆ³⁶⁰ เช่น ความลับทางธุรกิจ (confidential business information) ข้อมูลที่ห้ามเปิดเผยต่อสาธารณะตามสนธิสัญญา (Information that is protected against being made available to the public under the treaty) เป็นต้น และในส่วนที่สอง ตั้งแต่วรรคที่หกถึงวรรคที่เจ็ด ว่าด้วย “ความเป็นเอกภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” (Integrity of the arbitral process) เพื่อปกป้องไม่ให้เกิดการเปิดเผยข้อมูลที่อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่กำลังดำเนินอยู่³⁶¹ เช่น การเปิดเผยข้อมูลที่อาจกระทบต่อความไว้วางใจระหว่างคู่พิพาท หรืออาจทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในคดี³⁶² เป็นต้น

4.6.4 ประเด็นในทางกฎหมายที่น่าสนใจ

สำหรับหลักความโปร่งใสในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นมีอยู่ 3 รูปแบบที่สำคัญ ได้แก่ การเปิดเผยข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท การเปิดให้เข้ารับฟังการพิจารณา และการรับเอกสารจาก *amicus curiae*³⁶³ ผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน อาทิ องค์กรภาคประชาสังคมหรือพลเมืองจำนวนมาก อาจเกิดข้อสงสัยหรือมีความกังวลเกี่ยวกับการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งจะเพิ่มระดับของการรักษาความลับ (a higher degree of confidentiality) และอาจทำให้ภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมกับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนลดลง และยังมีข้อกังวลเกี่ยวกับประเด็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ที่อาจได้รับผลกระทบหากผู้มีส่วนได้เสียกับข้อพิพาทไม่สามารถคัดค้านการไกล่เกลี่ยที่เกิดขึ้นได้³⁶⁴

นอกจากนี้ โดยที่การลงทุนระหว่างประเทศเป็นการสร้างสัมพันธ์ทางธุรกิจระยะยาวระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน และมักเป็นการลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้ทรัพยากรและเงินทุนจำนวนมาก ทำให้นักลงทุนอาจยอมเสี่ยงกระทำในสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ได้มา

³⁶⁰ Ibid. p. 262.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Ibid. p. 293.

³⁶³ นกชนก รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ," หน้า. 18-20.

³⁶⁴ Kessedjian, C. et al., "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*. p. 2.

ซึ่งการลงทุน จึงอาจนำมาซึ่งพฤติกรรมการทุจริตของนักลงทุนต่อเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น การติดสินบน แก่เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ ในคดี *World Duty Free* มีการติดสินบนโดยการบริจาคเงินให้กับเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลเคนยา³⁶⁵ และหากข้อพิพาทได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-Party Funding) ผลประโยชน์ทางการเงินของบุคคลภายนอกที่สนับสนุนเงินทุนอาจกลายเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้การเจรจากับนักลงทุนเพื่อยอมยุติข้อพิพาทเป็นไปได้ยากมากขึ้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษากันต่อไปถึงแนวทางในการวางกฎเกณฑ์เพื่อหลีกเลี่ยงผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์ดังกล่าว³⁶⁶

ในประเด็นการรักษาความลับ (confidentiality) แม้ว่าการอนุญาตโตตุลาการจะเป็นความลับและคำชี้ขาดจะไม่ถูกเปิดเผยหากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท แต่การส่งพยานหลักฐานต่าง ๆ และคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการมักถูกเรียกร้องให้มีการเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อความโปร่งใส ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้ ในทางกลับกัน การใกล้เคียงมีความจำเป็นในเรื่องการรักษาความลับที่มากกว่าเพราะการใกล้เคียงถูกออกแบบมาให้คู่พิพาทสามารถพูดอย่างตรงไปตรงมาและเปิดเผยเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตน รวมทั้งแรงจูงใจและข้อกังวลที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีอยู่ ซึ่งการรักษาความลับดังกล่าวทำให้คู่พิพาทเกิดความมั่นใจในการหารือประเด็นสำคัญต่าง ๆ โดยไม่ต้องกังวลว่าจะมีผลร้ายต่อฝ่ายตนในกระบวนการฟ้องคดีต่อศาลหรือการอนุญาตโตตุลาการที่อาจตามมาในภายหลัง การใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจึงเป็นประโยชน์สำหรับคู่พิพาทที่จะหลีกเลี่ยงผลกระทบทางการเมืองและผลกระทบต่อองค์กรได้ เนื่องจากคู่พิพาทสามารถบริหารจัดการช่วงเวลาที่จะเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ได้³⁶⁷

แต่ทั้งนี้ ก็ทำให้เกิดประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการใกล้เคียงข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้น อาจจะทำให้เกิดปัญหาอื่นใดในทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่ใช้ในกระบวนการใกล้เคียงหรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องมีการศึกษากันต่อไป

³⁶⁵ จุฬาลักษณ์ พินธะ, "ข้อต่อผู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า. 12-21.

³⁶⁶ Kessedjian, C. *et al.*, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*. p. 14.

³⁶⁷ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2556.

4.6.5 แนวทางในการหลีกเลี่ยงประเด็นปัญหา

4.6.5.1 การปรับปรุงประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย

เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน มีการเสนอให้ต้องยกร่างประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย โดยอาจจะต้องมีการร่างให้ครอบคลุมประเด็นการยอมรับข้อมูลจากบุคคลภายนอกคดี (*amici curiae*) เพื่อช่วยให้ผู้ไกล่เกลี่ยเข้าใจประเด็นพิพาทได้ดียิ่งขึ้นได้หรือไม่ รวมถึงประเด็นการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและเป็นอนุญาโตตุลาการในคดีเดียวกันว่าจะสามารถทำได้หรือไม่ด้วย³⁶⁸ ทั้งนี้ อาจพิจารณานำแนวทางตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสฯ ของ UNCITRAL มาประยุกต์ให้เข้ากับบริบทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

4.6.5.2 การจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษา

ในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน การรักษาความลับ ความยืดหยุ่นของกระบวนการ และการสามารถมีทางเลือกสำหรับผลลัพธ์ (range of outcome choices) ทำให้การไกล่เกลี่ยมีความน่าดึงดูดมากขึ้น และทำให้มีความเป็นไปได้ในการอาศัยการไกล่เกลี่ยควบคู่ไปกับกลไกการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนในปัจจุบัน โดยเฉพาะการใช้การไกล่เกลี่ยในช่วง cooling-off periods นอกจากนี้ โดยที่การไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ช่วยลดความเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกัน การไกล่เกลี่ยจึงอาจช่วยลดความกังวลสำหรับนักลงทุนต่างชาติบางรายที่อาจมีความลังเลในการฟ้องร้องรัฐผู้รับการลงทุน³⁶⁹ ดังนั้น หากมีการจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษาในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มีความเชี่ยวชาญในด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยเฉพาะแล้ว ก็อาจจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้มีการพัฒนาความรู้ความเข้าใจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนให้กับผู้ไกล่เกลี่ย รัฐผู้รับการลงทุน และนักลงทุนได้มากขึ้น ซึ่งอาจจะช่วยให้ฝ่ายต่าง ๆ ตระหนักถึงปัญหาเรื่องความโปร่งใสในกระบวนการไกล่เกลี่ยมากขึ้น และทำให้สาธารณชนอาจจะสามารถเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญต่าง ๆ ผ่านการให้คำแนะนำจากศูนย์ที่ปรึกษาดังกล่าวได้ด้วยอีกหนทางหนึ่ง

³⁶⁸ Kessedjian, C. *et al.*, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*. p. 14.

³⁶⁹ Fan, K., "Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey," *J. Disp. Resol.* 327. p. 331.

4.7 การไกล่เกลี่ยกับปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย

ในบทที่ 2 ผู้วิจัยได้นำเสนอปัญหาสำคัญประการหนึ่งของกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนคือ ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ระยะเวลายาวนานและมีค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ค่อนข้างสูงซึ่งอาจเกิดจากหลายสาเหตุ เช่น ความซับซ้อนของคดี ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่กระจัดกระจาย ประเด็นข้อพิพาทที่หลากหลาย รวมทั้งการที่ต้องศึกษาค่าชี้ขาดในคดีก่อน (precedent) และข้อกฎหมายจำนวนมาก³⁷⁰ เมื่อคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ กับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอข้อพิพาทจนกระทั่งอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด นอกจากนี้ คู่พิพาทยังมีค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการคดีที่จะต้องจ่ายให้กับสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่ออำนวยความสะดวกในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท อีกทั้งคู่พิพาทยังมีค่าใช้จ่ายของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายในการจ้างที่ปรึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านอีกด้วย³⁷¹ ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนที่ถูกฟ้องร้องบางรัฐอาจถูกวิจารณ์จากการใช้งบประมาณสาธารณะในการต่อสู้คดีเพราะโดยปกติอนุญาโตตุลาการจะไม่สั่งให้นักลงทุนฝ่ายที่แพ้คดีต้องจ่ายเงินค่าต่อสู้คดีให้กับรัฐผู้ชนะคดี³⁷² และโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนายังมีค่าใช้จ่ายอีกจำนวนมากที่แฝงอยู่ในกระบวนการพิจารณาหรือของหน่วยงานรัฐในการจัดการกับข้อพิพาททางการลงทุน ซึ่งในรายละเอียดผู้วิจัยได้นำเสนอไว้แล้วในหัวข้อที่ 2.5 ของบทที่ 2

ในบทนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอถึงบทบาทของการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนว่าจะสามารถช่วยพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ในมิติเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการได้อย่างไรบ้างหรือไม่ ซึ่งจะทำให้เพิ่มความน่าสนใจในการที่รัฐและนักลงทุนจะหันมาอาศัยกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนเพิ่มขึ้นได้

4.7.1 ประโยชน์ของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนในมิติเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่าย

มีผู้เสนอว่าการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นทางเลือกนอกเหนือไปจากการอนุญาโตตุลาการที่ประหยัดค่าใช้จ่ายและใช้เวลาน้อยกว่า แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ข้อพิพาทมีความซับซ้อน

³⁷⁰ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 20.

³⁷¹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. paras 17-21.

³⁷² UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 25.

อย่างมากก็ตามเพราะโดยลักษณะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ใช่กระบวนการแก้ต่างอย่างเคร่งครัด (not pleadings intensive) หรือจะต้องมีการพิสูจน์อย่างสิ้นสงสัย (adducing full proofs) จึงทำให้กระบวนการสามารถเสร็จสิ้นได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยจากคดีการประนอมข้อพิพาท ภายใน ICSID จำนวน 5 คดีที่ดำเนินการเสร็จสิ้นไปใช้ระยะเวลาเฉลี่ยประมาณ 16 เดือนเท่านั้น ซึ่งการเสร็จสิ้นกระบวนการที่รวดเร็วจะช่วยลดค่าใช้จ่ายการดำเนินการทางกฎหมายที่อาจจะตามมา ในขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง³⁷³ นอกจากนี้ หากสามารถหาทางออกที่สร้างสรรค์ ได้ก็จะช่วยรักษาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างคู่พิพาทได้อีกด้วย³⁷⁴

คดี Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago

โดยในบริบทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน คดีที่ประสบผลสำเร็จ ในการไกล่เกลี่ยมากที่สุดคดีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางการลงทุนและสามารถตกลงระงับ ข้อพิพาทกันได้คือ คดี Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago³⁷⁵ ที่ถือเป็น คดีแรกภายใต้ ICSID ที่อาศัยการกลไกการประนอมและสามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่มีทุนทรัพย์สูงถึงราว 143 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยเหตุแห่งข้อพิพาท เกิดขึ้นจากการที่รัฐบาลของ Trinidad and Tobago เข้าไปร่วมทุนกับ Tesoro จัดตั้งบริษัท Trinidad-Tesoro Petroleum Company Limited ในปี ค.ศ. 1968 เพื่อการจัดซื้อและพัฒนา แหล่งน้ำมันใน Trinidad โดยแต่ละฝ่ายถือหุ้นร้อยละ 50 แต่มีการตกลงกันแบ่งผลกำไร (dividends) กันตามสัญญาหลายฉบับ ซึ่งกิจการก็ดำเนินการเรื่อยมาจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1981 ความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐบาลกับนักลงทุนก็ย่ำแย่ลงเพราะรัฐบาลมีการบังคับใช้มาตรการใหม่ในการจัดเก็บภาษีปิโตรเลียม และผู้บริหารของบริษัทร่วมทุนที่มาจากฝ่าย Tesoro ได้คัดค้านไม่ให้บริษัทร่วมทุนดังกล่าวดำเนินการ ตามแนวทางของรัฐบาล Trinidad จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1982 Tesoro ก็ได้แสดงเจตนาที่จะขายหุ้นทั้งหมด ในบริษัทร่วมทุน แต่ประสบไม่สามารถตกลงซื้อขายหุ้นกับรัฐบาลได้สำเร็จเนื่องจากตกลงกันเรื่องผลกำไร ที่จะได้รับตามสัญญาไม่ได้ Tesoro จึงมีการกล่าวหาว่ารัฐบาลเป็นฝ่ายผิดสัญญา³⁷⁶

³⁷³ Asian Academy of International Law, "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds." p. 38.

³⁷⁴ Ibid. p. 241.

³⁷⁵ ICSID Case No. CONC/83/1

³⁷⁶ Asian Academy of International Law, "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds." p. 43-46.

โดยการเริ่มต้นของกระบวนการประนอมเริ่มขึ้นเมื่อ Tesoro ได้ส่งคำขอเริ่มต้นกระบวนการประนอมไปยังเลขาธิการ ICSID ในวันที่ 22 สิงหาคม 1983 หลังจากนั้น คู่พิพาทได้ตกลงตั้งผู้ประนอมรายเดียว (a single conciliator) ซึ่งราวกลางเดือนธันวาคม ค.ศ. 1983 คู่พิพาทก็ได้ตัดสินใจเลือก Lord Wilberforce ที่เป็นอดีตผู้พิพากษาอังกฤษที่มีชื่อเสียงและมีประสบการณ์สูงทำหน้าที่เป็นผู้ประนอม และในวันที่ 6 มกราคม 1984 เลขาธิการ ICSID ก็ได้แจ้งคู่พิพาทถึงการเริ่มต้นของกระบวนการไกล่เกลี่ย

หลังจากนั้นในวันที่ 4 มีนาคม 1984 การประชุมหารือเบื้องต้นได้จัดขึ้นที่กรุงลอนดอนตามข้อบังคับที่ 20 ของข้อบังคับการประนอม โดยคู่พิพาทได้ตกลงกันในประเด็นเรื่องกระบวนการพิจารณาภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา ค่าธรรมเนียมผู้ประนอม การจัดส่งเอกสารและคำร้องขอต่าง ๆ ซึ่งหลังจากการยื่นคำร้องขอเปิดคดี (an opening Memorial) ของ Tesoro และคำโต้แย้ง (a Counter-Memorial) จากรัฐบาล Trinidad and Tobago พบว่ามีประเด็นพิพาทหลายประเด็นที่มีความซับซ้อนที่ถูกยกขึ้นโดยคู่พิพาท เช่น ประเด็นการตีความคำว่า “cash available” ประเด็น “หลัก *ex aequo et bono*”³⁷⁷ ในข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาทซึ่งก่อประเด็นกฎหมายที่ซับซ้อนมากขึ้น เป็นต้น³⁷⁸

จากนั้นในวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 1984 มีการประชุมร่วมกันระหว่างคู่พิพาทกับผู้ประนอม (a status conference) ที่กรุงวอชิงตัน ดีซี เพื่อกำหนดขั้นตอนพิจารณาและกลั่นกรองพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่สำคัญ ซึ่งในการประชุมดังกล่าวนี้ Lord Wilberforce ได้ให้คู่พิพาทเสนอมุมมองและข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย และในตอนปิดการประชุม Lord Wilberforce ได้ขอให้คู่พิพาทเสนอมุมมองที่แต่ละฝ่ายเห็นว่าสามารถตกลงยอมรับกันได้ ซึ่งต่อมาในวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1985 Lord Wilberforce ก็ได้ให้คำแนะนำแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย หลังจากนั้นต่างฝ่ายก็มีการเจรจาระหว่างกัน

³⁷⁷ หมายถึง หลักมนุษยธรรมหรือหลักความยุติธรรมและความรู้สึกผิดชอบอันดี ที่คณะอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศสามารถนำมาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทได้ หากคู่กรณีตกลงยินยอมให้กระทำเช่นนั้น เพื่อปลดปล่อยคณะอนุญาโตตุลาการให้พ้นจากความเข้มงวดของตัวบทกฎหมายและชี้ขาดโดยอาศัยความยุติธรรม โดยหลักดังกล่าวได้รับการยอมรับไว้ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการจำนวนมาก เช่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ หรือข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL เป็นต้น (see. นาถนรินทร์ จันทรงาม, *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ*, หน้า. 126.)

³⁷⁸ Asian Academy of International Law, "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds." p. 47.

และมีการสื่อสารกับ Lord Wilberforce เกี่ยวกับมุมมองต่อคำแนะนำของ Lord Wilberforce ซึ่ง Lord Wilberforce ก็ได้มีการปรับปรุงคำแนะนำของตนหลักจากที่ฝ่ายรัฐบาลได้ให้ข้อสังเกตบางประการ ต่อคำแนะนำดังกล่าว³⁷⁹

สุดท้ายในวันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1985 รัฐบาล Trinidad กับ Tesoro ก็ได้ประกาศต่อสาธารณชนถึงผลลัพธ์ของกระบวนการประนอมข้อพิพาท ซึ่งคู่พิพาทได้ตกลงขั้นสุดท้าย (a final settlement) ที่จะจ่ายผลประโยชน์มูลค่า 143 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมดมีค่าบริหารจัดการคดี (the administrative costs) ที่คู่พิพาทต้องรับภาระฝ่ายละเท่ากัน รวมทั้งค่าธรรมเนียมการเป็นผู้ประนอมของ Lord Wilberforce เพียง 11,000 ดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น และใช้ระยะเวลาโดยรวมทั้งหมดน้อยกว่า 2 ปี³⁸⁰

จากคดีตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนด้วยการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทซึ่งในปัจจุบันถูกเข้าใจในความหมายเดียวกันนั้นมีความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าการอาศัยกลไกการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของกลไกดังกล่าวที่ยังไม่ได้ถูกนำมาใช้อย่างจริงจังในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ดังนั้น หากพิจารณาเฉพาะในแง่ของระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการระงับข้อพิพาท ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการอาศัยกลไกการไกล่เกลี่ยมาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนน่าจะเป็นการช่วยให้กระบวนการระงับข้อพิพาทรวดเร็วและประหยัดมากขึ้นได้ หากคู่พิพาทมีความจริงใจในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยทั้งสองฝ่าย อีกทั้ง หากมีองค์กรต่าง ๆ มีส่วนช่วยในการพัฒนาองค์ความรู้และผู้เชี่ยวชาญในด้านการไกล่เกลี่ยมากขึ้นก็น่าจะยิ่งเสริมสร้างให้กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนน่าสนใจมากขึ้นได้

อย่างไรก็ดี โดยที่ปัจจัยในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำหรับทั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุน ไม่ได้มีเพียงเรื่องของการประหยัดค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่จะต้องรวดเร็วเท่านั้น อีกทั้ง ตัวอย่างคดีการไกล่เกลี่ยที่ผู้วิจัยนำเสนอก็เป็นเพียงส่วนน้อยในหมู่ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งมักอาศัยกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนเป็นหลักเพราะมีกรอบโครงสร้างทางกฎหมาย

³⁷⁹ Ibid. p. 48-49.

³⁸⁰ Ibid.

ระหว่างประเทศรองรับ และสามารถให้พลบเลี้ยงแรงกดดันทางการเมืองได้ การจูงใจให้รัฐและนักลงทุนหันมาใช้กลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากขึ้นจึงเป็นสิ่งที่น่าท้าทายและน่าค้นคว้าศึกษาในทางวิชาการต่อไป

4.7.2 แนวทางในการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยมิติเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่าย

4.7.2.1 การจัดตั้งองค์กรผู้นำสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยเฉพาะ (A lead agency for ISDS dispute)

ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของรัฐที่มีความซับซ้อน หากอาศัยการระงับข้อพิพาทกับนักลงทุนโดยวิธีการไกล่เกลี่ยอาจสามารถแก้ไขได้หากมีการรวมศูนย์ (centralizing) หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจในการเจรจาไกล่เกลี่ยเข้าไว้ด้วยกัน หรือการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยหลายฝ่ายที่มีการให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยกับนักลงทุน รวมถึงอาจให้ผู้มีส่วนได้เสีย เช่น กลุ่มของประชาชนที่ดำเนินงานเพื่อสาธารณประโยชน์ หรือตัวแทนของกลุ่มการเมืองเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยด้วย นอกจากนี้ แรงงานกดดันทางการเมืองอาจไม่ได้ส่งผลต่อรัฐในการไกล่เกลี่ยกรณีอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ยเกี่ยวกับข้อขัดแย้งด้านสิ่งแวดล้อม (environmental conflicts) ซึ่งมีผู้มีส่วนได้เสียหลายกลุ่มที่มีมุมมองหลากหลายเกี่ยวกับการอนุรักษ์ การพัฒนา และการจัดการของเสีย ซึ่งแม้แต่ในการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายสาธารณะที่สำคัญ รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาก็มักมีการใช้การไกล่เกลี่ยเพื่อพยายามระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง³⁸¹ อีกทั้งอุปสรรคประการสำคัญสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับนักลงทุนคือ การระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้นมีความยากสำหรับฝ่ายรัฐ โดยเฉพาะกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องมีการจัดทำข้อเสนอเพื่อการระงับข้อพิพาท (a settlement proposal) ที่ทำให้รัฐต้องมีการจ่ายเงินให้กับนักลงทุน ซึ่งเป็นกรณีที่มีความซับซ้อนและใช้ระยะเวลาค่อนข้างมากในการตัดสินใจ รวมถึงใช้ระยะเวลามากในขั้นตอนการรับรองโดยรัฐบาล

จึงมีผู้เสนอให้รัฐผู้รับการลงทุนมีการจัดตั้งองค์กรภายในสำหรับการดำเนินการและการตัดสินใจในคดีการไกล่เกลี่ยทางการลงทุน ซึ่งในการประชุมหารือของคณะทำงาน 3 ของ UNCITRAL ที่จัดขึ้นระหว่างวันที่ 10-11 กันยายน ค.ศ. 2018 Anna Joubin-Bret ได้เสนอแนะให้มีการดำเนินการดังกล่าว ซึ่งอาจจะมีรูปแบบการจัดตั้งที่หลากหลายแตกต่างกันไป เช่น บางรัฐบาลได้มีการตั้งองค์กรผู้นำในการจัดการกับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนและองค์กรดังกล่าวจะได้รับมอบหมาย

³⁸¹ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2558.

อย่างแข็งขันในการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาทกับนักลงทุน ส่วนบางรัฐบาลก็ได้มีการจัดตั้งกลุ่มความร่วมมือระหว่างหลายหน่วยงาน (inter-agency groups) เพื่อจัดการกับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ในขณะที่บางแห่งก็มีการผ่านกฎหมายเพื่อสร้างกรอบการทำงานที่เป็นทางการ (a formal institutional framework) เพื่อป้องกันและบริหารจัดการกับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน³⁸²

4.7.2.2 การกำหนดขั้นตอนที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องดำเนินการก่อนเข้าสู่การไกล่เกลี่ย

แม้ว่าการไกล่เกลี่ยจะมีความเหมาะสมอย่างมากต่อรัฐและนักลงทุนในโครงการการลงทุนขนาดใหญ่เนื่องจากสามารถใช้ในการหลีกเลี่ยงไม่ให้ประเด็นพิพาทที่อ่อนไหวทางการเมือง (politically sensitive disputes) ยกระดับขึ้นเป็นประเด็นข้อพิพาทที่ใหญ่ขึ้น เนื่องจากจิตวิญญาณความร่วมมือของการไกล่เกลี่ย (the collaborative spirit of mediation) ทำให้คู่พิพาทหลีกเลี่ยงผลลัพธ์ในลักษณะของการแพ้ชนะ (win-lose outcome) และก้าวข้ามข้อพิพาททางกฎหมายเล็ก ๆ น้อย ๆ มุ่งสู่การต่อรองเกี่ยวกับผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย ทั้งยังช่วยรักษาความสัมพันธ์ทางการลงทุนระหว่างกันได้เป็นอย่างดี หากทั้งรัฐและนักลงทุนอาศัยกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อแบ่งปันข้อมูลสำคัญ และสร้างความเข้าใจระหว่างกัน³⁸³

แต่อุปสรรคสำคัญประการหนึ่งสำหรับการเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอาจเกิดจากการที่รัฐมีโครงสร้างการบริหารซึ่งอาศัยระบบราชการที่มีความซับซ้อน โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งบริหารโดยอาศัยระบบราชการ (bureaucracy) ขนาดใหญ่และขาดประสิทธิภาพ อาจใช้ระยะเวลาหลายเดือนในการค้นหาหน่วยงานรัฐที่มีความเหมาะสมในการเข้ามาจัดการข้อพิพาททางการลงทุน และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐก็อาจจะมีมุมมองที่แตกต่างกันเกี่ยวกับวิธีการในการจัดการกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ทำให้แรงจูงใจของนักลงทุนในการรักษาความสัมพันธ์ โดยการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอาจจะลดน้อยลง หากหน่วยงานที่นักลงทุนต้องการสร้างความสัมพันธ์ระยะยาวด้วยไม่ได้เป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการข้อพิพาทที่เกิดขึ้น³⁸⁴

นอกจากนี้ อุปสรรคประการสำคัญสำหรับรัฐผู้รับการลงทุนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับนักลงทุนคือ การระงับข้อพิพาททางการลงทุนนั้นมีความยากสำหรับฝ่ายรัฐ โดยเฉพาะ

³⁸² Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." p. 18-19.

³⁸³ Fan, K., "Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey," *J. Disp. Resol.* 327. p. 331.

³⁸⁴ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2557.

กับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องมีการจัดทำข้อเสนอเพื่อการระงับข้อพิพาท (a settlement proposal) ที่ทำให้รัฐต้องมีการจ่ายเงินให้กับนักลงทุน ซึ่งเป็นกรณีที่มีความซับซ้อนและใช้ระยะเวลาค่อนข้างมากในการตัดสินใจ รวมถึงใช้ระยะเวลายาวนานในขั้นตอนการรับรองโดยรัฐบาล อีกทั้งยังมีประเด็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามการลงทุนโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งส่วนหนึ่งก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน และในขณะที่การลงทุนและนักลงทุนต่างชาติตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐ การลงทุนและนักลงทุนก็ยังคงได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ด้วยเช่นกัน³⁸⁵ โดยสำหรับบางประเทศ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส มาตรา 2045 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง แม้ไม่ได้บัญญัติห้ามการไล่เกลี้ยไถ้โดยตรง แต่ก็มีข้อกำหนดให้หน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่จะต้องดำเนินการตามหลักธรรมาภิบาล (good governance) ตลอดกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เป็นไปตามหลักปฏิบัติทางปกครองที่ดี (good administrative practice) และเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมาย ส่วนในบางประเทศก็มีบทบัญญัติเฉพาะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ การปฏิบัติหน้าที่อย่างโปร่งใส และการปฏิบัติตามกฎหมายต่อต้านการทุจริต³⁸⁶

ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่า การสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนว่าหน่วยงานของรัฐหรือบุคลากรของรัฐที่เข้าร่วมในกระบวนการไล่เกลี้ยไถ้เป็นผู้ที่รับผิดชอบในประเด็นพิพาทและมีอำนาจในการตัดสินใจใด ๆ ในกระบวนการไล่เกลี้ยไถ้อย่างแท้จริง การกำหนดขั้นตอนภายในสำหรับรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การออกกฎหมายเพื่อแต่งตั้งเจ้าหน้าที่รัฐเป็นตัวแทนในการเจรจาอย่างเป็นทางการ อาจจะเป็นการช่วยสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนมากขึ้นได้ และในอีกมุมหนึ่งยังเป็นการปกป้องเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าร่วมในกระบวนการไล่เกลี้ยไถ้จากความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อผลลัพธ์ในการไล่เกลี้ยไถ้ที่อาจไม่เป็นคุณต่อฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนด้วยเช่นกัน

³⁸⁵ นาถนิรันดร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 142.

³⁸⁶ Kessedjian, C. *et al.*, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16. p. 13.

4.8 การขาดกลไกตามกฎหมายในการบังคับตามความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

ความสามารถบังคับตามความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยเป็นปัจจัยสำคัญที่จะสร้างความน่าเชื่อถือให้กับกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนเพราะการบังคับความตกลงระงับข้อพิพาทได้สำเร็จถือเป็นจุดสิ้นสุดของข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วความตกลงระงับข้อพิพาทก็อาจจะสามารถนำไปบังคับได้โดยกลไกของศาลภายในในฐานะที่เป็นสัญญา (as a contract) รูปแบบหนึ่ง แต่ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวก็จะประสบกับความล่าช้า ชับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายในกระบวนการบังคับตามสัญญาที่สูง³⁸⁷

ในกรณีของคำชี้ขาดอันเกิดจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน แม้ในอดีตรัฐต่าง ๆ มักจะเคารพในการการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่ในระยะหลังรัฐบางรัฐมีการปฏิเสธในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้น เช่น กรณีของประเทศอาร์เจนตินาที่มีการปฏิเสธการจ่ายเงินหลายร้อยล้านดอลลาร์สหรัฐตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่เกิดจากวิกฤติทางเศรษฐกิจอันเกิดจากการที่รัฐบาลอาร์เจนตินาลดค่าเงินของตัวเอง³⁸⁸

หากแนวคิดในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับการยอมรับจากรัฐและนักลงทุนเพิ่มมากขึ้นตามที่หลายฝ่ายพยายามส่งเสริมให้เกิดขึ้น แม้อาจจะคาดหวังได้ว่าคู่พิพาททั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุนที่ได้เข้าทำความตกลงระงับข้อพิพาทกันอย่างสมัครใจโดยอาศัยการไกล่เกลี่ยจะเต็มใจที่จะปฏิบัติตามความตกลงระงับข้อพิพาทนั้น อย่างไรก็ตาม มีประเด็นในทางกฎหมายที่น่าสนใจในการวิเคราะห์ต่อไปว่า หากมีการเข้าทำความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างกันแล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเกิดมีการเปลี่ยนใจในภายหลังหรือด้วยสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หรืออาจเกิดแรงกดดันทางการเมืองต่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาระงับข้อพิพาทที่ได้ตกลงกันไว้ ภายใต้โครงสร้างทางกฎหมายปัจจุบันจะช่วยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

³⁸⁷ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras. 123-124.

³⁸⁸ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2546.

4.8.1 การตรวจสอบและบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในปัจจุบัน

ในกรณีของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เมื่อนักลงทุนชนะคดีจากการอนุญาโตตุลาการแล้ว การตรวจสอบและการบังคับคำชี้ขาด จะมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกนำมาใช้ โดยในกรณีของการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965, ICSID Convention) การตรวจสอบและการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นไปตามที่อนุสัญญา ICSID ได้วางไว้ กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้ประธานคณะมนตรีทางปกครองของศูนย์ ICSID (Chairman of ICSID's Administrative Council) แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยมีเหตุที่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้เพียง 5 ประการ ได้แก่ (1) คณะอนุญาโตตุลาการมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นอย่างเหมาะสม (2) คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินส่วนอย่างชัดเจน (3) การทุจริตของสมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการ (4) การไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์พื้นฐานในทางวิธีพิจารณาความอย่างร้ายแรง หรือ (5) คำชี้ขาดไม่ได้ระบุเหตุผลที่เป็นพื้นฐานของคำชี้ขาด โดยการเพิกถอนคำชี้ขาดนี้เกี่ยวข้องกับ ความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการชี้ขาดเท่านั้น ไม่ได้เกี่ยวข้องกับความถูกต้องของเนื้อหา ของคำชี้ขาดแต่อย่างใด ซึ่งการเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวจะมีผลเป็นเพียงการลบล้างคำชี้ขาดเดิม ทั้งหมดหรือบางส่วนเท่านั้น และข้อพิพาทในส่วนที่ถูกเพิกถอนไปก็สามารถถูกนำเข้าสู่การพิจารณา ชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการใหม่ได้ แต่สำหรับในส่วนที่ยังไม่ได้มีการเพิกถอนยังคงมีผลผูกพัน คู่กรณีต่อไป³⁸⁹

ในด้านการบังคับตามคำชี้ขาด ภายใต้อนุสัญญา ICSID รัฐภาคีต้องยอมรับว่าคำชี้ขาด มีผลผูกพันและบังคับตามพันธกรณีทางการเงินที่ปรากฏในคำชี้ขาดในดินแดนของตนเสมือนหนึ่ง เป็นคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลภายในของตน ทั้งนี้ สามารถคำนึงถึงกฎหมายว่าด้วยความคุ้มกัน ของรัฐภาคีหรือความคุ้มกันของรัฐต่างชาติอื่นจากการบังคับคำชี้ขาดที่ใช้บังคับในรัฐภาคีได้³⁹⁰

³⁸⁹ นาถนรินทร์ จันทรงาม, หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ, หน้า. 19.

³⁹⁰ Ibid.

ส่วนในกรณีการอนุญาโตตุลาการอื่นที่ไม่ได้เกิดขึ้นภายในอนุสัญญา ICSID และกรณีการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) นั้น การตรวจสอบและบังคับคำชี้ขาดมักจะจะเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างชาติ ค.ศ. 1958 (Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Awards of 1958) หรือที่รู้จักกันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก หรืออาจจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายของรัฐ ซึ่งเป็นที่ตั้งในทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) และกฎหมายของรัฐซึ่งเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินของคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดี เป็นต้น โดยภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างชาติอาจถูกปฏิเสธการยอมรับและการบังคับได้ หากคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีสามารถพิสูจน์ได้ถึงเหตุแห่งการปฏิเสธที่อนุสัญญานิวยอร์กกำหนดไว้ เช่น (1) ความบกพร่องในเรื่องความสามารถของคู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (2) การขาดการแจ้งอย่างเหมาะสมให้คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีทราบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีคู่ฝ่ายที่แพ้คดีไม่สามารถเข้าสู่คดีได้ (3) การชี้ขาดที่นอกเหนือไปจากการร้องขอของคู่กรณี (4) องค์ประกอบของผู้มีอำนาจในการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรือ (5) คำชี้ขาดนั้นยังไม่มีผลผูกพันคู่กรณีหรือได้ถูกเพิกถอน หรือถูกระงับโดยผู้มีอำนาจของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดเกิดขึ้นหรือภายใต้กฎหมายของประเทศดังกล่าว³⁹¹

นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างชาติอาจถูกปฏิเสธการยอมรับและบังคับได้หากผู้มีอำนาจในการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดพบว่า (1) เรื่องที่ทำการอนุญาโตตุลาการมาแล้ว เป็นเรื่องที่ไม่สามารถเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายภายในของประเทศที่ถูกร้องขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด หรือ (2) การยอมรับหรือการบังคับคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย (public policy) ของประเทศที่ถูกร้องขอให้ยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาด³⁹²

³⁹¹ Ibid. หน้า. 20.

³⁹² Ibid.

4.8.2 แนวทางการตรวจสอบและบังคับตามความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายใต้โครงสร้างทางกฎหมายปัจจุบัน

ประเด็นปัญหาภายหลังจากที่รัฐและนักลงทุนได้ตกลงทำความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเสร็จสิ้นแล้วคือ จะนำความตกลงดังกล่าวไปบังคับคดีด้วยวิธีการใด เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่รองรับเกี่ยวกับการบังคับตามความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอย่างชัดเจน แต่หากกรณีเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยกลไกผสมผสานในรูปแบบ Arb-Med-Arb คู่พิพาทอาจนำความตกลงระงับข้อพิพาทไปให้คณะอนุญาโตตุลาการรับรองในฐานะคำชี้ขาดตามยอมได้ (a consent arbitral award)

ดังนั้น หนึ่งในแนวทางที่สามารถเพิ่มความเข้มแข็งให้กับกระบวนการบังคับตามความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยภายใต้กลไกของระบบกฎหมายภายในของรัฐได้คือการทำให้ความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยสามารถบังคับได้ในฐานะอย่างคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอม (a consent arbitral award)³⁹³ โดยหากมีการเลือกใช้รูปแบบของการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสาน เช่น กรณีรูปแบบ Arb-Med-Arb กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เมื่อคู่พิพาทประสบความสำเร็จในการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยแล้ว คู่พิพาทสามารถนำผลการระงับข้อพิพาทดังกล่าวกลับไปยังคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อรับรองความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทในรูปแบบของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอม (a consent arbitral award) ได้โดยอาศัยกระบวนการภายใต้ข้อบังคับที่ 43³⁹⁴ ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID หรือภายใต้ข้อบังคับที่ 36³⁹⁵ (1) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 2013 ซึ่งจะทำให้คำชี้ขาด

³⁹³ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 125.

³⁹⁴ "Rule 43 Settlement and Discontinuance

(1) If, before the award is rendered, the parties agree on a settlement of the dispute or otherwise to discontinue the proceeding, the Tribunal, or the Secretary-General if the Tribunal has not yet been constituted, shall, at their written request, in an order take note of the discontinuance of the proceeding.

(2) If the parties file with the Secretary-General the full and signed text of their settlement and in writing request the Tribunal to embody such settlement in an award, the Tribunal may record the settlement in the form of its award." (see. ICSID, "Icsid Convention Arbitration Rules,"(2006).)

³⁹⁵ "Article 36

1. If, before the award is made, the parties agree on a settlement of the dispute, the arbitral tribunal shall either issue an order for the termination of the arbitral proceedings or, if requested by the parties and accepted

อนุญาโตตุลาการโดยความยินยอมดังกล่าวสามารถนำไปบังคับกันได้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ค (the New York Convention)³⁹⁶

4.8.3 การอาศัยกลไกตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย

ในอดีตการบังคับสัญญาฉบับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมระหว่างรัฐกับนักลงทุนสามารถทำได้ด้วยการจัดให้สัญญาฉบับข้อพิพาทดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอม (the settlement agreement as an arbitral award by consent) ส่วนในกรณีการบังคับตามสัญญาประนอมข้อพิพาททางพาณิชย์ หากพิจารณาจาก Article 14³⁹⁷ ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการประนอมข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (the 2002 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) จะเพียงกำหนดให้สัญญาฉบับข้อพิพาทที่ทำขึ้นสามารถผูกพันและบังคับกันได้ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐ โดยเปิดกว้างให้รัฐสามารถกำหนดวิธีการบังคับตามสัญญาฉบับข้อพิพาทได้หลากหลายแนวทาง ซึ่งในบางรัฐก็ได้บังคับสัญญาฉบับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยหรือการประนอมในฐานะที่เป็นสัญญา

by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms. The arbitral tribunal is not obliged to give reasons for such an award.

2. If, before the award is made, the continuation of the arbitral proceedings becomes unnecessary or impossible for any reason not mentioned in paragraph 1, the arbitral tribunal shall inform the parties of its intention to issue an order for the termination of the proceedings. The arbitral tribunal shall have the power to issue such an order unless there are remaining matters that may need to be decided and the arbitral tribunal considers it appropriate to do so.

3. Copies of the order for termination of the arbitral proceedings or of the arbitral award on agreed terms, signed by the arbitrators, shall be communicated by the arbitral tribunal to the parties. Where an arbitral award on agreed terms is made, the provisions of article 34, paragraphs 2, 4 and 5, shall apply.” (see. Law, U. N. C. o. I. T., "Uncitral Arbitration Rules.”)

³⁹⁶ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 128.

³⁹⁷ “Article 14. Enforceability of settlement agreement⁴

If the parties conclude an agreement settling a dispute, that settlement agreement is binding and enforceable . . . [the enacting State may insert a description of the method of enforcing settlement agreements or refer to provisions governing such enforcement].”

แต่ในบางรัฐจะมีกระบวนการบังคับตามสัญญาแบบเร่งรัด (expedited enforcement procedures) ในรูปแบบอื่น ๆ³⁹⁸

อย่างไรก็ดี โดยที่ปัจจุบันมีแนวทางในการบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ ที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ.2019³⁹⁹ จึงน่าจะสามารถอาศัยแนวทางตามอนุสัญญาดังกล่าวเพื่อมาปรับใช้กับการบังคับความตกลง ระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยได้

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผล จากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) หรือ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (the Singapore Convention on Mediation) มีการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการเร่งรัดในการบังคับสัญญาระงับ ข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย (an expedited enforcement regime for mediated settlement agreement) สำหรับแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (international commercial disputes)⁴⁰⁰ ซึ่งในบริบทของ UNCITRAL นั้น คำว่า “ทางพาณิชย์ (commercial)”⁴⁰¹ หมายรวมถึงข้อพิพาททางการลงทุนด้วย แต่ทั้งนี้ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ก็เปิดช่องให้รัฐต่าง ๆ สามารถอาศัย Article 8.1⁴⁰² (a) เพื่อตั้งข้อสงวน (reservation) ไม่นำความตกลง

³⁹⁸ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01. p. 25.

³⁹⁹ นฤมล มีชูกรณ์, "การบังคับสัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ศึกษา การบังคับ สัญญาไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019," หน้า. 73.

⁴⁰⁰ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01. p. 25.

⁴⁰¹ "The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; and carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road." (see. footnote 1, UNCITRAL, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation.")

⁴⁰² "Article 8. Reservations

1. A Party to the Convention may declare that:

ระงับข้อพิพาทที่มีรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญามาใช้ได้ และ/หรืออาจอาศัย Article 8.1 (b) ในการตั้งข้อสงวนเพื่อให้รัฐสามารถอาศัยความตกลงระงับข้อพิพาทที่มี “ข้อตกลงให้เลือก (opting in)” ในการนำความตกลงดังกล่าวมาใช้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยได้⁴⁰³ ซึ่งหากรัฐต่าง ๆ มีการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยโดยไม่ได้มีการตั้งข้อสงวนดังกรณีดังกล่าวไว้ข้างต้น ก็น่าจะเป็นแนวทางที่เปิดช่องให้ทั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุนสามารถนำความตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุนไปบังคับกันได้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าภายใต้โครงสร้างทางกฎหมายในปัจจุบันยังคงมีทางเลือกสำหรับรัฐและนักลงทุนสำหรับการบังคับตามความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยได้หลายแนวทาง โดยในมุมมองของนักลงทุน การพิจารณาเลือกแนวทางเพื่อบังคับตามความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยขึ้นอยู่กับว่าคู่พิพาทฝ่ายรัฐเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศใดบ้าง รวมทั้งจะต้องพิจารณาลงไปในรายละเอียดด้วยการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐที่เป็นคู่พิพาทได้มีการตั้งข้อสงวนประการใดไว้หรือไม่

4.9 การไกล่เกลี่ยกับการช่วยขจัดปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด

การอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุนไม่สามารถคาดหมายผลของการดำเนินคดีได้ สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการที่สนธิสัญญาการลงทุนเพียงได้รับการพัฒนาไม่นานมากนัก และเหมือนกับกรณีการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทภายใต้กระบวนการขององค์การการค้าโลก (WTO) ที่ผลของการอนุญาโตตุลาการภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนไม่ได้สร้างบรรทัดฐานคำตัดสินอย่างเป็นทางการ (a formal precedent) ที่จะมีผลต่อการอนุญาโตตุลาการที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่ในทางข้อเท็จจริง (*de facto*) คณะอนุญาโตตุลาการก็มักจะยึดคำชี้ขาดในคดีก่อนมาเป็นแนวทางในการตีความข้อพิพาทในสนธิสัญญาต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม

(a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;

(b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.”

⁴⁰³ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," *NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01*. p. 25.

คำชี้ขาดโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็มักปรากฏความไม่สอดคล้องกัน (inconsistency) ของคำชี้ขาดในการตีความสนธิสัญญาทั้งประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณา และประเด็นในทางสารบัญญัติ ทำให้คู่พิพาทในข้อพิพาททางการลงทุนมีความเป็นไปได้น้อยมาก ในการทำนายหรือคาดการณ์ผลลัพธ์ของคำชี้ขาด⁴⁰⁴

ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างรัฐกับนักลงทุน ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้โดยละเอียดแล้วบทที่ 2 ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอเกี่ยวกับบทบาทของการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมในกลไกการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนว่าจะสามารถช่วยขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในประเด็นความสอดคล้องกันของคำชี้ขาดได้มากน้อยเพียงใด และจะก่อให้เกิดปัญหาอื่นใดทั้งในทางข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายตามมาอีกหรือไม่

4.9.1 บทบาทของการไกล่เกลี่ยในการช่วยขจัดปัญหาความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด

สำหรับกระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น เป็นกระบวนการเจรจาที่ได้รับการอำนวยความสะดวกโดยบุคคลที่สามที่เป็นกลาง (facilitated by a neutral third party) และมีความยืดหยุ่นสูง แต่ทั้งนี้ วิธีการไกล่เกลี่ยในทุกรูปแบบขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทเป็นหลัก ทำให้ลักษณะของการไกล่เกลี่ยอยู่ในรูปแบบของความสมัครใจของคู่พิพาทมากกว่าการบังคับ และคู่พิพาทเป็นผู้ควบคุมผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมด ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่เพียงการแนะนำและช่วยอำนวยความสะดวกในการสื่อสารระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเท่านั้น และโดยทั่วไปการไกล่เกลี่ยจะเริ่มจากการหารือกันระหว่างคู่พิพาทกับผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะอธิบายกระบวนการและกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานทั้งหมดให้คู่พิพาททราบ ซึ่งหลังกระบวนการเริ่มต้นขึ้นจะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน ทั้งในรูปแบบของการจัดประชุมหรือการส่งเอกสารหลักฐานเป็นหนังสือ โดยการไกล่เกลี่ยส่วนใหญ่จะมีการจัดการประชุมร่วมกันระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายกับผู้ไกล่เกลี่ย หรืออาจจัดการประชุมเป็นส่วนตัวระหว่างคู่พิพาทแต่ละฝ่ายกับผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยรวบรวมข้อมูล รับฟัง และสอบถามคู่พิพาทแต่ละฝ่าย โดยหากคู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจช่วยเหลือในการยกร่าง

⁴⁰⁴ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2548.

(drafting) ความตกลงระงับข้อพิพาทหรืออาจช่วยทำให้ความตกลงดังกล่าวมีความชัดเจน (clarifying) มากขึ้นก็ได้⁴⁰⁵

ทั้งนี้ การวางโครงสร้างของกระบวนการไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเลือกใช้แนวทางในการไกล่เกลี่ยที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อพิพาท โดยผู้ไกล่เกลี่ยอาจอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative approach) โดยหลีกเลี่ยงที่จะแสดงความเห็นเกี่ยวกับสถานะของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายว่าฝ่ายใดได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร แต่จะมุ่งเน้นไปที่การให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายให้ความสำคัญไปยังผลประโยชน์ของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายและการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างกัน ส่วนหากผู้ไกล่เกลี่ยอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยอย่างตรงไปตรงมา (directive approach) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการไกล่เกลี่ยในเชิงการประเมินคุณค่า (evaluative approach) ผู้ไกล่เกลี่ยก็จะประเมินหรือให้น้ำหนักกับจุดยืนของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายอย่างเปิดเผย ว่าสิทธิของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายในข้อพิพาทเป็นอย่างไร และคาดการณ์ผลของการประเมินนั้นว่าจะเป็นอย่างไรหากข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศาลหรืออนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยมักจะผสมผสานหรือเลือกใช้วิธีการที่เหมาะสมกับข้อพิพาทเป็นรายกรณีไป ตัวอย่างเช่น ผู้ไกล่เกลี่ยอาจเริ่มต้นด้วยการอำนวยความสะดวกให้คู่พิพาทอธิบายผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายในขั้นแรก หลังจากนั้นจึงอาศัยวิธีการประเมินน้ำหนักจุดยืนของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายเพื่อให้คู่พิพาทบรรลุความตกลงกันได้⁴⁰⁶

ประโยชน์ของการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนอย่างหนึ่งคือการไกล่เกลี่ยเป็นการให้บุคคลภายนอกเข้ามาให้ความช่วยเหลือ ในขณะที่เดียวกันก็ยังคงอำนาจในการควบคุมผลลัพธ์ของข้อพิพาทไว้ที่คู่พิพาท การเข้ามาของบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางเปลี่ยนแปลงพลวัตของการเจรจาระหว่างกันและช่วยให้คู่พิพาทก้าวข้ามอุปสรรคต่าง ๆ เพื่อการบรรลุข้อพิพาทได้ดีขึ้น เพราะผู้ไกล่เกลี่ยจะช่วยสร้างบรรยากาศให้เกิดความร่วมมือในการแบ่งปันข้อมูลระหว่างกัน การช่วยชี้ประเด็นและตีกรอบประเด็นสำคัญแห่งข้อพิพาทให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยยังช่วยให้คู่พิพาทค้นพบผลประโยชน์ที่สำคัญของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายและเปิดเผยออกมาว่าสิ่งใดไม่เป็นประโยชน์ รวมทั้งยังช่วยในการเสนอขั้นตอนที่มีประสิทธิภาพในการสร้างและประเมินทางเลือกของในการระงับข้อพิพาทระหว่างกัน และผู้ไกล่เกลี่ยยังสามารถ

⁴⁰⁵ Ibid. p. 2549.

⁴⁰⁶ Ibid. p. 2549-2550.

อาศัยองค์ความรู้ขั้นสูงในทฤษฎีการเจรจาและการสื่อสาร (negotiation and communication theory) ในการแก้ไขหรือจัดปัญหาการใช้กลยุทธ์การข่มขู่ (hardball tactics) การหลอกลวง (deception) การมีอำนาจต่อรองที่ไม่สมดุลกัน (power imbalance) ระหว่างคู่พิพาท รวมถึงแก้ปัญหาที่การเจรจาไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ ซึ่งทั้งหมดข้างต้นเป็นอุปสรรคสำคัญในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน⁴⁰⁷

ดังนั้น การเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจึงเป็นการช่วยขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นกับกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในประเด็นความสอดคล้องกันของคำชี้ขาดได้ในทางอ้อม เนื่องจากการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทนั้นอาศัยผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างคู่พิพาทเป็นสำคัญ จึงทำให้อาจไม่ต้องการตีความสนธิสัญญาการลงทุนอย่างเช่นในกรณีของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁴⁰⁸

4.9.2 ผลกระทบในเชิงลบที่อาจเกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

มีผู้เสนอข้อคิดเห็นว่า การไกล่เกลี่ยไม่ได้สร้างบรรทัดฐานคำตัดสินหรือช่วยพัฒนาหลักทางนิติศาสตร์ (precedent or jurisprudential growth) กล่าวคือ มีข้อวิจารณ์ว่าวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งเป็นกระบวนการระงับทางเลือกไม่ได้ช่วยในการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมาย (legal precedent) ทำให้ไม่อาจสร้างหลักทางนิติศาสตร์ (the jurisprudential foundation) ที่จะใช้ในการอ้างอิงในการตัดสินข้อพิพาทอื่น ๆ ในอนาคตได้ โดยหากมีการใช้การไกล่เกลี่ยเพิ่มขึ้นจะทำให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินโดยมีการอธิบายเหตุผลทางกฎหมายไว้ก็จะลดลง ซึ่งคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศที่เพิ่งมีการพัฒนามาไม่นาน ซึ่งจะยิ่งเพิ่มปัญหาของความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาการลงทุนที่มีอยู่ในปัจจุบันให้มากขึ้น และหากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการลดลง คู่พิพาทก็จะขาดข้อมูลในการนำมาวิเคราะห์เพื่อคาดการณ์คดีของตนและจะยิ่งยากในการจะทราบได้ว่าข้อพิพาทจะระงับกันได้เมื่อใด⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Ibid. p. 2554-2555.

⁴⁰⁸ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 27.

⁴⁰⁹ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2557.

อย่างไรก็ดี มีการโต้แย้งว่า ข้อวิจารณ์ดังกล่าวดูเหมือนจะให้ค่ากับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมากเกินไป และเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าจะมีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้แทนที่การอนุญาโตตุลาการ เพราะอันที่จริงแล้วการผลลัพธ์ของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนมีจุดอ่อนในเรื่องของความคาดหมายได้ของคำชี้ขาดเพราะองค์คณะอนุญาโตตุลาการมักจะตีความสนธิสัญญาที่ต่างกันไป นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยก็ไม่สามารถนำมาแทนที่การอนุญาโตตุลาการทั้งหมดในแง่ของกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพราะไม่ใช่ทุกกรณีที่จะเหมาะสมในการใช้วิธีการไกล่เกลี่ย โดยเฉพาะประเด็นพิพาทที่มีเดิมพันสูง (high-stakes disputes) ซึ่งอาจนำมาซึ่งการล้มละลายหรือความล้มเหลวในการจัดทำบริการสาธารณะ ข้อพิพาทเหล่านี้จึงยังคงควรอาศัยคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในการวางบรรทัดฐานอยู่ การไกล่เกลี่ยจะเป็นเพียงส่วนเติมเต็ม (supplement) ในโครงสร้างการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ในปัจจุบันเพื่อจัดการกับประเด็นพิพาทที่เหมาะสมกับอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ย และปล่อยให้ข้อพิพาทอื่น ๆ ดำเนินไปตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป⁴¹⁰

ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่าหากมีการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาปรับใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ประเด็นเบื้องต้นที่จะต้องมีการพิจารณาคือ ลักษณะของข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นเป็นอย่างไร และเหมาะสมหรือไม่ที่จะอาศัยการระงับข้อพิพาทระหว่างกันด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นสิ่งที่คู่พิพาททั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุนจะต้องประเมินด้วยตนเอง โดยอาจจะอาศัยความช่วยเหลือและขอรับคำแนะนำจากองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID เป็นต้น ซึ่งหากคู่พิพาทสามารถเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทของตนได้ ไม่ว่าจะด้วยการอาศัยกลไกการอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ย หรือกลไกการระงับข้อพิพาทในรูปแบบผสมผสานก็ดี และผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทดังกล่าวเป็นที่พึงพอใจหรือยอมรับกันได้ระหว่างคู่พิพาท ก็น่าจะถือได้ว่าบรรลุวัตถุประสงค์ของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ทุกองค์กรพยายามออกแบบและสรรค์สร้างกันขึ้นมาแล้ว นอกจากนี้ ในประเด็นข้อวิจารณ์ที่ว่า การนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้เพิ่มมากขึ้นไม่ได้เป็นการช่วยพัฒนาหลักทางนิติศาสตร์ในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่ควรนำประเด็นดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการปฏิเสธการอาศัยการ

⁴¹⁰ Ibid. p. 2557.

ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพราะหน้าที่ในการพัฒนาหลักนิติศาสตร์ควรขึ้นอยู่กับ อนุญาโตตุลาการในแต่ละคดี และไม่ควรคาดหวังให้คู่ความเป็นผู้เข้ามาช่วยเหลือในการพัฒนาหลัก นิติศาสตร์

4.10 บทสรุป

ในบทที่ 4 ตอนต้นผู้วิจัยได้นำเสนอเกี่ยวกับโครงสร้างทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลัง การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบัน ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวบางประการ รวมทั้งข้อพิจารณาทางกฎหมายบางประการสำหรับการ อนุญาโตตุลาการด้านการลงทุน นอกจากนี้ ยังได้นำเสนอเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะตัวบางประการ ของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งมีความแตกต่างจากความเข้าใจในทางกฎหมายระหว่างประเทศแบบดั้งเดิม

หลังจากนั้น ผู้วิจัยได้นำเสนอประเด็นความท้าทายในการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาเสริม ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนซึ่งพบว่าลักษณะของการไกล่เกลี่ยที่จะเป็นประโยชน์ ต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนคือวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative mediation) เนื่องจากจะทำให้คู่พิพาทให้ความสำคัญกับโอกาสในการได้รับผลประโยชน์ ร่วมกันในระยะยาวมากขึ้น ส่วนวิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (evaluative mediation) แม้อาจจะสามารถนำมาใช้ร่วมกันได้ในบางบริบทแต่การชี้ประเด็นสำคัญในข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ซึ่งคล้ายกับกลไกการประนอมข้อพิพาทในปัจจุบันได้รับการพิสูจน์มาแล้วว่าไม่ได้รับความนิยมนจากรัฐ และนักลงทุน

ในหัวข้อต่อมาผู้วิจัยได้นำเสนอเกี่ยวกับวิธีการและรูปแบบการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริม กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งในกรณีของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ปัจจุบันนั้น สัญญาการลงทุน กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน และสนธิสัญญาการลงทุน ต่างก็มีบทบาทในการกำหนดวิธีการและรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งในกรณีของการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนก็ น่าจะต่อ เป็นไปในรูปแบบเดียวกัน ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้นำเสนอแนวคิดต่าง ๆ เพิ่มเติมเพื่อให้การนำการไกล่เกลี่ย มาเป็นส่วนหนึ่งในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมีประสิทธิภาพมากขึ้น เช่น การอาศัย

มาตรการต่าง ๆ ในระดับชาติเพื่อป้องกันและจำกัดข้อพิพาท หรือการปรับปรุงข้อบทในสนธิสัญญาการลงทุน เป็นต้น

นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้นำเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับรูปแบบการไกล่เกลี่ยที่อาจนำมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ซึ่งอาจมีการนำกลไกการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการมาผสมผสานกันได้หลากหลายรูปแบบ ทั้งยังได้เสนอปัญหาในทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการอาศัยแต่ละรูปแบบอีกด้วย และตั้งแต่หัวข้อที่ 4.4 ถึงหัวข้อที่ 4.9 ผู้วิจัยได้นำประเด็นปัญหาที่ได้รับการวิจารณ์ในกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่ได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 2 มาวิเคราะห์ว่าหากมีการนำกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนแล้ว จะสามารถช่วยแก้ไขประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับกลไกการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ หรืออาจจะสร้างปัญหาใด ๆ ขึ้นมาใหม่ที่อาจจะไม่เกิดขึ้นกับกลไกการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยค้นพบประเด็นในทางกฎหมายที่น่าสนใจหลากหลายประการ ซึ่งจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาค้นคว้าแนวทางแก้ไขและพัฒนากันต่อไป

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

รัฐต่าง ๆ ได้เข้าทำสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากต้องการดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ (FDI) สำหรับประเทศไทยได้มีการลงนามและให้สัตยาบันในสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (Bilateral Investment Treaties – BITs) ที่มีผลใช้บังคับแล้ว จำนวน 36 ฉบับ อีกทั้งยังมีสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนอีกมากกว่า 21 ฉบับ⁴¹¹ และโดยทั่วไปในสนธิสัญญาการลงทุนจะมีข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (dispute resolution clause) ซึ่งข้อบทยังกล่าวเป็นหนึ่งในข้อสัญญาที่สำคัญเพราะจะระบุการเลือกเวทีสำหรับการระงับข้อพิพาทไว้ โดยมีกระบวนการนำการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution, ADR) มาใช้สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เช่น การเจรจาต่อรอง การประนีประนอม การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ

ภายหลังจากที่รัฐบาลไทยถูกนักลงทุนยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากข้อกล่าวหาว่ารัฐบาลไทยกระทำการอันเป็นการขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาการลงทุน ตัวอย่างเช่น คดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเต็ดเต็ด ลิมิเต็ด หรือคดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท วาลเทอร์ บาว ก่อให้เกิดข้อพิพาทกษัตริย์จากประชาชนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในแต่ละคดีที่รัฐบาลไทยต้องนำเงินงบประมาณซึ่งมาจากภาษีอากรของประชาชนมาใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยข้อวิจารณ์เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่ในระดับสากลต่างมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนว่ามีข้อบกพร่องหรือมีปัญหาที่อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพียงใด และถึงเวลาที่จะต้องอาศัยกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นมาเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อพัฒนาโลกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนให้ดีขึ้นหรือไม่

⁴¹¹ UNTAD,

งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งในการศึกษาปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ประเด็นในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่น่าสนใจ หากนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนาไกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และเสนอแนะแนวทางเตรียมการเพื่อปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป โดยตั้งข้อสมมติฐานว่า การนำแนวคิด ทฤษฎีกฎหมาย และหลักการที่สำคัญของการไกล่เกลี่ย (Mediation) มาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะช่วยลดปัญหาในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศได้

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน มีความซับซ้อนเพิ่มขึ้น อีกทั้งยังใช้ระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทที่ยาวนานและมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง ซึ่งตรงกันข้ามกับแนวคิดพื้นฐานของการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ เนื่องจากข้อพิพาทตามสนธิสัญญาการลงทุนมักเกิดขึ้นจากโครงการลงทุนขนาดใหญ่และมีประเด็น ข้อพิพาทที่ละเอียดอ่อน⁴¹² โดยสามารถจำแนกประเด็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นกับการอนุญาตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้ ดังนี้

(1) ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท พบว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติได้รับข้อวิจารณ์ในหลายประเด็น เช่น การขาดหลักประกันที่มีประสิทธิภาพเกี่ยวกับความเป็นอิสระ (independence) และความเป็นกลาง (impartiality) สำหรับอนุญาโตตุลาการแต่ละราย การขาดความโปร่งใสในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ⁴¹³ รวมถึงปัญหา “การสวมหมวกสองใบ” (double hatting)⁴¹⁴ ของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งกรณีเช่นนี้จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องล่าช้าออกไปและนำมาซึ่งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นสำหรับคู่พิพาทในคดีทั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุน

(2) ปัญหาการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding)

พบว่า กลุ่มทุนที่เป็นบุคคลภายนอกมักจะให้เงินทุนกับนักลงทุนในการยกข้อเรียกร้องต่อรัฐผู้รับการลงทุน

⁴¹² Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 31.

⁴¹³ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para 44.

⁴¹⁴ Sabani, B., I. A. Laird, and G. E. Gismondi, *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*. p. 34.

ภายใต้สนธิสัญญาการลงทุนเพื่อแลกเปลี่ยนกับส่วนแบ่งผลตอบแทนหากนักลงทุนเป็นฝ่ายชนะคดี ทั้งนี้ การสนับสนุนเงินทุนนั้นอาจแตกต่างกันไปในหลายรูปแบบ เช่น การสำรองจ่ายค่าธรรมเนียม (contingency fee arrangements) การประกันภัยความรับผิด (liability insurance) การให้กู้ยืมเงินสำหรับการฟ้องคดี (litigation loans)⁴¹⁵ เป็นต้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในภาพรวม เนื่องจากการสนับสนุนเงินทุนโดยบุคคลภายนอก อาจก่อให้เกิดปัญหาการขัดกันผลประโยชน์ ปัญหาเกี่ยวกับอิทธิพลของบุคคลภายนอกเหนือกระบวนการระงับข้อพิพาท ผลกระทบต่อการรักษาความลับ รวมไปถึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการหาประโยชน์จากการฟ้องคดีที่ไม่มีมูลหรือการฟ้องเพื่อการเก็งกำไร (speculative, marginal or frivolous claims)⁴¹⁶

(3) ปัญหาเกี่ยวกับการขาดความโปร่งใส พบว่า ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมักเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การที่สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการย่อมก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใส จึงมีความพยายามในการพัฒนาและปรับปรุงข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเพื่อเพิ่มความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนในขั้นตอนต่าง ๆ เช่น การรับเอกสารจากฝ่ายที่สาม การเปิดให้ฟังการพิจารณาคดี และการเปิดเผยคำชี้ขาด⁴¹⁷ ซึ่งหากพิจารณาจากข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันก็มักจะปรากฏข้อบทที่ว่าด้วยการรักษาความลับในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่ด้วย เช่น ในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 2010 Article 28 (3) ที่กำหนดให้ในชั้นการรับฟังพยานจะต้องกระทำเป็นการลับ เว้นแต่คู่พิพาทตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หรือในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID ข้อที่ 48 (4) ยังคงกำหนดให้การเปิดเผยคำชี้ขาดจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท⁴¹⁸ ซึ่งปัจจุบันหลายองค์กรได้มีความพยายามในการเพิ่มความโปร่งใสให้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน เช่น ในปี ค.ศ. 2006 ICSID ได้มีการแก้ไขข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเพื่อเพิ่มความคล่องตัว

⁴¹⁵ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.157. para. 9.

⁴¹⁶ Ibid. paras. 16 – 23.

⁴¹⁷ นภชกร รอดแสง, "หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ," หน้า. 2-3.

⁴¹⁸ Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor–State Arbitration*. p. 92-95.

และความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICSID⁴¹⁹ ส่วน UNCITRAL ในปี ค.ศ 2014 ได้มีการรับข้อบังคับว่าด้วยความโปร่งใสของ UNCITRAL (the 2014 UNCITRAL Rules on Transparency) และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่เกิดจากข้อพิพาทตามสนธิสัญญา (the United Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) หรือที่รู้จักในชื่อหนึ่งว่า “อนุสัญญามอริเชียส” (Mauritius Convention) เพื่อแก้ปัญหาข้อกั่วงวลที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน⁴²⁰

(4) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย พบว่า การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนหลายคนแสดงให้เห็นว่า การใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทนั้นมีค่าใช้จ่ายที่สูงและใช้ระยะเวลานาน ซึ่งอาจเกิดจากหลายสาเหตุ เช่น ความซับซ้อนของคดี ข้อบทเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่กระจัดกระจาย ประเด็นข้อพิพาทที่หลากหลาย รวมทั้งการที่ต้องศึกษาคำชี้ขาดในคดีก่อน (precedent) และข้อกำหนดจำนวนมาก⁴²¹ โดยจากการสำรวจคดีอนุญาโตตุลาการพบว่าระยะเวลาในการระงับข้อพิพาทโดยใช้การอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มกระบวนการจนกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดใช้เวลาโดยเฉลี่ยประมาณ 3 ปี 8 เดือน⁴²² และเมื่อคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ กับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอข้อพิพาทจนกระทั่งอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด โดยเฉพาะค่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ที่คิดเป็นประมาณร้อยละ 90 ของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทั้งหมด⁴²³ ทำให้รัฐผู้รับการลงทุนที่ถูกฟ้องร้องบางรัฐอาจถูกวิจารณ์จากการใช้งบประมาณสาธารณะในการต่อสู้คดี เพราะโดยปกติอนุญาโตตุลาการจะไม่สั่งให้นักลงทุนฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องจ่ายเงินค่าต่อสู้คดีให้กับรัฐผู้ชนะคดี⁴²⁴

(5) ปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด พบว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำนวนหนึ่งได้เปิดเผยให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันตั้งแต่การตีความข้อกำหนดที่แตกต่างกัน

⁴¹⁹ Born, G. *et al.*, "Investment Treaty Arbitration: Icsid Amends Investor-State Arbitration Rules."

⁴²⁰ Ali, S. F. and O. G. Repousis, "Investor-State Mediation and the Rise of Transparency in International Investment Law: Opportunity or Threat," *Denver Journal of International Law and Policy*. p. 241-242.

⁴²¹ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 20.

⁴²² Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 262.

⁴²³ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.153. paras 17-21.

⁴²⁴ UNCITRAL, Report No. A/CN.9/WG.III/WP.142. para. 25.

ในบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันนำไปสู่ความไม่แน่นอนในความหมายของพันธกรณีที่สำคัญตามสนธิสัญญา และการไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าผลจากการตีความดังกล่าวจะถูกนำไปใช้ในคดีถัดไปอย่างไร⁴²⁵ ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดในคดี CMS Gas v Argentina และคดี LG&E Energy Corporation v Argentina ซึ่งนำไปสู่แนวความคิดในการตั้งกลไกพิจารณาอุทธรณ์ (an appellate mechanism) เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด⁴²⁶

จากตัวอย่างประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นทำให้องค์การระหว่างประเทศและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจำนวนหนึ่งเริ่มให้ความสนใจกับการปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ตัวอย่างเช่น คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้ริเริ่มการศึกษาเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน โดยเน้นไปยังการปรับปรุงกลไกการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน เช่น การมีข้อเสนอให้จัดตั้งองค์กรอุทธรณ์ที่แยกเป็นอิสระ (standalone appellate body) การจัดตั้งศาลการลงทุนพหุภาคี (multilateral investment court)⁴²⁷ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (mediation) มาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน หรือในกรณีของ ICSID ที่ได้มีการเสนอข้อบังคับการไกล่เกลี่ยของ ICSID (The ICSID Mediation Rules) ที่จะช่วยให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนสามารถทำได้สะดวกมากขึ้นภายใต้อนุสัญญา ICSID

นอกจากนี้ จากการศึกษาประเด็นการไกล่เกลี่ยในบริบทของการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน พบว่า คำว่า “การไกล่เกลี่ย” (mediation) นั้น มีความใกล้เคียงกับคำว่า “การประนอม” (conciliation) โดยปัจจุบันยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับความหมายที่ชัดเจนของสองคำนี้ เพราะกระบวนการไกล่เกลี่ยและการประนอมนั้นมีความคาบเกี่ยวกันในสาระสำคัญ ดังนั้น จึงมักปรากฏว่ามีการใช้ทั้งสองคำในลักษณะแทนกันได้ (interchangeable) โดยนักวิชาการรวมทั้งในเอกสารของ UNCITRAL ใช้คำว่า “การประนอม” และ “การไกล่เกลี่ย” ในความหมายที่แทนกันได้⁴²⁸ ในขณะที่

⁴²⁵ UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap."

⁴²⁶ Gaukrodger, D. and K. Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community." p. 58.

⁴²⁷ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras 1-3.

⁴²⁸ ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and

ระบบของ ICSID แยกสองคำนี้ออกจากกันเนื่องจากรากฐานความเป็นมาที่แตกต่างกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง⁴²⁹ โดยลักษณะทั่วไปของการไกล่เกลี่ยสามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะ ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า (Evaluative mediation) ซึ่งการไกล่เกลี่ยรูปแบบนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะมีบทบาทในการประเมิน และให้ความเห็นเกี่ยวกับจุดแข็งและจุดอ่อนของข้อพิพาท รวมถึงการชี้ประเด็นสำคัญในข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้ ICSID ในคดี Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago⁴³⁰

(2) การไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (Facilitative mediation) ซึ่งยึดผลประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นหลัก โดยบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยคือการช่วยให้คู่พิพาทมาหารือเกี่ยวกับผลประโยชน์ ความต้องการ และวัตถุประสงค์ของคู่พิพาท ว่าคู่พิพาทมีจุดร่วมกันในส่วนใดบ้างหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ได้มีการประเมินจุดแข็งหรือจุดอ่อนของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย และจะไม่แสดงความเห็นใด ๆ ต่อกรณีพิพาท แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะเน้นที่การอาศัยกระบวนการไกล่เกลี่ยในการช่วยให้คู่พิพาทสามารถมองเห็นวิธีการที่จะช่วยแก้ไขข้อขัดแย้งด้วยตนเอง และช่วยให้คู่พิพาทมุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์ในอนาคตที่ฝ่ายต่าง ๆ สามารถควบคุมได้มากกว่าการกล่าวหาเกี่ยวกับอดีตที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้⁴³¹

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่า หรือการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก ก็เป็นเพียงเครื่องมือสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่สามารถนำมาใช้ร่วมกันเพื่อช่วยให้คู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้

International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) ได้มีการแก้ไขกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2002 (the 2002 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) โดยใช้คำว่า “การไกล่เกลี่ย (mediation)” แทนที่คำว่า “การระงับข้อพิพาท (conciliation)” ทั้งหมด รวมทั้งมีการสอดแทรกบทบัญญัติในส่วนของการบังคับปฏิบัติตามความตกลงระงับข้อพิพาทที่สอดคล้องกับอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยลงไปด้วย (see. Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01. p. 26.)

⁴²⁹ Ibid. p. 20.

⁴³⁰ ICSID Case No. CONC/83/1

⁴³¹ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para 10.

ในด้านของประโยชน์ที่จะได้รับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนนั้น พบว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถช่วยให้คู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้อย่างสร้างสรรค์และมองไปยังผลประโยชน์และความต้องการร่วมกันในภายภาคหน้าได้โดยการอาศัยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความเชี่ยวชาญ โดยการไกล่เกลี่ยทำให้คู่พิพาทมีทางเลือกในการจัดข้อพิพาทในหลากหลายมิติมากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่มักจำกัดหนทางในการเยียวยาความเสียหายในลักษณะที่เป็นการชดใช้เงินและการทำให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่สภาพเดิมเท่านั้น แต่ทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดจากความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยอาจมีได้หลายทางเลือกเพราะไม่ได้ถูกจำกัดด้วยวิธีการทางกฎหมายเท่านั้น การไกล่เกลี่ยจึงช่วยเพิ่มช่องว่างสำหรับการพิจารณาปัจจัยที่ไม่ใช่ข้อกฎหมาย (non-legal factors) เช่น การพิจารณาถึงความต้องการที่แท้จริงของผู้มีส่วนได้เสีย การพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ เงื่อนไขทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคม รวมทั้งความเป็นมาทางสังคมวัฒนธรรม แต่การไกล่เกลี่ยก็มักไม่ได้รับความนิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยผู้ปฏิบัติและนักวิเคราะห์มองว่าส่วนหนึ่งเกิดจากปัญหาว่าเมื่อคู่พิพาทได้ทำสัญญาระงับข้อพิพาทกันแล้ว ปัจจุบันยังไม่มีกรอบทางกฎหมายสำหรับการบังคับตามสัญญาระงับข้อพิพาทดังกล่าว ทำให้คู่สัญญาจะต้องอาศัยกลไกของศาลภายในเพื่อบังคับตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาจะต้องเริ่มกระบวนการบังคับตามสัญญาอีกส่วนหนึ่งต่างหาก จึงเป็นการเพิ่มทั้งค่าใช้จ่ายและเสียเวลามากขึ้น⁴³²

หลังจากนั้น ผู้วิจัยได้นำเสนอเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวในเวทีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน และได้นำเสนอเกี่ยวกับแนวทางในการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาการลงทุน ได้แก่ (1) การปรับปรุงข้อบทว่าด้วย Cooling-off period ในสนธิสัญญาการลงทุน และ (2) การนำวิธีการไกล่เกลี่ยในรูปแบบต่าง ๆ มาปรับเข้ากับข้อบทว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนในสนธิสัญญาการลงทุน เช่น แนวทางการไกล่เกลี่ยตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2019 แนวทางการไกล่เกลี่ยตามแนวทางในการตรากฎหมายเกี่ยวกับ

⁴³² Hioureas, C. G., "The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?," *Berkeley Journal of International Law*.

ความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชน (PPP legislative guide, Chapter VI) ของ UNCITRAL และแนวทางการไกล่เกลี่ยตามข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุนของ ICSID

ในบทที่ 4 ผู้วิจัยได้นำเสนอข้อพิจารณาทางกฎหมายบางประการสำหรับการอนุญาตตุลาการทางการลงทุน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า วิธีการไกล่เกลี่ยน่าจะเป็นหนึ่งในวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เป็นไปได้และน่าสนใจสำหรับทั้งนักลงทุนและรัฐเนื่องจาก (1) วิธีการไกล่เกลี่ยสามารถนำมาใช้ร่วมกับ (in conjunction with) หรือใช้อย่างคู่ขนาน (parallel to) ไปด้วยกับการอนุญาตตุลาการทางการลงทุน เช่น การนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาปรับใช้ในระหว่างช่วง cooling off period และ (2) วิธีการไกล่เกลี่ยทำให้คู่พิพาทสามารถให้ความสำคัญกับความจำเป็นทางธุรกิจ (the business needs) ที่อยู่ภายใต้การลงทุนเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น

นอกจากนี้ โดยที่วิธีการไกล่เกลี่ยเป็นการอาศัยวิธีการที่ยืดหยุ่นเป็นหลัก (an interest-based method) จึงส่งผลดีต่อกระบวนการพิจารณาและระยะเวลาที่จะมีความยืดหยุ่นการประหยัดค่าใช้จ่าย และการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี อีกทั้งการที่วิธีการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่ไม่ทำให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ต่อกันระหว่างคู่พิพาท (a non-adversarial process) ทำให้ไม่ว่าคู่พิพาทจะระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้หรือไม่ก็ตาม แต่ก็จะไม่สร้างความขัดแย้งระหว่างกันเพิ่มมากขึ้นดังเช่นกรณีของการอนุญาตตุลาการ และประการสุดท้ายคือ วิธีการไกล่เกลี่ยยังเปิดช่องให้บุคคลภายนอกสามารถเข้ามาเป็นแหล่งข้อมูลหรือให้ความช่วยเหลือเพื่อให้คู่พิพาทสามารถบรรลุความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้⁴³³

โดยลักษณะของการไกล่เกลี่ยที่เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน พบว่า วิธีการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวก (facilitative approach) จะมีประโยชน์มากกว่าในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพราะกระบวนการดังกล่าวจะทำให้คู่พิพาทให้ความสำคัญกับโอกาสในการได้รับผลประโยชน์ร่วมกันในระยะยาวมากขึ้น ดังนั้น จึงเป็นตัวเลือกการไกล่เกลี่ยที่สามารถเพิ่มมูลค่าให้กับกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน อีกทั้งยังไม่มีการนำมาใช้ในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนที่มีอยู่ในปัจจุบัน⁴³⁴ ซึ่งในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่า ประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องพิจารณาหากต้องการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

⁴³³ Caluori, C., "Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes," *Yearbook on International Arbitration*. p. 261-262.

⁴³⁴ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*. p. 2553-2554.

มาเสริมกลไกการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนคือ ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของลักษณะของการไกล่เกลี่ยแต่ละลักษณะที่มีความแตกต่างกัน เนื่องจากทั้งการไกล่เกลี่ยในเชิงอำนวยความสะดวกและการไกล่เกลี่ยในเชิงประเมินคุณค่าต่างก็มีจุดเด่นจุดด้อยในตัวเอง

หลังจากนั้น ผู้วิจัยได้นำเสนอเกี่ยวกับวิธีการและรูปแบบการนำการไกล่เกลี่ยมาเสริมกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน ซึ่งพบว่า สามารถทำได้ทั้งโดยการอาศัยมาตรการต่าง ๆ ในระดับชาติเพื่อป้องกันและจำกัดข้อพิพาท และการปรับปรุงสนธิสัญญาการลงทุนเพื่อแก้ไขบทบัญญัติ cooling-off period ส่วนด้านรูปแบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นพบว่า การอนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทที่สามารถนำมาใช้ร่วมกันเพื่อเติมเต็มซึ่งกันและกันได้ โดยอาจมีรูปแบบการผสมผสานที่หลากหลาย ตัวอย่างเช่น Med-Arb model, Arb-Med model และ Arb-Med-Arb model อย่างไรก็ตาม พบว่า แม้กลไกการระงับข้อพิพาทรูปแบบผสมต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นมีข้อดีตรงที่การมีคนกลางที่เป็นคน ๆ เดียวกันในทุกขั้นตอน จะช่วยให้ประหยัดค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการดำเนินคดีเพราะทั้งอนุญาโตตุลาการและผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลเดียวกัน ทำให้มีความคุ้นเคยกับข้อพิพาทและไม่ต้องดำเนินการพิจารณาที่ซ้ำซ้อนกัน⁴³⁵ แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายตามมาได้เช่นเดียวกัน เช่น ปัญหาเรื่องความเป็นกลางกรณีผู้ไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลเดียวกัน หรือปัญหาเรื่องการไม่ยอมรับคำชี้ขาดโดยคู่พิพาท กรณีอนุญาโตตุลาการใช้ข้อมูลที่ได้รับจากขั้นตอนการไกล่เกลี่ยมาเป็นฐานในการทำคำชี้ขาด

สำหรับประเด็นสำคัญว่า การนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาเสริมเพื่อพัฒนาการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจะมีข้อพิจารณาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงข้อพิจารณาอื่น ๆ ที่น่าสนใจประการใดหรือไม่ และแนวทางดังกล่าวจะสามารถแก้ไขหรือช่วยลดปัญหาของกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้หรือไม่ เพียงใด นั้นสามารถจำแนกข้อค้นพบได้ ดังนี้

(1) ประเด็นการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยกับปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ พบว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติมีข้อพิจารณาในหลายประเด็น เช่น การขาดหลักประกันที่มีประสิทธิภาพเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลาง

⁴³⁵ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation."

สำหรับอนุญาโตตุลาการแต่ละราย การขาดความโปร่งใสในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่การไกล่เกลี่ยคือการให้บุคคลภายนอกที่เป็นกลางช่วยเหลือคู่พิพาทให้บรรลุแนวทางที่ต่างฝ่ายต่างสามารถยอมรับกันได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีส่วนในการตัดสินข้อพิพาทกัน ซึ่งแตกต่างจากการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะทำงานร่วมกับคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการประเมินและอำนวยความสะดวกให้เกิดการพูดคุยกันระหว่างคู่พิพาทเกี่ยวกับประเด็นที่พิพาทเพื่อให้สามารถแก้ไขข้อโต้แย้งระหว่างกันได้⁴³⁶ และหากพิจารณาจากพัฒนาการทางกฎหมาย ในข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก็มักจะปรากฏข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ไกล่เกลี่ยอยู่ด้วย เช่น ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) Article 6 (5)⁴³⁷ ที่กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเปิดเผยพฤติการณ์ที่อาจนำไปสู่ข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตนหรือในกรณีของ ICSID ที่จัดทำข้อบังคับสำหรับการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุนเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปรับปรุงข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาของ ICSID ซึ่งข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยนี้ได้ถูกออกแบบมาเพื่อเสริมข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยสำหรับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้น Article 14 ได้กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องให้คำแถลงถึงความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง ความพร้อม และคำมั่นว่าจะรักษาความลับของการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้ประνομ ที่ปรึกษากฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญ พยาน หรือการปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องข้อพิพาทเดียวกันนั้นมาก่อน เว้นแต่คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น⁴³⁸

⁴³⁶ Ibid. para 8.

⁴³⁷ Article 6. Number and appointment of mediators

5. When a person is approached in connection with his or her possible appointment as mediator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. A mediator, from the time of his or her appointment and throughout the mediation proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him or her. (see. UNCITRAL, "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation.")

⁴³⁸ Rule 14 Acceptance of Appointment

(3) Within 20 days after receipt of the request for acceptance of an appointment, the appointee shall:

(a) accept the appointment; and

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้นมีการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องของความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยไว้แล้ว แต่กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นก็ไม่ได้เป็นหลักประกันว่าในทางปฏิบัติ การแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยโดยคู่พิพาทจะไม่มีปัญหาในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางดังเช่นที่เกิดขึ้นกับการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โดยธรรมชาติของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือในกระบวนการพูดคุยกันระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และไม่ได้มีบทบาทในการกำหนดผลของการระงับข้อพิพาทดังเช่นการอนุญาโตตุลาการ เพราะบทบาทในการยุติข้อพิพาทนั้นขึ้นอยู่กับความตัดสินใจของคู่พิพาทเป็นหลัก จึงเห็นว่าการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน น่าจะเป็นการลดปัญหาในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางของคนกลางที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้

ส่วนกรณีปัญหาการสวมหมวกสองใบ หรือ double hatting ในขั้นตอนการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยนั้น พบว่า สาเหตุของปัญหา double hatting ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมีหลายปัจจัยเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น การมีอนุญาโตตุลาการที่เชี่ยวชาญในคดีการลงทุนระหว่างประเทศจำนวนน้อย การขาดกลไกในการตรวจสอบที่ดีเพียงพอ เป็นต้น⁴³⁹ ซึ่งในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่าปัญหา double hatting ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นกระทบต่อความความชอบธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการชี้ขาดคดีพิพาทด้วยการอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญ

(b) provide a signed declaration in the form published by the Centre, addressing matters including the mediator's independence, impartiality, availability and commitment to maintain the confidentiality of the mediation.

(4) The Secretary-General shall notify the parties of the acceptance of appointment by the mediator and transmit the signed declaration to them.

(5) The Secretary-General shall notify the parties if a mediator fails to accept the appointment or provide a signed declaration within the time limit referred to in paragraph (3), and another person shall be appointed as mediator in accordance with the method followed for the previous appointment.

(6) The mediator shall have a continuing obligation promptly to disclose any change of circumstances relevant to the declaration referred to in paragraph (3)(b).

(7) Unless the parties and the mediator agree otherwise, a mediator may not act as arbitrator, conciliator, counsel, expert, judge, witness or in any other capacity in any proceeding relating to the issues in dispute in the mediation.

(see. ICSID, "Icsid Mediation Rules.")

⁴³⁹ Asian Academy of International Law, "Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward." p. 453.

ทางกฎหมายและความเห็นเฉพาะตัวของอนุญาโตตุลาการ ทำให้คู่พิพาทในคดีมีความคาดหวังต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการสูงมาก ในขณะที่การไกล่เกลี่ยนั้น ผู้ที่ได้รับเลือกให้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางลงทุนแม้จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญจนเป็นที่ไว้วางใจจากคู่พิพาทเช่นเดียวกัน แต่การไกล่เกลี่ยเป็นกลไกที่ไม่ได้ยึดโยงผลของการระงับข้อพิพาทไว้ที่ตัวผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น แต่บทบาทหลักของการระงับข้อพิพาทอยู่ที่ตัวคู่กรณีที่พิพาทกันว่าจะมองไปยังผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่ ดังนั้น แม้ผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับเลือกจากคู่พิพาทจะมีพฤติกรรมที่น่าสงสัยว่าจะสวมหมวกสองใบ (double hatting) ก็ตาม พฤติกรรมดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อการตกลงระงับข้อพิพาทกัน นอกจากนี้ โดยที่การไกล่เกลี่ยเป็นกลไกการระงับข้อพิพาทกันโดยอาศัยความสมัครใจระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย หากเกิดกรณีความไม่ไว้วางใจในตัวผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อใด คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็สามารถถอนตัวออกจากกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลาอยู่แล้ว จึงไม่น่าจะทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยจะเกิดความล่าช้าได้

(2) ประเด็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกับปัญหาการได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก (Third-party funding) พบว่า หากพิจารณาจากการที่ข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยของทั้ง ICSID และ IBA ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกไว้อย่างชัดเจน อาจจะแสดงให้เห็นว่าปัญหาของการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในการไกล่เกลี่ยนั้นอาจจะลดน้อยลง และแม้ว่าปัญหาของการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกในการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนบางอย่างอาจจะไม่เกิดขึ้นกับกลไกการไกล่เกลี่ยทางการลงทุน เช่น ปัญหาความไม่ได้สัดส่วนของการชดเชยค่าเสียหาย (asymmetrical nature of compensation) หรือปัญหาการไม่บังคับใช้กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนเนื่องจากเกรงว่าจะถูกนักลงทุนฟ้องร้อง (regulatory chill)⁴⁴⁰ แต่ก็อาจจะยังมีบางประเด็นที่ยังคงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอกอยู่ เช่น ประเด็นการขัดกันผลประโยชน์ (conflict of interest) อาจเกิดขึ้นได้ระหว่างบุคคลภายนอกผู้เป็นนายทุน (Funder) กับผู้ไกล่เกลี่ย (mediator) ซึ่งหากพิจารณาในข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุนของทั้ง ICSID และ IBA จะพบว่ามีการกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยถึงความเป็นอิสระและความเป็นกลางเฉพาะกับตัวผู้ไกล่เกลี่ยเท่านั้น และไม่ได้มีบทบังคับ

⁴⁴⁰ Ibid. p. 415-416.

ให้มีการเปิดเผยถึงการมีอยู่ของผู้เป็นนายทุนแต่อย่างใด ทำให้ผู้ใกล้ชิดอาจจะมีปัญหาการขัดกัน
ในผลประโยชน์อย่างไม่ได้ตั้งใจเกิดขึ้นได้⁴⁴¹

ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัย เห็นว่า การนำวิธีการใกล้เคียงข้อพิพาทมาเสริมเพื่อพัฒนา
กลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนสามารถช่วยจำกัดปัญหาเรื่องความชอบธรรมและการขัดกัน
ในผลประโยชน์อันเนื่องมาจากการสนับสนุนทางการเงินจากบุคคลคนภายนอกได้ เพราะโดยโครงสร้าง
และวิธีการในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกันระหว่างการอนุญาโตตุลาการกับการใกล้เคียง
ทำให้ปัญหาบางอย่างจากการสนับสนุนทางการเงินโดยบุคคลภายนอกในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
อาจจะไม่เกิดขึ้นกับการใกล้เคียง เช่น ปัญหาการแก่งแย่งกำไรและการฟ้องคดีที่ไม่มีมูลที่เกิดจากการ
สนับสนุนทางการเงินจากบุคคลภายนอก เพราะการอาศัยวิธีการใกล้เคียงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่
ยึดถือผลประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นหลัก (an interest-based method) ทำให้การระงับข้อพิพาท
ขึ้นอยู่กับการตกลงร่วมกันระหว่างคู่พิพาทเป็นหลัก ซึ่งจะทำให้บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเป็นนายทุน
(Funder) ให้นักลงทุนต่างชาติคาดการณ์หรือประเมินผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ยากขึ้น
และอาจจะไม่มีผลประโยชน์ที่มากพอที่จะจูงใจนายทุนในการเข้ามาสนับสนุนเงินทุนให้นักลงทุน

(3) ประเด็นกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทกับปัญหาความโปร่งใส พบว่า ปัจจุบัน
มีการอาศัยข้อบังคับ UNCITRAL ว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุน
ตามสนธิสัญญา (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration)
ตามอนุสัญญาว่าด้วยความโปร่งใสในการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนตามสนธิสัญญา
(Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration) เพื่อเพิ่มการเข้าถึง
กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐกับนักลงทุนโดยสาธารณะให้มากขึ้น⁴⁴²

สำหรับการใกล้เคียงมีความจำเป็นในเรื่องการรักษาความลับที่มากกว่า
การอนุญาโตตุลาการ เพราะการใกล้เคียงถูกออกแบบมาให้คู่พิพาทสามารถพูดอย่างตรงไปตรงมา
และเปิดเผยเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตน รวมทั้งแรงจูงใจและข้อกังวลของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย
ซึ่งการรักษาความลับทำให้คู่พิพาทเกิดความมั่นใจในการหารือประเด็นสำคัญต่าง ๆ โดยไม่ต้องกังวล

⁴⁴¹ Ibid.

⁴⁴² Euler, D., M. Gehring, and M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the
Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. p. 32.

ว่าจะมีผลร้ายต่อฝ่ายตนในกระบวนการฟ้องคดีต่อศาลหรือการอนุญาโตตุลาการที่อาจตามมาในภายหลัง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนจึงเป็นประโยชน์สำหรับคู่พิพาทที่จะหลีกเลี่ยงผลกระทบทางการเมืองและผลกระทบต่อองค์กรได้ เนื่องจากคู่พิพาทสามารถบริหารจัดการช่วงเวลาที่จะเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ได้⁴⁴³ ซึ่งแนวทางในการหลีกเลี่ยงประเด็นปัญหาจากการรักษาความลับ อาจทำได้หลายแนวทาง เช่น การปรับปรุงประมวลจริยธรรมสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย (Code of conduct for mediator) หรือการจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษา (Advisory center) ซึ่งอาจจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้มีการพัฒนาความรู้ความเข้าใจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการลงทุนให้กับผู้ไกล่เกลี่ย รัฐผู้รับการลงทุน และนักลงทุนได้มากขึ้น ซึ่งอาจจะช่วยให้ฝ่ายต่าง ๆ ตระหนักถึงปัญหาเรื่องความโปร่งใสในกระบวนการไกล่เกลี่ยมากขึ้น และทำให้สาธารณชนอาจจะสามารถเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญต่าง ๆ ผ่านการให้คำแนะนำจากศูนย์ที่ปรึกษาดังกล่าวได้ด้วยอีกหนทางหนึ่ง

(4) ประเด็นการไกล่เกลี่ยกับปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาและค่าใช้จ่าย พบว่า การอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นทางเลือกนอกเหนือไปจากการอนุญาโตตุลาการที่ประหยัดค่าใช้จ่ายและใช้ระยะเวลาน้อยกว่า แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ข้อพิพาทมีความซับซ้อนอย่างมากก็ตามเพราะโดยลักษณะของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่ใช่กระบวนการแก้ต่างอย่างเคร่งครัด (not pleadings intensive) หรือจะต้องมีการพิสูจน์อย่างสิ้นสงสัย (adducing full proofs) จึงทำให้กระบวนการสามารถเสร็จสิ้นได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยจากคดีการระงับข้อพิพาทภายใน ICSID จำนวน 5 คดีที่ดำเนินการเสร็จสิ้นไปใช้ระยะเวลาเฉลี่ยประมาณ 16 เดือนเท่านั้น ซึ่งการเสร็จสิ้นกระบวนการที่รวดเร็วจะช่วยลดค่าใช้จ่ายการดำเนินการทางกฎหมายที่อาจจะตามมาในขั้นตอนของการอนุญาโตตุลาการในภายหลัง⁴⁴⁴ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ ในคดี Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago ซึ่งคู่พิพาทได้ตกลงขั้นสุดท้าย (a final settlement) ที่จะจ่ายผลประโยชน์มูลค่า 143 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งหมดมีค่าบริหารจัดการคดี (the administrative costs) รวมทั้งค่าธรรมเนียมการเป็นผู้ประนอมของ Lord Wilberforce เพียง 11,000 ดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น และใช้ระยะเวลาโดยรวมทั้งหมดน้อยกว่า 2 ปี⁴⁴⁵

⁴⁴³ "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2556.

⁴⁴⁴ Asian Academy of International Law, "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds." p. 38.

⁴⁴⁵ Ibid.

ดังนั้น หากพิจารณาเฉพาะในแง่ของระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการระงับข้อพิพาท ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การอาศัยกลไกการไกล่เกลี่ยมาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนน่าจะช่วยให้กระบวนการระงับข้อพิพาทรวดเร็วและประหยัดมากขึ้นได้ นอกจากนี้ ยังพบว่า มีแนวทางในการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยมิติเรื่องระยะเวลาและค่าใช้จ่ายได้หลายแนวทาง เช่น การจัดตั้งองค์กรสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยเฉพาะ (A lead agency for ISDS dispute) หรือการกำหนดขั้นตอนที่รัฐผู้รับการลงทุนต้องดำเนินการก่อนเข้าสู่การไกล่เกลี่ย ซึ่งในมุมมองของผู้วิจัย เห็นว่า การสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนว่าหน่วยงานของรัฐหรือบุคลากรของรัฐที่เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นผู้ที่รับผิดชอบในประเด็นพิพาทและมีอำนาจในการตัดสินใจใด ๆ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยอย่างแท้จริง การกำหนดขั้นตอนภายในสำหรับรัฐผู้รับการลงทุน เช่น การออกกฎหมายเพื่อแต่งตั้งเจ้าหน้าที่รัฐเป็นตัวแทนในการเจรจาอย่างเป็นทางการ อาจจะเป็นการช่วยสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนมากขึ้นได้ และในอีกมุมหนึ่งยังเป็นการปกป้องเจ้าหน้าที่รัฐผู้เข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยจากความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อผลลัพธ์ในการไกล่เกลี่ยที่อาจไม่เป็นคุณต่อฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนด้วยเช่นกัน

(5) ประเด็นการขาดกลไกตามกฎหมายในการบังคับตามความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน พบว่า โดยทั่วไปความตกลงระงับข้อพิพาทอาจจะสามารถนำไปบังคับได้โดยกลไกของศาลภายในในฐานะที่เป็นสัญญาในรูปแบบหนึ่ง แต่ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวก็จะประสบกับความล่าช้า ชับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายในกระบวนการบังคับตามสัญญาที่สูง⁴⁴⁶ ส่วนอีกแนวทางที่สามารถเพิ่มความเข้มแข็งให้กับกระบวนการบังคับตามความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยภายใต้กลไกของระบบกฎหมายภายในของรัฐได้คือ การทำให้ความตกลงระงับข้อพิพาทจากการไกล่เกลี่ยสามารถบังคับได้ในฐานะอย่างคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอม (a consent arbitral award)⁴⁴⁷ โดยหากมีการเลือกใช้รูปแบบของการระงับข้อพิพาทแบบผสมผสาน เช่น รูปแบบ Arb-Med-Arb กับกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เมื่อคู่พิพาทประสบความสำเร็จในการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยแล้ว คู่พิพาทสามารถนำผลการระงับข้อพิพาทดังกล่าวกลับไปยังคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อรับรองความตกลงระงับข้อพิพาทนั้นในรูปแบบของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ

⁴⁴⁶ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." paras. 123-124.

⁴⁴⁷ Ibid. para. 125.

โดยความยินยอมได้ โดยอาศัยกระบวนการภายใต้ข้อบังคับที่ 43 ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ ICSID หรือภายใต้ข้อบังคับที่ 36 (1) ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ค.ศ. 2013 ซึ่งจะทำให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยความยินยอมดังกล่าวสามารถนำไปบังคับกันได้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ค (the New York Convention)⁴⁴⁸

นอกจากนั้น อาจอาศัยกลไกตามอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย ค.ศ.2019 (Singapore Convention on Mediation) ที่มีการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการเร่งรัดในการบังคับความตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ย สำหรับแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ⁴⁴⁹ ซึ่งในบริบทของ UNCITRAL นั้น คำว่า “ทางพาณิชย์ (commercial)” หมายรวมถึงการลงทุนด้วย แต่ทั้งนี้ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยก็เปิดช่องให้รัฐต่าง ๆ สามารถอาศัย Article 8.1 (a) เพื่อตั้งข้อสงวน (reservation) ไม่นำความตกลงระงับข้อพิพาทที่มีรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญามาใช้ได้ และ/หรืออาศัย Article 8.1 (b) ในการตั้งข้อสงวนเพื่อให้รัฐสามารถอาศัยความตกลงระงับข้อพิพาทที่มี “ข้อตกลงให้เลือก (opting in)” ในการนำความตกลงดังกล่าวมาใช้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยได้⁴⁵⁰ ซึ่งหากรัฐต่าง ๆ มีการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยโดยไม่ได้มีการตั้งข้อสงวนดังกรณีดังกล่าวไว้ข้างต้น ก็น่าจะเป็นแนวทางที่เปิดช่องให้ทั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุนสามารถนำความตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยระหว่างรัฐกับนักลงทุนไปบังคับกันได้ภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย

(6) ประเด็นการไกล่เกลี่ยกับการช่วยขจัดปัญหาเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาด

พบว่า การเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนเป็นการช่วยขจัดปัญหาความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดได้ในทางอ้อม เนื่องจากการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทอาศัยผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างคู่พิพาทเป็นสำคัญ จึงอาจไม่ต้องการตีความสนธิสัญญาการลงทุนอย่างเช่นในกรณีของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ⁴⁵¹ อย่างไรก็ตาม มีผู้เสนอข้อคิดเห็นว่า อาจเกิดผลกระทบในเชิงลบจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้เช่นกัน เพราะการไกล่เกลี่ย

⁴⁴⁸ Ibid. para. 128.

⁴⁴⁹ Weeramantry, R. and B. Chang, "Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation," *NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01*. p. 25.

⁴⁵⁰ Ibid. p. 25.

⁴⁵¹ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 27.

ไม่ได้สร้างบรรทัดฐานคำตัดสินหรือช่วยพัฒนาหลักทางนิติศาสตร์ที่จะใช้ในการอ้างอิงในการตัดสินข้อพิพาทอื่น ๆ ในอนาคตได้ โดยหากมีการใช้การไกล่เกลี่ยเพิ่มขึ้นจะทำให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินโดยมีการอธิบายเหตุผลทางกฎหมายไว้ก็จะลดลง ซึ่งคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งจะยิ่งเพิ่มปัญหาของความไม่สอดคล้องกันของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาการลงทุน ที่มีอยู่ในปัจจุบันให้มากขึ้น และหากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการลดลง คู่พิพาทก็จะขาดข้อมูลในการนำมาวิเคราะห์เพื่อคาดการณ์คดีของตนและจะยิ่งยากในการจะทราบได้ว่าข้อพิพาทจะระงับกันได้เมื่อใด⁴⁵² แต่ก็มีกรโต้แย้งความคิดดังกล่าวว่า ข้อวิจารณ์ดังกล่าวดูเหมือนจะให้ค่ากับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการมากเกินไป และเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าจะมีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้แทนที่การอนุญาโตตุลาการ เพราะอันที่จริงแล้วการผลลัพธ์ของการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนมีจุดอ่อนในเรื่องของความคาดหมายได้ของคำชี้ขาดเพราะองค์คณะอนุญาโตตุลาการมักจะตีความสนธิสัญญาที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยก็ไม่สามารถนำมาแทนที่การอนุญาโตตุลาการทั้งหมดในแง่ของกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน เพราะไม่ใช่ทุกกรณีที่จะเหมาะสมในการใช้วิธีการไกล่เกลี่ย

ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัยเห็นว่า หากมีการอาศัยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาปรับใช้กับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ประเด็นเบื้องต้นที่จะต้องมีการพิจารณาคือ ลักษณะของข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนนั้นเป็นอย่างไร และเหมาะสมหรือไม่ที่จะอาศัยการระงับข้อพิพาทระหว่างกันด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นสิ่งที่คู่พิพาททั้งฝ่ายรัฐและนักลงทุนจะต้องประเมินด้วยตนเอง โดยอาจจะอาศัยความช่วยเหลือและขอรับคำแนะนำจากองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาท ICSID เป็นต้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัญหาสำหรับประเทศไทยหากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนได้รับความนิยมเพิ่มมากขึ้นในสังคมระหว่างประเทศ คือ ประเทศไทยยังขาดองค์ความรู้และประสบการณ์ในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติ แม้ประเทศไทยจะเคยมีกรณีพิพาทกับนักลงทุนต่างชาติในคดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท คิงส์เกต คอนโซลิเต็ดเต็ด ลิมิเต็ด

⁴⁵² "Mediation of Investor-State Conflicts," *Harvard Law Review*, p. 2557.

(Kingsgate Consolidated Ltd.) หรือคดีพิพาทระหว่างราชอาณาจักรไทยกับบริษัท วาลเทอร์ บาว (Walter Bau Ag) แต่ทั้งสองคดีข้างต้นก็เป็นการระงับข้อพิพาทโดยการอาศัยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทำให้มีความจำเป็นต้องสร้างองค์ความรู้ให้กับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล องค์กรทางสังคม รวมถึงนักลงทุนไทย เกี่ยวกับแนวความคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เพราะกรณีของการไกล่เกลี่ยเป็นการระงับข้อพิพาทโดยยึดถือผลประโยชน์เป็นหลัก (interest-based method) โดยอาศัยคนกลาง (Mediator) ในการช่วยเหลือให้คู่พิพาทสามารถหาทางออกร่วมกันที่ยอมรับกันได้ทั้งสองฝ่าย ในทางกลับกัน การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ยึดถือสิทธิเป็นหลัก (rights-based method) การตัดสินชี้ขาดคดีกระทำโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย และชี้ขาดคดีโดยพิจารณาจากหลักกฎหมายภายใน หลักกฎหมายตามสนธิสัญญาการลงทุน และหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ ทำให้การระงับข้อพิพาทจบลงที่การแพ้ชนะคดีกัน ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะแนวทางเตรียมการรองรับพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศ และปรับปรุงกฎหมายไทยเพื่อดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติได้มากขึ้น ดังต่อไปนี้

5.2.1 ข้อเสนอในระดับชาติ

5.2.1.1 การเสริมสร้างขีดความสามารถให้กับผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

การเสริมสร้างขีดความสามารถ (Capacity building) ให้กับผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ด้วยการสร้างองค์ความรู้ให้กับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล นักลงทุนไทย นักวิชาการ รวมถึงองค์กรทางสังคม เกี่ยวกับแนวความคิดของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยสามารถทำได้ผ่านสถาบันการศึกษาหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย และอาจร่วมมือกับองค์กรระหว่างประเทศที่มีความเชี่ยวชาญด้านการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศก็ได้

5.2.1.2 การเพิ่มความตระหนักรู้ให้กับภาคส่วนต่าง ๆ

การเพิ่มความตระหนักรู้ (Awareness) ให้กับเจ้าหน้าที่ในภาครัฐ นักกฎหมาย และนักวิชาการเกี่ยวกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการอาศัยการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งควรต้องดำเนินการควบคู่ไปกับการให้ความรู้และการเสริมสร้างขีดความสามารถให้กับบุคลากรที่เกี่ยวข้อง

เพราะหากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมีความตระหนักรู้กันอย่างจริงจังแล้ว ย่อมจะนำมาซึ่งการขับเคลื่อนนโยบาย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการนำการไกล่เกลี่ยมาใช้กับการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมากขึ้น

*5.2.1.3 การปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของไทยให้สอดคล้องกับ
กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและ
ความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018*

โดยที่หัวใจของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคือ การเป็นกลไกการระงับข้อพิพาท ที่ช่วยสร้างความเป็นหนึ่งเดียวกันและช่วยสร้างสถานการณ์ที่ทำให้คู่พิพาทต่างฝ่ายต่างประสบผลสำเร็จ หรือชนะทั้งคู่ (win-win situations) ทำให้ทั้งฝ่ายรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติมีความเป็นอิสระ มีความยืดหยุ่น และมีทางเลือกในการตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทค่อนข้างมาก และยังเป็น กระบวนการที่คู่พิพาทสามารถควบคุมได้ทั้งหมดโดยอาศัยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยมืออาชีพ ซึ่งอาจนำไปสู่การตกลงกันระงับข้อพิพาทอย่างสร้างสรรค์และมองไปยังผลประโยชน์และความต้องการร่วมกันในภายภาคหน้า⁴⁵³

หากประเทศไทยมีการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการ ดังกล่าวข้างต้นก็น่าจะเป็นการพัฒนากฎหมายไทยให้มีความเป็นสากลและดึงดูดการลงทุนต่างชาติ ได้มากขึ้น และโดยที่ปัจจุบัน UNCITRAL ได้มีการออกกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ยทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เป็นผลจากการ ไกล่เกลี่ย ค.ศ. 2018 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) ซึ่งได้รับการออกแบบ มาเพื่อช่วยให้รัฐต่าง ๆ สามารถนำไปพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายภายในเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทได้ ประเทศไทยจึงสามารถอาศัยแนวทางตามกฎหมายแม่แบบดังกล่าวมาปรับปรุงกฎหมาย ของไทยต่อไปได้ แม้ว่าประเทศไทยอาจจะยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา สิงคโปร์ว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ยก็ตาม⁴⁵⁴

⁴⁵³ Ng, D., "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation." para. 21.

⁴⁵⁴ "The Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018," [Online]. Available from: <https://www.singaporeconvention.org/model-law/text>

5.2.2 ข้อเสนอในระดับระหว่างประเทศ

5.2.2.1 การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการความตกลงระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ที่เป็นผลจากการไกล่เกลี่ย (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) หรือ อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ย (the Singapore Convention on Mediation) เป็นเครื่องมือที่ได้รับการพัฒนามาเพื่อแก้ไขปัญหาการบังคับความตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้สามารถนำสัญญาดังกล่าวไปบังคับข้ามพรมแดนได้เช่นเดียวกับแนวทางการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (the New York Convention 1958)

โดยแม้ว่าอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยจะมุ่งใช้กับความตกลงระงับข้อพิพาท ที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่ก็สามารถขยายไปบังคับใช้กับความตกลงระงับข้อพิพาทที่เป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านการลงทุนที่มีลักษณะเชิงพาณิชย์ได้เพราะอนุสัญญาดังกล่าวไม่มีการนิยามความหมายของคำว่า “การพาณิชย์ (commercial)” ไว้ ซึ่งเป็นวิธีการที่คณะผู้ร่างต้องการเปิดให้สามารถตีความอย่างกว้างและสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ (Model law) ที่ออกมาพร้อมกันจึงอาจตีความได้ว่าการพาณิชย์นั้นรวมถึง “การลงทุน (investment)” ด้วย

แต่ทั้งนี้ รัฐต่าง ๆ ก็อาจทำข้อสงวน (reservations) ตาม Article 8⁴⁵⁵ เพื่อจำกัดไม่ให้ใช้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยกับกรณีการลงทุนได้ และยังสามารถตั้งข้อสงวนยกเว้นการใช้อนุสัญญากับความตกลงระงับข้อพิพาทที่มีรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นคู่สัญญาได้เช่นกัน

⁴⁵⁵ Article 8 Reservations

1. A Party to the Convention may declare that:

(a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;

(b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.

ซึ่งจะมีผลทำให้อนุสัญญาไม่ใช้บังคับกับความตกลงระดับข้อพิพาทที่มีรัฐเป็นคู่สัญญา รวมถึงไม่ใช้กับกรณีความตกลงระดับข้อพิพาทที่หน่วยงานของรัฐหรือมีบุคคลใดที่กระทำการแทนรัฐเป็นคู่สัญญาด้วย⁴⁵⁶

ดังนั้น หากประเทศไทยมีความมุ่งมั่นในการเสริมสร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุนต่างชาติ เพื่อดึงดูดการลงทุนเข้าสู่ประเทศไทยมากขึ้น เพื่อชดเชยมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจของไทยซึ่งได้รับผลกระทบจากการลดลงของนักท่องเที่ยวต่างชาติจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ประเทศไทยก็ควรพิจารณาเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยโดยไม่ตั้งข้อสงวนซึ่งน่าจะช่วยให้ประเทศไทยมีความน่าสนใจในการเข้ามาลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติมากขึ้น

5.2.2.2 การปรับปรุงแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (BIT model) ของไทยที่มีการบรรจุวิธีการไกล่เกลี่ยไว้เป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน

หากพิจารณาตามแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีของไทย ปี ค.ศ. 2012 (Thailand's Model BIT 2012) แม้จะมีการกำหนดให้คู่พิพาทสามารถใช้การจัดการพูดคุย (good offices) การประนอมหรือการไกล่เกลี่ย (conciliation or mediation) เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ตลอดเวลา⁴⁵⁷ แต่ในแม่แบบสนธิสัญญาดังกล่าวก็ยังไม่ได้ระบุหรืออ้างอิงข้อบังคับว่าด้วยการไกล่เกลี่ย

⁴⁵⁶ Kessedjian, C. *et al.*, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement," *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*. p. 14.

⁴⁵⁷ Article 10 Settlement of dispute between an investor and a Contracting Party

3. In the event of a dispute between a Party and an investor of the other Party, consultations and negotiations shall take place between the parties concerned with a view to resolving the case amicably.

4. The disputing parties may at any time agree to good offices, conciliation or mediation. Procedures for good offices, conciliation or mediation may begin at any time and may be terminated at any time.

Such procedures may continue while the matter is being examined by an arbitral tribunal established under this Article, unless the disputing parties agree otherwise.

Proceedings involving good offices, conciliation and mediation and positions taken by the disputing parties during these proceedings shall be confidential and without prejudice to the rights of the disputing investor in any further or other proceedings.

5. If the dispute in question cannot be resolved through consultation and negotiations within a period of six months, the investor may submit the dispute, at the investor's choice, for settlement to:

(a) the competent courts or administrative tribunals of the Contracting Party in whose territory the investment was made, provided that such courts or administrative tribunals have jurisdiction or

(b) an arbitrator or international ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) or

ที่เพิ่งได้มีการพัฒนาขึ้นใหม่ดังเช่นที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้แล้ว ซึ่งอาจจะไม่จูงใจให้นักลงทุนสนใจในการใกล้เคียงกับรัฐมากนัก การปรับเปลี่ยนวิธีการเขียนบทบัญญัติใหม่อาจจะช่วยเพิ่มความน่าสนใจมากขึ้นได้

นอกจากนี้ อาจใช้แนวทางการเขียนสนธิสัญญาที่จูงใจให้มีการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนมากขึ้น เช่น ในความตกลงการลงทุนระหว่าง Hong Kong SAR, China กับ Chile 2016 (the Hong Kong SAR, China – Chile BIT) มีการอ้างอิงโดยเฉพาะถึงการไต่สวนไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุนใน Article 20.1 ว่า “ในกรณีเกิดข้อพิพาททางการลงทุน ผู้เรียกร้องและผู้คัดค้านจะต้องพยายามระงับข้อพิพาทโดยการปรึกษาหารือ ซึ่งอาจรวมถึง การใช้กระบวนการที่ไม่มีผลผูกพันโดยบุคคลที่สาม เช่น การจัดเจรจา การประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ย” (In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent shall initially seek to resolve the dispute through consultations, which may include, where this is acceptable to the disputing parties, the use of non-binding, third-party procedures, such as good offices, conciliation and mediation.) หรือในกรณีของความตกลงการลงทุนตลาดร่วมสำหรับแอฟริกาตะวันออกและแอฟริกาใต้ (The Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Investment Agreement (IA)) ที่มีข้อบทกำหนดเกี่ยวกับการไต่สวนไกล่เกลี่ยใน Article 26 ว่า “คู่พิพาทจะต้องอาศัยความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทในระหว่างช่วง cooling-off period” (“the parties shall seek the assistance of a mediator to resolve disputes during the cooling-off period”) ซึ่งเป็นการเขียนในเชิงบังคับให้มีการไกล่เกลี่ย⁴⁵⁸

ดังนั้น หากในอนาคตรัฐบาลไทยเล็งเห็นประโยชน์ของการอาศัยการไกล่เกลี่ยมาเป็นแนวทางในการระงับข้อพิพาทกับนักลงทุนมากขึ้นก็อาจพิจารณาปรับปรุงแม่แบบสนธิสัญญา

(c) an international arbitral tribunal under the International Centre for Settlement of Investment Disputes provided that both the disputing Party and the Party of the disputing investor are parties to the ICSID Convention or

(d) a tribunal under the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the disputing investor, but not both, is a party to the ICSID Convention or

(e) any other arbitral tribunal or institution as agreed by the parties to the dispute.

⁴⁵⁸ Asian Academy of International Law, "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds." p. 60-62.

การลงทุนทวิภาคีของไทย เพื่อระบุถึงการนำข้อบังคับว่าด้วยไถ่ถอนที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล มากำหนดไว้ในแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีของไทยให้ชัดเจนมากขึ้นก็ได้ โดยนอกจากจะเป็น การช่วยสร้างนวัตกรรมใหม่ให้กับแม่แบบสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีของไทยแล้ว ยังเป็นการช่วย เพิ่มความตระหนักให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐและนักวิชาการในการศึกษาเกี่ยวกับการไถ่ถอน และจะเป็นการช่วยเสริมสร้างขีดความสามารถให้กับบุคลากรของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการออกนโยบาย และการกำกับดูแลการลงทุน รวมถึงนักกฎหมายที่อยู่แวดวงการลงทุนระหว่างประเทศอีกทางหนึ่งด้วย



บรรณานุกรม

- (MIGA), M. I. G. A. [Online]. Available from: <https://www.miga.org/about-us> [12 July 2021].
- Alberstein, M. The Jurisprudence of Mediation: Between Formalism, Feminism, and Identity Conversations.
- Ali, S. F., and Repousis, O. G. Investor-State Mediation and the Rise of Transparency in International Investment Law: Opportunity or Threat. Denver Journal of International Law and Policy 45 no. 2 (Winter 2017): 225-250.
- Asian Academy of International Law. "Isds Reform Conference 2019: Mapping the Way Forward." Hong Kong SAR, China: Asian Academy of International Law Limited, 2019.
- . "Proceedings of 2020 Uncitral Working Group Iii Virtual Pre-Intersessional Meeting: The Use of Mediation in Isds." Hong Kong: Asian Academy of International Law, 2020.
- Association, T. I. B. The Iba Rules for Investor-State Mediation [Online]. 2012. Available from: <https://www.ibanet.org/resources> [24 July 2021].
- Bantekas, I. An Introduction to International Arbitration. Cambridge University Press, 2015.
- Born, G., Finizio, S. P., Ogden, D. W., Kent, R. D., Pierce, J. V. H., and Bowker, D. W. Investment Treaty Arbitration: Icsid Amends Investor-State Arbitration Rules [Online]. 2006. Available from: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/publications/investment-treaty-arbitration-icsid-amends-investor-state-arbitration-rules-2006> [14 July 2021].
- "Burlington Resources, Inc. V. Republic of Ecuador ". ICSID Case No. ARB/08/5, 2017.
- Caluori, C. Guidelines for Mediation in Investor-State Disputes. Yearbook on International Arbitration 6, 1 (2019): 257-266.
- Centre, t. I. I. Icc Guidance on Mediation of Belt and Road Disputes [Online]. 2020. Available from: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-mediation-belt-road-disputes/> [07 March 2020].

- Claxton, J. M. Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds? Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 20, 1 (2020): 78 - 100.
- COMMERCE, I. C. O. Icc Guidance on Mediation of Belt and Road Disputes [Online]. 2021. Available from: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-mediation-belt-road-disputes/> [25 July 2021].
- Disputes, I. C. f. S. o. I. Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation [Online]. 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf [14 July 2021].
- Douglas, Z. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. British Yearbook of International Law 74, 1 (2003): 151-289.
- "Elettronica Sicula S.P.A. (Elsi) (United States of America V. Italy)." International Court of Justice, 1989.
- Euler, D., Gehring, M., and Scherer, M. Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.
- "Factory at Chorzów." Permanent Court of International Justice, 1928.
- Fan, K. Symposium: Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey. J. Disp. Resol. 327 (2020).
- Franck, S. D., and Joubin-Bret, A. Investor-State Mediation: A Simulation. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 29, 1 (02// 2014): 90-111.
- Garcia., F. J. Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System. Boston College Law Review Forthcoming 59, no.1 (2018).
- Gaukrodger, D., and Gordon, K. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. (2012): 63-64.
- Hioureas, C. G. The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward? Berkeley Journal of International Law 37 (2019).
- ICSID. 2020 Year in Review [Online]. 2020. Available from: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/2020-year-review> [24 Sep 2021].

- . Background Paper on Investment Mediation [Online]. 2021. Available from: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf [13 July 2021].
- . Code of Conduct – Background Papers: Double-Hatting. (2021).
- . "Icsid Convention Arbitration Rules." 2006.
- . Icsid Mediation Rules.
- Investor-State Mediation: Trends, Risks and Opportunities. [Online]. 2021. Available from: <https://www.biicl.org/blog/17/investor-state-mediation-trends-risks-and-opportunities?cookieset=1&ts=1630490598> [1 Sep 2021. 18 JANUARY 2021]
- Jain, D. Double Hatting: Challenging the International Investment Dispute Resolution Mechanism [Online]. 2020. Available from: <https://rmlnluseal.home.blog/2020/08/04/double-hatting-challenging-the-international-investment-dispute-resolution-mechanism/#:~:text=Double-hatting%20occurs%20when%20an%20individual%20plays%20the%20role,of%20impartiality%20while%20deciding%20on%20a%20legal%20issue.> [16 July 2021.
- Kessedjian, C., Aaken, A. v., Lie, R., and Mistelis, L. Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement. Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16 (2020).
- "Kingsgate Consolidated Ltd V. The Kingdom of Thailand."
- Law, U. N. C. o. I. T. Uncitral Arbitration Rules [Online]. Available from: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> [12 July 2021.
- . Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (Effective Date: 1 April 2014) [Online]. Available from: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/transparency> [12 July 2021.
- "The Mavrommatis Palestine Concessions." Permanent Court of International Justice, 1924.
- Mediation of Investor-State Conflicts. Harvard Law Review 127, 8 (2014): 2543-2564.
- Mundi, J. [Online]. Available from: <https://jusmundi.com/en/>
- Ng, D. "Isds Reform Conference: Mapping the Way Forward Discussion Paper for the Session on Investment Mediation."

- Nitschke, F. The Iba's Investor-State Mediation Rules and the Icsid Dispute Settlement Framework. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 29, 1 (02// 2014): 112-132.
- . "Icsid's Proposed Mediation Rules." Paper presented at the The Role of Mediation in ISDS, UNCITRAL Webinar, 2020.
- . A Preview of Icsid's New Investor-State Mediation Rules [Online]. 2020. Available from: [http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/#:~:text=ICSID%20Mediation%20Rules%E2%80%94Scope.%20Notably,%20the%20mediation%20rules%20have,State%20or%20a%20regional%20economic%20integration%20organization%20\(REIO\).](http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/10/a-preview-of-icsids-new-investor-state-mediation-rules/#:~:text=ICSID%20Mediation%20Rules%E2%80%94Scope.%20Notably,%20the%20mediation%20rules%20have,State%20or%20a%20regional%20economic%20integration%20organization%20(REIO).) [4 March 2020].
- Sabahi, B., Rubins, N., and Jr., D. W. Investor-State Arbitration (2nd Edition). 2019.
- Sabani, B., Laird, I. A., and Gismondi, G. E. International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects. Netherlands: Koninklijke Brill nv, 2018.
- Santosuosso, T., and Scarlet, R. Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance. Law and Justice in the Americas Working Paper Series. 8 Boston College Law Review (2018).
- Schacherer, S., ed. International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s. edited by Bernasconi-Osterwalder, N. and Brauch, M. D.: The International Institute for Sustainable Development, 2018.
- Schwebel, S. M. Is Mediation of Foreign Investment Disputes Plausible? ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 22, 2 (1 October 2017 2017): 237 –241, 239 – 240.
- The Singapore Convention on Mediation. [Online]. 2019. Available from: <https://www.singaporeconvention.org/convention/about-convention/> [27 July 2021].
- "Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. And Autobuses Urbanos Del Sur S.A. V. Argentine Republic," ICSID Case No. ARB/09/1.
- "Telekom Malaysia Berhad V. The Republic of Ghana, Pca Case No. 2003-03." Permanent

Court of Arbitration, 2004.

"Tidewater Investment Srl and Tidewater Caribe, C.A. V. Bolivarian Republic of Venezuela." ICSID Case No. ARB/10/5, 2015.

UNCITRAL. [Online]. Available from:

<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency>

———. "Concurrent Proceedings in International Arbitration." edited by Secretariat, N. b. t.: UNCITRAL.

———. "International Commercial Mediation: Preparation of Instruments on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting from Mediation." In Settlement of commercial disputes, edited by Secretariat, N. b. t., 2017.

———. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) Dispute Prevention and Mitigation - Means of Alternative Dispute Resolution Note by the Secretariat." 2020.

———. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) Note by the Secretariat." 2019.

———. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) Note by the Secretariat." 2017.

———. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds) Third-Party Funding." 2019.

———. "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (Isds): Cost and Duration." 2018.

———. "Report of Working Group Iii (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Eighth Session." 2019.

———. "Report of Working Group Iii (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Ninth Session (Vienna, 5–9 October 2020)." 2020.

———. "Settlement of Commercial Disputes: Presentation of a Research Paper on the Mauritius Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration as a Possible Model for Further Reforms of Investor-State Dispute Settlement." edited by Secretariat, N. b. t., 2016.

- . "Uncitral Legislative Guide on Public-Private Partnerships." 2019.
- . "Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation." edited by UNCITRAL, 2018.
- The Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018. [Online]. 2018. Available from: <https://www.singaporeconvention.org/model-law/text>
- UNCTAD. "Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration." In UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT: UNITED NATIONS PUBLICATION, 2010.
- . Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap [Online]. 2013. Available from: https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2013d4_en.pdf [19 July 2021].
- . "Unctad's Reform Package for the International Investment Regime (2018 Edition)." UNCTAD, 2018.
- . Unctad's Reform Package for the International Investment Regime (2018 Edition) [Online]. 2018. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition-> [23 July 2021].
- UNTAD. [Online]. 2021. Available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/207/thailand> [07 July 2021].
- Webber, C., and Davar, M. Overcoming the Principle of “Reflective Loss” [Online]. 2017. Available from: <https://www.finance-disputes.co.uk/2017/11/overcoming-the-principle-of-reflective-loss/> [26 July 2021. November 1, 2017]
- Weeramantry, R., and Chang, B. Bibliography on Investor-State Conciliation and Mediation. NUS Centre for International Law Project on Investor-State Conciliation Working Paper 20/01 (September 2020 2020).
- "Werner Schneider, Acting in His Capacity as Insolvency Administrator of Walter Bau Ag V. The Kingdom of Thailand (Formerly Walter Bau Ag (in Liquidation) V. The Kingdom of Thailand)." An ad hoc tribunal under UNCTIRAL Rules, 2009.
- Zarra, G. The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the Eu

and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step Forward or a Hasty Reform? *Studi sull'integrazione europea* XIII (2018): 389-412.

จุฬาลักษณ์ พินระ. ข้อต่อสู้ของรัฐเรื่องการทุจริตในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศเรื่องการลงทุน. *นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. 2557.

นภชนก รอดแสง. หลักความโปร่งใสภายใต้ข้อบังคับการอนุญาตตุลาการของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ. *นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. 2559.

นฤมล มีชูกรณ์. การบังคับสัญญาใกล้เคียงข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่เป็นผลมาจากการใกล้เคียง ศึกษา การบังคับสัญญาใกล้เคียงข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยการใกล้เคียง ค.ศ. 2019. *นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. 2562.

นาถิรินทร์ จันทรงาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. [ออนไลน์]. 2554. แหล่งที่มา:

<https://dictionary.orst.go.th/index.php>

รัฐพงศ์ สุภาภา. หลักเกณฑ์การพิจารณามาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยอ้อมภายใต้กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ. *วารสารนิติศาสตร์* 46, 1 (2560): 213-214.

ศิริชัย มงคลเกียรติศรี. State of Necessity: ข้อบทตามความตกลงทวิภาคีและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร* ปีที่ 3 ฉบับที่ 1(2553).

อธิก อัครวานันท์. ร่างสัญญาธุรกิจ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ศฤงคาร วิเชียรรัตน์
วัน เดือน ปี เกิด	29 กันยายน 2534
สถานที่เกิด	จังหวัดนครศรีธรรมราช
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ที่อยู่ปัจจุบัน	กรุงเทพมหานคร



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY